

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

**Dispersione delle ceneri del cadavere: considerazioni romanistiche in margine a D.28.7.27.pr.
(Mod. 8 resp.)**

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/125524> since

Publisher:

Giappichelli

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

DISPERSIONE DELLE CENERI DEL CADAVERE: CONSIDERAZIONI ROMANISTICHE IN MARGINE A D. 28.7.27. PR. (MOD. 8 RESP.)

di *Andrea Trisciunglio*

1. PREMESSA

Le Conferenze episcopali hanno assunto negli ultimi tempi posizioni piuttosto nette in merito al desiderio, sempre più diffuso, che le ceneri del proprio cadavere siano disperse in natura dopo la cremazione: tale pratica viene scoraggiata in quanto non corrispondente al rispetto che la Chiesa e l'insieme delle civiltà (anche primitive) chiedono per i morti e – sulla base di *C.i.c.*, can. 1184, § 1, 2° – si giunge a negare le esequie ecclesiastiche al defunto che abbia espresso la volontà di far spargere le proprie ceneri in aderenza a concezioni panteistiche contrarie alla fede cristiana¹.

Passando dal diritto canonico al nostro diritto penale, ricordo che l'art. 2 della legge 30 marzo 2001, n. 130, ha inserito nell'art. 411 del c.p. due commi (il 3° e il 4°) che così recitano: «Non costituisce reato la dispersione delle ceneri di cadavere autorizzata dall'ufficiale dello stato civile sulla base di espressa volontà del defunto. La dispersione delle ceneri non autorizzata dall'ufficiale dello stato civile, o effettuata con modalità diverse rispetto a quanto indicato dal defunto, è punita con la reclusione da due mesi a un anno e con la multa da euro 2.582 a euro 12.911». Dunque il concorrere della volontà del defunto con l'autorizzazione dell'ufficiale di stato civile elimina l'antigiuridicità della condotta in questione² e la profezia formulata nel celebre manuale dell'Antolisei (a proposito dell'art. 411 c.p. nella versione anteriore alla riforma del 2001)³, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali affermatasi negli anni '90⁴, può dirsi pertanto pienamente realiz-

¹ Cfr. L. PREZZI, *La cremazione. Custodia delle urne e dispersione delle ceneri*, in *Il Regno. Attualità* 54 (2009), 451 s.; la contrarietà alla dispersione delle ceneri è anche affermata nel nuovo Rito delle Esequie della CEI di imminente pubblicazione; v. al riguardo *Il Regno. Documenti* 1 (2010), 30.

² Cfr. in tal senso V. MORMANDO, *I delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci-E. Dolcini, vol. V, Cedam, Padova 2005, 312, nt. 145.

³ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, a cura di L. Conti, vol. II, Giuffrè, Milano 2000¹³, 218: «La norma incriminatrice in esame comprende anche il caso della dispersione delle ceneri, sia totale che parziale. In proposito va notato che, secondo l'opinione dominante, l'esecuzione della volontà del defunto il quale disponga che le sue ceneri siano disperse (ad es., mediante un aeromobile) non scrimina il fatto, in quanto si ritiene che il sentimento della pietà verso i defunti, per il suo valore sociale, debba prevalere su quella volontà. Questa veduta, che è connessa con *secolari concezioni della vita*, è probabilmente destinata a subire una revisione con l'avanzare del tempo e col mutare dei costumi» (il corsivo è mio).

⁴ Cfr. in particolare Trib. Roma, 28 novembre 1994, in *Cass. Pen.* 35 (1995) I, 1386 ss.

zata. Possiamo dire dunque che il legislatore penale tra i due contrapposti interessi, quello del morituro di disporre liberamente del proprio corpo *post mortem* fino a negargli un confinato luogo della memoria e quello dei vivi di conservare invece un luogo preciso del ricordo e dell'esercizio della *pietas*, abbia considerato prevalente in linea di massima il primo.

A chiedersi se quelle “secolari concezioni della vita” (permeate del sentimento della pietà e avverse allo spargimento delle ceneri cadaveriche) richiamate nel suddetto manuale⁵ possano già ravvisarsi nell'esperienza giuridica romana, ci si imbatte in un passo di Modestino, l'autorevole allievo di Ulpiano menzionato nella legge delle citazioni (v. C.Th. 1.4.3), forse di origine orientale⁶, il quale scrive i *responsorum libri XIX* nel III secolo d.C.⁷:

D. 28.7.27.pr. (Mod. 8 resp.): «*Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali condicione si reliquias eius in mare abiciat: quaerebatur, cum heres institutus condicioni non paruisset, an expellendus est ab hereditate. Modestinus respondit: laudandus est magis quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non in mare secundum ipsius voluntatem abiecit, sed memoria humanae condicionis sepulturae tradidit. sed hoc prius inspiciendum est, ne homo, qui talem condicionem posuit, neque compos mentis esset. igitur si perspicuis rationibus haec suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi.*»

Un tale nel proprio testamento istituì un erede sotto tale condizione: “se getti i suoi resti in mare”: si poneva la questione se dovesse essere privato dell'eredità l'erede istituito che non avesse osservato tale condizione. Modestino ha risposto: va lodato più che accusato l'erede che non ha gettato in mare i resti del testatore conformemente alla volontà dello stesso, ma, per la memoria della condizione umana, li ha consegnati alla sepoltura. Prima però bisogna esaminare questo aspetto: che un uomo, che ha posto una siffatta condizione [nella istituzione di erede], non fosse neppure sano di mente. Pertanto se per ragioni manifeste questo sospetto può essere rimosso, in nessun modo l'erede legittimo può instaurare la lite sull'eredità nei confronti dell'erede istituito.

