





EDIZIONE NAZIONALE DELLE OPERE DI GIORGIO LA PIRA

— Vol. II.1 —



EDIZIONE NAZIONALE DELLE OPERE DI GIORGIO LA PIRA

— Commissione Ministeriale per l'Edizione Nazionale delle Opere di Giorgio La Pira —

Bruna Bagnato; Pierluigi Ballini; Bruna Bocchini;  
Lucilla Conigliello, *segretaria tesoriera*; Giulio Conticelli;  
Augusto D'Angelo; Ugo De Siervo; Piero Fiorelli;  
Patrizia Giunti; Silvano Nistri; Mario Primicerio;  
Andrea Riccardi; Diana Marta Toccafondi, *presidente*

Hanno fatto parte della Commissione:

Francesco Adorno; Francesco Paolo Casavola;  
Carla Guiducci Bonanni; Fioretta Mazzei;  
Mario Scotti; Antinesca Rabissi Tilli



EDIZIONE NAZIONALE DELLE OPERE DI GIORGIO LA PIRA

— Piano dell'opera —

VOLUME I

*Scritti giovanili*

a cura di Piero Antonio Carnemolla

VOLUME II

*La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*

a cura di Patrizia Giunti

VOLUME III

*Principi contro i totalitarismi e rifondazione costituzionale*

a cura di Ugo De Siervo

VOLUME IV

*La città e la persona umana. Scritti sociali, politici e amministrativi*

a cura di Pier Luigi Ballini, Giulio Conticelli

VOLUME V

*La costruzione della pace. Scritti di politica internazionale*

a cura di Bruna Bagnato

VOLUME VI

*Il credente e la Chiesa. Scritti di vita religiosa ed ecclesiale*

a cura di Bruna Bocchini, Augusto D'Angelo

VOLUME VII

*Indici dell'Edizione Nazionale  
delle Opere di Giorgio La Pira*



EDIZIONE NAZIONALE DELLE OPERE DI GIORGIO LA PIRA

— Vol. II.1 —

# La fondazione romanistica

Scritti di storia e di diritto romano

a cura di  
Patrizia Giunti

Firenze University Press  
2019

La fondazione romanistica : scritti di storia e di diritto romano /  
a cura di Patrizia Giunti; tomo II.1. – Firenze : Firenze University  
Press, 2019.

(Edizione Nazionale delle Opere di Giorgio La Pira ; 2)

<http://digital.casalini.it/9788864538495>

ISBN 978-88-6453-848-8 (print)

ISBN 978-88-6453-849-5 (online PDF)

ISBN 978-88-6453-850-1 (online EPUB)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Lettera Meccanica

Cura e revisione redazionale dei testi: Francesca Rossi

Coordinamento organizzativo ed editoriale: Lucilla Conigliello

Il volume è pubblicato con il finanziamento del Ministero per i Beni e le Attività Culturali –  
Direzione Generale Biblioteche e Istituti Culturali.

♻ L'edizione digitale on-line del volume è pubblicata ad accesso aperto su [www.fupress.com](http://www.fupress.com).

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0  
International (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>). La licenza  
permette di condividere l'opera, nella sua interezza o in parte, con qualsiasi mezzo e formato, e di  
modificarla per qualsiasi fine, anche commerciale, a condizione che ne sia menzionata la paternità  
in modo adeguato, sia indicato se sono state effettuate modifiche e sia fornito un link alla licenza.

© 2019 Fondazione Giorgio La Pira

Pubblicato da Firenze University Press

Firenze University Press  
Università degli Studi di Firenze  
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy  
[www.fupress.com](http://www.fupress.com)

*This book is printed on acid-free paper*  
*Printed in Italy*

## SOMMARIO

– TOMO II. I –

PRESENTAZIONE DELL'EDIZIONE NAZIONALE DELLE OPERE DI GIORGIO LA PIRA	XVII
IL FUTURO DEL PASSATO. GIORGIO LA PIRA E IL DIRITTO ROMANO	XXV
<i>Patrizia Giunti</i>	XXV
1. «La mia vocazione è una sola»	XXV
2. Gli inizi. Da Messina a Firenze. Dalla scrivania alla cattedra	XXXI
3. La svolta del 1934	XLVII
4. Il diritto romano e la vita	LVII
5. La fondazione romanistica	LX
6. «Il futuro ha il volto antico»	LXIII
NOTA INTRODUTTIVA	LXVII

### OPERE DI GIORGIO LA PIRA

1929

Contenuto processuale del Senatus consulto di Augusto ai Cirenei	5
Precedenti provinciali della riforma giustiniana del diritto di patronato	23
La sostituzione pupillare	31

1930

Riflessi provinciali nel diritto tutelare classico romano	107
Frammenti papiracei di un <i>κατὰ πόδα</i> del Digesto	121
Il concetto di legge secondo San Tommaso	137

1931	
Un registro catastale e un libro processuale dalla Marmarica nel nuovo papiro vaticano	151
1932	
Umberto Ratti (In memoria di)	169
'Compromissum' e 'litis contestatio' formulare	173
La struttura classica del <i>pignus</i>	209
1933	
La struttura classica della <i>conventio pignoris</i>	231
Rilievi di Meciano sul concetto di <i>hereditas</i>	253
Esegesi del papiro vaticano (Documento della Marmarica)	261
Recensioni (a Ugo Enrico Paoli, <i>Studi di diritto Attico</i> )	287
Un caso di "vadimonium iureiurando" nel papiro vaticano della Marmarica	299
1934	
Il diritto naturale nella concezione di S. Tommaso d'Aquino	307
La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. I. Problemi generali	321
La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. II. L'arte sistematrice	337
1935	
La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. III. Il metodo	353
1936	
La genesi del sistema nella giurisprudenza. IV. Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica	381
La <i>stipulatio aquiliana</i> nei papiri	403
1938	
La personalità scientifica di Sesto Pedio	411
1946	
Problemi di sistematica e problemi di giustizia nella giurisprudenza romana	447

1947

Prefazione (a C. Corsanego, <i>Contardo Ferrini</i> )	459
---	-----

– TOMO II.2 –

LA SUCCESSIONE EREDITARIA INTESTATA  
E CONTRO IL TESTAMENTO IN DIRITTO ROMANO

Prefazione	465
------------	-----

PARTE PRIMA – Le vocazioni ereditarie intestate dell’ <i>ius civile</i> antico, in quanto fondate sulla costituzione della <i>familia agnatzia</i>	467
--	-----

SEZIONE PRIMA – Natura giuridica della vocazione intestata dei sui ed influenza che essa spiega sulla designazione testamentaria dell’erede	469
---	-----

Introduzione – Significato giuridico dell’onere di istituire o diseredare i sui	469
---	-----

Capitolo I – Fondamento giuridico dell’acquisto <i>ipso iure</i> dell’eredità da parte dei sui	484
--	-----

Capitolo II – Natura giuridica, forme ed effetti della diseredazione	495
--	-----

Capitolo III – Vocazione testamentaria dei sui <i>heredes</i> e assorbimento in essa della loro vocazione intestata	509
---	-----

Capitolo IV – Il principio classico della <i>abstentio</i> e il principio giustiniano della <i>immixtio</i>	518
---	-----

Capitolo V – Istituzione dei sui sotto condizione potestativa	527
---	-----

Capitolo VI – La istituzione e la diseredazione dei postumi	538
---	-----

Capitolo VII – Rapporti tra le vocazioni testamentarie e la struttura dell’organismo familiare	557
--	-----

Capitolo VIII – Effetti della preterizione dei sui	569
--	-----

SEZIONE SECONDA – Le vocazioni intestate dell’antico <i>ius civile</i> considerate in relazione con le vocazioni tutelari	589
---	-----

Introduzione	589
--------------	-----

Capitolo I – Tutela ed <i>hereditas</i>	597
---	-----

Capitolo II – Il principio « <i>in legitimis non est successio</i> »	608
--	-----

Capitolo III – <i>In iure cessio tutelae</i> e <i>in iure cessio hereditatis</i>	621
--	-----

Capitolo IV – Ancora dei rapporti fra tutela ed <i>hereditas</i>	634
--	-----

Capitolo V – Orientamento della eredità verso la <i>cognatio</i> e permanenza della fisionomia agnatzia nella tutela	638
--	-----

SEZIONE TERZA – L'ordinamento familiare agnazio come base delle vocazioni intestate di ius civile	642
Capitolo I – La successione dei «sui»	642
Capitolo II – La familia communi iure fondamento della vocazione degli agnati	648
Capitolo III – La successione delle donne	652
Capitolo IV – La successione degli agnati e dei gentili	656
SEZIONE QUARTA – Le vocazioni ereditarie patronali inquadrare nel rapporto giuridico di patronato	660
Introduzione – Il rapporto giuridico di patronato	660
Capitolo I – Le vocazioni intestate del patrono alla eredità del liberto	662
Capitolo II – Rapporti tra la familia del patrono e la familia del liberto	666
Capitolo III – Particolare posizione giuridica della liberta e della patrona	669
Capitolo IV – L'autonomia dei figli del patrono nel rapporto di patronato	671
Capitolo V – La rinuncia al rapporto di patronato in diritto classico e giustiniano	682
Capitolo VI – L'adsignatio libertorum	685
Capitolo VII – Conclusioni della parte prima	704
PARTE SECONDA – Le vocazioni ereditarie intestate del diritto pretorio, dell'ius civile novum e del diritto giustiniano, in quanto fondate sulla parentela naturale	709
SEZIONE PRIMA – Sistema delle vocazioni intestate di diritto pretorio	711
Introduzione	711
Capitolo I – Identità e differenze fra hereditas e bonorum possessio	714
Capitolo II – Influenza della bonorum possessio sulla hereditas	719
Capitolo III – L'edictum successorium	732
Capitolo IV – Ordinamento delle vocazioni intestate nel nuovo sistema successorio	744
SEZIONE SECONDA – Sistema delle vocazioni intestate dell'ius civile novum	761
Introduzione	761
Capitolo I – Senatoconsulto Tertulliano	762
Capitolo II – Senatoconsulto Orfiziano	779
Capitolo III – Riforme postclassiche e riforme giustiniane anteriori alle novelle	783

Capitolo IV – Conclusioni della seconda parte	790
PARTE TERZA – La successione contro il testamento	797
Introduzione	799
SEZIONE PRIMA – La bonorum possessio contra tabulas dei liberi	808
Capitolo I – La classe dei liberi chiamati alla bonorum possessio contra tabulas	808
Capitolo II – La vocazione intestata dei liberi. Influenza che essa spiega sulla designazione testamentaria dell’erede	815
Capitolo III – Influenza della commissio edicti sull’istituzione dei liberi	821
Capitolo IV – Posizione giuridica dei figli dati in adozione istituiti nel testamento del loro padre naturale e concorso tra liberi istituiti e liberi preteriti	827
Capitolo V – Effetto della preterizione dei liberi: la bonorum possessio contra tabulas	833
Capitolo VI – Bonorum possessio contra tabulas e testamento	836
Capitolo VII – De legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita	849
Capitolo VIII – La collazione	863
SEZIONE SECONDA – La bonorum possessio contra tabulas del patrono	869
Introduzione	869
Capitolo I – Presupposti della bonorum possessio contra tabulas del patrono	874
Capitolo II – La posizione giuridica delle persone chiamate alla bonorum possessio contro il testamento del liberto	889
Capitolo III – Legittimazione passiva e cause di esclusione dalla b. p. c. t. del patrono. Atteggiamenti anormali del rapporto di patronato	903
SEZIONE TERZA – La querella inofficiosi testamenti	908
Capitolo I – Rapporti fra l’ordine dei legittimarii e quello dei successibili ab intestato nel diritto classico e postclassico	914
Capitolo II – Presupposti della querella nel diritto classico e in quello postclassico	931
Capitolo III – L’iniuria fondamento giuridico della querella classica e il color insaniae fondamento di quella postclassica	935
Capitolo IV – Legittimazione passiva alla querella	942

Capitolo V – Effetti della querella classica	949
Capitolo VI – La natura della querella postclassica	956
Capitolo VII – Effetti della querella postclassica	964
Capitolo VIII – Ragioni di esclusione dalla querella ed effetti della soccombenza nel giudizio di inofficiosità	970
Capitolo IX – La trasmissione della querella nel diritto classico, postclassico e giustiniano	974
Capitolo X – La querella inofficiosi testamenti nella legislazione giustiniana del codice	984
Capitolo XI – La successione contro il testamento nel diritto giustiniano delle novelle	990
Capitolo XII – Cenni storici sulla querella inofficiosi testamenti, considerata nella sua struttura processuale	1002
APPENDICE ESEGETICA E CASISTICA – La querella inofficiosi testamenti classica e postclassica	1013
Capitolo I – Antinomie delle fonti: presenza di due regimi diversi della querella	1015
Capitolo II – Valore giuridico del color insaniae nel diritto postclassico	1040
Capitolo III – La natura della querella postclassica desunta dalla esegesi del fr. 19 D. 5.2	1048
Capitolo IV – La natura della querella postclassica desunta dall'esegesi dei fr. 17 pr.; 8.8 D. 5.2	1071
Conclusione riassuntiva	1081
Indice delle fonti	1105

## ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO

INTRODUZIONE	1127
IL DIRITTO OBIETTIVO ROMANO	1137
– Ius civile	1138
– Ius gentium	1140
– Ius praetorium	1141
– Ius naturale	1143
– Interpretazione della norma	1145

LA PERSONALITÀ GIURIDICA	1147
– Personalità giuridica o capacità di diritto	1147
A) Status libertatis	1147
B) Status civitatis	1148
C) Status familiae	1149
– La persona giuridica	1151
– Capacità di agire	1153
– La rappresentanza	1154
PRINCIPI GENERALI RELATIVI AI RAPPORTI GIURIDICI	1157
– Dottrina del negozio giuridico	1159
ANALISI DEI RAPPORTI GIURIDICI FAMILIARI	1163
– I quattro fondamentali rapporti familiari	1163
– Quibus modis latini ad civitatem Romanorum perveniunt	1166
– Personae sui iuris et alieni iuris	1168
– Posizione giuridica dei servi	1170
– Posizione giuridica delle persone libere alieni iuris	1170
– Osservazioni conclusive sul diritto familiare	1186
TUTELA E CURA	1191
IL PROCESSO ROMANO	1209
– Natura privatistica del processo ordinario	1210
– La formula. Sua struttura	1220
– Extraordinaria cognitio	1244
– Litis contestatio e compromissum	1246
TEORIA DELLA SUCCESSIONE	1249
– I concetti	1249
– Struttura e funzione della successione	1250
– Principi generali del diritto successorio romano	1251
– Requisiti per la successione ereditaria	1252
– Effetti della successione ereditaria	1253
– Petitio hereditatis	1254
– Bonorum possessio o eredità pretoria	1254
– Il testamento	1255
– Elementi essenziali e accidentali del testamento	1257
– Successione ereditaria intestata	1262
– Successione legittima contro il testamento	1266

POSSESSO E DIRITTI REALI	1269
– Possesso	1269
Struttura	1269
Contenuto	1270
Oggetto del possesso	1271
Alienazione del possesso	1272
Fonti del possesso	1272
Conservazione e perdita del possesso	1274
Tutela del possesso	1274
Ragioni che legittimano la tutela del possesso	1276
– Diritti reali	1276
Diritto di proprietà: <i>dominium ex iure quiritium</i>	1277
Servitù prediali ( <i>iura praediorum</i> )	1305
Servitù personali	1310
Enfiteusi e superficie	1314
Rapporti fra diritti reali e proprietà	1319
– Pegno e ipoteca	1320
– Condominio	1325
RAPPORTI OBBLIGATORI	1331
– Evoluzione del concetto di <i>obligatio</i> e delle fonti obbligatorie	1331
Epoca originaria	1331
Epoca storica	1333
Epoca classica primitiva	1335
Ulteriore sviluppo nell'epoca classica	1336
Epoca postclassica e giustiniana	1337
– Analisi delle fonti obbligatorie	1338
Il <i>contractus</i>	1338
Quasi contratti	1384
Obbligazioni da atto illecito	1389
Quasi delitti	1398
– Modi di estinzione delle obbligazioni	1398
INDICE DEI NOMI DI PERSONA E DEI LUOGHI	1407

## PRESENTAZIONE DELL'EDIZIONE NAZIONALE DELLE OPERE DI GIORGIO LA PIRA

### *Verso l'Edizione Nazionale: la Commissione Ministeriale*

Giorgio La Pira scomparve a Firenze il 5 novembre 1977 e l'interesse pubblico per la tutela, la conservazione e la valorizzazione del patrimonio documentario che conteneva la memoria della sua attività di giurista, di politico di rilievo nazionale e internazionale, di sindaco di Firenze, nonché della sua testimonianza cristiana, si espresse immediatamente attraverso il provvedimento, emesso dalla Soprintendenza Archivistica per la Toscana il 10 novembre 1977, che dichiarava il suo archivio «di notevole interesse storico» ai sensi del DPR 30 settembre 1963, n. 1409.

Il grande rilievo rivestito dal materiale archivistico di Giorgio La Pira per la storia italiana venne poi ulteriormente ribadito con un successivo provvedimento di dichiarazione del 4 giugno 1985, emesso dalla stessa Soprintendenza Archivistica, che sottolineava l'importanza

delle testimonianze conservate nei suoi carteggi che riflettono tutti gli avvenimenti di quest'ultimo quarantennio e l'opera da lui svolta in campo nazionale a partire dal 1938, in campo internazionale a partire dal 1951 e rappresentano uno strumento indispensabile per la ricerca documentale e lo studio approfondito dei grandi tempi politici della storia del nostro tempo.

La memoria storica della personalità e dell'azione di Giorgio La Pira ha avuto corrispondenza nell'attività della Fondazione Giorgio La Pira che, dopo una prima costituzione come associazione civile non riconosciuta, ha ottenuto personalità giuridica con il Decreto del Ministro dell'Interno del 28 marzo 1996 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 86 del 12 aprile 1996. La Fondazione ha stipulato una Convenzione con l'erede universale indicato nel testamento di Giorgio La Pira («il Convento di San Marco nella persona del Padre Provinciale»), successivamente integrata per le variazioni intervenute nella struttura dell'or-

dine domenicano dei Frati Predicatori. In base a tale Convenzione «rimane affidata permanentemente alla Fondazione la tutela, la cura, lo studio, l'utilizzazione e la valorizzazione del lascito ereditario disposto dal Prof. Giorgio La Pira col suo testamento del 4 agosto 1977».

Fin dalla sua istituzione, la Fondazione Giorgio La Pira si dava statutariamente come scopo

la promozione di iniziative culturali e sociali nel nome del Prof. Giorgio La Pira, per tramandarne il pensiero e l'azione a livello nazionale e internazionale e per conservare ed utilizzare a fini scientifici e culturali l'Archivio e la Biblioteca del defunto autore, favorendo nei rapporti tra le persone, le comunità ed i popoli il dialogo e la pace, nel solco della tradizione cristiana, della dottrina della Chiesa e del suo magistero.

Fu la Fondazione a farsi promotrice presso il Ministero per i Beni Culturali e Ambientali dell'istanza di istituire una Commissione per l'Edizione Nazionale delle Opere di Giorgio La Pira, anche in relazione alle celebrazioni del cinquantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica Italiana, alla cui redazione, in particolare nei Principi Fondamentali, La Pira aveva dato un determinante contributo quale membro dell'Assemblea Costituente. Il Comitato di settore Beni Librari del Ministero, nella seduta del 17 febbraio 1997, si pronunciò sulla proposta esprimendo in modo unanime parere favorevole. Ne seguì il Decreto del Ministro per i Beni Culturali e Ambientali del 24 marzo 1997 che istituiva la Commissione ministeriale e ne nominava i membri nelle persone di Francesco Adorno, Pier Luigi Ballini, Francesco Paolo Casavola, Giulio Conticelli, Ugo De Siervo, Piero Fiorelli, Carla Guiducci Bonanni, Fioretta Mazzei, Silvano Nistri, Mario Primicerio, Antinesca Rabissi Tilli, Andrea Riccardi, Mario Scotti. Nella seduta di insediamento della Commissione, avvenuta il 15 maggio 1997, Fioretta Mazzei fu eletta Presidente e Carla Guiducci Bonanni Segretario Tesoriere.

L'11 novembre 1998 scomparve la Presidente Fioretta Mazzei, che aveva mantenuto le funzioni anche di Presidente della Fondazione Giorgio La Pira. Il 3 marzo 1999 la Commissione nominava Giulio Conticelli nuovo Presidente della Commissione Ministeriale con la conferma di Carla Guiducci Bonanni quale Segretario Tesoriere, mentre Mario Primicerio succedeva a Fioretta Mazzei nella Presidenza della Fondazione Giorgio La Pira.

A seguito della morte di Carla Guiducci Bonanni, avvenuta il 30 marzo 2013 dopo un ininterrotto impegno di oltre sedici anni come Segretario Tesoriere, la Commissione ha proposto al Ministero un'integrazione, anche per le sopravvenute scomparse *medio tempore* dei Commissari Francesco Adorno, Antinesca Rabissi Tilli e Mario Scotti e per le dimissioni presentate dal Commissario Francesco Paolo Casavola. Con Decreto del Ministro dei Beni e delle Attività Culturali

e del Turismo del 18 aprile 2017 sono stati nominati i nuovi Commissari nelle persone di Bruna Bagnato, Bruna Bocchini, Lucilla Conigliello, Augusto D'Angelo, Patrizia Giunti e Diana Marta Toccafondi. La Commissione ha proceduto, il 7 giugno 2017, al rinnovo delle cariche nominando Presidente Diana Toccafondi e Segretario Tesoriere Lucilla Conigliello.

### *Il progetto editoriale*

Già nell'istanza presentata al Ministero dalla Fondazione Giorgio La Pira per l'istituzione della Edizione Nazionale si segnalava la complessità dell'impresa: se da un lato veniva prospettata un'articolazione degli scritti in sezioni tematiche (*Opere Storico-Giuridiche*, *Opere Politico-Costituzionali*, *Opere Sociali-Amministrative*, *Opere dell'Attività Internazionale*, *Opere Religiose-Spirituali*, oltre ad una sezione denominata *Epistolario*), dall'altro non si nascondeva la difficoltà di individuare in modo completo ed esaustivo tutti gli scritti editi di Giorgio La Pira, numerosissimi e spesso disseminati in pubblicazioni, anche periodiche, di non facile reperimento. Consapevole di questa difficoltà, la Commissione ritenne fosse opportuno, come atto preliminare, redigere una *Bibliografia degli scritti di Giorgio La Pira* che, curata da Giulio Conticelli con Lorenzo Artusi, venne edita dal Ministero per i Beni Culturali e Ambientali e dalla Fondazione Giorgio La Pira nel 1998. A questa *Bibliografia* – che ricostruisce cronologicamente la produzione editoriale di La Pira – ha fatto seguito la vastissima *Bibliografia cronologica degli scritti di Giorgio La Pira* in trentatré volumi (Roma 1999), redatta da un gruppo di ricercatori sotto il coordinamento scientifico di Vittorio Peri e disponibile in copia unica presso la Fondazione Giorgio La Pira. L'opera, contenente anche la fotocopia degli scritti di La Pira, fu realizzata a cura e spese della Fondazione e degli altri attori della Causa di Beatificazione.

Anche la struttura dell'Edizione Nazionale prospettata fin dall'inizio, basata su un'aggregazione per quanto possibile 'sistematica' degli scritti lapiriani, ricondotti nell'alveo delle grandi tematiche che avevano ispirato l'azione e contraddistinto la vita e l'impegno di La Pira, non era immune da problemi interpretativi ed è stata sottoposta ad un serrato vaglio critico da parte della Commissione, che ha sempre avuto presente la natura fortemente coesa del pensiero e quindi degli scritti lapiriani. Come ebbe a dire, con felice espressione, la prima Presidente Fioretta Mazzei, stretta collaboratrice di Giorgio La Pira sin dalla fine degli anni Quaranta, gli scritti lapiriani avevano una 'struttura circolare'. Non si può infatti non osservare come la porosità della trama letteraria del testo lapiriano faccia filtrare e penetrare richiami biblici in testi dedicati alla politica o all'economia, così come riferimenti giuridici in contesti peculiarmamente religiosi, o faccia riferimento ai problemi dell'ordine internazionale anche in relazione a dimensioni politiche locali, oppure metta in rapporto l'attenzione verso le innovazioni tecnico-scientifiche con la ricerca di un nuovo umanesimo.

La prima proposta di articolazione della raccolta degli scritti editi di Giorgio La Pira elaborata dalla Commissione agli inizi degli anni 2000 prevedeva che l'Edizione Nazionale si strutturasse in sei sezioni, affidate ad alcuni fra i componenti della Commissione medesima: la prima sezione, intitolata *La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*, era affidata a Francesco Paolo Casavola; la seconda, intitolata *L'architettura costituzionale. Scritti di politica e diritto costituzionale*, era affidata a Ugo De Siervo; la terza, intitolata *La città e la persona umana. Scritti sociali e amministrativi*, era affidata a Pier Luigi Ballini e Giulio Conticelli; la quarta, intitolata *La pace e il nuovo ordine internazionale. Scritti sulle relazioni internazionali*, era affidata a Giorgio Gaia e Mario Primicerio; la quinta, intitolata *Il credente e la Chiesa. Scritti di vita religiosa ed ecclesiale*, era affidata a Andrea Riccardi e Silvano Nistri; la sesta sezione, infine, era destinata a contenere un *Repertorio dell'Epistolario*.

In quegli stessi anni si assiste ad un fiorire di pubblicazioni – promosse dalla Fondazione La Pira – che mettono a disposizione della ricerca importanti fonti inedite conservate nell'Archivio Giorgio La Pira presso la Fondazione stessa. I ricercatori, e la stessa Commissione incaricata dell'Edizione Nazionale, possono così avvantaggiarsi del contributo di riflessioni storico-critiche provenienti dalla pubblicazione soprattutto degli epistolari realizzata dalla Fondazione La Pira: ci si riferisce in particolare alla corrispondenza giovanile con i familiari (2008), alle lettere di contenuto spirituale con Paola Ramusani (2011) e con Fioretta Mazzei (2019), al carteggio con Emilio Betti durante la sua formazione giuridico-romanistica (2014), alle lettere con Amintore Fanfani (2003) e con Aldo Moro (2017). Di considerazione speciale, sia per la consistenza numerica in oltre duemila lettere sia per la connessione tematica con i testi editi da Giorgio La Pira dagli anni Cinquanta al 1977, la pubblicazione, anche questa curata dalla Fondazione La Pira, dell'epistolario con i Pontefici Pio XII (2004), Giovanni XXIII (2009) e Paolo VI (2015). Si tratta del più ampio carteggio di una personalità diretto ai Papi del Novecento sinora edito, reso possibile per la presenza delle copie delle missive conservate nell'Archivio a cura di Antinesca Rabissi Tilli, che aveva affiancato quotidianamente La Pira quale segretaria per oltre tre decenni.

Di particolare utilità risulteranno i volumi – frutto di un importante progetto svolto dalla Fondazione La Pira nel quinquennio 2007-2012 – contenenti la descrizione dell'Archivio Giorgio La Pira: il primo volume *Archivio Giorgio La Pira. Corrispondenza* (2009) si riferisce alla descrizione di tutta la prima sezione dell'Archivio, che contiene le oltre 50.000 carte relative alla corrispondenza tenuta da La Pira dal 1951 al 1977. Il secondo volume *Archivio Giorgio La Pira. Lettere, appunti, discorsi* (2012) è l'inventariazione e descrizione delle altre sezioni dell'Archivio (quali ad esempio la corrispondenza con i monasteri di clausura e con i carcerati, i testi dei discorsi, gli appunti ecc.) e del materiale reperito per mezzo di acquisizioni da altri fondi archivistici e ricognizioni successive di materiali anche provenienti dal Convento domenicano di San

Marco di Firenze, ove Giorgio La Pira aveva avuto per molti anni il suo domicilio, vivendo nello stesso Convento. Nel 2017 è stato infine pubblicato, sempre a cura della Fondazione, un aggiornamento dell'inventariazione, riferito alla sezione 'aperta' dell'archivio, contenente materiale acquisito successivamente alla morte di La Pira, che negli anni si è arricchita mediante acquisizioni e scambi da altri fondi archivistici nazionali ed esteri.

L'arricchimento conseguente alla pubblicazione di queste fonti e di questi strumenti di ricerca, unito alla necessità di cogliere l'occasione offerta dalle innovazioni tecnologiche nel campo dell'editoria digitale hanno portato la Commissione a riconsiderare il piano editoriale e, soprattutto, a valutare l'ipotesi di aprire l'Edizione Nazionale alla possibilità di una pubblicazione digitale su web, pienamente e liberamente accessibile, da affiancare alla edizione cartacea. Nel 2010 la Commissione ha deciso quindi di attivarsi per la pubblicazione anche in forma digitale dell'Edizione Nazionale, con la precisa determinazione di realizzarla in accesso aperto, così da garantire la conoscenza più ampia possibile del contenuto culturale degli scritti di Giorgio La Pira, in piena sintonia con le finalità di tutela dell'interesse pubblico alla conservazione e alla diffusione del patrimonio culturale della Nazione, che costituisce la ragione dell'istituzione delle Edizioni Nazionali.

Nel 2017 la Commissione, nella sua nuova composizione, pur confermando sostanzialmente la struttura 'architettonica' dell'Edizione, sia cartacea che digitale, ha ritenuto opportuno ridiscutere e approvare in via definitiva sia le intitolazioni delle sezioni che i nomi dei curatori, così da avviare concretamente – sotto il coordinamento della Commissione e la responsabilità dei singoli curatori – la selezione definitiva dei testi, la loro acquisizione digitale e il loro controllo, nonché la normalizzazione dei criteri editoriali, in vista della pubblicazione sia cartacea che digitale, entrambe affidate alla Firenze University Press.

Questo il piano definitivo dell'Edizione Nazionale:

- la prima sezione, intitolata *Scritti giovanili*, è curata da Piero Antonio Carnemolla;
- la seconda sezione, intitolata *La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*, è curata da Patrizia Giunti;
- la terza sezione, intitolata *Principi contro i totalitarismi e rifondazione costituzionale*, è curata da Ugo De Siervo;
- La quarta sezione, intitolata *La città e la persona umana. Scritti sociali, politici e amministrativi*, è curata da Pier Luigi Ballini e Giulio Conticelli;
- La quinta sezione, intitolata *La costruzione della pace. Scritti di politica internazionale*, è curata da Bruna Bagnato;
- La sesta sezione, intitolata *Il credente e la Chiesa. Scritti di vita religiosa ed ecclesiale*, è curata da Bruna Bocchini e Augusto D'Angelo.

L'obiettivo della comprensione e del rispetto della 'circularità' dell'universo lapiriano e delle sue molteplici dimensioni, di cui già si era fatta portatrice la

prima Presidente Fioretta Mazzei, è stato confermato come obiettivo condiviso dai componenti della Commissione. L'articolazione in sezioni risponde pertanto ad un'esigenza funzionale e ad una migliore ermeneutica dei testi e non intende prospettare alcun isolamento tematico. Solo nella prima sezione, quella degli scritti giovanili, è stato seguito il mero criterio cronologico, nelle altre il criterio della sequenza cronologica si applica all'interno dell'articolazione contenutistica. Non sono mancati i problemi nell'attribuzione degli scritti alle varie sezioni: in alcuni casi è stato necessario operare delle scelte, frutto di attenta disamina all'interno della Commissione e tra i curatori, nello sforzo costante di temperare per quanto possibile 'circularità' e afferenza tematica, e di mantenersi fedeli ad un coerente impianto metodologico ed interpretativo. Gli indici e le diverse funzioni di ricerca rese possibile dall'edizione digitale permetteranno comunque una pluralità di accessi e di interrogazioni.

Per una maggiore comprensione dei caratteri della presente Edizione, si ritiene opportuno entrare nel merito di alcuni dei criteri adottati.

Si è scelto di inserire nell'Edizione Nazionale i testi a stampa pubblicati da Giorgio La Pira durante la sua vita (con la sola eccezione di alcuni scritti giovanili), nell'intento di mettere a disposizione degli studiosi un panorama possibilmente completo di quanto La Pira stesso ha voluto rendere noto a tutti tramite la sua attività di pubblicista. Una attività – come si potrà facilmente constatare – particolarmente intensa, malgrado le non poche difficoltà e le tante vicende che si succedettero durante la sua vita; non a caso, numerosi testi qui inseriti risultano assai poco citati, se non totalmente sconosciuti.

Non sono state invece inserite le verbalizzazioni dei tanti interventi di La Pira nelle Assemblee rappresentative di cui ha fatto parte (Assemblea Costituente, Camera dei deputati, Consiglio comunale di Firenze) malgrado la buona qualità, in numerosi casi, di queste verbalizzazioni: a prescindere dal fatto che questi interventi possono essere agevolmente consultati negli Atti di questi organi, si tratta pur sempre della trascrizione integrale o sommaria di interventi orali, non di rado naturalmente frammentari poiché facenti parte di complessi dibattiti nei quali è intervenuta una pluralità di soggetti. D'altra parte, in qualche caso particolarmente significativo La Pira ha trasfuso in apposite pubblicazioni, che sono naturalmente inserite nella presente Edizione, alcuni dei suoi interventi a queste assemblee.

Non sono state neppure inserite le numerose lettere di La Pira ai suoi molti interlocutori, seppure già in parte rese note tramite le pubblicazioni a cui è si è prima fatto riferimento. Ciò anzitutto per coerenza con il criterio, già sopra esposto, di pubblicare i soli testi editi dallo stesso La Pira. Si aggiunga inoltre che i suoi numerosissimi scambi epistolari non sono ancora tutti noti ed accessibili, malgrado le ormai numerose ed interessanti pubblicazioni in materia, e quindi il loro inserimento avrebbe rischiato di produrre un'informazione incompleta ed in certa misura deformante.

Sono stati accolti nell'Edizione soltanto gli scritti firmati o siglati da La Pira, con la sola eccezione delle *Premesse* dei dieci numeri di «Principi», che non sono sottoscritte o siglate ma che, per stile e unanime giudizio, sono da attribuire con certezza a La Pira<sup>1</sup>.

Gli scritti di La Pira ristampati in forma identica su giornali o pubblicazioni diverse sono stati inseriti solo nella prima edizione, facendo riferimento alle ulteriori uscite nelle note bibliografiche. Come eccezione a questo criterio in limitati casi sono stati, invece, inseriti alcuni scritti ristampati a distanza di tempo o utilizzati da La Pira per comporre opere di maggior consistenza (tipico il caso degli scritti confluiti ne *La nostra vocazione sociale*): in casi del genere si è scelto di pubblicarli sia nella loro veste originaria sia in quella successiva, dal momento che – al di là della presenza di alcune modifiche inserite nei testi ripubblicati – resta comunque significativa l'occasione particolare ed il contesto temporale in cui ogni pubblicazione ha visto la luce.

Per quanto attiene ai criteri di edizione, tutti i volumi della collana hanno la stessa impostazione, concordata dalla Commissione con l'Editore, e sono introdotti da un saggio del curatore e da una nota che esplicita di volta in volta i criteri adottati in base alle specificità del volume. All'interno delle varie sezioni gli scritti di La Pira vengono pubblicati in ordine cronologico e vengono lasciati nella loro forma originaria, normalizzando solo gli spazi nella punteggiatura, l'uso del trattino per gli incisi e l'uso dei caratteri espansi. Scelte particolari sono esplicitate nella nota introduttiva di ciascun volume. Il riferimento bibliografico esteso, così come altre note che il curatore ritenga eventualmente necessarie, vengono inseriti in una nota asteriscata al titolo di ciascuno degli scritti di La Pira. Quando negli scritti sono presenti rimandi interni alle pagine originali viene aggiunto tra parentesi quadre il rimando alle pagine della presente edizione.

L'edizione digitale, curata anch'essa dalla Firenze University Press, consente le migliori condizioni di fruizione e interrogazione. Da sottolineare la scelta di massima e piena accessibilità garantita per tutti in web attraverso la pubblicazione in accesso aperto con licenza d'uso Creative Commons Attribution 4.0 International. I formati pdf ed epub consentono diversi tipi di consultazione a partire da diversi *device*. Rilevante anche la garanzia di *long term preservation* dei contenuti digitali offerta dall'editore.

<sup>1</sup> Anzi, sempre a La Pira potrebbero essere attribuite anche le tante e caratteristiche introduzioni e citazioni che in specifiche rubriche (*Lecture dei Padri*, *Lecture dei pensatori*, *Lecture dei Padri e dei pensatori*) arricchiscono i fascicoli di «Principi» e che sono poi largamente riprese nelle *Premesse* e negli articoli firmati da La Pira. Peraltro si è evitato di inserire questi materiali fra gli scritti di La Pira, in considerazione della loro frammentarietà e della loro prevalente natura di citazioni di opere altrui.

Continuità ed innovazione caratterizzano dunque questa Edizione Nazionale che comprende i testi editi da Giorgio La Pira durante la sua vita nell'ampio spettro di temi e problemi toccati: dall'ambito della riflessione teologica cristiana a quelli dell'esegesi della tradizione del diritto romano e del suo magistero universitario per oltre quattro decenni nell'Università di Firenze, dall'impegno sociale e politico per i poveri sino all'attività come Sindaco della città di Firenze e come operatore per la pace.

Nodo centrale, nell'universo degli scritti lapiriani, si conferma la riflessione sul valore della persona umana che si proiettò nel suo contributo all'elaborazione della Costituzione della Repubblica: questa Edizione Nazionale consacra e conferma il rilievo di Giorgio La Pira nella storia della cultura della Nazione italiana, con un apporto alla costruzione per la pace di un'Europa di «popoli, nazioni e città».

IL FUTURO DEL PASSATO.  
GIORGIO LA PIRA E IL DIRITTO ROMANO

*Patrizia Giunti*

1. «*La mia vocazione è una sola*»

Immagini abbaglianti, quelle che riflettono i ruoli assunti e le funzioni svolte da Giorgio La Pira nell'arco della storia del Novecento. Padre della Costituzione repubblicana. Deputato del partito di maggioranza relativa. Sottosegretario al Ministero del lavoro e della previdenza sociale. Sindaco di Firenze. Iniziatore del dialogo interreligioso. Artefice della politica internazionale di distensione tra i blocchi e di apertura dell'Occidente verso il mondo orientale. Protagonista del processo di costruzione dell'Europa unita attraverso la creazione dell'Istituto Universitario Europeo. Propugnatore di una visione mediterranea del ruolo dell'Italia sullo scacchiere politico mondiale. Medaglia d'oro del Presidente della Repubblica per meriti civili<sup>1</sup>.

Con la leggerezza del sorriso che sempre accompagna il suo sguardo e la solidità delle 'fondamenta' alle quali il suo linguaggio evocativo inevitabilmente si richiama, Giorgio La Pira percorre il secolo breve sin dal suo inizio (era nato il 9 gennaio del 1904), interpretandone tutti i drammi e tutte le contraddizioni. Personalità poliedrica, a tratti inquieta, sospinta da una generosità senza limiti ad abbracciare con slancio ogni possibile responsabilità, La Pira riesce tut-

<sup>1</sup> Si veda G.U. n. 200 del 29 agosto 2006, *Conferimento di onorificenze al valor civile*, p. 9: «Con decreto del Presidente della Repubblica dell'8 gennaio 2004 è stata conferita la medaglia d'oro al merito civile alla memoria dell'onorevole Giorgio La Pira, nato a Pozzallo (Ragusa) il 9 gennaio 1904, nella ricorrenza del centenario della nascita, con la seguente motivazione. Fra le figure più rappresentative della storia dell'Italia contemporanea, Giorgio La Pira fu insigne giurista, uomo valoroso e intensamente impegnato per la rinascita delle istituzioni democratiche in seno all'Assemblea Costituente, ove, nella formulazione dei principi fondamentali della Repubblica, svolse un'opera di grande rilievo. Di altissime virtù umane, civili e politiche, Giorgio La Pira si è sempre ispirato, negli importanti e delicati incarichi ricoperti, ai valori della libertà religiosa, della solidarietà, della giustizia sociale e del costante dialogo fra le diverse fedi. Preclaro esempio di impegno tenace nel segno di un nuovo umanesimo fondato sulla pacifica convivenza fra i popoli e sull'intensa condivisione delle altrui sofferenze».

tavia ad infondere una singolare coerenza nei diversi ruoli ai quali viene chiamato: quella coerenza da lui stesso rivendicata con forza, in un documento tanto noto quanto drammatico.

Nell'autunno del 1953 esplose a Firenze la crisi della fonderia del Pignone, azienda metallurgica che, esauritesi le commesse belliche, nell'immediato dopoguerra era stata rilevata dal gruppo SNIA e convertita nella produzione di macchine tessili: un piano industriale inadeguato, la concorrenza del mercato statunitense, sotterranei ma ventilati accordi di oligopolio, avrebbero condotto la situazione ad un punto di non ritorno: nell'ottobre 1953 la proprietà comunicava la messa in liquidazione dell'azienda ed il licenziamento di oltre mille e settecento operai.

Come è stato detto, la storia degli eventi che affollarono quelle settimane trascolora nella leggenda<sup>2</sup>, segnando l'avvio in Italia di una «idea nuova di politica economica: anticiclica e al contempo strutturale»<sup>3</sup>: la fabbrica occupata dagli operai, il sindaco La Pira che apertamente li sostiene legittimandone l'agire, che assiste insieme a loro alla celebrazione della Messa nel cortile della fabbrica occupata, che non si sottrae allo scontro con l'amico di sempre Amintore Fanfani, in quel torno di anni Ministro dell'Interno, per ribadire la richiesta del totale reintegro dei lavoratori licenziati, anche ponendosi «sulla via della illegalità», come Fanfani gli avrebbe scritto il 24 novembre 1953<sup>4</sup>.

Nel momento in cui la prospettiva di una soluzione piena sembrò allontanarsi irrimediabilmente, a Fanfani che gli chiedeva di astenersi da manifestazioni eclatanti, ricordandogli che «sei Sindaco», La Pira replicò con una lunghissima lettera, scritta di getto la notte del 27 novembre:

vedi caro Amintore, io non sono un 'sindaco'; come non sono stato un 'deputato' o un 'sottosegretario': non ho mai voluto essere né sindaco, né deputato, né sottosegretario [...] la mia vocazione è una sola, strutturale direi: pur con tutte le deficienze e le indegnità che si vuole, io sono, per la grazia del Signore, un testimone dell'Evangelo [...] mi sarete testimoni (eritis mihi testes): la mia vocazione, la sola è tutta qui!<sup>5</sup>

Le tante linee del disegno autobiografico si raccolgono entro quella cornice che dà loro armonia ed unità: la «profonda carica mistico-religiosa», come l'ha definita Giuseppe Grosso<sup>6</sup>, la proiezione metafisica e l'autorappresentazio-

<sup>2</sup> Si veda P. Roggi, *La Pignone nel carteggio La Pira-Fanfani*, in *Caro Giorgio... caro Amintore...: 25 anni di storia nel carteggio La Pira-Fanfani*, Polistampa, Firenze 2003, p. 112.

<sup>3</sup> Ivi, p. 107.

<sup>4</sup> Si veda *Caro Giorgio... caro Amintore...*, cit., 24 novembre 1953, p. 185.

<sup>5</sup> Si veda *Caro Giorgio... caro Amintore...*, cit., 27 novembre 1953, p. 190. Si precisa che, ove non diversamente indicato, l'uso del sottolineato e del corsivo sono degli originali.

<sup>6</sup> Si veda G. Grosso, s.v. *La Pira Giorgio*, «Nuovissimo Digesto Italiano», IX, Utet, Torino 1963, p. 450.

ne di una vicenda umana sospinta dalla provvidenza a difendere «i poveri, gli indifesi, gli oppressi»<sup>7</sup>: sono questi i tratti che restituiscono l'intima coerenza del percorso lapiriano. Manca una sola tessera in questo 'mosaico esistenziale' tracciato nella drammatica notte del 27 novembre 1953: Giorgio La Pira professore di diritto romano. E parrebbe scontato dedurne la marginalità, se non anche l'oblio di questo ruolo, in uno scenario che attinge le vette più alte delle responsabilità politico-istituzionali. Ma la lettera prosegue. «Figurati se io posso rinunciare alla verità ed alla giustizia per servire alla lettera della legge: e poi: quale legge? Guardare senza operare alle iniquità che si nascondono sotto i velami della legge? *Summum jus summa iniuria* dicevano i romani»<sup>8</sup>.

Il celebre enunciato del *De officiis*<sup>9</sup> ciceroniano era divenuto il titolo di un saggio, tradotto in italiano nel 1929, scritto da Johannes Stroux: *Summum ius summa iniuria. Un capitolo concernente la storia della 'interpretatio iuris'*<sup>10</sup>. Il tema e l'autore erano particolarmente cari a La Pira<sup>11</sup>. Vent'anni prima, appena chiamato dalla Facoltà giuridica dell'Università di Firenze, nella prolusione a lui affidata il giovane professore così si era espresso: «Lo Stroux ha messo in piena luce come la dottrina della *interpretatio* dello scritto abbia decisamente influito, già in quest'epoca, sullo sviluppo della *aequitas* e sopra la sua prevalenza sullo *strictum ius*»<sup>12</sup>. Vent'anni più tardi, quando la dialettica tra legalità e giustizia uscirà dall'ambiente tiepido e rarefatto di un'aula universitaria per rivestirsi della sofferenza di «duemila licenziamenti illegittimi», di una legge scritta che «vale, ai miei occhi, solo se essa non è strumento di oppressione e di fame», sarà la memoria di una lontana lezione sulla giurisprudenza romana ad offrire il fondamento teorico-argomentativo dell'azione politica.

In quella notte insonne di fine novembre '53 («Perdonami per questo sfogo così vivo e sincero: ma non avrei ripreso sonno se non ti avessi scritto»), di fronte al rischio concreto di pesanti conseguenze giudiziarie («un sindaco che si preoccupa di queste cose – e di che cosa deve preoccuparsi, solo delle fanfare!

<sup>7</sup> Si veda *Caro Giorgio... caro Amintore...*, cit., 27 novembre 1953, p. 193.

<sup>8</sup> Ivi, p. 191.

<sup>9</sup> Si veda Cic., *De off.* 1.10.33: «Existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis calida sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud "summum ius summa iniuria" factum est iam tritum sermone proverbium».

<sup>10</sup> M. Brutti, *Giorgio La Pira. Passione politica e scienza del diritto*, «Index, Quaderni Camerti di studi romanistici», XXXIV, 2006, p. 76 n. 76.

<sup>11</sup> Sin dalla prima pubblicazione, del 1929, Johannes Stroux appare come un interlocutore privilegiato della riflessione lapiriana. Cfr. G. La Pira, *Contenuto processuale del Senatus consulto di Augusto ai Cirenei*, «Studi italiani di filologia classica», VII, 1929, pp. 82 ss.

<sup>12</sup> G. La Pira, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, I: Problemi generali*, in *Studi in onore di Filippo Virgilio nel XL anno d'insegnamento*, Società editrice del foro italiano, Roma 1935, pp. 173-174 (già estratto: Tipografia Nuova, Siena 1934; poi confluito in: *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, Università degli Studi, Facoltà di Giurisprudenza, Firenze 1972, pp. 19-20).

– deve vivere [...] ai margini della legge, denunciato per reati, preparato a varcare [...] la soglia delle carceri»), nella dolorosa denuncia di una ultimativa resa dei conti («Ecco perché fraternamente ti dico: mandatemi via; è meglio per tutti. Ormai la mia situazione è ufficialmente “spezzata”, senza recupero; mi sento libero, senza freni della “prudenza” politica: in queste condizioni è meglio per tutti che avvenga una chiarificazione ed una liberazione!»), sarà al sistema del diritto romano che il sindaco Giorgio La Pira farà appello per ribadire l’inattaccabile coerenza, logica ed umana, delle proprie scelte. Del resto, lo aveva scritto quasi trent’anni prima, in una lettera a Emilio Betti del febbraio 1927: «lo studio del diritto romano [...] trascende il senso comune di studio. Ha un valore ideale grandissimo e costituisce il tratto caratteristico della mia “persona”»<sup>13</sup>.

Nel gennaio del 1955, ad appena un anno di distanza dalla vicenda Pignone, un altro fronte di crisi per la città di Firenze si apre con la messa in liquidazione della Officina Fonderia delle Cure, importante azienda metallurgica del territorio fiorentino di cui viene dichiarato il fallimento: all’immediata occupazione operaia dello stabilimento fa seguito, ai primi di febbraio, la costituzione in cooperativa delle maestranze: Cooperativa Lavoratori Fonderia Officina delle Cure. La sera del 13 febbraio Giorgio La Pira confida le proprie riflessioni ad Amintore Fanfani: «sono riflessioni alle quali mi induce questa altra “dolente” esperienza della fonderia delle Cure»<sup>14</sup>. L’impatto sociale del dissesto aziendale è stavolta più contenuto («non si trova il verso di dare lavoro a 100 famiglie [...] bastano alcuni pochissimi milioni di inizio»). Il tono della lettera è tuttavia, se possibile, ancor più aspro e sofferto:

Ora mi chiedo: come si può essere un governo sul serio, come si può avere la forza di forgiare politicamente la nazione se ti mancano gli strumenti essenziali di questa edificazione? Leve finanziarie, leve economiche, leve giornalistiche: le tre leve fondamentali di ogni vera edificazione sociale, politica e culturale! Se mancano queste leve, non resta che la potestà – magra! – di fare discorsi sul valore della persona umana<sup>15</sup>.

Il tema del valore della persona umana, della sua dignità, che aveva costituito il punto di riferimento della riflessione scientifica di La Pira<sup>16</sup> e del suo la-

<sup>13</sup> G. Crifò (a cura di), *Il carteggio Betti-La Pira*, Polistampa, Firenze 2014, 21 febbraio 1927, pp. 373 ss.

<sup>14</sup> *Caro Giorgio... caro Amintore...*, cit., p. 207.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Presaghe, in tal senso, le parole di Betti, un maestro che fu veramente tale: «Per dirle in breve il mio consiglio, Ella dovrebbe, secondo me, proporsi di portare – nella Sua dissertazione di laurea – un contributo alla conoscenza della concezione romana della “persona” in senso giuridico» (Crifò [a cura di], *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., 20 ottobre 1925, p. 123). Non meno eloquenti le parole pronunciate da La Pira nel 1938, nella relazione al V Congresso nazionale di studi romani, intitolata *Problemi di sistematica e problemi di giustizia nella giurisprudenza romana*: «L’evoluzione del diritto privato romano è tutta in questa direzione:

voro in Assemblea Costituente<sup>17</sup>, rischia adesso, sopraffatto dal senso di impotenza, di apparire come un vuoto esercizio di retorica. Ma la forza della volontà riprende in ultimo il sopravvento, dopo il momento dello sconforto: «E allora? Qualcosa bisogna fare con estrema decisione»<sup>18</sup>.

La decisione arriva dopo soli due giorni. Il 16 febbraio 1955, un'ordinanza a firma del sindaco, prof. Giorgio La Pira, dispone «la requisizione immediata dello stabilimento della Fonderia Officina delle Cure», di cui si evita in tal modo lo smantellamento, affidandolo alla cooperativa dei lavoratori, «la quale ha il compito di assicurare il lavoro a tutte le maestranze dello stabilimento. Fissa nella somma di Lire 300.000 (trecentomila) mensili la indennità di requisizione»<sup>19</sup>.

Il provvedimento adottato dall'Amministrazione comunale presenta una motivazione che sembra scritta per le pagine di un saggio scientifico: fermi al primo paragrafo i richiami agli articoli della Costituzione in punto di solidarietà economica e di diritto al lavoro, il considerando successivo lega a tali disposizioni la nozione di ordine pubblico, da intendersi «non solo nel senso tradizionale proprio agli ordinamenti giuridici preesistenti alla Costituzione, ma nel senso sostanziale scaturente dalle norme costituzionali sopra indicate»<sup>20</sup>. Siamo ancora lontani dall'emergere di quel paradigma della 'costituzionalizzazione' che, a partire dagli anni '60 e grazie soprattutto all'impulso teorico di Stefano Rodotà<sup>21</sup>, avrebbe cambiato la cultura giuridica italiana nel segno dell'inter-

fare della persona umana – e quindi, della volontà umana – il centro di tutto l'ordinamento giuridico» (G. La Pira, *Problemi di sistematica e problemi di giustizia nella giurisprudenza romana*, in *Atti del V Congresso nazionale di studi romani (1938)*, a cura di C. Galassi Paluzzi, vol. 5, Istituto di studi romani, Roma 1946, p. 28). Si veda, in proposito, G. Valditara, *Persona, Stato, libertà, proprietà e pace nel pensiero di La Pira*, «Index, Quaderni Camerti di studi romanistici», XXXIV, 2006, p. 277. Sul punto anche S. Tafaro, *Diritto romano: un diritto per la persona*, «Index, Quaderni Camerti di studi romanistici», XXXIV, 2006, pp. 99 ss.

<sup>17</sup> Sul punto si veda G. La Pira, *La casa comune: una costituzione per l'uomo*, a cura di U. De Sierro, *Nuova cultura*, Firenze 1996<sup>2</sup> (I ed. Cultura editrice, Firenze 1979). Valga al riguardo, e con la forza evocativa del simbolo, il titolo del primo saggio firmato da La Pira sul primo numero (gennaio 1939) della rivista «Principi» (pp. 5 ss.): *Valore della persona umana*. Seguirà sul secondo fascicolo (febbraio 1939), sempre a firma di Giorgio La Pira, un intervento intitolato *Socialità della persona umana* (pp. 28 ss.).

<sup>18</sup> *Caro Giorgio... caro Amintore...*, cit., p. 208.

<sup>19</sup> U. De Sierro, G. Giovannoni (a cura di), *Giorgio La Pira sindaco: scritti, discorsi e lettere*, vol. 1, Cultura nuova, Firenze 1988, pp. 27 ss. Sul punto si veda P. Lambrini, *La teoria dei rapporti possessori nella riflessione di Giorgio La Pira*, «Index, Quaderni Camerti di studi romanistici», XXXIV, 2006, pp. 191-200.

<sup>20</sup> *Giorgio La Pira sindaco*, cit., pp. 27 ss.

<sup>21</sup> Come viene spesso riconosciuto (cfr. N. Irti, *Una generazione di giuristi*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi: tra crisi dogmatica e riforme legislative (Congresso dei civilisti italiani: Venezia, 23-26 giugno 1989)*, Cedam, Padova 1991, p. 302), è la prolusione macedone del 1966, affidata a Stefano Rodotà, a segnare in modo forte l'apertura di questo filone della civilistica italiana. Per il testo pubblicato (S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Giuffrè, Milano 1968, Macerata: [s.n.], 1967. Discorso inaugurale letto il

pretazione costituzionalmente orientata. Eppure l'ordinanza di La Pira forgia il concetto di ordine pubblico sullo stampo della vocazione solidaristica espressa dai principi della Carta e lo rende, per questa via, argomento giuridico della disposta requisizione. Il Sindaco, che la Costituzione Italiana l'ha scritta, trae da essa ispirazione ed argomenti.

Ma la decisione, indubbiamente molto forte sul piano politico, necessita di ulteriori elementi a conforto: e l'ultimo dei considerandi introduce la ragione giuridica che permette di dissolvere ogni residua incertezza:

considerato, infine, che l'atto di requisizione, strutturalmente collegato come funzione all'ordine pubblico, ha la stessa finalità di pace che aveva in diritto romano l'analogo interdetto *uti possidetis* in quanto che con tale interdetto il Pretore si intrometteva come paciere tra le parti in causa ordinando che, per evitare pubblici turbamenti, nell'attesa che la questione fosse sottoposta ad un giudizio di merito, la situazione controversa non subisse mutamenti di sorta (le cose stiano come stanno [...] '*Uti nunc possidetis ... quominus ita possideatis vim fieri veto*' [cfr. Gaio 4.160; D. 43.17.1 pr. ])<sup>22</sup>.

La requisizione disposta dall'Amministrazione comunale si giustifica sulla base dei poteri stragiudiziali spettanti al pretore romano; l'ordinanza firmata dal Sindaco traduce, nel profondo, la lezione del professore di diritto romano; e l'atto che esce dall'Ufficio del protocollo del Comune di Firenze contempla, tra le motivazioni, le parole di Gaio e di Ulpiano.

Il coraggio della decisione («ho scritto, riscritto, consigliato, pregato: al momento opportuno saprò come concludere»<sup>23</sup>), la certezza della sua legittimità, l'energia per attuarla, discendono dal riscontro con le categorie concettuali romanistiche confortate dal rigoroso, deontologicamente inappuntabile, richiamo alle fonti. In tal modo, il *praetor* dialoga con i principi sanciti dagli articoli di cui si compone la Costituzione; il mantenimento dell'ordine pubblico, reinterpretato nella nuova luce irradiata dalla Carta, trova l'ausilio funzionale dell'interdetto *uti possidetis*; la pace sociale si declina secondo lo strumentario logico ed operativo offerto dal *ius honorarium* nella sua interazione con il sistema di *ius civile*. «Non credo vi sia stata nel Novecento una legittimazione teorica e ideale degli studi romanistici più alta, più impegnativa di questa»<sup>24</sup>.

18 dicembre 1966 per la cerimonia di apertura ufficiale dell'anno accademico nell'Università di Macerata), si veda la recente raccolta curata da P. Perlingieri, *Le prolusioni dei civilisti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli-Roma 2012.

<sup>22</sup> *Giorgio La Pira sindaco*, cit., pp. 27 ss.

<sup>23</sup> *Caro Giorgio... caro Amintore...*, cit., p. 209.

<sup>24</sup> Sono parole di Massimo Brutti (Brutti, *Giorgio La Pira. Passione politica e scienza del diritto*, cit., p. 65).

## 2. *Gli inizi. Da Messina a Firenze. Dalla scrivania alla cattedra*

Eppure, a ben guardare, l'incontro di La Pira con il mondo antico, in particolare con la classicità greca e romana, non era stato particolarmente precoce. Dopo i primi anni della scuola elementare "Giacinto Pandolfi", frequentata nella natia Pozzallo, Giorgio La Pira, appena decenne, si trasferisce presso lo zio Luigi Occhipinti, a Messina, dove conclude le classi elementari: avviato dalla famiglia agli studi tecnico-commerciali, frequenta a Messina i tre anni della scuola commerciale "Antonello" per poi iscriversi all'Istituto Tecnico Commerciale "A.M. Jaci" presso il quale consegue, nel 1921, il diploma di ragioniere e perito commerciale. Giorgio La Pira inizia dunque il suo percorso professionale da ragioniere e, come tale, in questo primo – e non ultimo – periodo messinese collabora nell'azienda commerciale dello zio<sup>25</sup>. Nel frattempo, si dedica da privatista alla preparazione dell'esame per la maturità classica, esame che supera dopo un solo anno di studi. Il conseguimento della licenza liceale gli permette dunque di iscriversi, nel novembre del 1922, alla Facoltà di Giurisprudenza di Messina. Un percorso formativo, quello lapiriano, non consueto per la classe dirigente della prima metà del secolo, ed in particolare per il rigoroso mondo accademico: un percorso, tuttavia, condiviso con un altro protagonista della scienza giuridica novecentesca, anch'egli ingegno eclettico e versatile, quale fu Salvatore Pugliatti. Gli anni in comune presso l'Istituto Jaci (La Pira era nato nel 1904, Pugliatti nel 1903) per poi arrivare da privatisti alla licenza liceale e all'università, avrebbero creato tra i due siciliani, pur nel diverso percorso umano (Pugliatti radicato in Sicilia sino alla fine, La Pira sino alla fine avvinto alla *sua* Firenze) una amicizia intensa, mantenutasi nel tempo attraverso un epistolario affettuoso<sup>26</sup>. Così come intenso e prezioso sarà il rapporto con un altro gigante della cultura meridionale, anch'egli allievo più anziano dell'Istituto Jaci, anch'egli fervido sperimentatore, insieme a Pugliatti, di ansie 'dannun-

<sup>25</sup> Anche negli anni successivi alla laurea La Pira non mancherà di intervenire, ripetutamente, a supporto delle esigenze dello zio, ritornando a Messina, dividendosi con gli impegni dello studio e dell'insegnamento, talvolta delegando Pugliatti («Lo zio ti avrà interpellato in ordine ad una controversia che egli ha con un suo ex impiegato: come avrai visto, si tratta di una ingiustissima domanda di indennizzo. Interessati della cosa come se fosse tua», in G. La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, presentazione di F. Mercadante, Studium, Roma 1980, p. 132: vedi *infra*, nota 26), talvolta suscitando le ire di Betti: «Vuol restare a Messina? Benissimo; ma ce lo dica! Quel che è insopportabile, irrispettoso per noi e pregiudizievole per Lei, è codesto continuo tergiversare» (Crifo [a cura di], *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., p. 372). Ire alle quali La Pira, appena ventitreenne, risponderà con una giustificazione che suona già come il suo 'manifesto esistenziale': «in fondo, non è male neanche per chi vuole essere romanista addestrarsi alquanto alle asprezze quotidiane quando esse siano, specialmente, sperimentate come esercizio di dovere. E l'indugio mio, che l'ha giustamente esasperata, non ha avuto altra causa» (ivi, p. 375).

<sup>26</sup> La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti: 1920-1939*, cit., pp. 53 ss.

ziane', anch'egli interlocutore epistolare nei momenti cupi come in quelli entusiasmanti: Salvatore Quasimodo.

Difficile dire, anche se sarebbe suggestivo immaginarlo, quanto questa biografia giovanile, questa formazione tecnico-commerciale abbiano forgiato la straordinaria capacità di La Pira di far coesistere lo slancio visionario dell'utopia universalistica con la lucida concretezza dell'agire pratico. Certo, mai il professore ordinario, titolare della cattedra romanistica, ebbe a mostrare una qualche esitazione, se non anche reticenza, nel rappresentare le sue lontane origini impiegate per le quali, piuttosto, esibiva un consapevole orgoglio. Nel corso di una intervista televisiva, riandando ai tempi del suo mandato di Sottosegretario al Ministero del Lavoro nel V Governo De Gasperi<sup>27</sup>, La Pira ricorderà con evidente compiacimento di aver messo in imbarazzo interlocutori poco leali, i quali lo sapevano professore di diritto romano e pertanto ne presupponevano l'incompetenza contabile, rivelando loro la sua qualifica di ragioniere e dunque la sua capacità di riconoscere errori e manipolazioni nelle pagine di un bilancio<sup>28</sup>. Segno, ancora una volta, di una personalità robusta, che niente aveva bisogno di dimostrare a se stessa e agli altri se non la forza adamantina delle proprie convinzioni, ed il cui fervido candore niente aveva a che fare con la sprovveduta ingenuità<sup>29</sup>.

Nel novembre del 1922, all'Università di Messina, finalmente si realizzerà l'incontro decisivo con Emilio Betti (arrivatovi proprio quell'anno) e, per suo tramite, con il diritto romano: e sarà la scelta di seguire l'uno e l'altro a cambiare la vita di Giorgio La Pira. Nel 1925 Emilio Betti, trascorso il biennio messinese e dopo il fugace passaggio di un solo anno presso l'Università di Parma, viene chiamato dalla giovanissima – era stata fondata nel 1924 – Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze ad assumere l'insegnamento di Storia del diritto romano. La Pira, allora studente messinese al terzo anno di corso, che già aveva impostato con Betti un progetto di tesi<sup>30</sup> e che nei mesi successivi

<sup>27</sup> Si veda S. Nerozzi, *Politica sociale ed esperienza amministrativa. Giorgio La Pira dall'ECA al Ministero del Lavoro (1944-1950)*, in P. Roggi (a cura di), *L'attesa della povera gente: Giorgio La Pira e la cultura economica anglosassone*, Giunti, Firenze 2005, pp. 72 ss.

<sup>28</sup> Negli stessi termini suonerà la difesa pronunciata da La Pira in ordine alle politiche di bilancio del Comune di Firenze, nel corso del suo mandato di Sindaco: cfr. De Siervo, Giovannoni (a cura di), *Giorgio La Pira sindaco*, cit., pp. 227 ss.

<sup>29</sup> G.G. Archi, *Ricordo di Giorgio La Pira*, «Studia et Documenta Historiae et Iuris», XLIV, 1978, p. 628.

<sup>30</sup> Interessante, tra i tanti, lo scambio epistolare in data 20 ottobre 1925, quando Betti scrive a La Pira: «Nella Sua prima lettera (del 10 luglio) Ella, mentre ricercava nella hereditas, contrapposta alla legitima, una conferma del Suo concetto della patria potestas, accennava a studi intrapresi sulla successione contra tabulas. Per una dissertazione di laurea forse era il caso di approfondire lo studio in questo campo più circoscritto, prima di estenderlo ad altri campi» (Crifo [a cura di], *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., p. 122). In quelle stesse settimane, le riflessioni sull'argomento della tesi e i suoi possibili sviluppi sono condivise anche con

alla partenza del maestro aveva mantenuto con lui uno stretto dialogo scientifico in forma epistolare<sup>31</sup>, decide infine di lasciare la Sicilia e di trasferirsi nel capoluogo toscano per completare qui, sotto il diretto magistero bettiano, la propria formazione universitaria. Furono dunque le aule dell'edificio di via Laura, storica sede della facoltà giuridica fiorentina<sup>32</sup>, a segnare il primo contatto di La Pira con quella città alla quale avrebbe legato il resto della sua vita, con fedeltà e generosità assolute.

A Firenze La Pira arriva il 3 maggio del 1926. Deve sostenere gli ultimi due esami del suo percorso di studi, tra i quali diritto amministrativo. Lo supererà a fine giugno e sarà, quella, la prima occasione in cui Federico Cammeo, maestro del diritto amministrativo nella facoltà fiorentina, potrà manifestare il proprio apprezzamento per le qualità di quello studente appena approdato dalla lontana Messina. La seconda occasione si presenterà di lì a pochi giorni.

Il 10 luglio 1926, La Pira si laurea discutendo una tesi dal titolo *La querela inofficiosa testamenti nel Diritto Romano Classico e post-classico*: relatore, appunto, Emilio Betti. Il massimo dei voti conseguito si accompagna all'auspicio della pubblicazione e la cronaca di quella discussione, tra biografia e autobiografia, è emozionante: «Sono dottore! La Commissione su proposta del prof. Federico Cammeo, di Betti e di Brunetti mi ha accordato anche il diritto alla pubblicazione», scriverà La Pira a Salvatore Pugliatti quello stesso 10 luglio<sup>33</sup>.

Ma l'apprezzamento di Cammeo non si esaurisce nel giorno della laurea:

Scriva Vittorio Callegari: allontanandomi per qualche tempo da Messina appresi al ritorno che La Pira per completare gli studi si era trasferito all'Università di Firenze. In proposito ricordo che un altro magistrato, mio fraterno amico [Carlo Bozzi, N.d.R.], ebbe a riferirmi di aver appreso dal prof. Cammeo che si era laureato nella città toscana un giovane siciliano di eccezionale valore, di fronte al quale tutti i professori si alzarono in piedi dichiarandolo 'onore e vanto' di quella Università<sup>34</sup>.

Prende avvio da questo riconoscimento, da questo plauso insistito all'interno della facoltà, un percorso accademico che si dipana lungo tappe serrate, fat-

Salvatore Pugliatti: «Ho pensato in questi giorni che la mia tesi sul carattere costituzionale (in senso di costituzionalità dell'ordine giuridico) della *Familia* in diritto romano è suscettiva di pregevoli conseguenze per la concezione stessa dello stato» (La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., 21 settembre 1925, p. 65).

<sup>31</sup> Crifò (a cura di), *Il carteggio Betti-La Pira*, pp. 55 ss.

<sup>32</sup> P. Grossi, *Il Professore e via Laura (Giorgio La Pira e la Facoltà giuridica fiorentina)*, in *Nobiltà del diritto – profili di giuristi*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 69-79.

<sup>33</sup> La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., p. 69.

<sup>34</sup> Si veda G. Miligi, *Gli anni messinesi di Giorgio La Pira*, All'insegna del pesce d'oro, Milano 1980, p. 80.

te di ripetuti conferimenti didattici che vedono il giovane La Pira chiamato sin da subito a confrontarsi con gli entusiasmi, e le difficoltà, dell'insegnamento. Già per l'anno accademico 1926-1927, la Facoltà di Giurisprudenza, su proposta di Emilio Betti, il 15 dicembre 1926 lo nomina assistente di Diritto romano per condurre «esercitazioni esegetiche di diritto romano», nonché «un certo numero di esercitazioni di carattere informativo e preparatorio»<sup>35</sup>: in questo ambito, dal marzo 1927 – e sarà Pugliatti, come sempre, a condividere la notizia – La Pira terrà «lezioni di diritto romano (2 ore settimanali) in materia ereditaria. I miei studenti variano tra la decina e la dozzina»<sup>36</sup>.

Nell'ottobre del 1927<sup>37</sup>, per l'anno accademico 1927-1928, ci sarà l'affidamento del corso di *Elementi di storia del diritto romano*<sup>38</sup> cui si aggiungerà il corso di *Istituzioni di diritto romano*<sup>39</sup>. A soli pochi mesi dalla laurea, La Pira è dunque preso dall'impegno, e dalla straordinaria responsabilità, di costruire la lezione per un'aula affollata di studenti: «Ho iniziato da due giorni le mie lezioni: la lezione di ieri fu abbastanza ben congegnata ma ebbe qualche incertezza: oggi ho conquistato una lucidità compiuta, che ho visto riflessa nell'attenzione e nel consentimento di circa 40 alunni»<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Crifò (a cura di), *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., p. 359.

<sup>36</sup> La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., p. 71.

<sup>37</sup> L'incarico viene conferito con delibera della Facoltà del 17 ottobre 1927 e La Pira rileverà, comunicandola immediatamente ai familiari e a Emilio Betti, la coincidenza con la data della morte di Contardo Ferrini, scomparso il 17 ottobre del 1902 (G. La Pira, *Lettere a casa (1926-1977)*, Vita e pensiero, Milano 1981, p. 87). Betti risponderà a stretto giro, il 24 ottobre: «Mirabile la coincidenza da Lei ritrovata: 17 ottobre 1902. Proprio così! Ella saprà che l'Università cattolica ha assunto l'impegno della causa di canonizzazione di Ferrini» (Crifò [a cura di], *Il carteggio Betti-La Pira*, p. 389). Sull'annotazione di questa data nel «diario» personale di Giorgio La Pira cfr. *infra*, nota 154.

<sup>38</sup> Per il quale Betti si feliciterà in questi termini: «Posso dunque salutarLa come “professore”. Ma non s'insuperbisca» (Crifò [a cura di], *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., 18 ottobre 1927, p. 384).

<sup>39</sup> «Io sono sotto la preparazione delle lezioni: farò io le lezioni di storia e poi passerò alle istituzioni» (La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., 10 novembre 1927, p. 74). Nei ripetuti contatti epistolari che riguardano la crescita di La Pira sul piano didattico («Betti mi scrive spesso [...] che si interessa anche da lontano alle mie cose», dirà La Pira, *Lettere a casa*, cit., 4 ottobre 1927, p. 80), Betti insiste perché La Pira ricopra l'insegnamento istituzionale: «Penso che l'insegnamento delle Istituzioni sia più adatto per Lei – come primo insegnamento e così come palestra da esordiente – che non quello di Pandette. Le procaccerà una visione panoramica generale di tutto il diritto romano», Crifò [a cura di], *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., p. 387).

<sup>40</sup> La Pira, *Lettere a casa*, cit., 16 novembre 27, pp. 94 ss. Più accurato sul piano tecnico il racconto che viene condiviso con l'amico Salvatore Pugliatti: «La prima lezione inizierò con la ricostruzione vichiana dell'ordinamento della famiglia e dello stato romano. Farò un breve disegno del diritto pubblico – monarchia, repubblica, impero – e della storia delle fonti e della giurisprudenza, e passerò poi alle istituzioni: che svolgerò con ampiezza e con una certa «individualità» di metodo e di costruzione» (La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., 10 novembre 1927, p. 74). Betti appare invece poco convinto di questa impostazione, evidentemente anche a lui comunicata: «l'idea di spiegare Vico non mi persuade» (Crifò [a cura di], *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., 16 novembre 1927, p. 394).

Negli anni successivi si avvicenderanno gli incarichi didattici (*Istituzioni di diritto romano*, dal 1927 al 1933; *Storia del diritto greco e romano*, dal 1929 al 1933; *Elementi di storia del diritto romano*, dal 1933 al 1935; *Istituzioni di diritto romano* nell'Università di Siena, dal 1931 al 1933; *Istituzioni e Pandette* nell'Università di Pisa, nel 1935) intrecciandosi con il perfezionamento all'estero (a Vienna, ancora una volta secondo le indicazioni di Betti che preferiva Wlassak e Wenger a Lenel<sup>41</sup>, e a Monaco per pochi mesi<sup>42</sup>) e con gli esordi sul piano letterario. Sotto la guida vigile e molto presente, seppur fisicamente distante, del maestro, come ci conferma l'epistolario tra i due (densissimo in questi primi anni di carriera romanistica del giovane studioso), La Pira attende alla rielaborazione in forma monografica della tesi, per la cui pubblicazione Betti aveva prontamente ottenuto un contributo economico della facoltà<sup>43</sup>. Il lavoro si sviluppa gradualmente, anche attraverso la circolazione – come sempre, sollecitata da Betti – di parti di bozze dell'opera presso i nomi più illustri della romanistica del tempo: Bonfante<sup>44</sup>, Solazzi<sup>45</sup>, Segrè<sup>46</sup>, ma anche Albertario e Messineo<sup>47</sup>, compaiono quali lettori critici di questo lavoro *in fieri*<sup>48</sup>, contribuendo al suo sviluppo con osservazioni precise («Ne tenga stretto conto», insiste Betti<sup>49</sup>), secondo una logica di «coralità» della disciplina che è sostenuta dal maestro il quale partecipa alla lettura delle bozze talvolta in affanno e sollecitando – prassi comune, allora come ora – la 'pazienza' dell'editore («La revisione delle bozze: ecco un punto oscuro: io ho progredito ben poco. Bisognerà dunque che Vallecchi non abbia fretta»<sup>50</sup>).

Nel frattempo, secondo un modello consueto di 'educazione accademica', Giorgio La Pira si propone ufficialmente all'attenzione della romanistica uscendo

<sup>41</sup> «Piuttosto che Lenel Le consiglierei di frequentare Wlassak e Wenger a Vienna... Wenger e Wlassak sono due maestri di prim'ordine e anche (a differenza del chiuso e frigido Lenel) due care e gentili persone» (Crifò [a cura di], *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., p. 394).

<sup>42</sup> Cfr. *Ministero dell'Educazione Nazionale, Bollettino Ufficiale*, parte II, 26 febbraio 1931, pp. 663 ss.

<sup>43</sup> Cfr. Crifò (a cura di), *Il carteggio Betti-La Pira*, 13 novembre 1926, pp. 356 ss.

<sup>44</sup> Cfr. G. Crifò, *Bonfante a Betti: una lettera del 1927*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XVII, 1988, p. 507.

<sup>45</sup> Cfr. Crifò (a cura di), *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., 18 ottobre 1927, p. 385.

<sup>46</sup> Cfr. *ivi*, 24 ottobre 1927, p. 388.

<sup>47</sup> Cfr. La Pira, *Lettere a casa*, cit., fine ottobre 1927, p. 91.

<sup>48</sup> Una menzione particolare merita Silvio Perozzi, professore presso l'Università di Bologna e in quegli anni incaricato a Firenze per il Diritto romano (cfr. P. Grossi, *Stile fiorentino: gli studi giuridici nella Firenze italiana, 1859-1950*, Giuffrè, Milano 1986, p. 87). Perozzi sarà assente dalla commissione il giorno della discussione di La Pira e formulerà per iscritto il proprio giudizio che Betti si dichiara «curioso di conoscere»: cfr. Crifò (a cura di), *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., 13 luglio 1926, p. 287.

<sup>49</sup> *Ivi*, 18 ottobre 1927, p. 385.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

allo scoperto con alcune pubblicazioni minori, nelle quali affronta profili d'indagine che, per un verso, si richiamano alle tematiche ereditarie oggetto anche dei primi sforzi didattici, per altro verso risentono dell'influenza dell'ambiente culturale e universitario fiorentino, segnato dalla presenza di due figure determinanti per gli studi antichistici della prima metà del Novecento: Girolamo Vitelli e Giorgio Pasquali<sup>51</sup>.

Non sono dunque destinate ad una rivista giuridica le prime fatiche letterarie di La Pira: il saggio *Contenuto processuale del Senatus consulto di Augusto ai Cirenei*, che sicuramente riecheggia le ricerche dei maestri presso i quali si era svolto il perfezionamento estero, appare sul volume datato 1929 degli *Studi italiani di filologia classica*: e nel suo argomentare testualmente l'introduzione ad opera del senatoconsulto di un procedimento privato reipersecutorio accanto alla *quaestio de repetundis*, La Pira non cela il sostegno ricevuto dalla «cortesia del prof. Pasquali». Sulla stessa annata della stessa rivista, poche pagine più avanti, vede la luce lo studio *Precedenti provinciali della riforma giustiniana del diritto di patronato*<sup>52</sup>, che riconduce all'influenza della prassi provinciale, intuibile dalla documentazione papiracea, la disciplina giustiniana sulla rinunziabilità dei diritti di patronato. Nell'annata successiva, quella 1930, si aprono per La Pira le porte del *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* che ospita i *Frammenti papiracei di un κατὰ πόδα del Digesto*, nonché i *Riflessi Provinciali nel Diritto Tutelare Classico Romano*, in cui si prospetta l'ipotesi di un imprestito provinciale, questa volta già per il diritto classico, in ordine alla figura della donna tutrice. Sono saggi che vedono ulteriormente rafforzarsi la sensibilità papirologica del giovane romanista, incline a prospettare comparazioni sinottiche tra «Diritto Romano Classico e Diritto dei Papiri»<sup>53</sup>. Né il trascorrere del tempo allenterebbe questa tensione euristica e questo legame intellettuale con Girolamo Vitelli: quando, a cura di quest'ultimo e dell'allieva Medea Norsa, verrà pubblicato il Papiro Vaticano Greco 11, Giorgio La Pira, insieme con Carlo Gavallotti, ne offrirà una prima presentazione sull'annata 1931 del *Bullettino (Un registro catastale e un libro processuale dalla Marmarica nel nuovo papiro Vaticano)*, sviluppandone l'esegesi due anni dopo (*Esegesi del papiro Vaticano*) sul volume 1933 ancora del *Bullettino* e ritornando su singole questioni dogmatiche in contributi onorifici scritti tra il 1933 e il 1935: l'uno, alla memoria di Aldo Albertoni (*Un*

<sup>51</sup> Lo stesso Betti aveva sollecitato La Pira ad accogliere i consigli di Giorgio Pasquali nel momento della decisione per il corso di perfezionamento all'estero (cfr. ivi, 16 novembre 1927, pp. 393 ss.).

<sup>52</sup> Nella lettera datata 30 giugno 1929, La Pira annuncia a Pugliatti l'invio del «piccolo studio derivato da un raffronto fra alcuni papiri ed il diritto giustiniano» (La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., p. 96).

<sup>53</sup> G. La Pira, *Riflessi provinciali nel diritto tutelare classico romano*, «Bullettino dell'Istituto di diritto romano», XXXVIII (1-3), 1930, p. 72.

caso di “*vadimonium iureiurando*” nel papiro vaticano della Marmarica), l'altro (*La stipulatio aquiliana nei papiri*) in occasione del Congresso Internazionale di Papirologia, svoltosi a Firenze nel maggio 1935 in onore dello stesso Girolamo Vitelli, che sarebbe venuto a mancare di lì a pochi mesi.

Ma torniamo agli esordi. I saggi apparsi tra il 1929 e il 1930, al di là del taglio tematico prescelto, mostrano, quale loro cifra comune, un andamento molto peculiare, non frequente in una pagina, qual è quella romanistica, che usualmente presenta un'altissima caratura letteraria: la scrittura di La Pira si propone con uno stile molto diretto, che ricorda l'intonazione di un'esposizione orale in cui l'argomentazione procede attraverso la proposizione di interrogativi che mirano a catturare l'attenzione degli interlocutori sollecitandoli retoricamente a formulare la risposta. Si intravede, in contropunto, il modello della lezione, delle tante lezioni preparate da La Pira sin dal giorno successivo alla laurea, che condiziona il modello della scrittura scientifica, spingendola lungo un percorso di interazione 'maieutica' con il lettore. È un segnale – e, tra tanti, sicuramente il meno clamoroso – di un modo diverso di intendere, da parte di La Pira, il ruolo del ricercatore, dello scienziato. Come confermerà, con un'eco ben più forte e nitida, la pubblicazione dell'opera monografica.

Nel 1930, per i tipi dell'editore Vallecchi<sup>54</sup>, anche grazie al contributo stanziato dalla Facoltà di Giurisprudenza, e nella sua collana, vedono finalmente la luce le quasi seicento pagine che compongono il volume *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*<sup>55</sup>. La dedica iscritta in epigrafe, che non contempla familiari o maestri accademici, suona come la testimonianza incontrovertibile («in un certo senso di rottura»<sup>56</sup>) di una scelta di vita che gli anni trascorsi hanno reso già matura: «A Contardo Ferrini, che per tutte le vie mi ricondusse alla casa del Padre». Perché non appaia un riferimento occasionale, la Prefazione dell'opera, a penna dello stesso La Pira, si chiude con un rinnovato richiamo a «l'immagine di Contardo Ferrini, indicazione sicura della mia strada». Attribuire questo gesto, questa insistita scelta dedicatoria, all'eccentrica ingenuità di un giovanotto troppo fervoroso significherebbe disconoscere «un atto di coraggio morale, che illumina tutto il primo periodo della sua vita»<sup>57</sup>.

La missione di testimone della fede cristiana, abbracciata da La Pira in seguito all'esperienza mistica, di «Unione col Maestro», avvenuta in occasione della

<sup>54</sup> Ma in un primo tempo la pubblicazione era stata affidata a Bemporad.

<sup>55</sup> G. La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Vallecchi, Firenze 1930 [= Pubblicazioni della Regia Università degli Studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza].

<sup>56</sup> Archi, *Ricordo di Giorgio La Pira*, cit., p. 627.

<sup>57</sup> Sono parole pronunciate da Gian Gualberto Archi il 22 febbraio 1978, nell'affettuoso *Ricordo di Giorgio La Pira*, poi pubblicato su «Studia et Documenta Historiae et Iuris», XLIV, 1978, pp. 627 ss.

Pasqua del 1924, si congiunge con la dedizione al magistero universitario grazie alla figura di Contardo Ferrini, il romanista terziario francescano scomparso due anni prima della nascita di La Pira<sup>58</sup>, al cui modello il giovane studioso siciliano sente provvidenzialmente legate le proprie scelte di uomo di scienza e di fede, sin dal giorno della laurea, svoltasi per «intercessione» di Contardo Ferrini<sup>59</sup>. La dedica in nome del professore «beato» è dunque, da parte di La Pira, frutto di una decisione consapevole, di una precisa volontà progettuale che intende dar voce, con la forza di un manifesto, ai due valori nei quali già si traduce il messaggio di questo studioso appena ventiseienne: unità del proprio percorso e coerenza delle relative scelte<sup>60</sup>. Ma il passo intrapreso («il gesto che dovevo compiere»<sup>61</sup>, potremmo già sentirgli dire) non rimane privo di conseguenze nell'accademia romanistica: «ce ne era abbastanza per sollevare le più alte meraviglie», osserverà molti anni più tardi Gian Gualberto Archi<sup>62</sup>.

In effetti, l'opera si mostra imponente: seicento pagine suddivise in sezioni, parti, capitoli, paragrafi. L'impianto assume a proprio fondamento le attente considerazioni sul modello familiare e sul rapporto profondo tra dinamiche successorie e strutture parentali, alla luce della 'funzione pubblicistica' esercitata dal *paterfamilias*: ciò che consente di guardare all'origine delle due delazioni, quella legittima e quella testamentaria, come ad un unico fenomeno, sempre determinato «dal funzionamento stesso dell'organismo familiare agnatizio»<sup>63</sup>. È un tributo evidente alla concezione 'bonfantiana' della famiglia romana in ter-

<sup>58</sup> Nato a Milano 4 aprile 1859, Contardo Ferrini era deceduto a Verbania il 17 ottobre 1902. Se ne veda il ricordo a firma di Francesco Paolo Casavola, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, vol. 1, il Mulino, Bologna 2013, pp. 856 ss.

<sup>59</sup> «Contardo Ferrinio apud Deum Gloriosissimamque Virginem Mariam intercedente» (*infra*, nota 153).

<sup>60</sup> Un segnale di questo intendimento, che in quei mesi stava maturando, lo possiamo cogliere nella lettera scritta a Salvatore Pugliatti il 29 novembre 1929 (La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., p. 100), nella quale La Pira comunica l'imminente uscita del volume («anche il mio libro pare che si avvii rapidamente a fare il suo ingresso ufficiale»), soggiungendo: «come tu intuisce, sono tutto presente nelle righe che ti scrivo. *L'orientamento interiore è lo sfondo della mia attività anche scientifica*» (il corsivo è mio).

<sup>61</sup> Sono le celebri parole pronunciate a chiusura dell'intervento con il quale, in Assemblea Costituente, nella seduta del 22 dicembre 1947, La Pira avrebbe chiesto l'inserimento nel testo costituzionale di una «brevissima formula di natura spirituale» (La Pira, *La casa comune*, cit., p. 263).

<sup>62</sup> Archi, *Ricordo di Giorgio La Pira*, cit., p. 628.

<sup>63</sup> Si veda La Pira, *La successione ereditaria intestata*, cit., p. 571: «il torturante problema dei rapporti fra successione intestata e successione testamentaria viene ad essere senz'altro risolto [...] *Non vi sono due specie di successioni in antitesi fra loro: una testamentaria ed una intestata: non vi è che una sola successione*»: nel presupposto dell'immanenza della volontà del *paterfamilias* e del suo potere «di conformare la successione, col testamento, all'unità di struttura della familia». Il che viene espresso come «*assorbimento* delle vocazioni intestate in quelle testamentarie» (p. 7).

mini politici, concezione che in quel torno di anni veniva raccogliendo significative adesioni all'interno della comunità romanistica<sup>64</sup>. Ed è un tributo che trova conferma nelle parole finali dell'opera, dove il discorso 'sul metodo', così presente al dibattito accademico del tempo, dà conto della convergenza fra metodo dogmatico e metodo organicistico: fra Betti e Bonfante.

A questo risultato, pur con qualche asimmetria e incompletezza, siamo potuti arrivare mercé un'analisi diretta a restituire, attraverso l'esegesi dei testi, i lineamenti organici degli istituti, ad approfondirne l'intima logica, a ricostruirne la configurazione dommatica. Vi siamo, cioè, potuti arrivare con un'applicazione paziente del metodo organico e di quello dommatico insieme congiunti<sup>65</sup>.

Del resto, nel saggio che era stato elaborato a margine del complesso lavoro monografico e pubblicato separatamente, ma nello stesso anno, in onore di Pietro Bonfante, con il titolo *La sostituzione pupillare*, il richiamo di La Pira al metodo naturalistico<sup>66</sup> ed al rapporto tra funzione e struttura sul quale Bonfante aveva costruito il proprio paradigma teorico ed il proprio modello culturale<sup>67</sup>, viene nitidamente esplicitato:

noi dobbiamo distinguere tra il fenomeno concreto che col nome di sostituzione pupillare viene indicato e la forma giuridica con cui tale fenomeno viene presentato nell'epoca classica [...] Il nostro compito allora consiste nel liberare la forma giuridica sotto la quale il fenomeno si presentava in antico dalle superstrutture superiori, e nel ricercare quali furono le ragioni che determinarono il passaggio da tale forma alle nuove<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Rimando a P. Giunti, *Pietro Bonfante, teorico della famiglia arcaica*, in *I Bonfante. Una storia scientifica italiana, Atti del Convegno Internazionale Interdisciplinare* (in corso di stampa). L'influenza della lezione bonfantiana già sullo studente Giorgio La Pira emerge nitida da una lettera a Emilio Betti, non datata ma antecedente il 20 ottobre 1925: «La famiglia romana ha funzione integrativa della capacità giuridica dei suoi membri: è un vero istituto di diritto pubblico [...] il *paterfamilias* non esercita diritti suoi – in senso privatistico – esercita una funzione, e tutela un interesse che è posto obiettivamente: esercita, insomma, attività pubblicistica [...] nell'esercizio della funzione il pater ha tra l'altro il potere di investire nell'esercizio di tale funzione la persona (erede) da lui designata» (Crifò [a cura di], *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., pp. 118 ss.).

<sup>65</sup> La Pira, *La successione ereditaria intestata*, cit., p. 588.

<sup>66</sup> Si veda G. La Pira, *La sostituzione pupillare*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, vol. 3, Treves, Milano 1930, p. 326 (già estratto: Premiata tipografia successori fratelli Fusi, Pavia 1929): «La struttura di un istituto porta sempre in sé le vestigia ed i segreti della sua storia più antica»: in nota vengono citati: Bonfante, Betti e De Francisci, tra gli allievi di Bonfante il più vicino al maestro sul piano del metodo. Da parte di La Pira, è l'espressione di una totale condivisione di prospettiva metodologica.

<sup>67</sup> Sul punto rimando a Giunti, *Pietro Bonfante, teorico della famiglia arcaica*, cit.

<sup>68</sup> La Pira, *La sostituzione pupillare*, cit., p. 278.

In effetti, il contatto di La Pira con Pietro Bonfante era stato precocissimo. Nel giro di soli dieci giorni dalla discussione della tesi, Betti aveva creato le condizioni per una visita a Roma del giovane neo laureato, invitato ad illustrare all'anziano Maestro il contenuto della sua dissertazione. La cronaca dell'incontro rivive nella lettera che, a stretto giro, La Pira scrive a Betti: è il 28 luglio 1926, sono trascorsi 18 giorni dalla laurea: «il professor Bonfante mi fu largo di acconsentimento: egli mi disse che la materia è priva di trattazioni perché da noi non altri che lui (e pei soli concetti generali) ha trattato la materia ereditaria: [...] egli mi invitò a ripassare da Roma e a fermarmi alcuni giorni usando a mio piacimento della sua biblioteca»<sup>69</sup>. L'intensità del rapporto che dal quel primo momento prese vita possiamo intuirlo, retrospettivamente, nel messaggio dolente inviato da Betti alla Signora Pia Bonfante, nel trigesimo della scomparsa del Maestro:

forse nessuno 'scolaro ufficiale' ha tanto bene inteso, fatto sue e sviluppato le idee del Maestro in tema di eredità, quanto un giovane che, avvinto da me allo studio del diritto romano, attinse in quelle le direttive fondamentali per la ricostruzione degli istituti successorii: Giorgio La Pira. Se scolaro significa seguace dell'indirizzo e assertore e continuatore delle dottrine scientifiche di un maestro, La Pira può a ben diritto considerarsi scolaro di Pietro Bonfante: e tale, infatti, venne considerato da Lui!<sup>70</sup>

Il passaggio di 'testimone' nelle mani di Pia Bonfante, che Betti idealmente vuole realizzare, riflette al fondo il senso dell'influenza bonfantiana – influenza della quale Betti era perfettamente consapevole – sul percorso scientifico di La Pira: il quale, tuttavia, innesterà l'insegnamento del grande 'maestro' della Sapienza in un progetto teorico che aveva ormai raggiunto una sua propria identità, cogliendo nella dimensione politica della *familia* e nel ruolo del *pater* il fondamento per una lettura sul «carattere costituzionale (in senso di costituzionalità dell'ordine giuridico) della *familia*», al cui rispetto lo Stato «non è che il principio armonico della coesistenza delle "persone" che lo costituiscono»<sup>71</sup>; per altro verso, il metodo evoluzionistico, nella prospettiva lapiriana, è quanto consente di giustificare, grazie ai momenti di rottura determinati dalle eterogenesi funzionali, quelle «contraddizioni inspiegabili» che si insinuano ad incrinare l'unica certezza: «di certo non v'ha che questo: che il sistema ereditario romano, quale ci appare in epoca storica e quale si mantenne per tutta l'epoca

<sup>69</sup> Crifò (a cura di), *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., 28 luglio 1926, p. 289.

<sup>70</sup> Ivi, 21 dicembre 1932, p. 433.

<sup>71</sup> La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., 21 settembre 1925, p. 65.

classica (sistema di *ius civile*) è – almeno quanto alla sua struttura – un complesso armonico di principii»<sup>72</sup>.

Colti nella loro unitarietà di fondo, i due lavori datati 1930 sospingono i congegni tecnici della successione ereditaria verso una auto-rappresentazione coesa e coerente, frutto di una costruzione sapiente tessuta attorno a precisi e mai dismessi nuclei concettuali («e noi non riusciamo a cogliere quasi mai in fallo i giureconsulti romani, quanto all'applicazione integrale di essi»<sup>73</sup>), la cui insuperabile caratura dogmatica viene restituita – e sarà questo, negli anni, il connotato indelebile del linguaggio giuridico lapiriano – attraverso un lessico evocativo di armonie e bellezze sistematiche<sup>74</sup>: quasi che il lavoro del giurista, la puntiforme indagine esegetica, la verifica del dato regolamentare e della sua ricaduta operativa, la riconduzione del segmento normativo alla logica rigorosa del sistema, potessero infine rivestirsi del vocabolario proprio della creazione artistica, invocando attitudini e consapevolezze proprie dell'artista: come avrebbe proclamato, vent'anni più tardi ed in un ben diverso scenario politico-culturale, Francesco Carnelutti con il suo, celeberrimo, *Arte del diritto*.

Già allora presago inconsapevole di futuro, Giorgio La Pira non ottiene nel 1930 il riconoscimento sperato. Dopo aver conseguito, il 25 gennaio, la libera docenza dalla commissione in cui sedevano Vittorio Scialoja, Biondo Biondi ed Emilio Betti, si apre per lui la prospettiva del concorso a cattedra bandito dall'Università di Modena: scadenza 30 aprile. La Pira vi partecipa ma la commissione, presente ancora una volta Vittorio Scialoja insieme (tra gli altri) a Gino Segrè e Carlo Longo, decreterà la terna vincente nei nomi di Edoardo Volterra, Giuseppe Grosso, Gaetano Scherillo. La Pira ottiene due voti, a seguito di una valutazione<sup>75</sup> nella quale, apprezzati i primissimi saggi di carattere epigrafico-papirologico, sono invece il lavoro sulla sostituzione pupillare e soprattutto il volume sulla successione intestata ad incontrare le censure più severe<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> La Pira, *La sostituzione pupillare*, cit., pp. 275 ss. Dirà più avanti La Pira: «tra la struttura del titolo di erede e la funzione a tale struttura corrispondente sia avvenuta per tempo una separazione, nella quale sta proprio la radice di tutte le contraddizioni» (p. 314).

<sup>73</sup> Ivi, p. 275.

<sup>74</sup> Si veda La Pira, *La successione ereditaria intestata*, cit., p. 578: «Successione ereditaria e successione tutelare ci appariranno allora nella loro origine essere state uno stesso istituto [...] Da ciò, quella armonia fra struttura e funzione che si nota nella successione tutelare».

<sup>75</sup> Si veda *Ministero dell'Educazione Nazionale, Bollettino Ufficiale*, parte II, 26 febbraio 1931, pp. 663 ss.

<sup>76</sup> Avrebbe chiosato, molti anni più tardi, Gian Gualberto Archi: «Quando quella dedica e quella prefazione furono lette dalla prima commissione di concorso alla quale il volume fu presentato, solo il profondo spirito di galantomismo e di tolleranza, che ancora dominava nella maggior parte dei professori, riuscì ad avere ragione delle frecciate ironiche che qualcuno non risparmiò» (Archi, *Ricordo di Giorgio La Pira*, cit., p. 628).

La sconfitta è vissuta con apparente serenità da La Pira che non lascia trasparire delusione, mostrandosi gratificato dalle manifestazioni di solidarietà pervenutegli<sup>77</sup>, e che annoterà questo esito concorsuale infausto come «la prima grande vittoria»<sup>78</sup>.

Ben diversa, profondamente amareggiata e stizzita, la reazione di Emilio Betti. Nel novembre del 1930 scrive a Carlo Longo, commissario rivelatosi particolarmente ostile a La Pira («appresi vari particolari della lotta da te fatta a La Pira nel recente concorso»), denunciando il tentativo di occultare arbitrariamente l'infondatezza del giudizio («mi sembra assolutamente vano il tentativo di giustificare in siffatto modo l'enorme iniquità della decisione del concorso»), assumendosi la responsabilità degli errori contestati a La Pira e rivendicando la piena dignità dell'indirizzo metodologico nel cui alveo si è posta la ricerca dell'allievo<sup>79</sup>. Il senso del magistero nei confronti del discepolo si mostra ancora in tutta la sua forza ma sarà questo l'ultimo momento di autentica condivisione tra i due, prodromico ad una separazione, netta e pluridecennale, che avverrà nel segno di una «piena indipendenza d'indirizzo scientifico e libertà da ogni consiglio e controllo»<sup>80</sup>.

Gli anni che scrono dopo il 1930 vedono allargarsi il campo degli interessi coltivati da La Pira, con saggi che affrontano singoli profili a rilevanza istituzionale, con un evidente richiamo ancora all'insegnamento bettiano ed un intenso esercizio di costruzione dogmatica, sostenuto dall'impiego sorvegliato della critica filologico-interpolazionistica, assunta sempre (ancora una volta è forte la lezione di metodo del maestro) secondo un approccio funzionale rispetto agli obiettivi di costruzione della categoria concettuale. La tematica che, soprattutto agli occhi dei moderni interpreti, occupa la scena in questi anni immediatamente successivi al 1930 è sicuramente quella relativa al *pignus*, cui verranno dedicati due saggi che prendono vita a breve distanza l'uno dall'altro: *La struttura classica del pignus*, che apparirà sugli *Studi* per Federico Cammeo, il primo estimatore fiorentino di La Pira, nel 1936 (ma circola già in estratto nel 1932) e *La struttura classica della conventio pignoris*, pubblicata su «Studi Senesi» nel 1933 e poi dedicata alla memoria di Umberto Ratti, nel 1934<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> La Pira, *Lettere a casa*, cit., 31 ottobre 1930, p. 139: «la reazione provocata dalla iniqua decisione dei miei giudici nel concorso è stata veramente grande: questa ingiustizia è l'argomento quotidiano del mondo accademico giuridico: a Firenze, a Milano, a Roma, e negli altri centri universitari. Mi sono pervenute e mi pervengono lettere di affettuosa solidarietà ed in complesso la mia posizione morale risulta più solida che mai».

<sup>78</sup> Si veda *infra*, nota 157.

<sup>79</sup> Crifò (a cura di), *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., novembre 1930, p. 425.

<sup>80</sup> Ivi, 29 ottobre 1933, p. 434.

<sup>81</sup> Lambrini, *La teoria dei rapporti possessori nella riflessione di Giorgio La Pira*, cit., pp. 191 ss.; S. Pietrini, *La Pira ed il pegno: storia di una idea*, «Index, Quaderni Camerti di studi romanistici», XXXIV, 2006, pp. 201 ss.

La tesi di fondo, «sul carattere possessorio del pegno classico»<sup>82</sup>, incontra l'entusiastica approvazione del maestro: «ha per le mani una tesi magnifica – quella sul carattere possessorio del pegno classico – che attende da Lei una dimostrazione esegetica»<sup>83</sup>. Ancora a distanza di anni, quando il sodalizio umano e scientifico con l'allievo si sarà ormai definitivamente esaurito, Betti lascerà spazio nelle proprie *Istituzioni* a questa ricostruzione lapiriana sull'evoluzione del *pignus* «da rapporto meramente possessorio in rapporto obbligatorio costituito con un contratto reale», riconoscendone nelle grandi linee la fondatezza scientifica<sup>84</sup>. Una ricostruzione, quella lapiriana, che aveva un obiettivo teorico ben preciso: «mostrare la identità fondamentale fra *datio e conventio pignoris*»<sup>85</sup>, evidenziando come il pur riscontrabile margine di reciproca differenza «non alterasse la fondamentale identità di struttura dei due istituti costruiti come negozi traslativi di possesso e regolati da principi fondamentali comuni»<sup>86</sup>.

Ritorna, insistente, quella nota della «fondamentale identità» strutturale che aveva contrassegnato l'indagine in tema di successione legittima e successione testamentaria, che aveva sostenuto il riconoscimento dell'originaria coincidenza, «un'unica fisionomia giuridica»<sup>87</sup>, tra erede, tutore e sostituto pupillare. E sono proprio queste le parole che ci offrono la chiave di volta per comprendere l'intendimento teorico di La Pira, il suo criterio euristico, l'ansia che anima il suo dialogo, capillare ed intensissimo, con le fonti: un dialogo che vuole essere diretto, non mediato dalla letteratura e quindi capace di filtrare l'immagine autentica, «originaria», dei singoli istituti giuridici e del loro interagire, così come restituiti dalla voce degli antichi.

La Pira esplora l'universo delle fonti romane, ne scandaglia i contenuti tecnici ed i profili formali, per cogliere «questa fisionomia classica, così armoniosa e precisa»<sup>88</sup>, per dimostrare come «il pretore e la giurisprudenza pongano in opera i più fini ardimenti della tecnica giuridica per creare una struttura dal-

<sup>82</sup> Si veda G. La Pira, *La struttura classica del pignus*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, vol. 2, Cedam, Padova 1933, p. 21: «Quanto al rapporto fra oppignorante e creditore pignoratizio bisogna dire che la sua configurazione primitiva è possessoria: ciò importa che l'oppignorante ha in origine a sua disposizione, per la restituzione della cosa, non un'azione ma, come il concedente a precario, un interdetto [...] Peraltro questo originario interdetto cedette ben presto il posto ad un'*actio in factum*: la *pigneraticia*. Ciò costituì il primo germe di quella costruzione del pegno quale rapporto obbligatorio (contratto) sviluppata integralmente solo nel diritto giustiniano».

<sup>83</sup> Si veda Crifò (a cura di), *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., 21 agosto 1932, p. 431.

<sup>84</sup> Cfr. E. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, vol. 1, Cedam, Padova 1947, p. 468.

<sup>85</sup> G. La Pira, *La struttura classica della conventio pignoris*, «Studi senesi», XLVII (1-2), 1933, p. 92.

<sup>86</sup> Si veda La Pira, *La struttura classica della conventio pignoris*, cit., p. 61.

<sup>87</sup> Si veda La Pira, *La sostituzione pupillare*, cit., p. 319.

<sup>88</sup> Si veda La Pira, *La struttura classica della conventio pignoris*, cit., p. 91.

le linee semplici ed armoniose»<sup>89</sup>: è la scoperta dell'esperienza romana classica come l'espressione di una spinta, progettuale e costante, alla ricerca dell'unità. Anche il merito riconosciuto a Umberto Ratti, il romanista deceduto appena ventisettenne il cui necrologio compare a firma di Giorgio La Pira su «Studi Senesi» del 1932 (*In memoria di Umberto Ratti*), rifletterà questa stessa esigenza: fu pregio di Ratti l'aver fatto, dello studio sulla *captivitas*<sup>90</sup>, l'angolo visuale per abbracciare istituti diversi «con una veduta unica»<sup>91</sup>, la prospettiva da cui «scoprire linee nuove e panorami belli nella evoluzione del Diritto romano»<sup>92</sup>. L'esaltazione dell'unità, la ricerca della visione di sintesi, costituiscono la sfida più difficile ma anche la più entusiasmante per La Pira, quella su cui l'impegno si farà più forte: quella su cui si consumerà la rottura con Emilio Betti.

Appare nel 1932 il saggio a mio avviso più significativo di questo spicchio di anni: sarà destinato agli *Studi in onore di Salvatore Riccobono* e s'intitola 'Compromissum' e 'litis contestatio' formulare. Muovendosi sulla linea di confine tra categorie negoziali e categorie processuali, argomentando il «perfetto parallelismo fra "compromissum" e "litis contestatio"», La Pira giunge ad affermare la «identità strutturale fra "arbitrium" e "iudicium"»<sup>93</sup>, in vista di quella sintesi «del processo arbitrale con quello ordinario»<sup>94</sup>, che si traduce nell'idea di una fondamentale equiparazione tra i due pilastri (diremmo con terminologia moderna) della giurisdizione ordinaria e della volontaria giurisdizione.

Agisce sullo sfondo, ancora una volta, quella lezione bonfantiana che si era sviluppata sul presupposto teorico – enucleato da Bonfante nella celebre prolusione torinese del 1901<sup>95</sup> – della «originaria» indistinzione del diritto pubblico e del diritto privato: se la dimensione privatistica della *familia* si avvolge, grazie al ruolo del *pater*, di una natura pubblicistica, allo stesso modo la dimensione pubblicistica del processo – frutto, sempre secondo Bonfante, del passaggio dall'autodifesa privata alla giurisdizione statale – può connotarsi, nella lettura lapiriana, di una natura privatistica. Ancora una volta, l'urgenza che La Pira avverte è quella di rappresentare e proclamare la vocazione unitaria dell'elaborazione giuridica romana, la prospettiva di un'assoluta coerenza interna capace

<sup>89</sup> Ivi, p. 62.

<sup>90</sup> Cfr. U. Ratti, *Studi sulla captivitas*, A. Sampaolesi, Roma 1927.

<sup>91</sup> Si veda G. La Pira, *Umberto Ratti (in memoria di)*, «Studi senesi», XLVI, 1932, p. 542.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> Si veda G. La Pira, 'Compromissum' e 'litis contestatio' formulare, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. 2, Castiglia, Palermo 1936, p. 225.

<sup>94</sup> Ivi, p. 190.

<sup>95</sup> Cfr. P. Bonfante, *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato. Prolusione letta nella R. Università di Torino il 13 Novembre 1901*, «Rivista Italiana di Sociologia», VI (1), gennaio-febbraio 1902 [= *Scritti giuridici vari IV. Studi generali*, Roma 1925, pp. 28 ss. Ora ristampata in P. Perlingieri, *Le prolusioni dei civilisti*, vol. 2: 1900-1935, Edizioni scientifiche italiane, Napoli-Roma 2012, pp. 1069 ss.].

di disegnare quell'orizzonte di razionalità tecnica e sintonia dogmatica di fronte al quale si dissolve l'eventualità del conflitto.

Le idee ispiratrici di questo saggio vengono sottoposte al maestro, probabilmente in forma di bozza manoscritta. La reazione di Betti arriva attraverso una lunghissima lettera di mezza estate<sup>96</sup> ed è durissima: il rigetto è immediato e totale («Le dico subito che il Suo mi pare un lavoro sbagliato»), il giudizio risuona di una severità sconcertante: «un lavoro che dimostra come, anche muovendo da un punto di vista giustissimo, si possa, attraverso inavvertite esagerazioni e con l'abuso della logica, arrivare a conclusioni assurde». La revisione critica, partendo dal rigetto della qualificazione «come un contractus in senso tecnico» della *litis contestatio*, si articola per singoli punti, con censure minuziose e nette, per lasciar infine emergere il vero nodo, la vera ragione presente al fondo di un rifiuto così radicale: «Le faccio osservare che qui il fattore che conferisce rilevanza giuridica alla situazione di fatto non è già l'accordo delle parti in lite – come nella *stipulatio* – ma il riconoscimento da parte dell'ordine giuridico (pretore), ad esso accordo preesistente»<sup>97</sup>.

Di fronte a un Emilio Betti che, dalla seconda metà degli anni venti, era venuto maturando la propria teorizzazione sul processo civile e sulla natura dell'azione, intesa oramai quale «diritto di natura specificamente processuale, conferito dalla legge processuale in ordine a una ragione affermata soltanto»<sup>98</sup>, il volontarismo lapiriano, la prospettazione di quella dialettica libertà-autorità destinata a sfociare, quindici anni più tardi, nella giusnaturalistica negazione dei «diritti riflessi»<sup>99</sup>, non potevano non segnare un divario incolmabile. Che tale sarebbe rimasto, seppur celato dai toni garbati («per quanto possa dolermi che di certi consigli Ella non abbia mostrato di tener conto»<sup>100</sup>) della lettera scrit-

<sup>96</sup> Cortina d'Ampezzo, 21 agosto 1932. Cfr. Crifò (a cura di), *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., pp. 427 ss.

<sup>97</sup> Ivi, p. 430.

<sup>98</sup> Si veda E. Betti, *Ragione e azione*, «Rivista di diritto processuale civile», IX, 1932, pp. 205 ss. Riflette su questi risvolti della produzione lapiriana, R. Cardilli, *L'actio come potere e la 'differenza specifica' del rapporto giuridico in Giorgio La Pira*, «Index, Quaderni Camerti di studi romanistici», XXXIV, 2006, pp. 219 ss.

<sup>99</sup> «Il diritto positivo (lo Stato, quindi), non è il "creatore" dei diritti dell'uomo; né questi diritti sono, perciò, i "riflessi" di quell'azione creatrice: quei diritti preesistono ad ogni statuizione positiva perché si radicano nella natura e nella struttura della persona umana e della società umana». Così G. La Pira, *Il Valore della Costituzione Italiana*, «Cronache sociali», 31 gennaio 1948. Su questa componente del messaggio lapiriano in Assemblea Costituente si veda La Pira, *La casa comune*, cit., pp. 277 ss. Ma la riprova del ben più lontano radicamento di questa convinzione viene dalla lettera scritta a Salvatore Pugliatti il 21 settembre 1925: «Ma ogni sfera giuridica ha un proprio *ex se* e non per attribuzione statutale un limite intrinseco di autonomia, che non può mai né ridursi né mancare» (La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., pp. 65 ss.).

<sup>100</sup> Crifò (a cura di), *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., p. 434.

ta da Betti il 29 ottobre 1933, alla vigilia dell'esito del secondo concorso a cattedra tentato da La Pira.

Stavolta la sede a bando era proprio quella dell'Università di Messina: si prefigurava dunque la prospettiva del possibile ritorno a casa. Eppure «quella piena riparazione che Le era dovuta dopo la flagrante ingiustizia di tre anni or sono, è interamente mancata»<sup>101</sup>. Giorgio La Pira viene inserito dalla commissione nella terna vincente, assieme a Lauro Chiazzese e Giannetto Longo, ma non risulta primo: sulla cattedra di Diritto Romano dell'Università di Messina andrà Chiazzese, l'allievo prediletto di Salvatore Riccobono, che dopo i tre anni di straordinariato messinese sarebbe rientrato definitivamente a Palermo per imprimervi, fino alla morte tanto improvvisa quanto prematura, una memoria indelebile<sup>102</sup>.

Per La Pira e Longo si apre dunque la strada delle sedi che hanno «cattedre di diritto romano vacanti»<sup>103</sup>, tra le quali vi è Siena e quella Cagliari in cui sarebbe stato infatti chiamato Giannetto Longo. Ma Firenze non è in questa situazione. Sono giorni di fibrillante incertezza per La Pira: il colloquio epistolare con Salvatore Pugliatti ne è umana, intensissima testimonianza («come devo fare? Dove andrò?»<sup>104</sup>). Seppure a valle di un dissidio scientifico che mai si sarebbe composto, è ancora una volta il maestro che, nel farsi carico pienamente delle responsabilità del proprio ruolo, individua l'itinerario da seguire: a Firenze, suggerisce Betti in una lettera datata 20 novembre 1933, «potrebbero fare una valida chiamata alle Pandette, dato che lo statuto dell'Università di Firenze (come anche quello della cattolica) consente di nominare un secondo titolare, per la stessa materia»<sup>105</sup>. Dopo soli due giorni, il 22 novembre, Giorgio La Pira scrive a Salvatore Pugliatti: «Forse Firenze riuscirà a chiamarmi ad una seconda cattedra di Diritto Romano [...] Vuol dire che Messina non era la mia sede! Che ne dici? Sono molto contento: ho nel cuore una gioia traboccante: gioia che si riversa nell'intelligenza e che comunica anche alle mie lezioni un timbro speciale di vita!»<sup>106</sup>.

Il 7 dicembre 1933 la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze chiama Giorgio La Pira quale professore straordinario sulla seconda cattedra di Diritto Romano, confermandogli l'incarico per il corso di Istituzioni. Ed ancora una volta, nei momenti belli come in quelli sofferti, sarà l'amico di sempre Salvatore Pugliatti a costituire l'immancabile, immediato interlocutore:

<sup>101</sup> Ivi, p. 436.

<sup>102</sup> Se ne veda il ricordo a firma di Matteo Marrone in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., p. 522.

<sup>103</sup> Si veda Crifò (a cura di), *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., p. 436.

<sup>104</sup> La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., p. 143.

<sup>105</sup> Si veda Crifò (a cura di), *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., p. 437.

<sup>106</sup> Si veda La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., p. 144.

«Carissimo Totò» – scrive La Pira l'11 dicembre 1933 – «Mi sono sistemato qui: sarei venuto, però, se le circostanze lo avessero richiesto, anche a Messina. Continuo, dunque, la mia vita didattica fiorentina»<sup>107</sup>.

La chiamata del 1933 pone il sigillo finale ad un percorso accademico che nei suoi esordi aveva visto affollarsi entusiasmi e timori, speranze nutrite e poi andate deluse, prospettive intraviste e poi dileguatesi. Da questo momento in avanti il legame con Firenze, che le vicende concorsuali avrebbero potuto spezzare in presenza di esiti diversi, diventa una simbiosi indistinguibile, un rapporto elettivo destinato a connotare ogni momento della vita di La Pira<sup>108</sup>: un rapporto del quale l'insegnamento romanistico, cui mai il professore avrebbe rinunciato pur a fronte di un impegno civile sempre più intenso, sarebbe stato emblema sincero ed appassionato.

### 3. La svolta del 1934

«La Pira ha fretta di procludere»<sup>109</sup>. Ed è vero. L'ansia di comunicare quella sua «visione unitaria» ormai matura, sulla quale si era consumato il distacco da Betti<sup>110</sup>, l'aspirazione a tradurre quella consapevolezza metodica in progetto didattico, traboccano già, all'indomani della chiamata fiorentina, nel colloquio epistolare con Pugliatti dell'11 dicembre 1933:

il Diritto Romano va insegnato così: mostrando queste prospettive ricche di simmetria; solo così il nostro insegnamento ha una funzione educativa di grande importanza. Come sarebbe bello se potessimo dare agli studi giuridici questo afflato di bellezza che solleva dalla tecnica pura alla visione di un panorama unitario! Dobbiamo fare circolare nei nostri studi queste luci di sapere che resero così attraenti gli sudi dei nostri antichi. La tecnica deve affinare, non sterilire: deve essere feconda, non sterile<sup>111</sup>.

A soli due mesi dalla chiamata del 7 dicembre, trent'anni appena compiuti, Giorgio La Pira tiene dunque la prolusione alla cattedra di Diritto romano. È il 2 febbraio 1934: e la data conserverà un significato speciale nell'autobiografia lapiriana. L'evento prolusivo, il più formale e solenne nell'ambito delle liturgie

<sup>107</sup> Ivi, p. 145.

<sup>108</sup> Un destino che, in certo modo, La Pira aveva già presagito nella famosa lettera a Salvatore Pugliatti del 6 dicembre 1931: «nel piano dei disegni divini a mio riguardo, Firenze è ancora una tappa che non va lasciata: è un terreno che non va lasciato in questi momenti» (La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., p. 123).

<sup>109</sup> Sono parole di P. Grossi, *Il giurista Giorgio La Pira*, in *Nobiltà del diritto - profili di giuristi*, cit., p. 56.

<sup>110</sup> Si veda Crifò (a cura di), *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., pp. 434 ss.

<sup>111</sup> La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., p. 145.

universitarie, sarà invero profondamente reinterpretato dal giovane professore le cui parole segneranno una rottura radicale con i modelli tradizionali, subito mettendo da parte le autorità accademiche, i colleghi di facoltà, per rivolgersi in modo esplicito e diretto agli studenti, con loro intessendo un autentico colloquio. È un segnale sicuramente eccentrico, tra i tanti che avrebbe dato questo docente a tratti scandaloso per la sua disponibilità a rovesciare gli schemi; ma è anche un segnale forte di come in Giorgio La Pira l'asse della deontologia professionale si venisse già convintamente spostando verso la centralità del rapporto con lo studente, verso il momento didattico. Un momento didattico che tuttavia non rappresenterà mai un rifugio comodo perché poco impegnativo: c'è un passaggio di questa prolusione che riveste un'importanza decisiva per comprendere ciò che rappresenta a questo punto, per Giorgio La Pira, il contatto con l'aula e l'impegno della lezione.

La prolusione s'intitola *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*. Le parole che giustificano la scelta di questo titolo sono folgoranti: «Perché ho scelto per tema la genesi del sistema della giurisprudenza romana? Ne avevo pensati vari altri: ma finalmente questo mi sembrò il più adatto a tracciare a me stesso le linee orientatrici delle mie future indagini»<sup>112</sup>. Ancora una volta un rovesciamento di prospettiva, per far emergere con la consueta naturalezza del linguaggio lapiriano una verità lapalissiana e tuttavia mai affermata: e cioè che la lezione, per poter giovare agli studenti, deve innanzi tutto giovare al docente: costringendolo a riflettere sulla coerenza delle sue affermazioni; mettendo alla prova la fondatezza delle sue ricostruzioni; imponendogli di comprendere per farsi comprendere. Dirà Natalino Irti in un saggio apparso quasi ottant'anni più tardi: «lezione è la parola detta scrutando negli occhi degli ascoltatori la chiarezza e l'efficacia del magistero, cercando strenuamente di capire noi per far capire agli altri»<sup>113</sup>. La prolusione tenuta da Giorgio La Pira, in quel lontano febbraio del 1934, già evidenzia tutto questo: la didattica è essa stessa ricerca, è un modo di fare scienza attraverso il dialogo con gli allievi, attraverso le sollecitazioni che da quel dialogo affiorano. Nasce dunque da queste sollecitazioni, dall'urgenza della responsabilità che si lega alla titolarità della cattedra, la definizione di quel progetto scientifico che accompagnerà Giorgio La Pira negli anni della piena maturità intellettuale e che rappresenterà la cifra connotante del suo lascito culturale.

La prolusione fiorentina del 1934 viene pubblicata negli *Studi in onore di Filippo Virgili* con un sottotitolo oltremodo eloquente: *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Problemi generali*. Si presenta quindi come uno sguardo d'insieme, che lascia di per sé intuire la prospettiva di approfondimenti ul-

<sup>112</sup> Si veda La Pira, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, I: Problemi generali*, cit., p. 161 in nota (ed. 1972 p. 7 in nota).

<sup>113</sup> N. Irti, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari 2011.

teriori: che infatti seguiranno in un volgere brevissimo di anni. Appare sul volume XLII del «Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano», dello stesso 1934, il saggio che, con identico titolo, reca quale sottotitolo *L'arte sistematrice*, mentre su «Studia et Documenta» del 1935 compare *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo* e sull'annata 1936-1937 ancora del «Bullettino» viene pubblicata *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica*<sup>114</sup>.

Sono le tessere di un mosaico che progressivamente si compone, i fili di un ordito speculativo denso, serrato, il cui avvio si lega alla prolusione del 2 febbraio e alla denuncia che in essa trovava voce: la denuncia per un'indagine antichistica autoreferenziale, compiaciuta di dettagli puramente nozionistici, gratificata dal presentarsi come un mero arricchimento culturale. La Pira esprime tutta l'insoddisfazione dello storico che vede trasformarsi lo strumento conoscitivo in fine speculativo<sup>115</sup>, del docente che teme la «dispersione»<sup>116</sup> di un insegnamento nelle minuzie dei dati antiquari o nell'angustia dell'ossessione interpolazionistica: riflessi della crisi di una disciplina universitaria<sup>117</sup>, che rischia di trasformarsi in crisi di quel sapere giuridico che non sappia esprimere una prospettiva di senso diversa dal semplice appagamento erudito. Dieci anni più tardi, nel 1944, in un contesto culturale ben diverso, sarà un civilista del valore di Filippo Vassalli a farsi carico di un'analogia denuncia e di un'analogia responsabilità: «non è con elucubrazioni siffatte che si custodisce il diritto e si mantiene viva la coscienza della sua funzione fra gli uomini: all'avvilimento in che è caduto, e che coincide col tramonto sanguigno della nostra civiltà, forse non è del tutto estranea l'opera di certa dogmatica prevalsa negli ultimi tempi»<sup>118</sup>.

<sup>114</sup> Si veda su queste meditazioni R. Martini, *La sistematica dei giuristi romani*, «Index, Quaderni Camerti di studi romanistici», XXXIV, 2006, pp. 87 ss.

<sup>115</sup> Cfr. La Pira, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, I: Problemi generali*, cit., p. 162 (ed. 1972 p. 8): «lo studio del particolare ha fatto oscurare la bellezza armoniosa del tutto: il mezzo è diventato fine: la ricerca papirologica ed interpolazionistica anziché tendere al suo scopo – quello di porre in luce sempre maggiore le linee grandiose dell'edificio sistematico della giurisprudenza romana – è diventata talvolta fine a se stessa».

<sup>116</sup> Si veda La Pira, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, I: Problemi generali*, cit., p. 161 (ed. 1972 p. 7).

<sup>117</sup> Ivi, p. 163 (ed. 1972 p. 9): «Se questo non è il fine dello studio del diritto romano, le nostre intelligenze si rifiutano davvero di continuare più oltre l'esplorazione di questo campo: millenni di ricerca dovrebbero alfine bastare!». Identica intonazione polemica, ed analoga insofferenza, troviamo espressa in G. La Pira, *Problemi di sistematica e problemi di giustizia nella giurisprudenza romana*, cit., p. 31: «Vorrei dire ai miei giovani colleghi: – dove miriamo con i nostri studi? Il diritto romano ci interessa davvero come un documento di giustizia degno ancora di essere meditato? Come una luce che può ancora rischiarare settori spesso così oscuri della vita sociale odierna? [...] Se non fossero questi i nostri obiettivi la nostra opera sarebbe inutile ed egoista: lasciate che i morti seppelliscano i morti!».

<sup>118</sup> Si veda F. Vassalli, *Del ius in corpus, del debitum coniugale e della servitù d'amore, overosia la dogmatica ludicra*, G. Bardi, Roma 1944, p. 143.

Di fronte alla constatazione di una perdita di significato, e non solo sul piano teorico, la reazione di La Pira, appena trentenne, non si esaurisce nell'espressione di un amaro sconforto ma si traduce nel colpo d'ala del riscatto, grazie alla collocazione del diritto romano e del suo insegnamento al livello più alto della scala pedagogica, in quanto disciplina che riveste un essenziale ruolo formativo, «una efficacia davvero decisiva per l'educazione del mio pensiero, in quanto educa la mia intelligenza a pensare scientificamente, sistematicamente»<sup>119</sup>. La vocazione del diritto romano, nella prospettiva lapiriana, è dunque schiettamente epistemologica, investe il campo della formazione del sapere e del ragionamento, si proietta sul terreno metafisico dell'eredità aristotelica attinta grazie alla mediazione della Scolastica, e dell'Aquinata in particolare: non per caso, in quello stesso anno 1934 vede la luce, su un supplemento speciale della «Rivista di filosofia neoscolastica», il saggio *Il diritto naturale nella concezione di S. Tommaso d'Aquino* che indaga le radici dell'intelligenza e dell'atto cognitivo, il principio di logica e razionalità quale fondamento del pensiero scientifico, per esplorare il rapporto tra scienza giuridica e diritto naturale, tra *lex humana* e *lex naturalis*<sup>120</sup>.

Il riscontro più forte di questa identità epistemologica della disciplina romanistica, il tema d'elezione cui affidare la risposta all'assillo per il sistema ed il metodo è offerto a La Pira dall'indagine sulla giurisprudenza classica: il ruolo interpretativo e creativo svolto dai giuristi tardo-repubblicani, la loro capacità di filtrare gli schemi della dialettica aristotelica per trasformare un modello di empiria tecnica del *ius* in un patrimonio universale di razionalità scientifica, costituiscono l'orizzonte euristico nel quale si dispiega, e con un entusiasmo assai proficuo, la ricerca nei primi anni di cattedra. Sarà lo stesso La Pira a darne conto, il 2 gennaio 1935, in una delle ultime lettere scritte a Betti nel tentativo di recuperare un sodalizio («se ci rappacifichiamo potremo lavorare insieme con molta fecondità») ormai esaurito: «La tesi della immediata influenza della logica di Aristotile sulla costruzione sistematica romana mi si fa sempre più evidente: lo studio parallelo degli analitici di Aristotile e delle prime grandi costruzioni di Quinto Mucio Scevola e di Servio Sulpicio provano pienamente questa tesi»<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> Si veda La Pira, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, I: Problemi generali*, cit., p. 163 (ed. 1972 p. 8).

<sup>120</sup> Sul tema si veda P. Cerami, «*Lex aeterna*» e «*ius naturale*»: alle radici della giuridicità, «Index, Quaderni Camerti di studi romanistici», XXXIV, 2006, pp. 77 ss. Sempre sulla «Rivista di filosofia neoscolastica», nel 1930, La Pira aveva pubblicato un breve saggio, metodologicamente ancora intriso di quella dialettica tra struttura e funzione caratterizzante la produzione scientifica dei primi anni, dal titolo *Il concetto di legge secondo San Tommaso*: vi trovava spazio una embrionale concettualizzazione del «principio che presiede alla proporzionale distribuzione dell'essere alle cose. Questo principio ha nome GIUSTIZIA, la cui funzione è l'attribuzione del proprio a ciascuno. *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuere*» (p. 210).

<sup>121</sup> Si veda Crifò (a cura di), *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., pp. 438 ss.

In effetti, non coglierebbe il senso del rapporto di La Pira con il diritto romano chi, assumendone la mai dismessa attitudine di uomo di fede, supponesse il suo interesse per l'esperienza giuridica post-costantiniana e dunque per l'intreccio tra diritto romano e pensiero cristiano. Al contrario, l'attenzione di La Pira è, e rimane tutta, per il diritto di età classica, sviluppatosi tra la fine della Repubblica ed i primi due secoli dell'Impero, e per le figure dei giuristi che ne rappresentano la fonte principale<sup>122</sup>: giuristi che La Pira, con il suo carico di insofferenza rispetto alla metodica romanistica all'epoca dominante e presago – ancora una volta – di orizzonti di ricerca in quel momento inimmaginabili, si spingerà a visualizzare nella loro individualità scientifica, nella concretezza dei loro criteri orientativi, nello spessore culturale percepibile dietro la cifra immancabilmente tecnica dei loro enunciati.

L'opera dei giureconsulti classici, capaci di saldare diritto e giustizia innestandoli nella prassi, dimostra che la concreta disciplina dei fatti umani non discende dalla mera applicazione deduttiva di norme astratte ma è costruzione di una regola che nasce dal caso, in cui il caso è proiezione del suo stesso disciplinamento all'interno di un sistema coerente, nel suo sviluppo da induttivo a deduttivo, perché scandito sulla base di principi ordinanti (le «stelle fisse») dai quali la linearità dei procedimenti interpretativi ed il loro assoluto rigore logico fanno discendere precetti e concrete soluzioni intimamente armoniche. È grazie al metodo dialettico, cui si deve la definizione in forma scientifica di tutti i saperi, che la giurisprudenza romana della tarda repubblica ha saputo realizzare l'unione tra metodo casistico e concettualizzazione logica, tra tecnica del caso e tecnica del sistema, tra induzione e deduzione: ancora una volta, nel segno di un ordinamento, quello romano, che La Pira coglie, ed esalta, nella sua insuperata attitudine a creare dimensioni unitarie, strutture armoniche, modelli di pensiero fulgidamente coerenti: dirà, nel saggio conclusivo della tetralogia dedicata al sistema giurisprudenziale, che tale sistema deve essere studiato in quel «rigoroso concatenamento interno dei principî che dà al sistema una perfetta coerenza interiore e che, nonostante la sua ampiezza, gli conferisce il sigillo più prezioso della scienza: quello dell'unità»<sup>123</sup>.

<sup>122</sup> Si veda La Pira, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, I: Problemi generali*, cit., pp. 166-167 (ed. 1972 pp. 12-13): «[...] di scienza giuridica dell'antichità – lo possiamo dire senza errare – non ce n'è che una sola: è quella romana dell'epoca classica. Dico dell'epoca classica e della prima e più luminosa epoca classica. La scienza giuridica posteriore non segna, in quanto scienza, alcun progresso: il mondo postclassico non ha potere creativo e non agisce che negativamente sull'edificio classico [...] io non posso dire, per la verità storica, che il diritto romano – in quanto scienza – assume la sua grandezza e la sua perennità per effetto del cristianesimo. Sarebbe cotesta una apologia senza fondamento».

<sup>123</sup> G. La Pira, *La genesi del sistema nella giurisprudenza, IV: Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica*, «Buletino dell'istituto di diritto romano», XLIV, 1936-1937, p. 132 (poi confluito in: *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, Università degli Studi, Facoltà di Giurisprudenza, Firenze 1972, p. 88).

Il travaso della riflessione giuridica nei paradigmi offerti dal pensiero filosofico e matematico greco, l'influenza diretta della logica aristotelica sugli schemi dell'elaborazione pratica, avrebbero dunque trasformato il sapere giurisprudenziale in un prodotto di perenne validità logica: ben altro, tuttavia, che un modello meramente conoscitivo, astratto da ogni nesso con la concretezza dell'esperienza umana e sociale. L'universalità logica del sistema giuridico romano non si identifica con quella di un freddo algoritmo ma riflette l'universalità di un sapere scientifico, il *ius*, sorto e sviluppato per rispondere ai bisogni dell'uomo, *hominum causa constitutum* secondo le parole del giurista Ermogeniano<sup>124</sup>, la cui perfezione risiede nella perfezione di quella *iustitia*<sup>125</sup> che ne scandisce l'etimologia («unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum»)<sup>126</sup>: una scienza che è dunque un'ars, un sapere sistematicamente ordinato<sup>127</sup> per il quale ben si attaglia un lessico descrittivo fatto di bellezze, di armonie, di nitore di forme, di perfezione di linee<sup>128</sup>.

<sup>124</sup> D. 1.5.2 (Herm. 1 *epit.*): «Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximis atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus». Si veda G. La Pira, *Il diritto naturale nella concezione di S. Tommaso d'Aquino*, in *Indirizzi e conquiste della filosofia neoscolastica italiana*, a cura dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, supplemento speciale a «Rivista di filosofia neoscolastica», XXVI, 1934, p. 206 (anche estratto: Vita e pensiero, Milano 1934, p. 15).

<sup>125</sup> Interessanti, al riguardo, alcuni rilievi formulati nei confronti del sistema di diritto vigente: «Certo, la giurisprudenza moderna ha conquistato qua e là alla scienza giuridica principi più unificatori. Ma questa maggiore coerenza logica e sistematica non ha mutato le linee essenziali del sistema e non è stata sempre una felice conquista per quella giustizia concreta che è, infine, lo scopo unico di tutto l'apparato scientifico del diritto [...] il fine al quale è e deve essere necessariamente legata ogni norma ed ogni tecnica giuridica: la giustizia, l'attuazione, cioè, fra gli uomini non di un ordine qualsiasi ma di un ordine giusto» (La Pira, *Problemi di sistematica e problemi di giustizia nella giurisprudenza romana*, cit., pp. 25-26).

<sup>126</sup> D. 1.1.1 pr. (Ulp. 1 *inst.*): «Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi».

<sup>127</sup> Si veda G. La Pira, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, II: L'arte sistematica*, «Buletto del Istitutto di diritto romano», XLII, 1934, p. 342 (anche estratto: Stab. tipografico commerciale, Cortona 1934; poi confluito in: *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, Università degli Studi, Facoltà di Giurisprudenza, Firenze 1972, p. 35): «Sappiamo ormai cosa significhi ridurre *ad artem*: significa ridurre a sistema, dare unità a ciò che è confuso e dissipato, trovare i nessi fra le parti, organizzare le cognizioni in modo che le un dipendano dalle altre, trasformare le parti staccate in membra di un unico organismo di pensiero».

<sup>128</sup> Si lega anche a questo linguaggio l'opinione, non infrequente tra i commentatori, di un La Pira ostile al tecnicismo giuridico, sostenitore di posizioni antidogmatiche. Si tratta dell'ennesimo frutto di una visione superficiale della 'complessità' lapiriana. Come risulta di tutta evidenza dalla lettera scritta a Salvatore Pugliatti nella primavera del 1935 (cfr. La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., p. 156), La Pira non rifiuta affatto il tecnicismo: ne rifiuta l'autoreferenzialità, l'estraneità alla dimensione concreta, «umana», del fenomeno giuridico, come inverteatosi nella società e nella storia. Il vero 'dogma' immanente nella riflessione lapiriana, che ne determina ogni scelta teorica e pratica, è quello di un *ius* che è *hominum causa constitutum* e la cui dimensione inevitabilmente tecnica non può mai prescindere da un fondamento valoriale.

Pur sempre addestrato dal magistero bettiano alla familiarità con le categorie dogmatiche dalle quali far emergere, grazie alla loro persistenza nella modernità, il dialogo ininterrotto tra diritto antico e diritto vigente, il La Pira che incontriamo all'indomani della svolta del 1934 non focalizza più il proprio interesse sui singoli contenuti dell'ordinamento giuridico romano, sui suoi singoli aspetti normativi. Lo scienziato ormai si volge ad abbracciare le forme del procedimento interpretativo, mutate nei giuristi romani dalle scansioni del pensiero greco e per questa via destinate ad una validità perenne; il docente si spinge a comprendere, e trasmettere ai propri interlocutori, l'unità e l'assoluta razionalità delle costruzioni sistematiche capaci di proiettare il diritto romano nel panorama delle scienze: in ciò attingendo a quella componente bonfantiana del suo percorso formativo, che aveva mostrato alla cultura giuridica italiana dei primi del secolo l'impatto vivificante del metodo scientifico in quanto applicato al campo delle scienze sociali.

E tuttavia, ancora una volta, il pieno riscontro della comunità romanistica del tempo, per le scelte proclamate da La Pira, sarebbe mancato. Trascorso il triennio dello straordinariato, Giorgio La Pira affronta il giudizio che lo dovrà definitivamente sancire professore ordinario: è il 25 giugno del 1937. La Commissione ministeriale, composta da Salvatore Riccobono, Salvatore Di Marzo ed Emilio Albertario, preso atto del parere assolutamente lusinghiero espresso dalla Facoltà giuridica fiorentina sull'assolvimento dei compiti didattici da parte di La Pira<sup>129</sup>, propone all'unanimità la sua nomina a ordinario di Istituzioni di diritto romano; ma nella valutazione della produzione scientifica non lesina critiche. I saggi su *La genesi del sistema*, sottoposti dal candidato al vaglio della Commissione, pur apprezzati per «il vasto orizzonte delle indagini dello studioso, la educazione non esclusivamente giuridica del suo pensiero, l'entusiasmo che lo muove», conducono a risultati «almeno finora, alquanto scarsi e taluno molto discutibile»<sup>130</sup>. Auspicio dei Commissari, pertanto, è che La Pira orienti in futuro le proprie ricerche «verso la storia dei dommi giuridici [...] verso un campo, cioè, in cui le sue attitudini giuridiche potranno meglio manifestarsi»<sup>131</sup>.

Seppur formalmente assecondato dal neo professore ordinario<sup>132</sup>, l'auspicio era tuttavia destinato a rimanere tale. Il lavoro che vede la luce all'indoma-

<sup>129</sup> «Parole di alta lode per l'efficacia e la chiarezza del suo insegnamento» (si veda P. Catalano, *Giorgio La Pira professore di diritto romano*, «Index, Quaderni Camerti di studi romanistici», XXIII, 1995, p. 7). Al verbale del Consiglio di Facoltà del 7 gennaio 1937 si richiama Grossi, *Il giurista Giorgio La Pira*, cit., p. 48 n. 3: «fu un caro allievo della Facoltà giuridica fiorentina, che poté apprezzare le doti eccezionali del La Pira fin da quando egli era studente».

<sup>130</sup> Si veda Catalano, *Giorgio La Pira professore di diritto romano*, cit., p. 7.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> Nella relazione presentata alla Commissione ministeriale, La Pira dichiarava che «gli studi ulteriori hanno questo obbietto: cercare di ricostruire – alla luce dei risultati già ottenuti – una storia del pensiero giuridico (storia dei dogmi) mostrando i contributi portati dai singoli giuristi». Catalano, *Giorgio La Pira professore di diritto romano*, cit., p. 6.

ni della promozione, sull'annata 1938 del «Bullettino dell'Istituto di diritto romano», rappresenta infatti un'ulteriore e più netta sterzata verso lo studio della giurisprudenza, nell'ottica di un indirizzo storiografico ancora inesplorato e che solo negli ultimi decenni del Novecento avrebbe trovato definitiva consolidazione e pieno riconoscimento metodologico: la biografia giuridica. Dando corpo alla prospettiva già anticipata nella prolusione del 1934 (autentico 'laboratorio' di maturità scientifica) laddove, sulla scia di Ludwig Mitteis, aveva prefigurato di «mostrare con ciò la attività individuale dei singoli giureconsulti e presentare in tal modo una storia giuridica biografica dell'antichità romana»<sup>133</sup>, La Pira pubblica nel 1938 *La personalità scientifica di Sesto Pedio*.

Vissuto tra I e II secolo d.C., giurista il cui nome non si inserisce nell'elenco usuale dei 'grandi' giureconsulti classici, Pedio incarna viceversa, agli occhi di La Pira, una figura esemplare, il cui merito – ancora una volta, l'assillo lapiriano per l'unità, per la coesione – risiede nell'aver creato «una mirabile conciliazione fra le esigenze della logica e quelle della giustizia e della pratica»<sup>134</sup>: un modello, dunque, di quella necessaria sinergia tra sapere ed agire, tra conoscenza teorica e responsabilità pratica, della quale la vita di La Pira, nei suoi molteplici risvolti politici e sociali, avrebbe offerto testimonianza indelebile. Studiata alla luce dei passi che ne restituiscono i diversi campi di attività, il profilo di Sesto Pedio consente a La Pira di tracciare, in questo saggio che taluno ha definito il suo «capolavoro romanistico»<sup>135</sup>, una autentica ricognizione in punto di teoria dell'interpretazione. Muovendosi sul terreno segnato dall'influenza dell'arte dialettica, operando per via di divisioni e definizioni attraverso il canone dell'analogia di cui è conferma nel celeberrimo D. 1.3.13<sup>136</sup>, Pedio sperimenta percorsi interpretativi volta a volta teleologico-sistematici, grazie ai quali apporta «un grado maggiore di unità alla scienza giuridica del suo tempo formulando dottrine che sono ancora fondamentali per la dommatica del diritto privato»<sup>137</sup>.

La svolta tematica impressa con questo saggio segna il definitivo approdo dell'itinerario speculativo che ha sin qui accompagnato Giorgio La Pira: le minute, densissime esegesi testuali dei primi anni, da cui è disceso il dominio delle fonti, le lunghe riflessioni sul pensiero giurisprudenziale e sulla sua trasformazione in sapere scientifico, intraprese dopo la svolta del 1934, precipitano ades-

<sup>133</sup> Si veda La Pira, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, I: Problemi generali*, cit., p. 169 (ed. 1972 p. 15).

<sup>134</sup> Si veda G. La Pira, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, «Bullettino dell'Istituto di diritto romano», XLV, 1938, p. 334.

<sup>135</sup> G. Azzoni, *La vocazione romanistica di Giorgio La Pira*, in *Nomofanie. Esercizi di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2018<sup>2</sup>, p. 135.

<sup>136</sup> D. 1.3.13 (Ulp. 1 ad ed. aed. cur.): «Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri».

<sup>137</sup> Si veda La Pira, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, cit., p. 294.

so nella concretezza del vissuto di un giurista, nelle sue soluzioni tecniche, nelle sue scelte di metodo, nelle sue opzioni culturali, nella sua 'biografia' intellettuale. È la visione del diritto come prodotto ed al contempo criterio orientativo dell'agire dell'uomo che trova finalmente la propria irreversibile compiutezza.

Le tessere del mosaico in tal modo si ricompongono: il continuo insistere di La Pira sulle architetture di concetti, sul rigore logico delle definizioni, sulla universalità siderale dei principi crea un modello espressivo (dalla consonanza mai attenuata tra dimensione spirituale e dimensione scientifica) che, esaltando la lineare perfezione del sistema giurisprudenziale e dei suoi apparati tecnici, dà voce all'idea di un ordine giuridico che è riflesso di un ordine trascendente, di «leggi eterne» e geometrie celesti. Ma questo ordine è anche un 'ordito', è la trama di un tessuto creato dall'uomo per l'uomo, dalla persona umana per la persona umana: quel tessuto che nel linguaggio lapiriano – allo stesso tempo concreto ed utopico, materiale e metafisico – saranno le architetture degli edifici, le mura solide delle costruzioni, le fondamenta su cui poggia la vita di una comunità.

Linguaggio teoretico che tuttavia già evoca lo sforzo del La Pira amministratore cittadino, nel suo quotidiano agire per i bisogni della «povera gente»<sup>138</sup> scampata alle macerie della guerra. Linguaggio che racconta l'indistinto coesistere dell'uomo di azione e dell'intellettuale, del cattedratico e del politico, del visionario profetico e del lucido operatore economico, ancora una volta nel segno 'identitario' rappresentato dal diritto romano, «tratto caratteristico della mia persona»<sup>139</sup>.

La riprova, ennesima, di questo sovrapporsi di diverse aspirazioni e diverse esigenze, di diversi saperi e diversi riferimenti culturali tutti racchiusi in un'intima coesione, la offre l'ultima fatica letteraria<sup>140</sup>, seppur solo annunciata e oggi intuibile dalla traccia degli appunti presi<sup>141</sup>: è il saggio dal titolo *Problemi di metodologia labeoniana*, nell'intenzione di La Pira destinato agli Studi che sarebbero stati pubblicati per Contardo Ferrini. Figura di giurista che nel lavoro dedicato a Sesto Pedio aveva visto in certo modo sminuita la propria capacità si-

<sup>138</sup> Il riferimento è, chiaramente, al famoso articolo intitolato *L'attesa della povera gente*, apparso su «Cronache Sociali» il 15 aprile 1950, con il quale La Pira avrebbe dato avvio ad un significativo dibattito sulle scelte di politica economica del Paese, all'indomani della fase della Ricostruzione.

<sup>139</sup> Crifò (a cura di), *Il carteggio Betti-La Pira*, cit., p. 374.

<sup>140</sup> Lo studio pubblicato nel 1946 (*Problemi di sistematica e problemi di giustizia nella giurisprudenza romana*) risale in realtà al 1938, quale relazione predisposta per il V Congresso nazionale di studi romani.

<sup>141</sup> Si veda F. Fabbrini, *L'influenza del diritto romano sulla spiritualità di Giorgio La Pira*, in *La Pira oggi. Atti del I Convegno di studi sul messaggio di Giorgio La Pira nella presente epoca storica*, a cura della Fondazione La Pira del Centro Cultura e dell'Università Cattolica del S. Cuore, Cultura editrice, Firenze 1983, p. 89.

stematica, a fronte del contributo recato da Pedio nella costruzione del *genus* contratto modernamente inteso<sup>142</sup>, Labeone sembra acquistare adesso un risalto pieno come protagonista di una rinnovata riflessione sul metodo e sul sistema della giurisprudenza classica. Nel nome di M. Antistio Labeone, il ruolo del giurista viene rappresentandosi secondo credenziali sino a quel momento inesplorate da La Pira: il preciso intendimento politico, nel segno della difesa degli ideali della *libertas* repubblicana, il netto rifiuto ideologico opposto da Labeone e la sua ferma scelta culturale, disegnano un profilo che consente a La Pira, per un verso, di ribadire l'importanza del modello dialettico tardo-repubblicano, per altro verso, di rivedere la teoria dell'interpretazione secondo criteri politico-assiologici. Si intuisce, sullo sfondo, quella dialettica *aequitas – strictum ius* che un quinquennio prima aveva trovato voce nella prolusione fiorentina. Rispetto a canoni ermeneutici ispirati alla logica del puro legalismo, l'interpretazione si delinea adesso come attuazione di una politica del diritto sostenuta da precise opzioni di metodo e di risultato<sup>143</sup>. Ancora una volta, le scelte di vita che Giorgio La Pira sta maturando richiedono e trovano la loro legittimazione epistemologica nella conformità ai paradigmi offerti dal diritto romano: e l'ansia che intuiamo, dietro queste monche riflessioni in forma di appunti, è quella che condurrà La Pira a farsi carico di una responsabilità politica resa indifferibile dalla tragedia dei totalitarismi e della guerra. Le consapevolezze culturali acquisite attraverso un decennio denso di elaborazioni scientifiche rifluriranno nella pratica dell'azione politica e sociale, cui offriranno passione intellettuale e coerenza sistematica. Il diritto romano troverà spazio tra le pagine di «Principi»<sup>144</sup> o nei contributi su «Il Frontespizio»<sup>145</sup> ma i canali propri della ricerca romanistica, da ora in avanti, resteranno deserti.

Ci saranno soltanto le *Istituzioni di diritto romano*, il testo destinato agli studenti, ad essere oggetto, negli anni, di costante attenzione, di rinnovate edizioni, alla luce di quel manuale istituzionale che avrebbe accompagnato La Pira, fisicamente, sulla cattedra e, idealmente, in ogni piega del suo multiforme impegno civile: le *Institutiones* di Gaio<sup>146</sup>, giurista vissuto nel cuore del II secolo

<sup>142</sup> Si veda La Pira, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, cit. pp. 310 ss. e nt. 17, con rinvio all'art. 1098 cod. civ. 1865.

<sup>143</sup> «L'interpretazione come politica del diritto in senso pregnante» (P. Frezza, *Giorgio La Pira romanista*, «Index, Quaderni Camerti di studi romanistici», XXIII, 1995, p. 24).

<sup>144</sup> Si pensi a *Difesa del diritto romano*, «Principi», n. 10, Ottobre 1939 (cfr. *Principi*, con *Nota introduttiva* di Giorgio La Pira (1974), Giappichelli, Torino 2001, pp. 207 ss.). Se ne veda l'ordine espositivo in P. Catalano, *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira*, in «Diritto e Storia», V, 2006, pp. 8 ss.

<sup>145</sup> Si veda G. La Pira, *Architettura del corpo sociale*, «Il Frontespizio», X (7), luglio 1938, pp. 424 ss.

<sup>146</sup> «Questo tipo di sistema originario è quello che sta a base delle istituzioni di Gaio (giurista dell'epoca degli Antonini) e che impareremo ampiamente a conoscere durante il corso» (G.

d.C., esponente di primo piano di quella giurisprudenza classica che anche nelle proprie pagine istituzionali La Pira avrebbe esaltato quale emblema di perfezione geometrica<sup>147</sup>, modello di scienza giuridica a vocazione universalistica<sup>148</sup>. Ancora una volta, si ripropone l'intima coerenza del discorso lapiriano, così come era venuto svolgendosi dalla prolusione del 1934: il lavoro didattico non dimentica i risultati della attività scientifica, ma al contrario li consolida, se ne fa 'laboratorio' per il tempo in cui la riflessione romanistica rifuggirà dalla divulgazione a stampa. Da questo momento, il diritto romano rimarrà come un interlocutore discreto, seppur irrinunciabile, nei nuovi palcoscenici esistenziali attraversati da La Pira: un autentico, fidato compagno di vita.

#### 4. *Il diritto romano e la vita*

In effetti, la metafora della 'vita' accompagna le rappresentazioni del diritto romano, come non è accaduto per nessun sistema normativo dell'antichità. Merito di un libro e della sua straordinaria avventura: il *Digesto*.

Siamo a Costantinopoli, nell'anno 527 d.C. Poco più di un secolo prima, nel 395 d.C., l'impero romano era stato diviso in due parti, la parte Occidentale e la parte Orientale con capitale Costantinopoli. La scelta strategica, intesa a realizzare un sistema amministrativo e militare più efficiente e sicuro nei propri confini, non raggiunse il risultato sperato: nel 476 d.C. l'insegna imperiale cadde sotto i colpi dei federati barbari guidati da Odoacre, trascinando con sé la parte occidentale e lasciando alla parte orientale il peso di un'eredità millenaria e la responsabilità di conservarne il senso: una responsabilità che Giustiniano assunse integralmente su di sé.

Divenuto imperatore nel 527 d.C., Giustiniano progettò immediatamente il recupero dei territori sottratti, ma fu un recupero destinato al fallimento: le sue conquiste si rivelarono effimere, se non drammaticamente inutili, e la sua politica militare ha incontrato spesso il giudizio particolarmente severo da parte degli storici. Al contrario, indiscusso ed anzi costantemente celebrato fu il ruolo

La Pira, *Istituzioni di diritto romano* [Università degli studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza], Firenze, 1973, p. V dell'introduzione).

<sup>147</sup> «Leibniz paragona gli scritti dei giureconsulti romani a quelli dei geometri greci (Euclide, Archimede): perché? Per l'identità di metodo che si trova negli uni e negli altri; perché, come l'edificio geometrico si eleva sopra pochi postulati e sopra poche definizioni, così l'edificio della giurisprudenza romana si eleva con precisione sopra pochi principi fondamentali» (si veda G. La Pira, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. V dell'introduzione).

<sup>148</sup> «Da quanto abbiamo detto consegue che lo studio della giurisprudenza romana (specie la classica: I sec. a.C. – III sec. d.C.) non ha valore puramente storico e non è quindi semplice erudizione; esso è necessario, invece, proprio per educare giuridicamente l'intelletto e per apprendere quei concetti giuridici fondamentali, trapassati poi in tutti i codici moderni» (G. La Pira, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. V dell'introduzione).

ricoperto da Giustiniano sul piano della politica del diritto, grazie alle iniziative con le quali l'imperatore riuscì a conservare una parte significativa della tradizione giuridica romana: con un impegno durato sei anni, dal 528 al 534 d.C., e grazie alla collaborazione di distinte commissioni tecniche, Giustiniano poté consegnare alla storia dell'umanità una articolata compilazione di scritti giuridici – intitolata da Gotofredo *Corpus Iuris Civilis* – la cui parte più significativa, appunto il *Digesto*, consisteva in una raccolta di brani, frutto della selezione di circa 9.000 volumi, estratti dalle opere dei giuristi romani di età classica, dagli scritti nei quali la *iurisprudencia* aveva versato i risultati della propria attività interpretativa. Una straordinaria testimonianza dunque, quella del *Digesto*: ed una straordinaria opera di consolidamento della tradizione giurisprudenziale classica. Ma la sua avventura era appena iniziata.

Scomparso per secoli, all'indomani della morte di Giustiniano, ignorato nel cuore dell'esperienza altomedievale, il *Digesto* ricomparve nello *Studium Bolognese*, la prima università fondata in Europa tra l'XI ed il XII secolo. La leggenda ha colorato di tinte romanzesche il recupero di questo testo legislativo, attraverso una sua copia redatta proprio in età giustiniana, che riapparirà a Pisa forse intorno al 1135 per poi definitivamente approdare nel 1406, quale preda bellica, a Firenze dove tuttora è conservata. Da questo manoscritto sarebbe stata tratta, probabilmente in Italia nel corso del X secolo, la diversa copia riaffiorata a Bologna e sulla quale un «isolato maestro»<sup>149</sup> destinato a diventare *lucerna iuris*, Irnerio, avrebbe iniziato, a cavallo tra l'XI e il XII secolo, un lavoro di ricostruzione e di interpretazione, e dunque un insegnamento autonomo e dogmaticamente costruito del diritto, in grado di immettere il *Digesto* nel circuito della cultura giuridica continentale<sup>150</sup>. Grazie alla condivisione di un sapere universitario innervato dalla conoscenza delle fonti romane, il diritto tessuto nei materiali giustiniani divenne bagaglio comune dell'esperienza giuridica, tra scienza e prassi, presente nei diversi territori europei: la sua 'ricezione' determinò dunque la nascita di una diffusa 'tradizione romanistica', destinata ad incidere sui moderni sistemi giuridici, interagendo con i processi codificatori dei singoli stati nazionali ed influenzando per loro tramite (si pensi all'impatto mondiale del *Code Napoléon* e del *Bürgerliches Gesetzbuch*) anche l'esperienza delle codificazioni extraeuropee. Ed è proprio in questa circolazione di modelli culturali ad impronta romanistica, in questa 'sopravvivenza' del diritto romano, ben oltre i tempi ed i luoghi della sua originaria vigenza, che si è soliti ravvisare, tradizionalmente celebrandola, la sua «seconda vita». Non è

<sup>149</sup> In tal senso si veda A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1982, p. 109.

<sup>150</sup> Insiste sul carattere leggendario del racconto, ritenendo «più probabile che la "scoperta" fosse stata di tipo culturale e non materiale». L. Solidoro, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, vol. 1, Giappichelli, Torino 2001, p. 94.

questa, però, la connotazione ‘vitalistica’ del diritto romano visto attraverso gli occhi, luminosi e sorridenti, di Giorgio La Pira.

Filtrato dalla lente del suo poderoso slancio spirituale, sostenuto dal visionarismo profetico di un apostolato, il diritto romano rappresenta per La Pira l’interlocutore assiduo di una vicenda umana la cui testimonianza viene affidata ad una pagina: quella pagina che, da simbolo della storia giuridica dell’Occidente, diviene simbolo della storia personale di Giorgio La Pira, dell’intera sua vita.

È sul frontespizio della sua copia dei *Digesta Iustiniani*, edizione Krüger-Mommsen<sup>151</sup>, che La Pira annota i momenti decisivi del proprio cammino terreno, i cinquant’anni cruciali di un percorso esistenziale racchiuso tra il 1924 e il 1974. Sono poche date, tutte tradotte nella corrispondente data liturgica, che muovono dal 1924, dall’esperienza ‘mistica’ della domenica di Pasqua<sup>152</sup>, e scandiscono le tappe decisive della sua autobiografia, umana e scientifica: dal giorno della laurea<sup>153</sup> al conferimento del primo incarico didattico<sup>154</sup>, dal soggiorno di studio a Vienna<sup>155</sup> al conseguimento della libera docenza<sup>156</sup>, dal primo insuccesso concorsuale<sup>157</sup> sino alla definitiva chiamata fiorentina<sup>158</sup> sulla cattedra di Diritto romano, il 7 dicembre 1933, ed alla prolusione<sup>159</sup>, tenuta il 2 febbraio 1934: sarà da questa data che si snoderanno – celebrandola come anniversari – le registrazioni successive.