L'evidente prossimità⁸ tra la condotta prevista nella clausola testamentaria esaminata da Modestino (l'*abicere reliquias in mare*) e l'atto di disperdere le ceneri cadaveriche in ossequio alla volontà del defunto, nonché l'attualità dei problemi e delle disposizioni (anche canonistiche, come si è visto) connessi a tale fattispecie, alimentano in chi scrive la speranza che le brevi riflessioni che seguiranno possano essere di un qualche interesse per il Maestro onorato, a cui mi legano profondi sentimenti di stima.

⁵ V. *supra*, nt. 3.

⁶ Cfr. G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Profili biografici*, Giappichelli, Torino 2009, 56.

⁷ Più precisamente nell'età di Alessandro Severo: così, G. VIARENGO, *op. cit.*, 72 s.; sui *libri responsorum* di Modestino v. anche P. FREZZA, 'Respona' e 'Quaestiones'. *Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI* 43 (1977), 224 ss.

⁸ Non dico coincidenza per la riserva espressa *infra*, nt. 13.

2. D. 28.7.27. PR.: LA CRITICA TESTUALE

Nel 1952 il Biondi, dedicandosi all'esegesi di D. 28.7.27. pr., osservava: «se dovessimo accogliere le interpolazioni registrate dall'*Index*, del testo non resterebbe che il quesito»⁹; e in effetti, fino a quell'anno, la romanistica novecentesca non aveva certo risparmiato il brano da numerosi rilievi¹⁰, anche nella convinzione che concezioni giustinianee di ispirazione cristiana si fossero sovrapposte ad un sostrato classico-pagano non più facilmente ricostruibile¹¹. Superati poi gli eccessi dell'interpolazionismo, in tempi a noi più prossimi si è invece riconosciuta, pur in modo conciso, una sostanziale genuinità del passo¹². Tale ultima opinione, a mio avviso, può anche essere rinforzata dalla prova che il testo in questione è dotato di una sua coerenza interna (non di rado, invece, negata dalla dottrina interpolazionistica), che è possibile pienamente cogliere solo dopo avere precisato quali fossero gli elementi della concreta fattispecie esaminata da Modestino e come si articolasse presumibilmente il responso in relazione alla *quaestio* posta, esattamente definita nei suoi contenuti giuridici. Ho, con tali parole, illustrato il percorso esegetico che intendo seguire.

Vediamo dunque i dati di fatto. Un testamento contiene un'istituzione di erede sottoposta ad una condizione (sospensiva) potestativa: «se [l'erede] getti i suoi [del *de cuius*] resti¹³ in mare»; l'istituto tiene un contegno assolutamente contrario a quello richiestogli *in condicione*, dal momento che provvede alla sepoltura delle reliquie del testatore¹⁴. Fin qui i fatti che sono certamente ricavabili dal testo. Aggiungerei tuttavia un altro particolare: l'istituto *sub condicione* con ogni probabilità possiede i beni ereditari; lo si desume dalla *quaestio* e dal *responsum*, che richiedono un più attento esame.

Circa la *quaestio*: «*an expellendus est ab hereditate*», cioè se l'istituto debba essere allontanato¹⁵ dall'eredità (per non avere eseguito la disposizione testamentaria), la prima im-

⁹ Cfr. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, vol. II, Giuffrè, Milano 1952, 257.

¹⁰ Cfr. specialmente R. DE RUGGIERO, *Sul trattamento delle condizioni immorali e "contra leges" nel diritto romano*, in *BIDR* 16 (1904), 172; F. MESSINA VITRANO, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi I. I negozi "iuris civilis" sotto condizione illecita*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Perugia* 33 (1921), 658 ss.; H.R. MEZGER, *Stipulationen und letztwillige Verfügungen "contra bonos mores" im klassisch-römischen und nachklassischen Recht* (Inaugural-Dissertation), Göttingen 1929, 65; adde C. COSENTINI, *Conditio impossibilis*, Giuffrè, Milano 1952, 151 nt. 63.

¹¹ Cfr. S. RICCOBONO, *Cristianesimo e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 3 (1911), 44 s., il quale esprime la convinzione che la condizione: «*si reliquias eius in mare abiciat*», riprovata dalla nuova religione dei morti cristiana, fosse invece del tutto compatibile con le credenze pagane; nel medesimo senso v. B. BIONDI, *op. cit.*, 258 s. Per una critica a tale orientamento v. *infra*, par. 3.

¹² Cfr. E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Giuffrè, Milano 1983, 207 nt. 10; una più generale difesa della genuinità dei testi provenienti dai *libri responsorum* di Modestino si può leggere in F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. di G. Nocera, Sansoni, Firenze 1968, 436 s.

¹³ Non è sicuro in verità che «*reliquias*» indichi il risultato dell'incinerazione, che nella Roma pagana era ammessa a fianco dell'inumazione (v. recentemente, in merito, A. TRISCIUOGGIO, voce «*Cadavere*». *Parte giuridica. Diritto romano*, in *Enc. bioetica e scienza giuridica*, vol. III, Esi, Napoli 2010, 8); il detto termine invece potrebbe anche designare il cadavere integro: cfr. N. LAUBRY, *Le transfert des corps dans l'empire romain. Problèmes d'épigraphie, de religion et de droit romain*, in *MEFRA* 119.1 (2007), 151.

¹⁴ Quanto detto emerge dal collegamento – non rilevato dal BIONDI, *op. cit.*, 258 – delle frasi: «*cum heres institutus condicione non paruisset*» e «*sed memoria humanae condicionis sepulturae tradidit*».

¹⁵ *Contra VIR*, sv. *expello*, II.B, c. 707, dove si conferisce a *expellere* un significato non materiale ma slato (= *excludere*).

pressione è che il giurista affrontasse il problema, probabilmente postogli dall'erede legittimo, se a quest'ultimo potesse giovare l'*hereditatis petitio* per il recupero dei beni ereditari. Tale impressione trova, a mio giudizio, conferma nella parte finale del testo dove Modestino afferma che, accertata la sanità mentale del testatore, per nessuna ragione il *legitimus heres* possa muovere nei confronti dell'*heres scriptus* una *controversia de hereditate*; espressione, quest'ultima, che nel linguaggio della giurisprudenza classica rinvia normalmente alla *petitio hereditatis*¹⁶. Se è dunque corretto quanto appena detto, è molto probabile che l'istituto *sub condicione*, come possibile legittimato passivo nella *petitio hereditatis*, versi nella condizione di *possessor*, evidentemente *pro herede*, in ordine ai *corpora hereditaria*¹⁷. L'Eisele¹⁸, dal canto suo, ha trovato incomprensibile il quesito, dato che l'*heres scriptus*, non essendosi verificata la condizione, non può avere acquistato quell'eredità da cui dovrebbe essere espulso, e dunque ha ritenuto, sulla scorta di D. 35.1.31, che Modestino avesse piuttosto affrontato il problema se la successione testamentaria fosse venuta meno per deficienza della *condicio*. Le perplessità dell'autore tedesco, tuttavia, possono essere agevolmente superate se si tiene in conto che la materialistica espressione "*expellere ab hereditate*" potrebbe diversamente indicare, a conferma di quanto si diceva poc'anzi a proposito della situazione dell'erede istituito, la privazione del possesso delle *res hereditariae* quale possibile effetto della sua soccombenza nella *hereditatis petitio*, anziché l'esclusione da una titolarità (non configurabile) dell'*hereditas*¹⁹.

Mi pare, d'altro canto, che i possibili rimedi processuali presi in considerazione da Modestino potrebbero non esaurirsi con la *petitio hereditatis*; almeno un'altra possibilità deve essere vagliata e occorre per questo soffermarsi con maggiore attenzione sul *responsum*.

A proposito di esso, va ricordato che la frase «*laudandus est magis quam accusandus heres*» ha destato sospetti non certo trascurabili: ci si aspetterebbe – si è osservato – una risposta giuridica, ma si legge in apparenza una semplice annotazione di ordine morale²⁰. Si è dunque creduto che in un passaggio dell'originale, tagliato dai compilatori, il giurista avesse affrontato il problema dell'illiceità della condizione²¹; e si è quindi ritenuto che solamente per i giustinianeî la clausola dovesse essere interpretata *pro non scripta* (esito

¹⁶ Cfr. D. 12.2.11.3 (Ulp.); D. 44.2.15 (Gai.); D. 17.1.62. pr. (Scaev.); inoltre, Gai. *inst.* 4.17 (con riguardo alla *legis actio sacramenti in rem*). Pensa qui ad una petizione di eredità anche F. MESSINA VITRANO, *op. cit.*, 660.

¹⁷ Cfr. D. 5.3.9; D. 5.3.11. pr.; in dottrina v. in particolare M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Böhlau Verlag, Köln-Weimar-Wien 1998, 5 ss., con altre indicazioni bibliografiche; inoltre, F.J. CASINOS MORA, *De hereditatis petitione. Estudios sobre el significado y contenido de la herencia y su reclamación en derecho romano*, Dykinson, Madrid 2006, 163 ss.

¹⁸ Cfr. *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in *ZSS* 18 (1897), 31.

¹⁹ Per una fugace (non argomentata) critica alla tesi dell'Eisele v. altresì F. MESSINA VITRANO, *op. loc. cit.*

²⁰ L'«*accusandus*», in particolare, evocerebbe il contrario della lode, cioè il biasimo: così S. RICCOBONO, *op. cit.*, 44; F. MESSINA VITRANO, *op. cit.*, 660; B. BIONDI, *op. cit.*, 258.