Un diario essenziale, dunque, minimo come minuta era la grafia del suo autore, ma con una carica straordinaria di significati che scaturiscono, prima che dagli eventi annotati, dalla natura del documento chiamato a custodirne il ricordo: è a quel frontespizio, strappato dal *Digesto*, che La Pira affida la testimonianza della sua vita, con una scelta consapevole alla quale resterà sino all’ultimo fedele ed alla quale non mancherà di richiamarsi, ancora una volta nella prolusione da cui tutto discende: «Nel mio Digesto leggo le seguenti date»<sup>160</sup>.

<sup>151</sup> *Corpus Iuris Civilis*, I, Berolini 1920. Si veda in proposito Catalano, *Giorgio La Pira professore di diritto romano*, cit., pp. 2 ss.

<sup>152</sup> «Anno 1924 con la mente più chiara e l’anima più aperta in attesa di un venire cui la speranza non à mai cessato di tendere e la Fede mai cessato di sollevare. E sempre con umiltà. A 20 anni – epoca di luce e inizio di Unione col Maestro».

<sup>153</sup> «1926 10 Luglio – *Contardo Ferrinio apud Deum Gloriosissimamque Virginem Mariam intercedente*».

<sup>154</sup> «1927 17 ottobre – Nel 25° della morte di Ferrini (1902.17/10) Il Signore mi chiama, attraverso la decisione della facoltà giuridica fiorentina, all’insegnamento del diritto romano».

<sup>155</sup> «1928 Si scires donum Dei, et quis est, qui dicit tibi [...]. Vienna 1928».

<sup>156</sup> «25.1.1930 Libera docenza. Grazie, Signore, così nella gioia come nell’umiltà!».

<sup>157</sup> «23.10.30 La prima grande vittoria: l’insuccesso del concorso».

<sup>158</sup> «7 Dic. 33 Vigilia dell’Immacolata: mia chiamata a Firenze (cattedra di D. Rom.)».

<sup>159</sup> «2 Febb. 34 Prolusione: Festa della Purificazione di Maria, 1° ven. del mese!».

<sup>160</sup> Si veda La Pira, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, I: Problemi generali*, cit., p. 160 in nota (ed. 1972 p. 6 in nota).

Il valore simbolico, la forza evocativa che da questa scelta promanano, sono invincibili: il rapporto intellettuale tra Giorgio La Pira e il diritto romano trascolora adesso in una simbiosi elettiva, in una identificazione non solo ideale ma anche materiale: una sintesi tra energie vitali capaci di erigere le fondamenta di un'intera esistenza vocata all'impegno politico e civile.

### 5. *La fondazione romanistica*

Nel pomeriggio di martedì 11 marzo 1947 Giorgio La Pira prende la parola davanti all'Assemblea Costituente. È in corso il dibattito generale sul progetto di Costituzione varato dalla Commissione dei 75 ed il clima si va facendo sempre più teso. L'intervento di La Pira, volto a consolidare il risultato raggiunto dal lavoro delle singole sottocommissioni<sup>161</sup>, si apre con un'affermazione che, a distanza di decenni, ancora risuona come un manifesto metodologico: «vorrei quasi dire che non parlo qui – se mi si permette – come uomo di parte, ma come studioso, come storico, il quale cerca, nell'interesse del proprio Paese e nell'interesse della civiltà cristiana e umana, le linee costruttive e solide di un edificio costituzionale che sia capace di superare l'attuale crisi costituzionale»<sup>162</sup>.

L'intento del deputato siciliano è chiaramente quello di portare il dibattito assembleare, e con esso il documento in discussione, su un piano scientifico che trascenda la matrice ideologica, e la collocazione partitica, del singolo relatore: «io qui effettivamente non parlo come un cattolico: parlo obiettivamente, come lo storico, come il giurista» dirà poco dopo<sup>163</sup>. Ma in quelle parole di avvio risuona qualcosa di più. Vi trova voce, con deliberata insistenza, una precisa rivendicazione 'identitaria', la consapevolezza di un ruolo («se io analizzo con l'occhio del giurista, ma del giurista completo», ribadirà ulteriormente La Pira<sup>164</sup>) che dalle aule universitarie, destinate alla formazione delle nuove generazioni di giuristi, approda all'organismo elettivo chiamato alla fondazione del nuovo «edificio costituzionale».

In effetti, il linguaggio della «costruzione», dell'«edificazione» muraria, rappresenta la cifra costante di questo intervento<sup>165</sup> che si conclude con la parabola «relativa al costruttore che costruì sopra la pietra e venne la tempesta e la casa non crollò. Questa è la nostra preoccupazione: di scavare questa pietra, di costruire questi muri maestri»<sup>166</sup>. È la pietra offerta dalla consapevolezza

<sup>161</sup> Sul ruolo di La Pira nella Prima Sottocommissione cfr. P. Ferretti, *Il matrimonio nel pensiero di Giorgio La Pira*, «Index, Quaderni Camerti di studi romanistici», XXXIV, 2006, pp. 131 ss.

<sup>162</sup> Si veda La Pira, *La casa comune*, cit., p. 233.

<sup>163</sup> Ivi, p. 248.

<sup>164</sup> Ivi, p. 241.

<sup>165</sup> Si veda F.P. Casavola, *La società civile in Giorgio La Pira romanista e costituente*, in *Convivenza nella libertà: scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, vol. 1, Jovene, Napoli 1999, p. 284.

<sup>166</sup> Si veda La Pira, *La casa comune*, cit., p. 258.

za storica, dalla frequentazione quotidiana con il diritto romano, quella che il «professorino»<sup>167</sup> Giorgio La Pira reca in dote. Incastonata nei resoconti della Costituente, la «pietra romanistica» entra così a far parte del «capitolato» del cantiere costituzionale repubblicano.

In verità, questo ruolo di restauratore dello spazio civile e culturale devastato dall'uragano bellico era già stato sperimentato da Giorgio La Pira. A soli venti giorni dalla liberazione della città, il 1 settembre 1944, un decreto del Comitato Toscano di Liberazione Nazionale, a firma di Carlo Ludovico Ragghianti suo Presidente, aveva affidato ad un ristretto comitato di docenti il compito di ricostruire la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze. Accanto a Francesco Calasso, ordinario di storia del diritto italiano, il professore chiamato a questa funzione sarebbe stato l'ordinario di diritto romano, Giorgio La Pira. D'intesa con loro avrebbe lavorato il Rettore che, dal 28 agosto 1944, era tornato ad essere Piero Calamandrei.

Straordinario coagulo di umanità e cultura, di scienza e passione civile. La Pira e Calasso: i due storici della facoltà fiorentina, personalità tra loro diverse<sup>168</sup> – l'entusiasmo a tratti «scandaloso» dell'uno di contro al composto rigore accademico dell'altro – ma che negli anni avvenire avrebbero condiviso l'idea di un'Europa contrassegnata da una dimensione giuridica unitaria, portatrice di un messaggio storico di unione tra i popoli: e sarà il Calasso de *L'unità giuridica dell'Europa*; e sarà il La Pira di *Popoli, Nazioni, Città d'Europa*.

La Pira e Calamandrei: i colleghi giuristi, il processualista ed il romanista, che di lì a due anni sarebbero stati designati entrambi a far parte della Commissione dei 75 in seno all'Assemblea Costituente, e che si trovavano già, nello scorcio di questa «lunghissima» estate del 1944, a sopportare il peso della ricostruzione dell'allora appena ventenne facoltà giuridica fiorentina.

In effetti, l'urgenza della rinascita investe tutti gli intellettuali del tempo, ed i giuristi in primo luogo. La generazione che esce dalla guerra, e dalle sue macerie morali e materiali, se d'un lato avverte una tensione positivamente costruttiva, dall'altro lato soffre, e denuncia, i limiti dei pilastri della modernità, lo Stato e le sue leggi, segnati dall'esperienza del totalitarismo: e se Filippo Vassalli, reclamando l'extrastatualità del diritto, potrà auspicare di «riportare le leggi al diritto»<sup>169</sup>, Piero Calamandrei dovrà riconoscere che «nello stampo della legalità si può colare oro e piombo»<sup>170</sup>.

<sup>167</sup> Si tratta del noto appellativo riferito ad alcuni giovani esponenti della Democrazia Cristiana eletti in Assemblea Costituente, tra i quali Giuseppe Dossetti, Aldo Moro, Giuseppe Lazzati e, appunto, Giorgio La Pira.

<sup>168</sup> Si veda Grossi, *Stile fiorentino*, cit., p. 121.

<sup>169</sup> Si veda F. Vassalli, *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. 1, Cedam, Padova 1950, pp. 489 ss., ora in *Studi giuridici*, vol. 3, Milano, 1960, pp. 737 ss.

<sup>170</sup> Si veda P. Calamandrei, *Prefazione* a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Le Monnier, Firenze 1945, p. 92.

Diversa la prospettiva di La Pira, e non soltanto per la proiezione trascendente, spirituale e metafisica, del suo pensiero. L'ansia costruttiva di un ordine universale nel nome della persona umana e della sua liberazione, cui corrisponde una visione teleologica della storia, discende in La Pira dalla convergenza di un duplice ordine di fattori: l'universalità del messaggio evangelico intonata con la razionale universalità delle 'architetture' giuridiche create dal diritto romano.

È questa la cifra distintiva dell'identità lapiriana, l'immane confondersi della dimensione spirituale e della dimensione intellettuale; né l'una né l'altra, tuttavia, esaurite in un solipsismo contemplativo ma entrambe calate, ormai irreversibilmente, nella generosità dell'impegno civile e politico: «la risposta è precisa: l'orazione non basta; non basta la vita interiore; bisogna che questa vita si costruisca dei canali esterni destinati a farla circolare nella città dell'uomo. Bisogna trasformare la società»<sup>171</sup>.

A questa esigenza palinogenetica soltanto la pienezza dell'esperienza umana potrà corrispondere, con uno strumentario che rifletta la complessità del percorso svolto da ciascuno. «Bisogna lasciare – pur restandovi attaccato col fondo dell'anima – l'orto chiuso dell'orazione; bisogna scendere in campo; affinare i propri strumenti di lavoro: riflessione, cultura, parola, lavoro, ecc., altrettanti aratri per arare il campo della nuova fatica»<sup>172</sup>.

Ancora una volta il ruolo universitario si traduce in autentico statuto esistenziale ed il professore di diritto romano, indissolubilmente giurista e storico, investe i propri «talenti», i propri «strumenti di lavoro» (riflessione, cultura, parola), nell'edificazione di un sistema per l'uomo capace di rispondere alla «crisi costituzionale»<sup>173</sup> in atto. È in questa luce che possiamo cogliere il significato attribuito al diritto romano da La Pira costituente: la sua prospettiva non si riduce al piano della 'attualizzazione', non si esaurisce nell'affermazione della persistente vigenza ed operatività degli istituti romanistici, secondo la linea critica sperimentata in quegli stessi anni, in Francia, da Michel Villey<sup>174</sup>.

Di fronte all'esigenza di dare una risposta ai bisogni della società, di ricreare le condizioni per una universale armonia tra i popoli, la linea d'indirizzo lapiriana è costituita in termini progettuali dalla razionalità eterna delle categorie romanistiche, dal sistema di fonti coordinante *ius civile* e *ius honorarium* in nome dell'*aequitas*, dai modelli logici dell'interpretazione giurisprudenziale: sarà il recupero, e non la contemplazione della sua persistente vigenza, a fare di quel

<sup>171</sup> Si veda G. La Pira, *La nostra vocazione sociale*, AVE, Roma 1945, p. 12.

<sup>172</sup> *Ibidem*.

<sup>173</sup> Si veda G. La Pira, *Costituzione e Costituente*, in *Atti della XIX settimana sociale dei cattolici d'Italia*, ICAS, Roma 1946 (= La Pira, *La casa comune*, cit., p. 109).

<sup>174</sup> Si veda M. Villey, *Le droit romain. Son actualité*, 1<sup>re</sup> édition, PUF, Paris 1945.

diritto, il quale dichiaratamente *hominum causa constitutum est*<sup>175</sup>, la «stella fissa» su cui misurare principi e regole giuridiche capaci di correggere la «sproporzione fra l'assetto giuridico e l'assetto sociale, e quindi tra i rapporti di diritto positivo e i rapporti di diritto umano, di diritto naturale»<sup>176</sup>. Ormai trasformato da nicchia eminentemente culturale in autentico progetto di vita, il sistema del diritto romano viene in tal modo ad offrire il fondamento in pari tempo ideale e razionale, tecnico e metafisico, per quel nuovo «edificio costituzionale» cui sarà affidata la più alta delle responsabilità: «trasformare le strutture errate della città umana; riparare la casa dell'uomo che rovina»<sup>177</sup>.

Nella razionalità ed universalità delle architetture concettuali romane La Pira non ravvisa dunque l'impronta di uno schema teorico-culturale chiuso nel proprio passato («il sistema non è una semplice intelaiatura di nozioni prima disperse ed ora ricondotte ad unità»<sup>178</sup>). All'edificio logico-sistematico creato dalla giurisprudenza classica nel suo ininterrotto dialogo con la logica aristotelica, La Pira chiede di farsi modello pragmatico, criterio orientativo dell'agire: «l'unità è feconda di luce, è generatrice di sviluppi, è vitale»<sup>179</sup>. In questo senso, la vocazione epistemologica del diritto romano, la sua funzione educativa, si dilatano sino a tradursi nel ruolo fondativo di un rinnovato assetto politico-costituzionale.

Forma rappresentativa del presente, il diritto romano diventa dunque – in uno slancio continuo di progettualità resa possibile dalla sua rigorosa coerenza logica – anche struttura capace di dialogare con il futuro: perché «il futuro ha il volto antico»<sup>180</sup>. Ed il richiamo alle categorie interpretative della *iurisprudentia* classica, ed al loro valore esemplare, alimenta in La Pira quel fondamento, tecnico e ideale, che lo sostiene nella determinazione per il suo agire, con l'intransigenza propria dell'uomo scomodo perché forte delle proprie convinzioni.

## 6. «Il futuro ha il volto antico»

Nel dicembre del 1973 Giorgio La Pira, ormai quasi settantenne, viene invitato a partecipare ad un seminario dedicato ai «Progetti per il futuro». Il seminario si svolge a Houston e il titolo dell'intervento predisposto da La Pira

<sup>175</sup> Si veda D. 1.5.2 (Herm. 1 *iuris epitom.*): «Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximis atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus».

<sup>176</sup> Si veda La Pira, *La casa comune*, cit., p. 236.

<sup>177</sup> Si veda La Pira, *La nostra vocazione sociale*, cit., p. 12.

<sup>178</sup> Si veda La Pira, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, I: Problemi generali*, cit., p. 173 (ed. 1972 p. 19).

<sup>179</sup> *Ibidem*.

<sup>180</sup> Si veda in proposito il ricordo di Grossi, *Il Professore e via Laura*, cit., p. 73.

lascia trasparire una passione ancora giovanile, la dichiarazione di una fedeltà e di un entusiasmo che il trascorrere del tempo non ha intaccato: «DIRITTO ROMANO A HOUSTON! (8.XII.1973)». La relazione, che possiamo ricostruire sulla traccia degli appunti, raccoglie i temi ricorrenti del discorso culturale lapiriano per riannodarli attorno all'assillo della pace mondiale («Età atomica: una terra: utopia o morte») e della visione teleologica della storia («la storia ha un senso? quale? verso l'unità, la giustizia e la pace dei popoli di tutta la terra»).

Ai giovani che, come nella prolusione del 1934, della comunicazione sono destinatari e protagonisti («il passaggio del Giordano lo faranno i giovani!»), La Pira offre ciò che ha di più meditato e riflesso, ciò che ha rappresentato, nei lunghi anni di vita trascorsa, la «stella polare» del suo agire: il contributo del diritto romano.

«Può il diritto romano portare un contributo costitutivo all'idea ed al diritto internazionale dell'ONU? Alla unificazione (inevitabile) del diritto privato e del diritto pubblico? Sì: il retroterra del concetto stesso di diritto internazionale è lo ius gentium quo omnes gentes utuntur». Le testimonianze raccolte nel paragrafo iniziale delle *Institutiones* gaiane<sup>181</sup> e nel frammento ulpiano di apertura del Digesto<sup>182</sup> confortano, risuonando a Houston, questa proiezione universale della razionalità giuridica della quale, senza distinzione, «l'umanità si serve» («gentes humanae utuntur»).

«Può il diritto romano portare un contributo essenziale al problema (odierno) della soluzione giudiziale dei conflitti fra stati? Il modello offerto dal diritto privato: dalla violenza privata (Gaio IV, 11 sgg.) alla *litis contestatio* (alla *jurisdictio*) nella *legis actio* e nel processo *formularis*». La lontana lezione bonfantiana, sull'originaria indistinzione fra diritto privato e diritto pubblico e sulla trasformazione dell'autotutela in giurisdizione<sup>183</sup>, sovviene alla memoria in un contesto nel quale, superate due immani catastrofi belliche, il mondo diviso in blocchi quotidianamente vive l'incubo di un possibile ulteriore conflitto. La nascita del processo civile romano, come passaggio da un sistema di violenza privata ad un sistema di regolamentazione giuridica, è quanto consente a La Pira di legittimare, estendendo il principio dal diritto privato al diritto pubblico, l'istituzione ed il funzionamento di organi giurisdizionali sovrastatali competenti a definire i rapporti tra le nazioni e a dirimere i conflitti internazionali.

Ritorna, ancora una volta, l'esemplare ed inattaccabile coerenza degli schemi concettuali romani, il loro essere espressione di razionalità giuridica a valenza universale, modello che si proietta nel futuro: modello di assoluta coesione interna, di limpida perfezione unitaria. E ritorna, ancora una volta, l'anziano

<sup>181</sup> Gai 1.1: «quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur».

<sup>182</sup> D. 1.1.1.4 (Ulp. 1 *inst.*): «Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur».

<sup>183</sup> Si veda Cardilli, *L'«actio» come potere*, cit., p. 224.

professore di diritto romano che ritrova se stesso nel dialogo con i giovani, che costruisce la relazione come una lezione («dirò ai giovani»), che svolge nel discorso didattico il suo discorso scientifico più compiuto: perché l'insegnamento romanistico, nella tensione ideale che La Pira vi sottende, è momento di crescita umana e tecnica, è messaggio formativo per i giuristi del futuro, uomini nelle cui mani è riposto il senso del futuro.

Esattamente quarant'anni prima, l'11 dicembre 1933, Giorgio La Pira, da pochi giorni chiamato presso la facoltà fiorentina, così aveva scritto all'amico di sempre, Salvatore Pugliatti:

Provo tanta gioia nel mio insegnamento: gli studenti mi seguono: ad essi io mi sforzo di mostrare le bellezze geometriche del diritto romano. Credilo, c'è tanta luce in questo panorama di istituti che offrono allo sguardo linee architettoniche così belle! Il Diritto Romano va insegnato così: mostrando queste prospettive ricche di simmetria; solo così il nostro insegnamento ha una funzione educativa di grande importanza.

Come sarebbe bello se potessimo dare agli studi giuridici questo afflato di bellezza che solleva dalla tecnica pura alla visione di un panorama unitario! Dobbiamo fare circolare nei nostri studi queste luci di sapere che resero così attraenti gli studi dei nostri antichi. La tecnica deve affinare, non isterilire: deve essere feconda, non sterile.

Non è vero? Noi soprattutto non dobbiamo dimettere quel fervore di bene nella ricerca che diede tanta nobiltà alle nostre prime iniziative. Totò, la cattedra è uno strumento sacro!<sup>184</sup>

Quarant'anni separano questi due momenti. In essi, e nella coerenza esemplare di una vocazione romanistica mai dismessa, è racchiuso il senso di un'intera esistenza nella quale introspezione storica e progettualità futura, slancio metafisico e concretezza casistica, proiezione sistematica e analisi induttiva si erano fuse in una sintesi straordinaria. Allora, forse, troppo complessa per essere compresa. Oggi, forse, semplicemente irripetibile.

<sup>184</sup> Si veda La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., p. 145.



## NOTA INTRODUTTIVA

I due tomi che compongono il secondo volume della Edizione Nazionale delle Opere di Giorgio La Pira raccolgono gli scritti pubblicati da La Pira nel periodo fra il 1929 e il 1947<sup>1</sup>, aventi ad oggetto tematiche relative al diritto romano e, più in generale, ai diritti dell'antichità.

Dal punto di vista formale sono stati presi in considerazione unicamente gli scritti editi o predisposti nel periodo interessato, riproducendoli ed ordinandoli, in applicazione di uno dei criteri generali adottati per l'Edizione Nazionale, secondo una sequenza cronologica<sup>2</sup>.

Il criterio temporale è stato derogato in un'unica occasione, con riferimento all'opera monografica di Giorgio La Pira, pubblicata dall'editore fiorentino Vallecchi nel 1930, ed intitolata *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*. Ragioni di organicità ed uniformità della struttura complessiva dell'Edizione Nazionale hanno suggerito di raggruppare nel primo dei due tomi l'insieme dei saggi e degli articoli pubblicati su riviste o in opere collettanee, riservando ad un diverso e separato volume i due lavori di carattere *lato sensu* monografico, seppur notevolmente distanziati negli anni.

Nel secondo tomo, dunque, compaiono affiancati la monografia scientifica dedicata al diritto ereditario<sup>3</sup>, e il volume delle Istituzioni di diritto roma-

<sup>1</sup> Agli scritti pubblicati in questo arco temporale si aggiungono le Istituzioni di diritto romano, manuale didattico rivolto agli studenti fiorentini del primo anno di corso, nell'edizione 1973.

<sup>2</sup> Molti degli scritti contenuti nel primo tomo risultano editi, oltre che in riviste o opere collettanee, anche mediante estratti, come esplicitato nelle note bibliografiche inserite a corredo di ciascuno scritto. In tali casi, ai fini dell'individuazione dell'anno di appartenenza, si è fatto riferimento al momento in cui lo scritto è apparso per la prima volta.

<sup>3</sup> G. La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Vallecchi, Firenze 1930 [= Pubblicazioni della Regia Università degli Studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza].

no<sup>4</sup>, nell'ultima versione disponibile apparsa nel 1973, funzionale, in ossequio al genere letterario di riferimento, a scopi didattici<sup>5</sup>.

Dal punto di vista stilistico l'Edizione Nazionale ha scelto di privilegiare l'assoluta fedeltà agli scritti originari, senza alterare le soluzioni espressive in essi presenti e senza modificare i caratteri grafici né le specificità editoriali, comprensive delle tecniche di indicazione bibliografica e dei criteri di citazione impiegati dall'autore: criteri che si presentano spesso eterogenei nei diversi scritti e non sempre uniformi anche all'interno dei singoli contributi<sup>6</sup>. La scelta è stata dettata dal preciso intendimento di rispettare nella sua pienezza la pagina di Giorgio La Pira, quale specchio della personalità e del temperamento del suo autore, ma anche quale testimonianza vivida di un ambiente accademico, di un clima culturale, di un certo modo di intendere la ricerca antichistica, fatto anche di espressioni, fraseggi, stilemi, nonché modalità di citazione oggi considerate desuete<sup>7</sup>.

L'Edizione Nazionale ha inteso conservare tutto questo, nella convinzione ferma che restituire il pensiero di Giorgio La Pira attraverso la straordinaria 'universalità' della sua opera significhi in primo luogo restituirlo attraverso la voce del suo tempo: che in tal modo scopriamo essere un po' anche il nostro.

<sup>4</sup> G. La Pira, *Istituzioni di diritto romano* [Università degli studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza], Firenze, 1973.

<sup>5</sup> Alla polisemia del termine italiano 'istituzioni' fa da specchio nella cultura romana una specificità: il vocabolo *Institutiones* indica, infatti, un preciso genere letterario, riferibile genericamente ai manuali di studio e particolarmente a quelli di prima formazione, relativi alle più diverse discipline. Emblema di tale specificità rappresentano, nel contesto della disciplina giuridica, le *Institutiones* di Gaio e quelle dell'imperatore Giustiniano, quale parte dell'opera compilatoria tradizionalmente ricordata con il titolo di *Corpus Iuris Civilis*.

<sup>6</sup> Una certa eterogeneità delle tecniche di citazione e delle abbreviazioni bibliografiche è presente in particolare nella monografia del 1930, all'interno della quale i frammenti del Digesto e in generale i nomi dei giuristi romani sono individuati con modalità plurime. Anche in questo caso, anziché uniformare le citazioni in ossequio ad un criterio di normalizzazione sistematica, si è preferito conservarle nella genuinità del loro tenore originario e molteplice.

<sup>7</sup> In ossequio a questo criterio di assoluta fedeltà, è stato conservato nella sua fisionomia originaria anche l'indice delle fonti che conclude l'opera monografica *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*: i riferimenti alle pagine dell'Edizione Nazionale saranno tutti reperibili nel volume VII: *Indici dell'Edizione Nazionale delle Opere di Giorgio La Pira*. Gli unici casi in cui si è scelto di intervenire sul testo originario, apportando seppur minime correzioni, riguardano le ipotesi pacificamente riconducibili ad errori materiali, sintomo evidente di semplici refusi o errori di battitura del testo a stampa. In tali casi, le modifiche sono segnalate mediante una nota del redattore, che dà conto della versione originaria.

OPERE DI GIORGIO LA PIRA



1929



## CONTENUTO PROCESSUALE DEL SENATUS CONSULTO DI AUGUSTO AI CIRENEI\*

All'importante contributo che per la intelligenza del SC. *de repetundis*, venuto a luce negli scavi di Cirene, hanno apportato le osservazioni dell'editore<sup>1</sup> e quelle dell'Arangio-Ruiz<sup>2</sup> e del Premerstein<sup>3</sup>, mi permetto di aggiungere alcune considerazioni concernenti la natura del procedimento introdotto dal SC., la sua struttura, i suoi atti fondamentali.

### I. – Natura privata del procedimento.

Il procedimento introdotto dal SC. ha natura di *iudicium publicum* o di *iudicium privatum*? Se dovessimo rispondere a tale domanda avendo riguardo al delitto delle *repetundae*, la risposta sarebbe subito data: il procedimento ha natura di *iudicium publicum* (fr. 1 D. 48, 1). Ma, a nostro avviso, tale risposta sarebbe errata. È *iudicium publicum*, nel caso del *crimen repetundarum*, soltanto quello che si fonda sopra la *lex Iulia repetundarum* e si fa col procedimento della *quaestio* (cfr. *Lex Acilia*, in *Fontes Iuris anteiust.* edd. Riccobono, Baviera, Ferrini, p. 72 segg.); ma nel caso nostro sembra invece che debba piuttosto parlarsi di *iudicium privatum*<sup>4</sup>.

\* «Studi italiani di filologia classica», VII (1), 1929, pp. 59-83 (anche estratto: Ariani, Firenze 1929, pp. 59-83).

<sup>1</sup> G. OLIVIERO, *La stele di Augusto rinvenuta nell'Agorà di Cirene*, in *Notiziario Archeologico del Ministero delle colonie*, Roma, 1927, fasc. IV, pp. 15 sgg.

<sup>2</sup> V. ARANGIO-RUIZ, in *Riv. di Filologia*, 46 (1928), pp. 338-364.

<sup>3</sup> ANTON V. PREMERSTEIN, in *Zeitschr. der Sav. Stift. R. A.*, 48 (1928), pp. 478-531.

<sup>4</sup> Il criterio distintivo fra *iudicium publicum* e *iudicium privatum* sembra a noi sia nettamente fornito da MACER, fr. 1, *de publ. iud.* D. 48, 1: «*Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, et publica sunt, sed ea tantum quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt, ut Iulia maiestatis... Iulia repetundarum rell.*». Nel fr. 7 D. 48, 1 lo stesso Macro pone tra *iudicium publicum* e *iudicium privatum* una distinzione relativa agli effetti infamanti dell'uno e dell'altro *iudicium* («...*ex eo, quod iudicii publici causam habuit... etiam in privato iudicio...*») L'elemento

La principale ragione che giustifica la nostra affermazione è la seguente: che il procedimento introdotto dal SC. mira unicamente a procacciare ai danneggiati la restituzione pura e semplice di ciò che fu loro indebitamente tolto (ll. 98, 132, 133). Il SC. ha anzi cura di distinguere tra coloro che intendono perseguire i rei del *crimen repetundarum* con l'azione penale – l. 99: ...κεφαλῆς εὐθύνειν τὸν εἰληφότα... – e quelli che, invece, intendono limitare la loro azione alla restituzione della loro pecunia – l. 98: ...χρήματα δημοσίου ἢ ἰδία παραχθέντες ἀπαιτεῖν βουλευθῶσιν –. Solo questi ultimi potranno valersi del nuovo procedimento che il SC. introduce, mentre ai primi bisogna supporre che sia lasciato aperto l'antico procedimento della *quaestio*. Ora a me pare che solo nella seconda ipotesi si possa parlare di *iudicium publicum*, laddove nella prima ipotesi si deve parlare di *iudicium privatum*.

Il SC., in fondo, con la distinzione introdotta nel *crimen repetundarum* fra azione penale ed azione civile, non fa che applicare a tale *crimen* un principio che appare ben noto nel diritto penale romano.

Ulpianus, *libro secundo de officio proconsulis*, fr. 3 *de priv. del. D.* 47, 1: «*Si quis actionem quae ex maleficiis oritur, velit exsequi: si quidem pecuniariter agere velit, ad ius ordinarium remittendus erit nec cogendus erit in crimen subscribere: rell.*». Cfr. fr. 93 *D.* 47, 2; § 10 *Inst.* IV, 4; fr. 37, § 1 *D.* 47, 10. Quel che Ulpiano dice in relazione ad altri delitti può, in seguito alla emanazione del SC. *de repetundis*, applicarsi anche al *crimen repetundarum*. In ordine al quale ci saranno d'ora innanzi due azioni, una penale ed una civile, e due *iudicia* corrispondenti: il *iudicium publicum* nella forma della *quaestio* (*Lex Acilia* cit.), il *iudicium privatum* nella nuova forma introdotta dal SC.<sup>5</sup>

La introduzione del *iudicium privatum* avvenuta col nostro SC. favorisce contemporaneamente accusatori ed accusati. Favorisce i primi, perché li esonera dal ricorrere al procedimento comune della *quaestio*: procedimento stra-

oggettivo che determina la natura pubblica del *iudicium*, è costituito dalla violazione delle leggi *iudiciorum publicorum*. Scopo del giudizio è, in tali ipotesi, infatti, verificare se esista il reato – violazione di una *lex iudic. public.* – denunciato nell'accusa (così, per es. se sia vera l'accusa di Lucio Tizio il quale «*professus est se Maeviam lege Iulia de adulteriis ream deferre*»: cfr. fr. 3 *D.* 48, 2). Nel *iudicium privatum*, per contro, la controversia concerne esclusivamente le parti, ed il giudice si limita a vedere se esista o no un dato diritto nell'attore a condannare o ad assolvere in conformità il convenuto. Ora nel caso nostro la controversia era circoscritta fra le parti, ed i *recuperatores* (commissari del Senato) dovevano giudicare se esisteva nei provinciali il diritto di ripetere quanto era stato loro indebitamente tolto dagli ex-magistrati romani ed a condannare in conformità questi ultimi. Cfr. per significato di *iudicium privatum*, WŁASSAK, *Zum röm. Provinzialprozess*, in *Sitz. d. Ak. der Wiss. Wien.*, 1919, p. 24 n. 23<sup>a</sup>; WĘNGER, *Inst. des röm. ZPR.*, p. 253.

<sup>5</sup> Per l'esistenza contemporanea di un'azione civile e di un'azione penale relativamente al *crimen repetundarum*, cfr. MOMMSEN, *Röm. Strafrecht*, p. 723. Prova della esistenza dell'azione civile sembra, infatti, fornire la stessa *Lex Acilia* (11. 7-8: «...uti in privato solvantur»). Vedi anche OLIVERIO, loc. cit., p. 52.

ordinariamente difficoltoso e, come è naturale supporre, tutt'altro che adatto a far trionfare l'azione degli accusatori (ll. 93, 94). Trattandosi di procedimento penale che poteva chiudersi con sentenza di morte per l'accusato, ben si comprende come in esso dovessero influire numerosi ed importanti elementi, diretti a far deviare il formarsi della convinzione dei giudici. Ricorrendo, invece, al nuovo *iudicium*, tutte le migliori garanzie sono offerte ai provinciali, affinché essi ripetano con sollecitudine le somme loro indebitamente tolte. Ma, come abbiamo detto, questo nuovo *iudicium* favorisce anche gli accusati; perché è naturale che i provinciali, pur non essendo loro preclusa la via della *quaestio*, preferiranno sempre questo nuovo e sicuro procedimento; nel quale gli accusati se la caveranno con una condanna pecuniaria, diretta alla pura e semplice restituzione del mal tolto (ll. 132, 133)<sup>6</sup>.

Queste affermazioni relative alla creazione di un *iudicium privatum de repetundis* accanto al preesistente *iudicium publicum*, da ultimo disciplinato dalla *lex Iulia repetundarum* (fr. D. 48, 1; fr. 1 pr. D. 48, 11), portano anche qualche luce sui rapporti esistenti tra il nostro SC. e la *lex Iulia repetundarum* di Cesare al nostro SC. di poco anteriore.

Appare anzitutto improbabile che il SC. abbia potuto sostituire del tutto il nuovo procedimento a quello contemplato dalla *lex Iulia*. Si sarebbe trattato, se ciò fosse avvenuto, di una vera abrogazione del precedente procedimento, e di tale abrogazione sarebbe senza dubbio rimasta traccia nel *Corpus Iuris*. Non solo, ma il delitto delle *repetundae* sarebbe apparso come disciplinato dal SC. e sotto il nome di tale SC. sarebbe stato tramandato sino a Giustiniano. Invece le fonti si riferiscono costantemente alla *lex Iulia* e nessun cenno fanno del SC. in esame. La cosa si spiega appunto considerando come non mai abrogato il *iudicium* disciplinato dalla *lex Iulia*: esso era modellato sopra quel tipo di processo penale – *iudicium publicum* – organizzato dalla *lex Iulia iudiciorum publicorum*. Accanto a questo tipo normale, il SC. introdusse un *iudicium* di tipo nuovo, con un procedimento suo proprio, avente natura di *iudicium privatum*. Prova della persistenza del tipo normale del *iudicium publicum de repetundis* si ha, come abbiamo detto, nel nostro stesso SC. che esclude il nuovo procedimento per il caso in cui gli accusatori non agiscano per la *repetitio*, ma intendano κεφαλῆς εὐθύνειν τὸν εἰληφότα. A quale *iudicium* ricorreranno in questa ipotesi? Naturalmente a quello normale<sup>7</sup>, regolato dalla *lex Iulia repetundarum* e da quella *iudiciorum publicorum*. Questo tipo di *iudicium* rimase, sia pure modificato per effetto della sopravvenuta *extraordinaria cognitio*, in tutto il perio-

<sup>6</sup> Per questo contemporaneo beneficio che derivava dal SC. agli accusatori ed agli accusati, cfr. PREMIERSTEIN, loc. cit., p. 528; ma il Premierstein non specifica in che cosa esso consista.

<sup>7</sup> Cfr. p. 59 nota 4. [p. 5 nota 4]

do postclassico e giustiniano: mentre il *iudicium* introdotto dal nostro SC. doveva prestissimo scomparire, assorbito dal procedimento consolare senatorio<sup>8</sup>.

Un altro punto può essere chiarito dalla nostra tesi: quello relativo alla penalità comminata dalla legge di Cesare (*Iulia repetundarum*). L'Arangio-Ruiz<sup>9</sup>, argomentando dal SC., crede che quella penalità consistesse nella pura restituzione del *simplum*. La *lex Iulia* avrebbe così continuato un movimento di reazione alla legislazione graccana, iniziato, secondo l'opinione del Mommsen<sup>10</sup>, con la *lex Cornelia*. Ora a me sembra che questo problema vada risolto distinguendo due periodi fondamentali nella storia del delitto *de repetundis*: 1) un primo periodo in cui il delitto venne considerato quale puro *delictum privatum* perseguibile secondo le forme del processo privato (periodo delle prime due leggi Calpurnia e Giunia)<sup>11</sup>; 2) un secondo periodo in cui il delitto venne riguardato come un *crimen* e perseguito col nuovo procedimento penale della *quaestio* (periodo della *lex Acilia* e delle successive leggi Cornelia e Giulia: a questo medesimo periodo appartiene forse la *lex Servilia* che precedette la *lex Acilia*)<sup>12</sup>.

Ora una volta riconosciuto al delitto delle *repetundae* carattere di *crimen*, non è pensabile che esso sia stato abbassato al grado di *delictum*. Tutt'al più è pensabile che accanto al procedimento penale ne sia stato posto uno civile; che cioè la contemporanea esistenza dei due procedimenti a noi attestata dal SC. non sia creazione di Augusto, ma sia la ripetizione di un fenomeno già conosciuto durante la repubblica<sup>13</sup>. Certo per nessun delitto, come per quello *de repetundis*, la storia del diritto penale romano ci presenta una legislazione così ricca e, al tempo stesso, così misteriosa e contraddittoria. Ora l'ammissione di questi due contemporanei *iudicia*, il penale ed il privato, potrebbe in qualche modo giustificare l'abbondanza di tale legislazione e togliere alcune contraddizioni. A nostro avviso, dunque, le leggi che regolarono il delitto *de repetundis* considerandolo come *crimen* (a cominciare dall'*Acilia*), non abbassarono mai, ma anzi aumentarono, la penalità. L'ultima di queste leggi è appunto la *lex Iulia*, la quale probabilmente sancì la pena del quadruplo<sup>14</sup>. Ma parallelamente ed in opposizione a questo *iudicium publicum* viene creato, forse già durante la repubblica e poi di nuovo da Augusto, quel procedimento privato di cui il nostro SC. ci porge un interessante modello.

<sup>8</sup> Cfr. MOMMSEN, *Röm. Strafr.*, p. 251 segg.; ARANGIO-RUIZ, loc. cit., p. 352.

<sup>9</sup> Loc. cit., p. 345 segg.

<sup>10</sup> *Strafr.*, p. 728.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 722. Vedi *Lex Acilia*, l. 23.

<sup>12</sup> Per la letteratura dell'argomento, cfr. PREMIERSTEIN, loc. cit., p. 505 n. 3.

<sup>13</sup> Cfr. p. 61, nota 1. [p. 6 nota 5]

<sup>14</sup> Cfr. ARANGIO-RUIZ, loc. cit., p. 346.

## II. – Struttura del procedimento.

Il procedimento introdotto dal nostro SC. mostra quella partizione fondamentale tra fase *in iure* e fase *apud iudicem*, che costituisce una caratteristica del processo formulare romano<sup>15</sup>. Questa caratteristica è, peraltro, offuscata dalla presenza di alcune particolarità proprie del nostro procedimento. Mentre, infatti, nel processo comune la fase *in iure* comincia con la comparizione delle parti innanzi al magistrato (nel processo privato)<sup>16</sup> o con la *delatio nominis*<sup>17</sup> dell'accusatore al magistrato (nel processo penale), nel nostro procedimento l'indicazione che il provinciale fa al magistrato fornito del *ius agendi cum senatu*<sup>18</sup> di volere agire *de repetundis* (ll. 100-101) non inizia ancora la fase *in iure* di questo singolare processo.

La fase *in iure* di un processo, infatti, può aver luogo allorché il magistrato cui una determinata controversia viene sottoposta, abbia la *iurisdictio* su tale controversia. Ora nel caso nostro il SC., a nostro avviso, riserva al Senato la *iurisdictio* relativa al nuovo procedimento *de repetundis*<sup>19</sup>. Il magistrato, perciò, cui i provinciali si sono rivolti non potrebbe né accogliere egli stesso l'azione che essi intendono esperire, né procedere, in conseguenza, alla nomina dei giudici (*datio iudicis*): appunto perché sprovvisto di *iurisdictio* in relazione a tale controversia, egli non ha né il *ius edendi iudicium*, né il *ius iudicis dandi iubendi*

<sup>15</sup> Cfr. WŁASSAK, *Der Judicationsbefehl der röm. Prozesse*, in *Sitz. d. Ak. der Wiss. in Wien*, 1921, pp. 119, 250. Ma questa partizione del processo in due fasi non è esclusiva del processo ordinario, perché essa ha applicazione anche nella *extraordinaria cognitio*. Cfr. WŁASSAK, op. cit., p. 250; ID., *Zum röm. Provinzialprozess*, p. 24 e *passim*; WENGER, in *Z. S. St.*, 41 (1920), p. 305; ID., *Inst. des röm. ZPR.*, pp. 25, 253. Applicazione di questa partizione troviamo pure nel procedimento penale della *quaestio*; le due fasi del processo – *in iure* e *apud iudicem* – si ritrovano anche nel procedimento descritto nella *Lex Acilia*.

<sup>16</sup> Cfr. WENGER, *Inst.*, p. 95.

<sup>17</sup> Cfr. MOMMSEN, *Strafr.*, p. 381 segg.; WŁASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, in *Sitz. d. Wiener Ak. der Wiss.*, 1917, p. 6 segg. Cfr. per la *conceptio libellorum inscriptionis* il bell'esempio che ci fornisce Paolo nel fr. 3 pr. D. 48, 2.

<sup>18</sup> Il *ius agendi cum senatu* spettava ai consoli, ai pretori, ai tribuni della plebe. Cfr. MOMMSEN, *Staatsrecht*, I<sup>3</sup>, 209.

<sup>19</sup> Ciò risulta evidente quando si consideri che nel procedimento in esame ebbe la sua origine il processo consolare-senatorio. Cfr. MOMMSEN, *Strafr.*, p. 251 segg. e ARANGIO-RUIZ, loc. cit., p. 352. Intorno alla *iurisdictio* del senato specialmente in ordine a controversie tra paesi stranieri, cfr. E. DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico in relazione col privato presso i romani*, in *B.I.D.R.* V (1892), p. 159 segg. e JOSEPH PARTSCH, *Die Schriftformel im röm. Provinzialprozesse*, Breslau, 1905, p. 4 segg. Non è esatta l'obiezione del BOULARD, *Les instructions écrites du magistrat au juge commissaire dans l'Égypte romaine*, Paris, 1906, p. 13 n. 1, al Partsch, che il Senato abbia dato istruzioni ai suoi commissari, in relazione alle controversie fra le città greche a lui sottoposte, in virtù delle sue attribuzioni politiche e non in base ad una vera e propria *iurisdictio*. Obiezioni di tal natura oppone pure l'HITZIG, *Z. S. St.*, 28 (1907), p. 252.

ve<sup>20</sup>. Egli ha soltanto l'obbligo di porre in essere le condizioni perché il processo si inizi: e ciò mediante la convocazione del Senato (solo competente ad accogliere l'azione dei provinciali, ad esaurire la prima fase del processo, ad ordinare la seconda fase), e inoltre mediante la nomina di patroni che integrino la insufficiente capacità processuale dei provinciali (ll. 100-104)<sup>21</sup>.

Con la convocazione del Senato, da un lato, e con la nomina dei patroni ai provinciali e la loro introduzione innanzi al Senato, dall'altro, ha dunque inizio la fase *in iure*<sup>22</sup> di questo particolare processo *de repetundis*.

Ora proprio nella ricostruzione di questa fase ci si presentano gravi difficoltà. Il testo del SC. presenta, proprio nel punto in cui ci saremmo aspettati qualche cenno relativamente all'attività del Senato, alcune scorrettezze che, a nostro avviso, impediscono di scorgere i tre momenti giuridicamente fondamentali di questa prima fase del giudizio. Essi sono: 1) la solenne fissazione dei termini della controversia; 2) la *datio iudicum*<sup>23</sup>; 3) il *iussum iudicandi*<sup>24</sup>.

Ora per quanto concerne il primo punto<sup>25</sup> – fissazione dei termini della controversia – è principio fondamentale tanto del *iudicium privatum*<sup>26</sup> quanto del *iudicium publicum*<sup>27</sup> che alla determinazione del programma, che avviene nel-

<sup>20</sup> La *iudicis dandi licentia* è, infatti, attributo della *iurisdictio*; fr. 3 D. 2, 1. E attributo della *iurisdictio* è pure il *iussum iudicandi*, fr. 13 pr. D. 2, 1. Su quest'ultimo istituto cfr. WŁASSAK, *Der Judicationsbefehl etc.*, p. 15 segg. Cfr. pure PARTSCH, op. cit., p. 10 segg. e WĘNGER, *Inst.*, pp. 25, 31 ecc. Non ammette la natura autonoma del *iussum iudicandi*, il quale, anzi, rappresenterebbe null'altro che il lato pubblicistico della *litis contestatio*, l'ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1927, 2<sup>a</sup> ed., p. 124 n. I.

<sup>21</sup> Il patrono non è qui il semplice avvocato: cfr. fr. 1, § 4 D. 3, 1; la sua funzione è qui quella di integrare la insufficiente capacità processuale dei provinciali. In tal senso è da intendere la necessità della nomina di patroni in Livio, XLIII, 2, 3, ed anche nella *Lex Acilia*, II, 9-10. Cfr. MOMMSEN, *Strafr.*, p. 367 n. 1 e PREMERSTEIN, loc. cit., p. 486.

<sup>22</sup> Di processi la cui fase *in iure* si sia svolta presso il Senato ci dà notizia il PARTSCH, op. cit., pp. 4-52. Vedi ciò che ne diciamo innanzi.

<sup>23</sup> È vero che il SC. (ll. 105-130) dà minute notizie intorno alla *sortitio* dei giudici; ma questa *sortitio* non costituisce ancora nomina dei giudici e ne è solamente atto preparatorio.

<sup>24</sup> L'*iussum iudicandi* è il necessario termine di collegamento di ogni procedimento bipartito. Cfr. WŁASSAK, *Judikationsbefehl*, p. 250.

<sup>25</sup> Sopra questi tre momenti conclusivi della fase *in iure* del processo bipartito in generale e del formulare in specie, cfr. WĘNGER, pp. 257 segg.; 125 segg.; 130-132.

<sup>26</sup> Cfr. WĘNGER, *Inst.*, § 11, p. 95 segg.

<sup>27</sup> Cfr. WŁASSAK, *Anklage*, pp. 13, 14. È possibile parlare di una *in ius eductio* del processo penale corrispondente alla *in ius vocatio* del processo privato? Cfr. *Lex Acilia* 1. 6: «...is eum unde petet in ious ed[ucito...]»; 1. 19: «...is eum unde petet]... in ious educito»; PAULUS, *lib. sing. sent.*, V, 16, 14: «reis suis edere crimina accusatores cogendi sunt». Ad una necessaria e contemporanea presenza delle parti nel processo penale e ad un atto analogo e parallelo alla *litis contestatio*, la *mutua subscriptio*, compiuto dalle parti, accenna il NABER, in *Mnemosyne*, 28 (1900), p. 443, contraddetto vivamente dal WŁASSAK, *Anklage*, pp. 4, 6, 21 n. 34. Cfr. anche COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, 1921, p. 42 n. 2. Ma se è vero che il processo pubblico viene aperto con l'atto unilaterale dell'accusatore, (*delatio nominis*) compiuto nei confronti del magistrato, non è meno vero, però, che l'accusato ha diritto di concorrere

la fase *in iure* del processo, concorrano, o almeno abbiano diritto di concorrere, ambedue le parti. Ciò è nettamente visibile nel processo privato, dove l'atto fondamentale del processo (la *litis contestatio*) non è altro che un compromesso giudiziale fra le parti<sup>28</sup>. Ma anche nel processo penale la *delatio nominis*, prima che sia definitivamente ricevuta dal magistrato (*nomen recipere*), deve essere preceduta dalla *editio nominis* all'accusato che potrà così opporre all'accusa le sue eventuali *praescriptiones*<sup>29</sup>. *Litis contestatio* e *receptio nominis* sono i due atti che chiudono rispettivamente la fase *in iure* del processo privato e di quello pubblico; esse fissano definitivamente il programma del processo, determinando i limiti dell'azione o delle eccezioni, dell'accusa e della difesa (cfr. fr. 16, § 7 D. 48, 5)<sup>30</sup>.

Ora, anche prescindendo dalla natura di *iudicium privatum* che noi attribuiamo al nostro processo, e considerandolo, invece, quale *iudicium publicum*, è necessario supporre che dell'accusa sia stata fatta regolare *editio* agli accusati; i quali, pertanto, avevano diritto di essere sentiti dal Senato, innanzi al quale si svolge la fase *in iure* del processo, e di concorrere con le loro eventuali *praescriptiones* alla fissazione del programma del processo. Del resto è cosa ben naturale pensare che, prima di disporre per la *sortitio* dei giudici e per l'ulteriore prosecuzione *apud iudicem* del giudizio, il Senato abbia preso integrale conoscenza della controversia mediante l'interrogazione delle due parti in lite, ed abbia, col concorso delle parti, ben nettamente fissato i limiti della controversia stessa<sup>31</sup>. Anche se, dunque, il nostro SC. non ci desse una menzione esplicita della presenza delle due parti innanzi al Senato, l'omissione potrebbe benissimo giustificarsi pensando che tale presenza era così essenziale per lo svolgimento del processo, che si ritenne superfluo farne menzione<sup>32</sup>.

Per quanto concerne il secondo punto – *datio iudicium* – dobbiamo ricordare come la *datio iudicis* sia giuridicamente valida ed efficace allorché sia com-

alla definitiva delimitazione dell'accusa, opponendo le sue eventuali *praescriptiones*. Cfr. fr. 16, § 7 D. 48, 5; fr. 3, § 1 D. 47, 15; fr. 7, pr. D. 48, 16. Sopra i testi della *lex Acilia*, cfr. MOMMSEN, *Strafr.*, p. 386 n. 4 e WLASSAK, op. cit., p. 19 n. 33.

<sup>28</sup> Cfr. WLASSAK, *Litiskontestation* (1889), pp. 59 segg.; 83 segg.; WENGER, *Inst.*, p. 131; BETTI, *Riv. di dir. processuale civile*, V (1928), p. 70.

<sup>29</sup> Cfr. WLASSAK, op. cit., pp. 13-14.

<sup>30</sup> Sotto questo profilo la *receptio nominis* si atteggia come la *litis contestatio*. Cfr. WLASSAK, op. cit., p. 14.

<sup>31</sup> Tale interrogazione e la delimitazione della controversia avevano appunto luogo durante la seduta. Certamente il Senato non entrava nell'esame del merito, che era, invece, demandato al collegio dei *recuperatores*. È questo il punto che distingue il procedimento introdotto dal SC. da quello del processo consolare-senatorio. Cfr. ARANGIO-RUIZ loc. cit., pp. 348 e 364. Il Senato ha qui una posizione identica a quella del magistrato nella fase *in iure* di un processo: esso interroga le parti, procede col loro concorso alla fissazione dei termini della controversia e rimanda poscia le parti, per l'esame del merito, al giudice, singolo o collegiale.

<sup>32</sup> Ma, come vedremo più oltre, la menzione di tale presenza c'è nel SC.

piuta dal magistrato competente a *ius dicere* in ordine ad una determinata controversia. Perciò è evidente che non potrebbe un magistrato *dare iudicem* relativamente ad una controversia sottratta alla sua *iurisdictio* e pertinente alla *iurisdictio* di un magistrato diverso<sup>33</sup>.

Orbene, come abbiamo già detto, il magistrato cui i provinciali si rivolgono perché convochi il Senato e perché presso di esso li introduca al fine di permettere loro l'esperimento dell'azione *de repetundis*, è inizialmente sfornito di *iurisdictio* in relazione a questa controversia: tale *iurisdictio* ha il Senato riservata a se stesso. Da ciò deriva che il magistrato non potrebbe procedere di suo arbitrio ad una *datio iudicis*: questa sarebbe assolutamente nulla. Se è vero che il nostro SC. chiama il magistrato alla *sortitio* dei giudici (ll. 105 segg.), non va tuttavia dimenticato che questa *sortitio* è valida solo se compiuta nello stesso giorno della convocazione del Senato ed alla presenza di quest'ultimo: ... ἄρχων... ἀθημερὸν παρούσης τῆς βουλῆς... κληρούσθω.

Ora è ben naturale che ci si domandi: per quale necessità giuridica la *sortitio* dei giudici va fatta ἀθημερὸν παρούσης τῆς βουλῆς? A nostro avviso la ragione va ricercata nel fatto che la nomina dei giudici avviene con decisione del Senato; onde la funzione del magistrato incaricato della *sortitio* ha carattere meramente preparatorio<sup>34</sup>. È il Senato che nomina i giudici sorteggiati dal magistrato. È da questa nomina del Senato, dalla loro qualità di commissari del Senato, che essi derivano la loro competenza a giudicare della controversia *de repetundis*. È chiaro, dunque, che è il Senato a *dare iudicem*, perché esso solo è fornito di *iurisdictio* per la controversia in esame.

Per quanto concerne il terzo punto – il *iussum iudicandi* – bisogna dire che l'esistenza di questo *iussum* non può essere dubbia; in tutti i processi dove abbia luogo la partizione delle due fasi *in iure* e *apud iudicem*, il *iussum iudican-*

<sup>33</sup> Per la competenza dei magistrati investiti di *iurisdictio* solamente entro certi limiti, cfr. il fr. 20 D. 2, 1: «*Extra territorium ius dicenti impune non paretur. idem est si supra iurisdictionem suam velit ius dicere*». Cfr. pure WENGER, *Inst.*, § 4, p. 34 segg.

<sup>34</sup> Si potrebbe anche pensare ad una delegazione di *iurisdictio* da parte del senato al magistrato incaricato della *sortitio*. E questa delegazione potrebbe essere raffigurata sotto un duplice profilo: 1) come ristretta alla nomina dei giudici, o 2) come diretta ad investire il magistrato della *iurisdictio* dell'intero processo. Un caso di delegazione di *iurisdictio* nel secondo significato è da vedere nell'antico processo *de repetundis* attestato da Livio, XLIII, 2, 3. Altro caso di delegazione di *iurisdictio* per l'intero processo è quello prospettato in una iscrizione di Magnesia – DITTENBERGER, *Sylloge*, II<sup>3</sup>, n. 679 – nella quale appare come il senato romano, al quale erano ricorsi per la decisione di una loro controversia rappresentanti di Priene e di Magnesia, investisse della *iurisdictio* di tale controversia il pretore M. Emilio. Costui doveva: a) *iudicem dare in ea verba*; b) svolgere la fase *in iure* del processo procedendo alla delimitazione formulare della controversia. Cfr. PARTSCH, *Die Schriftformel*, p. 27 segg.: vedi pure p. 49. Ma nel procedimento in esame non siamo in presenza di delegazione di alcuna specie. La funzione del magistrato incaricato della *sortitio* è meramente preparatoria, perché è il senato che nomina i giudici sorteggiati e che procede allo svolgimento della prima fase del processo.

*di* ha la funzione di collegare le due fasi<sup>35</sup>. Quindi una formale decisione del Senato, con cui veniva rimessa la controversia al giudizio del collegio recuperatorio, doveva necessariamente aver luogo. Determinati attraverso un breve dibattito tra le parti i limiti della controversia, fissati questi limiti in una formula, e dopo aver proceduto alla nomina dei giudici sorteggiati (*RECUPERATORES SUNTO*), il Senato ordinava ai giudici di giudicare naturalmente entro i confini segnati nella formula e tenuto conto di altre disposizioni relative al tempo entro cui la sentenza doveva aver luogo, e ad altre modalità del giudizio.

È vero che il SC. non accenna esplicitamente ad una decisione del Senato nel senso da noi indicato<sup>36</sup>. Ma non bisogna dimenticare che il SC. pone norme astratte le quali dovranno caso per caso essere concretate in disposizioni emanate dal Senato. Lo scopo principale del SC. è quello di creare per il delitto delle *repetundae* una *iurisdictio* riservata al Senato: da tale *iurisdictio* derivava poi automaticamente la facoltà del Senato di compiere tutti quegli atti necessari alla sua attuazione. Il silenzio del SC. può, dunque, essere ben legittimato; senza dire che esso può essere giustificato con le ragioni che più oltre adduciamo.

Del resto, accenni, sia pure laconici, all'attività del Senato nella fase *in iure* del procedimento in esame non mancano nel SC. E specialmente per ciò che concerne il concorso di ambedue le parti alla delimitazione della controversia e, quindi, *a fortiori*, la loro presenza innanzi al Senato, noi ne abbiamo nel SC. l'esplicita menzione; a condizione, però, di leggere il testo senza accettare l'emendazione dell'Oliverio (ll. 104, 105).

Il testo greco, alle ll. 104-105, suona così: ὦν ἄν ἐν τῇ συνκλήτῳ αἰτίας ἐπιφέρουσιν ἀκουσθῶσιν, ὅπως ὁ ἄρχων ecc. L'Oliverio emenda in questa maniera: ὦν ἄν ἐν τῇ συνκλήτῳ αἰτίας ἐπιφέρωσιν, ὅπως ἀκουσθῶσιν ὁ ἄρχων ecc. Ora secondo l'emendazione dell'Oliverio il testo andrebbe interpretato nel senso che il SC. ordini al magistrato che ha convocato il Senato di procedere alla scelta dei giudici affinché vengano ascoltati gli accusati (ὅπως ἀκουσθῶσιν, ὁ ἄρχων... κληρούσθω). Questi ultimi, perciò, non comparirebbero innanzi al Senato, e anzi si procederebbe alla *sortitio* dei giudici ὅπως ἀκουσθῶσιν. Ora non è chi non veda la insostenibilità di questi due punti: i giudici non sono scelti per ascoltare gli accusati, ma per giudicare della controversia e, quindi, per ascoltare accusati ed accusatori [uso questi termini – accusati, accusatori – per pura comodità espositiva, senza attribuire loro valore tecnico]. E quanto alla assenza degli accusati nella prima fase del processo, essa è praticamente e giuridicamente insostenibile. La *in ius vocatio* o la *in ius eductio* (*Lex Acilia*, ll. 6, 19); Paul., *Liber sing. sent.*, V, 16, 14) sono momenti essen-

<sup>35</sup> Cfr. p. 66, nota 3. [p. 10 nota 24]

<sup>36</sup> Questa mancanza è notata anche dal PREMIERSTEIN, loc. cit., p. 485: «... von einem förmlichen Beschluss, ein gerichtliches Verfahren zu eröffnen, wird nichts gesagt».

ziali della fase *in iure* del processo privato o pubblico<sup>37</sup>. Ed anche praticamente si comprende come non sarebbe stato possibile passare alla seconda fase del processo (*apud iudicem*) senza aver prima provveduto, *in iure*, alla delimitazione della controversia col concorso di ambedue le parti. Più opportuno sembra a noi, dunque, leggere il testo così come esso ci viene dato dalla iscrizione: ὄν ἔν τῇ συνκλήτῳ αἰτίας ἐπιφέρουσιν ἀκουσθῶσιν...

Certo l'ὄν non è grammaticalmente corretto: ci si aspetterebbe οἷς ο καθ' ὄν. Il testo latino avrebbe potuto dire *quos reos in senatu deferant* (ἐπιφέρουσιν) (cfr. fr. 3 pr. D. 48, 2), *audiantur*. Il traduttore rese l'imperativo *audiantur* col congiuntivo ἀκουσθῶσιν. Accettando la lezione tramandata, le difficoltà cui dà luogo l'emendazione dell'Oliverio spariscono. È il Senato che ascolta gli accusati, compiendo, così, un atto che era necessario per il regolare svolgimento di questa prima fase del processo.

Una prova ulteriore della nostra tesi può essere desunta dalle disposizioni contenute nelle ll. 120-121 relativamente alla *reiectio* di quattro fra i nove senatori sorteggiati. Tale *reiectio* può avvenire al massimo entro due giorni dal giorno della convocazione del Senato e della *sortitio* dei giudici. Ma trattandosi di termine finale, nulla esclude che, ove fosse materialmente possibile, la *reiectio* potesse avvenire lo stesso giorno della *sortitio* e, quindi, innanzi al Senato. E ciò, ancora una volta, presuppone necessariamente la presenza delle due parti nella prima fase del processo.

Non accettando, però, l'emendazione dell'Oliverio, resta una difficoltà grammaticale molto grave: quella di determinare il verbo cui ὄπως va riferito. ὄπως... κληρούσθω è impossibile, anche a voler supporre uno scambio di *sortitor* con *sortiatum*: κληρούσθω, infatti, ricorre altre volte nel testo del SC. (ll. 111, 126) nel senso di *sortitor*. Non c'è, dunque, altra via, per giustificare quell'ὄπως, che pensare ad una svista del lapicida, il quale avrebbe dimenticato di incidere dopo ὄπως tutta intiera una frase alla quale l'ὄπως si riferiva. Ipotesi, questa, non assurda, se si consideri che è un poco strano il silenzio che il SC. serba intorno alle funzioni del Senato e, quindi, alla attività che esso doveva svolgere nel giorno della seduta. Di questa attività il SC. parla nelle ll. 104-105. Intorno ad essa noi sappiamo solo che il Senato doveva ascoltare anzitutto i provinciali e poi gli accusati (secondo la nostra tesi): altro non sappiamo, perché il SC. passa subito a trattare della *sortitio* dei giudici per opera del magistrato. Ora chi ci vieta di pensare che altre disposizioni contenesse il SC. in ordine all'attività del Senato, e che queste disposizioni contenute in una frase cominciante con ὄπως siano state saltate dal lapicida?<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Naturalmente l'accostamento che facciamo fra *in ius vocatio* ed *in ius eductio* non intende distruggere la radicale diversità esistente fra i due istituti. Cfr. quanto diciamo a p. 66, nota 6. [p. 10 nota 27]

<sup>38</sup> La possibilità di un guasto più grave nella iscrizione non è esclusa dall'ARANGIO-RUIZ, loc. cit., p. 351.

### III. – Atti fondamentali del procedimento.

Ad ogni modo è per noi molto importante l'aver determinato che anche gli accusati dovevano essere uditi dal Senato; questa contemporanea presenza delle parti, infatti, innanzi al Senato ci costringe a porre il problema del significato giuridico dell'attività delle parti e di quella del Senato in questa prima fase del processo.

Diversa è la soluzione di questo problema secondo che noi consideriamo il processo in esame sotto il profilo del *iudicium publicum* o sotto quello del *iudicium privatum*. Nella prima ipotesi si avrebbe una *delatio nominis* da parte dei provinciali al Senato, una possibile opposizione di *praescriptiones* da parte degli accusati, e la *receptio nominis* da parte del Senato, con cui vengono definitivamente stabiliti i limiti dell'accusa e della difesa. Nella seconda ipotesi, invece, che è quella che noi sosteniamo<sup>39</sup>, il dibattito tra le parti, sommariamente svolto innanzi al Senato, ha per scopo di fissare i termini della controversia da sottomettere alla decisione dei giudici: tali termini possono così riassumersi: se è vero, e dentro quali limiti è vero, che i provinciali abbiano diritto di ripetere dagli ex magistrati romani quanto è stato loro indebitamente tolto. Condizionatamente all'accertamento dell'esistenza di questo diritto, dovranno i giudici condannare gli ex-magistrati alla restituzione del mal tolto<sup>40</sup>.

Orbene: in quale documento si concreterà e si fisserà la controversia così delimitata? Il pensiero non può qui che correre naturalmente allo strumento caratteristico del processo privato romano: alla *formula*. La logica del procedimento, il bisogno di portare all'esame dei giudici una controversia ben definita, e gli importanti accenni del nostro SC. nelle ll. 130-137, concorrono a provare che l'uso della *formula* è indubitato nel caso in esame. Ma il provare l'uso di una *formula* in un procedimento non basta per determinare la natura di esso. Siamo, cioè: *a*) in presenza di un processo formulare in senso tecnico (la *formula* programma del processo e mezzo giuridico per la *litis contestatio*; la *litis contestatio* compromesso giudiziale fra le parti in virtù del quale la controversia viene sottoposta all'esame di un *iudex privatus* nominato dalle parti ed autorizzato dal magistrato)<sup>41</sup>, o *b*) in presenza di un processo formulare statualizzato o denaturato (la *formula* programma del processo e mezzo giuridico per la *litis contestatio*; la *litis contestatio* compromesso giudiziale fra le parti in virtù del quale la controversia viene sottoposta all'esame di un giudice nominato e non

<sup>39</sup> Vedi p. 59 segg. [pp. 5 ss.]

<sup>40</sup> Tutto ciò si evince dalle ll. 130-137 del SC.

<sup>41</sup> Cfr. WLASSAK, *Klass. Prozessformel* (1924), p. 147 segg.; BETTI, *Su la formula*, in *Filangieri*, 1914, p. 685; ID., in *Riv. di diritto processuale civile*, 1926, p. 260; 1928, p. 70; WENGER, *Inst.*, pp. 130, 131, 257.

soltanto autorizzato del magistrato)<sup>42</sup> o *c*) in presenza di un processo formulare in cui manchi però tanto la *litis contestatio*, quanto la nomina del giudice per opera delle parti, e la formula abbia soltanto la funzione di una formula di cognizione (*quasi formula*) da servire quale programma ai giudici?<sup>43</sup>

La risposta che noi crediamo di dare, cade sulla terza ipotesi. Siamo in presenza, cioè, di un processo formulare sfornito di *litis contestatio* fra le parti e dove il giudice è nominato dal magistrato. Nel caso nostro, infatti, dall'un lato,

<sup>42</sup> Cfr. WŁASSAK, *Zum röm. Provinzialprozess* (1919), pp. 23, 24 e *passim*; WĘNGER, *Inst.*, p. 252 segg.; BETTI, *Riv. cit.* 1928, p. 71; WŁASSAK, *Der Judikationsbefehl*, p. 51 n. 15. Una formula in senso tecnico può ravvisarsi anche quando manchi la nomina del giudice per opera delle parti, purché abbia luogo la *litis contestatio*.

<sup>43</sup> Sopra questa funzione della formula nel processo posta in viva luce dalle scoperte papirologiche, cfr. GRADENWITZ, in *Hermes*, 28 (1893), p. 333; MITTEIS, in *Hermes*, 30 (1895), p. 580; 34 (1899), p. 100; i quali a proposito rispettivamente di *B G U*, I, 136, 168, OXY., I, 37, 67, parlano di processi con uso di *formula* in Egitto. In tal senso anche WĘNGER, *Actio iudicati*, p. 151; *Rechtshist. Papyrusstudien*, p. 116; P. M. MEYER, in *Archiv für Papyrusforsch.*, III, 100; ERMAN, *Z. S. St.*, XXII (1901), p. 242; e, in risposta rispettivamente alla opposta tesi del PARTSCH, *Die Schriftformel*, pp. 65-67, e del BOULARD, *Les instructions écrites*, pp. 57 segg., 84 segg., cfr. WĘNGER, *Z. S. St.*, 26 (1905), p. 530 segg., e *Berliner Philolog. Wochenschrift*, 27 (1907), p. 142 segg. Cfr. ancora per l'espressione *Quasiformel*, WĘNGER, in *Z. S. St.*, 41 (1902), pp. 305-306, e *Inst.*, p. 255 n. 28. L'uso di formule di tal natura è pure affermato dal PARTSCH, op. cit., pp. 4-52, in relazione a controversie fra città greche sottoposte all'arbitrato del senato romano. Accetta la tesi del Partsch il WĘNGER, *Z. S. St.*, 26 (1905), p. 530 segg.; cfr. pure GEIB, in *Berliner Philolog. Wochenschrift*, 26 (1906), p. 690. Contro la tesi del Partsch si dichiarano il BOULARD, op. cit., p. 13 n. 1, e l'HTZIG, *Z. S. St.*, 28 (1907), n. 252, i quali considerano le istruzioni del senato sotto il profilo politico, anziché sotto quello giuridico. – Una critica radicale muove però il WŁASSAK (già in *Provinzialprozess*, p. 4 n. 1 e ora di nuovo in *Judikationsbefehl*, pp. 269-270) all'idea ed alla espressione «*formula*» riferite alle istruzioni del magistrato ai giudici suoi dipendenti. Coteste istruzioni, dice il WŁASSAK (*Judik.*, p. 270), alle quali non si riconduce una *litis contestatio*, e liberamente stilizzate non sono formule. Dove non ha luogo *litis contestatio*, non vi è *formula* in senso tecnico; la *formula* dei classici, dice il WŁASSAK (*Judik.*, p. 51), ha a suo presupposto una *litis contestatio*. – E tuttavia non si può negare che queste istruzioni del processo di cognizione bipartito, nelle quali non ricorre né nomina di giudice per opera delle parti, né ha luogo una *litis contestatio*, hanno una struttura identica a quella che presenta la *formula* in senso tecnico. Se, quanto alla loro funzione, non è possibile dar loro il nome di formule perché esse non adempiono la funzione caratteristica della formula consistente nell'essere strumento del compromesso giudiziale fra le parti, tuttavia, quanto alla loro struttura, il nome e l'idea della formula si adattano loro perfettamente. La nomina del giudice e la *litis contestatio* sono, infatti, due elementi non inerenti alla struttura della formula, la quale risulta costituita solamente dalle note parti caratteristiche: *demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio*, *condemnatio* (GAL., IV, 39). Quanto alla tesi che la nomina del giudice non costituisca parte essenziale della formula, cfr. LENEL, *Z. S. St.*, 24 (1903), p. 338; 43 (1923), p. 570 segg.; cfr. pure PARTSCH, op. cit., p. 32 segg. Contro tale tesi WŁASSAK, *Judik.*, p. 106 segg. Cfr. pure WĘNGER, *Inst.*, p. 130 n. 12. – La diffusione di queste formule di cognizione provata attraverso gli studi papirologici e l'interpretazione delle iscrizioni di Magnesia proposta dal Partsch, dimostra che la formula, considerata nella sua struttura, è istituto processuale di uso generale in Roma e nelle province. E una ulteriore prova di questa affermazione viene ora fornita dall'interpretazione del procedimento introdotto col SC. di Augusto ai Cirenei, all'esame del quale è diretto questo studio.

una *litis contestatio* non è pensabile tra provinciali e ex-magistrati, e, d'altro lato, la nomina dei giudici viene riservata al Senato. Ma malgrado la mancanza di questi due elementi caratteristici del processo formulare ordinario, la presenza di una formula in cui vengano solennemente fissati i termini della controversia e nella quale venga tracciato ai giudici il programma al quale attenersi nel giudicare, è, a nostro avviso, indubbia. Del resto, non sarebbe la prima volta che il Senato, nella sua attività giurisdizionale relativa a controversie fra stranieri, usi la formula. Le ricerche del Partsch hanno già, in ordine a controversie agitate fra città greche sottoposte all'arbitrato del Senato, provato quest'uso<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> PARTSCH, op. cit., pp. 4-52. Il Partsch nella prima parte del suo studio dimostra, in base alla interpretazione di tre iscrizioni greche del II secolo a.C., che il Senato aveva, in occasione di arbitrati fra città greche, istruito procedimenti secondo le forme del processo formulare. – Una prima iscrizione del 133 a.C. concerne una controversia fra le città greche di Itanos e Hierapytna, in ordine a determinati possedimenti, deferita all'arbitrato del Senato (cfr. DITTENBERGER, *Sylloge*<sup>3</sup>, n. 685). Il procedimento attraverso cui si svolse tale arbitrato, mostra punti essenziali di contatto col procedimento formulare. Le parti appaiono innanzi al Senato, e qui, come *in iure*, viene dibattuta sia la nomina dei giudici che la determinazione della controversia. Il risultato di questo dibattito viene fissato in un documento e comunicato ai giudici (la città di Magnesia); i quali giudicano in precisa conformità col programma segnato. Ora il Partsch vede riflessa nel documento in cui la controversia è fissata la *summa conceptio* dell'interdetto *uti possidetis*. «ὅπως ἔχωσιν κατέχωσιν τε καρπίζωνται τε, *ut ita habeant possideant fruantur*». – Egli vede inoltre tutto il procedimento svolgersi sul paradigma del processo formulare (op. cit., pp. 9 e 16). Un ulteriore risultato trae il Partsch dalla analisi di questa iscrizione: quello della presenza nel procedimento del *iussum iudicandi* come documento diverso, quantunque non separato, dalla formula (p. 10 segg.). – Una seconda iscrizione della medesima epoca concerne una controversia fra Sparta e Messene deferita all'arbitrato del Senato o relativa allo stabilimento di confini col tempio di Artemis (DITTENBERGER, *Sylloge*<sup>3</sup>, II, n. 683). Anche qui, dice il Partsch (p. 24), è da riconoscere una grande analogia col processo formulare. Il Senato ha dato una formula, ed inoltre il pretore Q. Calpurnio Piso, come avveniva per le *literae* al giudice privato, ha rimesso una *ἐπιστολή* alla città di Mileto (scelta a giudice della controversia) nella quale, come nel *iussum*, era stabilito il termine della presentazione delle parti al giudizio. Anche qui la formula è modellata sopra l'interdetto *uti possidetis* (p. 25). – Una terza iscrizione, anch'essa su per giù della medesima epoca, concerne una controversia fra Magnesia e Priene deferita all'arbitrato del Senato e relativa alla appartenenza di un dato territorio (DITTENBERGER, *Sylloge*<sup>3</sup>, II, n. 679). In questo procedimento, però, non è il Senato a rilasciare la formula; ma il Senato rinvia le parti, come privati peregrini, innanzi al Magistrato, che rilascerà loro la formula. Formula che viene infatti rilasciata dal magistrato, e la quale mostra la struttura di una *actio iniuriarum*. La fissazione della controversia nella formula ha luogo però seguendo la falsariga delle prescrizioni del Senato. Le ricerche del Partsch legittimano le conclusioni che egli trae a pp. 49-52 del suo studio; che cioè già prima della *lex Aebutia*, come del resto è ormai dottrina prevalente, il processo formulare fosse dai Romani ben conosciuto e che esso fosse applicato nelle controversie tra peregrini. Cfr. WŁASSAK, *R. P. G.*, II, 302, e PARTSCH, op. cit., p. 2 segg. A noi, però, le ricerche del Partsch interessano più che per la prova della esistenza del processo formulare prima della *lex Aebutia*, per la prova che esse danno dell'uso di formule nei processi svoltentisi innanzi al Senato. Ora il SC. di Augusto ai Cirenei, concernente il nuovo procedimento *de repetundis*, che è, a nostro avviso, analogo ad un processo formulare di ripetizione d'indebito, porta una ulteriore prova alla tesi del Partsch. – Sullo studio del Partsch cfr. i lavori citati a p. 74, nota 2 [p. 16 nota 43].

Il fatto che il nostro SC. non ne faccia esplicita menzione, non è una buona ragione per escluderlo. Tanto più, poi, se si consideri che, sia pure indirettamente, un richiamo alla formula nel SC. non manca. Nelle ll. 130-137, infatti, dove vengono determinati i limiti della controversia da sottoporre al collegio dei giudici e quelli correlativi della condanna, la struttura di una formula corrispondente a quella di una *condictio certae rei* appare nitidamente riflessa<sup>45</sup>. Un richiamo esplicito alla formula sarebbe stato, del resto, superfluo: una volta stabilito: *a)* che la fase *in iure* del processo avrà luogo innanzi al Senato (ll. 101-105); *b)* che i giudici debbano giudicare soltanto – μόνον – della fondatezza della domanda di ripetizione dei provinciali (ll. 130-131); *c)* che gli exmagistrati convenuti debbano essere condannati a restituire quanto hanno indebitamente tolto (ll. 132-133: ὅσον... τοσοῦτον = *quanti ea res erit... tantam pecuniam*), l'uso della *formula* si rendeva necessario per tradurre in essa tali disposizioni. Le quali, appunto, per la maniera stessa come sono formulate, presuppongono una *formula* che le contenga. Il SC. non aveva quindi bisogno di menzionare esplicitamente l'uso della formula; esso si limitò a indicare quelle linee fondamentali alle quali il Senato avrebbe dovuto attenersi nell'adattare la formula ad un caso concreto di *repetundae*. Ricorre qui una situazione analoga a quella notata dal Partsch in una delle iscrizioni greche da lui esaminate: ivi il pretore doveva tradurre in una formula quel programma di processo a lui tracciato, nelle linee fondamentali, dal Senato («der Magistrat soll den vom Senat bestimmten Wortlaut in die Schriftformel aufnehmen»)<sup>46</sup>. Anche nella nostra ipotesi il Senato, che ha qui il posto e la funzione del magistrato, dovrà caso per caso tradurre in una formula le disposizioni del SC. relative alla delimitazione della controversia e a quella della condanna.

Tali disposizioni dicono:

*a)* quelle concernenti i termini della controversia:

Οἱ δὲ αἰρεθέντες κριταὶ περὶ τούτων μόνον ἀκούεωσαν καὶ διαγεινωσκέτωσαν, περὶ ὧν ἄν τις εὐθύνηται δημοσίαι ἢ ἰδίαι νενοσφισμένος (ll. 130-132).

Ora come sarà attuata in concreto questa disposizione di carattere generale? Con quale mezzo sarà possibile ordinare ai giudici che giudichino secondo le disposizioni del SC.? La risposta non può essere altra che questa: che quella disposizione per essere attuata deve essere tradotta nella *intentio* di una *formula in factum*. Per esempio:

SI PARET N.<sup>m</sup> N.<sup>m</sup> A.<sup>o</sup> A.<sup>o</sup> QUaedam publice vel privatim subtraxisse.

<sup>45</sup> Ciò ha intravisto l'ARANGIO-RUIZ, *Riv. cit.*, p. 342 n. 2. L'Arangio-Ruiz traduce il testo greco attenendosi per quanto è possibile alla formula della *condictio certae rei*. Ma il profilo pubblicistico sotto cui egli considera il nuovo procedimento *de repetundis*, gli impedisce di scorgere in esso l'uso di una formula.

<sup>46</sup> Op. cit., p. 30.

b) quelle concernenti i limiti della condanna:

Καὶ ὅσον ἂν κεφάλαιον χρήματος οἱ εὐθύνοντες ἀποδε(ί)ξωσιν ἀπενηρέχθαι ἑαυτῶν ἰδία ἢ δημοσία, τοσοῦτον ἀποδιδόναι κελευέτωσαν... (ll. 132-134).

Anche qui sorge spontanea la domanda: come sarà attuata in concreto questa disposizione che determina i limiti entro cui dovranno essere condannati gli ex-magistrati convenuti? Ed anche qui la risposta non può essere, come sopra, che la seguente: tale disposizione per essere attuata deve essere tradotta nella *condemnatio* di una formula corrispondente a quella della *condictio certae rei*: per esempio:

QUANTI EA RES ERIT TANTAM PECUNIAM RECUPERATORES N.<sup>m</sup> N.<sup>m</sup> A.<sup>o</sup> A.<sup>o</sup> CONDEMNATE SI NON PARET ABSOLVITE (Gai. IV, 46, 47).

Se ora riuniamo *intentio* e *condemnatio* e se facciamo precedere l'*intentio* dalla *datio iudicum* che doveva necessariamente aver luogo subito dopo la *sortitio*, noi avremo costruito quella *formula* nella quale il Senato traduceva, caso per caso, le disposizioni del SC. di Augusto.

RECUPERATORES SUNTO. SI PARET N.<sup>m</sup> N.<sup>m</sup> A.<sup>o</sup> A.<sup>o</sup> QUaedam publice vel privatim subtraxisse, eaque dole malo N.<sup>m</sup> N.<sup>m</sup> A.<sup>o</sup> A.<sup>o</sup> REDDITA NON ESSE, QUANTI EA RES ERIT TANTAM PECUNIAM N.<sup>m</sup> N.<sup>m</sup> A.<sup>o</sup> A.<sup>o</sup> RECUPERATORES CONDEMNATE, SI NON PARET ABSOLVITE.

Nella formula da noi ricostruita abbiamo usato per i giudici il nome di *recuperatores*. A coloro che hanno già studiato il SC. in esame, ciò riuscirà abbastanza giustificato: tanto l'Oliverio, quanto l'Arangio-Ruiz ed il Premerstein, infatti, sono concordi nell'affermare che il SC. risuscita a nuova vita l'antico collegio di *recuperatores*, che già nel 171 a.C. aveva giudicato una controversia *de repetundis*<sup>47</sup>. Del resto molti sono gli indizi che concorrono a provare come il collegio di cinque giudici creato dal SC. non sia altro che il collegio recuperatorio: a) la sua costituzione identica con quella del collegio recuperatorio testimoniatoci da Livio (XLIII, 2); b) la competenza dei *recuperatores* a giudicare delle *repetundae* attestataci da Tacito (*Ann.*, I, 74) ancora per il periodo imperiale; c) le origini del collegio recuperatorio sorto appunto per dirimere, e solle-

<sup>47</sup> Cfr. OLIVERIO, op. cit., p. 51; ARANGIO-RUIZ, *Riv. cit.*, p. 348; PREMERSTEIN, loc. cit., pp. 479, 501, 503, 512, 521 segg. Per il più antico esempio di *recuperatores* in una controversia *de repetundis*, cfr. LIV., XLIII, 2: «... L. Canuleio praetori, qui Hispaniam sortitus erat, negotium datum est, ut in singulos, a quibus Hispani pecunias repeterent, quinos recuperatores ex ordine senatorio daret, patronosque, quos vellent, sumendi potestas faceret». — Nel SC. i membri del collegio giudicante sono chiamati quasi sempre κριταί (ll. 123, 125, 130, 134, 142); solo una volta δικασταί (l. 138). Quale sarà stata la corrispondente espressione latina? *Iudices* o *recuperatores*? La tesi da noi sostenuta relativa alla struttura del procedimento ed alla sua analogia ed al suo parallelismo col processo formulare, ci permette di sostenere che l'espressione latina doveva essere *recuperatores*. Cfr. PREMERSTEIN, loc. cit., p. 503.

citamente, controversie tra stranieri e con stranieri<sup>48</sup>; *d*) la costituzione del nostro collegio di giudici analogo a quello di altri collegi di *recuperatores*<sup>49</sup>; sono tutti indizi indubbi che il collegio di cinque senatori cui è demandato il giudizio del nuovo procedimento *de repetundis*, ha natura di collegio recuperatorio.

Se dunque il collegio di giudici creato dal SC. è un collegio di *recuperatores*, la tesi dell'uso della formula da noi sostenuta riceve una prova ulteriore. Perché l'uso della formula, sia nel senso tecnico che in quello improprio di formula di cognizione, è provato nei giudizi recuperatori<sup>50</sup>.

Una conclusione scaturisce, dunque, evidente da ciò che abbiamo detto: che nella fase *in iure* del processo di *repetundae* introdotto dal SC. di Augusto, veniva redatta una formula in cui erano fissati i termini della controversia da rimettere al giudizio dei *recuperatores*. Due punti ci restano ora da chiarire: 1) aveva luogo una *litis contestatio* tra le parti? 2) come venivano i *recuperatores* investiti del potere di giudicare?

Quanto alla prima domanda, noi abbiamo già risposto che noi non crediamo che avesse luogo fra le parti una *litis contestatio* (*edere et accipere iudicium*)<sup>51</sup>. Le parti concorrevano alla determinazione della controversia, e ciò al fine di ren-

<sup>48</sup> FESTO, s.v. *recuperatio*: «*Recuperatio est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per recipatores reddantur res recipenturque, resque privatas inter se persequantur*». Cfr. PADELLETTI, *I giudici nel processo civile romano*, in *Archivio giuridico*, XV (1875), p. 523 segg.; WŁASSAK, *R. P. G.*, II, 299 e *passim*; WĘNGER, s.v. *Reciperatio*, in *PW.*, I, A, col. 425 segg.

<sup>49</sup> Così la *reiectio iudicium* concessa alle parti dal nostro SC. (ll. 119 segg.) ci è attestata in vigore per la costituzione di altri collegi recuperatori. *Lex Agraria* (a. 111 a.C.), RICCOBONO, *Fontes*, p. 94, l. 37: «... *recuperatores ex civibus L, qui classis primae sient, XI dato; inde alternos du[m] taxat quaternos is quei petet et is unde petetur, quos volent reiciant facito...*». Cfr. ARANGIO-RUIZ, loc. cit., p. 357 n. 1. *Edictum de aquaeductu Venafrano*, RICCOBONO, *Fontes*, p. 318, l. 65: «... *tum, qui inter civis et peregrinos ius dicet, iudicium reciperatorium in singulas res HS X reddere; dum reciperatorum reiectio inter eum qui aget et eum quocum agetur ita fi[et] ut ex lege quae de iudiciis privatis lata est, licebit oportebit*». *Lex Coloniae Genetivae*, RICCOBONO, *Fontes*, p. 150, XCV, l. 27: «... *reciperatores sortiantur reiciantur...*». – Altri punti di coincidenza sono da notare in ordine al termine stabilito per giudicare ed alla *denuntiatio* dei testimoni. Cfr. *Lex Colon., Genet.*, XCV, ll. 2-5; *Ed. de aq. Venafr.*, ll. 65 segg.; vedi ARANGIO-RUIZ, loc. cit., pp. 359-362. Cfr. pure la *nota iuris* di Valerio Probo, RICCOBONO, *Fontes*, p. 368: Q. E. R. E. T. P. I. R. D. T. Q. P. D. T. D. O. P. F. («*quanti ea res erit, tantae pecuniae iudicium recuperatorium dabo testibusque publice dumtaxat decem denuntiandi potestatem faciam*») e le ll. 139-142 del SC. Cfr. pure WĘNGER, s.v. *Reciperatio* cit., col. 427.

<sup>50</sup> Cfr. WĘNGER, s.v. *Reciperatio* cit., col. 426: «Come strumento processuale fungeva il *iudicium* (la formula)». Non solo, ma si incontra ancora l'uso di *exceptiones*. Cfr. MOMMSEN, *Ges. Schriften*, I, 118. Quanto alla tesi del WŁASSAK, *Judikationsbefehl*, pp. 118 segg., 135 segg., della mancanza di *formula* nei giudizi recuperatori aventi ad oggetto controversie di diritto pubblico, vedi quanto diciamo alla p. 74, nota 2 [p. 16 nota 43].

<sup>51</sup> Neanche il PARTSCH, op. cit., p. 49, trova traccia di *litis contestatio* nei processi svolti innanzi al Senato da lui studiati.

dere possibile al Senato di impartire ai suoi commissari istruzioni precise circa i termini del giudizio.

Quanto alla seconda domanda, noi crediamo di rispondere supponendo che i commissari venivano investiti del potere di giudicare mediante un atto distinto dalla formula, ed al quale la formula doveva essere allegata. Il Senato, nominati i giudici e fissati nella *formula* i termini della controversia, ordinava formalmente, mediante senato-consulto, ai *recuperatores* di giudicare. In quest'ordine, che per quanto concerneva i termini della controversia si richiamava alla formula, erano altresì contenute alcune norme concernenti il giorno entro cui la sentenza doveva essere emessa, la presidenza del collegio dei giudici ecc. (Il. 134, 137 segg., 142-144). Quale sia il termine tecnico con cui possiamo designare quest'ordine di giudicare è chiaro: *iussum iudicandi*<sup>52</sup>.

I risultati di questo studio possono così riassumersi: il SC. di Augusto ai Cirenei introdusse accanto all'ordinario procedimento penale della *quaestio* con cui veniva perseguito il delitto delle *repetundae*, uno straordinario procedimento per perseguire soltanto in via privata il delitto in parola. La struttura di questo nuovo procedimento presenta la caratteristica partizione tra fase *in iure* e fase *apud iudicem* propria del processo ordinario. La fase *in iure* ha luogo, in questo procedimento, innanzi al Senato al quale si presentano ambedue le parti in lite. In questa fase *in iure* vengono dal Senato, col concorso delle parti, fissati solennemente e documentati in una *formula* i termini della controversia da sottoporre al giudizio di un collegio di *recuperatores*, appositamente scelti fra i Senatori. L'atto finale della fase *in iure* è costituito dall'ordine di giudicare, formalmente impartito dal Senato ai *recuperatores*, ai quali viene con l'*iussum iudicandi* trasmessa copia della formula. Ha così fine la fase *in iure* della lite e si passa a quella *apud iudicem*.

#### APPENDICE.

Questo nostro studio era già stampato quando dalla cortesia del prof. Pasquali avemmo notizia del bel libro dello STROUX e del WENGER – *Die Augustus-Inschrift auf dem Marktplatz von Kyrene*, «Abhandl. der Bayer. Akad. der Wiss.», Philosoph philol. und hist. klasse, XXXIV B., 2 Abhandl. – sulle iscrizioni di Cirene. Il cap. VIII della trattazione contiene appunto un largo ed approfondito esame dello Stroux intorno al nuovo procedimento *de repetundis*. Siamo lieti che i nostri risultati traggano da quelli ottenuti dallo Stroux nuova con-

<sup>52</sup> Un esempio di *iussum iudicandi* che ha a sé allegata la formula, vedi in PARTSCH, op. cit., p. 7 segg., dove appare come le parti avevano in loro potere la sola formula, mentre il giudice aveva in suo potere l'*iussum iudicandi* e la copia allegata della formula. Sulla natura dell'*iussum iudicandi* vedi quanto diciamo a p. 66, nota 3 [p. 10 nota 24].

ferma. Infatti lo Stroux sostiene, come noi sosteniamo, che il nuovo procedimento non sostituì, ma fu posto accanto a quello precedente della *quaestio* (p. 118); e da quest'ultimo si distinse perché esso ebbe a oggetto unicamente la restituzione del mal tolto. È vero che lo Stroux non giunge sino ad affermare nettamente la natura privata del nuovo procedimento; ma il modo con cui egli si preoccupa di differenziarlo dalla *quaestio* lascia indurre che questa tesi è da lui implicitamente accettata. Un altro punto importante di contatto fra il nostro studio e quello dello Stroux concerne: *a*) la bipartizione del nuovo procedimento e *b*) l'uso di un documento in cui venissero fissati i termini della controversia così come erano stati stabiliti innanzi al Senato (p. 124 n. 5 e p. 125). Anche lo Stroux si richiama a questo proposito alla tesi del Partsch, come noi facciamo. Certo anche in questi punti di contatto fra la tesi nostra e quella dello Stroux, differenze ce ne sono; esse derivano soprattutto da ciò: che il profilo privatistico sotto cui noi guardiamo il nuovo procedimento costituisce per noi, come crediamo, una guida importante per la esatta determinazione degli istituti. Così lo Stroux non si propone il problema della necessaria presenza delle parti innanzi al Senato, né quindi dubita della esattezza dell'emendazione proposta dall'Oliverio alla l. 105.

Ma quanto alla sostanziale coincidenza fra i nostri risultati e quelli dello Stroux dobbiamo dire che essa non è casuale; ma deriva dal fatto che tanto noi quanto lo Stroux abbiamo preso in esame il SC. sotto l'angolo visuale della natura e della struttura del procedimento da esso introdotto: angolo visuale che, invece, non era stato sufficientemente considerato nei precedenti lavori del Promerstein e dell'Arangio-Ruiz.

Ampie ed importanti considerazioni lo Stroux espone, mettendo a raffronto il nuovo procedimento con quello recuperatorio che ne costituì il modello, e studiando l'evoluzione da tale procedimento subita nell'età imperiale.

Gli altri capitoli della trattazione (i capp. IV, V, VI, sono dovuti al Wenger), prendendo lo spunto dalla interpretazione degli editti di Augusto, tracciano le linee del sistema amministrativo e giudiziario romano in provincia e specie in Cirenaica.

Dinanzi alla ricchezza di questi nuovi contributi, bisogna che noi pure diciamo col Wenger (p. 6) che veramente le iscrizioni di Cirene offrono ed offriranno ancora materia di studio a più di uno studioso.

## PRECEDENTI PROVINCIALI DELLA RIFORMA GIUSTINIANEA DEL DIRITTO DI PATRONATO\*

Il regime giuridico del rapporto di patronato si presenta nel diritto giustiniano in netta antitesi con quello del diritto classico.

Come si passò dall'uno all'altro? Si trattò di una semplice evoluzione interna dell'istituto o non concorsero, invece, a tale evoluzione, diventandone anzi fattori determinanti, elementi esterni?

Il raffronto fra il regime classico e quello giustiniano, dall'un canto, e quello fra i testi giustiniani ed alcuni papiri<sup>1</sup>, dall'altro, ci permette di affermare che il diritto giustiniano trasse dal diritto e dalla pratica provinciale i nuovi principi regolatori dell'istituto.

### DIRITTO CLASSICO.

L'atto di manumissione, compiuto secondo le forme dell'*ius civile*, perduce, come dicono le fonti, il manomesso *ex servitute ad civitatem Romanam* (fr. 1 pr. D. 38, 2). Ma lo schiavo manomesso (*libertus*) si trova in una posizione di inferiorità tanto pubblica che privata rispetto ai cittadini *ingenui*: egli, infatti, non partecipa alla pari degli altri *cives ingenui* alla vita pubblica della *civitas*, e, diversamente da loro, è giuridicamente vincolato verso il patrono e la famiglia del patrono<sup>2</sup>.

\* «Studi italiani di filologia classica», VII (2), 1929, pp. 145-154 (anche estratto: Ariani, Firenze 1929, pp. 145-154).

<sup>1</sup> Sulla manumissione e sul rapporto di patronato nel diritto greco ed in quello dei papiri cfr. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, pp. 257 segg.; 384 segg.; CALDERINI, *La manomissione e la condizione dei liberti in Grecia*, Milano, 1908; MITTEIS, *Grundzüge*, p. 271 segg.; MEYER, *Juristische Papyri*, Berlin, 1920, N. 8, p. 17; TAUBENSCHLAG, *Melanges Cornil* II, 500; *Geschichte der Reception des röm. Privatrecht in Aegypten* in «Studi Bonfante» I, 406.

<sup>2</sup> Cfr. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, p. 172 segg.; BETTI, *Istit.*, § 37.

Questa condizione di inferiorità costituisce, appunto, la caratteristica del loro *status* di *liberti*.

Orbene: potrebbe il patrono, nell'atto di manumissione, eliminare o alterare questa condizione di inferiorità, per es., liberando lo schiavo da qualsiasi vincolo giuridico nei suoi confronti e nei confronti della sua famiglia? La risposta negativa è nettamente formulata nelle fonti classiche: le norme che regolano la posizione giuridica dei liberti sono, nel diritto romano classico, norme di diritto pubblico alle quali non si può derogare con convenzioni private. Quindi prive di effetto giuridico sarebbero tutte le disposizioni di tal natura, sia che fossero contenute nell'atto di manumissione, sia che fossero sopravvenute più tardi.

Questo principio è ancora rigidamente affermato in una costituzione dell'anno 294 di Diocleziano e Massimiano a un certo Milesio: «*Libertinae condicionis constitutis privatis pactis mutare statum non licere Ninniano senatus consulto contra collusorem poena statuta praemioque detegenti promisso manifeste declaratur*» (c. 2 C. 7, 10)<sup>3</sup>.

Per la medesima ragione, sarebbe priva di effetto giuridico una dichiarazione di volontà del patrono, o del suo discendente a lui succeduto nel rapporto di patronato, tendente a liberare il liberto dall'obbligo che ha verso il patrono di lasciargli nel testamento la *dimidia pars bonorum* (a concedergli, quindi, la *libera testamenti factio*)<sup>4</sup>.

Paulus, *libro undecimo responsorum*, fr. 47 § 2 *de bonis libert.* D. 38, 2: «*Patroni filius epistulam talem liberto emisit: 'Sempronius Zoilo liberto suo salutem. Ob merita tua fidemque tuam, quam mihi semper exhibuisti, concedo tibi liberam testamenti factionem.' Quaero, an patroni filio nihil relinquere debeat. Paulus respondit eum libertum, de quo quaeritur, liberam testamenti factionem consecutum non videri.*»

E così l'intento del patrono, manifestato apertamente mediante atti conclusivi, di mutare lo stato del proprio liberto, non sorte effetto alcuno.

Modestinus, *libro primo responsorum*, fr. 12 *de iure patron.* D. 37, 14: «*Gaius Seius decedens testamento ordinato inter filios suos Iulium libertum suum, quasi et ipsum filium, ex parte heredem nominavit. Quaero, an huiusmodi scriptura possit liberto statum condicionis mutare. Modestinus respondit statum mutare non posse.*»

E, infine, proprio esplicitamente Papiniano si richiama al principio «*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*» per negare validità ad una disposizione del testatore diretta ad infrangere le norme comuni della manumissione fidecommissaria.

Papinianus, *libro nono responsorum*, fr. 42 *de operis libert.* D. 38, 1: «*Cerdonem servum meum manumitti volo ita, ut operas heredi promittat'. non cogitur manu-*

<sup>3</sup> TAUBENSCHLAG, *Das röm. Privatrecht zur Zeit Diocletians*, Cracovie, 1923, p. 151; cfr. anche WŁASSAK, *Z. S. St.* 28 (1907), 98<sup>2</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. CUIACIUS, *Obs.*, lib. VIII, cap. XXXII (*Opera*, Prati, 1859, vol. I, 162). Si distingue, però, fra diritto classico e diritto giustiniano.

*missus promittere: sed etsi promiserit, in eum actio non dabitur: nam iuri publico derogare non potuit, qui fideicommissariam libertatem dedit»* (cfr. fr. 29 pr. D. 38, 1; 95 D. 30; 7 § 4 D. 38, 1; ecc.).

La manumissione attribuiva al manomesso uno *status* (quello di liberto) avente particolare rilevanza tanto rispetto alla *familia* del manumittente che rispetto alla *civitas*: ora il patrono non poteva in nessun modo far sì che il manomesso si liberasse da questo *status* di liberto per acquistare, invece, quello di *ingenuus*. A tal uopo non sarebbe stata efficace neanche una posteriore arrogazione del manomesso da parte del patrono<sup>5</sup>.

Ulpianus, *libro quinto opinionum*, fr. 27 *de statu hominum* D. 1, 5: «*Eum, qui se libertinum esse fatetur, nec adoptando patronus ingenuum facere potuit*».

Dai testi citati risulta chiaramente come il diritto classico non riconoscesse alcun valore a disposizioni che tendessero ad alterare o ad eliminare gli effetti che l'ordine giuridico faceva oggettivamente discendere dallo *status* di liberto.

Ma da essi si ricava altresì che già nel II e III secolo a Roma stessa, ma più specialmente in provincia, la pratica e forse anche il diritto locale tendono a sopraffare le norme romane: ed è contro questo pericolo che reagisce con tanta forza l'imperatore Diocleziano<sup>6</sup>.

#### DIRITTO GIUSTINIANO.

Il diritto giustiniano abbandona del tutto i principî classici e fa propri quei principî che il diritto classico aveva invece combattuti.

Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. (c. 3 C. 6, 4 a. 529): «*Si quis patronorum in posterum huiusmodi narrationem conceperit vel in libertatibus, quae inter*

<sup>5</sup> Per l'estinzione radicale del diritto di patronato e, quindi, per la cessazione dello *status* di libertino non c'era nel diritto romano classico altro rimedio oltre quello della *natalium restitutio* (D. 40, 11). È risaputo, infatti, che l'altro istituto analogo dall'*ius aureorum anulorum* (D. 40, 10) non attribuisce che la mera apparenza della ingenuità.

<sup>6</sup> Nei testi classici riportati si ha sempre da fare con liberti il cui nome non è certamente romano (*Milesio, Zoilo*).

Cfr. altresì c. 8 C. 6, 3; c. 1 C. 6, 4; c. 3 C. 6, 6, ecc. dove i principî provinciali dei *suis nummis emptus* (cfr. *Oxy.* 1205; *Oxy.* 706) vengono accolti nei limiti in cui sono conformi a quelli analoghi già vigenti nel diritto romano. Ma non viene per nulla accolta l'idea provinciale della radicale liberazione del manomesso: ... *patronum tamen tuum esse negari non oportet* risponde l'imperatore Alessandro ad un certo *Augustinus* (un *suis nummis emptus* da colui che l'aveva manomesso) che pretendeva di essere completamente libero dai vincoli di patronato (c. 8 C. 6, 3). In questo senso pure c. 3 C. 6, 6. Sul punto cfr. TAUBENSCHLAG, *Melanges Cornil*, II, 500. Ma ciò che è necessario porre in rilievo è il contrasto mai superato nell'epoca classica fra la concezione che del patronato si aveva in provincia da quella radicalmente diversa del diritto classico. Questo contrasto cessò solamente nel periodo giustiniano con il completo trionfo della concezione provinciale accolta nelle c. 3 e 4 C. 6, 4 di Giustiniano. Pertanto *Oxy.* 1205 e 706 vanno soprattutto studiati sotto questo profilo: la loro importanza si accresce quando siano comparati a *BGU* 96 e, specialmente, a *PSI* 1040.

*vivos actitantur, vel in his, quae ex testamento vel codicillis scriptis vel sine scriptis habitis proficiscuntur, ut liberti eorum a iure patronatus liberentur, antiqua interpretatione semota non dubitet etiam patronatus ius ex sola tali verborum conceptione libertis esse remittendum nec successioneibus quae ab intestato aescendunt, quas veteres et post huiusmodi actus servari in libertorum bonis decreverunt, a nobis patronis integris reservandis. § 1. Sed quemadmodum in natalium restitutione omne ius tollitur patronatus, ita et in huiusmodi verbis eandem esse vim observandam omnes non ignorent.*

*Idemque iuris est, si inter vivos manumissione imposita in ultimis voluntatibus concessio data fuerit patronatus. et rell.».*

Giustiniano, dunque, afferma nettamente il principio che il *dominus* possa non solo manomettere lo schiavo, ma altresì liberarlo da ogni vincolo derivante dal conseguente rapporto di patronato... *ut liberti a iure patronatus liberentur*. Tale principio è ancora più nitidamente riprodotto nella costituzione dell'a. 531 a noi non pervenuta, con cui viene riformato *ab imis* il diritto di patronato e di cui è a noi rimasto un ampio sunto nei Basilici (B. 49, 1, 28 = c. 4 C. 6, 4).

Tale costituzione, dopo aver esposto il sistema classico del diritto di patronato, passa a trattare del nuovo sistema giustiniano cominciando con l'enumerare coloro che non sono soggetti al diritto di patronato. Ciò avviene (c. 4 § 1 C. 6, 4):

α) ἡνίκα ὁ ἐλευθερῶν ἐν ζωῇ ἢ ἐν τελευταία βουλήσει εἴπη συγχωρεῖν τῷ ἀπελευθέρῳ τὸ πατρωνικὸν δίκαιον.

In tal caso πρόδηλον, ὡς οὔτε αὐτῷ τῷ πατρῶνι οὔτε τοῖς ἐκ τοῦ γένους αὐτοῦ, πολλῶ δὲ μᾶλλον οὐδὲ ἐξωτικοῖς αὐτοῦ κληρονόμοις ἀρμόζει κατ'αὐτοῦ πατρωνικὸν δίκαιον.

β, γ, δ) ecc. cfr. § 2, 3, 4 segg. cost. citata. In tutti questi casi, dice l'imperatore, non solo il servo diviene libero (οὐ μόνον ἐλεύθερος γίνεται διὰ τούτου ὁ οἰκέτης), ma viene sciolto da ogni vincolo discendente dal rapporto di patronato (ἀλλὰ καὶ ἀπὴλλακται, παντὸς πατρωνικοῦ δικαίου).

E gli stessi principî vengono riaffermati nella novella 78, cap. II, dell'anno 539, regolante alcuni punti del rapporto di patronato. In essa si afferma che restino inalterati gli *iura patronatus* (τὰ πατρωνικὰ δίκαια) secondo le norme legislative precedenti, eccetto che questi *iura* non siano stati dal patrono rimessi al liberto, contemporaneamente o dopo l'atto di manumissione.

#### PAPIRI.

In conclusione, dunque, possiamo dire che mentre non è giuridicamente possibile rinunciare ai diritti di patronato in diritto classico, ciò è possibile in diritto giustiniano. La ragione dogmatica di questo diverso regime sta in ciò: che mentre

i diritti di patronato vengono considerati dal diritto classico come diritti agnatici, e quindi non rinunziabili, essi vengono, invece, considerati nel diritto giustiniano come diritti patrimoniali ai quali si può, quindi, perfettamente rinunciare<sup>7</sup>.

Però questa ragione dogmatica, se giustifica la rinunziabilità dei diritti di patronato nell'epoca giustiniana, non spiega il modo come questa nuova idea si introdusse nel sistema giuridico giustiniano. Ora questo modo va ricercato nella diffusa pratica provinciale della rinunzia, che i patroni facevano all'atto della manumissione o posteriormente, dei loro diritti di patronato.

Anche se non avessimo testimonianze dirette di questa pratica provinciale, la c. 2 C. 7, 20 di Diocleziano e Massimiano e gli altri testi innanzi citati sarebbero sufficienti a dimostrarla. Ma le scoperte papirologiche ci mettono in grado di dare di ciò una dimostrazione che non potrebbe essere più convincente.

Il PSI 1040 (vol. IX, fasc. I) ci fornisce il sunto (integralmente conservato) di un testamento del III secolo, in cui un tale Ψεναμούσιος Ἀποκράτος di Ὁξύρυγχος dopo avere nominato erede il figlio Aurelio (κληρονόμον ποιού[μενος] τὸν υἱὸν Αὐρήλιον θεόδωρον ἐκ τῆς γενομένης καὶ μετλλαχῆς γυναικὸς Διογενίδος ἀπὸ τῆς αὐτῆς πόλεως), manomette *directo* la propria schiava Dameida, disponendo altresì che essa sia libera da ogni diritto di patronato: le lega inoltre il peculio e le impone una serie di oneri (Δαμηΐδα δούλῃν αὐτοῦ ἀγοραστὴν ὡς ἐτῶν ἡ παραυτίκα τῆς τελευτῆς ἐλευθεροῖ καὶ ἀπολύει τῶν πατρωνικῶν δικαίων σὺν πεκουλίῳ παντί...).

Il punto che a noi interessa è la disposizione del testatore con cui si libera la schiava manomessa da tutti i diritti di patronato dai quali essa sarebbe altrimenti vincolata nei confronti del *filius patroni* (diritti di tutela, eredità, *obsequium*)<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. LA PIRA, *Successioni ereditarie intestate e contro il testamento in diritto romano*, § 105, p. 202.

<sup>8</sup> Per effetto della manumissione diretta disposta nel testamento la schiava, se non ci fosse stata la clausola liberatoria nel testamento, avrebbe dovuto diventare libera del figlio del testatore manumittente. Si sarebbe cioè avuto qui un caso di *libertus orcinus*. A proposito del quale bisogna dire che sopra di lui grava l'*ius patronatus* dei figli e, in genere, della *familia* del patrono. Cfr. 48 D. 40, 4. La differente posizione fra il liberto manomesso *directo* e quello manomesso per fidecommesso sta soltanto in ciò: che nel secondo caso lo schiavo diventa liberto dei manumissore, mentre invece nel primo egli diventa liberto dei figli del patrono o, in mancanza, degli agnati (*familia*) del patrono. Non credo, quindi, di poter concordare col BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, pp. 177-180, secondo il quale i *liberti orcini* costituirebbero una categoria di liberti privilegiati, quasi non fossero assoggettati all'*ius patronatus* dei figli o della *familia* del patrono. Errata è, perciò, la tesi del TAUBENSCHLAG, «Studi Bonfante», I, p. 406, n. 263, che nel PSI 1040 vedrebbe un'applicazione del principio classico della liberazione del liberto orcino dai diritti di patronato. In realtà PSI 1040 (come BGU 96 ecc.) applica un principio provinciale nettamente antitetico al regime classico del patronato; ond'è che Dameida è libera dal patronato non già perché in linea generale «vom Patronat sind auch diejenigen frei, die im Testament direkt freigelassen wurden», ma perché il testatore aveva qui espressamente disposto (conformandosi alla pratica provinciale) che essa venisse liberata τῶν πατρωνικῶν δικαίων.

Quantunque il testamento appaia nel resto fatto secondo i principî del diritto romano classico, tuttavia è questo il punto in cui esso decisamente se ne stacca: sappiamo, infatti, che questa disposizione non aveva effetto alcuno secondo le norme di tale diritto.

Ma il *PSI* 1040 non è il solo a testimoniare l'uso di rimettere ai manomessi i diritti di patronato: abbiamo, infatti, di esso attestazione in altri papiri della medesima epoca.

In *Oxy.* 1205 (a. 291)<sup>9</sup> si ha un esempio di *manumissio inter amicos* (μεταξὺ φίλων) in cui due compatroni ebrei manomettono una schiava ed uno schiavo (Ἰακῶβ ὡς ἐτῶν δ), liberandoli altresì da ogni diritto di patronato e da qualsiasi potestà:

1.6: ...ἤλευθε[ρώσαμεν, καὶ ἀπελύσαμεν 17 lett. ἀπὸ]παντὸς τοῦ πατρωνικοῦ δικαίου καὶ ἐξουσίας πάσης...

E alla 1. 10 si riafferma con forza che i patroni non hanno diritto alcuno ed alcuna potestà sopra gli schiavi, liberati.

μηδὲ ἐν δίκ[α]ιον μηδεμίαν τε ἐξουσίαν  
ἔχειν εἰς αὐτούς...

In *BGU* 90 (III secolo p. Ch., proveniente dal Faijum), che ci porge un caratteristico esempio di assenso dei discendenti (sembra) alla manumissione di uno schiavo da parte del *paterfamilias*, alla l. 14 si dispone che il manomesso venga liberato da ogni *potestas*.

[ἀπολελύσθαι... ἀπὸ πάσης τῆς δεσποτικῆς ἐξουσίας]<sup>10</sup>

*Oxy.* 706 (115. p. Ch.)<sup>11</sup> ci dà notizia di una importante controversia fra un patrono ed il proprio liberto. Il patrono Herakleides pretende dal liberto Damarion la prestazione dell'*obsequium* (παρανομή); il liberto, per contro, si difende affermando di aver pagato il prezzo della manumissione e di possedere una lettera di liberazione del patrono nella quale si dichiara che il patrono

<sup>9</sup> Cfr. MEYER, *Juristische Papyri*, N. 8, Einl., p. 18. Il MEYER crede che la liberazione dai vincoli di patronato di cui *Oxy.* 1205 ci dà notizia, sia una disposizione eccezionale derivante dalla peculiarità del caso di manumissione di cui nel papiro si tratta. Ma, come diciamo nel testo e come appare dal raffronto con *PSI* 1040 e con *BGU* 96 e *Oxy.* 706, si tratta invece di una clausola che rispecchia un uso abbastanza frequente in Egitto tanto nelle manumissioni *inter vivos* quanto in quelle testamentarie. Ciò valga anche per TAUBENSCHLAG, op. cit., p. 151, n. 3.

<sup>10</sup> Per l'integrazione τῆς δεσποτικῆς ἐξουσίας cfr. MEYER, loc. cit.

<sup>11</sup> Cfr. MITTEIS, *Chrest.*, 81.

Herakleides μηδὲν ἕξειν πρῶγμα. Nonostante questa dichiarazione contenuta nella lettera di liberazione, il prefetto M. Rutilio Lupo decide che il liberto debba prestare l'*obsequium* al patrono. Come dice il Mitteis<sup>12</sup>, è probabile pensare che il prefetto abbia interpretato la clausola solo in relazione al pagamento del prezzo di riscatto.

Ma il fatto stesso, che potessero sorgere delle controversie relativamente alla esistenza e validità dei diritti di patronato, lascia chiaramente argomentare che tali diritti erano suscettivi di rinunzia o di modifica.

Ancora: in *Oxy.* 494<sup>13</sup> il testatore, dopo avere disposta la liberazione di alcuni schiavi (l. 6), dispone (l. 14) a favore della vedova:

ἡ αὐτὴ γυνή μου... ἐπὶ τὸν τῆς ζωῆς  
αὐτῆς χρόνον καὶ τὴν δουλείαν καὶ ἀποφορὰς τῶν μετὰ  
[ ] τελευτῆν μου ἐλευθερουμένων δούλων σωμαίων

Con questa disposizione, in sostanza, il testatore sposta a favore della vedova quelle prestazioni derivanti dal rapporto di patronato che sarebbero, invece, spettate alla sua famiglia<sup>14</sup>.

Come appare dai papiri richiamati, l'uso di rimettere i diritti di patronato era abbastanza comune in Egitto. Per disporre tale rimessione viene usata una formula che, con leggere modifiche, appare tanto in *PSI* 1040, che in *BGU* 96 e *Oxy.* 1205:

ἐλευθεροῖν καὶ ἀπολύειν ἀπὸ παντὸς τοῦ  
πατρωνικοῦ δικαίου καὶ ἐξουσίας πάσης

Formule analoghe usa pure Giustiniano nelle sue costituzioni riformatrici del diritto di patronato: perché anche per lui le disposizioni del manumissore possono avere per effetto di liberare lo schiavo ἀπὸ παντὸς πατρωνικοῦ δικαίου.

#### CONCLUSIONE.

Orbene: se poniamo a raffronto la legislazione giustiniana, relativa al nostro istituto, con la pratica provinciale attestataci tanto dai papiri richiamati, quanto

<sup>12</sup> Loc. cit.

<sup>13</sup> MITTEIS, *Grundzüge*, pp. 273-274; *Chrest.*, 305; MEYER, op. cit., N. 24; indirettamente ARANGIO-RUIZ, *La successione testamentaria secondo i papiri greco-egizi*, 1906, p. 100.

<sup>14</sup> Spostamenti siffatti erano naturalmente impossibili per diritto classico. Per questo contenuto del rapporto di patronato espresso con δουλεία καὶ ἀποφοραὶ vedine altri esempi in *Oxy.* 265<sup>20</sup>; 489<sup>8,17</sup>; 496<sup>6</sup>; *P. Fior.* I, 55<sup>33</sup>; 56<sup>17</sup>; cfr. MEYER, *Griech. Texte*, p. 49; KRELLER, *Erbrechtliche Untersuchungen*, Berlin, 1919, p. 19; MITTEIS, *Grundzüge*, 273.

dalla costituzione di Diocleziano e Massimiano e dagli altri testi classici sopra citati, non può, da questo raffronto, non scaturire la seguente conclusione: che la legislazione giustiniana non ha fatto che accogliere, in questo punto, principî già da lungo tempo consacrati dalla pratica provinciale<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Se questa pratica attestata dai papiri sia derivata dal diritto greco, non si può affermare con sicurezza. Certo l'Etolia offre una forma di manumissione solenne che non solo rende il liberto pari ai meteci (classe di cittadini nella quale in Atene entrava a far parte lo schiavo liberato), ma anzi lo fa entrare nella classe più favorita degli ἰσοτελεῖς. Così DE SANCTIS, *Mon. Ant.*, VIII, p. 20. Cfr. DITTENBERGER, *Silloge*<sup>3</sup>, 1212:

Πολύφ(ρ)ων Λύκου Δ...σαν τὴν ἰδίαν  
 θρεπτ[ὴν ἀπη]λευθέρωσεν ὑπὸ Δία Γῆν Ἥλιον  
 μηδε[νὶ μη]δὲν προσήκουσαν κατὰ τοὺς  
 Αἰτωλῶ(ν) νόμους ἰσοτελεῖ καὶ ἔντιμον

Dice il DITTENBERGER a proposito di questa iscrizione: «Aetolorum leges quidem ignoramus: sed nescio an ἰσοτελεῖς hic idem privilegii genus inter libertinos inducit, atque Athenis inter inquilinos, nempe ut patrocinio eius qui manumiserunt non adstricti, sed praeter suffragii ius eadem ac cives condicione sint». Questa manumissione solenne, dice il DE SANCTIS, loc. cit., non è del resto una peculiarità etolica perché la medesima formula si riscontra a Panticapeo ed a Gorgippia. Ed a questa manumissione solenne, avente per effetto la liberazione da ogni vincolo di patronato, il DE SANCTIS, loc. cit., compara la ξηνικὴ λύσις, forma di manumissione molto frequente in Tessaglia. Cfr. per qualche esempio DURRBACH, *B. C. H.*, X, 448; XII, 350; e per esempi di tale manumissione anche in Epiro COLLITZ, *Sammlung*, II, 1351, 1360. Sulla ξηνικὴ λύσις e sulla *isotelia* vedi pure CALDERINI, *La manumissione e la condizione dei liberti in Grecia*, pp. 275 e 343.

## LA SOSTITUZIONE PUPILLARE\*

### I.

#### Ricostruzione storico-dogmatica

Introduzione. – § 1. La irregolare posizione della sostituzione pupillare nel sistema ereditario romano. – § 2. I tre rapporti successorii di cui essa consta. Carattere fondamentale del rapporto di successione fra sostituto pupillare e *paterfamilias*.

Cap. I. Caratteri del rapporto di successione del pupillo al suo *paterfamilias*. – § 3. Il pupillo morto impubere nello stesso diritto classico non è considerato quale vero erede del padre. Argomenti tratti: *a)* dalla formula di sostituzione – § 4. *b)* dalla inefficacia del sostituto del *ius abstinendi* esercitato dal pupillo – § 5. *c)* dalla misura della prestazione dei legati da parte del sostituto *d)* dall'uso della *stipulatio* «quanto amplius etc.» da parte del pupillo che presta i legati *e)* dal *dies cedens* dei legati imposti al sostituto.

Cap. II. La posizione giuridica del pupillo impubere nel diritto classico e preclassico. – § 6. Parallelismo fra la posizione del pupillo e quella della donna, ed analogia fra queste posizioni giuridiche e quelle delle persone *alieni iuris*.

Cap. III. Caratteri del rapporto di successione del sostituto al pupillo. – § 7. La nomina del sostituto da parte del *paterfamilias* ed il suo legame essenziale col testamento paterno. – § 8. Unità formale e sostanziale delle duplici tavole. La eredità pupillare quale accessione di quella paterna.

Cap. IV. Sostituzione pupillare e tutela. – § 9. Rapporto successorio fondamentale e rapporti successorii sul primo più tardi irregolarmente innestatisi: causa di ciò. – § 10. Determinazione di tale causa. – § 11. Tutela e sostituzione pupillare riuniti nel grembo originario della *hereditas*. – § 12. Perfetta identità strutturale tra tutela e sostituzione pupillare. – § 13. In antico l'erede continuava sull'impubere la *patria potestas* e perciò faceva propri, *iure potestatis*, i beni al pupillo sopravvenuti. – § 14. Separazione della *potestas* dal titolo di erede e conseguente nascita della tutela e della sostituzione pupillare.

### II.

#### Appendice esegetica

§ 1. Il domma dell'una *hereditas* nel diritto classico ed in quello giustiniano. – § 2. Egesi dei fr. 28 D. 42, 5; 42 D. 29, 2; 12 D. 28, 6: loro interpolazione. – § 3. Id. dei fr. 40 D. 29, 2; 28 (27) § 2 D. 36, 1: loro interpolazione. – § 4. Id. del fr. 41 D. 29, 2: sua interpolazione.

\* *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, vol. 3, Treves, Milano 1930, pp. 271-347 (già estratto: Premiata tipografia successori fratelli Fusi, Pavia 1929, pp. 271-347).

## I

## Ricostruzione storico-dogmatica

## Introduzione

§ 1. – La sostituzione pupillare ci viene presentata dalle fonti classiche sotto un duplice profilo: – *a*) come nomina di un erede a se stesso fatta dal testatore per il caso che il pupillo impubere istituito erede nel suo testamento muoia dopo di lui, ma prima di aver raggiunto la pubertà: ‘*Si filius meus prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius mihi heres esto*<sup>1</sup>’; – *b*) come nomina di un erede al pupillo impubere fatta dal *paterfamilias* per il caso che il pupillo, istituito o diseredato nel testamento paterno, muoia dopo il testatore ma *ante pubertatem*: ‘*Quisquis mihi heres erit, idem filio impuberi heres esto*<sup>2</sup>’.

Ora, studiato sotto l’uno o sotto l’altro profilo, l’istituto ci appare in assoluto contrasto con le regole fondamentali del sistema ereditario romano: in quanto, infatti, la sostituzione pupillare abbia per scopo la nomina di un erede (sostituto) allo stesso testatore, essa è in contraddizione col principio *semel heres semper heres*; in quanto, invece, abbia per scopo la nomina di un erede al pupillo impubere, essa è in contraddizione col principio per cui nessuno può nominare un erede ad un terzo<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Gai II. 179; integrando la formula gaiana con *mihi*, come nel fr. I § I D. 28, 6.

<sup>2</sup> Cfr. fr. 3 D. 28, 6. Questa seconda formula è già largamente in uso all’epoca di Gaio: così, per es., la troviamo usata da Giuliano nei fr. 31 pr. D. 28, 6; 28 § 2 D. 36, 1.

<sup>3</sup> Per eliminare le due contraddizioni non c’è che una via: considerare il pupillo come non mai divenuto erede del padre. Questa via batte, infatti, il KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte* II 875 segg., il quale afferma che il pupillo in antico non aveva piena capacità giuridica e non diventava erede del padre che all’epoca della sua *pubertas*. Cfr. anche FERRINI, *Pandette* nr. 621. Ma perché non aveva piena capacità giuridica? E che avveniva allora del pupillo alla morte del padre? E come va concepito tutto il periodo che va dalla morte del testatore alla morte dell’impubere? La tesi del Karlowa, in sé esatta, suscita per la sua incompletezza una infinità di problemi ai quali non è possibile dare una adeguata risposta. Come si dirà nel testo, solo l’accostamento della tutela alla sostituzione pupillare e la ricomposizione dell’antica figura dell’*heres* può spiegare l’enigma della sostituzione pupillare. Sulla natura di questa sostituzione v’è stata in tutti i tempi profonda divergenza tra gli scrittori: le tesi sostenute sono, sostanzialmente, due: – 1) che il sostituto sia erede del padre, – 2) che sia, invece, erede del pupillo. Ma ambedue le tesi colgono solamente uno dei vari aspetti sotto i quali il nostro istituto ci appare considerato nella sua intierezza. La tesi del BARON, *Die Gesamtrechtsverhältnisse* (Leipzig, 1864 p. 453 segg.) e *Pandekten* p. 662, il quale concepisce la sostituzione come «rapporto giuridico complesso» la cui titolarità vada contemporaneamente attribuita al pupillo ed al sostituto, costituisce solamente un tentativo, intelligente ma non riuscito, di inquadrare sotto un’unica categoria giuridica i fenomeni eterogenei cui la sostituzione pupillare dà luogo. Questo istituto, infatti, per il suo peculiare modo di formazione, sfugge ad ogni criterio unitario; esso è costituito da tre rapporti successori, tra loro contrastanti, di cui è impossibile la riduzione ad un comune denominatore. La tesi del Baron si può così riassumere: – 1) che il sostituto già durante la vita dello stesso pupillo è stato erede del padre; – 2) che il pupillo ed il

Dove trovare la radice di questo curioso intreccio di contraddizioni che costituisce sin nell'epoca classica più remota la struttura del nostro istituto? È esso una costruzione relativamente recente, o, invece, un rudere di un edificio già distrutto, la sopravvivenza di un sistema ereditario arcaico, dal quale il nuovo sistema discese?

Di certo non v'ha che questo: che il sistema ereditario romano, quale ci appare in epoca storica e quale si mantenne per tutta l'epoca classica (sistema di *ius civile*), è – almeno quanto alla sua struttura – un complesso armonico di principii. È vero che all'analisi accurata quei principii appaiono in manifesto disagio in ordine alla funzione che sono destinati ad attuare: la struttura del loro sistema porta chiaramente in sé i segni di una destinazione radicalmente diversa. E noi sappiamo, infatti, che questo medesimo sistema trasportato in altro campo ad esercitare una funzione non propriamente ereditaria, trova in questa diversa funzione (la tutelare) un agio ed una corrispondenza che non trova, invece, in quella che dovrebbe essere la sua funzione propria<sup>4</sup>. Tuttavia un sistema armonico di principii c'è, e noi non riusciamo a cogliere quasi mai in fallo i giureconsulti romani, quanto all'applicazione integrale di essi.

Peraltro, qua e là, nel mezzo di questo sistema, che solo se guardato superficialmente appare perfetto, si palesano contraddizioni inspiegabili: tra esse la sostituzione pupillare tiene senza dubbio il primo posto. Tali contraddizioni ci

sostituito occupano insieme, sia pure con certe singolarità, una medesima posizione giuridica (op. cit. p. 455). Ora, quali esigenze costringono il Baron a ricorrere a tale costruzione? Evidentemente queste: – 1) che a lui il pupillo appare indubbiamente erede del padre: – 2) che, d'altronde, il sostituto è egli pure necessariamente erede del padre; – 3) che il sostituto è erede del padre in virtù di un rapporto originario ed immediato di successione, (op. cit. p. 457). Ora, come conciliare la originarietà ed immediatezza della successione del sostituto al padre, con la successione del pupillo al padre? Fino a quando si mantengono queste esigenze, la sola possibile soluzione è quella bellamente indicata dal Baron. La radice di tutte le contraddizioni è costituita, perciò, dal fatto che il pupillo appaia erede del padre. Eliminare questo rapporto di successione: era questo il compito della dottrina, dopo la costruzione del Baron. E all'assolvimento di questo compito mosse appunto, incontrando gli ostacoli notati, il KARLOWA (loc. cit.). La soluzione definitiva del travagliato problema a noi appare unicamente trovarsi risalendo ad un sistema più antico della *hereditas*, in cui tutela e sostituzione pupillare si ricongiungano in quel titolo di erede dal quale essi sono in epoca storica usciti, e del quale, invece, costituivano in antico funzioni ad esso naturalmente inerenti. Una concezione tutta propria, che si collega a quella del testamento adozione, ci dà il PEROZZI, *Ist.* II<sup>2</sup> 564 n. 4. Gli autori più recenti che hanno studiato con qualche ampiezza il nostro istituto sono: il BARON, op. cit.; il PIETAK, *Zur Lehre von der Pupillarsubstitution* in *Archiv f. civ. Prax.* 58 (1875) pp. 378-427 e 59 (1876) pp. 1-35; il COSTA, *Sulla sostituzione pupillare* in *BIDR* 6 (1893) 246 sgg.; il KARLOWA, loc. cit. Ma sempre ricche di insegnamento sono le elaborazioni e le interpretazioni che, anche in ordine al nostro istituto, ci porgono la Glossa e Cuiacio. Esse valgono, almeno, a prospertarci le numerose contraddizioni delle fonti.

<sup>4</sup> La tutela ha, infatti, la stessa struttura della *hereditas*: con questo di più, che alla struttura della tutela corrisponde una adeguata funzione: mentre, invece, nella *hereditas* il contrasto tra funzione e struttura è quanto mai vivo in epoca storica. Cfr. BONFANTE *Corso di diritto Romano* I p. 405. E, per una analisi della struttura dei due sistemi, diretta a rilevarne la fondamentale identità, cfr. LA PIRA, *Successioni ereditarie intestate e contro il testamento in diritto romano* § 47 sgg.

appaiono, per rendere pittoresca l'immagine, come una serie di isolotti in mezzo ad un'ampia distesa di acque. Questa rappresenta il sistema armonico di principii; gli isolotti, invece, gli istituti che in tale sistema, pur sostanzialmente appartenendovi, non trovano, tuttavia, la loro formale ragion di essere. Innanzi a tale situazione il compito dello studioso è ben chiaro: egli si domanda: dove la radice di tali contraddizioni? Quegli isolotti, per riprendere l'immagine, rappresentano gli ultimi avanzi di un continente scomparso? Si tratta di fenomeni rispondenti nella loro sostanza ad un sistema ereditario scomparso, che i giureconsulti dell'epoca storica, a costo di inevitabili contraddizioni, hanno mantenuto, rivestendoli con nuova forma, nel sistema ereditario nuovo? Ed in quest'ultima ipotesi, quali erano le linee di quel sistema scomparso in cui tali fenomeni, ora inspiegabili, trovano la loro perfetta giustificazione?

È questa la posizione che noi dobbiamo assumere nello studio della sostituzione pupillare. La quale è in aperto contrasto coi principii fondamentali del sistema ereditario dell'epoca storica; ma non è la sola contraddizione di tale sistema; ci sono in esso ancora altre contraddizioni, sia pure meno appariscenti; ebbene, tra tutte coteste contraddizioni ci deve essere senza dubbio un legame: esse debbono e possono essere ricondotte ad un principio che riesca finalmente a mostrarne e a giustificare l'origine.

Tali contraddizioni ci possono apparire o come frammenti di un sistema arcaico scomparso, o, più frequentemente, come incongruenze derivate dal fatto che l'antico sistema passando da un'epoca più antica ad un'epoca più recente ha mutato la sua funzione originaria, assumendone una tutta nuova.

§ 2. – Che la sostituzione pupillare o, per lo meno, che il fenomeno che sotto tale veste si cela (acquisto di tutti i beni del pupillo morto dopo il *paterfamilias*, ma *ante pubertatem*, da parte di una persona, che è sempre necessariamente erede del testatore, designata nel testamento del defunto *paterfamilias*) risalga molto indietro nella storia giuridica romana, non vi può essere dubbio alcuno. Le testimonianze di Cicerone, alcune decisioni di giureconsulti dell'epoca repubblicana, riportate nelle nostre fonti, e, in special modo, la struttura dell'istituto, concorrono a dimostrarne l'antichità<sup>5</sup>.

Ulpiano dice<sup>6</sup> del nostro istituto che esso «*moribus introductum est*», così come «*moribus receptum est*» anche il *ius potestatis*<sup>7</sup> che costituisce il fondamento di tutta l'organizzazione sociale e giuridica di Roma. E in realtà, il *ius pote-*

<sup>5</sup> Cic. *de inv.* II. 21. 62; II. 42. 122; *de or.* I. 39. 180. Labeone, Ofilio, Cascellio, Trebazio, avevano perfettamente familiare l'istituto, come ci appare dalla bella decisione contenuta nel fr. 39 D. 28, 6. Come diciamo più oltre nel testo, l'istituto si spinge tanto lontano nella storia giuridica di Roma quanto lontano si spinge la tutela. La tesi dell'antichità della sostituzione pupillare è sostenuta contro il DERNBURG (*Pand.* III<sup>3</sup> § 89 p. 170) dal KARLOWA, op. cit. p. 876.

<sup>6</sup> Fr. 2 pr. D. 28, 6.

<sup>7</sup> Fr. 8 D. 1, 6; cfr. pr. Inst. II. 16.

*statis* costituisce, come vedremo, non solo il presupposto, ma al tempo stesso la ragione del fenomeno in esame. La sostituzione pupillare, almeno nel suo concreto contenuto, è, dunque, un istituto che risale sino alle origini medesime del fenomeno ereditario: poiché il suo fondamento è la *patria potestas*, è naturale pensare che se di esso si parla in un periodo in cui questo principio basilare della vita sociale e giuridica romana viene già, in certo modo, scalzato da principii nuovi, a maggior ragione, e con più coerenza, bisogna parlarne per l'epoca più remota, quando la *patria potestas* vigeva in tutta la sua assolutezza. La facoltà che ha il *paterfamilias*, in epoca storica, di disporre dei beni del pupillo, l'aveva necessariamente anche nel periodo più antico: essa costituiva, infatti, un elemento immanente della *patria potestas*. Anche guardata sotto il profilo della sua erezione, fermandoci alla semplice analisi della forma con cui nell'epoca storica veniva disposta, la sostituzione pupillare ci appare, in certa guisa, della stessa natura della istituzione di erede, e, specialmente, della *datio tutoris* (con quest'ultimo istituto, poi, essa mostra rassomiglianze straordinarie). Ora anche la istituzione di erede e la *datio tutoris*, come la sostituzione pupillare, riposano esse pure sulla *potestas* di cui costituiscono, anzi, gli indici più perfetti. Se vogliamo, perciò, assegnare un'epoca all'origine del nostro istituto, noi possiamo dire con sicurezza che essa si spinge tanto lontano, quanto lontano si spinge l'epoca di origine della *datio tutoris* e della istituzione di erede: e infatti, nel senso che spiegheremo più oltre, la sostituzione pupillare, o meglio quel fenomeno che più tardi prese il nome e la forma di sostituzione pupillare, era un momento necessario dello stesso fenomeno ereditario del quale era, quindi, coevo.

Rivendicata la originarietà del nostro istituto, dobbiamo ora procedere all'analisi della sua struttura. La domanda che sorge spontaneamente per prima è questa: la struttura che l'istituto ci mostra nel periodo classico, anche più antico, è quella stessa che esso aveva in origine? Per rispondere a questa domanda noi dobbiamo distinguere tra il fenomeno concreto che col nome di sostituzione pupillare viene indicato e la forma giuridica con cui tale fenomeno viene presentato nell'epoca classica. Ora il fenomeno concreto consiste, come abbiamo già detto, in ciò: che il *paterfamilias* può, in virtù della sua *potestas*, disporre affinché i beni, di qualunque origine, del pupillo impubere, morto dopo di lui ma *ante pubertatem*, pervengano ad una persona, che è sempre necessariamente sua erede, da lui designata nel suo testamento.

La forma giuridica, anzi le forme giuridiche, sotto le quali questo fenomeno viene presentato nel periodo classico, sono le seguenti: — 1. Il pupillo diventa anzitutto erede del *paterfamilias* (parliamo del pupillo istituito, prescindendo per ora da quello diseredato); — 2. Morto il pupillo *ante pubertatem*, il sostituto pupillare diventa egli pure erede del *paterfamilias*; — 3. Il sostituto pupillare diventa altresì erede del pupillo.

Formalmente, quindi, la sostituzione pupillare ci appare nell'epoca classica costituita da tre rapporti successori: uno tra il pupillo e il *paterfamilias*, un se-

condo tra il sostituto pupillare e lo stesso *paterfamilias*, un terzo tra il sostituto pupillare ed il pupillo.

Ora, noi crediamo di poter affermare che, mentre il contenuto concreto in che si sostanzia la sostituzione pupillare è un fenomeno antichissimo (anzi, come vedremo, un elemento immanente dell'originaria successione ereditaria), le forme sotto le quali tale fenomeno ci è presentato in epoca classica sono costruzioni giuridiche recenti che, innestatesi sopra l'unico rapporto antico di successione, quello fra erede e *paterfamilias*, hanno posto nell'ombra e, in certo modo, alterato questo rapporto.

Il nostro compito allora consiste nel liberare la forma giuridica sotto la quale il fenomeno si presentava in antico dalle superstrutture posteriori, e nel ricercare quali furono le ragioni che determinarono il passaggio da tale forma alle nuove. Per assolvere tale compito e per pervenire a risultati noi dobbiamo anzitutto dimostrare che quei tre rapporti successori, dalla cui unione risulta il nostro istituto, non potevano, così come essi ci appaiono in epoca classica, aver luogo nell'epoca più antica.

## Cap. I

### Caratteri del rapporto di successione fra pupillo e *paterfamilias*

§ 3. – E cominciamo dal primo: cioè dal rapporto di successione del pupillo impubere al suo *paterfamilias*. Questo rapporto non poteva aver luogo nell'epoca antica: il pupillo impubere, quindi, non poteva essere erede del *paterfamilias*<sup>8</sup>.

Se noi ci rifacciamo alla tesi secondo la quale la successione aveva in origine per contenuto la trasmissione della *patria potestas*<sup>9</sup> e se quindi, come noi abbiamo già in altra opera<sup>10</sup> affermato, concepiamo come possibile in origine un rapporto successorio soltanto tra un *paterfamilias* (pubere) defunto ed un nuovo *paterfamilias* (pubere) chiamato a continuarne la *potestas*, la impossibilità per un impubere – il quale era sottoposto alla *potestas* del tutore – di essere erede risulta evidente. Ma questa tesi richiede essa, a sua volta, di essere provata: e, più che come punto di partenza, essa va considerata quale punto di arrivo.

<sup>8</sup> KARLOWA, op. cit., p. 876. Questa tesi, è, invece, esclusa dal BARON, op. cit. p. 457.

<sup>9</sup> BONEANTE, *Istituz.*<sup>8</sup> p. 524.

<sup>10</sup> *Successioni ereditarie* cit. § 46 sgg.

Abbiamo noi nelle fonti, esplicitamente o implicitamente affermati, elementi che permettano di sostenere il nostro asserto? Tali elementi noi li abbiamo, e possiamo dividerli in due gruppi: – 1. Elementi dai quali risulta esplicitamente che i giuristi classici consideravano il pupillo morto impubere come non divenuto erede; – 2. Elementi, tratti dalla considerazione della struttura dell'istituto, dai quali quella concezione risulta implicitamente. Passeremo, dunque, a valutare la importanza degli uni e degli altri. E cominciamo coi primi.

Ulpianus, lib. XX ad Sab., fr. 32 pr. D. de leg. et fid. 30: Si quis a filio pupillo herede instituto, cum is in suam tutelam venisset, pecuniam legaverit et a substituto herede legata repetierat, impubere filio mortuo secundus heres legatum non debebit. Quod ita verum esse tam Sextus quam Pomponius putant, si repetitio legatorum ad eum modum concepta sit veluti: 'quae a filio meo legavi quaeque eum dare iussi, si mihi heres esset, id heres meus isdem diebus dato' rell.

Nella fattispecie in esame, il testatore aveva istituito erede il pupillo, lo aveva onerato di legati da prestarsi all'epoca della pubertà, e, pel caso che fosse morto impubere, gli aveva sostituito un terzo. Poi aveva onerato il sostituto degli stessi legati imposti all'istituto: ma la formula usata nella *repetitio* dei legati aveva reso inefficace la *repetitio* medesima. Tale formula era così concepita: «*quae a filio meo legavi quaeque eum dare iussi, si mihi heres esset, id heres meus isdem diebus dato*». L'inefficacia della *repetitio* sta in ciò, che i legati si intendono ripetuti a carico del sostituto, a causa della formula di ripetizione, alle medesime condizioni sotto le quali essi erano stati imposti all'istituto. Ora nel nostro caso i legati erano stati imposti all'istituto sotto condizione che egli fosse divenuto pubere. Non essendo divenuto pubere, i legati in parola erano caduti nel nulla. È chiaro allora che la loro ripetizione con la formula sopra indicata non aveva efficacia alcuna: era come ripetere il nulla.

Ora ciò che interessa, ai fini della nostra tesi, è questo: che qui, tanto il testatore quanto i giuristi Africano (Sextus), Pomponio ed Ulpiano concepiscono la formula «*si mihi heres esset*» come equivalente a quest'altra «*si is in suam tutelam venisset*». Questa equivalenza delle due formule, se ci permette di affermare che ancora nell'epoca classica il pupillo morto impubere veniva in certo modo considerato come non divenuto erede del *paterfamilias*, a maggior ragione deve permetterci di affermare che nell'epoca più antica il pupillo non diveniva assolutamente erede del suo *paterfamilias*.

Una riprova della perfetta equivalenza tra la formula «*si heres esset*» e quella «*si in suam tutelam venisset*» ci è data dal seguente testo:

Africanus, lib. II quaest., fr. 33 § 1 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6: Si filius et ex eo nepos postumus ita heredes instituantur, ut Gallo Aquilio placuit, et nepoti, si is heres non erit, Titius substituatur, filio herede existente Titium [omnimodo, id est etiam si nepos natus non fuerit] excludi respondit.

Il testo potrebbe lasciare, a prima vista, qualche dubbio circa la natura della sostituzione di cui in esso si tratta: vi si fa questione, cioè, della sostituzione

pupillare o di quella volgare? La formula, «*si is heres non erit*» potrebbe trarre qualcuno in inganno, come trasse in inganno il glossatore che aggiunse l'inciso «*omnimodo – fuerit*»<sup>11</sup>. Chi non sa che tale formula equivale all'altra '*si in suam tutelam non pervenerit*', può pensare che nel testo si tratti di sostituzione volgare. Ma tale opinione appare erronea appena si consideri la chiusa del frammento. Perché, infatti, il sostituto pupillare del nipote, allorché il figlio (padre dell'impubere) diventi erede, viene necessariamente escluso? Perché la sostituzione pupillare può disporsi soltanto per coloro che siano immediatamente sottoposti alla potestà del *paterfamilias* testatore – essa può essere disposta anche per i nipoti, ma solo per l'ipotesi che non ricadano nella potestà del padre loro – e questo si verifica quando costui sia già morto o uscito dalla potestà all'epoca della morte del *paterfamilias* testatore. Ora, nel caso in esame è supposto, invece, che il figlio né sia morto né sia uscito dalla potestà del padre, del quale anzi è supposto che sia divenuto erede. È chiaro allora che il nipote postumo, suo figlio, costituito con lui nel testamento dell'avo, è ricaduto sotto la sua potestà. Per questa ragione la sostituzione pupillare non può più aver efficacia. Eppertanto anche se il nipote venisse a morire *ante pubertatem*, il sostituto pupillare non potrà pretendere di venire lui *ex substitutione* alla eredità del pupillo (e a quella dell'avo).

Orbene: nel caso nostro Africano, anziché indicare la condizione della sostituzione pupillare con la formula comune nell'epoca classica «*si pupillus prius moriatur quam in suam tutelam venerit*», la indica con l'altra formula «*si is heres non erit*». Morire *ante pubertatem* e non diventare erede sono dunque per Africano, qui ed altrove (fr. 32 pr. D. 30), termini perfettamente equivalenti.

Infine, una attestazione più netta della equivalenza tra i due termini ci porge la c. 4 C. de imp. et de al. subst. 6, 26 (Imp. Alexander A. Firmiano): *Quamvis placuerat substitutionem impuberis, qui in potestate testatoris fuerit, a parente factam ita: «si heres non erit» porrigi ad eum casum, quo, posteaquam heres extitit, impubes decessit rell.*<sup>12</sup>

Mi si dirà subito: ma qui la costituzione si richiama (*placuerat*) alla costituzione di Marco e Vero in virtù della quale *cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intellegatur, sive filius heres non extiterit sive extiterit et impubes decesserit* (fr. 4 pr. D. 28, 6). E infatti l'imperatore Alessandro si richiama a questa costituzione di Marco e Vero.

<sup>11</sup> Credo che l'inciso [*omnimodo – fuerit*] sia una glossa, anziché, come si ritiene, una interpolazione. Il glossatore credette che il giurista si riferisse ad una sostituzione volgare. Ora poiché l'esclusione del sostituto in questo caso appariva agli occhi del glossatore come singolare, a maggiormente fissare nella propria mente la decisione introdotta da Giuliano egli credette opportuno di inserire l'inciso segnalato.

<sup>12</sup> Per alcune osservazioni critiche di carattere esclusivamente formale, cfr. BESELER in *Z. Sav. St.* 47 (1927) 60.

Ma è appunto il contenuto stesso di tale costituzione che viene a confermare la nostra tesi. Notiamo, intanto, che la costituzione di Marco e Vero non ha relazione alcuna coi due frammenti avanti analizzati: essi, infatti, riferiscono l'opinione di giuristi vissuti nell'epoca adrianea (Pomponio: Africano, come è noto, riporta sempre il pensiero di Giuliano). È fuor di dubbio, quindi, che già prima della costituzione di Marco e Vero, la formula «*si heres non erit*» equivaleva all'altra «*si in suam tutelam non venerit*»<sup>13</sup>. Questa equivalenza, però, non è creazione recente, ma costituisce come il vestigio di un'epoca più lontana in cui essa aveva un valore ben più assoluto. La costituzione non fece altro che riaffermarla, evitando così i dubbi e le controversie che potevano sorgere nei singoli casi. Si ricorderà, infatti, la celebre causa curiana. L'origine della questione stava, come si dice comunemente, in ciò: nello stabilire se nella sostituzione pupillare si dovesse considerare implicita anche quella volgare<sup>14</sup>. Ora la risposta positiva data definitivamente a tale domanda con la costituzione di Marco e Vero non va intesa nel senso di una estensione equitativa della portata della sostituzione pupillare; come un saggio di interpretazione libera di disposizioni testamentarie e come un ossequio alla tacita volontà del testatore.

A mio avviso quella costituzione ha proprio valore di *strictum ius* e costituisce una interpretazione strettamente logica del diritto. Se il testatore usa la formula «*si mihi heres non erit*» questa formula ha in sé necessariamente un duplice valore; essa, cioè, si riferisce tanto al caso che il pupillo muoia prima del testatore quanto al caso che egli muoia dopo il testatore ma *ante pubertatem*: perché nell'un caso e nell'altro egli non ha potuto divenire erede. Ora questo concetto, che era nitidissimo in antico, viene col tempo oscurandosi: il pupillo venne, infatti, in certo modo, considerato erede: ma venne considerato tale in una maniera così curiosa e con caratteri così provvisori, che nella coscienza sociale romana continuò pur sempre ad aver valore l'antico principio. Da questo annebbiamento, però, equivoci e dissidi dovevano naturalmente sorgere; ed ecco allora la necessità di provvedere legislativamente per porre termine ad ogni dubbio. La costituzione di Marco e Vero, pertanto, costituisce la riaffermazione dell'antico principio secondo cui il pupillo non viene considerato erede prima di aver raggiunto la pubertà. Essa costituisce, dunque, un indice prezioso per conoscere l'antico stato del diritto; ed è, d'altro canto, un indice sicuro, perché lo vediamo conforme a quella giusta interpretazione antica alla quale, come abbiamo visto, erano già ricorsi giuristi dell'epoca precedente, quali Pomponio e Giuliano.

<sup>13</sup> Tale equivalenza era ammessa da giureconsulti più antichi: così, per esempio, da Sabino. Cfr. l'interessante analisi della formula «*cum in suam tutelam pervenerit*» contenuta nel fr. 50 D. 32.

<sup>14</sup> Cic. *de orat.* 1, 39, 180; 1, 56, 238; 1, 57, 243; 1, 57, 244; 2, 6, 24; 2, 32, 141; *de inv.* 2, 42, 122.

Queste nostre considerazioni intorno alla indubbia equivalenza, nell'epoca classica, della formula «*si is heres non erit*» o «*erit*» con l'altra «*si in suam tutelam pervenerit*» o «*non pervenerit*» provano, dunque, che, malgrado ogni contraria apparenza, nello stesso diritto classico permaneva la concezione antica secondo la quale il pupillo non diventava erede. E se provano tale concezione ancora per l'epoca classica, nella quale pure si era fatta strada, sia pure in una maniera equivoca, la concezione opposta, in modo ben più netto essi provano la pienezza di tale concezione nell'epoca più antica.

§ 4. – Si potrebbe tuttavia dire che queste argomentazioni, tratte dalla valutazione delle formule esaminate, non costringano ancora a dare l'assenso alla tesi secondo cui in antico il pupillo non poteva divenire erede. Ci sono altre prove che concorrono, con quelle date, a suffragarla?

Sì, ci sono ancora altre prove e di portata ben più sicura: esse vengono tratte tanto dall'applicazione concreta che della concezione antica fanno ancora senza esitazione i giureconsulti classici, quanto dallo studio della posizione giuridica dell'impubere nel diritto classico. A proposito di questo ultimo problema, poi, procederemo all'accostamento veramente illuminante della sostituzione pupillare con la tutela. Possiamo affermare con piena sicurezza che i giureconsulti classici, malgrado ogni contraria apparenza, e malgrado, forse, i loro stessi propositi, nel costruire la nuova struttura della sostituzione pupillare posero il pupillo in siffatta posizione da farlo apparire come non mai divenuto erede del *paterfamilias*. È vero che durante la vita del pupillo i rapporti giuridici si configurano in guisa tale da lasciare apparire, almeno provvisoriamente, il pupillo quale erede del padre<sup>15</sup>. Appena, però, il pupillo muore e si fa luogo alla sostituzione pupillare, la situazione improvvisamente si capovolge; e i rapporti giuridici del *paterfamilias* defunto appaiono inalterati, in attesa ancora di un erede che li continui, come se mai il pupillo fosse divenuto erede. Tutto questo potrà sembrare strano, ma è ciò che le fonti ci mostrano; epperò, questa medesima stranezza non è priva di una sua logica interna: perché ciò che la determina è appunto l'antichissima concezione, fortemente radicata, direi quasi, nel sottosuolo della coscienza sociale romana. Cominciamo con la esegesi di un importantissimo testo.

Iavolenus, lib. I epist., fr. 28 D. de reb. auct. iud. possid. 42, 5: *Paterfamilias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset, substituit heredem: is filius paterna hereditate se abstinuit ideoque bona patris venierunt: postea filio hereditas obvenit, qua adita decessit. Quaero, cum praetor in ipsum pupillum, quamvis postea hereditas obvenisset, creditoribus tamen patris actionem non daret, an in substitutum creditoribus patris danda sit actio, cum ex bonis paternis, quae*

<sup>15</sup> Sulla influenza che esplica la posizione provvisoria del pupillo sopra gli atti da lui o dal suo tutore nel frattempo compiuti, cfr. KARLOWA, op. cit. p. 876.

scilicet ad creditors missos in bona pertinent, nihil adquirat et cum creditores nihil iuris in bonis pupilli habuerint eorumque nihil interfuerit, adiretur necne pupilli hereditas, cum ea bona omissa a substituto hereditate ad creditores non pertinebant. Me illud maxime movet, quod praeceptoribus tuis placet unum esse testamentum. Respondit: quod praetor filio, qui a paterna hereditate se abstinet, praestat, ne bonis patris eius venditis in eum actio detur, [tametsi postea ei hereditas obvenit, creditoribus non reddat,] idem in substituto filio herede servandum non est, quoniam filii pudori parcitur, ut potius patris quam eius bona veneant, itaque in id, quod postea ei obvenit, actio creditoribus denegatur, quia id ex adventicio acquisitum est, non per patrem ad eum pervenit. At cum substitutus filio hereditatem adiit [postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati] tunc hereditas et patris et filii una est in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitus heres obligatur: et quemadmodum liberum ei non est obligationem (hereditariam recursare Mo.), ut non omnimodo, si non defenditur, ipsius bona veneant, ita ne separare quidem aes alienum patris et filii poterit: quo casu efficietur ut creditoribus in eum actio dari debeat. Quod si substitutus heres hereditatem non adierit, creditoribus patris in id, quod pupillus reliquit, actio dari non debet, quoniam neque pupilli bona venire debent propter aes alienum patris neque in bonis patris est quod pupillus adquisiit<sup>16</sup>.

La fattispecie è semplice: un *paterfamilias* istituisce erede il proprio figlio impubere e gli sostituisce *pupillariter* un estraneo: il figlio, che è erede *ipso iure*, si astiene dall'eredità paterna; cosa, questa, che lo sottrae alle azioni dei creditori paterni. Più tardi sopravviene all'impubere, *aliunde*, una eredità, dopo l'addizione della quale l'impubere muore<sup>17</sup>. Il sostituto pupillare adisce l'eredità *ex substitutione*, venendo così ad acquistare solamente il patrimonio avventizio del pupillo, mentre non acquista nulla del patrimonio paterno, dal quale il pupillo si era astenuto. Viene posto il problema: i creditori paterni che non avevano azione contro il pupillo e i quali, se il sostituto non avesse accettato la sostituzione, nessun diritto potevano accampare sul patrimonio del pupillo, possono, tuttavia, in virtù dell'addizione compiuta dal sostituto, rivolgere le loro azioni contro costui? Ora, se il sostituto diventasse erede del padre dopo che già lo era stato il pupillo – come bisognerebbe dire se si dovesse stare al senso della for-

<sup>16</sup> *Tametsi* – non reddat è una innocua glossa esplicativa (LENEL, *Pal.* I c. 286 n. 4); – *postquam* – *hereditati* non è un innocente glossema, come pensa il COSTA, op. cit. p. 285, e come ritiene il FABRO (*Coniec.* lib. 2 c. 2): si tratta di una interpolazione che muta profondamente il significato del testo. Cfr. in questo senso anche BONFANTE, *Ist.*<sup>8</sup> p. 590 n. 2. Quanto alla natura del principio della *immixtio* ed alla sua origine giustiniana, cfr. LA PIRA, *Successioni* cit. § 18 segg., ove il fr. 28 di Giavoleno è pure esaminato. A gravi errori di interpretazione fu condotto il Cuiacio dall'inciso in esame: ved. *Comm. in lib. III. quaest. Papiniani ad leg. XII de vulg. et pup.* (Op. t. IV, 82 ed. Neap.) 82 sgg.

<sup>17</sup> Si tratta di eredità nuova pervenuta al pupillo, e non della eredità paterna, come credette erroneamente il COSTA, op. cit. p. 282. Cfr. anche BONFANTE, *Ist.*<sup>8</sup> p. 590 n. 2.

mula «*si heres erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit*» – la risposta non potrebbe essere che negativa: se il pupillo erede si era astenuto dalla eredità paterna, se il sostituto diventa erede del padre solo mediante il pupillo, quasi continuando il rapporto di successione già dal pupillo iniziato, bisogna dire che il sostituto subentra nei rapporti giuridici del defunto *paterfamilias* così come essi si erano configurati attraverso la successione del pupillo. Ora se costui non era tenuto a rispondere verso i creditori paterni, tanto meno doveva esservi tenuto il sostituto (cfr. fr. 42 D. 29, 2). La soluzione logica è questa. So bene che è illogico il punto di partenza: cioè la sostituzione ad una persona che è già divenuta erede: ma se si ammette questa idea bisogna pure ammetterne le conseguenze. Ebbene: quantunque i giureconsulti romani dicano a parole che il pupillo diventa erede del *paterfamilias* e che malgrado ciò può aver luogo una sostituzione, tuttavia, in fatto, essi disciplinano questa sostituzione come se si trattasse di una successione originaria ed immediata del sostituto al *paterfamilias*. I rapporti giuridici del testatore rimangono inalterati, malgrado che in essi subentri provvisoriamente il pupillo durante la sua vita, ed il sostituto vi subentra come se mai in essi fosse subentrata altra persona. Nel caso nostro, infatti, appena il sostituto adisce, le cose si configurano in guisa da apparire come se ora solamente, per la prima volta, l'eredità paterna venisse adita. Si considera, quindi, come se il sostituto acquistasse il patrimonio paterno (che in realtà egli non acquista per nulla), e nei limiti di tale patrimonio si autorizzano i creditori ereditarii (paterni) ad agire contro il sostituto.

Non è, dunque, evidente che i giureconsulti romani, spinti da un'esigenza costruttiva, considerano il sostituto erede immediato del padre, ed il pupillo come non mai divenuto erede? Ma questa costruzione giuridica non aderisce compiutamente alla realtà; perché in realtà il pupillo fu erede del *paterfamilias* e come tale compì determinati atti; ora se per comodità costruttiva si possono fingere come non avvenuti tutti gli atti compiuti dal pupillo in ordine alla eredità paterna, tuttavia questi atti ebbero luogo ed i loro effetti rimangono: così, nel caso nostro, il sostituto pupillare in conseguenza di quegli atti (*l'abstentio* del pupillo) non ottiene nulla di quel patrimonio paterno che pure si considera che egli acquisti per intero.

Si potrebbe dire che il sostituto è tenuto a rispondere verso i creditori paterni solo per la ragione che egli è erede del padre oltre che del pupillo. Ma questa ragione in tanto vale in quanto venga messa in relazione con la posizione del pupillo: se il sostituto diventa erede del padre per il tramite del pupillo la soluzione del fr. 28 non si spiega: se, invece, egli diventa erede in virtù di un rapporto immediato ed originario di successione col *paterfamilias*, allora bisogna cancellare, considerandolo come non mai attuato, il precedente rapporto di successione del pupillo. Da questo dilemma non si esce.