²¹ Cfr. gli studiosi citati nella nota precedente (incerto, però, il Biondi). Altra questione è se nel brano originario Modestino, orientatosi per l'illiceità della *condicio*, accennasse alla *remissio* pretoria della stessa (in tal senso v. P. VOICI, *Diritto ereditario romano. Parte speciale*, vol. II, Giuffrè, Milano 1963², 799, nt. 36), oppure sostenesse la sua invalidità *iure civili*; sul punto v. anche V. SCIALOJA, *Sulle condizioni impossibili nei testamenti. Nuove considerazioni*, in *BIDR* 14 (1901), 36, e, più in generale, E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, La Sapienza Editrice, Roma 1985, 159, 757.

previsto in D. 28.7.14 e in D. 30.112.3, tratti dalle *Institutiones* di Marciano)²². Circa la frase citata, tuttavia, v'è un'altra soluzione esegetica che finora, per quanto mi risulta, non è stata prospettata dalla dottrina, e che si regge sul valore tecnico forse attribuibile ad «*accusandus*»: il gerundivo, anziché richiamare una nota di biasimo (che il giurista non riterrebbe di rivolgere all'erede istituito che ha disatteso la volontà del testatore)²³, potrebbe rimandare piuttosto ad una *accusatio*. E questa, nel caso di specie, non potrebbe che essere l'*accusatio expilatae hereditatis*, cioè quella sorta di querela di parte²⁴ che, già dall'epoca anteriore a Marco Aurelio e ancora sotto i Severi²⁵, poteva giovare *extra ordinem* all'erede per il recupero delle cose appartenenti all'eredità giacente²⁶, in caso di illegittima presa di possesso delle stesse²⁷. Tale rimedio concorreva elettivamente con la *hereditatis petitio*, secondo un rescritto di Settimio Severo e Caracalla:

D. 47.19.3 (Marc. 2 *publ. iud.*): «*Divus Severus et Antoninus rescripserunt electionem esse, utrum quis velit crimen expilatae hereditatis extra ordinem apud praefectum urbi vel apud praesides agere an hereditatem a possessoribus iure ordinario vindicare*»²⁸.

Del resto, i fondamentali presupposti per ravvisare nel nostro caso l'impiego dell'*accusatio* potrebbero esserci tutti, se in particolare si considera nel complesso gli elementi della fattispecie individuati. In effetti si avrebbe qui un *heres legitimus* che aspirerebbe al recupero delle cose ereditarie, le quali, come si è detto, si trovano in possesso dell'*heres scriptus*; quest'ultimo inoltre, dopo l'inadempimento della *condicio* (e la conseguente, *in thesi*, inefficacia del testamento), ben potrebbe dirsi consapevole di non avere diritto all'eredità²⁹. Se così fosse, l'allievo di Ulpiano, sconsigliando, con espressione per la verità inconsueta, l'esperibilità dell'*accusatio*, avrebbe dato un responso tecnico, contrariamente a quanto si ritiene dai più.

²² Cfr. *praecipue* F. MESSINA VITRANO, *op. cit.*, 660 s.; B. BIONDI, *op. cit.*, 258 s.

²³ Cfr. gli autori citati *supra*, nt. 20.

²⁴ Cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Giuffrè, Milano 1998², 242 nt. 191.

²⁵ Cfr. D. 47.19.1 (Marc. 3 *inst.*) e il commento di F. ARCARIA, *Oratio Marci. Giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Giappichelli, Torino 2003, 219 ss.

²⁶ Cfr. in merito S. SOLAZZI, *Sul «crimen expilatae hereditatis»*, in *Scritti di diritto romano*, vol. III, Jovene, Napoli 1960, 551, 554 s.

²⁷ Sul *crimen expilatae hereditatis*, oltre al citato contributo del Solazzi, cfr. F. GNOLI, *Hereditatem expilare I. Il principio 'rei hereditariae furtum non fit' e la 'usucapio hereditatis'*, Cisalpino-Goliardica, Milano 1984, 7 ss.; M. LEMOSSE, *Crimen expilatae hereditatis*, in *RHDFE* 76 (1998), 255 ss.; A. CASTRO SÁENZ, *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*, Universidad de Sevilla - Secretariado de publicaciones, Sevilla 1998, 128 ss.; da ultimo, E. POOL, *Due questioni di diritto ereditario*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, vol. V, a cura di C. Russo Ruggieri, Giuffrè, Milano 2010, 123 s.

²⁸ Nel finale ci si riferisce alla *petitio hereditatis*, richiamata anche in sch. 1 *ad* Bas. 60.29.3 (= D. 47.19.3), BS, 3608 s., Hb. V, 661. La dottrina al riguardo è pressoché concorde: v. S. SOLAZZI, *op. cit.*, 551; N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Giuffrè, Milano 1974, 82; A. CASTRO SÁENZ, *op. cit.*, 132; S. BELLO RODRÍGUEZ, *Algunas precisiones en torno al crimen expilatae hereditatis*, in *O direito das sucessões: do direito romano ao direito actual*, Editora Coimbra, Coimbra 2006, 827; ma per M. LEMOSSE, *op. cit.*, 259, l'espressione «*iure ordinario vindicare*» alluderebbe alla *vindicatio caducorum*.

²⁹ Sull'elemento soggettivo nel *crimen expilatae hereditatis* v. J. DÉNOYEZ, *Le défendeur à la pétition d'hérédité privée en Droit Romain*, Publ. Inst. de Droit Rom., Paris 1953, 150, nt. 1.

Non può nascondersi tuttavia che all'ipotesi or ora avanzata, per la quale Modestino nel riflettere sui mezzi processuali ammissibili (*rectius*, non ammissibili) abbia pensato anche alla *accusatio expilatae hereditatis*, sia di ostacolo la prosecuzione del responso. Qui il giurista, dopo avere affermato che occorre innanzitutto accertare che il testatore non sia pazzo – condizione che avrebbe determinato, come è noto, la nullità del testamento e avrebbe aperto la via alla successione *ab intestato* –, aggiunge di seguito che, rimosso tale sospetto, l'erede *legitimus* non avrebbe potuto in alcun modo³⁰ sollevare la *controversia de hereditate*; ora, quest'ultima locuzione, come si è già osservato³¹, rimanda nel linguaggio giurisprudenziale classico alla *petitio hereditatis*, piuttosto che all'*accusatio expilatae hereditatis*.

Siamo di fronte dunque ad un testo che, malgrado una probabile lacuna dove il giureconsulto si interrogava sull'illiceità della singolare *condicio* imposta dal testatore, riproduce un responso che, a mio avviso, si sviluppa in modo lineare. Di fronte alla *quaestio*: «*an expellendus est ab hereditate*», l'allievo di Ulpiano in prima battuta nega implicitamente che il rimedio processuale (la *petitio hereditatis*) possa giovare all'*heres legitimus*, considerando l'istituto degno di lode per l'inadempimento della condizione; prospetta quindi un'opposta soluzione³², in caso di accertamento della pazzia del testatore; ribadisce infine, per l'ipotesi in cui la suddetta verifica dia un esito negativo, che la petizione di eredità non possa soccorrere l'erede legittimo.

3. SULL'ILLICEITÀ DELLA CLAUSOLA: «*SI RELIQUIAS EIUS IN MARE ABICIAT*»

Al giurista dunque la condizione potestativa: «*si reliquias eius in mare abiciat*», doveva apparire alquanto stravagante³³ tanto da suggerire una verifica sulla sanità mentale del testatore. E in effetti gli usi funerari determinati dalle credenze pagane pretendevano, di regola, che le reliquie fossero oggetto di un pietoso *colligere* (o *componere*) più che di un *abicere*³⁴; e vale ancora la pena di ricordare che il sottrarre il cadavere (o i suoi resti) alla rituale sepoltura si configurava addirittura, soprattutto in età tardo-classica, come una pena accessoria (da patire nell'aldilà) per i più gravi *crimina*³⁵; era pertanto

³⁰ Sul «*nullo modo*» cfr. B. BIONDI, *op. cit.*, 257 s.

³¹ Cfr. *supra*, nt. 16.

³² Depone in tal senso, credo, anche l'avversativa «*sed*» nella frase: «*sed hoc prius inspiciendum est ...*».

³³ Non sono rari, per altro, i casi in cui l'erede istituito viene onerato da gravami, dedotti *in condicione*, piuttosto strani; per una rassegna cfr. A.D. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte. Profilo di diritto ereditario romano*, Giappichelli, Torino 1991, 50 ss.

³⁴ Cfr. in particolare Y. THOMAS, *Corpus aut ossa aut cineres. La chose religieuse et le commerce*, in *Micrologus* 7 (1999). *Il cadavere*, 87 e note (con indicazione di numerose fonti epigrafiche e letterarie). Era d'uso raccogliere i resti della cremazione in apposite urne, le quali venivano poi depositate in colombari, oppure interrate al pari del cadavere integro; in proposito v. U.E. PAOLI, *Vita romana. Usi, costumi, istituzioni, tradizioni*, Arnoldo Mondadori, Milano 1988⁵, 117; F. DE VISSCHER, *Le droit des tombeaux romains*, Giuffrè, Milano 1963, 27, 32 ss.

³⁵ Cfr. specialmente A. PALMA, voce '*Sepolcro e sepoltura*' (*diritto romano*), in *Enc. dir.*, 42 (1990), 1 nt. 3; inoltre, V. CAPOCCI, *Sulla concessione e sul divieto di sepoltura nel mondo romano ai condannati a pena capitale*, in *SDHI* 22 (1956), 282 ss. e ntt. 32-33; G.R. DE LAS HERAS, *La consideración del cadáver en Derecho Romano (su posible repercusión en la actualidad)*, Ediciones Bomarzo, Albacete 1987, 79 ss.; B. FABBRINI, *La deposizio-*

più che giustificato il dubbio che il *de cuius* non fosse sano di mente.