Ora, come spiegare questa costruzione irregolare se non col bisogno di dare veste giuridica ad un fenomeno che, divenuto irregolare nell'epoca classica, tro-

vava la sua piena ragion di essere soltanto nell'epoca antica? Dove trovare la radice di questa esigenza se non nella esistenza di una antica realtà ancora quasi istintivamente sentita nel periodo classico?

§ 5. — Ma il testo citato non è il solo in cui questa strana costruzione abbia luogo. Tutta la sostituzione pupillare è così costituita: mentre ti appare che il pupillo sia divenuto erede del *paterfamilias*, ecco che all'improvviso, appena egli muore, sembra che si abbassi un sipario che fa scomparire dalla nostra vista il pupillo: la scena cambia, ed eccoti un erede nuovo del padre, il sostituto pupillare, quasi fosse il primo erede e come se prima di lui non fosse avvenuto nulla.

Ciò appare ancora più nitidamente nella disciplina dei legati<sup>18</sup>.

Gaius, lib. XVIII ad ed. prov., fr. 79 D. ad leg. Falc. 35, 2: In duplicibus testamentis sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater cum moreretur habuerit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel adquisierit aliquid vel deminuerit: sive de legatis quaeramus, tam ea quae in primis quam ea quae in secundis tabulis relicta sunt in unum contribuuntur, tamquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia conditione legasset.

Nel testo di Gaio, come in altri, si afferma che il sostituto pupillare deve prestare i legati nei limiti del patrimonio paterno, così come esso era al momento della morte del testatore. Si prescinde, quindi, a questi effetti, da ciò che si sia verificato durante il periodo in cui pupillo è stato erede. Aumentato o diminuito che sia quel patrimonio, non importa: *ea sola substantia spectatur, quam pater cum moreretur habuerit*.

Perciò: mentre il pupillo vive, egli appare erede e a tale titolo egli presta i legati di cui è stato onerato e dispone a suo arbitrio del patrimonio ereditato; morto il pupillo ancora impubere, ed adita l'eredità *ex substitutione*, la scena cambia: i legati di cui il pupillo era stato onerato si considerano come disposti a carico del sostituto; ha luogo la contribuzione tra tali legati e quelli disposti nelle seconde tavole, vengono revocati i legati che dal computo di tale contribuzione risultano indebitamente pagati; il sostituto, infine, appare che acquisti quello stesso patrimonio, e in quella stessa misura, che si trovava all'epoca della morte del *paterfamilias* testatore. Ora tutto questo giuoco di finzioni si riduce, appunto, a ciò: a considerare il pupillo come non mai divenuto erede. Togliete di mezzo il pupillo, e le soluzioni che i testi presentano appariranno perfettamente giustificate.

Il sostituto pupillare si trova nella stessa posizione giuridica di un erede istituito sotto condizione: il precedente rapporto successorio, che sembra essersi verificato a favore del pupillo, non adombra per nulla ed in nulla altera quella

<sup>18</sup> Cfr. COSTA, op. cit. p. 297 segg.

posizione. Per lui, pertanto, può ripetersi quanto Gaio, nello stesso libro, dice a proposito dell'erede comune.

Gaius, lib. XVIII ad ed. prov., fr. 73 pr. D. ad leg. Falc. 35, 2: In quantitate patrimonii exquirenda visum est mortis tempus spectari. Qua de causa si quis centum in bonis habuerit et tota ea legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios aut ex partu ancillarum aut ex fetu pecorum tantum accesserit hereditati, ut centum legatorum nomine erogatis habiturus sit heres quartam partem, sed necesse est ut nihilo minus quarta pars legatis detrahatur. Et ex diverso, si ex centum septuaginta quinque legaverit et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis forte aut naufragiis aut morte servorum, ut non plus quam septuaginta quinque vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem.

Dunque, l'erede deve prestare i legati nei limiti del patrimonio lasciato dal testatore, indipendentemente dagli incrementi o dalle diminuzioni da tale patrimonio subite nel periodo corso tra la morte del testatore e l'adizione dell'eredità. Da ciò deriva che l'erede tratterrà a volte, in effetti, più della quarta spettantegli (*iure Falcidia*) e a volte, invece, tratterrà meno della quarta e, magari, sarà tenuto a rifondere nell'eredità parte del suo patrimonio. Orbene: tutto ciò si verifica egualmente per il sostituto pupillare. Abbiamo già visto come tali principii siano affermati nel precedente testo di Gaio (fr. 79 D. 35, 2): vediamo ora un'applicazione nel seguente testo.

Papinianus, lib. XXIX quaest., fr. 11 § 5 D. ad leg. Falc. 35, 2: Quod vulgo dicitur in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari quam potestatem habeat, videndum est: quamvis enim substitutus quae a pupillo relicta sunt, cum filius heres extitit, ut aes alienum quodlibet debeat, tamen propter ea quae data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. Secundum quae poterit evenire, ne substitutus quicquam retineat vel ut longe plus habeat quartae paternae hereditatis. Quid ergo, si non sufficiat pupilli hereditas legatis, cum patris sufficisset? De suo [quadrante nimirum]<sup>19</sup> dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo: nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii, cum in hac parte iuris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub condicione relicta intelleguntur (cfr. fr. 1 § 1 D. 35, 3).

Il testo papiniano presenta un notevole sforzo di elaborazione dottrinale: tale sforzo lo vedremo più intenso quando esamineremo il paragrafo successivo del medesimo frammento. Papiniano cammina con gran pena tra il binario obbligato della illogica struttura della sostituzione pupillare.

<sup>19</sup> L'inciso [*quadrante nimirum*] è una glossa, quantunque si tratti di glossa che altera profondamente la decisione papiniana. Per le controversie cui questo inciso ha dato luogo nella dottrina, cfr. COSTA, op. cit. p. 300 n. 1 e FERRINI, *Legati e fedecommessi* p. 431, dove è fatta una completa esegesi del testo di Papiniano. Il BESELER, *Beitr.* II p. 87, ritiene spurio il testo da *secundum quae* rell.

Il giurista si pone ad interpretare il principio (*quod vulgo dicitur*) secondo cui *in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari dicitur*. Quale valore ha tale principio? Se si dovesse essere logici ed applicare anche nella sostituzione pupillare i principii comuni, bisognerebbe dire che i legati imposti al pupillo sono da riguardare come un vero *aes alienum* e sono, quindi, da pagare integralmente. Invece, appunto per la disciplina singolare del nostro istituto, tali legati non sono considerati come un *aes alienum*, ma come legati imposti al medesimo sostituto, i quali, quindi, vanno sommati con quelli lasciati nelle seconde tavole, affinché sopra la loro risultante vada calcolata la Falcidia. *In hac parte iuris* – dice Papiniano quasi marcando con tale frase la peculiarità di questa *pars iuris* – *legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub condicione relicta intelleguntur*. Trasportati, dunque, i legati delle seconde tavole nelle prime e sommati insieme tutti i legati, il calcolo della Falcidia in relazione a quale patrimonio verrà fatto? Naturalmente, in relazione al patrimonio paterno quale era all'epoca della morte del testatore, indipendentemente dagli aumenti o dalle diminuzioni da esso subite. È chiaro, allora, che potrà avvenire che il sostituto ottenga, in realtà, molto più o molto meno del quarto dell'eredità paterna (*secundum quae poterit evenire, ne substitutus quicquam retineat vel ut longe plus habeat quartae paternae hereditatis*). Anzi, può avvenire qualcosa di più grave: se, cioè, il patrimonio presente (del pupillo) sia insufficiente a pagare i legati, mentre invece sarebbe stato sufficiente quello paterno, allora *de suo dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo*. Poiché la sostituzione pupillare viene in tutto considerata come una istituzione condizionale, tali conclusioni sono necessarie. «*Nec ea res damnosa est heredi* – diremo noi con Gaio (fr. 73 pr. D. 35, 2) – *cui liberum est non adire hereditatem*».

Ancora una volta, dunque, appare chiaro che la sostituzione pupillare è organizzata in guisa da prescindere al tutto dalla persona del pupillo: come, cioè, se costui non fosse divenuto erede. Questa dottrina è anche esplicitamente professata da Papiniano nel paragrafo successivo dello stesso testo:

fr. 11 § 6 D. eod.: *Si filio suo duos substituerit et alterius portionem oneraverit, tractari solet, an ex persona sua Falcidiam possit inducere substitutus, quam pupillus non haberet vel unus pupilli substitutus. Et facile quis dixerit consequentur prioribus, quae de patrimonii ratione dicta sunt, non esse Falcidiae locum et ultra vires portionis conveniendum alterum substitutum. Sed verior est diversa sententia perinde huic quartam relinquendam existimantium, atque si patri heres extitisset: ut enim opes patris <confusio patrimonii? Balduin.> et contributio legatorum inde capiunt et formam et originem, ita plures substituti subducta persona pupilli revocandi sunt ad intellectum institutionis.*

La fattispecie, cui pensa il giurista, è la seguente (analoga a quella che con molta chiarezza espone Gaio nel fr. 80 D. 35, 2): un testatore avente un patrimonio di 400 istituisce erede il proprio figlio impubere onerandolo di legati nella misura di 200; sostituisce, inoltre, Tizio e Seio al pupillo ed onera Tizio

di altri legati nella misura di 100. *Quid iuris* in ordine alla computazione della Falcidia? Dice Papiniano: nel caso prospettato il pupillo non avrebbe avuto diritto alla Falcidia, né l'avrebbe avuto il sostituto se ce ne fosse stato uno solo (...*quam pupillus non haberet vel unus pupilli substitutus*). Infatti il testatore avrebbe onerato in tale ipotesi di 200 il pupillo e, complessivamente, di 300 il sostituto: si sarebbe, perciò, mantenuto entro i limiti consentiti dalla *lex Falcidia*. Orbene, quando, anziché un solo sostituto, ce ne siano due, come nel caso in esame, può il sostituto onerato *ex persona sua Falcidiam inducere quam pupillus non haberet vel unus pupilli substitutus*? Il giurista pensa che qualcuno potrebbe fare questo ragionamento: dal principio onde *in tabulis patris et filii una Falcidia servatur* risulta che il testatore può disporre complessivamente, tra i legati lasciati *ex institutione* e quelli lasciati *ex substitutione*, nei limiti dei 3/4 del suo patrimonio. Quando egli si sia comportato in siffatta maniera, è chiaro che non possa parlarsi più di applicazione della Falcidia. Ora, nel caso in esame, egli si è appunto comportato in tal modo. Che poi all'applicazione di questi principii possa risulterne un danno per il sostituto onerato, non rileva affatto, essendo cosa nota che il sostituto pupillare può essere tenuto anche *ultra vires patrimonii*.

Simile ragionamento, come si vede, ha tutta l'apparenza di essere fondato. Ma Papiniano lo abbatte ponendo mente all'essenza della sostituzione pupillare. I sostituti, dice il giurista, vanno considerati come se fossero semplici istituiti e come, quindi, se non ci fosse mai stata di mezzo la persona del pupillo: *ita plures substituti revocandi sunt ad intellectum institutionis subducta persona pupilli*. Ma se noi consideriamo i sostituti alla stessa stregua di semplici istituiti, allora la questione posta nel testo va risolta nel senso che il sostituto potrà invocare l'applicazione della Falcidia (*verior est diversa sententia perinde huic quartam relinquendam existimantium, atque si patri heres extitisset*). La decisione papiniana è conforme quindi al diritto comune degli istituiti di cui ci dà notizia

Gaius, lib. XVIII ad ed. prov., fr. 77 D. ad leg. Falc. 35, 2: *In singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam esse non dubitatur. Et ideo si Titio et Seio heredibus institutis semis hereditatis Titii exhaustus est, Seio autem quadrans totorum bonorum relictus sit, competit Titio beneficium legis Falcidiae*.

L'importanza del testo di Papiniano da noi esaminato è veramente straordinaria per conoscere il funzionamento della sostituzione pupillare: ciò che gli altri giuristi intuitivamente sentono, Papiniano esplicitamente comprende e dichiara. Il fatto che nella sostituzione pupillare si abbia riguardo al patrimonio paterno ed il fenomeno della *contributio legatorum*, e, noi soggiungiamo, il funzionamento di tutto l'istituto, hanno ragione in ciò (*inde capiunt et formam et originem*): che i sostituti vengono considerati come semplici istituiti (*substituti revocantur ad intellectum institutionis*), e che la persona del pupillo, ed il precedente rapporto successorio da essa provvisoriamente realizzato, non vengono in rilievo alcuno (*subducta persona pupilli*).

Che cosa mai significa tale dottrina, se non che all'analisi profonda del grande giurista la sostituzione pupillare appariva da disciplinare come se il pupillo non fosse mai divenuto erede?

Si noti che Papiniano informa sempre a tale dottrina tutte le sue decisioni: così per giustificare l'obbligo del sostituto a pagare i legati anche *ultra vires*, egli ricorre all'idea che i legati lasciati nelle seconde tavole vadano considerati *quasi primis sub condicione relicta* (fr. 11 § 5 D. 35, 2); altrove egli dichiara che il sostituto pupillare, in ordine alla computazione della Falcidia, vada considerato *quasi plane sub condicione primis tabulis heres institutus* (fr. 41 § 6 D. 28, 6). La dottrina papiniana, in conformità, del resto, alla coscienza giuridica comune, gravita sull'idea della *subductio* della persona del pupillo.

Una conseguenza di questa peculiare disciplina della prestazione dei legati nella sostituzione pupillare è la necessità della stipulazione «*quanto amplius, quam per legem Falcidiam ceperit, reddi*».

Paulus, lib. sing. ad leg. Falcid., fr. 1 § 12 D. ad leg. Falc. 35, 2: *Interdum omnimodo necessarium est solidum solvi legatario interposita stipulatione 'quanto amplius, quam per legem Falcidiam ceperit, reddi': veluti si quae a pupillo legata sint non excedant modum legis Falcidiae, veremur autem, ne impubere eo mortuo alia legata inveniantur, quae contributione facta excedant dodrantem*.

Il pupillo che presta i legati di cui è stato onerato deve interporre la stipulazione «*quanto amplius* etc.»: la prestazione di tali legati da parte sua, supposto che poi abbia luogo la sostituzione pupillare, ha un particolare carattere giuridico: si può dire che il pupillo in ciò si sostituisca al sostituto, sul quale, in definitiva, tali legati verranno realmente a gravare. Le prestazioni compiute dal pupillo sono valide soltanto nei limiti in cui esse avrebbero dovuto essere compiute dallo stesso sostituto: al di là di tali limiti quelle prestazioni divengono rescindibili. Anche in ciò, dunque, appare la precarietà della posizione del pupillo: si immagini un erede che non ha la facoltà di prestare i legati di cui è stato onerato, o che può prestarli solamente sostituendosi all'attività di un terzo sul quale in realtà quegli oneri gravano! È, come si vede, un erede per modo di dire: e proprio così venne concepito il pupillo impubere.

Importante ancora, a questo proposito, è il seguente testo di Pomponio.

Pomponius, lib. II fideicom., fr. 31 D. ad leg. Falc. 35, 2: *Is cui fideicommissum solvitur sicut is cui legatum est satisfacere debet, quod amplius ceperit, quam per legem Falcidiam ei licuerit, reddi: veluti cum propter condicionem aliorum fideicommissorum, vel legatorum legis Falcidiae causa pendebit. Sed et secundum Cassi et veterum opinionem<sup>20</sup>, si a pupillo fideicommissa capiuntur, propter ea, quae a substituto erunt relicta, cavere debebit is cui solvatur. rell.*

<sup>20</sup> Si noti, dunque, l'antichità della costruzione del nostro istituto. Per un contrasto tra Cassio e Giuliano vedi fr. 2 § 1 D. 40, 7.

Come colui, che è onerato non solo di legati puri, ma anche di fedecommes- si o di legati condizionali, presta i legati puramente disposti facendosi promet- tere la loro restituzione pel caso che si verifichi la condizione di esistenza degli altri legati, anche il pupillo presta sotto tale condizione i legati di cui è onerato: tali prestazioni, verificandosi la sostituzione, rimangono efficaci soltanto quan- do possano essere considerate come prestazioni compiute dallo stesso sostituto.

Un altro importante indice della assoluta precarietà della posizione del pu- pilllo e della sua *subductio* nella disciplina giuridica della sostituzione pupillare, ci è dato dal modo di operare del *dies cedens* nei legati imposti al sostituto pu- pillare. Tale *dies* coincide con la morte del testatore.

Paulus, lib. II ad Sab., fr. 1 D. quando dies legat. 36, 2: *Mortuo patre, licet vivo pupillo, dies legatorum a sostituto datorum cedit.*

Il fatto che i legati imposti al sostituto pupillare cedano al momento della morte del testatore, indica che il rapporto di successione del sostituto al testa- tore si inizia proprio in questo momento, è, quindi, un rapporto immediato ed originario. Precisamente come se non fosse mai esistito il precedente rapporto di successione del pupillo al padre. Anche a questo proposito le fonti equipara- no la sostituzione pupillare ad una semplice sostituzione volgare.

Ulpianus, lib. XV ad Sab., fr. 7 §§ 3-4 D. quando dies legat. 36, 2: *Inde di- cimus et si a substituto legatum sit relictum, quamdiu institutus deliberat defuncto legatario non nocebit, si postea heres institutus repudiavit: nam ad heredem suum transtulit petitionem. Tantundem et si ab impuberis substituto legetur: nam ad her- edem suum legatum transfert.*

Come nella sostituzione volgare il tempo frapposto per deliberare dall'erede istituito, che poscia ripudiò l'eredità, non nuoce ai legatari *ex substitutione*, così a costoro non nuoce, nella sostituzione pupillare, il fatto che il pupillo sembri diventare erede del testatore. Quando la sostituzione si verifica, infatti, il sosti- tuto succede immediatamente ed originariamente al testatore, alla stessa guisa di un qualunque sostituto volgare<sup>21</sup>.

Ci sembra ormai che noi possiamo concludere, e con piena sicurezza, intorno al nostro tema: quantunque sembri esternamente, specie dalle nuove for- mule di sostituzione, che il pupillo diventi erede del *paterfamilias*, e che il so- stituto pupillare succeda al testatore dopo che gli sia già succeduto il pupillo, tuttavia la struttura intrinseca della sostituzione pupillare è così fatta, da porre intieramente nell'ombra il rapporto successorio che fa capo al pupillo. Il sosti- tuto pupillare, alla stessa stregua di un comune sostituto volgare, succede im- mediatamente ed originariamente al testatore: e questo rapporto di successio- ne viene disciplinato in tutto e per tutto – prestazioni di legati, computo della Falcidia, *dies cedens legatorum*, ecc. – come se il precedente rapporto successorio

<sup>21</sup> Cfr. anche il fr. 7 § 5 D. 36, 2.

posto in essere dal pupillo non fosse mai esistito. I sostituti pupillari, per dirla con Papiniano, *subducta persona pupilli revocantur ad intellectum institutionis*.

## Cap. II

### La posizione giuridica del pupillo impubere nel diritto classico e preclassico.

§ 6. – Ma se la posizione del pupillo nello stesso diritto classico era come noi l'abbiamo descritta, non è, dunque una congettura l'affermazione che nell'epoca più antica l'impubere non poteva mai essere, nemmeno provvisoriamente, erede.

Nessuno, io credo, potrà negare il suo assenso a questa tesi. E tuttavia si potrà pur dire: bene, il pupillo in antico, come si desume dallo stesso diritto classico, non diventava erede. Ma perché mai? E cosa era di lui nel periodo che va dalla morte del *paterfamilias* all'epoca della pubertà? Queste domande sono legittime ed il nostro compito non sarebbe esaurito se non vi dessimo una risposta adeguata. Per trovare tale risposta noi procederemo col solito metodo: vedendo cioè lo stato del diritto nell'epoca classica ed argomentando per quello dell'epoca più antica.

Un punto di partenza assicurato è questo: che nel diritto antico il pupillo non diventava erede, e che, in realtà, non lo diventava neanche nello stesso diritto classico, almeno nei casi in cui era stata disposta una sostituzione pupillare. Ora questa incapacità del pupillo ad essere erede deve stare, naturalmente, in rapporto con il problema generale della personalità giuridica degli impuberi *sui iuris* nel diritto romano<sup>22</sup>. Quali sono i dati positivi che noi abbiamo nel diritto classico in relazione a tale problema? Possiamo così riassumerli: 1) il *sui iuris* è sottoposto a tutela sino all'epoca della pubertà; 2) prima di quest'epoca non può fare testamento neanche con la *auctoritas* del tutore (Gai II, 113); 3) non poté essere arrogato (Gai I, 102) se non dopo un rescritto dell'imperatore Antonino; 4) può nei suoi riguardi essere disposta dal *paterfamilias* una sostituzione pupillare; 5) infine, come abbiamo visto, egli, morendo impubere ed avendo luogo la sostituzione pupillare, non viene considerato erede del *paterfamilias*.

Dobbiamo ora vedere in che rapporto stiano gli uni con gli altri gli elementi sopra elencati: ma prima sarà bene che noi cerchiamo se nello stesso diritto classico altre persone abbiano una posizione giuridica analoga a quella dell'impubere. Il pensiero corre naturalmente alla donna: la posizione giuridica della

<sup>22</sup> Ciò aveva bene intuito il KARLOWA, op. cit. p. 876, quando affermava che il pupillo impubere era privo non tanto della capacità di agire, quanto della vera e propria capacità giuridica.

quale nel diritto classico è, più che analoga, identica a quella del pupillo: e tuttavia anche la donna è considerata nelle fonti, quasi per ironia, come *sui iuris*.

Poniamo a raffronto le due posizioni giuridiche: 1) la donna è soggetta, come il pupillo, a tutela: con l'aggravante che tale tutela è perpetua (Gai I, 144); 2) la donna, come il pupillo, non poté fare in antico testamento neanche *tutore auctore*: bisognò ricorrere all'espedito della *coemptio*, prima, e ad una disposizione di Adriano poi, per ammettere che le donne puberi potessero testare (Gai I, 115; II, 112); 3) la donna, come il pupillo, non poteva essere arrogata (Gai I, 101); 4) la donna non poté mai essere tutrice (fr. 73 pr. D. 50, 17; 10 pr. D. 26, 4; fr. 1 § 3 D. 26, 4; fr. 18 D. 26, 1): e se, come in altra opera<sup>23</sup> crediamo di aver dimostrato, tutore ed erede erano in antico una sola persona, la donna non poté essere in antico neanche erede<sup>24</sup>; ma anche il pupillo non era in antico erede e non lo è neanche, in sostanza, nello stesso diritto classico; 5) anche per la donna, e non solo impubere, come noi crediamo, il *paterfamilias* poté disporre la sostituzione<sup>25</sup>.

Come appare dal raffronto fatto, tra la posizione giuridica della donna (*sui iuris*) e quella dell'impubere (*sui iuris*) c'è una identità proprio radicale: e la ragione fondamentale di tale identità sta nel fatto che tanto l'uno quanto l'altro sono soggetti a tutela<sup>26</sup>. Ora quale è la natura di tale soggezione? È essa meramente integrativa della capacità di agire dei soggetti (donne ed impuberi) in guisa da lasciare intatta la loro propria personalità giuridica? O, invece, i sottoposti alla tutela stanno in una posizione giuridica profondamente analoga, nello stesso diritto classico, a quella delle persone *alieni iuris*? Lasciamo la risposta alle fonti.

<sup>23</sup> *Successioni* cit. § 47 sgg. Cfr. BONFANTE, *Ist.*<sup>8</sup> § 70 p. 209 e SOLAZZI, *La legge delle XII tavole sulla tutela in Scritti varii ded. a C. Arnò* (Modena, 1928) pp. 50 sgg.

<sup>24</sup> La tesi che le donne non divenissero in antico eredi (da noi riaffermata nell'opera più volte richiamata *Successioni* ecc. § 46, 81, 82) fu genialmente sostenuta dal VICO, *Scienza Nuova*, lib. IV (*della custodia delle leggi*) ed. a cura di F. Niccolini, vol. III. Il Vico credette, appunto, che – secondo le XII tavole – la vocazione ereditaria avesse riferimento soltanto al *suus* (maschio) ed all'*adgnatus* (maschio). Erroneo, dice Vico, è il credere che valesse anche per gli antichi, come vale per i moderni, la massima che il «genere maschile contenga anche le donne». Il grande filosofo trae argomento a favore della sua tesi esaminando la formula aquiliana di istituzione dei postumi. Gallo Aquilio sentì il bisogno di includere esplicitamente nella sua formula la menzione delle donne (*si quis natus natave erit*). Perché, ciò, si domanda il Vico, se non pel dubbio «che nella sola voce *natus* la postuma non s'intendesse compresa»? Altri e sicuri argomenti avrebbe Vico potuto trarre a pro della sua tesi se avesse rivolto il suo occhio alla tutela; dove appunto vige inalterato il principio antichissimo che solo ad un *suus* (maschio) o ad un *adgnatus* (maschio) può spettare la funzione potestativa, che in antico ineriva alla *hereditas*, e che più tardi inerì soltanto alla tutela.

<sup>25</sup> L'ipotesi che facciamo relativamente alla sostituzione muliebre non deve stupire. In che consiste, infatti, in concreto la sostituzione pupillare? Nel fatto che il sostituto acquisti i beni del pupillo. Bene, se ci rifacciamo col pensiero ad un'epoca in cui il sostituto era nient'altro che l'erede del *paterfamilias* che assumeva la *potestas* sugli impuberi e sulle donne, apparirà evidente, come a costui, in virtù della *potestas*, dovessero pervenire i beni degli uni e delle altre.

<sup>26</sup> Cfr. BETTI, *Corso d'istituzioni di dir. rom.* I (1928) § 39 p. 187 sgg.

α) Le persone sottoposte a tutela non possono fare testamento (Gai II, 113 e 115; II, 112). Perché mai? Perché sono sottoposte a tutela: ecco l'unica risposta che noi possiamo dare. E che questa sia la sola ragione, si argomenta anche da ciò: che fino a quando non si ricorse all'espedito della *coemptio* la donna non poté fare testamento. Ora, è chiaro che un nesso causale c'è tra la cessazione della *potestas* agnatizia sulla donna, che mediante la *coemptio* esce dalla *familia* del suo tutore, e la possibilità che essa ha di fare testamento con l'*auctoritas* del nuovo tutore. Si dirà: ma qui c'è un circolo: finisce una tutela per ricominciare un'altra. Io rispondo che, se l'osservazione sembra a prima vista esatta, tuttavia essa non lo è, perché trascura questo dato fondamentale: che tra la arcaica *potestas* del tutore agnatizio, che può dirsi coincidere con la *patria potestas* (Gai I, 192), e la *potestas* del nuovo tutore fiduciario, la differenza è veramente profonda<sup>27</sup>. Dunque, la donna e l'impubere non possono fare testamento perché sono soggetti a tutela. Ma questa impossibilità non è, allora, un argomento decisivo per affermare che, malgrado essi siano detti a parole *sui iuris*, in fatto, però sono nella stessa posizione giuridica degli *alieni iuris*? E la tutela non si atteggia, dunque, in questo caso come una vera e propria *patria potestas*?

β) Gli impuberi e le donne non possono essere arrogati (Gai I, 101-102; Ulp. VIII, 5). Come si sa (Gai I, 99), possono essere erodate soltanto le persone *sui iuris*. Ora, quale la ragione della esclusione degli impuberi e delle donne, delle persone, cioè, soggette a tutela? La ragione che comunemente si adduce<sup>28</sup> – perché, cioè, gli impuberi e le donne erano esclusi dai comizi – richiede a sua volta di essere giustificata. In realtà tra donne ed impuberi c'è un punto fondamentale di contatto: ed è che essi sono sottoposti a tutela.

Ora, allorché vi sono per gli uni e per le altre delle situazioni giuridiche identiche, l'idea più semplice e più giusta è quella, mi pare, di riportare questi effetti identici ad una causa identica: causa, che è la comune soggezione alla tutela. Impuberi e donne non possono essere arrogati perché soggetti a tutela. Ora dall'effetto noi possiamo conoscere la natura della causa: possiamo, quindi, dire: poiché possono essere erodate soltanto le persone *sui iuris*, poiché donne ed impuberi non possono essere arrogati, bisogna inferirne che essi non erano, dunque, veramente stimati come persone *sui iuris*, ma si trovavano in uno stato analogo a quello delle persone *alieni iuris*.

γ) Abbiamo detto che il *paterfamilias* poteva disporre la sostituzione tanto per il pupillo quanto, nell'epoca più antica, per la donna, anche pubere, soggetta alla tutela perpetua degli agnati. Quest'ultima affermazione non è in realtà provata dalle fonti: noi non abbiamo nessuna traccia di siffatta sostituzione, ma possiamo, ci sembra, facilmente dedurne l'esistenza. Come vedremo

<sup>27</sup> Cfr. BONFANTE, *Corso di dir. rom.* I p. 410 sgg.

<sup>28</sup> Cfr. BONFANTE, *Corso di dir. rom.* I p. 23 sgg. e le opere del CASTELLI ivi citate.

più innanzi, tra tutela e sostituzione vi sono legami essenziali: esse ci appaiono come due momenti di un medesimo fenomeno, aventi riferimento, l'uno (la tutela), alla vita, l'altro (la sostituzione), alla morte delle persone soggette a tutela. Cosicché si può dire che i due momenti vanno quasi sempre uniti e che dove c'è la tutela ivi può esservi anche la sostituzione. Che tale sostituzione, però, si sia serbata solo per i pupilli e che di quella per le donne non sia rimasta traccia nelle fonti, si spiega pensando che molto per tempo, mediante l'espedito della *coemptio*, le donne poterono fare testamento. Ora è evidente che da tale momento il fenomeno della sostituzione non poteva più aver luogo: e allora tale fenomeno, cessato per le donne puberi, si mantenne per gli impuberi (maschi e femmine) per i quali il principio che non potessero fare testamento si mantenne inalterato in tutto il diritto romano. Si potrebbe dire: ma possibile che di questa sostituzione non sia rimasta nessuna traccia nelle fonti? A questa domanda io risponderò dicendo che le tracce di un istituto così arcaico noi non pretenderemmo certo di trovarle nel *Corpus Iuris* il quale, per esempio, nessuna traccia ci mostra della tutela muliebre, istituto che pure era in pieno vigore ancora nell'epoca classica; e non dobbiamo meravigliarci se tali tracce non le troviamo neanche in Gaio, il quale fa risalire l'introduzione della *coemptio*, con il sorgere della quale coincide, a nostro avviso, la fine della sostituzione muliebre, ad un'epoca relativamente remota. «*Olim – dice Gaio (I, 115) – etiam testamenti faciendi gratia fidei iurata fiebat coemptio*». Ora dove stava il fondamento giuridico della sostituzione? Evidentemente in ciò, che né gli impuberi né le donne erano persone *sui iuris*; la tutela, infatti, alla quale essi erano soggetti aveva tutti i caratteri della *patria potestas*.

δ) Abbiamo detto, infine, che in antico tanto la donna quanto gli impuberi non divenivano eredi: per la donna la ragione stava nel fatto che essa non poteva mai assumere una *potestas*; motivo, questo, che impedì alle donne, anche in epoca classica, di essere tutrici. Per gli impuberi? Evidentemente non v'ha che la medesima ragione: l'impubere non era *suae potestatis*<sup>29</sup>, ma era, anzi, come la donna, soggetto all'altrui *potestas*: dunque, egli non poteva essere chiamato come erede a succedere nella *potestas* del defunto *paterfamilias*. In conclusione, la impossibilità per gli impuberi e per le donne α) di fare testamento; β) di essere arrogati; γ) di essere eredi; e per contro δ) la possibilità che nei loro riguardi fosse disposta una sostituzione, trovano la loro giustificazione nel fatto che donne ed impuberi erano soggetti alla *potestas* del tutore, ed apparivano quindi in una posizione giuridica profondamente analoga a quelle delle persone *alieni iuris*. Questo accostamento tra soggetti a tutela e soggetti alla *patria potestas* è giustificato, oltre che dalle ragioni in precedenza esposte, anche da altre ragioni che sono chiari indici della fondamentale analogia tra la posizione giuri-

<sup>29</sup> Cfr. fr. 50 D. 32.

dica degli uni e degli altri. Così: 1) la natura giuridica della tutela quale *vis ac potestas* (fr. 1 pr. D. 26, 1), che ha tutti i caratteri per essere concepita come un prolungamento e un surrogato della *patria potestas*; 2) la incapacità dei *fili familias* di fare testamento, malgrado l'acconsentimento del *paterfamilias* (fr. 6 pr. D. 28, 1): a tale incapacità fa perfetto riscontro quella delle persone soggette a tutela che non possono testare neanche *tutore auctore*; 3) la esclusione delle persone *alieni iuris* dalla arrogazione; 4) la mancanza di *testamenti factio* anche passiva, delle persone soggette a potestà, perché, come è noto, anche quando venivano istituiti eredi dei *fili familias* o dei *servi*, la *testamenti factio* passiva a cui si aveva riguardo era quella del loro *paterfamilias*. Sia, dunque, che noi consideriamo in sé stessa e nei suoi effetti la posizione giuridica delle donne e degli impuberi soggetti a tutela, sia che la consideriamo in relazione con quella delle persone *alieni iuris*, noi dobbiamo dire che le due posizioni, nel diritto classico, sono profondamente analoghe. Da ciò a dire che nel diritto più antico esse coincidevano, il tratto, come si vede, non è davvero ardito: cosicché ci è lecito di affermare tale coincidenza con piena tranquillità.

Con i risultati di questa breve indagine condotta in ordine alla personalità giuridica del pupillo nel diritto classico, noi siamo in grado di rispondere alla domanda che ci eravamo posti: perché il pupillo nell'epoca più antica e, in un certo senso anche nell'epoca classica non diventava erede del suo *paterfamilias*? Possiamo rispondere dicendo che non diventava erede perché egli non era *sui iuris*, ma era, anzi, soggetto a potestà: tra questi due fenomeni c'è un vero rapporto di causalità; essendo il pupillo soggetto a potestà, egli non poteva, come la donna, essere chiamato quale erede a continuare la *potestas* del *paterfamilias* defunto.

Noi siamo così pervenuti, attraverso l'esegesi delle fonti, al punto dal quale avevamo preso le mosse: possiamo, perciò, chiudere questa analisi relativa al primo dei tre rapporti successori sotto la cui veste ci appare la sostituzione pupillare classica, quello della successione del pupillo al *paterfamilias*, fissando questi due punti: α) che il pupillo non diventava erede del *paterfamilias* nell'epoca più antica e, per effetto della sostituzione pupillare, nella stessa epoca classica; β) che egli non diventava erede perché non era *suae potestatis*, il che impediva, almeno nell'epoca antica, che egli potesse essere chiamato come erede a continuare la *potestas* paterna.

Se ora vogliamo domandarci come si sia passati dallo stato originario in cui il pupillo non poteva in nessun modo essere concepito quale erede, allo stato del diritto classico in cui, invece, il pupillo, sia pure con tutte le anomalie notate, poteva essere concepito benissimo quale erede, la risposta non sarà difficile a trovarsi. Infatti, a causa della mutata funzione della successione ereditaria da un lato – che da potestativa si trasforma in patrimoniale – e, dall'altro, per l'affievolirsi della potestà tutoria e per il conseguente rilievo assunto dalla personalità giuridica dell'impubere, era perfettamente possibile, anzi era necessa-

rio, che assumesse un certo livello giuridico il rapporto di successione dell'impubere al *paterfamilias*: e questo rapporto, nel caso che ci fosse una sostituzione pupillare, doveva necessariamente apparire, almeno esternamente, come un rapporto di successione che precedesse quello del sostituto e su quale, anzi, il rapporto stesso del sostituto sembrava dovesse innestarsi. Tra il testatore ed il sostituto pupillare (che in antico, come vedremo, era *ipso iure* l'erede del testatore nel quale si accentravano quegli elementi che più tardi, separatisi dal titolo di erede, diedero origine alla tutela ed alla sostituzione pupillare) c'era in antico un semplice e chiaro rapporto di successione. Quando, però, il pupillo assume in epoca storica una propria personalità giuridica, venendo, così a porsi tra il *paterfamilias* testatore ed il sostituto<sup>30</sup>, il primitivo rapporto successorio si complica; perché ad esso si innesta, sia pure provvisoriamente, il nuovo rapporto di successione del pupillo. Ecco in che modo l'antico fenomeno muta a poco a poco la sua veste giuridica sino ad assumere, per una necessità intrinseca, quell'aspetto singolare ed illogico che nel diritto classico esso presenta.

### Cap. III

#### Caratteri del rapporto di successione del sostituto al pupillo

§ 7. – Come abbiamo detto all'inizio di queste indagini, il nostro scopo è quello di sfaldare, per così dire, l'istituto della sostituzione pupillare al fine di separare il nucleo originale antico dalle superstrutture formali aggiuntesi in epoca storica. E abbiamo iniziato questo sfaldamento eliminando per l'epoca antica il rapporto di successione del pupillo al *paterfamilias* testatore; rapporto che, almeno esternamente, appare come parte integrante della struttura della sostituzione pupillare in epoca storica. Dobbiamo ora continuare in quest'opera, per vedere di eliminare parimenti, per l'epoca antica, il rapporto di successione del sostituto pupillare al pupillo; rapporto, questo pure, che assieme con gli altri due fa parte integrante della struttura della sostituzione pupillare in epoca storica. Anche in questa indagine noi seguiremo il metodo precedentemente seguito: quello di cercare nella stessa concezione classica tracce sicure della concezione antica.

Già noi potremmo *a priori* dire che la nomina di un erede per un terzo, sia pure un *filiusfamilias* impubere, se è una inspiegabile illogicità per il diritto classico, è un assurdo per il diritto antico.

<sup>30</sup> Cfr. COSTA, op. cit. p. 324: «...afferinarsi tra il padre disponente ed il sostituto, della personalità, prima inavvertita, del pupillo».

La nomina dell'erede è un atto assolutamente personale del *paterfamilias*: anzi, è l'indice più squisito della sua *potestas*. Tale atto è libero ed insindacabile e non può essere in nessun modo coattato (cfr. fr. 18 pr. D. 36. 1; fr. 76 pr. D. 36, 1; fr. 114 § 6 D. 30). Esso rientra in quegli atti di potestà<sup>31</sup> che il *paterfamilias* compie come tale, e nei quali è più propriamente riflessa la sua posizione giuridica di capo della *familia*. È questa la ragione per cui tali atti sono per loro natura personali e liberi (cfr. fr. 114 § 8 D. 30; fr. 41 § 8 D. 32). Ora se noi pensiamo che questi concetti assumono un contenuto sempre più rigido quanto più risaliamo nella storia di Roma, e se pensiamo che nella nomina dell'erede si accentrava tutta la *potestas* del *paterfamilias*, ci sarà facile escludere dall'epoca antica il rapporto giuridico in esame. Ma anche a questo proposito noi, come già facemmo in precedenza, intendiamo porre questa conclusione, pure in sé comprensibile e giustificata, come punto di arrivo piuttosto che come punto di partenza.

Sentirono i giureconsulti classici la anormalità di siffatta nomina di erede del *paterfamilias* per il pupillo? E perché allora ricorsero alla costruzione di un rapporto così illogico? E, tuttavia, nella costruzione stessa di tale rapporto è possibile coglierli sotto l'influenza dei concetti antichi e vederli, in realtà, applicare tali concetti? Ci sarebbe, cioè, anche qui, come abbiamo visto nell'analisi del primo rapporto, un dire a parole e un disdire coi fatti? Dobbiamo, dunque, vedere: 1) se i classici concepirono, almeno a parole, il sostituto pupillare come vero erede del pupillo; 2) se, tuttavia, in concreto, essi non si mantennero fedeli a tale concezione; 3) se le ragioni di tali deviazioni siano da ricercare nella concezione più antica; 4) quale fosse questa concezione antica e quali furono le ragioni che determinarono il passaggio alla nuova.

Certamente la nuova concezione del sostituto pupillare quale erede del pupillo è esplicitamente manifesta.

Gai II, 179: *Liberis nostris impuberibus, quos in potestate habemus... ita... substituere possumus... ut, etiamsi heredes nobis extiterint et adhuc impuberes mortui fuerint, sit iis aliquis heres...* 180. *Quo casu... si vero heres extiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Quam ob rem duo quodammodo sunt testamenta, aliud patris aliud filii, tamquam si ispe filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum hereditatum.* (Cfr. § 2 Inst. II 16).

Altrettanto manifesta è in Ulpiano:

fr. 2 § 4 D. 28, 6: *...constat enim unum esse testamentum, licet duae sint hereditates.*

fr. 2 § 2 D. 18, 4: *quia alia hereditas est (pupilli): licet unum testamentum sit, alia tamen atque alia est hereditas.*

<sup>31</sup> Atti, codesti, che si possono giuridicamente qualificare quali atti di sovranità familiare. Cfr. BETTI, *Ist.* I § 33, e *Diritto romano e dogmatica odierna* p. 48 n. 3.

Le istituzioni di Giustiniano insegnano, poi, chiaramente:

pr. Inst. II, 16: *moribus institutum est, ut, cum eius aetatis sunt (scil. impuberes) in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.*

Così si parla di *duplex testamentum* nel fr. 11 D. 35, 3 a proposito dell'applicazione della Falcidia; di *heredes patris* contrapposti agli *heredes filii* si parla nel fr. 84 D. 37, 11 a proposito della *bonorum possessio secundum tabulas*.

E questa concezione ha appunto per presupposto la nuova formula della sostituzione pupillare: «*quisquis mihi heres erit impuberi filio meo heres esto*».

La nuova formula ricorre in molti testi delle Pandette: e può dirsi che essa si alterni con la formula più antica. La troviamo così espressa nei seguenti frammenti: 3; 8 pr.; 8 § 1; 10 pr.; 31 pr.; 34 § 1; 38 § 1; 43 § 3 D. 28, 6; 28 § 2 D. 36. 1; § 2 Inst. II, 16. Tale formula, poi, ricorre in giuristi di epoca diversa; così, per esempio, in Giuliano (fr. 31 pr. D. 28, 6), come in Modestino (fr. 3 D. 28, 6) ed Ulpiano.

Che i giureconsulti classici, dunque, concepissero il sostituto pupillare anche come erede del pupillo non c'è dubbio alcuno; le espressioni oltremodo chiare di Gaio e l'introduzione e la diffusione della nuova formula di sostituzione lo provano abbastanza.

Ma qui ancora, se i giuristi nelle loro definizioni fanno apparire indubbia nel sostituto pupillare la qualità di erede del pupillo, nel costruire la struttura della sostituzione pupillare dimenticano, si direbbe, l'idea che hanno espressa con tanta chiarezza, e ci danno un sostituto pupillare che non può essere, in verità, seriamente considerato quale erede del pupillo.

Quale avrebbe dovuto essere la posizione normale del sostituto pupillare considerato quale erede del pupillo, supposta come giustificata sulla base del *ius potestatis* la facoltà concessa al *paterfamilias* di erigere siffatta sostituzione? Questa: che alla morte del pupillo, il sostituto suo erede ne occupasse la posizione giuridica e ne acquistasse in conseguenza il patrimonio. Ora, che il sostituto pupillare acquistasse i beni del pupillo è cosa indubbia: tutti i testi implicitamente, ed alcuni esplicitamente, lo attestano.

Ulpianus, lib. IV ad Sab., fr. 10 § 5 D. de vulg. et pupill. subst. 28, 6: *Ad substitutos pupillares pertinent et si quae postea pupillis obvenerint [neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, cum et exheredato substituere quis possit]<sup>32</sup>: nisi mihi proponas militem<sup>33</sup> esse qui substituit heredem hac mente, ut ea sola velit ad substitutum pertinere, quae a se ad institutum pervenerunt* (cfr. Gai II, 182: vi si parla del pupillo diseredato, ma l'affermazione vale *a fortiori* pel pupillo istituito).

Ma il titolo che giustificava l'acquisto del patrimonio pupillare, anziché essere, come sarebbe stato naturale, il titolo di erede del pupillo, era quello di ere-

<sup>32</sup> L'inciso [*neque – possit*] è manifestamente interpolato; esso rispecchia la nuova concezione giustiniana della *hereditas* del pupillo come un tutto per sé stante, separata ed indipendente dalla eredità paterna. Vedi quanto diciamo a questo proposito, nella parte seconda di questo studio.

<sup>33</sup> Cfr. fr. 15 § 5; fr. 41 § 5 D. 29, 1.

de del *paterfamilias*. Si potrebbe dire per il sostituto pupillare che egli, subentrando come erede nella posizione giuridica del *paterfamilias*, acquistava necessariamente come un tutto uno – *iuncta hereditas* (fr. 10 § 2 D. 28, 6) – il patrimonio del padre e quello del pupillo insieme<sup>34</sup>. Più precisamente si potrebbe dire che in realtà un patrimonio autonomo del pupillo non c'era; e che quello che esternamente appariva come patrimonio del pupillo era, invece, nient'altro che un prolungamento ed una accessione del patrimonio paterno.

Alla luce di questi concetti vediamo ora di cercare il significato dei seguenti principii fondamentali della sostituzione pupillare: 1) la sostituzione pupillare è un elemento del testamento paterno; 2) gli eredi necessari del padre sono pure eredi necessari del pupillo; 3) la eredità paterna e la cosiddetta eredità pupillare formano un tutto unico, e non ne è possibile la separazione.

È noto come la sostituzione pupillare possa solamente essere disposta nel testamento del *paterfamilias*: il quale, quindi, deve anzitutto provvedere alla nomina del proprio erede e può, poscia, erigere la sostituzione pupillare.

Modestinus, lib. II pandect., fr. 1 § 3 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6: *Substituere liberis pater non potest nisi si heredem sibi instituerit: nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet* (cfr. Ulp. XXIII, 8).

Non potrebbe, quindi, il *paterfamilias* fare un testamento separato per il figlio, senza aver prima provveduto a fare il proprio, di cui il primo non deve essere altro che una *pars* ed una *sequela* (§ 5 Inst. II, 16).

Ulpianus, lib. VI ad Sab., fr. 2 §§ 1 e 7 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 § 1. *Quisquis autem impuberi testamentum facit, sibi quoque debet facere: ceterum soli filio non poterit, nisi forte miles sit. Adeo autem, nisi sibi quoque fecerit, non valet, ut, nisi adita quoque patris hereditas sit, pupillare testamentum evanescat.* — — § 7. *Quod igitur dictum est singulis liberorum substituere licere, ideo adiectum est, ut declaretur non esse a filii testamento incipiendum impuberis.*

Il testatore non può preterire quest'ordine: perché se egli lo preterisce la sostituzione pupillare non è validamente disposta. Dice lo stesso Ulpiano in fr. 2 § 4 D. eod.: *Prius autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere et non convertere ordinem scripturae: et hoc Iulianus putat prius sibi debere, deinde filio heredem scribere: ceterum si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere.*

Ora, sorge naturale questa domanda: perché la sostituzione pupillare poteva solamente essere disposta nel testamento, e perché, invece, non poteva essere disposta come un semplice atto *inter vivos*? Si noti che la sostituzione pupillare non poteva neanche essere disposta in un codicillo confermato.

Scaevola, lib. XIX digestorum, fr. 78 (76) D. ad sen. Treb. 36, 1: *Si pater filium suum impuberem ex asse scripserit heredem eique codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, [licet] substitutio inutilis [sit] <est> quia codicillis he-*

<sup>34</sup> In questo senso cfr. BARON, *Pand.* p. 662; *Die Gesamtrechtsverb.* p. 457, p. 467 segg.

*reditas neque dari neque adimi potest, [tamen benigna interpretatione placet, ut mater — — — accipiunt]*<sup>35</sup>.

Gli altri atti che potevano soltanto essere disposti per testamento, sono oltre la istituzione di erede che ne costituisce l'essenza e la diseredazione che è, in certo senso, il lato negativo della istituzione<sup>36</sup>, α) la *datio tutoris*<sup>37</sup>; β) l'*adsignatio libertorum*<sup>38</sup>. Quanto ai legati, fedecommessi, manumissioni testamentarie etc., essi, è vero, possono dirsi tali solo quando siano disposti nel testamento o nei codicilli: ma è evidente che lo scopo, cui essi mirano, può benissimo essere raggiunto mediante atti *inter vivos*, cioè, mediante donazioni o manumissioni *inter vivos*. Orbene, tale fungibilità, la possibilità cioè di raggiungere lo stesso scopo mediante atti *inter vivos*, non è possibile per la istituzione di erede, e per la corrispondente diseredazione, per la sostituzione pupillare, per la *datio tutoris* e per la *adsignatio libertorum*. Questi atti sono legati inscindibilmente al testamento<sup>39</sup>. Quale la ragione di tale legame? Per la istituzione di erede la risposta è chiara: se un *paterfamilias* fa, secondo le forme necessarie, una istituzione di erede, egli ha eretto per ciò stesso un testamento: si potrebbe dire «*ubi institutio heredis ibi testamentum*» e, viceversa, «*ubi testamentum ibi institutio heredis*». Ora, perché non dovrebbe esserci anche una ragione analoga per gli altri atti che assieme alla istituzione di erede sembrano legati da una esigenza comune? Certo noi non potremo dire, almeno così, superficialmente, che sostituzione pupillare, *datio tutoris*, e *adsignatio libertorum* siano esse stesse l'essenza del testamento; sappiamo, infatti, che il testamento non ha di essenziale che l'*institutio heredis*: tuttavia quegli atti non possono esistere indipendentemente dalla *institutio heredis*. Perché? Perché essi sono elementi di tale *institutio*, che, quantunque separati nell'epoca storica, diciamo così, dal grembo materno, non potranno, tuttavia, mai esistere se non quando ad esso fossero stati restituiti. La *institutio heredis* ricomprendeva in antico quegli elementi che, da essa più tardi separati, formarono la *datio tutoris*, la *substitutio pupillaris* e la *adsignatio libertorum*.

È questa la ragione profonda per cui tali atti ancora in epoca classica non possono essere compiuti che nel testamento, accanto, cioè, alla istituzione di

<sup>35</sup> Le interpolazioni segnalate nel testo si evincono anche dal confronto coi fr. 41 § 3 D. 28, 6; 13 § 1 D. 29, 7; 1 D. 29, 7. Cfr. ancora fr. 27 § 1 D. 28, 7; 2 § 4 D. 29, 7; 10 D. 29, 7; Gai II. 273; Ep. Gai II. VII. 8; § 2 Inst. II. 25; Ulp. XXV. 11; c. 2 pr. C. 6, 36; c. 5 § 1 C. 6, 27. Questi confronti mi indussero, appunto, a ritenere interpolato il testo; e ciò indipendentemente dalle identiche conclusioni, che io ignoravo, cui era già pervenuto l'ALBERTARIO, in BIDR 33 (1923) p. 70 e RIL 70 (1907) p. 5 estr.

<sup>36</sup> Gai II. 273; vedi pure i testi citati nella nota precedente.

<sup>37</sup> Gai II. 289.

<sup>38</sup> Intorno a quest'istituto, di solito assolutamente trascurato dagli scrittori, che ha importanza fondamentale per la ricostruzione del sistema ereditario antico, vedi quanto diciamo nei §§ 197 e segg. dell'opera nostra *Successioni* cit. (specialmente pag. 210 sgg.).

<sup>39</sup> Cfr. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, p. 48 n. 3.

erede. Come potrebbero essere disposti indipendentemente dalla istituzione di erede, atti che ne sono dogmaticamente come un necessario prolungamento? Ancorché siano fisicamente persone diverse, tuttavia, idealmente, erede, tutore, sostituto pupillare ed assegnatario del rapporto di patronato, ci appaiono, nella stessa epoca classica, come confusi in un profilo giuridico unico: quello dell'erede. Il titolo di erede ha ancora in sé, in epoca classica, strutturalmente, la capacità di ricomprendere nel suo seno tutti quegli elementi staccati della sua primigenia funzione. È questo un punto assolutamente fondamentale per capire il sistema ereditario romano: il quale, altrimenti, non è che un inspiegabile enigma. Le nostre indagini hanno in molte maniere provato questa tesi: ed ecco, proprio a proposito del punto in esame, sorgere un ulteriore elemento di prova.

Che erede e tutore dovessero essere in origine una sola persona è una tesi intorno alla quale io credo non debba in nessun modo dubitare chi conosca addentro ambedue gli istituti dell'eredità e della tutela. Se io vedo due fotografie raffiguranti la stessa immagine, io dico che quelle due immagini rappresentano una persona sola. Così avviene a chi veda nella loro mirabile identità di struttura i due istituti.

Ora, la nostra tesi trae conferma anche dai rapporti esistenti tra la *datio tutoris* ed il testamento. I giuristi romani consideravano come morto *intestato* colui che non avesse provveduto a nominare il tutore per i figli suoi impuberi.

Paulus, lib. XXXVIII ad ed., fr. 6 § 4 D. de legit. tut. 26, 4: *Intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela. Intestatus autem videtur non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis tutores non dedit: quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est.*

Orbene: morire intestato significa morire senza aver fatto testamento e, cioè, senza aver nominato un erede. Se i giureconsulti romani sentirono il bisogno di chiamare *intestatus* anche colui che non aveva provveduto alla nomina del tutore, significa che le due nomine dovevano tuttavia apparire, come erano in antico, come una nomina sola<sup>40</sup>.

Torniamo ora alla sostituzione pupillare: la ragione per cui essa non poteva essere disposta che per testamento è quella stessa che vale per la tutela: perché, cioè, essa è un elemento, sia pure separato, della stessa istituzione di erede. Quello che abbiamo detto per la tutela vale anche per la sostituzione pupillare: la quale, inoltre, ha in se stessa, direi, la prova della nostra tesi. Il sostituto pupillare è, infatti, anzitutto, necessariamente, erede del *paterfamilias*; ed è, appunto, in virtù di questa sua qualità che egli appare anche erede del pupillo. Allora, la ragione per cui la sostituzione pupillare può essere disposta soltanto per testamento

<sup>40</sup> Sul testo di Paolo cfr. lo studio del SOLAZZI, *La legge delle XII tavole ed un'ipotesi del Bonfante in Scritti ded. a C. Arnò* cit. p. 47. La tesi che erede e tutore fossero in origine una sola persona – tesi intuita dal BONFANTE, *Ist.*<sup>8</sup> p. 209 – riceve così anche una conferma testuale. Su questo studio del Solazzi vedi quanto diciamo nelle nostre *Successioni* cit., p. 123 e 130.

appare più chiara: se la sostituzione pupillare è, anzitutto, una istituzione di erede pel testatore, tale istituzione non potrebbe trovar posto che in un testamento.

Concludendo, dunque, possiamo dire che sarebbe impossibile pensare ad una sostituzione pupillare eretta fuori del testamento o prima della *institutio heredis*: la sostituzione pupillare postula la istituzione d'erede alla quale è dogmaticamente legata e della quale costituisce un elemento, sia pure separato; la sostituzione pupillare non può, dunque, aver luogo che nel testamento; e ciò, sia per i rapporti che la legano necessariamente alla istituzione di erede, sia perché è essa stessa una condizionata istituzione di erede per il *paterfamilias* testatore<sup>41</sup>.

Si comprende, allora, perfettamente come nella dottrina romana dovette prevalere la concezione dell'*unum testamentum*, contro l'altra concezione, molto superficiale, che vedeva nelle tavole testamentarie separate del padre e del figlio (Gai II, 181) *duo quodammodo testamenta* come dice Gaio (II, 180) e come poi, naturalmente, ammise Giustiniano (§ 2 Inst. II, 16).

Le cosiddette «secondo tavole» formano con le prime, quando siano separate, una inscindibile unità giuridica; formano un testamento: e questa unità non è solamente formale, ma altresì sostanziale. Il che significa che quell'unico testamento non pone, in realtà, e non potrebbe essere altrimenti, che un solo rapporto successorio, non è destinato che a disciplinare una sola eredità: quella paterna. Quella che gli stessi giureconsulti romani chiamavano a parole eredità del pupillo, risulta, nell'organismo stesso della sostituzione pupillare, essere nient'altro che un prolungamento ed una accessione del patrimonio paterno.

§ 8. – Consideriamo, dunque, ora, la unità del testamento in cui è contenuta una sostituzione pupillare, nel suo duplice profilo: formale e sostanziale.

Formalmente quella unità appare perfetta. Nessun giureconsulto ne dubita: neanche lo stesso Gaio.

La necessaria priorità della istituzione di erede (fr. 1 § 3; 2 § 4; 2 § 7 D. 28, 6), l'impossibilità di un separato testamento pupillare (fr. 2 § 1 D. 28, 6), il carattere di tale testamento come *pars et sequela testamenti* (§ 5 Inst. II, 16), l'affermazione costante che si tratti di un *unum testamentum* (Gai II, 180; § 2 Inst. II, 16; fr. 2 § 4 D. 28, 6; fr. 2 § 2 D. 18, 4; fr. 28 D. 42, 5; fr. 20 D. 28, 6) dimostrano chiaramente che almeno sulla unità formale delle duplici tavole testamentarie non c'era dubbio alcuno. Prova ancora più decisiva ci forniscono i testi in cui ci si mostrano alcune conseguenze di tale unità.

Ulpianus, lib. XVI ad Sab., fr. 20 pr. D. 28, 6: *Patris et filii testamentum pro uno habetur etiam in iure praetorio: nam, ut Murcellus libro digestorum nono scri-*

<sup>41</sup> Anche il KARLOWA op. cit. p. 878, trae argomento della necessità che la sostituzione pupillare venga eretta nel testamento paterno in favore della sua tesi secondo la quale il sostituto pupillare è un *secundus heres* del padre. Altrimenti non si spiegherebbe, dice il Karlova, la ragione per cui il testamento pupillare non possa essere disposto separatamente da quello paterno.

*bit, sufficit tabulas esse patris signatas, etsi resignatae sint filii, et septem signa patris sufficiunt* (Cfr. fr. 9 D. 37, 11).

Anche per diritto pretorio, dunque, *patris et filii testamentum pro uno habetur*: e quanto al requisito dei *septem signa* esso va ricercato unicamente nelle tavole paterne.

Pomponius, lib. III ad Sab., fr. 16 pr. D. 28, 6: *Si quis eum, quem testamento suo legavit, rursus a substituto filii liberum esse iusserit, liber erit quasi legato adempto: nam et in his testamentis in legato novissima scriptura erit spectanda sicut in eodem testamento (vel testamento et codicillis confirmatis) observaretur* (cfr. fr. 12 § 3 D. 30; fr. 5 D. 40, 4, e per una decisione diversa cfr. Giuliano fr. 81 § 10 D. 30; fr. 18 pr. e fr. 19 D. 28, 6).

L'unità giuridica delle duplici tavole qui appare perfettamente: un legato disposto nelle prime può (esplicitamente od implicitamente) essere adempto nelle seconde, alla stessa maniera come può, per esempio, essere adempto in un codicillo confermato. Ora ciò è possibile, perché tanto le seconde tavole come il codicillo confermato vanno considerate come parte del testamento (...*quod codicilli pro parte testamenti habentur observationemque et legem iuris inde traditam servant* fr. 14 pr. D. 29, 7).

Altra conseguenza di tale unità ci mostra lo stesso Pomponio nel paragrafo successivo dello stesso testo.

fr. 16 § 1 D. eod.: *Si suo testamento perfecto alia rursus hora pater filio testamentum fecerit adhibitis legitimis testibus, nihilo minus id valebit et tamen patris testamentum ratum manebit. Nam et si sibi et filio pater testamentum fecisset, deinde sibi tantum, utrumque superius rumpetur. Sed si secundum testamentum ita fecerit pater, ut sibi heredem instituat, si vivo se filius decedat, potest dici non rumpi superius testamentum, quia secundum non valet, in quo filius praeteritus sit.*

Perciò: se il *paterfamilias* dopo aver fatto il suo testamento, *alia rursus hora*, erige le tavole pupillari comportandosi in tutto come se facesse un nuovo testamento (e, quindi, *adhibitis testibus legitimis*), le tavole pupillari avranno tuttavia valore unicamente come parte del primo testamento. Esse, quindi, non revocheranno il testamento precedente: perché esse non costituiscono, in realtà, un altro testamento, ma vanno considerate alla stessa stregua dei codicilli come *pars et sequela testamenti*. Al contrario, invece se il *paterfamilias* fece prima testamento per sé e per il figlio, e poscia un altro testamento soltanto per sé; in questo caso *utrumque superius rumpetur*. La revoca del primo testamento ad opera del secondo è qui giustificata: qui, infatti, diversamente che nella prima ipotesi, il *paterfamilias* ha eretto un nuovo testamento.

L'ultima ipotesi prospettata da Pomponio non attiene precisamente al nostro tema, e non ha bisogno di particolari chiarimenti.

Altro indice della unità giuridica del testamento in cui è contenuta una sostituzione pupillare, sta nella impossibilità che il testamento principale – vale a dire il testamento – possa essere confermato, in tutto o in parte, in quello pupillare.

Paulus, lib. X quaest., fr. 44 D. 28, 6: *Ex pupillari testamento superius principale neque ex parte neque in totum confirmari posse Maecianus scripsit.*

Un principio identico vale anche per i codicilli:

Papinianus, libro XV quaest., fr. 10 D. 29, 7: *Quod per manus traditum est codicillis hereditatem dari non posse rationem illam habet, ne per codicillos, qui ex testamento valerent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur.*

Quello che Papiniano dice per i codicilli noi possiamo ripeterlo per il cosiddetto testamento pupillare: non è possibile che tragga da esso conferma, né totale né parziale, il testamento principale (cioè, il testamento) dal quale quello pupillare deriva proprio la sua esistenza. Formalmente, dunque, le tavole paterne e quelle pupillari costituiscono una perfetta unità giuridica, senza eccezione alcuna. Ma cosa significa che si abbia *unum testamentum*? Ciò significa: α) dall'un lato (formale), che tutte le parti di cui il testamento consta, sono, come è necessario, subordinate alla istituzione di erede; così che se non viene in essere quest'ultima, non vengono in essere neanche le prime (... *nam si principale ruptum sit testamentum et pupillare evanuit ... nisi adita quoque patris hereditas sit, pupillare testamentum evanescat* fr. 2 pr. § 1 D. 28, 6); – β) dall'altro lato (sostanziale), che il rapporto successorio posto in essere con tale testamento non può essere che uno: il rapporto di successione al *paterfamilias* testatore. Dal che segue che la eredità di cui si tratta in tale testamento non può essere che una: quella paterna.

Fecero i giureconsulti romani seguire alla perfetta unità formale delle duplici tavole, unità da essi medesimi affermata con assoluto rigore, la corrispondente unità sostanziale? Vale a dire come *unum* era il testamento, era parimenti *una* la *hereditas*?

Se dovessimo soltanto giudicare in base ad alcune definizioni che troviamo nelle fonti, bisognerebbe necessariamente dire che alla unità formale del testamento, nel caso della sostituzione pupillare, non corrispondeva la parallela unità sostanziale. «*Unum testamentum (duarum causarum id est) duarum hereditarium*» dicono Gaio e Giustiniano (Gai II, 180; § 2 Inst. II, 16). La stessa definizione riporta Ulpiano (fr. 2 § 4 D. 28, 6; fr. 2 § 2 D. 18, 4) in due questioni distinte. Epperò, come abbiamo detto, anche qui i giureconsulti romani definiscono in un modo ed agiscono in un altro. E, infatti, essi costruiscono l'organismo della sostituzione pupillare come se si trattasse di un solo rapporto successorio, di una sola *hereditas*: quella paterna. È questo, e non potrebbe essere altro, il fondamento giuridico del principio che gli eredi necessari del *paterfamilias* sono pure, come si dice, eredi necessari del pupillo<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> Anche da questo principio, che gli eredi necessari del padre siano pure eredi necessari del pupillo, trae, giustamente, partito il KARLOWA, op. cit. p. 878, in favore della sua tesi. Come spiegare ciò, si domanda il Karlowa, se non pensando che il sostituto pupillare era originariamente istituito quale *secundus heres* del padre?

Ulpianus, libro IV ad Sab., fr. 10 § 1 D. 28, 6: *Quos possum heredes mihi facere necessarios, possum et filio, ut servum meum et fratrem suum, quamvis in rebus humanis nondum sit: postumus igitur erit fratri heres necessarius.*

Ulpianus, lib. VI ad Sab., fr. 2 § 4 D. 28, 6: *...constat enim unum esse testamentum [ licet duae sint hereditates], usque adeo, ut quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat et postumum suum filio impuberi possit quis substituere.*

Ora, perché mai gli eredi necessari del *paterfamilias* sono, come si dice, anche eredi necessari del pupillo? Perché essi acquistano i beni del pupillo non in virtù di un nuovo titolo di erede che loro sopravvenga alla morte del pupillo, ma in virtù del loro titolo di eredi del *paterfamilias*.

Il patrimonio pupillare si aggiunge a quello paterno come una cosa accessoria alla cosa principale: essi, quindi, lo acquistano necessariamente perché parte dell'unica *hereditas*: la paterna<sup>43</sup>. Questa ragione è adombrata nel secondo testo di Ulpiano: il giurista, malgrado l'equivoca aggiunta *... licet duae sint hereditates* – tale aggiunta è forse di Ulpiano, mentre il rimanente riproduce il pensiero di Sabino<sup>44</sup> – sente il bisogno di dire che la unità del testamento è da intendere in un senso così rigoroso (*usque adeo*) «*ut quos quis sibi facit necessarios eosdem etiam filio faciat*». Il che significa che nel pensiero di Ulpiano, o meglio in quello di Sabino, alla unità formale del testamento fa perfetto riscontro quella sostanziale: la unità, cioè, del rapporto successorio posto in essere nel testamento.

Ulpianus, libro IV ad Sab., fr. 2 § 4 D. 40, 7: *Quocumque gradu pupillo servus cum libertate substitutus sit, necessarii causam optinet: quae sententia utilitatis causa recepta est [et a nobis probatur]. Celsius quoque putat libro quinto decimo cum libertate substitutum statuliberi causam optinere* (cfr. fr. 18 pr. D. 28, 6).

Quando, dunque, sostituto pupillare sia un servo, costui *necessarii causam optinet*. A che cosa attribuire questo effetto se non al fatto che il sostituto pupillare è, in realtà, nient'altro che un erede del *paterfamilias* testatore? In maniera proprio esplicita in tal senso si esprime Scevola.

Scaevola, lib. sing. quaest. publ. tractat., fr. 48 § 2 D. 28, 6: *Si pupillus substitutum sibi servum alienaverit eumque emptor liberum heredemque instituerit, numquid iste in substitutione habeat substitutum [universum] <sibi servum? Mo.> ut, si quidem pupillus ad pubertatem pervenerit, necessarius ex testamento emptoris heres extitit, sin vero intra pubertatem decesserit, ex substitutione quidem liber et heres sit et necessarius patri pupilli, emptori autem voluntarius heres extitit.*

<sup>43</sup> Anche il KARLOWA, op. cit. p. 877, considera gli acquisti fatti dal pupillo come *augmentum* della *hereditas* del padre. Che questa tesi sia arbitraria, come il PEROZZI (*Ist.* II<sup>2</sup> p. 564 n. 1) assume, noi non crediamo. Essa, infatti, come abbiamo già detto, ha nelle fonti solide e ben chiare riprove. Cfr. fr. 79 D. 35, 2; 73 pr. D. 35, 2; 11 § 5 D. 35, 2; 11 § 6 D. 35, 2; ecc.

<sup>44</sup> Ma nulla ci vieta di considerare l'inciso come interpolato. Esso risponde alla nuova concezione giustiniana.

La fattispecie è chiara: un *paterfamilias* istituisce il figlio impubere e gli sostituisce *pupillariter* un servo, al quale conferisce in pari tempo la libertà. Il figlio durante la sua vita vende lo schiavo. Il compratore istituisce quale proprio erede lo schiavo medesimo, concedendogli in pari tempo la libertà. Problema: da chi otterrà per primo la libertà il servo istituito *cum libertate* in due testamenti? Scevola, giustamente, distingue due casi: 1) che il pupillo diventi pubere; 2) che muoia *intra pubertatem*. Nel primo caso, è evidente che il servo sarà libero *ex testamento emptoris*, del quale diverrà erede necessario; nel secondo caso, invece, egli acquisterà la libertà *ex substitutione* e diverrà, in conseguenza, erede necessario del padre del pupillo. Questa decisione di Scevola appare un po' dura a noi che siamo abituati a considerare il sostituto pupillare sotto il profilo di erede del pupillo. Nel caso, poi, noi ci attendevamo quasi naturalmente un «*necessarius pupillo*»; ed ecco, invece, che il giurista ci dice con estrema chiarezza che il servo sarà erede necessario del padre. È, infatti, a questo solo titolo che egli potrà ottenere anche il patrimonio del pupillo. La medesima questione è trattata, ma sotto l'altro profilo, in un frammento molto bello di Nerazio.

Neratius, lib. I membran., fr. 55 (54) D. 28, 5: *Pater filio impuberi servum heredem substituit liberumque esse iussit: eum pupillus vendidit Titio: Titius eum iam primo testamento facto in secundo testamento liberum heredemque esse iussit. Superius testamentum Titii ruptum est, quia is servus et heres potest esse et, ut superius testamentum rumpatur, sufficit ita posterius factum esse, ut aliquo casu poterit ex eo heres existere. Quod ad vim autem eius institutionis pertinet, ita se res habet, ut, quamdiu pupillo ex ea substitutione heres potest esse, ex Titii testamento libertatem hereditatemque consequi non possit: si pupillus in suam tutelam pervenerit, perinde ex Titii testamento liber heresque sit ac si pupillo substitutus non fuisset: si pupillo heres extitit, propius est, ut Titio quoque, si velit heres esse possit.*

Il testo di Nerazio, come si vede, prospetta la medesima fattispecie prospettata nel testo di Scevola. La questione, che Nerazio rende più complessa aggiungendovi il problema della capacità revocatoria del secondo testamento in cui è istituito *cum libertate* il servo, viene risolta alla stessa maniera. Se il pupillo diverrà pubere, allora il servo sarà libero *ex testamento emptoris*, del quale *emptor* diverrà erede necessario; se il pupillo morrà *intra pubertatem*, allora egli sarà libero *ex substitutione* e diverrà erede necessario del pupillo. Certamente, anche la decisione di Nerazio è esatta: perché ben si può dire che il sostituto pupillare è erede del pupillo. Tuttavia, più esatta scientificamente è la decisione di Scevola che pone in rilievo nel sostituto pupillare la sua caratteristica essenziale: quella di essere erede del padre (vedi fr. 18 pr. D. 28, 6).

Possiamo concludere sopra questo punto, dicendo che il fatto che gli eredi necessari del padre vengano concepiti anche quali eredi necessari del pupillo è indice indubbio che uno era il rapporto di successione posto in essere nelle duplici tavole: quello di successione al *paterfamilias*. Cioè, alla unità formale del testamento faceva riscontro anche quella sostanziale della successione.

Indice ancora più decisivo, e intorno al quale non è possibile dubbio di sorta, ci fornisce la dottrina della inscindibilità di quelle che esternamente appaiono come due eredità e che in realtà non ne costituiscono che una sola: quella paterna<sup>45</sup>. Abbiamo già analizzato il magnifico testo di Giavoleno (fr. 28 D. 42, 5) in cui la dottrina della inscindibilità riceve una importantissima applicazione. Ora in quel testo Giavoleno ripone il fondamento di tale inscindibilità nel fatto che realmente non è in questione che una sola *hereditas*. Cosa si può scindere quando siamo dinnanzi ad una unità? L'importanza del testo di Giavoleno appare ancora più grande quando si consideri che il giurista pone in luce nel testo tanto la unità formale quanto la unità sostanziale delle duplici tavole: *Me illud maxime movet, quod praeceptoribus tuis placet unum esse testamentum... at cum substitutus filio hereditatem adiit tunc hereditas et patris et filii una est, et in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitus heres obligatur.*

All' *unum testamentum* (unità formale) corrisponde l' *una hereditas*. Se ci domandiamo di chi è quel testamento, di chi quell'eredità, di chi è erede il sostituto, noi non possiamo che rispondere così: come il testamento è del *paterfamilias* così di costui è la *hereditas* ed a lui succede il sostituto pupillare. Che in virtù del suo titolo di erede del *paterfamilias* il sostituto acquisti il patrimonio del pupillo, nel suo complesso di attività e di passività, è certo un fenomeno che ha bisogno di una spiegazione esauriente. Ciò costituirà appunto oggetto della nostra ricerca: ma prima di addentrarci in essa noi dobbiamo ulteriormente provare che il dogma della inscindibilità si fonda sul fatto che nella sostituzione pupillare non è in questione che la sola eredità del *paterfamilias* testatore.

Ulpianus, lib. IV ad Sab., fr. 10 § 2 D. 28, 6: *Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est: exititit patri filius heres: an possit substitutus separare hereditates, ut filii haebat, patris non haebat? Non potest, sed aut utriusque debet hereditatem habere aut neutrius: iuncta enim hereditas coepit esse.*

Ora cosa significa che il sostituto non possa *separare hereditates*, perché *iuncta hereditas coepit esse*? Null'altro se non questo: che non essendoci che una sola eredità, quella paterna, vale per essa il principio comune (fr. 1 D. 29, 2) onde «*qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest*».

Lo stesso è a dire quando il sostituto pupillare sia coerede del pupillo: in tal caso egli viene considerato come istituito erede in due parti, di cui una pura ed una sotto condizione. Ma è chiaro che trattandosi di una unica ed inscindibile eredità egli non può accettare l'una e repudiare l'altra, o repudiare la prima ed accettare la seconda. Ce ne dà conferma Ulpiano nello stesso testo al § 3:

fr. 10 § 3 D. eod.: *Idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte et filium ex parte et ego patris hereditatem repudiavero: nam neque filii hereditatem habere possum.*

<sup>45</sup> Il dogma dell' *una hereditas*, come, in contrasto con la tesi del Costa, si dimostra nella seconda parte di questo studio, fu saldissimo per tutta l'epoca classica.

La ragione della decisione ulpiana sta tutta in ciò: che trattandosi di *una eademque hereditas*, non può il sostituto (il quale va considerato come uno che *ex pluribus partibus institutus sit*) *quasdam partes repudiare, quasdam adgnosce* (fr. 2 D. 29, 2). È lo stesso Ulpiano, nello stesso 4° lib. ad Sabinum, che afferma ciò in relazione ad una comune *hereditas*. Il sostituto pupillare coerede, ripetiamo, va considerato come un erede istituito *pro parte pure, pro parte sub condicione*.

Papinianus, lib. VI respons., fr. 41 § 6 D. 28, 6: *Coheres impuberi filio dato eidemque substitutus legata a secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pure partem et sub condicione partem alteram accepisset*.

E ciò è tanto vero, che il sostituto pupillare, il quale ha già adito la eredità paterna, non ha più bisogno di una nuova adizione della cosiddetta eredità pupillare: questa si accresce a lui *ipso iure*.

Neratius, lib. II membran., fr. 59 D. 29, 2: *Qui patri heres extitit si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere: quod sic recipiendum est etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes deceaserit [nam is qui heres extiterit patri pupillo quoque heres necessario erit]<sup>46</sup> nam si ipsum invitum obligat coniungi eam paternae hereditati et adcrescendi iure adquiri cuicumque patris heredi existimandum est*.

La portata del testo di Nerazio è questa: che il sostituto pupillare coerede del pupillo, il quale ha già adito l'eredità paterna, non può repudiare quella pupillare. La quale, infatti, si congiunge a quella paterna e viene, perciò, *iure adcrescendi* necessariamente acquistata dall'erede del padre (sostituto pupillare), e, in caso che egli sia morto, dal suo erede. Orbene: dove sta il fondamento di que-

<sup>46</sup> Che insiticio sia l'inciso [*nam – erit*] non v'ha dubbio, come del resto è comunemente riconosciuto (Mommsen). Ma ciò sopra cui bisogna fermare l'attenzione è l'inciso precedente *quos sic recipiendum est* etc. Con esso si afferma che la cosiddetta eredità del pupillo viene acquistata *iure adcrescendi* dall'erede del sostituto pupillare premorto. Considerando, infatti, il patrimonio del pupillo come incremento della eredità paterna, o meglio, come parte di quella medesima eredità, è logico che esso debba spettare all'erede paterno (fr. 53 D. 29, 2). Questa soluzione, perfettamente logica, sembrerebbe essere contraddetta dai fr. 8 pr.; 10 pr. D. 28, 6; e 9 D. 38, 16. Questa contraddizione, però, può essere superata, come fa la Glossa, mediante la distinzione tra *ius substitutionis* ed *ius adcrescendi*. Il *ius substitutionis* non potrebbe evidentemente passare all'erede del sostituto. Trattandosi della attribuzione della qualità di erede, attribuzione per sua natura assolutamente personale, è ben chiaro che morto il sostituto prima del pupillo non possa più aver luogo la sostituzione pupillare. In questo senso sono da interpretare i fr. 8 pr.; 10 pr. D. 28, 6 e 9 D. 38, 16. Diverso, invece, è il caso che ci presenta il fr. 59 D. 29, 2. Qui l'erede del sostituto acquista i beni del pupillo *iure adcrescendi*, perché questi beni, considerati come beni paterni, si considerano come già potenzialmente appartenenti all'erede defunto e, quindi, come già formanti parte del suo patrimonio. Questa soluzione è possibile perché qui c'era un solo sostituto; se, invece, vi fossero stati più sostituti, allora saremmo rientrati entro i confini delle ipotesi contemplate nei fr. 8 pr.; 10 pr. D. 28, 6 e 9 D. 38, 16, e il *ius adcrescendi* avrebbe ceduto dinnanzi al *ius substitutionis*. Cfr. anche Bas. 45, 1, 21 (Hmb. IV 483) e gli scolii al testo, specie quello dell'Innominato dove si dice espressamente che cessando la sostituzione si fa luogo al *ius adcrescendi*.

sto *ius adcrendi*? Se si trattasse di due eredità distinte, un *ius adcrendi* sarebbe assurdo. Poiché, invece, si tratta di *una hereditas*, l'erede ad essa parzialmente vocato può e deve acquistarla per intero quando l'altra parte si rende libera. Il che, ancora una volta, significa che l'eredità del pupillo non è altro che un prolungamento ed una accessione dell'unica eredità paterna.