D'altra parte, oltre a raccomandare l'accertamento della provenienza del testamento da un *compos mentis*, Modestino si poneva probabilmente il problema se la *condicio* denunciassero aspetti di illiceità. Su questa ipotesi si è formato un ampio consenso in dottrina³⁶, la quale viceversa si mostra non coesa sull'opinione poi adottata dal giureconsulto su tale questione e, in secondo luogo, sul possibile parametro che la *condicio* avrebbe violato. Così, circa il primo punto, il Suman ritiene che per il giurista la condizione fosse turpe e da valutare come non scritta³⁷; il Messina Vitrano preferisce esercitare l'*ars ignorandi*³⁸; il Biondi, dal canto suo, non vede pregiudicata dalla condizione in questione quell'*utilitas publica* (intesa dall'autore come "pubblica moralità") già evocata in D. 38.17.2.44 da Ulpiano, e dubita quindi che il suo allievo abbia rilevato profili di illiceità nella clausola³⁹. Altre divergenze, poi, come detto, si registrano a proposito del possibile parametro violato: se da un lato, infatti, una corrente maggioritaria evidenzia una contraddizione con il buon costume, la morale, insomma con i romani *boni mores*⁴⁰ – e questo, nonostante il fatto che nel passo non vi sia apparentemente alcun appiglio per poter discorrere di *condicio turpis* o *contra bonos mores*⁴¹ –, v'è, d'altro lato, la posizione isolata del Voci il quale inquadra la nostra condizione tra i casi di contrarietà al diritto, e specificatamente ad un "principio generale"⁴².

Di fronte a queste disparità di opinioni di autorevoli studiosi su entrambe le questioni segnalate, è forse utile ritornare ancora una volta al testo per coglierne eventuali spunti significativi, tenendo conto altresì della cornice culturale entro la quale esso deve

ne di Gesù nel sepolcro e il problema del divieto di sepoltura per i condannati, in *SDHI* 61 (1995), 116 ss.; G. PURPURA, *La "sorte" del debitore oltre la morte: nihil inter mortem distat et sortem* (Ambrogio, *De Tobia* X, 36-37), in *Iuris Antiqui Historia* 1 (2009), 42, 44; sui negativi effetti dell'insepolitura si veda anche J. SCHEID, *Religion et piété à Rome*, Éditions La Découverte, Paris 1985, 54 s.; C. DE FILIPPIS CAPPAL, *Imago mortis. L'uomo romano e la morte*, Loffredo, Napoli 1997, 51 e 68. Un sacrilegio viene punito anche con l'immersione delle reliquie in mare nel racconto di Svetonio, *Dom.* 8.5.

³⁶ Cfr. *supra*, ntt. 20-21.

³⁷ Cfr. A. SUMAN, *Appunti sulle condizioni turpi nel testamento romano*, in *Il Filangieri* 42 (1917), 49.

³⁸ Cfr. F. MESSINA VITRANO, *op. cit.*, 660.

³⁹ Cfr. D. 38.17.2.44 (Ulp. 13 *ad Sab.*): «... nisi forte quis putet condicionem hanc quasi utilitati publicae obpugnantem remittendam ...». Osserva il BIONDI, *op. cit.*, 258: «Orbene non sembra che quella condizione sia ripugnante alla *publica utilitas*; essa riguarda la sfera privata del testatore ed un atto di disposizione del proprio corpo; e pertanto quando l'erede getta in mare le spoglie di lui, non commette alcun atto immorale per cui la pubblica moralità risulti scossa».

⁴⁰ Cfr. nuovamente F. MESSINA VITRANO, *op. loc. cit.*; V. SCIALOJA, *op. cit.*, 36; per M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, in *ZSS* 60 (1940), 128, la nostra *condicio*, che trascura il "Totenkult", potrebbe essere "unsittlich"; la stessa è compresa fra le "sittenwidrige Bedingungen", in P. JÖRS-W. KUNKEL-L. WENGER-H. HONSELL-TH. MAYER MALY-W. SELB, *Römisches Recht*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 1987⁴, 92, nt. 8. Sui *boni mores* cfr. la recente sintesi di E. BALDACCI, voce "Buoni costumi". *Diritto romano*, in *Enc. bioetica e scienza giuridica*, vol. II, Esi, Napoli 2009, 435 ss.; nonché – in relazione all'espressione *adversus bonos mores* contenuta nell'*edictum de convicio* (D. 47.10.15.2) – M.J. BRAVO BOSCH, *La injuria verbal colectiva*, Dykinson, Madrid 2007, 98 ss. (ivi altra letteratura).

⁴¹ Lo evidenziano R. DE RUGGIERO, *op. cit.*, 172, e L. MAYALI, *La folie et la norme dans la science juridique au Moyen Age*, in *Rechtshistorisches Journal* 6 (1987), 223 e nt. 60, a proposito della lettura di D. 28.7.27. pr. offerta dall'Odofredus (v. *Lectura super Infortiatio* I, Lugduni 1552, rist. ed. Forni, Bologna 1967, f. 76).

⁴² *Op. cit.*, 798 s.

essere collocato. Ebbene, credo che una decisiva chiave di lettura la possa offrire l'espressione «*memoria humanae condicionis*», che non solo apre la via ad una confutazione della tesi del Biondi poc'anzi richiamata, ma può anche fornire qualche importante indicazione circa il criterio contraddetto dalla *condicio*. La locuzione invero, se esaminata nel contesto della frase relativa («*qui reliquias-tradidit*») che l'accoglie, lascia trapelare l'intenzione che ha (forse solo presuntivamente) animato l'erede istituito nel provvedere alla sepoltura del testatore evidentemente con l'allestimento di un sepolcro: si tratta della volontà di preservare il ricordo della provvisorietà della condizione umana, a tutto vantaggio dei viventi. In altre parole Modestino, nell'elogiare la condotta dell'*heres scriptus*, tiene conto della funzione sociale del *monumentum* funebre, che, veicolando il messaggio «*memento mori*», giova ai vivi (a tutti i vivi della comunità, e non ai soli familiari)⁴³. Tale utilità pubblica, che l'istituto avrebbe sacrificato ottemperando alla *condicio* – è forse bene ricordarlo –, era già chiaramente percepita in epoca pagana, nella quale v'era la consuetudine di collocare i monumenti sepolcrali in luoghi di passaggio (si pensi alla via Appia)⁴⁴, proprio al fine di rinsaldare più agevolmente una benefica memoria collettiva circa i limiti dell'esistenza umana. Conforta che già il Cuiacio avesse individuato la *ratio* del parere di Modestino proprio nel ruolo riconosciuto al sepolcro nella costruzione della suddetta, comune memoria⁴⁵, e non mi sembra pertanto in alcun modo necessaria, per una migliore comprensione del passo, la correzione («*sed immemor inhumanae condicionis*») proposta dal Mommsen, con la quale l'illustre autore tedesco ha voluto ricuperare nella locuzione in esame il significato tecnico di «*condicio*»⁴⁶.

Sorgono, a questo punto, non pochi dubbi sull'assunto del Biondi secondo il quale la nostra clausola in età tardo-classica non sarebbe stata contraria alla utilità (moralità) pubblica. E i dubbi aumentano se estendiamo lo sguardo alla produzione letteraria degli altri giuristi severiani: è difficile credere in particolare che Modestino si discostasse dalla generale visione di un Papiniano, il quale, occupandosi della possibilità di usare l'interdetto *de mortuo inferendo* in ipotesi del tutto particolari, affermava:

D. 11.7.43 (Pap. 8 *quaest.*): «*Nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent ...*»⁴⁷,

⁴³ Circa il nesso esistente tra il sepolcro e la memoria dei viventi si veda la definizione data da Fiorentino di '*sepulchrum*' (*species* del *genus* '*monumentum*') in D. 11.7.42 (Flor. 7 *inst.*): «*Monumentum generaliter res est memoriae causa in posterum prodita: in qua si corpus vel reliquiae inferantur, fiet sepulchrum ...*»; in dottrina, S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino. Etica, natura e logica nelle Institutiones*, Loffredo, Napoli 1996, 191 ss.; Y. THOMAS, *op. cit.*, 80 s.

⁴⁴ Cfr. in particolare Varr., *De ll.* 6.49: «*... sic monimenta quae in sepulcris, et ideo secundum viam, quo praetereuntis admoneant et se fuisse et illos esse mortales*».

⁴⁵ Cfr. J. CUIACIUS, *In librum VIII responsorum Herennii Modestini*, in *Opera*, t. VI, Prati 1838, c. 125: «*Et ut Modestinus ait, laudandus est potius haeres, quam reprehendendus, qui ineptam illam, et trucem conditionem non implevit, sed in memoriam conditionis humanae reliquias testatoris sepulturae tradidit. Haec ratio est extruendorum sepulchrorum, ut superstitis insipientes sepulchra meminissent, et se esse, et sepulchro conditos fuisse mortales*».

⁴⁶ Cfr. l'edizione del Digesto di TH. MOMMSEN-P. KRÜGER, *ad b. loc.*, 434, nt. 3; sulla correzione mommseniana si sofferma A. PALMA, *Humanior interpretatio. 'Humanitas' nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Giappichelli, Torino 1992, 169.

⁴⁷ Sul passo v. specialmente T. HONSELL, *Gemeinwohl und öffentliches Interesse im klassischen römischen*

mostrando così di individuare proprio nell'*utilitas publica* la fondamentale ragione del dovere di non lasciare insepolti i cadaveri. Ritengo quindi che presupporre, come fa il Biondi⁴⁸, per l'età di Modestino una rilevanza della sepoltura ristretta alla dimensione privata e familiare, senza alcuna utile incidenza di tale pietoso atto sull'intera comunità, possa essere fuorviante; e sarebbe d'altro canto errato riferire un dovere di seppellire i defunti esclusivamente alla religione cristiana (per l'importanza che la stessa attribuisce alla resurrezione del corpo) e, attraverso questa via, considerare "lodevole" il contegno del nostro *heres scriptus* esclusivamente dal punto di vista del diritto giustiniano, per il quale l'istituzione di erede doveva considerarsi sul piano interpretativo come pura⁴⁹. Nel concepire il suddetto dovere in realtà il paganesimo e il cristianesimo, pure per differenti ragioni, si incontrano; l'illiceità della condizione poteva benissimo essere già avvertita da Modestino in età classica.