Alla sostituzione pupillare sono, dunque, applicabili in tutto e per tutto i principii comuni che disciplinano l'acquisto della *hereditas*.

Gaius, lib. XIV ad legem Iuliam et Papiam, fr. 53 D. 29, 2: *Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub condicione, et ex pura institutione adierit et decesserit posteaque condicio exstiterit, ea quoque pars ad heredem eius pertinet. § 1. Qui semel aliqua ex parte heres extitit, deficientium partes etiam invitus excipit [ id est tacite deficientium partes etiam invito adcrendunt]<sup>47</sup>.*

Ulpianus, lib. IX ad Sab., fr. 35 pr. D. 29, 2: *Si quis heres institutus ex parte, mox Titio substitutus, antequam ex causa substitutionis, ei deferatur hereditas, pro herede gesserit, erit heres ex causa quoque substitutionis, quoniam invito quoque ei adcrendit portio... sunt enim appendices praecedentis institutionis.*

Orbene: quel che Gaio ed Ulpiano dicono per il caso in cui un erede sia istituito *partim pure* e *partim sub condicione* (per esempio come sostituto volgare), vale per il sostituto pupillare. Il quale, perciò, una volta adita l'eredità del padre, acquisterà necessariamente, *iure adcrendi*, senza bisogno di un ulteriore atto di adizione – *cum ab utraque causa una aditio sufficiat* (fr. 76 pr. D. 29, 2) – la cosiddetta eredità del pupillo. E l'acquisterà per lui il suo erede, nel caso che egli sia premorto al pupillo e non vi siano altre sostituzioni ad impedire il *ius adcrendi*<sup>48</sup>. In questo senso, del resto, si esprime anche implicitamente Nerazio, quantunque la frase «*quod sic* etc.» sia forse da considerare come una glossa esplicativa<sup>49</sup>.

Lo stesso imperatore Giustiniano sembra riconoscere il domma dell'*una hereditas*. Anche Giustiniano accosta il sostituto pupillare coerede ad un erede istituito *partim pure* e *partim sub condicione*: l'imperatore decide che nell'un caso e nell'altro il sostituto coerede, che abbia già adito, come l'istituito *pro parte* che abbia pure adito, non possano rinunciare l'uno alla eredità pupillare, l'altro alla nuova parte di *hereditas* che gli si accresce.

c. 20 § 2 C. 6, 30 (a. 531): *Utramque igitur dubitationem* (sarebbe stata una *dubitatio* dei veteres) *simul decidendam esse censemus: placuit etenim nobis sive in institutionibus sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur vel omnia repudientur et necessitas imponatur heredi particulari facto vel aliam aut alias partes hereditatis admittere vel etiam substitutionem pupillarem.*

<sup>47</sup> L'inciso [*id est – adcrendunt*] è, come giustamente nota l'Aloandro, una glossa esplicativa.

<sup>48</sup> Conformemente a quanto si dice nel fr. 59 D. 29, 2.

<sup>49</sup> Cfr. ancora i seguenti testi: 23; 36; 52 pr. e § 1; 76 pr. e § 1; 80; 81 D. 29, 2; fr. 27; 68 D. 29, 2; c. 20 C. 6, 30.

Crediamo, però, che il fondamento giuridico della decisione giustiniana sia da ricercare non tanto nel domma dell'*una hereditas*, che non poteva più aver senso nell'epoca giustiniana, quanto sul seguente principio: che non è ammesso in diritto giustiniano accettare per una parte e impugnare per l'altra il *iudicium* del testatore (in questo senso sono interpolati alcuni testi: fr. 40 e 42 D. 29, 2, etc.).

Quanto abbiamo sin qui detto prova in modo indubbio che nel pensiero dei giureconsulti romani – Sabino, Nerazio, Giuliano, Giavoleno e Ulpiano – la eredità del pupillo veniva considerata alla stessa stregua di una parte condizionata della eredità paterna. Per questa ragione il sostituto pupillare, coerede dell'impubere, acquistava *iure adcrendi* il patrimonio del pupillo.

Sappiamo bene che le nostre fonti presentano a questo punto alcune discrepanze<sup>50</sup>; di esse terremo conto quando tenteremo di mettere in rapporto la sostituzione pupillare classica e quella giustiniana. Quel che a noi premeva, in questa nostra ricerca, si era dimostrare che quel rapporto di successione del sostituto pupillare al pupillo che i giureconsulti affermano esistere è, in fatto, escluso dall'organismo stesso della sostituzione pupillare. Studiata l'intrinseca struttura di questo istituto nello stesso diritto classico, noi vediamo scomparire quel profilo che ci era apparso dall'esterno, del sostituto pupillare, cioè, considerato quale erede del pupillo. Da qualunque punto di vista noi ci poniamo, il sostituto pupillare ci appare, in realtà, soltanto come un erede del *paterfamilias* testatore, il quale acquista il patrimonio pupillare semplicemente come se si trattasse di una parte condizionata della medesima eredità paterna.

E allora noi dobbiamo ancora una volta affermare che se nello stesso diritto classico il sostituto pupillare non è in senso proprio erede del pupillo, a maggior ragione egli non poteva esserlo nel diritto più antico.

#### Cap. IV

#### Sostituzione pupillare e tutela

§ 9. – Ritorniamo ora, un momento, al punto di partenza. Ci eravamo posti innanzi l'istituto della sostituzione pupillare e lo avevamo visto esternamente costituito da tre successioni: 1) del pupillo al *paterfamilias*; 2) del sostituto al

<sup>50</sup> Così nei fr. 12 D. 28, 6 e 42 D. 29, 2 sembrerebbe che alcuni giureconsulti classici avessero già superato questo principio dell'*una hereditas*: in tal senso COSTA, op. cit. p. 279 segg. Ma (come vedremo nelle note esegetiche) le novità che a tal proposito ci mostrano i testi sono dovute senza dubbio ai compilatori, i quali, poggiandosi sopra addentellati classici (pretorii) trasformarono in principio generale alcune eccezioni pretorie.

pupillo; 3) del sostituto al *paterfamilias*. Avevamo detto: il coordinamento di questi tre rapporti dà luogo a contraddizioni e illogicità gravissime<sup>51</sup>; poiché, però, il fenomeno in che si sostanzia la sostituzione pupillare è molto antico, quei tre rapporti rappresentano certamente una figura giuridica nuova assunta dal fenomeno in cambio di quella sua antica. Ci siamo chiesti: potremmo provare alla luce delle nostre stesse fonti che quei rapporti – almeno i primi due – non potevano esistere in antico?

La risposta le fonti ce l'hanno fornita. Quei rapporti contraddittori sono in realtà una mera apparenza esteriore: in sostanza, neanche nello stesso diritto classico il pupillo diventava erede del suo *paterfamilias* né il sostituto pupillare diventava erede del pupillo. L'unico rapporto giuridico di successione che esista veramente è, nello stesso diritto classico, quello del sostituto pupillare al *paterfamilias*.

Ridotta a cotesta maniera, la sostituzione pupillare si libera, è vero, delle contraddizioni e delle illogicità che a prima vista essa mostra all'occhio dello studioso. Ma questa distruzione dei due rapporti di successione da noi operata lascia scoperte ed inspiegate altre situazioni giuridiche. Sarebbe che non fosse possibile la eliminazione delle prime illogicità senza che ne sorgessero delle altre.

Voi dite, ci si obietterà, che il pupillo non diventa erede del padre. Bene: poiché l'analisi dei testi lo dimostra, noi accettiamo questa tesi. Ma intanto come spiegate che il pupillo durante la sua vita acquista la eredità paterna e ne usa – il tutore per lui – con tutta la pienezza di un *dominus*?<sup>52</sup>

Ancora: voi dite che il sostituto pupillare non diventa erede del pupillo, ma è soltanto erede del *paterfamilias*. Bene: poiché l'analisi dei testi lo dimostra, noi accettiamo questa tesi. Ma intanto come spiegate che, malgrado tutto, c'è pur sempre un subentrare, sia pure limitato, del sostituto nei rapporti giuridici posti in essere dal pupillo durante la sua vita? Va bene che in ordine alla eredità paterna tutti gli atti compiuti dal pupillo si considerino come non avvenuti (astensione, prestazione di legati oltre i limiti che verranno a risultare dalla *contributio*, etc.); ma non si può disconoscere che il sostituto subentra negli altri rapporti giuridici che il pupillo pose in essere durante la sua vita (assunzione di debiti o di crediti, acquisto di dominio, ecc.)<sup>53</sup>. Non solo: ma le fonti pongono segni di netta demarcazione tra il patrimonio paterno e quello pupillare; così, per portare un esempio, agli effetti delle leggi caducarie la distinzione delle due eredità è necessaria (fr. 6; 11; 43 § 3 D. 28, 6). Altri esempi potremmo

<sup>51</sup> PEROZZI, *Ist.* II<sup>2</sup> p. 563 dice esattamente: «la sostituzione pupillare manca nell'epoca storica di struttura logica».

<sup>52</sup> È questa, in sostanza, l'obiezione fondamentale, già formulata dal PIETAK, *op. cit.* pag. 383.

<sup>53</sup> Né può risolversi tale obiezione ricorrendo con il KARLOWA, *op. cit.* p. 876, alla idea che i rapporti posti in essere dal pupillo vadano considerati coi criteri che disciplinano un rapporto durante il suo periodo di pendenza.

trarre da tutte le altre questioni; come nel fr. 42 D. 28, 6, nel fr. 14 § 3 D. 35. 2 e altrove. Come conciliare tutto ciò con le conclusioni cui siamo pervenuti, sia pure attraverso la documentazione delle fonti medesime?

Tali obiezioni hanno una reale importanza: i fenomeni da esse notati esistono; e fu proprio la loro esistenza che indusse i giureconsulti classici a considerare, sia pure soltanto a certi effetti, il pupillo quale erede del padre ed il sostituto quale erede del pupillo.

Dove la concezione, chiamiamola così, strutturale, per cui il pupillo non diventa erede del padre ed il sostituto pupillare è soltanto erede del padre ed acquista a questo titolo i beni del pupillo, non è più capace di spiegare determinati fenomeni, i giureconsulti classici hanno bella e pronta l'altra concezione: quella, chiamiamola così, provvisoria e limitata, per cui il pupillo va considerato a certi effetti quale erede del padre ed il sostituto anche quale erede del pupillo. Le due concezioni nel diritto classico si postulano vicendevolmente e insieme riescono a spiegare tutti i fenomeni cui dà luogo una sostituzione pupillare.

Perciò, alle obiezioni che noi abbiamo poste innanzi i giureconsulti classici risponderebbero, come noi abbiamo risposto, che esse sono vere, e che, malgrado le diverse conclusioni cui conduce l'esame della struttura della sostituzione pupillare, il pupillo va tuttavia considerato entro certi limiti quale erede del padre ed il sostituto anche quale erede del pupillo.

Ma, si dirà, possono dunque coesistere due concezioni che logicamente si escludono? Proprio, coesistono: sta qui tutta la bizzarria del nostro istituto.

Ma quale è stato, allora, lo scopo di tutte le ricerche precedenti se esse dovevano condurre alla affermazione dalla quale eravamo partiti; che, cioè, la sostituzione pupillare è un istituto illogico e bizzarro?

Ecco: noi abbiamo condotta l'indagine con lo scopo di trovare nella struttura classica dell'istituto le tracce di una struttura più antica. Orbene, noi abbiamo scoperto ben più che delle semplici tracce; abbiamo scoperto l'integrale fisionomia dell'antico istituto ancora inalterata nell'epoca classica. Abbiamo veduto, infatti, che il nostro istituto ha ancora nel diritto classico una ossatura perfettamente logica la quale è costituita da un rapporto di successione: quello del sostituto pupillare al padre. In virtù di tale rapporto il sostituto pupillare, che è nient'altro che l'erede del testatore, acquista, come parte dell'unica eredità paterna, i beni del pupillo. Se non ci fossero quegli altri fenomeni laterali notati, che in tale ossatura non possono, nel diritto classico, essere ricompresi, la sostituzione pupillare ci sarebbe apparsa in una linea mirabilmente armonica. Ma quei fenomeni rompono irrimediabilmente quella armonia, e postulano una nuova concezione che sta però in aperto contrasto con la prima.

La domanda, allora, che sorge spontanea al nostro pensiero è la seguente: forse che quella ossatura logica, che ci fornisce manifestamente la fisionomia più antica dell'istituto, ricomprendeva in antico anche quei fenomeni che, per qualche ragione esterna sopravvenuta, non poté più ricomprendere in epoca storica?

La risposta più probabile appare già *a priori* quella positiva. Se quella ossatura logica ha una origine lontana e se essa si mantiene, malgrado tutto, con tanta saldezza ancora in epoca classica avanzata, ciò è indice che essa doveva in origine rispondere perfettamente allo scopo per cui era stata creata. La concezione diversa che fu, in prosiegua, con essa così malamente amalgamata è pertanto una superstruttura recente la cui nascita non può avere altra ragione che questa: che tra la struttura del titolo di erede e la funzione a tale struttura corrispondente sia avvenuta per tempo una separazione, nella quale sta proprio la radice di tutte le contraddizioni.

§ 10. – Prendiamo, dunque, in esame questo titolo di erede, in cui consiste, ancora in epoca classica, l'essenza della sostituzione pupillare, e vediamo gli elementi che in esso in quell'epoca si contengono.

Un *paterfamilias* che abbia un pupillo ha la facoltà di nominargli un sostituto pupillare: egli può, però, anche non nominarlo; ma quando lo nomina, questo sostituto pupillare è necessariamente suo erede e la sostituzione pupillare viene configurata strutturalmente come una semplice istituzione condizionata. Per cui il sostituto pupillare otterrà in virtù del suo titolo di erede del *paterfamilias* i beni del pupillo morto impubere.

Abbiamo veduto, però, che il solo titolo di erede del *paterfamilias* non riesce a spiegare altri fenomeni, in conseguenza dei quali siamo costretti a porre un altro titolo accanto al primo: quello di erede del pupillo. Ciò è dovuto al fatto che l'impubere alla morte del padre assume in epoca classica una propria, sia pure provvisoria, personalità giuridica, in conseguenza della quale egli pone in essere una serie di rapporti giuridici nei quali il sostituto subentra come erede.

La causa, allora, della incapacità del titolo di erede del *paterfamilias* ad esaurire in epoca classica tutto il contenuto di una sostituzione pupillare, sta, appunto, in tale personalità giuridica dell'impubere. Prescindiamo per un momento, col pensiero, da essa; avremo, allora, questo risultato: che l'erede del *paterfamilias*, in virtù di tale suo titolo, acquista necessariamente i beni del pupillo già durante la vita di costui. Rimettiamo in mezzo nuovamente la personalità dell'impubere; ne risulta questo singolare fenomeno: che la virtù del titolo di erede del *paterfamilias* in ordine agli acquisti dell'impubere cessa durante la vita dell'impubere per risorgere al momento della sua morte. La virtù di questo titolo è stata così polarizzata in due estremi: al momento della morte del *paterfamilias* ed al momento della morte del pupillo; tra quei due estremi viene a prodursi una vera interruzione. Essi si possono raffigurare come due capi di una corda spezzata. Ebbene; la conseguenza di tale interruzione è che al momento della morte del pupillo il titolo di erede del *paterfamilias* non può più esaurire in sé tutto il contenuto della sostituzione pupillare. Il pupillo durante la sua vita avrà certamente posto in essere rapporti giuridici nei quali il sostituto pupillare deve pure subentrare, e naturalmente non può subentrarvi che

come erede del pupillo. Per riunire i due capi di quella corda spezzata i giureconsulti romani furono costretti a legare insieme, nel sostituto pupillare, due titoli eterogenei: quello di erede del padre, che è il titolo fondamentale ed antico; quello di erede del pupillo, che è il titolo accessorio e recente. Tale unione, è evidente, non poteva aver luogo che a prezzo di gravi illogicità.

La radice, dunque, di tutte le contraddizioni sta nel fatto che il pupillo in epoca classica assume, in un certo senso, durante la sua vita, una propria personalità giuridica. Ora se noi ci richiamiamo alle considerazioni fatte innanzi relativamente alla posizione giuridica del pupillo nello stesso diritto classico, non sarà davvero audace affermare che nel diritto più antico il pensiero solo di siffatta personalità giuridica era un assurdo. Cosa avveniva allora del pupillo? Domandiamone la risposta alla stessa sostituzione pupillare classica. Essa ci dice che l'erede del padre, in virtù di tale titolo, può acquistare alla morte del pupillo i beni di costui. Dunque, il titolo di erede del *paterfamilias* contiene in sé la forza di fare acquistare a chi lo possiede i beni del pupillo. Ciò, peraltro, ha luogo in diritto classico solo alla morte dell'impubere. Ma se consideriamo che questo spostamento è determinato dal fenomeno recente della personalità dell'impubere, possiamo dire che tale spostamento (effetto) non ci poteva essere in antico, quando mancava ancora quella personalità (causa) che poteva soltanto produrlo. Allora la nostra affermazione, che il titolo di erede del *paterfamilias* contiene in sé la forza di fare acquistare a chi lo possiede i beni del pupillo, ha valore in tutta la sua pienezza pel diritto più antico. L'erede del padre acquistava, perché tale, tutti i beni che fossero sopravvenuti al pupillo durante la sua impubertà. Questa è la risposta che il diritto classico stesso ci fornisce.

Ma che altro significa tutto ciò, se non che il pupillo ricadeva alla morte del *paterfamilias* sotto la *potestas* dell'erede, e che era appunto tale *potestas* ciò che faceva acquistare necessariamente all'erede i beni del pupillo?

Noi qui abbiamo che il titolo di erede ha strutturalmente la capacità di produrre certi effetti (acquisto dei beni del pupillo) in conseguenza della funzione potestativa ad esso inerente.

Orbene, staccate quella funzione dal titolo di erede, pur mantenendo la struttura di tale titolo capace dei suoi effetti; ecco allora le conseguenze che ne discenderanno:

1) l'acquisto dei beni del pupillo non sarà più un effetto necessario del titolo di erede, ma sarà sempre possibile che si verifichi quando il testatore lo disponga, per la capacità potenziale che ha tale titolo di produrre questo effetto;

2) questo effetto non potrà più prodursi con la regolarità di una volta: essendosi staccata la *potestas* dal titolo di erede, l'erede del padre non potrà più acquistare, *iure potestatis*, già durante la vita dell'impubere, i beni di costui; l'impubere, infatti, non ricade più sotto la sua potestà, cosicché quell'effetto potrà prodursi solo alla morte del pupillo;

3) il titolo di erede del *paterfamilias* ha un periodo di quiescenza durante la vita dell'impubere, e riprende la sua efficacia al momento della morte di questo. In tal momento esso ritrova in sé la forza che gli permette di far acquistare al sostituto i beni del pupillo. Tuttavia, quel periodo di quiescenza ha determinato anche una limitazione della sua efficacia: perché durante tale periodo una serie di rapporti giuridici sono stati posti in essere dal pupillo e questi rapporti non si possono ricondurre nella sfera di quel titolo. Di qui, il ricorso a un titolo diverso che deve essere al primo necessariamente unito.

Procediamo ora all'esperienza inverso: riuniamo la funzione (*potestas*) alla sua struttura (titolo di erede). 1) Questa unione impedisce il periodo di quiescenza e rende attuale la efficacia del titolo di erede, il quale troverà così in sé solamente la giustificazione dell'acquisto dei beni del pupillo. 2) Non solo; ma tale acquisto non viene più spostato alla morte del pupillo, ma si verifica, anzi, durante la vita di costui (scompare così l'idea della sostituzione pupillare). 3) L'acquisto dei beni del pupillo non sarà più un momento possibile, ma, anzi, un momento necessario del titolo di erede.

Tutto ciò, si tenga ben presente, non è altro che il risultato di una analisi oggettiva degli elementi che le fonti ci forniscono, elementi che si possono così riassumere: 1) che il sostituto pupillare è necessariamente erede del padre; 2) che in virtù di tale sua qualità egli acquista i beni del pupillo alla morte di costui; 3) che le contraddizioni cui dà luogo la sostituzione pupillare hanno la loro radice nella posizione giuridica assunta dal pupillo in epoca storica; posizione, peraltro, la quale è siffattamente precaria ed irregolare da lasciare necessariamente concludere che nell'epoca più antica il pupillo non poteva assolutamente essere *sui iuris*. Ciò che, del resto, era, entro certi limiti, vero per lo stesso diritto classico.

Noi potremmo allora ritenere come provato che realmente in antico alla struttura del titolo di erede corrispondeva una conforme funzione potestativa: e che era appunto tale *potestas* a giustificare l'acquisto, da parte dell'erede, dei beni del pupillo. In processo di tempo staccatasi la *potestas* dal titolo di erede, il prodursi di quell'effetto (acquisto dei beni), quantunque fondato sulla medesima struttura, si verificò, a causa della scissione della *potestas*, in maniera irregolare ed assunse anche delle forme illogiche.

Ora le prove per i problemi di origine non sono mai troppe: ed è per questo che noi ci siamo riservati per ultimo quella che, a nostro avviso, deve illuminare di luce vivissima le nostre conclusioni.

§ 11. – Noi abbiamo detto: in origine l'erede aveva la *potestas* sull'impubere e ne acquistava in conseguenza i beni.

Abbiamo noi, in diritto classico, gli elementi – 1) titolo di erede del *paterfamilias*, 2) *potestas* dell'impubere, 3) acquisto conseguenziale dei suoi beni – per ricostituire idealmente, nella sua integrità, la fisionomia dell'antico *heres*?

Interroghiamo le fonti: esse ci mostrano non solo che esiste il terzo fenomeno (acquisto dei beni del pupillo da parte dell'erede del *paterfamilias*), ma ci mostrano altresì che esiste anche il secondo fenomeno, sia pure affievolito. E che cosa è mai, infatti, la tutela se non l'originaria *potestas* affievolitasi nel tempo e staccatasi dal titolo di erede cui in origine ineriva?<sup>54</sup>

Ora, perché fosse possibile ricostituire la fisionomia dell'antico *heres* bisognerebbe che le tre figure giuridiche dell'erede, del tutore, e del sostituto pupillare potessero tra loro perfettamente combaciare. Il che significa che la figura dell'erede dovrebbe mostrare perfettamente gli stessi tratti della figura del tutore, e la figura del sostituto gli stessi tratti della figura dell'erede e di quella del tutore. Se ottenessimo questa perfetta fusione delle tre figure, allora noi potremmo considerare queste tre figure anziché distintamente, separate l'una dall'altra, come una figura sola, e potremmo dire: l'erede ha la *potestas* (tutela) sull'impubere e ne acquista in conseguenza i beni.

Allora il nostro compito consiste nel provare che le tre figure coincidono perfettamente l'una con l'altra. Procederemo in quest'ordine: esaminando 1) la figura dell'erede e del sostituto, 2) quella dell'erede e del tutore, 3) quella del sostituto e del tutore.

Quanto alle prime due figure non vi può essere dubbio alcuno sulla loro identità: come abbiamo veduto, il sostituto pupillare è sempre necessariamente erede del *paterfamilias*. Possiamo, perciò, passare senz'altro alla seconda analisi.

Quanto alla originaria identità tra tutore ed erede, noi dobbiamo qui richiamare le conclusioni cui siamo pervenuti in altra opera: ivi abbiamo constatato come tale identità sia davvero indubitabile<sup>55</sup>.

Ove si fermi, infatti, l'attenzione sulla delazione della tutela legittima e si ponga a raffronto tale delazione con quella delle successioni legittime (intestate), la identità strutturale tra tutela ed *hereditas* appare piena. *a)* Quando un *paterfamilias* muoia *intestatus*, (termine che, come abbiamo visto, vale tanto per indicare la mancata nomina di un erede, quanto per indicare la mancata nomina del tutore (fr. 6 D. 26, 4), la delazione così della tutela come della *hereditas* va al prossimo agnato (fr. 1 pr. D. 26, 4; fr. 5 pr. D. 26, 4; Gai I, 155; I, 165; fr. 3 pr. D. 26, 4; fr. 73 D. 50, 17; fr. 10 pr. D. 26, 4; fr. 1 § 1 D. 26, 4; fr. 3 § 4 D. 26, 4) che tanto per la tutela quanto, in origine, per la eredità, è il prossimo agnato maschio<sup>56</sup>. *b)* La vocazione intestata tutelare ed ereditaria costituisce una accessione organica del posto familiare più prossimo: di qui la impossibilità di delazioni successive. «*In legitimis* – perciò – *non est successio*»: e ciò, come abbiamo dimostrato, vale tanto per la tutela quanto per la *hereditas*. (Gai III, 12; fr. 1 § 2 D. 26, 4;

<sup>54</sup> Cfr. BONFANTE, *Corso di dir. Rom.* I p. 405.

<sup>55</sup> *Successioni* cit. §§ 47 e segg. Cfr. BONFANTE, *Corso* I p. 405; SOLAZZI, *La legge delle XII tavole* cit.

<sup>56</sup> In questo senso, come abbiamo detto nella nota 24, si esprime anche G.B. VICO, op. cit.

fr. 3 §§ 5, 6, 8 D. 26, 4). *c)* Il pratico superamento della precedente impossibilità si ha con la *in iure cessio tutelae* e la *in iure cessio hereditatis* (Gai I, 168, 171; Ulp. X, 1, 6, 7; Sch-Sin. 51; Gai II 34, 37; III, 85, 87; fr. 4 § 28 D. 44, 4). *d)* Il principio *semel heres semper heres* trova il suo parallelo nell'altro che il tutore legittimo rimane sempre tutore, ancorché abbia ceduto ad altri l'esercizio della tutela ed ancorché sia stato scusato o rimosso<sup>57</sup>. *e)* La *capitis deminutio* estingue tanto la delazione legittima della tutela, quanto quella della *hereditas* (Gai I, 158; fr. 7 pr. D. 4, 5; fr. 11 D. 38, 16; fr. 1 § 8 D. 38, 17; fr. 1 § 4 D. 38, 16; Gai III, 21; Ulp. XXVIII, 5; id. XI, 9; fr. 3 § 9 D. 26, 4; c. 2 C. 5, 30; § 4 Inst. I, 22).

In relazione alla delazione testamentaria della tutela e della *hereditas*, le identità strutturali tra i due istituti non sono meno sorprendenti. Infatti: *a)* la nomina del tutore non può aver luogo che in un testamento; *b)* come non è possibile la nomina di un erede *ex re certa*, così non è possibile la nomina di un tutore *ex re certa* (fr. 12 D. 26, 2; fr. 1 § 4 D. 28, 5; fr. 75 (74) D. 28, 5; fr. 9 § 3 D. 28, 5; fr. 10 D. 28, 5; fr. 15 D. 26, 2); *c)* il parallelismo perfetto tra i due principi: «*quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare*» (fr. 11 pr. D. 26, 2) e «*quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur*» (fr. 39 D. 29, 2); *d)* il perfetto parallelismo tra il principio «*si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela, ... in locum excusati dandum, non ad legitimum redire tutelam*» (fr. 1 § 1 D. 26, 2) e l'altro «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*».

Tutti questi parallelismi possono riassumersi nel detto di Qu. Mucius Scaevola, lib. sing. ὄρων (fr. 73 pr. D. 50, 17: *Quo tutela redit, eo et hereditas pervenit nisi cum feminae heredes intercedunt*<sup>58</sup>).

La identità strutturale fra tutela ed *hereditas* è, come appare da questi parallelismi notati, davvero perfetta: e pertanto, quantunque ne sia diversa la funzione, tutore ed erede ci appaiono sotto un'unica fisionomia giuridica.

§ 12. – Passiamo ora all'ultimo confronto: quello tra la figura del sostituto pupillare e del tutore. Già noi potremmo dire: se la figura del tutore si identifica con quella dell'erede, se il sostituto pupillare è nient'altro che l'erede del *paterfamilias*, dunque anche la figura del sostituto pupillare si identifica con quella del tutore. Ma oltre che a questa argomentazione logica noi possiamo qui fare appello alle fonti: esse ci mostreranno che realmente tra le due figure esiste una identità perfetta. Un primo punto di coincidenza tra i due istituti si ha in ciò: che tanto la tutela quanto la sostituzione pupillare non possono essere disposte che per testamento. E ciò al punto che per la sostituzione pupillare, come per la *institutio heredis*, non fu mai permesso che venisse disposta in

<sup>57</sup> SOLAZZI, *Curator impuberis* p. 50 sgg.

<sup>58</sup> Sul testo di Q. Mucio Scevola vedi le critiche del SOLAZZI, *Legge delle XII tavole* cit. pp. 51 sgg. e le nostre osservazioni in contrario in *Successioni* cit. § 51 p. 130 n. 2.

un codicillo confermato (che pure era formalmente parte del testamento: Gai II, 273; fr. 10 D. 29, 7; fr. 78 (76) D. 36, 1 intp.); e per la tutela, come Gaio ci attesta (II, 289), non fu mai permesso che venisse disposta per fedecommesso.

Ora, come abbiamo già detto innanzi, la ragione per cui tutela e sostituzione pupillare non possono essere disposte che per testamento sta nel fatto che esse sono elementi della *institutio heredis*, i quali, quantunque separati nell'epoca storica dal grembo materno, non possono tuttavia esistere se non quando siano di nuovo ad esso ricondotti. Essi possono, perciò, considerarsi ancora quali elementi organici della *institutio heredis*: elementi i quali possono, è vero, anche mancare, ma l'esistenza dei quali, quando ci siano, è dogmaticamente legata alla istituzione di erede.

Questo primo punto di coincidenza per sé solo non giustifica, però, la nostra tesi: per essere probante esso deve essere accostato agli altri punti di coincidenza che passerò ora ad esaminare.

Rileviamo anzitutto i dati fondamentali comuni ai due istituti: *a*) tutela e sostituzione pupillare hanno un comune fondamento nella *patria potestas* del *paterfamilias* che le dispone; *b*) suppongono ambedue l'esistenza di un impubere immediatamente soggetto alla *potestas* di un *paterfamilias*; *c*) hanno una funzione in certo modo comune, e tale per cui la funzione dell'uno istituto perfettamente si integra con la funzione dell'altro; *d*) hanno come insuperabile limite comune la *pubertas* del pupillo. Ancora altri punti di coincidenza, che, quantunque possano essere ricompresi tra quelli notati, è bene tuttavia porre in particolare rilievo, sono: *e*) né la tutela né la sostituzione pupillare possono essere disposte per un emancipato; *f*) l'emancipazione, perciò, e l'arrogazione del pupillo estinguono l'una e l'altra; *g*) così la *datio tutoris* come la nomina del sostituto pupillare possono essere fatte per un periodo determinato (*ad certum tempus*, es. *ad duodecim annos*).

Già da questi brevi lineamenti tutela e sostituzione pupillare ci appaiono fornite di una struttura talmente parallela, che appare perfettamente possibile pensare il sostituto pupillare al posto del tutore ed il tutore al posto del sostituto pupillare. Sarà molto utile procedere ad un raffronto tra i testi.

#### TUTELA

Gaius I, 144: *Permissum est itaque parentibus, liberis quos in potestate sua habent testamento tutores dare: masculini quidem sexus impuberibus, feminini autem sexus cuiuscumque aetatis sint, et tum quoque cum nuptae sint.*

#### SOSTITUZIONE PUPILLARE

Gaius II, 179: *Liberis nostris impuberibus, quos in potestate habemus... substituere possumus... ut, etiamsi heredes nobis extiterint et adhuc impuberes mortui fuerint, sit iis aliquis heres.*

Come abbiamo già detto innanzi, i due istituti dovevano essere in antico ancora più simili, nel senso che la sostituzione doveva necessariamente essere estesa anche alle donne. Tale sostituzione muliebre venne, peraltro, meno – come s'è detto – allorché con l'espedito della *coemptio* fu permesso alla donna di fare testamento.

Gaius, lib. XII ad ed. prov., fr. 1 pr. D. 26, 2: *Lege duodecim tabularum permissum est parentibus liberis suis [sive feminini sive masculini sexus] si modo in potestate sint tutores testamento dare.*

Paulus, lib. sing. de testam. (Fr. vat. 229): *Parentibus licet liberis suis in potestate manentibus testamento tutores dare, masculis quidem impuberibus feminis vero etiam puberibus.*

Come appare dal confronto dei testi, tutela e sostituzione pupillare hanno per comune fondamento la *patria potestas* e per comune mezzo di attuazione il testamento. Anche il soggetto cui si riferiscono è identico: è il pupillo e, nell'epoca più antica, forse, anche la donna.

Quanto alla diversità di origine che le fonti sembrerebbero indicare, riportando l'uno istituto alle XII tavole e l'altro ai *mores*, essa è soltanto apparente. Tutti e due gli istituti, almeno nella loro sostanza, risalgono agli antichissimi *mores*: perché non ci fu mai un pupillo non soggetto a *potestas* e mai il pupillo poté fare testamento. Quanto alla forma loro specifica – tutela e sostituzione pupillare – i due istituti hanno nuovamente una origine comune, perché essi sorgono da una medesima causa: la separazione dal titolo di erede dalla funzione potestativa.

Come la tutela così anche la sostituzione pupillare può aver luogo per i postumi, figli e nipoti: nei riguardi di questi ultimi solo per il caso in cui non ricadranno nella *potestas* del padre loro.

Gaius, lib. XII ad ed. prov., fr. 1 § 1-2 D. 26, 2: *Item scire debemus etiam postumis filiis vel nepotibus [vel ceteris liberis] licere parentibus testamento tutores dare, qui modo in ea causa sint, ut, si vivo eo nati fuerint, in potestate eius futuri sint neque testamentum rupturi. § 2. Item ignorandum non est eum, qui filium in potestate et nepotem ex eo aequè in potestate habebit, si nepoti tutorem dederit, ita recte dedisse videri, si nepos post mortem eius in patris sui potestatem recasurus non sit: quod evenit, si vivo testatore filius in potestate eius esse desierit (Cfr. Gai I, 146).*

Ulpianus, lib. VI ad Sab., fr. 2 pr. D. 28, 6: *Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit [donec masculi ad quattuordecim annos perveniant, feminae ad duodecim]: quod sic erit accipiendum, si sint in potestate...*

Ulpianus, lib. VI ad Sab., fr. 2 pr. D. 28, 6: *...postumis plane possumus, nepotibus etiam possumus et deinceps, si qui non recasuri sunt in patris potestate. Sed si eos patres praecedant ita demum substitui eis potest, si heredes instituti sint vel exheredati: ita enim post legem Vellaeam succedendo non rumpunt testamentum: nam si principale ruptum sit testamentum, et pupillare evanuit.*

Ulpianus, lib. XXXVI ad Sab., fr. 10 § 2 D. 26, 2: *Qui filium et ex eo nepotem habebat, si nepoti tutorem dederit, habet disceptationem, an aliquo casu inutilis sit datio: ut puta si proponas filium vivo patre decessisse et nepotem ex eo successisse vivo avo. Et fortius dicendum est tutelam quoque e lege Iunia Vellea confirmatam: nam et Pomponius libro sexto decimo ex Sabino scripsit valere tutoris dationem. Cum enim confirmatum sit testamentum, consequenter tutoris quoque datio valebit in eo testamento scripta quod valet, id est ubi nepos vel heres institutus sit vel nominatim exheredatus sit.*

Come appare dal raffronto dei tre testi, la disciplina della *datio tutoris* e della sostituzione pupillare per i figli postumi e per i nipoti postumi (aquiliani, velleiani, quasi velleiani e giuliani) è perfettamente identica. I principii affermati per l'uno istituto valgono anche per l'altro. C'è proprio nei testi una coincidenza perfetta di idee e financo di espressioni.

Dove l'identità ancora più ci colpisce è nella nomina del tutore e del sostituto al pupillo diseredato.

Modestinus, lib. VII differ., fr. 4 D. 26, 2: *Pater heredi instituto filio vel exheredato tutorem dare potest...*

Modestinus, lib. II pandect., fr. 1 § 1 D. 28, 6: *Substituere liberis tam heredibus institutis quam exheredatis possumus.*

Gaius II, 182: *Non solum autem heredibus institutis impuberibus liberis ita substituere possumus... sed etiam exheredatis.*

Ulp. XXIII, 8: *Etiam exheredatis filiis substituere parentibus licet.*

La sostituzione al diseredato costituisce certamente uno dei punti più illogici della sostituzione pupillare. Se fosse vera la concezione della sostituzione pupillare quale nomina di un erede dopo il pupillo – *postquam pupillus heres extitit* – la sostituzione al diseredato non potrebbe trovare spiegazione alcuna. Accostiamo la sostituzione pupillare alla tutela, concepiamola, anzi, quale un prolungamento della tutela, come il momento finale di essa: allora,

la sostituzione pupillare al diseredato si capisce perfettamente. Se il *paterfamilias* può nominare un tutore al diseredato, può *eo ipso*, per la stessa ragione, nominargli un sostituto.

Perché e come il *paterfamilias* può disporre dei beni del pupillo diseredato e di quelli *aliunde* sopravvenuti al pupillo istituito? Dire che ne possa disporre in virtù della *patria potestas*, non è dare una risposta completa. Perché, infatti, si potrebbe benissimo opporre che la morte del *paterfamilias* estingue tale *potestas* e che non si vede, perciò, il modo come tale *potestas*, che durante la vita dell'impubere non s'è in alcun modo manifestata, possa risorgere proprio al momento della morte dell'impubere. Affinché, perciò, la risposta fosse soddisfacente, bisognerebbe poter pensare quella *potestas* come continuatasi anche dopo la morte del *paterfamilias*. Sarebbe forse possibile trovare nelle fonti, ancora in epoca classica, tale continuazione della *patria potestas*, sia pure affievolita? Sì, essa si trova appunto nella tutela. Non importa che la tutela non abbia in realtà tutti i caratteri della *patria potestas*: a noi interessa solo affermare che essa rappresenta nell'epoca classica lo stato di cose esistente in origine. Noi possiamo ben dire, anche per diritto classico, che dalla morte del *paterfamilias* alla morte del pupillo c'è una *potestas* continuata: ed era questa *potestas* che giustificava realmente in origine, e giustifica idealmente nel diritto classico, l'acquisto dei beni del pupillo da parte dell'erede, prima, e del sostituto pupillare, dopo.

Una conseguenza del comune fondamento della tutela e della sostituzione pupillare nella *patria potestas* è questa: che la madre, come non può, *iure*, nominare un tutore, così non può nominare un sostituto pupillare (fr. 2 D. 26, 3; fr. 4; fr. 26 pr. D. 26, 2; fr. 33 D. 28, 6).

Altra conseguenza, nell'un campo e nell'altro, è la seguente: che l'emancipazione come, da un lato, rende impossibile al padre dell'emancipato di erigere per costui una tutela od una sostituzione pupillare, così, dall'altro lato, estingue la tutela e la sostituzione pupillare allorché abbia luogo dopo la loro erezione. Anche l'arrogazione del pupillo estingue tanto la tutela quanto la sostituzione pupillare.

Per la tutela possiamo argomentare a contrario dai testi in cui la *patria potestas* è richiamata come impreteribile presupposto della *datio tutoris*.

Conferma in certo modo diretta ci dà anche

Modestinus, lib. VI excusat., fr. 1 § 1 D. 26, 3 e Iustinianus, § 4 Inst. I, 22: *sed pupilli et pupillae capitis deminutio licet minima sit, omnes tutelas tollit.*

Ulpianus, lib. VI ad Sab., fr. 2 pr. D. 28, 6: *... ceterum emancipatis non possumus (substituere).*

Papinianus, libro VI respons., fr. 41 § 2 D. 28, 6: *Cum filio vel nepoti qui locum filii tenuit aut post testamentum coepit tenere, parens substituit, si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.*

Le stesse considerazioni valgono nel caso di adozione del pupillo avvenuta dopo la confezione del testamento, o pel caso di arrogazione del pupillo avvenuta, *causa cognita* (Gai I, 102), dopo la morte del *paterfamilias*.

Per la tutela si comprende perfettamente che essa non può esistere dove esiste una vera *patria potestas*.

Ulpianus, lib. XXXVII ad Sab., fr. 14 pr. D. 26, 1: *Si adrogati sunt adhuc impuberes ... tutores habere desinunt.*

Papinianus, libro XXIX quaest., fr. 40 D. 28, 6: *Causa cognita impubes adrogatus decesserat, quemadmodum legitimis heredibus auctoritate principali prospicitur vinculo cautionis, ita, si forte substituit naturalis pater impuberi, succurendum erat substituto: nam et legitimis heredibus futuris non aliae quam utiles actiones praestari possunt.*

Dal testo di Papiniano noi possiamo a contrario argomentare che la arrogazione del pupillo estingue la sostituzione pupillare. Peraltro, come col rescritto di Antonino Pio furono mantenuti salvi, entro certi limiti, i diritti di successione degli antichi eredi legittimi dell'arrogato, così Papiniano invoca anche pel sostituto pupillare l'intervento del pretore e la concessione delle azioni utili.

Così la *datio tutoris* come la sostituzione pupillare possono essere disposte per un periodo determinato della vita del pupillo.

Ulpianus, lib. XXXVII ad Sab., fr. 14 § 3 D. 26, 1: *Sed et si ad tempus fuerit quis datus, tempore finito tutor esse desinit...* § 5. *Sed et si ad certam conditionem datus sit, aequè evenit ut desinat esse tutor existente conditione.*

Ulpianus, lib. XXIV ad Sab., fr. 8 § 2 D. 26, 2: *Tutorem autem et a certo tempore dare et usque ad certum tempus licet et sub conditione ut usque ad condicionem.*

Paulus, lib. sing. de sec. tab., fr. 38 § 1 D. 28, 6: *Ergo et ad breve tempus aetatis substituere potest, ut puta «si filius meus intra annum decimum decesserit, Titius ei heres esto».* § 2. *Itaque et si diversos substituat pro fine aetatis admittendum erit. Veluti «si intra decimum annum decesserit, Titius heres esto»* cfr. fr. 21 e fr. 43 § 1 D. 28, 6 ... (Paulus), *respondi omne quidem spatium, quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio, sed finis huius pubertas est.*

E, infine, sostituzione pupillare e tutela hanno un limite comune nella *pubertas*: appena il pupillo la raggiunge, esse *ipso iure* finiscono. Qualunque disposizione del *paterfamilias* che miri a superare questo limite è destinata a restare priva di efficacia.

Gai I, 196: *Masculi autem cum puberes esse coeperint tutela liberantur.*

Ulp. XI, 28: *Liberantur tutela masculi quidem pubertate.*

Papinianus, libro VI respons., fr. 7 D. 28, 6: *Verbis civilibus substitutionem post quartum decimum annum aetatis frustra fieri convenit* rell.

Pomponius, libro II ad Sab., fr. 14 D. 28, 6: *In pupillari substitutione licet longius tempus comprehensum fuerit, tamen finietur substitutio pubertate.*

Paulus, libro IX quaest., fr. 43 pr. § 1 D. 28, 6: *...quemadmodum iure civili pubertate finitur pupillare testamentum ... respondi omne quidem spatium, quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio, sed finis huius pubertas est.*

Le analogie indicate sarebbero decisive per concludere circa l'identità, quanto alla loro struttura, fra tutela e sostituzione pupillare, se non ci si parasse innanzi una grave diversità tra i due istituti: quella, cioè, per cui, mentre le donne non possono mai essere tutrici (fr. 16 D. 26, 1), nessuna ragione impedisce loro di essere sostitute. Ma questa diversità noi possiamo superarla. Se è vero, infatti, che tutore ed erede erano in antico una sola persona, e se, perciò, in antico la donna non poteva essere erede – come non poté essere tutrice ancora in epoca storica – così sarà vero altresì che essa non poteva in quell'epoca essere neanche sostituta.

E allora la nostra conclusione sarà sicura: la figura del sostituto pupillare e quella del tutore coincidono perfettamente. E poiché, dunque, vengono in tale maniera a coincidere tra loro integralmente le tre figure dell'erede, del tutore e del sostituto pupillare, noi possiamo queste tre figure fondere in una figura unica – quella dell'erede – e dire: l'erede ha la *potestas* sull'impubere e ne acquista in conseguenza i beni.

Noi eravamo partiti da questo punto: che ci sembrava strano come l'atto di *potestas* del testatore, attuato con la sostituzione pupillare, rimanesse quiescente durante la vita del pupillo per prendere efficacia solo alla morte di lui. Se il titolo di erede, in cui tale *potestas* viene, diciamo così, concentrata, ha efficacia alla morte del pupillo, perché non esplica tale efficacia anche durante la vita di costui? Perché questo periodo di quiescenza che va dalla morte del testatore alla morte del pupillo? È esso un fenomeno originario o un fenomeno irregolare dovuto a contingenze prodottesi nel corso del tempo?

Ormai noi possediamo la risposta per tutte coteste domande: rivolgiamo lo sguardo alla tutela: che cosa è mai essa se non proprio quella *potestas* che man-

ca all'erede (sostituto pupillare), e che si esplica proprio durante quel periodo di quiescenza da noi indicato? Si direbbe tolta all'erede per essere assegnata al tutore. Perché la sostituzione pupillare avesse proprio un significato luminosamente logico, bisognerebbe: *a*) che la *potestas* del tutore venisse invece assegnata all'erede (sostituto pupillare); *b*) che tale *potestas* avesse carattere più potestativo di quel che essa presenta in epoca classica, fino a coincidere con una vera *patria potestas*. In tal caso avremmo che il pupillo alla morte del suo *paterfamilias* ricadrebbe sotto la potestà dell'erede, al quale, *iure potestatis*, andrebbero tutti gli acquisti del pupillo.

Ebbene: chi ci impedisce di sommare tutela e sostituzione pupillare? Non abbiamo visto che tutore e sostituto pupillare hanno una identica figura giuridica? Poniamo allora il sostituto al posto del tutore ed ecco che otterremo quel che noi volevamo: che cioè la *potestas* contenuta nel titolo di erede non si espliciti soltanto alla morte del pupillo, ma immediatamente dopo la morte del *paterfamilias*. È così sparito quel periodo di quiescenza che ci sembrava giustamente un fenomeno irregolare. Per soddisfare intieramente le nostre esigenze logiche e costruttive noi avremmo bisogno di concepire la «*vis ac potestas*» della tutela quale una vera *patria potestas*. Ebbene, chi ci negherà che essa era appunto tale in antico? Ce lo dimostra il diritto classico medesimo, attraverso i numerosi indici rilevati quando trattammo della personalità giuridica dell'impubere.

Sommiamo dunque tutela e sostituzione pupillare (cosa che le fonti ci permettono di fare) e consideriamo la tutela come se fosse una vera *patria potestas* (considerazione alla quale le fonti stesse ci conducono). Che cosa si ottiene? Ecco: poiché sostituto pupillare e tutore formano una figura sola e poiché a loro volta sostituto pupillare e tutore formano una sola figura con l'erede del *paterfamilias*, noi avremo in conclusione che l'erede del *paterfamilias* succede a costui nella *patria potestas* sugli impuberi, i beni dei quali, in conseguenza, egli acquista *iure potestatis*.

§ 13. – Rifacciamo il cammino percorso e torniamo a rimirare la nostra isola in mezzo alla distesa delle acque. Ci eravamo domandati: rappresenta essa l'avanzo di un continente scomparso? Cioè: la sostituzione pupillare così illogicamente costruita è forse un istituto arcaico, che, se ben si inquadrava in un sistema ereditario scomparso, malamente, invece, si coordina agli istituti del nuovo sistema? Tentiamo di trovare la risposta, ci siamo detti, attraverso l'analisi della struttura dell'istituto. La struttura di un istituto porta sempre in sé le vestigia ed i segreti della sua storia più antica<sup>59</sup>.

E così iniziamo la ricerca. Guardata esternamente la sostituzione pupillare ci mostrava due lampanti illogicità: *a*) che il sostituto pupillare divenisse

<sup>59</sup> BONFANTE, *Scritti giuridici vari* I p. 129 sgg.; BETTI in *BIDR* 34 (1921) 266 n. 2-3; DE FRANCISCI, *Storia del diritto Romano* I p. 49 sgg.

erede del padre dopo che lo era divenuto il pupillo; *b*) che il sostituto pupillare divenisse erede del pupillo.

Possibile che coteste illogicità fossero antiche? No, senza dubbio. Per eliminarle sarebbe stato necessario provare *a*) che il pupillo non diventava erede del padre, *b*) che i beni del pupillo andavano al sostituto come se fossero stati una porzione della eredità paterna e, quindi, in forza del solo titolo di erede del *paterfamilias*. Orbene, queste due prove ci sono state fornite dall'esame della struttura dell'istituto, la cui vera essenza ci è apparsa costituita da un solo rapporto di successione: quello fra sostituto pupillare e *paterfamilias*. E tuttavia la eliminazione da noi desiderata non poté essere completa: il rapporto giuridico essenziale della sostituzione pupillare non esauriva da sé solo tutti i fenomeni che nella sostituzione avevano luogo: i due rapporti anomali di successione erano ancora postulati e tornavano, quindi, ancora ad innestarsi, sia pur illogicamente, al rapporto principale. Dove era la causa della loro origine? Nella posizione giuridica dell'impubere *sui iuris*. Quantunque in maniera irregolare e precaria, tuttavia una certa personalità giuridica nel diritto classico l'impubere l'aveva: e a causa di tale personalità ecco allora necessariamente apparire i due rapporti anomali di successione: 1) quello fra pupillo e *paterfamilias*, 2) e quello fra sostituto pupillare e pupillo.

La radice di tutte le incongruenze è, dunque, tale personalità. Se essa non ci fosse, allora la sostituzione pupillare consisterebbe unicamente in un rapporto di successione al *paterfamilias* e non si innesterebbero a tale rapporto gli altri due rapporti anomali.

Ora, eliminare la personalità giuridica autonoma dell'impubere significa considerare l'impubere quale *alieni iuris* sottoposto a *potestas*. È possibile ammettere tale concezione senza cadere nell'arbitrio e nella mera congettura? Tiriamo la risposta dal confronto fra la posizione stessa dell'impubere *sui iuris* e quella di un *alieni iuris*. La posizione giuridica di un *alieni iuris* è caratterizzata: *a*) dalla *potestas* cui l'*alieni iuris* è soggetto e dalle conseguenze salienti di tale *potestas*, consistenti: *b*) nella incapacità dell'*alieni iuris* di essere centro di un patrimonio proprio, *c*) nella incapacità di fare testamento.

La posizione giuridica dell'impubere *sui iuris* ha forse punti fondamentali di contatto con la posizione descritta dell'*alieni iuris*?

Sì, e sono: *a*) la *potestas*, cui pure l'impubere *sui iuris* è soggetto; *b*) la incapacità dell'impubere *sui iuris* di fare testamento. I punti di divergenza sono: *a*) nel carattere affievolito della *potestas* cui è soggetto l'impubere *sui iuris* e *b*) nella conseguente possibilità, per lui, di essere centro di un patrimonio proprio.

E, tuttavia, a considerare le cose con occhio più acuto, tali divergenze non sono poi irriducibili. Intanto gli impuberi *sui iuris* non possono in nessun modo disporre del loro patrimonio: né in vita, non avendone la gestione che spetta al tutore (Ulp. XI, 25), né in morte, non avendo la *testamenti factio* attiva. Quindi, da questa posizione a quella dell'*alieni iuris* la distanza non è davvero

incoltabile. Quanto poi ai caratteri affievoliti della *potestas* tutelare, tutto concorre a provare che questo affievolimento è fenomeno recente e che in antico la tutela doveva coincidere con la *patria potestas*.

Bene: eliminiamo la personalità giuridica autonoma dell'impubere *sui iuris*. Cosa avremo? Che il pupillo alla morte del *paterfamilias* cade sotto la *patria potestas* del tutore, al quale, perciò, andranno *iure potestatis* i beni che al pupillo potranno sopravvenire durante la sua vita. O come, dunque, sarà concepibile ora che tali beni, alla morte del pupillo, vadano al sostituto pupillare? Sembra che abbiamo eliminato una fonte di contraddizioni per cedere il posto ad una fonte di contraddizioni più gravi ancora. Perché ciò non si verificasse sarebbe necessario che tutore fosse lo stesso sostituto pupillare. Sarebbe possibile questo? Guardiamo le due figure: hanno una identità strutturale perfetta. Ma allora noi possiamo concepirle idealmente come una figura sola e possiamo per questa via eliminare ogni nuova causa di errori.

In conclusione, allora, noi abbiamo ricomposto, con gli elementi che il diritto classico ci fornisce, i tratti di un sistema ereditario antico, in cui l'erede del *paterfamilias* esercitava la *patria potestas* sul pupillo impubere, del quale, perciò, acquistava i beni.

Questi momenti esistono ancora nel diritto classico. Infatti: *a*) il sostituto pupillare è sempre ed anzitutto erede del *paterfamilias*, *b*) acquista i beni del pupillo (alla morte di costui), *c*) e, messo al posto del tutore, esercita sull'impubere la *potestas* tutelare, la quale in antico era nient'altro che la *patria potestas*.

Ma è chiaro, allora, che in antico quel fenomeno che più tardi venne chiamato col nome di sostituzione pupillare, era nient'altro che un momento necessario del rapporto giuridico di successione.

§ 14. – A chiusura di questa nostra ricostruzione noi dobbiamo domandarci: come avvenne e quando avvenne che la sostituzione pupillare assunse una figura sua propria? Quando, cioè, da momento necessario del rapporto giuridico di successione, essa si trasformò in un istituto che poteva esserci e non esserci in una successione ereditaria?

La risposta discende oggettivamente dalla ricostruzione da noi innanzi compiuta. Quando la *potestas* si staccò dal titolo di erede per trasformarsi in tutela, allora, contemporaneamente alla tutela, sorse la sostituzione pupillare.

Prima, l'erede del *paterfamilias* acquistava i beni del pupillo *iure potestatis*: staccatasi la *potestas* dal titolo di erede, egli non può acquistarli che *iure substitutionis*, ed alla morte dell'impubere.

Dunque, la sostituzione pupillare, nella forma giuridica assunta in epoca storica, ha un'origine comune con la tutela: quando nasce quest'ultima, nasce, e contemporaneamente, la prima.

Ma questa separazione tra tutela ed *hereditas* ha le sue ripercussioni sulla costruzione della sostituzione pupillare. L'essenza di questo istituto è anco-

ra quella antica: il rapporto di successione dell'erede (sostituto pupillare) al *paterfamilias*. Ma questo rapporto non è più sufficiente a spiegare da sé solo tutti i fenomeni che la sostituzione viene a ricomprendere. L'affievolimento della *patria potestas* nella tutela ha determinato la nascita di una personalità giuridica propria nell'impubere; e questa personalità determina la nascita di due rapporti successori: *a*) quello del pupillo al *paterfamilias*; *b*) quello del sostituto pupillare al pupillo.

Così, sull'antico tronco si innestano questi due eterogenei rami; e da questo innesto sorge e si mantiene, in tutto il diritto romano, quella figura giuridica bizzarra che ha tanto lungamente torturato l'analisi degli studiosi: la sostituzione pupillare.

## II

### APPENDICE ESEGETICA

§ 1. – Una conclusione è risultata indubbia dalla indagine precedente: ed è che il domma dell'*una hereditas* costituiva nel diritto classico il principio fondamentale della sostituzione pupillare.

Ci furono a questo proposito dissensi tra i giureconsulti classici? Una risposta nettamente negativa non può essere data: ma io opino che quel dissenso tra Marcello, Ulpiano e Papiniano, dall'un lato, e Giuliano, dall'altro, che il Costa<sup>60</sup> credette di notare nelle fonti, è, a mio avviso, nient'altro che un dissenso tra la

<sup>60</sup> COSTA, op. cit. p. 262 sgg. e 277 sgg. Una critica particolareggiata delle dimostrazioni apportate dal Costa a pro della sua tesi non è qui possibile. Mi limiterò a notare come tali dimostrazioni esegetiche siano minate da un fondamentale errore: infatti il Costa, dimenticando che per i *sui* non è necessaria l'adizione, opera con il concetto di adizione e tratta i *sui* alla stessa stregua di eredi volontari (così, a proposito di fr. 40 D. 29, 2; fr. 41 D. 29, 2; fr. 10 § 4 D. 28, 6; a pag. 262 sgg.). Posto questo principio errato, le conseguenze erronee sono facilmente comprensibili. Quanto al dissidio tra Giuliano, da un lato, e Marcello, Ulpiano, Papiniano, dall'altro, noi dobbiamo recisamente affermare che esso, nei termini in cui il Costa lo pose, non è mai esistito. Lo dimostra, tra l'altro, quello che lo stesso Costa confessa: che nella applicazione dei principii fondamentali della sostituzione pupillare non v'ha quasi mai traccia di dissensi tra i giuristi classici (cap. III, e conclusioni p. 324). Il Costa fu ingannato: *a*) dall'erronea esegesi di alcuni testi; *b*) dalla presenza nelle fonti di alcune soluzioni equitative pretorie; *c*) dal rimaneggiamento dei testi compiuto dai compilatori. Del resto, le esegesi che nel testo noi facciamo mirano a provare quanto qui affermiamo. Per un tentativo di spostare il dissenso da Marcello a Papiniano, vedi l'interessante nota del TUMEDEI, *La separazione dei beni ereditari* p. 28-31.

concezione giustiniana, e quella classica. I testi in cui tale dissenso è manifestato sono senza dubbio alcuno interpolati<sup>61</sup>.

Certo, Marcello annotò, nei punti che le fonti ci indicano, la dottrina di Giuliano: ma tali annotazioni avevano soltanto natura di distinzioni: il giurista intendeva, anziché contraddire, spiegare ed ampliare il pensiero di Giuliano. I compilatori, invece, modificano le annotazioni di Marcello<sup>62</sup> e se ne servono quale mezzo per introdurre nei testi quelle soluzioni che ad essi parevano più conformi ad equità.

Per capire bene quale dovesse essere l'atteggiamento dei compilatori dinanzi ai testi classici della sostituzione pupillare, noi dobbiamo anzitutto vedere quale fosse la concezione giustiniana. Tale concezione noi possiamo così riassumere: la eredità pupillare è veramente una eredità avente una sua propria autonomia, distinta concettualmente da quella paterna.

Il domma dell'*una hereditas*, che costituiva l'essenza dell'istituto nel diritto classico, non può più trovar posto nel diritto giustiniano, nel quale il pupillo impubere *sui iuris* ha una personalità giuridica propria ben netta.

Eppure tra la concezione classica e quella giustiniana viene gettato un ponte, che quasi offusca i caratteri distintivi delle due concezioni e fa apparire la concezione giustiniana come conforme a quella classica. Questo ponte è costituito dal principio giustiniano onde il *iudicium* di un testatore non può essere in parte accettato ed in parte repudiato, ma deve essere o accettato o repudiato integralmente.

Ora, poiché la sostituzione pupillare viene eretta dal *paterfamilias*, e costituisce, quindi, un momento del suo *iudicium* (testamento), è evidente che il so-

<sup>61</sup> Non vorrei che la mia affermazione venisse qualificata come soluzione facilona: di quelle che vogliono a tutti i costi ricondurre ai compilatori le divergenze dottrinali che potevano o dovevano benissimo aver luogo tra i giureconsulti romani (obiezione che mi si potrebbe muovere ponendosi sul terreno metodologico del Riccobono). Tuttavia, tra l'affermare che una data controversia abbia avuto luogo tra i classici e l'affermare, invece, che abbia avuto luogo proprio negli stessi termini che le fonti a noi indicano, ci corre molto. Le innovazioni giustiniane hanno spesso la loro radice appunto in questi dissensi di giureconsulti classici o nelle differenze esistenti tra i due fondamentali ordinamenti giuridici romani: il civile ed il pretorio. Ma i compilatori quando vogliono innovare sull'addentellato di una controversia classica, alterano sempre i termini ed i confini di tale controversia. Essi procedono spesso col metodo della generalizzazione; generalizzando, per esempio, un principio che i giureconsulti classici od il pretore avevano ammesso soltanto in via di eccezione ed in relazione a casi determinati. Ora, nel caso nostro, il Costa, come del resto già prima di lui il BARON, op. cit. p. 448, ha creduto che fosse di conio classico la controversia tra Marcello e Giuliano. Questa controversia, nei termini in cui le fonti ce la mostrano, è tutta creazione dei compilatori: i quali, però, la costruirono in base ad alcuni addentellati che loro fornì il diritto pretorio.

<sup>62</sup> Anche altrove le note di Marcello ai digesti di Giuliano furono dai compilatori profondamente rimaneggiate. Così nel fr. 26 pr. (25) D. 36, 1, dove l'interpolazione è stata rilevata dal FERRINI, *Legati* p. 385.

stituito pupillare non possa accettare la eredità paterna e rifiutare quella pupillare e viceversa: egli deve accettarle o repudiarle ambedue per intero.

Orbene, cotesto principio giustiniano ha una simiglianza esterna con il principio classico dell'*una hereditas*; è appunto in virtù di tale simiglianza che i compilatori lasciarono inalterati alcuni testi in cui il principio classico è affermato ed applicato. Ma l'intrinseco valore dei due principii è radicalmente diverso: ed è proprio tale diversità, che induce, coerentemente, i compilatori ad alterare alcune soluzioni conformi al principio classico ma non a quello giustiniano.

Bisogna allora ben guardarci dal credere *sic et simpliciter* passato nella concezione giustiniana il domma dell'*una hereditas*<sup>63</sup>; credenza cui potrebbe trarre la nota

c. 20 C. de iure delib. 6, 30 (Imp. Iustinianus A. Iohanni): *Quidam elogio condito heredem scripsit in certas uncias et post certa verba testamenti eundem in alias uncias vel tantas vel quantascumque et tertio vel in aliam partem hereditatis vel quendam unciarum modum, ille autem unam institutionem vel duas admit- tens unam vel duas vel quantascumque respuendas esse censuit: quaerebatur apud veteres, si hoc ei facere permittitur. § 1. Similiquae modo dubitabatur, si impube- rem quis filium suum heredem ex parte instituit et quendam extraneum in aliam partem, quem pupillariter substituit, et postquam testator decessit, pupillus qui- dem patri heres extitit, extraneus autem hereditatem adiit, et postea adhuc in pri- ma aetate pupillus constitutus ab hac luce subtractus est et pupillaris substitutio lo- cum sibi vindicabit: cumque substitutus eandem partem admittere noluit, quaesi- tum est, si potest iam heres ex principali testamento factus pupillarem substitutio- nem repudiare. § 2. Utramque igitur dubitationem simul decidendam esse cense- mus: placuit etenim nobis sive in institutionibus sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur vel omnia repudientur et necessitas imponatur heredi par- ticulari facto vel aliam aut alias partes hereditatis admittere vel etiam substitutio- nem pupillarem.*

Le espressioni di tale costituzione sono da interpretare nel senso da noi indicato: che cioè il *iudicium testatoris* va accettato o rifiutato integralmente. E se i compilatori non alterarono il fr. 10 §§ 2-3 D. 28, 6 di Ulpiano, dove è detto che il sostituto non può separare le due eredità, ciò è avvenuto perché il pensiero di Ulpiano coincideva, sia pure soltanto esternamente, col loro pensiero.

§ 2. — Ma se vogliamo conoscere la vera portata della concezione giustiniana, noi dobbiamo vederla in atto nelle sue applicazioni. Se essa fosse stata conforme a quella classica, avrebbe dovuto ammettere, come i classici ammettevano, che il *ius abstinendi* esercitato dal pupillo non poteva giovare al sostituto. Orbene, tale soluzione doveva, invece, apparire ai compilatori manifestamente iniqua. Va

<sup>63</sup> Questa è l'opinione comune, accettata anche dal COSTA, op. cit. p. 256.

bene, che a tenore del principio sancito nella c. 20 citata le due eredità non possono essere separate: ma quando il pupillo si sia astenuto dalla eredità paterna, questa separazione si è in fatto operata, cosicché, quando la sostituzione pupillare ha luogo, il sostituto non acquista che una sola eredità. Quale ragione, allora, poteva giustificare agli occhi dei compilatori la ricomposizione delle due eredità? Non certo il domma dell'*una hereditas* che era nel diritto classico la causa profonda di quella ricomposizione. Si comprende allora che i compilatori dovevano interpolare i testi classici in cui era posto il problema del *ius abstinendi*<sup>64</sup>.

Iavolenus, lib. I epist., fr. 28 D. 42, 5: *Paterfamilias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset, substituit heredem: is filius paterna hereditate se abstinuit. . . quaero. . . an in substitutum creditoribus patris danda sit actio. . . respondit: . . . cum substitutus filio hereditatem adiit [postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati], tunc hereditas patris et filii una est. . . quo casu efficitur, ut creditoribus in eum actio dari debeat* rell. Papinianus, lib. III quaest., fr. 12 D. 28, 6: *Si filius, qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet: iustius enim praetorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit [etenim ius dicenti propositum est liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate removere.] praesertim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem. Itaque legata dumtaxat ex secundis tabulis praestari debent habitatione facultatum in Falcidia non patris, ut alias solet, sed impuberis.*

Ulpianus, lib. IV disput., fr. 42 pr. D. 29, 2: *Iulianus libro vigesimo sexto digestorum scripsit, si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres extitisset, non esse eum compellendum creditoribus paternis respondere, nisi substitutus ei fuit: [inclinat enim in hoc, ut putet substitutum etiam patris onera subiturum.] quae sententia a Marcello [recte] notata est: [impugnatum enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem (!): metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit.] alioquin, inquit, et si frater fuit, ommissa causa testamenti ab intestato possidebit hereditatem [et quidem impune: nec enim videtur voluisse fraudare edictum, qui sibi prospici, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur.] sed quod in fratre scripsit, credo ita intellegendum, si non impuberis frater fuit, sed testatoris: ceterum utique si frater a patre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet.*

<sup>64</sup> Per la esegesi di questi frammenti cfr. BARON, op. cit. p. 488, 513 sgg.; COSTA, op. cit. p. 280, p. 282. Vedi pure CUIACIO, Comm. in lib. III quaest. Papiniani ad leg. XII de vulg. et pupill. (Op. t. IV 82 sgg. ed. Neap.).

Consideriamo i tre testi riportati, tenendo presente che il testo di Giavoleno e quello di Ulpiano sono i soli due testi delle nostre fonti in cui è posto il problema del *ius abstinendi* in relazione ad una sostituzione pupillare.

Noi abbiamo già esaminato il testo di Giavoleno (ved. pp. 283 sgg.). In esso il giurista, riportando il pensiero di Giuliano, dice, in conclusione, così: che l'*abstentio* del pupillo non può più giovare al sostituto pupillare perché «*cum substitutus filio hereditatem adiit, tunc hereditas patris et filii una est*». Adendo *ex substitutione* il sostituto adisce la medesima eredità paterna. Nulla importa che di beni paterni non ce ne sia alcuno nell'attuale patrimonio ereditario: perché, in fondo, questo stesso attuale patrimonio non è che una accessione ed un prolungamento di quello originario.

Ora, questa soluzione classica noi l'abbiamo potuta rilevare nel testo a patto di espungere l'inciso [*postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati*]. Questo inciso, infatti, viene proprio a capovolgere la soluzione classica. La quale ha per presupposto l'*abstentio* del pupillo; tutto il ragionamento di Giuliano è appunto basato sopra tale presupposto. L'inciso, invece, pone al posto dell'*abstentio* la *immixtio* del pupillo. Ma se accettassimo questo cambiamento, tutto il testo andrebbe interpretato in una maniera radicalmente diversa: e cioè, se il pupillo si immischiò nel patrimonio paterno, il sostituto sarà tenuto a pagare i debiti paterni; se, al contrario, non si immischiò il sostituto non sarà tenuto a tale pagamento. Questa soluzione è appunto quella giustiniana. L'inciso, allora, non è una innocua glossa, come il Fabro<sup>65</sup> ed il Costa<sup>66</sup> hanno ritenuto: esso è una vera interpolazione che capovolge il senso del frammento rendendolo conforme alla concezione giustiniana<sup>67</sup>.

Passiamo ora al testo parallelo di Ulpiano: anche Ulpiano, come Giavoleno, riporta il pensiero di Giuliano. Il testo di Ulpiano è anzi, in un certo senso, più completo, perché pone in rilievo la differenza di posizione tra un erede comune del pupillo ed il sostituto pupillare: solo il secondo e non mai il primo è tenuto a rispondere dei debiti paterni<sup>68</sup> quando il pupillo si sia astenuto. La ragione di ciò è evidente: il primo, quale erede del pupillo, subentra soltanto nei debiti che il pupillo doveva soddisfare; non, dunque, in quelli paterni dai quali l'*abstentio* aveva liberato il pupillo. Il secondo, invece, quale erede del padre, subentra, malgrado l'*abstentio* del pupillo, nei debiti del padre.

Potevano i compilatori lasciare inalterata questa decisione? No, certamente: come essi avevano interpolato il fr. 28 di Giavoleno, così dovevano ora interpolare questo di Ulpiano.

<sup>65</sup> FABRO, *Coniec.* lib. 2 c. 2.

<sup>66</sup> COSTA, op. cit. p. 285; così pure BARON, op. cit. p. 488 n. 1.

<sup>67</sup> Vedi in proposito quanto si è detto nella nota 16 p. 283 [p. 41].

<sup>68</sup> Ed a prestare financo i legati imposti al pupillo. Così BARON, op. cit. p. 488.

Quale la via da seguire per tale interpolazione? Nel testo di Giavoleno essi si erano dovuti accontentare di inserire quasi di soppiatto, proprio nel pieno del ragionamento, quella frase che noi abbiamo eliminata. Quel metodo non era certo felice, ma non ce ne era, in quel caso, altro più adatto. Nel testo di Ulpiano, invece, c'è una nota di Marcello che renderà loro possibile di interporlo con più raziocinio. In che maniera? Basterà far dire a Ulpiano che la sentenza di Giuliano fu *recte* rifiutata (notata) da Marcello, e basterà far seguire alla menzione di questo rifiuto un breve ma sostanzioso commento:

*Impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem (!): metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit.*

Lo scopo della interpolazione è così raggiunto: la sentenza di Giuliano non va accettata: se il pupillo si astenne dall'eredità paterna, il sostituto non sarà tenuto a pagare i debiti del padre. Ecco allora qui riaffermato, ed in maniera ben netta, il principio già affermato, in maniera infelice, nel testo di Giavoleno. Già questa coincidenza non dovrebbe farci dubitare della interpolazione segnalata. Ma oltre questo argomento ve ne sono altri due che giustificano la nostra tesi: 1) uno, ricavato dalla struttura della sostituzione pupillare, per cui l'obbligo del sostituto di soddisfare i debiti paterni è fondato sul domma dell'*una hereditas*, che è il domma fondamentale della sostituzione pupillare classica; 2) l'altro ricavato dall'esame formale dell'inciso espunto. Davvero Marcello poteva chiamare *successor* l'erede? Questo nome schiettamente bizantino è proprio la testimonianza oggettiva dell'origine insitizia dell'inciso. E poi si notino, oltre al costruito, tutte le parole usate in questo inciso: *metu enim onerum patris timidius* etc.<sup>69</sup>.

In conclusione, la frase «*impugnat – adibit*» non è di Marcello, e non è di Ulpiano l'avverbio «*recte*». Ma la nota di Marcello nel testo c'era senza dubbio: quale ne era il contenuto? La risposta possiamo trarla considerando la seconda parte non alterata di tale nota. In questa seconda parte della sua nota Marcello si prospetta l'ipotesi che il sostituto sia un fratello dell'impubere, *suus heres* egli pure del *paterfamilias*.

Consideriamo la posizione di questo sostituto: egli è come prigioniero in una rete di effetti giuridici necessari. In quanto *suus*, egli, infatti, è erede necessario del padre e, nel senso da noi in precedenza<sup>70</sup> indicato, anche erede necessario del pupillo. Ma la sua posizione appare ancora più iniqua quando si pensi che, se non ci fosse stata la sostituzione pupillare, egli sarebbe stato erede *ab intestato* del pupillo. Ora, non solo egli non può diventare erede *ab intestato* del fratello, ma non può, per giunta, acquistare *ex substitutione* l'eredità

<sup>69</sup> Il TUMEDEI, *La separazione dei beni ereditari* (1927) p. 27 n., segnala, per ragioni formali, come interpolatizia la frase [*metu – adibit*].

<sup>70</sup> Vedi a pag. 306 sgg.

tà di costui, senza necessariamente sobbarcarsi agli oneri della eredità paterna. Per un estraneo la posizione non è per nulla iniqua: costui, intanto, è libero di adire o di non adire la eredità. E per costui l'acquisto del patrimonio pupillare è, inoltre, un beneficio sul quale egli non avrebbe potuto far assegnamento per nessun altro titolo all'infuori di quello della sostituzione. Poco male, allora, se in tal caso l'acquisto di tale patrimonio è condizionato dal pagamento dei debiti paterni. Ma pel fratello sostituto la condizione è davvero iniqua. Nulla di strano, dunque, che il pretore abbia preso in considerazione, nello stesso diritto classico, il caso in parola. L'intervento del pretore e la concessione da parte sua della *separatio bonorum* non intaccava per nulla, in linea di principio, il congegno della sostituzione pupillare. Il pretore non faceva, infatti, che eliminare caso per caso una situazione palesemente iniqua: ma tale suo intervento non escludeva (anzi lo postulava) il principio di *ius civile* che il sostituto pupillare dovesse rispondere dei debiti paterni malgrado l'*abstentio* antecedente del pupillo. In questo senso va interpretata la seconda parte della nota di Marcello e l'analoga fattispecie contenuta nel testo di Papiniano (fr. 12 D. 28, 6) da noi riportato a fianco del testo in esame. Come appare dal testo di Papiniano, la ragione più forte (*praesertim*) che induceva il pretore a concedere la separazione dei beni pupillari da quelli paterni era il fatto che il sostituto «*remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem*»<sup>71</sup>.

La via, invece, dell'*omissa causa testamenti*, indicata da Marcello al fratello sostituto per liberarlo dagli oneri paterni, è evidentemente errata: come può costui, erede necessario, lasciare deserto il testamento e possedere *ab intestato* l'eredità dell'impubere? Questo errore di Marcello viene notato da Ulpiano, il quale, però, lascia intendere, con la sostituzione che propone, di non avere capito nulla del vero significato della nota di Marcello. Peraltro, è lecito il dubbio che tutto il periodo «*sed quod – existet*» sia dovuto ad una glossa marginale inserita col tempo nel testo.

Concludendo, noi possiamo dire che Marcello, quanto alla applicazione della dottrina giuliana dell'*una hereditas*, distingueva tra il caso in cui sostituto fosse un estraneo e quello in cui fosse un fratello dell'impubere. E per quest'ultimo caso egli, senza per questo volere teoricamente intaccare quella dottrina, annotava come fosse possibile al sostituto di ricorrere al pretore per fare eliminare l'iniquità palese della situazione. L'ammissione di tale caso non è, dunque, teoricamente, un indice di deformazione, nello stesso diritto classico, di quella concezione dell'*una hereditas* che costituisce l'essenza della sostituzione pupillare.

<sup>71</sup> Sulla separazione delle due eredità e sul fr. 12 D. 28, 6 cfr. TUMEDEI, op. cit. p. 25 n. 2. Il Tumedei ritiene interpolato tutto l'inciso [*iustus – remove*]: nessuna difficoltà ci sarebbe ad accogliere questa opinione; ma noi non crediamo che debba essere necessariamente compilatoria la menzione della *separatio bonorum*.

Come si comporteranno i compilatori dinanzi a tali eccezioni? La risposta è chiara: essi lo convertiranno in regola generale. Ed è quello che fecero con la interpolazione del frammento esaminato di Ulpiano.

Credo interpolati, ma per motivi solo formali, l'inciso «*inclinat – subiturum*» nel fr. 42 pr. D. 29, 2 perché mi pare sia stato inserito per porre in viva luce la dottrina giuliana al fine di meglio combatterla; e l'inciso «*etenim – removere*» nel fr. 12 D. 28, 6 perché mi sembra ridondante<sup>72</sup>, tanto più che la frase seguente «*praesertim – hereditatem*» per via del verbo alla terza pers. singolare, richiederebbe che fosse collocata subito dopo la frase «*si fratri separationem bonorum patris concesserit*».

§ 3. – Passiamo ora ad esaminare altri testi profondamente alterati<sup>73</sup>.