Ciò detto, resta ancora da chiarire brevemente quale fosse il parametro che Modestino quanto meno implicitamente (attraverso l'elogio dell'istituto) avvertiva come violato dalla *condicio*. La difformità evidenziata rispetto all'utilità pubblica ci spinge invero ad aderire, tra le soluzioni ipotizzate⁵⁰, all'opinione maggioritaria che scorge un'avversità (benché inespressa) ai *boni mores*, con la conseguenza che l'*heres scriptus* avrebbe potuto fondatamente richiedere la *remissio* magistratuale della condizione⁵¹. Convincenti, in proposito, mi sembrano quelle sottolineature dottrinarie circa il legame esistente tra i *boni mores* e l'utilità sociale (o il bene comune), legame che sarebbe confermato dal significato, non esclusivamente etico, di "*bonum*"; in effetti, tale segno conserva nell'etimo l'idea della utilità, derivando da "*beare*" (cioè: rendere felici, giovare; v. D. 50.16.49)⁵². La clausola pertanto, in quanto lesiva dell'interesse collettivo a conservare, grazie ai sepolcri, il ricordo della provvisorietà dell'*humana condicio*", rivelava verosimilmente agli occhi del giurista anche una contrarietà ai *boni mores*. È bene però precisare che tale avversità poco ha a che fare con quel sentimento della *pietas* (esprimibile anche nel culto familiare dei morti), che pure era ricondotto ai *boni mores* nella riflessione giurisprudenziale severiana⁵³; malgrado

Recht, in ZSS 95 (1978), 128; diffusamente, M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Giappichelli, Torino 2002, 85 ss.

⁴⁸ Cfr. *supra*, nt. 39; ma, prima del Biondi, si veda già l'affermazione di S. RICCOBONO, *op. loc. cit.*: «Or io oserei dire che quella condizione non poteva apparire così orrenda ai pagani. Il culto dei morti era puramente familiare. Fuori la famiglia, nella morte c'è il nulla».

⁴⁹ Cfr. *supra*, nt. 22. Sull'obbligo di dare sepoltura in età pagana cfr. A. TRISCIUOGGIO, *op. cit.*, 10 s.

⁵⁰ Vedile *supra*, in questo par.

⁵¹ Lo si può argomentare da D. 28.7.9 (Paul. 45 *ad ed.*): «*Condiciones, quae contra bonos mores inseruntur, remittendae sunt ...*», testo che riguarda le condizioni apposte alle istituzioni di erede (v. Lenel, *Palingenesia* I, c. 1053); in tal senso v. pure il Voci (*supra*, nt. 21).

⁵² Cfr. in merito B. BIONDI, *op. cit.*, 52; E. BALDACCI, *op. cit.*, 436 s.; inoltre gli autori citati da M.J. BRAVO BOSCH, *op. cit.*, 102 nt. 317.

⁵³ Cfr. D. 28.7.15 (Pap. 16 *quaest.*): «... *nam quae facta laedunt pietatem ... nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt ...*», sul quale si è soffermato E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. II.1, Cedam, Padova 1960, 51. In merito alla *pietas* romana nutrita nei confronti dei defunti v., tra gli altri, C. PASCAL, *L'oltretomba dei pagani* I, Alkaest, Genova 1981 (rist. ed. Pavia 1911), 107; G. FRANCIOSI, *Sepolcri e riti di sepoltura delle antiche 'gentes'*, in *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, a cura di G. Franciosi, vol. I, Jovene, Napoli 1984, 67; C. DE FILIPPIS CAPPAL, *op. cit.*, 98; da ultima, più in generale sulla *pietas* e sul rapporto antitetico tra questa e il *furor*, cfr. D. DI OTTAVIO, *Sui precedenti retorici della «querela inofficiosi testamenti» nel I sec. a.C.*, in *Index* 37 (2009), 310 ss. Sul culto dei morti si può invece consultare, nella vasta

timide prospettazioni in senso contrario⁵⁴, non si può fare a meno di rilevare che nel responso di Modestino, così come ci è stato tramandato, non è evidenziabile alcuna contrarietà della clausola testamentaria a tale sentimento devozionale che ha segnato quelle “secolari concezioni della vita” all’inizio richiamate⁵⁵. Piuttosto, l’implicita valutazione d’illiceità della *condicio* data dall’allievo di Ulpiano può essere letta come un atto di difesa del bene comune (qui consistente nella memoria collettiva della caducità della condizione umana), bene che il sepolcro garantisce mentre la dispersione dei resti del defunto in mare pregiudica.

bibliografia, J.M.C. TOYNBEE, *Morte e sepoltura nel mondo romano*, L’«Erma» di Bretschneider, Roma 1993, 49 ss.

⁵⁴ Cfr. G. CICOGLIA, *A proposito di condizioni immorali*, in *Studi Senesi*, 18 (1940), 49.

⁵⁵ Cfr. *supra*, par. 1 e nt. 3.