Ulpianus, lib. IV disputat., fr. 40 D. 29, 2: *Quaesitum est, an [ licet quis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat vel faciat, an] creditoribus paternis cogatur respondere: [ut puta si impuberi fuerit substitutus,] in qua specie Iulianus libro vicesimo sexto digestorum scripsit incidere eum in edictum [ si se immiscuerit impuberis hereditati: nam qui iudicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quicquam consequi], sed Marcellus eleganter distinguit multum interesse, utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento an ex parte, ut, si ex parte potuerit sine metu remota patris successione impuberis hereditatem amplecti.*

Iulianus, lib. X digest., fr. 28 (27) § 2 D. 36, 1: *[Qui suspectam sibi hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset aut non adisset]. <...>. et ideo si pupillo substitutus fuerit itaque «quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto», hereditatem quae ex substitutione ad eum pervernerit, restituere cogendus erit, si vero detracto hoc articulo «quisquis mihi heres erit» substitutus ita fuerit: «Titius filio meo heres esto», tum, si solus patri heres extiterit, nihilo minus cogendus erit hereditatem pupilli restituere, si vero coheredem habuerit, retinebit pupilli hereditatem, quia potuit coherede adeunte, quamvis ipse patris omisisset hereditatem, ex substitutione adire.*

Che il testo di Ulpiano sia interpolato, e largamente, lo provano i due *an* che i compilatori vi lasciarono come testimoni della loro rapina. Quale la fat-

<sup>72</sup> Vedi nota precedente.

<sup>73</sup> Il COSTA, op. cit. p. 262 e 266, non avanza nessun sospetto di alterazione per i testi in esame: per la esegesi dei quali, in ordine anche alle discordanze cui essi hanno dato luogo in dottrina, vedi BARON, op. cit. p. 520 segg. Cfr. pure l'interessante interpretazione proposta dal TUMEDEI, op. cit. 28-31. Ma tale interpretazione è, a nostro avviso, per le ragioni che appaiono nel testo, inesatta.

tispecie? Ecco: a leggere il testo così come esso è attualmente redatto, sembrerebbe trattarsi di un sostituto il quale avesse repudiato la eredità paterna e avesse, invece, accettato quella pupillare. Come si sa tale separazione non poteva essere consentita: onde il sostituto veniva considerato come se avesse adito entrambe le eredità, o meglio egli era trattato alla stregua di uno che, *omissa causa testamenti ex institutione*, avesse adita l'eredità *ex substitutione*. Contro costui poteva essere invocata l'applicazione dell'editto «*si quis omissa causa testamenti etc.*». Orbene, ci contenteremmo noi di siffatta ricostruzione della fattispecie? Essa è troppo semplice per poter giustificare tutto quel contorcimento di frasi che i compilatori hanno messo in testa al frammento. E poi notiamo quel «*nihil attingat*»: nella fattispecie prospettata, invece, il sostituto acquista, attraverso il pupillo, il patrimonio paterno. Bisognerebbe supporre, casomai, che il pupillo si fosse egli pure astenuto. Ma allora sarebbe stato impossibile, almeno per i compilatori, costringere il sostituto a pagare i debiti paterni (fr. 28 D. 42, 5; fr. 42 pr. D. 29, 2): dobbiamo, dunque, scartare tale circostanza. Ora, la fattispecie deve essere tale che il sostituto *paternae hereditatis nihil attingat* e tuttavia *aliquid propter patris voluntatem habeat vel capiat*. Quale fattispecie potrebbe mai soddisfare tali requisiti se non quella in cui il pupillo fosse stato diseredato? Solo in tal caso il sostituto che si astiene dalla eredità paterna *nihil attingit paternae hereditatis* e tuttavia, con l'adire l'eredità del pupillo, *ex substitutione* acquista il patrimonio pupillare e così *aliquid propter patris voluntatem habet vel capit*.

La prova irrefutabile di tale fattispecie si ha nel frammento stesso, nella nota di Marcello. Marcello distingue tra il caso che il sostituto sia istituito *ex asse* e quello in cui sia istituito *ex parte*. Lasciamo da parte per ora gli effetti della distinzione e consideriamo la distinzione in sé. Che significa che il sostituto sia istituito *ex asse*? Naturalmente ciò significa che il pupillo è stato diseredato<sup>74</sup>.

Una prova altrettanto sicura della veridicità della nostra ipotesi si trae dal raffronto del nostro testo col fr. 28 § 2 D. 36, 1 di Giuliano. In tale testo sono presenti le medesime distinzioni che nel nostro testo Ulpiano attribuisce a Marcello, e la fattispecie in esso considerata è relativa, come vedremo, appunto ad un pupillo diseredato. Un'altra prova ancora possiamo trarla dal fatto che nel libro XXVI dei suoi Digesti Giuliano trattava specialmente del pupillo diseredato, come appare dal fr. 41 D. 29, 2 che i compilatori, non certo senza ragione, collocarono dopo il fr. 40 D. 29, 2 in esame. Comunque, la prova invincibile è proprio quella che il testo medesimo ci offre.

<sup>74</sup> A nostro avviso, perciò, nel fr. 40 D. 29, 2 l'ipotesi originaria si riferiva alla sostituzione di un pupillo diseredato. E ciò si argomenta, tra l'altro, dalle note di Marcello, che il COSTA, op. cit. p. 263, porta invece quali elementi di prova della tesi contraria (che si trattasse, cioè, della sostituzione di un pupillo istituito).

Ma dato anche per certo che ivi si trattasse di un pupillo diseredato, noi non abbiamo ancora tutti gli elementi della originaria fattispecie. Il sostituto era nel caso nostro un estraneo qualsiasi? No, e ciò sia perché il testo parla sempre di *paterna hereditas*, *patris voluntatem*, *iudicium parentis* lasciando così argomentare che si trattasse di un *filius*, sia perché, per ammettere che la sostituzione non si sia annullata, malgrado il ripudio dell'erede istituito, bisogna pensare che il testamento era stato *iure civili* mantenuto in vita perché l'erede rinunciante era un *heres necessarius*<sup>75</sup>. Una prova di questa nostra seconda tesi è data dal frammento stesso e dagli stessi compilatori: i quali, anziché dire che il sostituto adisce l'eredità del pupillo, dicono – in omaggio ad una loro propria concezione<sup>76</sup> – che il sostituto si immischia nell'eredità del pupillo. Orbene: sono i compilatori che, non ammettendo più l'acquisto necessario dei *sui*, richiedono da costoro un atto che equivalga alla adizione: tale atto è appunto la *immixtio*.

La fattispecie, dunque, cui Giuliano aveva riguardo, e che era originariamente prospettata nel nostro testo, era la seguente: un *paterfamilias* ha due figli in potestà; ne istituisce uno e disereda l'altro. Al diseredato (impubere) sostituisce *pupillariter* il figlio istituito. Costui, però, si astiene dalla eredità paterna (*nihil attingit paternae hereditatis*, come dicono i compilatori). Malgrado l'astensione, il testamento è valido *iure civili* e con esso è pure valida la sostituzione. Muore il pupillo *ante pubertatem*: il fratello ne diventa *ipso iure* erede *ex substitutione* (*heres necessarius*). Problema: sarà egli tenuto ora a pagare i debiti paterni? *Quaesitum est an creditoribus paternis cogatur respondere*. La risposta di Giuliano non sarà difficile a supporre: poiché con la sostituzione, sia pure con la sostituzione al diseredato, è sempre il rapporto di successione al *paterfamilias* che viene ad attuarsi – considerato, poi, che nella ipotesi il sostituto è erede necessario del padre – il sostituto, malgrado la sua precedente astensione, sarà tenuto a rispondere dei debiti paterni. Naturalmente, poteva qui il sostituto, come abbiamo visto nei fr. 12 D. 28, 6 e 42 pr. D. 29, 2 adire il pretore per sottrarsi agli effetti che necessariamente discendevano dal congegno della sostituzione.

Ma perché i compilatori non potevano accettare, e dovevano anzi così profondamente modificare la fattispecie giuliana? Per questo motivo: che essi ritenevano un assurdo che il sostituto del diseredato potesse essere tenuto a pagare i debiti paterni. Bisognava allora fare sparire dalla fattispecie il presupposto della diseredazione.

Caratteristiche sono le espressioni che Giustiniano usa in ordine alla sostituzione del pupillo diseredato.

<sup>75</sup> Concordiamo in questo col COSTA, op. cit. p. 262, discordando così dal BARON, op. cit. p. 524: ma dobbiamo avvertire che il Costa non fa tesoro dell'argomento dell'acquisto *ipso iure* dei *sui*.

<sup>76</sup> Sulla immistione, considerata quale adizione dei *sui* nel diritto giustiniano, vedi i richiami fatti nella nota 16.

c. 24 C. de legatis 6, 37 [Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.): *Cum quidam suum filium familias impuberem exheredatum fecit aliis heredibus scriptis, eidem autem pupillo alium substitutum reliquit, maximam scilicet ostendens ad filium suum adfectionem, cui nihil quidem emolumenti reliquit, sed post exheredationis iniuriam etiam substitutionem ei addidit et a substituto legatum reliquit, quaerebatur, si huiusmodi legatum vel fideicommissum potest valere... Cum igitur antiquitas quidem haec diverse tractare maluit, nobis autem huiusmodi iurgia supervacua esse videntur, sancimus nullo legato nullo fideicommissum huiusmodi substitutum qui exheredato pupillo datus est praegravari rell.*

Si noti la frase ironica *maximam – adfectionem*: il pensiero dell'imperatore può bene tradursi così: non solo il danno subisce il pupillo (la diseredazione), ma anche la beffa (la sostituzione). Come appare da questa costituzione, il sostituto pupillare del diseredato, senza eccezione alcuna, non può essere gravato di oneri che derivino da imposizioni del testatore o che abbiano comunque riferimento alla eredità di lui.

Torniamo ora alla fattispecie di Giuliano nel testo che stavamo esaminando: si comprende perfettamente come i compilatori non potessero ammettere che il sostituto, il quale nulla aveva ottenuto del patrimonio paterno, potesse ora, verificandosi la sostituzione al diseredato, essere tenuto al pagamento dei debiti paterni (rispetto ai quali valgono, naturalmente, le stesse disposizioni che Giustiniano sancisce per i legati ed i fidecommissi). Cosa fare davanti a simile fattispecie? Come modificarla? Come tradurla in linguaggio diverso? In fatto c'è, dicono i compilatori, che *a*) il sostituto si astiene dall'eredità paterna e di essa, perciò, *nihil attingit*, *b*) che, tuttavia, egli ottiene *ex substitutione* la eredità del diseredato, e ciò, evidentemente, sempre *propter voluntatem patris*, *c*) che, infine, egli viene costretto a pagare i debiti paterni. Orbene, non si potrebbero mantenere questi elementi, cambiando la fattispecie? Anzi, non si potrebbe dal complesso trarre una regola che calzasse a pennello con la dottrina giustiniana? È questo il partito che i compilatori, con coerenza, scelgono: ed esso, infatti, viene perfettamente attuato con le interpolazioni da noi segnalate nel fr. in esame. Con tali interpolazioni, i compilatori eliminano, da un lato, la incongruenza che il testo a loro avviso conteneva, e costruiscono, dall'altro, una regola generale che si adatta in tutto ai principii che ispirano la nota costituzione giustiniana (c. 20 C. 6, 30).

Nel formulare, allora, la regola generale i compilatori lasceranno la menzione di *filius* riferita al sostituto? No; perché essi sanno (fr. 12 D. 28, 6; fr. 42 D. 29, 2) che alcune volte il pretore concede ai figli la separazione dei due patrimoni. E allora essi se la caveranno con un *quis* generico. Diranno, perciò, *licet quis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat vel capiat, ... (quia) iudicium patris oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quicquam consequi*. Non c'è in queste parole quasi l'eco di queste altre: *sancimus ... ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur* (c. 20 C. 6, 30)?

A nostro avviso, il testo originario doveva suonare così:

*Quaesitum est an [licet — — an] <filius qui se paterna hereditate abstinuit et exheredati fratris ex substitutione hereditatem optinuit> creditoribus paternis cogatur respondere [ut puta si impuberi fuerit substitutus]. In qua specie Iulianus libro vicesimo sexto digestorum scripsit incidere eum in edictum [si — — consequi].*

La nostra ricostruzione «*filius qui se paterna hereditate* etc.» non è arbitraria, ma la traiamo dallo stesso 26° libro dei Digesti di Giuliano (fr. 41 D. 29, 2).

Passiamo ora alla annotazione di Marcello: anzitutto è da dire che non si tratta nel caso nostro di una nota vera e propria, ma di un richiamo che Ulpiano fa ad una nota che Marcello avrebbe qui fatto a Giuliano. Orbene, tale richiamo è qui fuori luogo, perché la distinzione di Marcello va bene solo per il caso in cui il sostituto al pupillo diseredato sia un estraneo, e non pel caso che egli sia un *heres necessarius*.

Si potrebbe dire: bene, il richiamo della distinzione di Marcello è indice che nel testo giuliano si trattava proprio di un sostituto estraneo. Richiamerò allora le ragioni già innanzi portate contro tale tesi. E, tuttavia, concesso anche che il caso prospettato da Giuliano dovesse riferirsi ad un sostituto estraneo, quel che rimane assodato, e che anzi dalle distinzioni medesime di Marcello trae maggior conferma, si è che la fattispecie giuliana, modificata dai compilatori, supponeva la sostituzione ad un pupillo diseredato.

Poniamoci ora sul terreno di Marcello e confrontiamo le annotazioni richiamate nel frammento in esame con il fr. 28 § 2 D. 36, 1 e col fr. 10 § 4 D. 28, 6.

Ma per ben intendere queste nuove questioni, è uopo dare uno sguardo al problema relativo alla sostituzione del pupillo diseredato.

Mi accontenterò qui di dire che in questa sostituzione, nello stesso diritto classico, si cercò di prescindere, quando fosse stato possibile, dal domma dell'*una hereditas* e si cercò di dare alle due eredità una loro compiuta autonomia<sup>77</sup>. L'eredità del pupillo diseredato apparve veramente come indipendente da quella del *paterfamilias*. Conseguenza di tale scissione tra le due eredità fu la impossibilità di onerare di legati il sostituto pupillare del diseredato (fr. 126 D. 30; fr. 94 pr. D. 30; fr. 103 D. 32; fr. 87 § 7 D. 35, 2; etc.). Ma, ripetiamo, la scissione delle due eredità non era sempre possibile; e nei casi in cui era possibile ripigliava il suo dominio il domma antico dell'*una hereditas*. Questi casi noi li possiamo riassumere come segue.

1) quando sostituto pupillare fosse stato un *heres necessarius*; in tal caso, infatti, era il rapporto di successione necessaria al *paterfamilias* che generava la

<sup>77</sup> La sostituzione del pupillo diseredato, che la elaborazione dottrinale dei giuristi romani andò sempre più separando da quella del pupillo istituito, costituì per i compilatori un bel modello sul quale foggiare il loro istituto della sostituzione pupillare. Questa figura di sostituzione meriterebbe uno studio a parte.

necessità della sostituzione; il sostituto acquistava quale erede del padre l'eredità dell'impubere diseredato (fr. 40 D. 29, 2);

2) quando il sostituto pupillare fosse stato istituito nel testamento paterno ed avesse adito l'eredità paterna; allora la sua qualità di erede del padre metteva in ombra quella di erede del pupillo diseredato; e appunto in quanto erede del padre egli poteva, anche come sostituto, essere onerato di legati e di fedecommissi (fr. 11 § 8 D. 35, 2; fr. 94 pr. D. 30; fr. 87 § 7 D. 35, 2; fr. 28 §§ 4-5 D. 36, 1).

Allorché alla qualità di erede del pupillo diseredato il sostituto accoppiava quella di erede del padre, quest'ultima poneva dunque in ombra la prima; ma quando, invece, egli avesse potuto divenire solamente erede del pupillo diseredato, allora la sua autonomia era, si può dire, perfetta: in tale caso il domma dell'*una hereditas* non aveva applicazione, e non avevano, perciò, luogo gli effetti che da esso discendevano.

Ulpianus, lib. IV ad Sab., fr. 10 § 4 D. 28, 6: *Si ex asse heres institutus, filio exheredato substitutus repudiaverit patris hereditatem, cum non haberet substitutum, non poterit filii adire: nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas.*

Sembrerebbe in questo testo di Ulpiano che avesse applicazione il domma dell'*una hereditas*. Invece, la esigenza che il sostituto del pupillo diseredato adisca anche la eredità paterna sta nel fatto che, altrimenti, il testamento cade come deserto e con esso cade anche la sostituzione pupillare che vi è disposta. Che se il sostituto avesse, in quanto istituito, a sua volta un sostituto, o se egli fosse soltanto erede *ex parte*, ed il suo sostituto od il suo coerede adissero essi l'eredità paterna, allora egli potrebbe benissimo ripudiare l'eredità paterna ed adire solamente quella pupillare. In tal caso egli diverrebbe solamente erede del pupillo, e non sarebbe, quindi, tenuto a pagare i debiti paterni.

Ora è proprio questo il significato delle note di Marcello richiamate, sia pure impropriamente, da Ulpiano nel fr. 42 pr. D. 29, 2. Posto che in tale frammento si fosse trattato di un estraneo (anziché di un *filius*) sostituito al pupillo diseredato, e posto che costui fosse stato istituito soltanto *ex parte* nel testamento paterno, e che tale testamento avesse ricevuto validità dalla adizione del coerede del sostituto, quest'ultimo avrebbe potuto benissimo adire l'eredità del pupillo diseredato ripudiando quella paterna. Da questa separazione delle due eredità il sostituto avrebbe tratto grandi vantaggi, se si consideri, per esempio, che egli non sarebbe stato tenuto a pagare i creditori paterni.

Questo è appunto il significato della nota di Marcello richiamata da Ulpiano: *sed Marcellus eleganter distinguit multum interesse utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento an ex parte, ut, si ex parte potuerit sine metu remota patris successione impuberis hereditatem amplecti.*

Ciò che in tale distinzione è supposto è che il coerede del sostituto abbia adito lui l'eredità paterna: allora, in conseguenza di tale adizione, il testamento

riceve validità e con esso riceve validità anche la sostituzione pupillare; in base alla quale il sostituto può ottenere l'eredità dal pupillo diseredato malgrado il ripudio, da parte sua, di quella paterna. La conseguenza di tale ripudio sarà la liberazione del sostituto dagli oneri a tale eredità relativi. Ma tutto questo che abbiamo detto, questa inapplicabilità del domma dell'*una hereditas*, questa autonomia del sostituto pupillare, hanno riferimento esclusivo alla sostituzione del pupillo diseredato ed anzi solo a certi casi di tale sostituzione: sarebbe impossibile estendere ciò anche agli altri casi e meno che mai, poi, alla sostituzione del pupillo istituito.

Dobbiamo, infine, fare un'ultima osservazione: che la elegante distinzione di Marcello, che Ulpiano richiama, non è, infine, una novità di Marcello. Essa costituiva una dottrina comune, come appare da ciò che riferisce Ulpiano stesso nel surriferito fr. 10 § 4 D. 28, 6.

Fissati questi due punti, noi possiamo ora iniziare la esegesi del fr. 28 (27) § 2 D. 36, 1 sopra riportato<sup>78</sup>.

Siamo in tema di restituzione fedecommissaria ex senatoconsulto Trebelliano. L'erede istituito onerato di fedecommissario universale deve adire e restituire la eredità: che se egli non volesse adire perché «*sibi suspectam hereditatem dicit*» allora il pretore può costringerlo ad adire ed a restituire l'eredità in tal modo adita. In questa ipotesi, però, l'erede costretto ad adire verrà escluso da qualsiasi beneficio. Questo è il senso della frase iniziale del testo: *qui suspectam sibi hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset aut non adisset*. Certo, questo principio generale poteva benissimo essere stato scritto da Giuliano. Anche dal punto di vista formale, la frase che lo contiene non sembra affatto sospetta. E tuttavia esso a me desta straordinari dubbi! Che bisogno aveva il giurista di inserire la menzione di tale ovvio principio nel corpo della sua trattazione? Ma continuiamo l'esegesi. Affermato il principio, noi ci aspetteremmo ora una applicazione ad un caso concreto. Ebbene, il periodo seguente, anziché porre la fattispecie, è tutto diretto a chiarire una fattispecie che nel testo non c'è: esso comincia con un *et ideo* che non può legarsi certamente alla frase contenente il principio, e che tradisce, a nostro avviso, la soppressione di un caso concreto al quale il principio stesso era stato applicato. Che cosa si vuole dire con tutto il periodo «*et ideo* etc»? Che bisogna distinguere tra il caso in cui il testatore abbia usato per la sostituzione la formula «*quisquis mihi heres erit*» ed il caso in cui abbia usato l'altra formula «*Titius filio meo heres esto*»: in questa seconda ipotesi infatti, si hanno effetti profondamente diversi da quelli che si hanno nella prima. Ora, a chi non viene di domandarsi: ma come si può fare una distinzione, quando ancora

<sup>78</sup> Mai sospetto alcuno, almeno in relazione alla parte che noi segnaliamo come interpolata, è caduto sopra questo frammento. Cfr. COSTA, op. cit. p. 266 e segg. BARON, op. cit. p. 509 e segg. Per una intuizione di guasti nel testo cfr. però BONFANTE, *Ist.*<sup>8</sup> p. 590 n. 1.

noi non conosciamo il caso cui essa va applicata? È proprio curioso che il giurista inizi la sua trattazione con un *distinguo*, senza prima aver detto la cosa in relazione alla quale egli intende distinguere. Si potrebbe dire: ma la fattispecie di cui si tratta appare pur tuttavia attraverso la distinzione medesima. Questa, a mio avviso, non è una ragione che possa esonerare chiunque dal porre, prima di ogni distinzione, il caso in ordine al quale egli pone la distinzione medesima. La fattispecie che, a nostro avviso, doveva essere posta all'inizio del testo, in luogo del principio generale che ora vi figura, era relativa, come appare da tutto il frammento, ad una sostituzione pupillare. Giuliano doveva ivi necessariamente dire che l'erede onerato di fedecommissario universale, il quale fosse stato costretto dal pretore ad adire l'eredità ed a restituirla al fedecommissario non doveva trarre dal testamento nessun beneficio, neanche quello derivante da una sostituzione pupillare. Dopo tale affermazione, il giurista passava a distinguere. Mi si dirà subito: ma che interesse avevano mai i compilatori a cancellare la fattispecie giuliana, quando poi dovevano lasciare inalterate le distinzioni ad essa ricollegantesi?

Ebbene, i compilatori avevano grande interesse a cancellare la fattispecie giuliana, perché essa prospettava un caso di sostituzione al pupillo diseredato<sup>79</sup>.

Richiamiamo alla mente la c. 24 C. 6, 37 già esaminata, e vediamo di riferirne il contenuto al caso in esame. In questo caso si ha che l'erede del padre, sostituto del pupillo diseredato, perché costretto ad adire l'eredità paterna doveva anche restituire al fedecommissario l'eredità pupillare che a lui sarebbe più tardi sopravvenuta *ex substitutione*. Ora, se tutto ciò poteva essere giustificato, in virtù del principio sancito nella c. 20 C. 6, 30, per il caso di una sostituzione al pupillo istituito, non poteva esserlo altrettanto per il caso della sostituzione ad un pupillo diseredato. Il sostituto, infatti, nella seconda ipotesi, aveva, agli occhi dei compilatori, una posizione del tutto indipendente dalla eredità paterna: le due qualità in lui, di erede del padre e di erede del pupillo, erano radicalmente distinte. Perché mai, si domandarono certamente i compilatori, costringerlo a restituire al fedecommissario una eredità che nulla ha da vedere con quella paterna? Del resto, potevano ancora pensare i compilatori, sono gli stessi classici, lo stesso Giuliano, e nel medesimo frammento in discussione, che ammette in alcuni casi la netta separazione tra le due eredità.

Queste distinzioni, dovettero pensare i compilatori, devono essere eliminate: *... iurgia supervacua esse videntur* (c. 24 C. 6, 37); e allora il sostituto del pupillo diseredato non doveva restituire al fedecommissario la eredità pupillare, malgrado che egli fosse stato costretto ad adire ed a restituire quella paterna. Come modificare in tal senso la fattispecie giuliana? Prego il lettore di richiamare alla memoria quanto ho detto a proposito della alterazione del fr. 40 D. 29, 2 esami-

<sup>79</sup> Cfr. BARON, op. cit. p. 509 n. 2 e p. 510.

nato: anche lì c'era una fattispecie giuliana relativa ad una sostituzione pupillare pel diseredato. Mostrai come i compilatori avessero ivi trasformato la fattispecie in una regola generale: orbene, anche qui essi trasformano la fattispecie giuliana in una regola generale, la quale poteva anche utilmente applicarsi all'altra specie di sostituzione pupillare: quella per il pupillo istituito. Confrontiamo la regola generale tratta dai compilatori dal fr. 40 D. 29, 2 e dal nostro:

*licet quis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat vel capiat... (quia) iudicium patris oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quicquam consequi.*

Non è tale regola identica a quest'altra:

*qui suspectam sibi hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset aut non adisset?*

Ed allora circa l'origine compilatoria di questa seconda regola non può esserci davvero dubbio alcuno. Ci si potrebbe, però, obiettare che noi abbiamo posto un punto di partenza non dimostrato: quello che la fattispecie giuliana, trovantesi in origine all'inizio del nostro testo, dovesse riferirsi ad un pupillo diseredato. Ebbene, la prova della nostra tesi sta proprio nel testo. Esaminiamo, infatti, le distinzioni che esso riporta e vedremo che tali distinzioni non si comprenderebbero se non riferite ad un pupillo diseredato. Dice il giurista: l'obbligo del sostituto di restituire anche la eredità pupillare si intende riferito a quel sostituto che il testatore abbia nominato con la formula «*quisquis mihi heres erit*». In tal caso, infatti, il sostituto può essere tale, solo a condizione che sia erede: ma poiché quale erede egli si era rifiutato di adire l'eredità paterna, e dovette anzi esservi costretto dal pretore, egli non deve trarre nessun beneficio dalle disposizioni del testatore e deve, perciò, restituire anche l'eredità pupillare.

Diverso è, invece, il caso in cui il testatore abbia nominato il sostituto con la formula «*Titius filio meo heres esto*». In questa ipotesi, infatti, tra la qualità di sostituto e quella di erede del testatore vi è completa indipendenza: il sostituto, infatti, non è qui nominato, come nel caso precedente, sotto condizione che diventi erede del padre. Dunque, egli può benissimo trascurare la eredità paterna ed accettare soltanto quella pupillare. Tuttavia, bisogna, qui, distinguere tra il caso in cui il sostituto sia egli solo istituito nel testamento del padre, ed il caso in cui, invece, o abbia un sostituto o abbia un coerede. Nel primo caso, egli sarà sempre costretto ad adire l'eredità paterna per impedire che il testamento, andando deserto, si invalidi e con esso si invalidi anche la sostituzione pupillare; nel secondo caso, invece, se il suo sostituto od il suo coerede abbiano essi adito l'eredità paterna, egli può benissimo astenersi da questa ed acquistare *ex substitutione* quella del pupillo.

Ora tutte queste distinzioni valgono unicamente in quanto riferite alla sostituzione di un pupillo diseredato: ce ne danno prova il fr. 10 § 4 D. 28, 6, il fr. 40 D. 29, 2 da noi ricostruito, con le annotazioni di Marcello ivi riportate, ed infine il testo nostro medesimo dove Giuliano prospetta l'ipotesi che il so-

stituito pupillare sia egli solo istituito nel testamento paterno (*tum, si solus patri heres extiterit...*). Una prova ulteriore, sia pure solo esterna, si potrebbe trarre dal fatto che Giuliano in tutto questo frammento, dove tratta di sostituzione pupillare ha esclusivo riguardo alla sostituzione del diseredato (cfr. § 4 e 5 dello stesso fr. 28 (27) D. 36, 1).

Un'ultima considerazione intorno al testo in esame. Il Costa<sup>80</sup> ha ritenuto che tutto il testo, da «*et ideo*» sino alla fine del paragrafo, costituisca una nota di Marcello. Ora, le ragioni sostanziali che il Costa adduce a sostegno della sua tesi sono tutte infondate. Esse possono riassumersi in ciò che, secondo il Costa, in ordine alla natura della stessa sostituzione del pupillo istituito, oltre che per quella del diseredato, vi sarebbero state due correnti opposte tra i giureconsulti classici dell'epoca adrianea. L'una, facente capo a Giuliano, avrebbe sostenuto il domma dell'*una hereditas*, l'altra, facente capo a Marcello, avrebbe sostenuto, invece, la autonomia delle due eredità.

La tesi del Costa è, in sostanza, fondata unicamente sopra i seguenti testi: fr. 28 D. 42, 5; fr. 42 pr. D. 29, 2; fr. 40 D. 29, 2; fr. 12 D. 28, 6; fr. 28 (27) § 2 D. 36, 1. Orbene: poiché il Costa credette genuini tali testi, che noi abbiamo, invece, visti profondamente interpolati, ne segue che la tesi sopra di essi fondata non può essere vera. Un dissenso dottrinale tra i giureconsulti classici non c'è: ci sono soltanto delle eccezioni (fr. 12 D. 28, 6) che vennero attuate sul terreno del diritto pretorio e che non toccarono in nulla il congegno teorico della sostituzione pupillare. Se, tuttavia, il dissenso appare nei testi, ciò è dovuto ad alterazioni dei compilatori, i quali modificarono i testi in un duplice senso: generalizzando le eccezioni classiche, e, soprattutto, modificando il regime della sostituzione al pupillo diseredato. Queste modifiche, che non poterono tutte essere perfettamente coordinate, diedero luogo ad una serie di anomalie che noi siamo andati rilevando.

Questo basti ad escludere il valore delle ragioni sostanziali addotte dal Costa per sostenere che nel fr. 28 (27) § 2 D. 36, 1 in esame tutta la parte «*et ideo... adire*» sia di Marcello. Vi potrebbe, però, essere una buona ragione formale a sostegno di tale tesi: ed è che le distinzioni nel testo riportate sono identiche a quelle riportate da Ulpiano nel fr. 40 D. 29, 2 ed attribuite da Ulpiano a Marcello. Questa coincidenza potrebbe anche giustificare la tesi del Costa. Ma noi teniamo a rilevare che tali distinzioni – relative, però, solamente alla sostituzione di un pupillo diseredato – non sono esclusiva creazione di Marcello, ma si trovano già in Sabino – come sembra lecito argomentare dal fr. 10 § 4 D. 28, 6 di Ulpiano – e non sono per nulla in contrasto col pensiero di Giuliano. Nulla, quindi, ci impedisce seriamente di considerarle come giulianee, anche perché Giuliano nel suo libro *singularis de ambiguitatibus* (fr. 31 D. 28, 6) aveva già

<sup>80</sup> COSTA, op. cit. p. 269.

avuto occasione di distinguere circa gli effetti diversi discendenti dalle diverse formule di sostituzione usate dal testatore.

§ 4. – Iulianus, libro XXVI digest., fr. 41 D. 29, 2: *Filius qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit et pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem optineri.*

Questo frammento di Giuliano, come gli altri, è passato sin qui come testo perfettamente classico<sup>81</sup>: su di esso, anzi, si fonda specialmente la dottrina per sostenere che nella sostituzione al pupillo diseredato le due eredità, la paterna e la pupillare, vanno nettamente separate<sup>82</sup>. Ora a mio avviso questo frammento di Giuliano è profondamente alterato; e così come le fonti ce lo mostrano, esso è un enigma. Già in altra opera<sup>83</sup> avevo segnalato come interpolata la menzione della *immixtio*. Il fratello sostituito all'impubere diseredato è, anche come sostituto, erede necessario: e allora egli, malgrado l'*abstentio* ed indipendentemente da ogni immistione nel patrimonio pupillare, *ipso iure* acquista l'eredità *ex substitutione*. Il requisito della immistione non poteva, perciò, essere menzionato da Giuliano. Fermo questo punto, dobbiamo ora domandarci: ma perché mai Giuliano si sarebbe preoccupato di rilevare che il figlio, malgrado l'*abstentio*, acquista *ipso iure, ex substitutione*, l'eredità pupillare? Il principio era così ovvio che certamente il giurista non si sarebbe preoccupato di notarlo se non vi fosse stata una particolare ragione che ne avesse giustificata la menzione.

Si potrebbe dire che tale ragione c'era: e stava proprio nel mettere in rilievo la autonomia delle due eredità: che, cioè, malgrado la rinuncia della eredità paterna, il sostituto del diseredato poteva acquistare, contrariamente alla regola generale, la eredità pupillare. Orbene, tale autonomia, nel caso in esame, non esiste. Non è essa, infatti, a giustificare l'acquisto della eredità *ex substitutione*: se il sostituto, malgrado l'*abstentio*, ottiene ancora quella che si chiama l'eredità del pupillo, ciò è dovuto unicamente al fatto che egli è erede necessario. L'*abstentio* non cancella in lui tale qualità: cosicché, quando la sostituzione si verifica, il sostituto acquista necessariamente, *ipso iure*, la eredità a lui nuovamente deferita.

E allora tra il sostituto del pupillo diseredato e quello del pupillo istituito, quando si tratti di *heres necessarius*, non c'è differenza alcuna: e se non c'è differenza alcuna, non poteva Giuliano, col testo in esame, mirare a porre in luce una differenza che non c'era.

Dunque, bisogna cercare un'altra ragione che giustifichi il testo giuliano.

<sup>81</sup> Vedi però BONFANTE, *Ist.*<sup>8</sup> p. 589 n. 2.

<sup>82</sup> COSTA, *op. cit.* p. 264.

<sup>83</sup> *Successioni cit.* § 18 segg.

Io credo che noi abbiamo due indici decisivi i quali ci permettono di trovare la ragione che cerchiamo: – 1) la collocazione del testo in esame tra il fr. 40 D. 29, 2 ed il fr. 42 pr. D. 29, 2; – 2) il fatto che il testo sia tratto dal 26° libro dei Digesti di Giuliano, al quale si riferiscono tanto il fr. 40 D. cit. quanto il fr. 42 pr. D. cit. Allo stesso 26° libro doveva pure avere riferimento Giavoleno (fr. 28 D. 42, 5) nel riportare il pensiero di Giuliano. Orbene: quale è il problema che nei tre testi citati viene principalmente trattato? Noi l'abbiamo visto: tanto il fr. 40 quanto il fr. 42 pr. ed il fr. 28, riferiscono che, secondo quanto dice Giuliano nel 26° libro dei suoi Digesti, il sostituto pupillare *cogatur creditoribus paternis respondere*.

Come non pensare che anche il fr. 41 D. 29, 2, tratto dal 26° libro dei Digesti di Giuliano, dovesse porre la medesima questione?

E infatti, il fr. 41, nella sua forma originaria, doveva perfettamente coincidere col fr. 40. I compilatori avevano dinanzi agli occhi, dall'un lato, il 4° libro delle Disputazioni di Ulpiano, in cui era riferito il pensiero di Giuliano, dall'altro, il 26° libro dei Digesti di Giuliano, cui Ulpiano appunto si riferiva. Come noi già abbiamo visto, i compilatori alterarono il testo di Ulpiano e, naturalmente, essi pure dovettero alterare il testo di Giuliano. Il quale, come abbiamo già visto per il parallelo fr. 40, doveva non già accontentarsi di dire che il fratello, sostituto del pupillo diseredato ottenga nuovamente, malgrado l'*abstentio*, l'eredità *ex substitutione*, ma che, malgrado l'*abstentio*, egli deve pagare per intero i debiti paterni.

Il testo, quindi, doveva in origine suonare sostanzialmente così:

*Filius, qui se paterna hereditate abstinuit, [si] <et> exheredati fratris [hereditati se immiscuerit et pro herede gesserit, poterit] ex substitutione hereditatem [optinere] <optinuit, creditoribus paternis cogitur respondere>.*

I compilatori non potevano lasciare inalterato il testo; e, come interpolarono il fr. 28 D. 42, 5, il fr. 40 D. 29, 2 ed il fr. 42 pr. D. 29, 2, così interpolarono anche questo fr. 41 D. 29, 2, che riferiva la medesima opinione di Giuliano e che era tratto da quello stesso 26° libro dei Digesti cui si riferivano i primi tre frammenti.

Queste note esegetiche hanno posto in luce che il domma dell'*una hereditas* nel diritto classico era ben più saldo di quanto comunemente non si creda. Esse perciò rendono ancora più sicura la nostra precedente costruzione storico-dogmatica.

E quanto ai risultati cui pervennero gli studiosi in questa materia, le interpolazioni segnalate ci rendono ben guardinghi sulla loro fondatezza: tanto più, come è avvenuto comunemente, che quei risultati vennero tratti dalla erronea valutazione di quei testi che noi abbiamo visto alterati.

Firenze, Natale 1928.



1930



## RIFLESSI PROVINCIALI NEL DIRITTO TUTELARE CLASSICO ROMANO\*

Il principio dell'incapacità della donna ad assumere un ufficio tutelare<sup>1</sup>, principio derivante dalla struttura agnaticia della *familia* e dalla natura potestativa della tutela<sup>2</sup>, è uno dei cardini del diritto tutelare romano.

Quanto, però, alla efficacia pratica di tale principio, bisogna distinguere, nello stesso diritto romano classico, due periodi: uno più antico (fino alla prima metà del secondo secolo), ed uno più recente (dalla seconda metà del secondo secolo in poi). Mentre, infatti, può affermarsi con piena sicurezza che il principio in parola non fu mai obliterato nel primo periodo, la medesima affermazione non sarebbe sostenibile pel secondo periodo. Pure in teoria sempre saldamente mantenuto, tale principio fu, però, in questo periodo, spesse volte in pratica superato: cosicché la figura della donna, se non tutrice, almeno *amministratrice* della tutela, comincia in quest'epoca a fare la sua apparizione nel mondo giuridico romano<sup>3</sup>.

Essa appare già negli scritti di Scevola (D. 46, 3, 88), in quelli di Papiniano (D. 3, 5, 30 § 6; D. 26, 2, 26 pr.; D. 26, 7, 5 § 8; D. 16, 1, 8 § 1), di Paolo (*Rec. Sent.* II, XI, § 2), di Ulpiano (D. 38, 17, 2 § 25), ed ha contorni ben netti nelle importanti costituzioni di Alessandro (C. 4, 29, 6 pr.), Filippo (C. 5, 46, 2), Valeriano (C. 5, 45, 1) e Diocleziano (C. 5, 51, 9; C. 4, 32, 24).

\* «Bullettino dell'Istituto di diritto romano», XXXVIII (1-3), 1930, pp. 53-73 (anche estratto: Istituto di diritto romano, Roma 1930, pp. 53-71).

<sup>1</sup> Cfr. D. 26, 1, 18; 16 pr.; C. 5, 35, 1; e per alcuni effetti di questo principio cfr. D. 26, 4, 1 § 1; 1 § 3; 3 § 4; 10 pr.; sui quali testi cfr. LA PIRA *Successione ered. int. e contro il test. in diritto romano* Vallecchi 1930 p. 129 segg.

<sup>2</sup> D. 26, 1, 1 pr. *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero...* cfr. BONFANTE *Corso di diritto romano* I, p. 41 segg.; BETTI *Istituzioni* 1, p. 187.

<sup>3</sup> Cfr. MITTEIS nel commento al papiro Lips. 9<sup>6</sup> (p. 33) e *Z. S. St.* 28 (1907) p. 387; KÜBLER *Über das ius liberorum* etc. *Z. S. St.* 31 (1910) p. 187-188, 193; PARTSCH in *Archiv f. Papyrusforschung* V (1913) 473.

Anche qui, come in casi analoghi<sup>4</sup>, il problema che lo studioso si pone è quello di sapere se queste innovazioni siano dovute a semplice intrinseco sviluppo degli istituti o non piuttosto a cause esterne e, precisamente, a fenomeni di recezione del diritto provinciale in quello romano.

### Diritto romano classico

Nel diritto romano classico (dalla fine del 2° secolo) mentre è decisamente riaffermata, contro la diversa norma del diritto provinciale, l'incapacità della madre, e delle donne in genere, ad assumere la *titolarità* di una tutela<sup>5</sup>, è, per contro, ammesso che la madre assuma l'*amministrazione* dei beni dei propri figli, cui sia già stato nominato un tutore<sup>6</sup>.

I due principî sono nettamente formulati nei testi.

PAPINIANUS, *libro quarto responsorum* fr. 26 pr. *de test. tut.* D. 26, 2. Iure nostro tutela communium liberorum matris testamento patris frustra mandatur, nec, si provinciae praeses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decreverit, successor eius sententiam, quam leges nostrae non admittunt, recte sequetur.

ULPIANUS, *libro trigesimo quinto ad edictum* fr. 5 § 8 *de adm. et peric. tut.* D. 26, 7. Papinianus libro quinto responsorum ita scribit: pater tutelam filiorum consilio matris geri mandavit et eo nomine tutores liberavit. Non idcirco minus officium tutorum integrum erit.

I responsa papiniani poggiano sul granitico principio che la volontà privata non può infrangere quell'*ius publicum* con cui è costruita la struttura agnativa della *familia* e, quindi, quella della tutela (fr. 38 D. 2, 14; D. 50, 17, 45 § 1; D. 27, 8, I § 9 etc.). Poiché la tutela è una *potestas* (D. 26, 1, 1 pr.) e la titolarità e l'esercizio di una *potestas* è un *munus virile* (D. 26, 1, 18; D. 26, 1, 16 pr.; C. 5, 35, 1), ne segue che tale titolarità non può essere in nessun caso attribuita ad una donna (D. 26, 1, 18, la cui chiusa è intp.: cfr. anche D. 38, 17, 2 § 25; D. 16, 1, 2 § 1). Di qui l'esattezza giuridica della decisione papiniana nel fr. 26 pr. D. 26, 2. La decisione del fr. 5 § 8 D. 26, 7 è essa pure fondata sopra una norma di *ius publicum*, in base alla quale dall'ufficio tutelare discende necessariamente la *responsabilità* per l'ufficio medesimo: e da questa responsabilità non potrebbe il tutore, *privatorum pactis*, essere esentato (cfr. D. 27, 8,

<sup>4</sup> LA PIRA in *Studi ital. di fil. class.* VII (1929) p. 145.

<sup>5</sup> D. 26, 2, 26 pr.; cfr. WENGER *Zur Vormundschaft der Mutter* in *Z. S. St.* 26 (1905) 449 segg.

<sup>6</sup> v. p. 53<sup>3</sup> Del resto l'idea della donna amministratrice non era nuova pel diritto romano classico, nel quale, come è risaputo (Gai I, 190), la donna amministra essa stessa i suoi beni, nonostante la sua soggezione alla tutela.

1 § 9, C. 5, 52, 3). Quantunque esclusa in modo così categorico dalla titolarità della tutela, la madre ha, però, nello stesso diritto classico, un'altra via per pervenirvi: quella di farsi attribuire l'*amministrazione* della tutela dei figli. Vi è, dunque, in tal caso, dall'un lato, un tutore che ha la titolarità dell'ufficio, e che ne ha anche la responsabilità (C. 5, 51, 9), e, dall'altro, la madre che esercita la gestione dei beni pupillari. Solitamente questa concessione dell'amministrazione alla madre appare subordinata alla prestazione di garanzie personali o reali da parte della madre a favore del tutore: il quale si trova così garantito pel caso che, a causa della cattiva amministrazione materna, si trovasse, alla fine della tutela, ad essere convenuto in giudizio dai pupilli divenuti puberi (C. 5, 46, 2; C. 4, 29, 6 pr.; C. 5, 51, 9; PAUL. *Sent. Rec.* II, XI, § 2; D. 16, 1, 8 § 1).

*Imp. PHILIPPUS A. et PHILIPPUS C. Asclepiadi et Menandro.* Quaedam pupillorum vestrorum a matre itemque avo paterno administrata eorumque nomine indemnitate vobis promissam esse adseveratis. Quae si ita sunt et idem pupilli legitimae aetatis effecti non adversus matrem suam itemque avum, sed contra vos congregari malunt, non immerito indemnitate ab his praestari desiderabitis, quos et administrationem suo periculo pridem suscepisse proponitis (C. 5, 46, 2.) (a. 246).

La fattispecie sottoposta all'esame dell'imperatore è la seguente. I tutori Asclepiade e Menandro avevano concesso (non si sa se privatamente o per intervento magistratuale) l'amministrazione della tutela alla *madre* ed all'avo paterno dei pupilli. A garanzia del buon andamento dell'amministrazione essi si erano, però, fatti promettere una congrua *indemnitas*. Finita la tutela i pupilli, divenuti puberi, intentano contro i tutori l'*actio tutelae*. In tal caso può dirsi che *committitur la stipulatio* della madre e dell'avo, i quali saranno così costretti a prestare ai tutori l'*indemnitas* promessa (*non immerito indemnitate ab his praestari desiderabitis*).

Dal testo risulta che i pupilli avrebbero potuto agire con l'*actio tutelae* anche contro la madre e l'avo, oltre che, come era normale, contro il tutore (*pupilli... non adversus matrem suam itemque avum, sed contra vos congregari malunt...*). Ciò è confermato anche dalla c. 1 C. 5, 51. L'innegabile contraddizione con la c. 9 C. 5, 51 è da spiegare col fatto che in quest'ultimo caso il pupillo credeva di potere egli stesso intentare l'*actio ex stipulatu*, spettante al tutore contro gli eredi della madre cui era stata concessa l'amministrazione tutelare. Quest'*actio*, invece, spetta esclusivamente al tutore che può esperirla quando sia egli stesso convenuto in giudizio con l'*actio tutelae*. La quale, peraltro, era pure intentabile direttamente contro la madre amministratrice.

Altri esempi di concessione alla madre della amministrazione tutelare, concessione subordinata alla prestazione di garanzie adeguate, ci porgono le seguenti costituzioni.

*Impp.* DIOCLETIANUS *et* MAXIMIANUS A. A. *Iuliano*. Tutorem quondam, ut tam rationem quam si quid reliquorum nomine debet reddat, apud praetorem convenire potes. Quamvis enim matrem tuam susceptis bonis vestris indemnitate pro hac administratione tutore se praestituram promississe proponatur, tamen tibi tutelae, non adversus matris successores ex stipulatu competit actio (C. 5, 51, 9) (a. 293).

Anche qui la fattispecie cui la costituzione ha riguardo è identica a quella esaminata sopra: un tutore concede l'amministrazione tutelare alla madre, dalla quale si fa promettere, mediante *stipulatio*, una *indemnitas* pel caso che egli venga, alla fine della tutela, convenuto con l'*actio tutelae*. Al pupillo che chiede se gli sia concesso di valersi della *stipulatio* per agire anziché contro il tutore, con l'*actio tutelae*, contro gli eredi della madre con l'*actio ex stipulatu*, l'imperatore risponde che egli deve agire contro il tutore con l'*actio tutelae*; l'*actio ex stipulatu* può, infatti, essere esperita solo dal tutore contro gli eredi della madre obbligata. Questa decisione, però, come si è già detto, non esclude che il pupillo potesse agire con l'*actio tutelae* anche contro gli eredi della madre (C. 5, 46, 2; C. 5, 45, 1).

*Imp.* ALEXANDER A. *Torquato*. Si mater, filiorum suorum gerens patrimonium, tutoribus eorum securitatem promiserit et fideiussorem praestiterit vel pignora dederit, quoniam quodammodo suum negotium gessisse videtur, senatus consulti (sc. Velleiani) auxilio neque ipsa neque fideiussor ab ea praestitus neque res eius pigneratae adjuvantur (C. 4, 29, 6 pr.) (a. 228).

Anche qui la fattispecie presupposta dalla costituzione è identica a quella presupposta nelle due precedenti costituzioni: ciò che vi è qui in più, è l'*exceptio senatus consulti Velleiani* che la madre crede di potere opporre al tutore allorché questi la conviene con l'*actio ex stipulatu*. È cotesta eccezione validamente opponibile? Ecco il punto intorno al quale è chiesto il parere dell'imperatore Alessandro.

La risposta non poteva che essere negativa: quella eccezione è validamente opponibile quando si tratti di intervento a favore di altri debitori, sia garantendo un debito altrui già esistente, sia assumendo per altri un debito nuovo (D. 16, 1, 1 § 2; D. 16, 1, 2 § 1; D. 16, 1, 8 § 1). Ma nel caso presente non ricorre né l'una né l'altra ipotesi, perché la donna, assumendo l'amministrazione tutelare, e prestando a quest'uopo la dovuta garanzia, *quodammodo suum negotium gessisse videtur* (cfr. D. 26, 1, 8 § 1). Controversie di tal natura non dovettero essere infrequenti: perché il principio della inopponibilità dell'*exceptio senatus consulti Velleiani* pel caso in cui la madre, per procacciarsi l'amministrazione tutelare, avesse prestato garanzia personale o reale al tutore, è esplicitamente riaffermato nei Digesti e compare nelle *Sententiae* di Paolo.

PAULUS *Sent.* II, XI, § 2. Mulier, quae pro tutoribus filiorum suorum indemnitate promisit, ad beneficium senatus consulti non pertinet.

ULPIANUS *libro vicensimo nono ad edictum*: fr. 8 § 1 *ad sen. cons. Vellei.* D. 16, 1. Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ne hi praedia eius distraherent, et indemnitate eis repromiserit, Papinianus libro nono quaestionum non putat eam intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse neque veterem neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem.

Il principio affermato da Paolo e da Papiniano (ed accolto da Ulpiano) coincide perfettamente con quello affermato nella costituzione di Alessandro: ed anzi non è ardito affermare che l'imperatore non faccia che applicare il principio appreso da Ulpiano e da Paolo alla scuola di Papiniano. La presenza di questo principio nei testi della giurisprudenza classica ci attesta incontrovertibilmente che l'istituto della amministrazione tutelare della madre, così limpidamente delineato nelle costituzioni imperiali, aveva già un posto ben definito nel sistema del diritto tutelare romano.

Ed ora si ripresenta il problema: questo istituto è un prodotto naturale dell'intrinseco sviluppo del diritto romano, dovuto, dall'un lato, alla posizione giuridicamente sempre più rilevante che venne via via ad assumere la donna nel declinare dell'epoca classica<sup>7</sup> e, dall'altro, al trasformarsi da potestativa in protettiva della funzione tutelare?<sup>8</sup> Una plausibile ragione meramente logica per negare siffatta origine del nostro istituto sarebbe, in verità, difficile a trovarsi. La struttura cognatizia che in quest'epoca va sempre più assumendo la famiglia romana<sup>9</sup>, la reciprocità della chiamata ereditaria intestata fra madre e figli dopo i sen.<sup>ti</sup> Tertulliano ed Orfiziano<sup>10</sup> e tutta la complessa casistica che ci offrono le disposizioni *mortis causa* miranti a superare la giuridica impossibilità in cui trovavasi la madre ad assumere ufficialmente la funzione tutelare<sup>11</sup>, sarebbero, anzi, indici di grandissimo valore per affermare l'origine intrinseca dell'istituto<sup>12</sup>. E se, quindi, non vi fossero altre ragioni che con la forza di una documentazione incontestabile possono abbattere le prime, si dovrebbe concludere a favore dell'origine intrinseca dell'istituto.

Orbene, queste altre ragioni ci sono e le troviamo nel diritto dei papiri.

<sup>7</sup> BONFANTE *op. cit.* p. 409 segg.

<sup>8</sup> BONFANTE *op. cit.* p. 403 segg.

<sup>9</sup> LA PIRA *Success. cit.* 228.

<sup>10</sup> LA PIRA *op. cit.* p. 276 segg.

<sup>11</sup> KÜBLER *op. cit.* p. 187-188.

<sup>12</sup> Tanto più che l'idea della donna amministratrice non era, come dico alla nota 6 [nota 16], straniera al diritto romano classico.

## Diritto dei Papiri

Relativamente al tema della capacità della donna, almeno della madre, ad assumere la tutela<sup>13</sup>, dobbiamo, nel diritto dei papiri, distinguere: *a*) fra il caso di diretta assunzione della *titolarità* della tutela e *b*) quello, invece, di assunzione della *amministrazione* tutelare (ἐπακολούθησις)<sup>14</sup>. Tanto il primo, quanto, e con indiscutibile certezza, il secondo, sono largamente documentati<sup>15</sup>.

Quali fossero i rapporti intercorrenti fra l'uno e l'altro caso, e quando, perciò, la madre potesse assumere direttamente la titolarità e quando, invece, dovesse assumere solo l'amministrazione della tutela, è un problema di cui, allo stato odierno delle fonti, non appare possibile una soluzione soddisfacente<sup>16</sup>. Forse potrebbe dirsi che i casi in cui la madre (o la nonna, o la sorella, o la zia) appare come investita direttamente, ed essa sola, della tutela configurano anch'essi casi di ἐπακολούθησις in cui è talmente predominante la posizione della madre e così trascurabile quella meramente nominale del tutore, che possa con tutta proprietà chiamarsi tutrice la madre ἐπακολουθήτρια<sup>17</sup>. Certo è che i casi in cui la madre (o la nonna) appare come ἐπακολουθήτρια sono abbastanza numerosi e nulla esclude che questa medesima figura essa avesse anche in quegli altri casi in cui, invece, appare direttamente come tutrice. Comunque sia, ciò che a noi preme ora di porre in luce è la figura della *madre amministratrice* (ἐπακολουθήτρια) quale ci è delineata nei papiri. I papiri che ne parlano sono: Pap. Amh. 91<sup>2</sup> (a. 159 p. C.) BGU 1070<sup>7</sup> (a. 218 p. C.) Oxy. 909<sup>4-37</sup> (a. 225) Lips. 9<sup>6</sup> (a. 233) Oxy. 907<sup>20</sup> (a. 276) ed ora l'importantissimo papiro della Soc. It. che più sotto illustriamo (a. 132).

<sup>13</sup> Cfr. WENGER *op. cit.* 449 segg.; Z. S. St. 28 (1907) 305 segg.; (1908) 474 *Wiener Eranos* (1909) p. 270 segg.; MITTEIS in Lips. 9<sup>6</sup> (p. 33); Z. S. St. 28 (1907) 387; *Grundzüge* 253; MEYER Z. S. St. 48 (1928) 602; TAUBENSCHLAG Z. S. St. 49 (1929) 123 segg.

<sup>14</sup> Sull'istituto dell'ἐπακολούθησις cfr. MITTEIS in Lips. 9<sup>6</sup>; Z. S. St. 28 (1907) 387; WENGER *Wiener Eranos* 270; KÜBLER *op. cit.* p. 186 segg.; MITTEIS *Grundz.* 250 cfr. pure PREISIGKE *Wörterbuch der griech. Papyrusurkunden* col. 527 sub ἐπακολουθήτρια; e *Fachwörter des öffentlichen Verwaltungsdienstes* Agyptens Göttingen 1915 p. 81 sub ἐπακολουθήτρια. TAUBENSCHLAG in *Studi Bonfante* p. 410 e Z. S. St. 49 (1929) 123 segg.

<sup>15</sup> Cfr. i papiri citati nelle opere elencate a p. 60<sup>6</sup> [p. 112 nota 14].

<sup>16</sup> Certo è abbastanza strano che in una stessa località e in una medesima epoca la madre compaia ora quale esclusiva titolare della tutela ora, invece, quale ἐπακολουθήτρια. Le ragioni di una scelta siffatta non risultano in nessun modo dai papiri. E poiché la donna è nel diritto dei papiri, almeno del 1° sec. a.C. soggetta essa stessa a tutela (MITTEIS *Grundz.* p. 251-252, nonostante la relatività di questo principio come risulta da WENGER *Die Stellvertretung im Rechte der Papyri* 1906 p. 186), la figura della madre amministratrice della tutela dei figli (ἐπακολουθήτρια) appare più naturale di quello della madre titolare esclusiva della tutela. Cfr. anche TAUBENSCHLAG Z. S. St. cit. p. 125.

<sup>17</sup> Imprecisioni, codeste, tutt'altro che impossibili. Per la varietà dei nomi che designano l'ufficio e le funzioni tutelari cfr. MITTEIS *Grundz.* 248.

L'elemento comune delle fattispecie prospettate in tutti questi papiri sta in ciò: che nell'esercizio della gestione tutelare *accanto* al tutore appare anche la madre *ἐπακολουθήρια*.

Infatti: in Pap. Amh. 91<sup>2</sup> (a. 159 p. C.)<sup>18</sup> un certo Aphrodisios volendo fare una proposta di locazione per due anni, di alcuni terreni al minore impubere Heron, invia questa proposta

- 1 Ἦρωνι Σαραπίωνος ἀφήλικι μετ' ἐπιτρόπ(ου) Ἰσχωρίωνος
- 2 τοῦ Ἡρώδου, ἐπακολουθούσης τῆς τοῦ ἀφήλ(ικος) μητρὸς(ς) Ἡρωίδος

Dunque, in sostanza i destinatari della proposta sono tre: il pupillo, nel cui interesse la proposta è fatta, il tutore e la madre il cui intervento sarà necessario per rendere possibile la giuridica conclusione del negozio proposto.

BGU 1070<sup>719</sup> contiene l'istanza di una madre all'ἀρχιερέυς di Ossirincò: in essa la madre chiede, in sostanza, la nomina di un tutore (che essa indica in Αὐρήλιος Ἀχιλλεύς) dei suoi figli impuberi ai quali è stata lasciata dal padre l'eredità (4 ...] τῆς πατρικῆς αὐτῶν κληρονομίας): chiede inoltre di essere essa stessa *καμὲ εἶναι ἐπακολουθή[τριαν...]*.

Ora ci si domanda: quale funzione eserciterà la madre *ἐπακολουθήτρια* nei due casi riferiti? Perché in Pap. Amh. 91<sup>2</sup> la proposta di locazione viene fatta al pupillo attraverso il tutore e la madre? La risposta si profila leggendo Oxy. 909<sup>4-3720</sup>.

Si tratta di un atto di vendita di alberi di acacia di proprietà dei figli impuberi del morto Apollonio. La vendita viene fatta dal tutore Aurelio Ptollion e dalla madre dei pupilli quale *ἐπακολουθήτρια* dei pupilli. Tutore ed *ἐπακολουθήτρια* attestano di avere venduto ambedue (l. 13 ὁμολογοῦμεν) e sottoscrivono ambedue l'atto di vendita (l. Αὐρήλιος Πτολλί[ων Πτολλίωνος μετ' ἐπακολουθητριάς τῆ[ς μητρὸς]).

Il tutore, dunque, non avrebbe potuto da solo procedere alla vendita di questi alberi; ciò sembra, del resto, doversi ripetere per ogni altro atto di amministrazione tutelare: l'intervento della *ἐπακολουθήτρια* è necessario per la validità di tali atti. Ed è anzi talmente predominante la figura della *ἐπακολουθήτρια* che in Lips. 9<sup>621</sup> è la sola madre, senza l'intervento di alcun tutore, ad inviare, a nome dei tre figli impuberi, una *ἀπογραφή* relativa ad una obbligazione da mutuo ai βιβλιοφύλακες ἐγκτήσεων di Hermopolis. L'*ἀπογραφή* viene dal funzionario dell'archivio registrata col nome della madre.

<sup>18</sup> WENGER *Z. S. St.* 26 (1905) p. 454; *Stellvertretung* p. 250.

<sup>19</sup> MITTEIS *Chrest.* 323.

<sup>20</sup> KÜBLER *l. cit.* 185; WENGER *Wiener Eranos* p. 270 segg.

<sup>21</sup> MITTEIS *Pap. Lips.* pag. 33; *Chrest.* 211.

Finalmente Oxy. 907<sup>22</sup> ci dà notizia della nomina della madre quale ἐπακολουθήτρια dei figli minori fatta dal padre nel testamento. Il testatore è [Αύρή]λιος Ἐρμογένης ὁ καὶ Ε(ὺ)δαίμων ἐξηγητῆς βουλευτῆς [καὶ π]ρ[ύ]τανις τῆς λαμπρᾶς καὶ λαμπροτά[της] Ὀξυρυγγιτῶν πόλεως.

Dopo avere istituiti eredi, secondo le forme della *institutio heredis* romana, i suoi cinque figli (οἱ πέ]ντε τέκνα μου... κληρονόμοι μου ἔστωσαν, οἱ δὲ λοιποὶ πάντες ἀποκληρονόμοι μου ἔστωσαν...) e dopo una serie di disposizioni, il testatore alle ll. provvede alla tutela dei figli impuberi. Dispone a quest' uopo che sia tutore Aurelio Demetrio, che sia ἐπακολουθήτρια la madre Isidora, e che sia consigliere nella gestione tutelare il cugino Didimo.

l. 18 ἐπίτροπον δὲ ποιῶ τῶν προκειμένων ἀφελίκων μου τέκνων τ[ριῶ]ν Ὠρείωνος καὶ Ἡρακλείδου καὶ Διδύμης ἕως ἂν οἱ μὲν ἄρρ[ενες] τῆς ἡλικίας γένωνται ἢ δὲ θήλεια ἀνδρὶ γαμηθῆ Αύρήλιον Δημήτριον (τοῦ) Διονυσόθεωνος, ἐπακολουθούσης πᾶσι τοῖς τῆ ἐπιτροπείᾳ διαφέρ[ουσι] τῆς προγεγραμμένης μου γυναικὸς Ἰσιδώρας τῆς καὶ Πρείσκας, καὶ διὰ τοῦτο [οὐ βο]ύλομαι ἄρχοντα ἢ ἀντάρχοντα ἢ ἕτερόν τινα παρεντιθέναι ἑαυτ[όν]... 29 lett. ἐπιτέλλω γὰρ καὶ τῆς τοῦ ἀνειψιοῦ μο[υ] Διδύμου εἶναι εὐσεβείας βοηθήσειν τῷ Δημητρίῳ ἐν οἷς ἐὰν αὐτοῦ [δέηται].

Una conclusione discende dai papiri esaminati: che il diritto dei papiri conosceva sin dal secondo secolo, e forse già da epoca più lontana, l'istituto della madre ἐπακολουθήτρια: quali fossero le funzioni di costei e quali, perciò, i suoi rapporti col tutore non sarebbe stato possibile, alla luce dei papiri esaminati, determinarlo<sup>23</sup>. È vero che la madre appare come amministratrice dei beni pupillari: ma i limiti e la responsabilità di questa gestione restano ignoti. Risorge ora la domanda: l'istituto della madre amministratrice della tutela, che abbiamo visto già introdotto all'inizio del terzo secolo nel diritto tutelare romano, deriverebbe forse dalla ἐπακολούθησις? Se di questa ἐπακολούθησις non possedessimo altre testimonianze oltre quelle esaminate, io non esiterei a rispondere, per le ragioni sopra addotte, negativamente. L'istituto romano della madre amministratrice tutelare ha contorni ben definiti: esso, pur non conferendo ufficialmente alla madre la titolarità della tutela, le conferiva, però, tutti i poteri inerenti all'amministrazione: e quantunque il tutore non fosse esonerato dalla responsabilità della gestione tutelare, egli era però salvaguardato dalle garanzie reali e personali fattesi prestare dalla madre. E quanto ai pupilli, la sicurezza del loro patrimonio era accresciuta dal fatto che era loro concesso, come sembra, di agire con l'*actio tutelae* non solo contro il tutore, ma altresì contro la madre.

<sup>22</sup> KÜBLER *l. cit.* 186; cfr. D. 26, 7, 47 pr.; cfr. MITTEIS *Chrest.* 317; WENGER *l. cit.*

<sup>23</sup> Cfr. MITTEIS *Grundz.* 250; esatte osservazioni in KÜBLER *l. cit.* 186.

Ora di tutto ciò non v'ha nulla nei papiri esaminati: quindi un argomentare dalla *ἐπακολουθήτρια* alla madre amministratrice del diritto romano sarebbe, alla luce di quei testi, per non dire altro, molto arduo.

Quella argomentazione diviene, invece, invincibile ora che un papiro della prima metà del II secolo, recentissimamente edito dal Prof. Vitelli (alla cui bontà ne devo l'anticipata conoscenza) e pubblicato negli studi in onore di Vittorio Loret, viene a darci della *ἐπακολουθήτρια una fisionomia che esattamente coincide con quella profilata nei testi romani sopra esaminati* (C. 5, 46, 2; C. 5, 51, 9; C. 5, 45, 1; C. 4, 29, 6, PAUL. *Sent.* II, XI § 2; D. 16, 1, 8 § 1).

Questo papiro contiene un estratto dall'archivio di uno stratego. Esso riproduce copia della istanza presentata allo stratego da una certa Arsinoe, chiedente alcuni provvedimenti a favore dei propri nipoti impuberi, figli del figlio morto Herakleides.

Come dice il Vitelli<sup>24</sup>, apprendiamo da questo papiro che le istanze allo stratego nelle quali si invocano anche provvedimenti del prefetto, erano dallo stratego trasmesse alla prefettura e tornavano all'archivio dello stratego. Queste copie costituivano probabilmente, come opina il Vitelli, il reparto dei *μεταδόσιμα*, cioè dei documenti comunicabili agli interessati.

Il *μεταδόσιμον* riguardante Arsinoe era nei kollemata 35 e 36.

l. 1 Ἐκ μεταδοσίμων καταχ(ωρισθέντων) κολ(λμασι) λε λς

Dopo l'indicazione del luogo donde l'estratto è stato trascritto, il documento dice: «ad Arsinoe, figlia di Herakleides iunior, figlio alla sua volta di Didymos, madre della quale è Ptolema figlia di Ptolemaios, del quartiere Siriaco, da parte di Protarches strategos del distretto di Herakleides del nomos Arsinoites, il 30 marzo dell'anno 16° di Adriano, fu spedita copia della istanza, che essa Arsinoe gli aveva presentata, con in calce anche la copia della *ἐπιστολή* del prefetto Flavius Titianus» etc<sup>25</sup>.

- 2 Ἀρσινόη Ἡρακλείδου νεωτέρου τοῦ Διδύμων μητρὸς Πτολέμας τῆς Πτολεμαίου ἀπὸ Συριακῆς
- 3 ις (ἔτει) Ἀδριανοῦ καίσαρος τοῦ κυρίου, Φαρμουῦθι δ' ἐπεστάλη ὑπὸ Πρωτάρχου στρα(τηγοῦ) Ἀρσι(νοίτου) Ἡρακ(λείδου) μερίδ(ος) ἀντίγρα(φον)
- 4 ἀναφορίου ἐπιδόθεντος αὐτῷ ὑπὸ τῆς Ἀρσινόης, ὑφ' ᾧ ἐστὶν καὶ ἀντίγρα(φον) ἐπιστολῆς Φλαυίου Τιττιανο(ῦ)
- 5 τοῦ κρατίστου ἡγεμόνος.

A questo punto il testo continua così:

- 5 δι' ὧν δηλοῦται, διὰ μὲν τῆς ἐπιστολῆς ἀξιωσάσης

<sup>24</sup> Studi in onore di VITTORIO LORET.

<sup>25</sup> VITELLI *l. cit.*

Cioè: dai due documenti (δι' ὧν) risulta (δηλοῦται): *a*) dall'epistola del prefetto (διὰ μὲν τῆς ἐπιστολῆς) ... (e manca il contenuto di questa epistola) *b*) ... e qui manca il richiamo all'ἀναφόριον. Così come il testo è redatto c'è da credere che tutto l'ulteriore contenuto dell'estratto risultasse dalla ἐπιστολή del prefetto e non, invece, come è più logico pensare, dall'ἀναφόριον di Arsinoe. Giustamente, quindi, il Vitelli sospetta a questo punto un'ampia lacuna<sup>26</sup> nella quale, mi pare, avrebbe dovuto prima essere esposto il contenuto della ἐπιστολή e si sarebbe dovuto poscia, con un διὰ δὲ τοῦ ἀναφορίου...] ἀξιώσασης, passare ad esporre il contenuto dell'ἀναφόριον. La l. 5 avrebbe dovuto, perciò, ad un dipresso, così risultare:

l. 5 τοῦ κρατίστου ἡγεμόνος δι' ὧν δηλοῦται, διὰ μὲν τῆς ἐπιστολῆς (*contenuto della epistola*... διὰ δὲ τοῦ ἀναφορίου...) ἀξιώσασης.

Passiamo ora ad esaminare il contenuto ἀναφόριον di Arsinoe. Essa chiede nella sua istanza che vengano emanati due provvedimenti: 1) il primo concernente la concessione della κοσμητεία, per l'anno 17° di Adriano, a Maron, il più grande dei figli impuberi del defunto Eraclide, figlio di Arsinoe stessa e già concessionario della γυμνασιαρχία<sup>27</sup>.

l. 5 ἀξιώσασης αὐτῆς τὸν πρεσβυ-

6 τερώτατον τῶν τοῦ τετελυτηκότος αὐτῆς υἱοῦ Ἑρακλείδου παίδων, ἀνθ' ἧς ὑπέσχετο

7 ὁ αὐτὸς Ἑρακλείδης γυμνασιαρχίας, Μάρωνα τὸν καὶ Ἄρποκρατίωνα ἀφήλικα εἰς κοσμητείαν

8 τοῦ ιζ (ἔτους) Ἀδριανοῦ καῖσαρος τοῦ κυρίου

2) Il secondo provvedimento che Arsinoe domanda è la nomina di un tutore per i nipoti impuberi<sup>28</sup>. Questo tutore essa indica nella persona di Ammonio Euremo: ma al tempo stesso chiede di essere nominata essa stessa ἐπακολουθήτρια della tutela: cosicché è ad essa che andranno i frutti dei beni pupillari.

<sup>26</sup> *l. cit.*

<sup>27</sup> Sulla κοσμητεία e sulla γυμνασιαρχία cfr. WILCKEN *Grundzuge* p. 138 segg. e le osservazioni del VITELLI *l. c.*

<sup>28</sup> Dal papiro in esame sembra risultare che la nomina del tutore, anche pei peregrini prima della costituzione di Caracalla, fosse di competenza del prefetto. Errata, quindi, sarebbe la contraria tesi del MITTEIS *Z. S. St.* 29 (1908) 398 e *Grundz.* 254. È vero che parecchi papiri, citati dal M., sembrano concedere la *datio tutoris* ai magistrati locali, ma si può pensare che si tratti o di istanze non ancora inviate al prefetto o di provvedimenti che hanno il loro fondamento nella già ricevuta ἐπιστολή del prefetto. Se, p. es., del PSI Loret a noi non fosse giunta che l'istanza di Arsinoe allo stratego, noi avremmo creduto di trovare in esso una nuova riprova della tesi del Mitteis. Invece la notizia nuova che il papiro ci porge circa l'invio delle istanze al prefetto (VITELLI *l. cit.*) è una prova decisiva per la tesi contraria.

- l. 8 καὶ αἰτησαμένης τῷ ἰδίῳ κινδύνῳ ἐπίτροπον τῶν  
 9 ὑπὸ τοῦ Ἡρακλείδου καταλ<ε>ιφθέντων πάντων Μάρωνι τῷ καὶ  
 Ἄρποκρατίωνι καὶ τοῖς ἄλλοις  
 10 αὐτοῦ ἀδελφοῖς Μάρωνι ἐτέρῳ καὶ Ἡρακλείδῃ καὶ Διδύμῃ ὁμοίως ἀφήλιξι  
 Ἄμμώνιον Εὐρή-  
 11 μωνος τοῦ Μάρωνος μητρὸς Ἄνδρομάχης τῆς Ἄμμονίου ἀπὸ ἀμφόδ(ου)  
 Φρεμεί, ἐπακο-  
 12 λουθοῦσης αὐτῆς τῇ ἐπιτροπῇ καὶ παραλαμβανούσης αὐτῆς τὰ ἐξ αὐτῶν  
 περιγινόμενα)

A questo punto l'estratto ci riferisce che Ammonio Euremo, a cagione, come sembra, di queste richieste di Arsinoe, domandò, a salvaguardia della sua eventuale responsabilità alla fine della tutela (εἰς τὸ ἀσυκοφάντητον αὐτὸν γενέσθαι), *a*) che Arsinoe assumesse le spese della *kosmeteia* e le altre, *b*) e che desse a garanzia della tutela e della ἐπακολουθήσις (ἐν ὑπαλλάγματι πρὸς τὴν ἐπιτροπὴν καὶ ἐπακουλούθη(σιν)) i beni che essa possedeva nel distretto di Polemon, obbligandosi a non disporne (l. 20) fino a quando gli impuberi non avessero raggiunto la pubertà e non avessero rilasciato *a lei ed al tutore* la debita quietanza<sup>29</sup>. Segue alle ll. 22-24 una aggiunta di cui non si comprende chiaramente il significato: essa ha l'aria di essere una clausola rafforzatrice della garanzia.

Trascrivo tutta questa ultima parte del papiro (ll. )

- 13 ὡς <?> ὁ Ἄμμώνιος ἠξίωσε εἰς τὸ ἀσυκοφάντητον αὐτὸν γενέσθαι  
 ποιουμένης  
 14 α[ὐ]τῆς τὰ<σ>τῆς κοσμητείας καὶ τὰ ἄλλα τῶν παίδων δαπανήματα ἐπι-  
 15 τετράφθαι δεδωκέναι τε ἐν ὑπαλλάγματι πρὸς τὴν ἐπιτροπὴν καὶ  
 ἐπακουλούθη(σιν)  
 16 τὰ ὑπάρχοντα αὐτῇ ἐν τῇ Πολέμωνος μερίδι, ἅπερ ἐστὶν περὶ Τεβτύνιν  
 σι(τικαὶ) ἄρο(υραι)νδ  
 17 καὶ περὶ Σαμαρίαν σι(τικαὶ) ἄρο(υραι) κε καὶ ἀμπελω(νος) (ἄρουρα)  
 α (ἥμισυ) (τήταρτον) καὶ φοινικῶ(νος) ἄρο(υραι) δ (ἥμισυ) καὶ περὶ  
 Θεογονίδα  
 18 σι(τικαὶ) ἄρο(υραι) ιη καὶ καλάμου ἄρο(ύρης) (ἥμισυ) καὶ περὶ Ταλεῖ  
 ἀμπέλου [ἄρουρα] α καὶ περὶ Κερκεσήφιν σι(τικαὶ) ἄρο(υραι) κη·  
 19 (γίνονται) σι(τικαὶ) (ἄρουραι) ρκε, δενδρικαὶ ἄρο(υραι) ζ (ἥμισυ)  
 (τέταρτον)· (γίνονται) ἄρο(υραι) ρλβ (ἥμισυ) (τέταρτον)· καὶ ἐν Τεβτύνει  
 συνοικίας δύο  
 20 ἠνωμένας ἀλλήλ(αις) καὶ οἰκία διπυργία καὶ αὐλήν, καθ' ὧν <καὶ> οὐδὲν  
 οἰκονομήσει

<sup>29</sup> Che alla madre venisse rilasciata la quietanza (ἀποχή) quando avesse gestito la tutela era cosa già nota nel diritto dei papiri: cfr. Oxy 898<sup>23</sup> ove l'ἀποχή era stata dolosamente carpita dalla madre che, possedendo tale quietanza, si credeva al sicuro da ogni azione del figlio (οἰομένη ἐκ τούτου δύνασθαι ἐκφυγεῖν ἢ διεπράξεν. Cfr. WENGER *Wiener Eranos* 270 segg.

- 21 ἄχρι οὗ [οἱ] παῖδες ἐν ἡλικ<ο>ία γένωνται ἐκδόνται αὐτῇ τε καὶ τῷ Ἀμμωνίῳ  
 22 τὴν κα[θή]κουσαν τῆς ἐπιτροπῆς ἀποχὴν· ὁμοίως δὲ οὐδὲ κατ'ἄλλου αὐτῆς προ  
 23 [...]τα μόνων ψιλῶν τόπων καὶ δουλικῶν σωματῶν καὶ δανείων καὶ ὑποθηκῶν  
 24 [...]ειων διὸ ἔπεχε (sic)

L'importanza di questo papiro, sia in relazione al contenuto della ἐπακολούθησις, sia in relazione al problema della sua recezione nel diritto tutelare romano (classico), è, come si vede, fondamentale.

Da tale papiro, infatti, risulta:

1) che la madre ἐπακολουθήτρια era l'*amministratrice* della tutela: essa, infatti, *a*) provvedeva alle spese della kosmeteia e a tutte quelle altre che l'amministrazione dei beni pupillari richiedeva (14... ποιουμένης α[ὐ]τῆς τὰ τῆς κοσμητείας καὶ τὰ ἄλλα τῶν παιδῶν δεπανήματα ἐπιτετράφθαι); *b*) riscuoteva le rendite dei beni pupillari (12... παραλαμβανούσης αὐτῆς (sc. τῆς μητρὸς) τὰ ἐξ αὐτῶν περιγοινόμενα)).

2) Rispondeva della amministrazione tutelare nei confronti dei pupilli; i quali, perciò, dovevano alla fine della tutela rilasciarle la debita quietanza (21... ἄχρι οὗ [οἱ] παῖδες ἐν ἡλικία γένωνται ἐκδόνται τε αὐτῇ καὶ Ἀμμωνίῳ τὴν κα[θή]κουσαν τῆς ἐπιτροπῆς ἀποχὴν). Si capisce, quindi, da ciò, che i pupilli potrebbero anche rifiutarsi a rilasciare tale quietanza e potrebbero convenire in giudizio la madre con l'*actio tutelae*.

3) Il fondamento giuridico della legittimazione passiva della madre all'*actio tutelae* dei pupilli andrebbe in questo caso ricercata *a*) tanto nella natura della ἐπακολούθησις, che rende ἐπακολουθήτρια, come sembra, responsabile della gestione tutelare, senza, peraltro, esonerare da tale responsabilità il tutore; *b*) quanto nell'esplicita obbligazione assunta dalla madre di dare i suoi beni ἐν ὑπαλλάγματι πρὸς τὴν ἐπιτροπὴν καὶ ἐπακολούθησιν: si genera, quindi, fra tutore ed ἐπακολουθήτρια una vera responsabilità solidale.

E per quanto concerne i rapporti fra ἐπακολουθήτρια e tutore, dal papiro risulta ancora che

4) l'esistenza della ἐπακολουθήτρια e, quindi, di una amministratrice responsabile della tutela, non esonerava il tutore dalla responsabilità inerente alla funzione tutelare: egli, quindi, poteva essere convenuto in giudizio con l'*actio tutelae* anche per le malefatte della madre. Appunto in vista di ciò, il tutore solleva, come nel caso nostro avviene, farsi dare dalla ἐπ. garanzie reali e personali (13... ὁ Ἀμμώνιος ἠξίωσε εἰς τὸ ἀσυκοφάντητον αὐτὸν γενέσθαι ... l. 15 δεδωκέναι ἐν ὑπαλλάγματι ... τὰ ὑπάρχοντα ... κτλ). Queste garanzie permanevano per tutto il tempo della tutela e per tutto quello in cui il tutore, fi-

nita la tutela, avrebbe potuto essere chiamato in giudizio: e, cioè, fino a quando i pupilli non avessero rilasciato a lui ed alla madre la quietanza della tutela.

### Raffronto fra Diritto Romano Classico e Diritto dei Papiri

Per risolvere ora il problema della recezione o meno dell'istituto della madre amministratrice della tutela dal diritto dei papiri nel diritto romano classico, non ci resta che lasciar parlare le fonti. A quest'uopo è bene fare un prospetto comparativo dei due diritti.

	<b>Diritto dei Papiri</b>	<b>Diritto romano classico</b>
1) <i>Esistenza della madre amministratrice della tutela.</i>	ἐπακολουθήτρια in P. Amh. 91 <sup>2</sup> , BGU 1070 <sup>7</sup> Oxy. 909 <sup>6-37</sup> , Oxy 907 <sup>20</sup> Lips. 9 <sup>6</sup> , PSI <sup>11</sup> Loret ed i papiri ove compare <i>solo</i> la madre.	PAP. in D. 16, 1, 8 § 1; PAUL. SENT. II, XI § 2; LEX C. 4, 29, 6 pr.; DIOCL. C. 5, 51, 9; PHILIP. C. 5, 46, 2; VAL. C. 5, 45, 1; ed inoltre PAP. D. 3, 5, 30 § 6; SCEV. D. 46, 3, 88; PAP. D. 26, 2, 26 pr.; D. 26, 7, 5 § 8.
2) <i>Responsabilità della madre amm. nei confronti dei pupilli.</i>	PSI <sup>21</sup> Loret Oxy 898 <sup>23-25</sup>	VAL. C. 5, 45, 1; PHILIP. C. 5, 46, 2.
3) <i>Responsabilità della madre nei confronti del tutore.</i>	PSI <sup>15</sup> Loret	ALEX. C. 4, 29, 6 pr.; DIOCL. C. 5, 51, 9; PHILIP. C. 5, 46, 2; PAPIN. D. 16, 1, 8 § 1; PAUL. SENT. II, XI § 2
4) <i>Fondamento giuridico di questa responsabilità.</i>	PSI <sup>15</sup> Loret (ὑπάλλαγμα)	<i>Come sopra</i> (stipulatio garantita da fideiussione o da pegno)
5) <i>Responsabilità del tutore nei confronti dei pupilli.</i>	PSI <sup>13-21</sup> Loret	DIOCL. C. 5, 51, 9; PHILIP. C. 5, 46, 2.
6) <i>Inopponibilità dell'exceptio sen. Velleiani.</i>		ALEX. C. 4, 29, 6 pr.; PAPIN. D. 16, 1, 8 § 1; PAUL. SENT. II, II § 2.

Il raffronto fra diritto romano classico e diritto dei papiri relativamente all'istituto della madre amministratrice tutelare, ci mostra che *questo istituto ha la medesima struttura nell'uno e nell'altro diritto*. Non v'è che il caso della *exceptio sen. Velleiani* che si presenta nel diritto romano e non in quello dei papiri: ma questa diversità esteriore si elimina allorché si pensi 1) che i papiri citati non pongono mai casi di chiusura di gestione tutelare, come li pongono i testi romani; 2) che l'*exceptio sen. Velleiani* non poteva esser fatta valere in Egitto dai provinciali se non dopo la costit. di Caracalla.

Fu il diritto romano a prestare questo istituto al diritto dei papiri? O, viceversa, il primo lo ricevette dal secondo?

La risposta non è dubbia: poiché questo istituto appare nella struttura sopra delineata già in papiri della prima metà del 2° secolo (il PSI *Loret* è del 132 p.C.), poiché esso, invece, e con quella medesima struttura, appare nel diritto romano (specie nelle costituzioni imperiali) a cominciare del 3° secolo e specie dopo la costituzione di Caracalla, la conclusione non può che essere questa: che l'*ἐπακολούθησις* del diritto dei papiri fu ricevuta, nella sua integrale struttura, nel diritto romano classico del III secolo.

## FRAMMENTI PAPIRACEI DI UN ΚΑΤÀ ΠΌΔΑ DEL DIGESTO\*

Tra i recenti acquisti fatti in Egitto dalla «Società Italiana» tre frammenti di un libro su papiro molto lacunosi per varie sfaldature, roditure di tarli ed altri guasti, ci hanno conservato, in bella scrittura letteraria, qualche brano di un testo giuridico greco-latino.

Tutti e tre i frammenti sono mutili da tre lati: il fr. a, che è il meglio conservato, ha integro il margine inferiore, largo 4 *cm.*; nel fr. b è solo in parte conservato il margine superiore, nel fr. c è conservato uno dei margini laterali largo 3 *cm.* I frammenti b e c sono parti della stessa pagina (r. e v.) e in origine formavano con la pagina di cui si conserva il fr. a un solo foglio del quaderno, come risulta dall'esame del testo. Non era, però, il foglio interno di un quaderno, ma doveva rinchiudere un altro foglio andato interamente perduto: infatti fra la pagina interna del fr. a (verso) e la pagina interna (verso) del fr. b + c, ci devono essere altre quattro pagine (un foglio)<sup>1</sup>. Ogni pagina poteva avere circa una trentina di righe.

§ 1. – I frammenti di papiro che pubblichiamo sono dunque resti di pagine di un libro (forse scolastico), ben curato nella scrittura, contenente la traduzione letterale (κατὰ πόδα, cfr. c. *Tanta* § 21) forse dell'intero Digesto o, almeno, dei πραττόμενα βίβλια (Hb. VI, 2; cfr. c. *Omnem* § 2). Di esso ci sono pervenuti alcuni frammenti del libro II, tit. VIII, IX, XI, i quali si succedono nello stesso ordine in cui si succedono quelli corrispondenti del Digesto.

\* «Bullettino dell'Istituto di diritto romano», XXXVIII (1-3), 1930, pp. 151-174 (anche estratto: Istituto di diritto romano, Roma 1930, pp. 151-174).

<sup>1</sup> Tutto ciò è provato dal fatto che nel passaggio dal fr. a al fr. b non c'è continuità: perché mentre il primo contiene la traduzione dei frammenti del titolo 8 e 9 del 2° libro del Digesto, l'altro, invece, contiene parte di quella del titolo II. Le pagine mancanti, quindi, dovevano contenere la continuazione del titolo 9, tutto il titolo 10 ed il fr. 1 e 2 (§1-7) del titolo II.

Resti di manoscritti di libri siffatti non erano a noi ancora pervenuti: perché il papiro PSI 55<sup>2</sup>, che potrebbe forse essere qui richiamato, è un frammento di un commentario al Digesto (*index*) e non, come il nostro, di una traduzione letterale di esso (κατὰ πόδα).

Del resto, anche riferendoci alla letteratura giuridica bizantina dell'epoca giustiniana, possiamo affermare che il nostro κατὰ πόδα rappresenta forse l'unico o, almeno, il più importante esempio di opere di tal natura.

Secondo l'Heimbach, infatti, di un vero e proprio κατὰ πόδα del Digesto (conforme alla c. *Tanta* § 21), *nec ullum... extat vestigium* (VI, 4, 19), nonostante che molto ad esso si avvicini l'indice di Doroteo<sup>3</sup>. Prescindendo da quest'ultimo, dunque, possiamo dire che il nostro papiro ci fornisce l'unico vestigio di una traduzione κατὰ πόδα del Digesto; vestigio tanto più prezioso, in quanto esso è costituito da alcuni frammenti di pagine di un libro che conteneva, come diciamo, forse l'intero κατὰ πόδα del Digesto.

§ 2. – Quanto alla letteralità della traduzione, dobbiamo dire che essa non esclude, però, nel traduttore una evidente tendenza ad interpretare il testo: di qui inserzioni ed eliminazioni, qua e là, di parole e di frasi col fine di rendere chiaro il testo greco, eliminando le oscurità di quello latino<sup>4</sup>.

§ 3. – Un'altra caratteristica del nostro κατὰ πόδα è la mancanza in esso della *inscriptio*: il traduttore non fa menzione del libro da cui il testo classico fu escerpito e, almeno in qualche punto, non riferisce neanche il nome del giurista autore del testo. Ciò appare chiaramente alla l. 6 del fr. a ove manca la *inscriptio* del fr. 13 D. 2, 8 (PAULUS *libro septuagesimo quinto ad edictum*): alla linea 8 è probabile che il traduttore riferisse il nome di Paolo, cui appartiene il fr. 14 D. 2, 8 che viene ivi tradotto; le lettere *us* che si leggono all'inizio di quella linea potrebbero, quindi, essere la finale del nome *Paulus*.

Certo è abbastanza strano che siano state in maniera così grave violate le disposizioni di Giustiniano, che puniva come delitto di falso l'uso di sigle nei manoscritti della compilazione, ordinando che dovessero, invece, essere per intero riprodotti i nomi dei giuristi ed i titoli delle loro opere (c. *Tanta* § 22; *Deo. auct.* § 13). Ma il fenomeno non è nuovo nella letteratura giuridica bizantina dell'epoca giustiniana: esso è visibile non solo nell'indice dell'Anonimo (Hb.

<sup>2</sup> Sul quale cfr. VASSALLI PSI vol. I p. 102 segg.; *BIDR* 24 p. 180. DE FRANCISCI RIL 45 (1912) serie II p. 209 segg.; ID. *Raccolta Lombroso* p. 217 segg.; PETERS, *Die oström. Digestenkommentare* Leipzig 1913 p. 100.

<sup>3</sup> HEIMBACH *Bas.* VI, 4, 19, 36 seg. Citerò in seguito Hb. VI; HEIMBACH sen. *ZRG* II, 314 segg.; KRÜGER *Geschichte* p. 408; PETERS *op. cit.* p. 80.

<sup>4</sup> Per un fenomeno analogo nell'*index* di Doroteo cfr. PETERS *op. cit.* p. 84, 85.

VI, 121), ma altresì negli altri indici del Digesto. Anche PSI 55 mostra, infatti, la medesima mancanza<sup>5</sup>.

§ 4. – Altra caratteristica del nostro *κατὰ πόδα* è la presenza in esso di espressioni giuridiche latine: (fr. a) l. 5-6 *ex stipu]latu*; l. 8 *Paul]us*; l. 8 *filius*; l. 10 *iudicatum solvi*; l. 13 *noxali*; l. 21 *noxæ*; (fr. c) l. 22 *relegatione*. Caratteristica, cotesta, che è indice prezioso per determinare l'epoca nel nostro *κατὰ πόδα*<sup>6</sup>. Ma ciò che è soprattutto importante è il fatto che alcune espressioni latine del testo greco non si trovano, in tal forma, in quello latino. Ad es. *ex stipu]latu* della l. 5 (fr. a) rende *committi stipulationem* del fr. 12 D. 2, 8 e *relegatione* della l. 22 (fr. c) sta invece di *exilio* del fr. 4 pr. D. 2, 11. Quest'ultimo mutamento è molto significativo; esso è certamente derivato dalla menzione dell'*exilium salva civitate* contenuta pure nel fr. 4 pr. D. 2, 11. Ora l'*exilium salva civitate* corrisponde appunto alla *relegatio* che è, anzi, la parola tecnica che serve ad esprimere questa forma di esilio (cfr. fr. 2 D. 48, 1; 4; 14 § 1; 17 § 1 D. 48, 22). Il traduttore, che così dimostra di avere avuto buona conoscenza delle espressioni tecniche latine, sostituì, appunto, alla parafrasi *exilium salva civitate* del testo latino l'espressione tecnica adeguata: *relegatio*.

§ 5. – Tutte queste caratteristiche del nostro *κατὰ πόδα* valgono a determinarne con molta verosimiglianza, vorremmo dire quasi con certezza, l'epoca: esso non può essere che immediatamente posteriore alla pubblicazione del Digesto. Decisiva in pro di questa tesi è la considerazione che un *κατὰ πόδα* del Digesto, appunto perché tale, non potrebbe essere collocato in un'epoca posteriore. Si sa, infatti, che le opere della letteratura giuridica posteriore a Giustiniano hanno piuttosto natura di *indices* e di *summae* (HB. VI, 13, 19).

La inserzione di espressioni latine nel testo greco, infine, e specialmente la competenza nell'uso della fraseologia giuridica dimostrata dal traduttore, costringono a pensare che costui dovesse avere familiarità col diritto classico: e non è, anzi, audace il volere addirittura identificare costui con uno dei membri della commissione per la formazione del Digesto (v. più oltre). Questa conclusione circa l'età del nostro papiro serve ad escludere che venga, in ordine ad esso, riproposta la nota questione dell'esistenza di un <predigesto><sup>7</sup>. La congettura del Peters sarebbe tra l'altro esclusa dal fatto che il nostro *κατὰ πόδα* riporta il fr. 14 D. 2, 8 tratto dal 2° libro dei

<sup>5</sup> v. l'introduzione del VASSALLI, PSI vol. I p. 108.

<sup>6</sup> Cfr. per questo fenomeno di espressioni tecniche latine nei testi greci cfr. HB. VI, 20; FERRINI *Suppl. Bas.* VII, X; *Id. Opere* I p. 9 n. 1; per la *Parafrasi* di Teofilo cfr. REITZ *Theophili Par.* pref. XXVIII; per PSI 55 VASSALLI p. 109.

<sup>7</sup> PETERS *op. cit.* p. 55 e *passim*. Contro tale ipotesi v. ROTONDI *Scritti* I, 87 segg.

*responsa* di Paolo: opera, questa, che secondo il Peters non avrebbe potuto far parte del predigesto<sup>8</sup>.

§ 6. – Le considerazioni precedenti ci permettono di affrontare con una certa preparazione il problema concernente l'autore del nostro *κατὰ πόδα*.

Ci sembra anzitutto di potere escludere che si tratti di opera dovuta alla scuola di Alessandria, come potrebbe fare sospettare il fatto del ritrovamento di suoi resti in Egitto. Oltre agli argomenti sempre decisivi che contro tale tesi fornisce la c. *Omnem* § 7 e quelli con cui già il VASSALLI<sup>9</sup> ed il DE FRANCISCI<sup>10</sup> la escludevano per PSI 55, non è di poco peso quello che si trae dalla competenza giuridica dell'autore del nostro *κατὰ πόδα*. Tale competenza ce lo fa piuttosto pensare *antecessor* di quella Berito che fu insignita da Giustiniano (c. *Omnem* § 7) del titolo di *legum nutrix*.

Altra cosa che bisogna pure escludere è che il nostro *κατὰ πόδα* abbia avuto origine, come avvenne per buona parte degli indici del Digesto (Hb. VI p. 7), nella scuola. Già la sua stessa natura di *κατὰ πόδα* sarebbe incompatibile con quell'origine, che è invece adeguata per tutte quelle *adnotationes* e quei commenti cui fu dato il nome di *παραγραφαί* (Hb. ib.). Il nostro *κατὰ πόδα* fu, invece, forse destinato alla scuola: o, se si accetta l'ipotesi che esso contenesse l'intero Digesto, può dirsi che esso fosse destinato al foro.

Passando ora al problema che concerne direttamente l'autore del nostro *κατὰ πόδα*, bisogna dire che una soluzione precisa di questo problema non è possibile darla. Questa possibilità ci sarebbe stata se il testo dei Basilici o qualcuno dei suoi scoli avessero presentato col nostro *κατὰ πόδα* intrinseche affinità: ma, purtroppo, il testo dei Basilici è, nei luoghi corrispondenti al nostro (Bas. lib. 7 XIV, XV, XVI; Hb. I, 302 segg.) estremamente sommario e vi fanno difetto del tutto gli scoli.

La ricerca dell'autore non è, però, per questo, meno necessaria e possibile. L'esistenza di una traduzione del Digesto fatta nel 6° secolo – traduzione notevole anche per la competenza giuridica del suo autore – non può essere priva di rapporti con la letteratura giuridica bizantina di quell'epoca. Ora di tale letteratura possiamo dire, a buon conto, di possedere (attraverso il testo dei Basilici e gli scoli correlativi) una conoscenza ampia e, sotto certi aspetti, anche completa.

Orbene, a quale degli autori bizantini di indici del Digesto attribuiremo il nostro *κατὰ πόδα*? Il nome che necessariamente si impone a chi abbia fatto un confronto anche superficiale dei vari indici del Digesto, è quello di ΔΟΡΟΤΕΟ,

<sup>8</sup> *Op. cit.* p. 55.

<sup>9</sup> *Op. cit.* p. III<sup>1</sup>.

<sup>10</sup> *RIL* vol. 45 (1912) serie II p. 217.

il cui indice, infatti, è il solo che possa essere considerato un vero *κατὰ πόδα* del Digesto<sup>11</sup>.

Purtroppo il confronto diretto fra il nostro *κατὰ πόδα* ed i testi corrispondenti a quello di Doroteo è reso impossibile, come abbiamo detto, dalla estrema sommarietà, in questi punti, del testo dei Basilici e dalla loro deficienza completa di scolii.

Ma chi si faccia a confrontare il nostro *κατὰ πόδα* con gli altri frammenti di quello di Doroteo, non può non riportarne la fermissima persuasione che si tratti della medesima opera. Un confronto più sistematico ed approfondito di quello che io non abbia fatto varrà sicuramente ad assodare questa tesi, perché esso porrà in luce, vorrei dire, l'identità strutturale, quanto al pensiero ed alla forma, del nostro *κατὰ πόδα* e di quello di Doroteo.

Tutte le caratteristiche, infatti, dell'uno le ritroviamo nell'altro. Infatti: a) così l'indice di Doroteo come il nostro *κατὰ πόδα* non sono certamente, come, invece, è a dirsi per gli altri commentari del Digesto (Hb. VI, p. 7), prodotto di un corso scolastico<sup>12</sup>. L'intierezza della traduzione (che abbraccia, infatti, tutto il Digesto), la forma dell'esposizione, la maniera di citazione etc., sono argomenti fondamentali per escludere l'origine scolastica dell'indice di Doroteo (Hb. VI, p. 36). Questi medesimi argomenti valgono anche pel nostro *κατὰ πόδα*: una semplice lettura dei frammenti che di esso ci sono pervenuti basta ad escludere l'origine scolastica: si tratta, invero, di una traduzione del Digesto destinata alla scuola o al foro.

b) Un'altra caratteristica comune alla traduzione di Doroteo ed a quella del nostro papiro è data dalla natura di tali traduzioni. Traduzioni che sono caratterizzate da una tendenza del traduttore ad interpretare il testo che traduce, pur senza mai sostanzialmente allontanarsi da esso. Quindi, leggeri spostamenti nell'andamento del periodo, parole inserite od eliminate, termini più tecnici sostituiti ad altri meno tecnici, tutto, insomma, quel lavorio minuto e quasi impercettibile che riesce ad interpretare, senza menomamente snaturarlo, il testo tradotto.

Ora questo genere di traduzione, visibile nel nostro papiro, si ritrova esattamente nell'indice di Doroteo, tanto che alcuni frammenti di questo giurista furono erroneamente considerati non quali frammenti dell'indice del Digesto, ma quali vere e proprie *παραγραφαί*, che avrebbero avuto nella scuola la loro origine (Hb. VI, 36). Questa opinione è stata, però, giustamente combattuta

<sup>11</sup> *Unus enim illorum indicum, Dorothei dico, ...ad versionis κατὰ πόδα naturam proxime accedit* Hb. VI p. 4; cfr. pure p. 7 *Dorotheum Digestorum textum fere ad verba graeco sermone reddidisse...*; p. 19; p. 36 *...itaque merito versio (Dorothei) κατὰ πόδα vocari poterit*; p. 128 e altrove. Su Doroteo v. ancora, oltre agli autori citati dall'Heimbach, HEIMBACH sen. Z. R. G. II, 341 segg.; e PETERS *op. cit.* p. 80 segg.

<sup>12</sup> FERRINI *Digesto* 79.

dal PETERS<sup>13</sup>, il quale ha rivendicato a questi frammenti la loro appartenenza all'indice. Egli ha dimostrato che queste supposte παραγραφαί sono, in fondo, nient'altro che traduzioni del Digesto contenenti quegli allargamenti in cui suole incorrere ogni traduttore che si sforzi di capire il suo testo (p. 84).

c) L'uso di espressioni tecniche latine si ritrova, come nel nostro κατὰ πόδα, anche nei frammenti di Doroteo: es. *tum cui ex legibus* sch. Γενικῶς Hb. IV, 504; *proximus* sch. οὗτος Hb. IV, 505; *profecticiam* sch. Δωροθέου Hb. III, 238; ἢ *de peculio* sch. ἐὰν νίῳ Hb. III, 268; *manumissionis gratia* sch. τὸν προικιμαῖον Hb. III, 286. Se quest'uso non può dirsi molto frequente, la causa di questo fatto va ricercata in quella sistematica traduzione in greco delle espressioni latine, compiuta, nello escerpire le opere della giurisprudenza bizantina dell'epoca giustiniana, dai compilatori dei Basilici (Hb. VI, 20, 128). Un esempio di ciò ci viene offerto proprio dallo scolio τὸν προικιμαῖον Hb. III, 286 ove l'espressione latina *manumissionis gratia* nel Codice Laurenziano dei Basilici (cfr. Hb. VI, 168) è resa con quella greca ἐλευθερίας χάριτι (Hb. III, 286 nota g). Peraltro, una lettura anche sommaria degli scolii di Doroteo mostrerà come questi scolii siano ricchi di espressioni tecniche romane rese con la grafia greca<sup>14</sup>.

d) Un altro argomento importantissimo per la tesi dell'identità del nostro κατὰ πόδα con l'indice di Doroteo, è fornito dal modo con cui nell'uno e nell'altro vengono tradotti i frammenti susseguenti del Digesto. Il traduttore trascura le *inscriptiones* dei singoli frammenti, dei quali rende, invece, una traduzione continuata, come se si trattasse di un testo solo.

La lettura dei lunghi scolii di Doroteo mostra subito questo fenomeno: v. ad esempio sch. Δωροθέου Hb. III. 238 = fr. 1 e 2 D. 24, 3; sch. Δωροθέου Hb. III, 241 = fr. 5, 6, 7 pr. D. 24, 3; sch. Δωροθέου Hb. III, 251 = fr. 12, 13, 14 pr. D. 24, 3; sch. Δωροθέου Hb. III, 256 = fr. 15 § 2, 16, 17 D. 24, 3; sch. Δωροθέου Hb. III, 257 = fr. 20, 21 D. 24, 3; sch. ἐὰν ὑπεξουσίῳ Hb. III, 283 = fr. 53, 54 D. 24, 3; sch. τὸν προικιμαῖον Hb. III, 286 = fr. 61, 62, 63, 64 D. 24, 3; e così via. In tutti questi frammenti i vari testi del Digesto vengono, direi quasi, fusi in un testo unico, in tal guisa che il lettore non ha per nulla l'impressione di avere sottocchio un testo risultante dalla fusione di parecchi altri.

Ora l'identico fenomeno mostra il nostro κατὰ πόδα: le linee 1-11 del fr. a traducono in continuazione, come se si trattasse di un testo solo, i fr. 12, 13, 14 D. 2, 8 che appartengono ad Ulpiano ed a Paolo.

e) L'uso del traduttore del nostro κατὰ πόδα di rendere con termini tecnici più propri quelli meno propri del testo latino (nella l. 22 del fr. c *relegatione* sta invece della frase *exilium salva civitate*) non è sconosciuto a Doroteo. Cito a

<sup>13</sup> *op. cit.* pag. 84 segg.

<sup>14</sup> Fenomeno, cotesto, abbastanza diffuso. Hb. VI, 20; VASSALLI *op. cit.* 109.

mo' d'esempio lo sch. ὁ πραιτωρ (Hb. IV, 507) che traduce il fr. 2 D. 38, 8 di Gaio (libro sesto *ad edictum provinciale*). Il testo latino dice:

*Hac parte proconsul naturali aequitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem...*

Ora l'espressione *proconsul* non è certo qui molto propria. È vero che è il singolo magistrato provinciale, come il singolo pretore, a promettere nel proprio editto (ed a concedere in base ad esso) la *bonorum possessio unde cognati*<sup>15</sup>. Ma la origine di questo istituto va ricercata in quell'opera mirabile ed anonima che è l'editto traslaticio del *pretore* (in generale), sia urbano che peregrino. Più proprio, quindi, sarebbe stato dire

*Hac parte praetor naturali aequitate motus etc.*

Ebbene: così, appunto, traduce Doroteo nello scolio citato.

ὁ πραιτωρ τῶν φυσικῶν δικαίων κινούμενος πᾶσι τοῖς συγγένεσιν...

Un'analisi accurata dei frammenti di Doroteo condurrebbe forse, in questa direzione, a risultati più pregevoli<sup>16</sup>.

f) L'identità di alcune espressioni che si ritrovano tanto (e forse esclusivamente) negli scolii di Doroteo, quanto nel nostro κατὰ πόδα fornisce un altro importante argomento in pro della tesi dell'identità d'autore.

Doroteo traduce come segue il fr. 3 § 4 D. 37, 1 (Hb. IV, 51; PETERS *op. cit.* p. 85).

*Sed et si nemo petat vel adgnoverit bonorum possessionem nomine municipii habebit municipium bonorum possessionem praetoris edicto.*

εἰ δὲ μηδεὶς αἰτήσῃ ἢ ἐπιγνῶ τὴν διακατοχὴν ὀνόματι τῆς πόλεως, ἕξει ἢ πόλις αὐτομάτως τὴν διακατοχὴν κατὰ τὸ ἔδικτον τοῦ πραιτωρός.

Si confronti ora, con questa, la traduzione del fr. 14 D. 2, 8 contenuta nel nostro κατὰ πόδα.

*Filius familias defendit absentem patrem: quaero an iudicatum solvi satisdare debeat. Paulus respondit eum qui absentem defendit, etiam si filius vel pater sit, satisdare petituro ex forma edicti debere.*

ἐὰν ὁ ὑπεξούσιος δεφενδ[εύσῃ] τὸν πατέρα ἀπόντα ἢ ὁ πατὴρ τὸν υἱόν ὁ[φειλε]ι *iudicatum solvi* δοῦναι ἐγγύην τῷ ἐ[νά][γο]ντι, καθά φησὶν τὸ ἥδικτον τοῦ πραιτωρός.

<sup>15</sup> V. per l'Egitto P. Giss. Bibl. Un. Inv. N. 40 e la letteratura e il commento del MEYER *Iuristische Papyri* 1920 N. 27 (p. 73).

<sup>16</sup> *Proconsul* è tradotto costantemente dai Basilici con ἀνθύπατος; Hb. I, 150 segg.

L'identità della frase finale nei due testi greci non mi pare casuale: l'espressione κατὰ τὸ ἔδικτον τοῦ πραίτωρος non mi è accaduto di trovarla altrove nei Basilici e negli scolii: ora il fatto che essa si ritrovi, invece, nel nostro κατὰ πόδα, già per tanti altri motivi attribuibile a Doroteo, non può non accrescere la fondatezza di tale attribuzione.

Un'altra espressione che mi è occorso di notare in uno scolio di Doroteo e che ricorre pure con frequenza nel nostro κατὰ πόδα è

διὰ παραγραφῆς βοηθεῖται  
sch. Ὁ Δωροθέω Ηβ. III, 254

l. 33 fr. c διὰ παρ[αγ]ραφῆς [βοηθεῖται;  
l. 14 fr. b διὰ π[α]ρ[αγ]ραφῆς] οὐ  
βοητεῖται

Anche per quanto concerne questo punto (identità di espressioni) l'analisi più accurata dei frammenti di Doroteo e quella del nostro κατὰ πόδα può dare risultati importanti. La conclusione che Doroteo sia anche l'autore del nostro κατὰ πόδα mi sembra così suffragata da buoni argomenti.

§ 7. – Possiamo ora a confrontare la traduzione col testo latino, per notarne le divergenze e per tentare di rendercene ragione.

1) PAULUS *libro secundo responsorum* fr. 14 D. 2, 8 *Filius familias defendit absentem patrem: quaero an iudicatum solvi satisfacere debeat*. PAULUS *respondit eum qui absentem defendit, etiam si filius (familias) [vel pater] sit, satisfacere peti-turo ex forma edicti debere*.

I principii che vengono applicati nel testo in esame sono due noti principii processuali, in base ai quali 1) chiunque può assumere la *defensio* dell'assente (33 § 2 D. 3, 3), sia come attore (33 § 3 D. 3, 3), sia come convenuto (40 § 2 D. 3, 3), 2) prestando, però, determinate garanzie; le quali consistono, *a*) nella *cautio ratam rem dominum habiturum* (Gai IV, 98) quando questo *procurator* (cfr. Gai IV, 84) sia attore, *b*) o, come nel nostro caso, la *cautio iudicatum solvi* quando egli sia convenuto. Ciò, in base al principio onde *nemo alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intellegitur* (Gai IV 101; Iust. IV, 11 § 1; Theoph. p. 459 ed. Ferrini).

Si comprende bene come questo sistema cauzionale fosse innestato al meccanismo dell'*alieno nomine agere* del processo formulare classico (Gai IV, 86) e giustificato dal fatto che titolare (attivo o passivo) della *obligatio iudicati* derivante dalla sentenza (Gai III, 180; Vat. fr. 317) fosse il *procurator*. L'effetto estintivo della *litis contestatio* fatta dal *procurator* con l'attore liberava il *dominus* convenuto dall'obbligazione primitiva (Gai III, 180; 10 § 2 D. 15, 3) in guisa che al creditore attore non restava che l'*actio iudicati* contro il *procurator* (in caso di sentenza condannatoria). Ben si capisce come la posizione giuridica dell'at-

tore esigesse in tali casi di essere rafforzata: di qui la *c. iudicatum solvi*, che permetteva all'attore vittorioso di agire oltre che, con l'*actio iudicati*, contro il *condemnatus* anche, con l'*actio ex stipulatu*, contro gli *sponsores* di lui (Gai IV, 89).

Orbene, si domanda: questo sistema cauzionale ha applicazione quando *defensor* di un *pater familias* sia il *filius familias* in sua potestà o, viceversa, quando *defensor* di un *filiusfam.* sia il suo *paterfamilias*? Il testo in esame risponde positivamente: ma i termini alquanto mutati (rispetto alla domanda) della risposta attribuita a Paolo, lasciano già sospettare che questa risposta positiva non sia del tutto classica.

Che i *filiifamilias*, infatti, fossero, sul terreno processuale, equiparati ad un qualsiasi estraneo *procurator* si può concedere: ma che questa equiparazione avesse luogo pel *paterfamilias* – quando agisse o fosse convenuto *nomine filii* – è da escludere. Ciò risulta chiaro appena si pensi a tutto il sistema processuale delle azioni *adiecticiae qualitatis*: nonostante la loro struttura di formule con trasposizione di soggetti, pure non può dirsi che ad esse si innesti, come avviene per le formule analoghe contenenti un sostituto processuale *extraneus* (*cognitor, procurator, tutor, curator*), il sistema cauzionale.

La non classicità dell'inciso «*vel pater*» inserito nella risposta di Paolo risulta altresì dalle seguenti considerazioni. Quando un *paterfamilias*, al di fuori del campo delle azioni adiectizie, avrebbe potuto assumere la *defensio* di un *filius* assente? Quando quest'ultimo fosse stato debitore. Orbene: per assumere tale *defensio* non era davvero necessaria al padre la prestazione di una *cautio iudicatum solvi*: l'attore sarebbe stato ben felice (ancorché il figlio avesse avuto un peculio) di contestare col padre la lite e di crearsi, così, eventualmente contro di lui, anziché contro il figlio, l'*obligatio iudicati*.

Si potrebbe, è vero, pensare al caso di un figlio avente un peculio castrense: ma questo caso (in cui la *cautio* richiesta a norma dell'editto avrebbe dimostrato anche la sua pratica utilità) non è certamente quello cui si riferiscono i termini generali della risposta attribuita a Paolo.

La non classicità dell'inciso «*vel pater*» è, perciò, evidente.

E, del resto, non mancano validi motivi a giustificare tale alterazione. Nonostante la caduta del sistema formulare cui il sistema cauzionale classico era coordinato, quest'ultimo, pur con struttura e con funzione diversa, fu mantenuto nel diritto giustiniano (Inst. IV, 11; Theoph. p. 458 segg. ed. Ferrini). Ma ormai ogni differenza fra l'*alieno nomine agere* vero e proprio (Gai IV, 82) e l'*agere* del *pater nomine filii*, o viceversa (10 § 1 e 3 D. 15, 3), è venuta meno: la capacità del figlio ad avere, nel diritto giustiniano, una sfera patrimoniale propria spezza i caratteristici rapporti familiari classici e toglie così il fondamento a tutti gli istituti, anche processuali, sopra di essi fondati. Nessuna ragione vi è più, quindi, di fare al figlio o al padre, che vogliano assumere vicendevolmente l'uno per l'altro la *defensio*, una posizione diversa da quella comune: anche per loro varrà la regola posta da Giustiniano (Inst. IV, II § 5) onde «*si reus pra-*

*esto ex quacumque causa non fuerit et alius velit defensionem subire... potest hoc facere, ita tamen ut satisfactionem iudicatum solvi pro litis praestet aestimatione».*

I giustinianeî, quindi, generalizzano l'antica regola «*nemo alienae rei etc.*». Orbene, chi interpreta rettamente il pensiero giustiniano è il traduttore del nostro κατὰ πόδα: il quale, per evitare ogni equivoco, elimina l'eco ancora presente nel testo latino del regime classico (eco, che si ritrova nella posizione stessa del problema *quaero an...*) togliendo, nella traduzione, la forma dubitativa della prima parte del testo e fondendola con quella affermativa della seconda parte.

Paul]us. *Filius* εἰν ὁ ὑπεξούσιος δεφενδ[εύση]  
τὸν πατέρα ἀπόντα ἢ ὁ πατήρ τὸν υἱόν, ὁ[φεί]  
λε]ι *iudicatum solvi* δοῦναι ἐγγύην τῷ ἐ[νά]  
γο]ντι, καθὰ φησὶν τὸ ἕδικτον τοῦ πραιτόρος

Questa generalizzazione giustiniana riceve poi la sua definitiva espressione nel testo dei Basilici (Hb. I, 304).

ὁ διεκδικῶν τὸν ἀπόντα, ἢ καὶ πατήρ ἢ υἱὸς ἐστὶ, δίδωσι τὴν περὶ ἐκπληρώσεως ἀσφάλειαν τῶν κεκριμένων

2) ULPIANUS *libro septuagesimo septimo ad edictum* fr. 12 D. 2, 8 *Inter omnes convenit heredem sub condicione, pendente condicione, possidentem hereditatem, substituto cavere debere de hereditate. Et si defecerit condicio, adeuntem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse et, si optinuerit, committi stipulationem. [Et plerumque ipse praetor et ante condicionem existentem et ante diem petitionis venientem, ex causa iubere solet stipulationem interponi].*

Chi si ponga ad interpretare il testo di Ulpiano non può non notare gravi contraddizioni. Se, infatti, la *cautio* di cui ivi è menzione ha efficacia solo quando abbia avuto luogo una *condemnatio* (*si optinuerit*) ne deriva che debba necessariamente trattarsi di una *cautio iudicialis* (fr. 1 § 1 D. 46, 5)<sup>17</sup> e, precisamente, della *c. pro praede litis et vindiciarum*<sup>18</sup>. Come spiegare, allora, il fatto che tale *cautio*, per sua natura essenzialmente processuale, appare, invece, ordinata dal pretore indipendentemente da qualsiasi processo, nell'atto in cui egli concede all'istituto sotto condizione la *bonorum possessio secundum tabulas*? (cfr. PAUL. *Sent.* V, IX, 1; fr. 8 D. 46, 5).

Una *stipulatio* la cui efficacia è condizionata da una *condemnatio* (come avviene per la *c. p. p. l. v.*) non può aver luogo che nella fase *in iure* del processo

<sup>17</sup> Uso questa espressione per comodità, pur non ignorando le osservazioni del LENEL *Ed.*<sup>3</sup> 47<sup>3</sup>.

<sup>18</sup> LENEL *Ed.*<sup>3</sup> 520<sup>6</sup>.

cui essa è coordinata (Gai IV, 89). Come potrebbe allora siffatta *stipulatio* essere, per ordine del pretore, interposta *ante condicionem existentem et diem petitionis venientem*? Saremmo, in quest'ultima ipotesi, non più in presenza di una *stipulatio iudicialis* (1 § 1 D. 46, 5), ma di una *stipulatio cautionalis* (1 § 2 D. 46, 5), a cui, del resto, ha pure riferimento la prima parte del testo.

Il testo di Ulpiano è, dunque, profondamente alterato<sup>19</sup>: sull'addentellato dell'originaria *cautio pro praede litis et vindiciarum* (di cui è ancora traccia nel testo) che l'istituto sotto condizione, possessore dell'eredità, doveva, come qualsiasi altro convenuto con un'azione reale (Gai IV, 89), prestare al sostituto che intentasse contro di lui l'*hereditatis petitio*, i compilatori inserirono la menzione della *stipulatio cautionalis* che l'istituto sotto condizione, il quale volesse ottenere la *bonorum possessio*, doveva prestare al sostituto (PAUL. *Sent.* V, IX, 1; fr. 8 D. 46, 5)<sup>20</sup>. Ora la eterogeneità di natura delle due stipulazioni doveva generare necessariamente le contraddizioni notate, non essendo riuscito l'intento dei compilatori di fondere in una le due stipulazioni, con l'eliminare il nome, ma non la struttura, della c. p. l. v.

Esaminiamo più da vicino le varie parti del testo. All'inizio si afferma che l'erede sotto condizione debba prestare garanzia al sostituto allorché voglia avere, *pendente condicione*, la *bonorum possessio*. Alla fine del testo, invece, si dice che spesso (*plerumque*) *ipse praetor et ante condicionem existentem et ante diem petitionis venientem ex causa iubere solet stipulationem interponi*. Ma allora non sarebbe più vero quel che si dice all'inizio del testo, che la garanzia vada prestata all'atto della concessione della *bon. possessio*: anzi essa sarebbe di frequente prestata proprio al momento della deficienza della condizione (o di adempimento, avuto riguardo al sostituto); precisamente, al momento della *petitio hereditatis* da parte del sostituto (*dies petitionis*). Come spiegare questa contraddizione? E che funzione pratica avrebbe una garanzia prestata proprio quando, sembrerebbe, non ve ne è più bisogno (a lite iniziata)? La risposta sta appunto nel fatto che il testo di Ulpiano si riferiva originariamente alla *cautio pro praede litis et vindiciarum*. Questa garanzia non poteva essere prestata che in occasione della *petitio hereditatis* e, quindi, allorché *condicio extitit e venit dies petitionis*. Quando i compilatori vollero sostituire a questa *stipulatio iudicialis* una *stipulatio cautionalis*, pur

<sup>19</sup> V. anche BESELER studi Bonfante II, 64.

<sup>20</sup> La distinzione fra queste due diverse *cautiones* è necessaria: l'una ha funzione meramente processuale e la sua efficacia è condizionata dalla *condemnatio* del promittente; l'altra ha funzione cauzionale ed ha per scopo di creare una *nova actio* (1 § 2 D. 46, 5) a favore del sostituto nel caso che l'istituto non restituisca l'*hereditas* o la restituisca diminuita (fr. 8 D. 46, 5; PAUL. *Sent.* V, IX, 1). Ambedue le *cautiones* sono classiche: nel testo in esame i compilatori hanno tentato di fonderle in una, eliminando la menzione (ma non la struttura) della c. p. l. v. Senza questa distinzione il testo è incomprensibile. Per queste ragioni accediamo alla tesi del KARLOWA (*RRG.* II 441<sup>3</sup>) che riferisce PAUL. *Sent.* V, IX, 1 alla *stipulatio cautionalis* e non, come fa il LENEL *Ed.*<sup>3</sup> 520, alla c. p. l. v. V. anche BESELER studi Bonfante II, 64.

senza cancellare del tutto la struttura della prima, essi dovettero necessariamente estendere al di là del processo i confini di siffatta stipulazione, ammettendone la conclusione *ante condicionem existentem et ante diem petitionis venientem*.

Insomma la chiusa *et plerumque... interponi*, la cui menzione avevano già posto all'inizio del testo, è il mezzo con cui i compilatori pretesero di trasformare in *stipulatio cautionalis* (p. 8 D. 46, 5), la *cautio pro praede litis et vindictiarum* cui il testo di Ulpiano, invece, si riferiva.

È facile capire che, se un testo siffatto avesse dovuto essere tradotto, il traduttore (supposto che non fosse stato un meccanico ripetitore di parole) avrebbe certamente tentato di rendere più omogeneo, semplificandolo, il testo in parola. È quello che avviene nel nostro *κατὰ πόδα*. Nonostante la lacunosità del testo a noi pervenuto, tuttavia ci sembra che il nostro traduttore costruisca il testo così. (fr. a ll. 1-6).

Nelle linee che mancano egli doveva certamente porre la seguente fattispecie: se ci sia un erede istituito sotto condizione e vi sia un sostituto, e questo erede, *pendente condicione*, chiedi la *b. possessio* allora (e da qui comincia il testo pervenuto) in base all'editto del pretore (l. 1 *κελεύσει τοῦ πραιτορος...*) deve l'erede prestare garanzia al sostituto (*ἀσφάλειαν παρέχειν*) intorno all'eredità (*περὶ...*). Se poi manchi la condizione, l'istituito deve restituire l'eredità (...*δ*)*εἴση ἢ αἴρεσις, ἀποκαθ[ιστάναι ὀφείλεις τὸν κληῖρον]*). Che se non la restituisca, il sostituto non solo agirà con la *petitio hereditatis* per ottenerla, ma avrà anche azione in base alla *stipulatio* contro l'istituito (e i suoi garanti). (*εἰ γὰρ αὐτὸν... ὁ ὑπ[οκατάστα]τος καὶ ἐκνικῶν τὸν κληῖρον, ἔχει ex stipulatu κατὰ σοῦ*).

In questa maniera il traduttore, eliminando l'inciso *et plerumque... interponi*, ha reso con limpidezza quel pensiero che i compilatori giustinianeî avevano, con tale inciso, notevolmente offuscato<sup>21</sup>.

3) PAULUS *libro septuagesimo quinto ad edictum* fr. 13 D. 2, 8 *Sed et si plures substituti sint, singulis cavendum est*.

Questo frammento che si riferiva forse nel contesto originario alla *cautio legatorum* (cfr. LENEL *Paling. Pauli* 816) venne dai compilatori riferito alla *cautio de hereditate* e collegato al fr. 12 D. *eod.*: esso venne tradotto letteralmente nel nostro *κατὰ πόδα*.

l. 6 fr. a *εἰ δὲ καὶ πολλοὺς ἔχοις ὑπο[καταστά]τους πᾶσιν ὀφείλεις δοῦναι τὴν ἀσφάλειαν*.

<sup>21</sup> Meno chiaro, quantunque più sommario, è il testo corrispondente dei Basilici Hb. I, 304 (XII).

4) ULPIANUS *libro septimo ad edictum* fr. 1 pr. D. 2, 9. *Si quis eum de quo noxalis actio est, iudicio sisti promissit, praetor ait in eadem causa eum exhibere, in qua tunc est donec iudicium accipiatur.* § 1. *In eadem causa quid sit videamus: et puto verius eum videri in eadem causa sistere, qui ad experiendum non facit ius actoris deterius. Si desinat servus esse promissoris vel actio amissa sit, non videri in eadem causa statum Labeo ait: vel si qui pari loco erat in litigando, coepit esse in duriore, vel loco vel persona mutata: itaque si quis ei qui in foro promissoris conveniri non potest venditus aut potentiori datus sit, magis esse putat, ut non videatur in eadem causa sisti. Sed et si noxae deditus sit Ofilius non putat in eadem causa sisti, cum noxae deditioe ceteris noxalem actionem peremi putat.*

Questo testo di Ulpiano è stato profondamente alterato dai compilatori<sup>22</sup>. Il giurista trattava in origine del modo con cui, in caso di azione nossale, bisognava prestare il *vadimonium* (Gai IV, 189) onde garantire la ripresentazione *in iure* dello schiavo per un certo giorno. E questo modo era presumibilmente espresso così: «*praetor ait: ita vadimonium fieri iubebo ut in eadem causa eum exhibere promittat, in qua tunc est, donec iudicium accipiatur*»<sup>23</sup>. Si passava poscia a determinare il concetto di *eadem causa* (cfr. fr. 11 D. 2, 11; 5 D. 2, 9; 1 § 1; 3 pr.; 3 § 1 D. 4, 7), tenendo presente che questa *eadem causa* doveva esserci fino al momento della *litis contestatio* (*donec iudicium accipiatur*). Ciò, per evitare che diventasse *deterius* lo *ius actoris*. E infine venivano portati esempi pratici di questo possibile peggioramento del diritto dell'attore.

Le alterazioni dei compilatori consistettero nella cancellazione del *vadimonium*<sup>24</sup> e nell'allargamento alquanto disordinato dei casi pratici di peggioramento<sup>25</sup>.

Il nostro κατά πόδα traduce con più concisione il testo latino eliminandone le inutili ripetizioni. La traduzione, qui pure parecchio lacunosa, può essere così ricostruita (fr. a ll. 12-22). Se in conseguenza di una mia azione nossale (...ἐμοῦ *noxali*) io ti chiami *in ius, neque eo die finiri potuerit negotium* (GAI IV, 84) tu devi promettermi *servum certo die sisti* (GAI IV, 84) *in eadem causa in qua tunc est, donec iudicium accipiatur* (1 pr. D. 2, 9) ...παραιστάναι τὸν δοῦλον... τῇ αὐτῇ αἰτείᾳ... ἐν ἧ τότε ἦν ὅτε ὠμολόγησας... ἄρχεις ὅτε ἡ προκάταρ[ξις γ]ένηται. Tutto ciò, al fine di non rendere *deterius* il mio diritto (l. 18 τουτέστιν μὴ χεῖρον ποιεῖν μου τὸ δίκαιον). Comincia a questo punto la enumerazione dei casi in cui questo peggioramento può aver luogo. La traduzione è qui di non facile lettura e comprensione: ma non vi ha dubbio che il

<sup>22</sup> Cfr. *Index Interpolationum* I 19; Suppl. 1 17.

<sup>23</sup> LENEL *Ed.*<sup>3</sup> 82.

<sup>24</sup> LENEL *l. c.*

<sup>25</sup> MITTEIS *Mel. Girard* II, 23.

traduttore si soffermi sui casi in cui *qui pari loco erat in litigando, coepit esse in duriore vel loco vel persona mutata* (ll. 19 segg.).

Quantunque a questo punto la pagina finisca con un καί che lascerebbe argomentare la continuazione del testo alla pagina seguente (a noi non pervenuta), tuttavia crediamo che la traduzione del testo in esame dovesse avere qui il suo fine.

Il raffronto fra la traduzione ed il testo latino mostra ancora una volta quella tendenza ad interpretare, semplificando, che è una caratteristica del nostro κατὰ πόδα.

Mentre dei fr. 12, 13, 14 D. 2, 8 e 1 pr. § 1 D. 2, 9 è stata possibile una ricostruzione sostanzialmente sicura e completa, dei fr. 2 e 4 D. 2, 11 una ricostruzione analoga non è possibile: di essi, infatti, il nostro papiro non ci offre che una trentina di righe molto frammentarie. Ad ogni modo una serie di espressioni di cui è possibile una lettura certa permette la individuazione dei testi tradotti.

Così nel fram. b le espressioni (l. 5) βίαν τοῦ ποταμοῦ, (l. 6) ἐλθεῖν κ(αι) ρὸν τέρψεσ[θαι], (l. 7) τὴν πόλιν ἐξήλθεν οὐ traducono le corrispondenti latine del fr. 2 § 8 D. 2, 11 *vim fluminis*, e tutto l'inciso ...*si quis, cum Romae esset... nulla necessitate urgente voluptatis causa in municipium profectus...* etc.

Ancora: le espressioni (l. 12) δίχα οἰκείου δο[λου], (l. 13) ἐρχόμενον εἰς δικαστή[ριον], (l. 15) δέδω[κεν] τυχὸν ἔγκλη[...], traducono quelle latine corrispondenti del fr. 2 § 9 D. 2, 11 ...*sine dolo malo ipsius, cum ad iudicium venire volebat, causam praestitit* etc.

E, infine, nel fram. c le espressioni (l. 21) κεφαλι]κῶ δὲ πράγματι, (l. 22) θανάτῳ ἢ *relegation*], (l. 23) κ[αὶ] τοῦ ἐξοριστοῦ τῷ δηφέν[σ]ορι, traducono quelle latine corrispondenti del fr. 4 pr. D. 2, 11 *rei capitalis, morte exilio-ve, defensori eius* etc.

E non mancano altre sicure tracce dei §§ 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 dello stesso fr. 4 D. 2, 11.

Framm. a (cm. 15,5 x 11).

*Recto.*

- |   |  |             |
|---|--|-------------|
| 1 | κελεύσι τοῦ πράιτορ[ος c. 12 ll. ἄσ-]<br>φάλειαν παρέχειν περ[ὶ c. 12 ll. ἐάν]<br>[δ]εήση ἢ αἴρεσις, ἀποκαθ[ιστάναι ὀφείλεις τὸν]<br>[κλῆ]ρον. εἰ γὰρ ἄτὸν εσαγαδῆ ὁ ὑπ[οκατάσ-] | D. 2. 8. 12 |
| 5 | [τα]τος κ(αι) ἐκνικῶν τὸν κλῆρον ἔχ[ε]ι <i>ex sti[pu-]</i><br><i>latu</i> κατὰ σοῦ. εἰ δὲ κ(αι) πολλοὺς ἔχοις ὑπ[οκα-]<br>[ταστά]τους, πᾶσιν ὀφείλεις δοῦναι τὴν ἀσφά[λειαν].    | 13          |

- [*Pau*]lus. filius ἐὰν ὁ ὑπεξούσιος δεφενδ[εύση] 14  
 τ[ὸν] πατέρα ἀπόντα ἢ ὁ πατήρ τὸν υἱόν, ὀ[φει-]  
 10 [λε]ι *iudicatum solui* δοῦναι ἐγγύην τῷ ἐ[νά-]  
 [γο]ντι, καθὰ φησιν τὸ ἥδικτον τοῦ πραίτορος.

I. I. κελεύσει; 4.1 αὐτὸν εσαγαδη *quid?* Si aspetterebbe una parola che risponda al latino *petierit*; 2.

*Verso.*

- ]οι\*\*\*\*λου[\*\*\*\*]\* D. 2. 9. 1. pr.  
 [c. 16 lettere]\*\*αρ ἐμοῦ *noxali*\*\*\*  
 [c. 12 ll. π]αριστάναί τὸν δοῦλον § 1  
 15 [c. 13 ll. ]ρειν εἶχεν τῇ αὐτῇ αἰτεία\*\*  
 [\*\*\*\*παρ]ισ[τά]ναι ἐν ἧ τότε ἦν ὅτε ὠμολ[όγησας]  
 [ἔχ]ειν ἄρχεις ὅτε ἡ προκάταρ[ξίς γ]ένητ[αι]  
 τουτέστιν μὴ χειρόν ποιεῖν μου τὸ δίκαιον  
 [\*\*] πρὸς τὴν ἐναγωγὴν, οἶον μὴ ἐλευθεροῦν-  
 20 [τι] αὐτὸν τινι μ\*\*ὑπάγιν αὐτὸν σοι φόρον [ἐ-]  
 [πα]γγελοῦντι ἢ δυνατῷ τινι οὔτε εἰς *noxa*[m οὔ-]  
 [τε] ἄλλω τοιοῦτῳ διδόναι αὐτὸν καὶ

Framm. b (cm. 10 x 9) + c (cm. 12 x 11).

*Verso.*

- 1 ]ὀφείλεις τ\*νο\*[ D. 2. 11. 2 § 8  
 ]ο πολλοῦ τῆς ἀμ\*\*\*[  
 ]\*\*πάλιν συγγιν[ω]σκ[  
 ]\*εστι τῆς βοηθείας αἰτιωμ[  
 5 ]\*\*\*\* βίαν τοῦ ποταμοῦ ε[  
 ]χρόνον ἐλθεῖν κ(αι)ρὸν τέρψεσ[θαι  
 ]τὴν πόλιν ἐξήλ[\*]θεν οὐ κατὰ [  
 γὰρ καὶ κατὰ ἀνάγκην [  
 <poche tracce di ancora 4 righi>

- 10 ]\*υ παρ[α]γραφή[ς] [ D. 2. 11. 2 § 9  
 ]ησ\*δίχα οικείου δόλ[ου]  
 ]έρχόμενον εἰς δικαστή[ριον]  
 ]φης εἰ γὰρ αὐτός  
 παραγ]ραφή[ς] οὐ βοηθεῖται η
- 15 ]αν δέδωκ[εν] τυχὸν ἔγκλη-  
 ]τότε γὰρ οὐ [βο]ηθεῖται ἄλλο  
 ]σ βλάβει αὐ[τὸν]\*ημ ἔχεις ὄ[μ]οιο(v)  
 ]εἰ δὲ καὶ [\*\*\*\*\*]ν \*\*\*αι  
 <framm. di ancora 3 righi>

l. 20 forse μεθυπάγειν.

*Recto.*

- \*\*\*\*\*]ης οὐκ ἴσχυσεν ελθ[ D. 2. 11. 4 pr.  
 20 ] ἐγγυηταὶ αὐτοῦ ἔτι οὐκ[  
 κεφαλ]ικῶ δὲ πράγματι δοκεῖ τις κ[  
 \*\*\*\*]\*α θανάτῳ ἢ *relegation*[e  
 ] κ(αὶ) τοῦ ἐξοριστοῦ τῷ δηφέν[σ]ορι\*[  
 παρα]γ[ρ]αφὴν ταύτην ὃ δὲ κατ[ §§ 1-3  
 <tracce di 5 righi>
- 25 [παρ]αγραφὴ [\*\*]ν\*τεπ[ § 4  
 ἐγγύας εἰς δίκην δε[  
 κανὴν β[οη]θεῖται ὃ ἐγγυη[τῆς  
 γραφῆς εἰ δὲ [  
 τὸ πάκτον \*\*\*\*]γυ[ § 5
- 30 ματων ὀφ[ει]λούσης \*\*\*[  
 στάσεως γε[v]έσθαι πλέον  
 ὁμολογήση [δ]οῦναι βοή[θειαν  
 ἀνη διὰ παρ[αγ]ραφῆς [  
 <tracce di ancora cinque righi> §§ 6-7

## IL CONCETTO DI LEGGE SECONDO SAN TOMMASO\*

Appena la mente umana si apre alla meditazione, si trova costretta a pronunziarsi sul *valore* e sulla *funzione* di tutto ciò che scorge in sé e fuori di sé. C'è una immensa moltitudine di cose e di eventi di cui la mente umana ha necessità di rendersi conto e fra i quali ha necessità di prender posto. Di qui due fondamentali domande:

- 1) che *valore* e che *funzione* ha tutta questa moltitudine di cose?
- 2) e che rapporto c'è fra loro e la mente?

§ 1. – Il rapporto più immediato tra la mente e le cose è quello di conoscenza: esso consiste nella naturale capacità della mente di adeguarsi a queste cose (*adaequatio rei et mentis*)<sup>1</sup>: sopra questo rapporto è fondato il primo e fondamentale giudizio che la mente pronunzia relativamente a tutti gli oggetti della sua conoscenza: *quello di entità*. Questo giudizio sta a base della vita intellettuale e morale dell'uomo e costituisce il presupposto primo di tutti i giudizi. Perché qualunque cosa pensiamo, noi affermiamo anzitutto, sia pure implicitamente, che la cosa pensata è. E questa affermazione, anche implicita, è il sostegno di tutta la nostra ulteriore attività intellettuale e pratica.

Se da questa attività giudicatrice della mente noi risaliamo, per conoscerli, ai principî (concetti) in base a cui la mente giudica e riflettiamo intorno al loro ordinamento, vedremo come essi formino una gerarchia di principî di cui il primo e fondamentale, dal quale tutti gli altri derivano e nel quale tutti si risolvono, è quello di ente<sup>2</sup>.

La prima risposta che la mente dà, dunque, alle domande da cui è sollecitata è questa: che le cose sono enti, e che, perciò, il loro primo e fondamentale valore è un valore di *entità*.

\* «Rivista di filosofia neoscolastica», XXII (3-4), 1930, pp. 208-217.

<sup>1</sup> S. THOM., *Summa*, I, XVI, 1; *De Verit.*, I, 1.

<sup>2</sup> *In his autem quae in apprehensione hominum cadunt, quidam ordo invenitur. Nam illud quod primo cadit in apprehensione est ENS, cuius intellectus includitur in omnibus, quaecumque quis apprehendit.* I, II, XCIV, 2. Cfr. I, V, 2; I, LXV, 1; *De Verit.*, I, 1.

§ 2. – La meditazione ulteriore in cui la mente si addentra dopo la sentenza di entità pronunciata sugli oggetti della sua conoscenza concerne la *funzione* di questi enti: e questa meditazione generale si specifica in due particolari meditazioni: 1) l'una, concernente la *funzione particolare* di ciascun ente; 2) l'altra, concernente la *funzione universale* degli enti nel loro insieme. Cioè, quale è lo scopo cui mirano gli enti, in particolare ed in universale?

Quanto al primo punto, la risposta ci è fornita da una osservazione elementare che la mente umana necessariamente sperimenta: che, cioè, ogni ente è costituito secondo una certa *struttura*, che questa struttura è destinata ad esercitare una certa congrua *funzione*, e che a tal fine essa è fornita di un'*azione* od *inclinazione* adeguata<sup>3</sup>.

Ogni ente «*inclinatur naturaliter ad operationem sibi convenientem secundum suam formam, sicut ignis ad calefaciendum*»<sup>4</sup>. Cioè, ogni ente ha in sé inserito naturalmente un principio attivo intrinseco che naturalmente lo inclina a realizzare gli atti che a lui sono propri<sup>5</sup>. Il seme, ad es., ha una naturale inclinazione a svilupparsi nella pianta e nel frutto.

Orbene: in che propriamente consiste questa naturale inclinazione degli enti al proprio debito atto ed al proprio debito fine? Esso consiste in ciò, che ogni ente è naturalmente inclinato a realizzare la funzione adeguata alla sua struttura, e, quindi, a *realizzare la propria entità*.

Ogni ente è solo parzialmente in atto<sup>6</sup>: è naturale, pertanto, che esso tenda a rendere quanto è possibile attuale la sua entità potenziale. Il seme, ad es., ha una entità potenzialmente capace di svilupparsi in pianta ed in frutto: è perciò naturale che esso tenda intrinsecamente a sviluppare tutta la sua entità. Ora, poiché la perfezione di una cosa consiste in ciò, che sia sviluppata la pienezza del suo essere<sup>7</sup>, possiamo dire che tutti gli enti tendono naturalmente alla loro perfezione: «*omnia appetunt suam perfectionem*»<sup>8</sup>. E siccome la perfezione di una cosa è il suo bene<sup>9</sup>, possiamo dire che tutte le cose tendono naturalmente al loro bene; che, cioè, il bene è il fine naturale di tutte le cose. «*Bonum est quod omnia appetunt: hoc autem habet rationem finis*»<sup>10</sup>.

§ 3. – La risposta alla prima domanda è guadagnata: la funzione immediata propria di ogni ente è quella di realizzare il proprio bene. Ma la nostra meditazione non si appaga di questo risultato per sé tanto ragguardevole: essa vuole

<sup>3</sup> I, V, 5; I, II, XCI, 2; I, LX, 1; I, LIX, 2 ad 1<sup>m</sup>.

<sup>4</sup> I, II, XCIV, 3.

<sup>5</sup> I, II, XCIII, 5, ad 1<sup>m</sup>; I, LX, 1; I, LIX, 1, 2.

<sup>6</sup> I, III, 7.

<sup>7</sup> I, IV, 1, e ad 1<sup>m</sup>; I, V, 5.

<sup>8</sup> I, V, 1.

<sup>9</sup> I, V, 5.

<sup>10</sup> I, V, 4; I, V, 5; I, V, 1.

e deve necessariamente procedere più oltre. Perché accanto alla prima osservazione relativa ai singoli enti ed ai loro singoli fini, un'altra osservazione si offre a tutte le menti: quella, cioè, la quale ci avverte come tutti i singoli enti ed i singoli fini non sono senza rapporto fra di loro; che, anzi, essi appaiono vicendevolmente gli uni agli altri uniti in guisa da costituire come le parti integratisi di un unico, immenso, ma perfetto organismo. Può dirsi, quindi, che la funzione universale di tutti i singoli enti e dei loro singoli fini è la perfezione dell'universo<sup>11</sup>. Infatti ogni ente «*ordinatur ad alium sicut partes ordinantur ad totum*»<sup>12</sup>: cosicché «*omnia quae sunt inveniuntur esse ordinata ad invicem, dum quaedam quibusdam deserviunt*»<sup>13</sup> e ciascun ente è costituito in guisa che «*quod deest uni... suppleatur ex alio*»<sup>14</sup>. In questa perfezione del tutto è da ricercare la ragione della moltitudine e varietà degli enti: «*causa distinctioni et inaequalitatis rerum est propter perfectionem universi*»<sup>15</sup>; «*perfectio universi requirit inaequalitatem esse in rebus*»<sup>16</sup>. E in questa medesima perfezione è da ricercare la ragione dei diversi gradi di entità che gli enti posseggono: infatti, «*in rebus naturalibus gradatim species ordinatae esse videntur: sicut mixta perfectiora sunt elementis: et plantae corporibus mineralibus: et animalia plantis: et homines aliis animalibus: et in singulis horum una species perfectior aliis invenitur... Non enim esset perfectum universum, si tantum unus gradus bonitatis (scilicet entitatis) inveniretur in rebus*»<sup>17</sup>.

Organico è dunque il reale: tutti gli enti sono fra loro uniti da un vincolo organico di solidarietà e di integrazione reciproca: sta in ciò la ragione della loro moltitudine, della loro varietà e, quindi, del loro diverso grado di entità. La perfezione di ogni singolo ente è il presupposto per la perfezione di tutti gli altri e, reciprocamente, la perfezione di tutti gli altri è il presupposto per la perfezione di ogni singolo ente.

§ 4. – Questo nesso organico fra i singoli enti ed il tutto che dal loro insieme risulta mostra che a fondamento di questa perfezione sta un principio che presiede alla proporzionale distribuzione dell'essere alle cose. Questo principio ha nome GIUSTIZIA, la cui funzione è l'attribuzione del proprio a ciascuno. «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuere*»<sup>18</sup>, «*Actus iustitiae nihil aliud est quam reddere unicuique quod suum est*»<sup>19</sup>.

<sup>11</sup> I, XXII, 4; I, LXV, 2.

<sup>12</sup> I, XXI, 1 ad 3<sup>m</sup>; I, XLVII, 3; I, LXV, 2.

<sup>13</sup> I, XI, 3.

<sup>14</sup> I, XLVII, 1.

<sup>15</sup> I, XLVII, 2; I, LXV, 2 ad 3<sup>m</sup>.

<sup>16</sup> I, XLVIII, 2; I, II, CXII, 4.

<sup>17</sup> I, XLVII, 2; I, LXV, 3, ad 1<sup>m</sup>.

<sup>18</sup> ULPIANUS, in *Dig.*, 1, 1, 10 pr.

<sup>19</sup> II, II, LVIII, 11; I, LXV, 2, ad 3<sup>m</sup>.

Tale attribuzione del suo ad ognuno ha luogo nella natura allorché ogni ente viene fornito di un principio intrinseco di attività che lo renda capace dei propri atti e del proprio fine<sup>201</sup>.

Questa giustizia che si profonda in ogni singolo ente e che tutti gli enti fra loro unisce ed armonizza in un equilibrio sempre mantenuto ha la sua esteriore manifestazione nella PACE: perché col nome di pace devesi esprimere l'acquietarsi dei singoli enti nei loro fini particolari e di tutti gli enti nel loro unico fine universale: pace è, infatti, la tranquillità dell'ordine<sup>22</sup>.

§ 5. – Approfondiamo ora l'osservazione nostra intorno a questo mirabile reggimento di equilibrio e di armonia che costituisce la vita visibile dell'universo<sup>23</sup>.

Dalle osservazioni precedenti è risultato che *tutti gli enti* (quindi anche quelli sforniti di ragione) *agiscono per un fine* (singolare ed universale).

Ma l'agire per un fine presuppone la predeterminazione del fine verso il quale si agisce<sup>24</sup>. *Chi predetermina questo fine?* Se tutti gli enti di cui discorriamo fossero forniti di ragione la risposta sarebbe forse, almeno a prima vista, più agevole. Si direbbe: è la ragione che predetermina il fine cui poscia tenderà la volontà<sup>25</sup>. Ma poiché l'enorme maggioranza degli esseri visibili mancano di ragione e tuttavia agiscono in vista del loro debito fine<sup>26</sup>, si ripresenta la domanda: *chi predetermina loro questo fine?*

a) Si potrebbe, forse, rispondere che non v'ha propriamente un fine nelle cose irrazionali, e che tutto si verifica per caso? Questa risposta epicurea è fallace: essa è fundamentalmente eliminata dalla semplice osservazione di ciò che avviene nella vita della natura: la quale ci presenta sempre un ordine di eventi certo e sostanzialmente infallibile dal quale dipende la vita stessa dell'universo<sup>27</sup>.

b) Si potrebbe rispondere che la predeterminazione di quel fine è una *necessità naturale* degli enti irrazionali?<sup>28</sup> Ma la risposta non esaurirebbe il contenuto della domanda: perché si tratta appunto di vedere da chi, come, e perché quella necessità è stata inserita alle cose<sup>29</sup>.

<sup>20</sup> *Deus sic operatur iustitiam quando dat unicuique quod ei debetur secundum rationem suae naturae et conditionis.* I, XXI, 1 ad 3<sup>m</sup>.

<sup>21</sup> *Oportet videre in hoc veram Dei esse iustitiam quod omnibus tribuit propriam secundum uniuscuiusque existentiam dignitatem: et uniuscuiusque naturam salvat ordine et virtute.* DIONIS., *De div nom.*, cap. 8 citato in *Summa*, I, XXI, 1 corp.

<sup>22</sup> S. AUG., *De Civit. Dei*, XIX, 13; S. ТНОМ., II, II, XXIX, 2; I, LXV, 2.

<sup>23</sup> I, CXXX, art. 1 e obb.

<sup>24</sup> I, CIII, 1, 1.

<sup>25</sup> *Haec autem determinatio in rationali creatura fit per rationalem appetitum scilicet per voluntatem.* I, II, 1, 2 corp.

<sup>26</sup> Cfr. I, II, 1, 2; CIII corp. et ad 1<sup>m</sup>, 2<sup>m</sup>, 3<sup>m</sup>.

<sup>27</sup> I, CII, 1; I, III, 5.

<sup>28</sup> I, CIII, 1, 1.

<sup>29</sup> I, II, 3, 2, e ad 2<sup>m</sup>.

La domanda è quindi tuttavia senza risposta.

Ebbene, se qualcuno entrasse in una casa ben ordinata, dallo stesso ordine regnante in cotesta casa costui argomenterebbe l'esistenza e la sapienza di un ordinatore<sup>30</sup>.

Così, quando noi vediamo una saetta muoversi verso un determinato bersaglio noi diciamo che quella saetta è stata lanciata da un saettatore<sup>31</sup>.

Alla stessa maniera il fatto che gli enti irrazionali agiscono in vista di un fine – il che si dimostra da ciò che essi sempre agiscono allo stesso modo conseguendo ciò che è ottimo – dimostra che non per caso, ma *ex intentione* pervengono al loro fine. Ora gli enti irragionevoli non tendono ad un fine se non diretti da qualcuno che questo fine loro preordini. È, dunque, necessario che vi sia una intelligenza dalla quale le cose naturali siano ordinate al loro debito fine: e questa intelligenza ha un nome da tutti conosciuto: Dio<sup>32</sup>.

§ 6. – Siamo così saliti dalla considerazione degli enti visibili alla affermazione di Dio invisibile che a tutti gli enti imprime la debita inclinazione al debito fine. Abbiamo in tal modo guadagnato l'osservatorio più alto del pensiero; ora rifacciamo il cammino scendendo da questa altezza massima verso le creature. *Perché si tratterà ora di studiare i rapporti non più fra l'uomo e le altre cose, ma fra Dio e queste cose.* Se Dio imprime alle cose il loro fine, in virtù di quale rapporto con le cose Egli pone in loro tal fine? Il rapporto fra gli uomini e le cose si esaurisce, come abbiamo visto (§ 1), in un *rapporto di conoscenza*, in conseguenza del quale la mente pronunzia sulle cose un giudizio infallibile<sup>33</sup> di entità. Il rapporto fra Dio e le creature (l'uomo compreso), invece, è essenzialmente *rapporto*<sup>34</sup> *di creazione*<sup>35</sup> o, come può pure dirsi, *rapporto di conoscenza creativa*<sup>36</sup>.

Dunque le cose sono create da Dio. Ma per creare, cioè per produrre qualche cosa, è necessaria la preesistenza di un esemplare affinché l'effetto consegua la forma determinata. Così un artista produce una determinata forma nella materia in conformità dell'esemplare che egli considera: sia che si tratti di un esemplare esternamente esistente, sia che si tratti di un esemplare solo interiormente concepito. Ora in natura tutti gli enti creati hanno una forma (struttura) determinata e poiché questi enti procedono da un primo principio, Dio (I, LXV, 1-4), ne segue che dal medesimo primo principio devono procedere gli esemplari su cui questi enti sono modellati. Questi divini esem-

<sup>30</sup> Così S. TOMMASO, I, CIII, 1, che cita Aristotele e St. Agostino.

<sup>31</sup> I, CIII, 1 ad 1<sup>m</sup>.

<sup>32</sup> I, II, 3, 5.

<sup>33</sup> I, XVII, 3.

<sup>34</sup> I, XLV, 3; I, XXVIII, 1 et ad 3<sup>m</sup>.

<sup>35</sup> I, XLIV, 1; I, XLV, 1, etc.

<sup>36</sup> I, XIV, 8; I, XV, 3; S. AUG., *De Trinit.*, XV, cap. 13; *De Civit. Dei*, lib. XI, cap. X.

plari sono appunto le idee esistenti nella mente divina, secondo cui Iddio conosce le cose e le crea<sup>37</sup>.

L'ordine dell'universo è, dunque, anzitutto preconcipito nella mente divina<sup>38</sup> e in conseguenza comunicato agli enti creati. Si comprende bene che questa *comunicazione* dell'ordine alle creature ha luogo mediante una *impressio* a queste creature di un fine, e di una inclinazione adeguata a realizzarlo, che sia con quell'ordine conforme<sup>39</sup>.

§ 7. – Il primo e fondamentale rapporto esistente tra gli enti e Dio è quello di *creazione*: a questo rapporto un altro necessariamente se ne innesta: quello di *soggezione delle cose a Dio*<sup>40</sup>.

Che il mondo sia governato da Dio è cosa che abbiamo già stabilita (§ 5). Ciò che dobbiamo invece ora esaminare è il congegno di questo governo. Quando si parla di governo sorge subito alla mente l'idea di un governante e di sudditi: quindi l'idea di un *rapporto di soggezione* di questi ultimi al primo. Ora il rapporto di soggezione importa che il governante (cioè colui o coloro che hanno legittimamente il potere di governare) possa emanare dei comandi (norme giuridiche), attinenti al bene comune, obbligatori per i sudditi.

Questi comandi generali, emanati da chi ne ha legittimamente il potere, ponenti norme (o regole) di condotta per la totalità dei sudditi ed aventi per fine il bene comune, sono le leggi.

Legge è, quindi, una norma valevole per la generalità dei sudditi emessa o promulgata da chi ha legittimamente il potere della *civitas*<sup>41</sup>. Questi comandi sono il mezzo proprio con cui viene attuato il rapporto di soggezione (o rapporto giuridico di sudditanza).

Elementi di una legge sono:

1) *Presupposto*, è il *rapporto di soggezione*<sup>42</sup>; 2) *contenuto* la posizione di una *regola*<sup>43</sup>; 3) *destinatari* i sudditi; 4) *fine* il bene comune<sup>44</sup>. Requisiti ulteriori: 5) *la promulgazione*<sup>45</sup> e 6) *la esecutorietà*<sup>46</sup>.

§ 8. – Guadagnato il concetto di legge e visto che la funzione propria della legge è quella di attuare il rapporto di soggezione, dobbiamo *ora esaminare alla luce di questi concetti il congegno del governo divino*.

<sup>37</sup> I, XLIV, 3; I, XV, 1 e 3.

<sup>38</sup> I, XLIV, 3.

<sup>39</sup> I, II, XCIII, 1 corp. e ad 1<sup>m</sup>; I, LIX, 1; I, LX, 1.

<sup>40</sup> I, CIII, 1 segg.

<sup>41</sup> I, II, XC, 4.

<sup>42</sup> I, II, XC, 3, 2.

<sup>43</sup> I, II, XC, 1, 3.

<sup>44</sup> I, II, XC, 2; I, II, XCVI, 1.

<sup>45</sup> I, II, XC, 4.

<sup>46</sup> I, II, XCVI, 5.

Possiamo dire che come nel reggimento umano così in quello divino la funzione di attuazione del rapporto di dipendenza delle cose da Dio sia esercitata dalla legge? Cioè, vi sono delle leggi emanate e promulgate da Dio alle creature? Bisogna rispondere positivamente: *che cioè, vi sono delle leggi con cui Dio governa il mondo*. Vediamo se ricorrono qui gli elementi che abbiamo visto essere propri della legge. *a)* Ricorre il *presupposto*, quello, cioè, fornito dal rapporto di soggezione: le cose dipendono, infatti, da Dio che le ha create (§ 7). *b)* Ricorre il *contenuto*, perché Dio creando gli esseri destina loro una certa forma e un fine e un'azione adeguati: cioè pone in essi *la regola della loro condotta*<sup>47</sup>. *c)* *destinatari* di questa legge sono, appunto, gli esseri nella loro totalità; *d)* *fine* di questa norma posta da Dio negli esseri è insieme ed inscindibilmente il bene proprio ed il bene comune<sup>48</sup>; *e)* e, infine, questa norma, che ha la sua genesi in Dio<sup>49</sup>, viene promulgata e resa esecutiva nelle creature<sup>50</sup>; promulgazione ed esecuzione che avvengono diversamente secondo che si tratti delle creature razionali o di quelle irrazionali; nelle prime, la promulgazione della legge eterna consiste in ciò che essa viene inserita nella mente e che viene, quindi, da questa naturalmente conosciuta<sup>51</sup>; nelle seconde, la promulgazione e l'esecuzione consiste nella *impressio* di principî intrinseci negli enti, i quali sono così destinati a necessariamente raggiungere quel dato fine con quella data azione<sup>52</sup>.

§ 9. – Dunque: il mezzo onde si attua il governo di Dio nel mondo è la *legge*. Ma ora bisogna studiare questa legge nei suoi due profili e nei loro rapporti: *a)* in quanto è da Dio concepita, *b)* in quanto essa viene promulgata, o impressa che dir si voglia, nelle creature. Sotto il primo profilo è da parlare di legge eterna; sotto il secondo profilo di legge naturale.

Che questa legge esista<sup>53</sup> è un problema già superato (§ 8): che essa debba apparire sotto due diversi aspetti si comprende pensando che ciò che noi propriamente e direttamente conosciamo sono gli effetti della legge eterna: cioè la *legge naturale*. Dall'esistenza della legge naturale argomentiamo, come da effetto, l'esistenza della *legge eterna*, quale *causa* della prima.

Il rapporto esistente fra la legge eterna e la legge naturale è analogo a quello esistente fra la regola che la legge pone (regolante) e la cosa che con quella regola viene regolata (regolato)<sup>54</sup>. E cioè: in quanto in Dio esiste la causa esem-

<sup>47</sup> I, II, XCIII, 5.

<sup>48</sup> I, II, XCII, 1.

<sup>49</sup> I, II, XCIII, 1.

<sup>50</sup> I, II, XC, 4 e 2; I, II, XCIII, 5 ad 1<sup>m</sup>.

<sup>51</sup> I, II, XCI, 4 ad 1<sup>m</sup>.

<sup>52</sup> I, II, XC, 1 ad 1<sup>m</sup>; I, II, XCI, 2; I, II, 1, 2; specie I, II, XCIII, 5 ad 1<sup>m</sup>; cfr. pure I, LIX, 1; I, LX, 1.

<sup>53</sup> I, II, XCI.

<sup>54</sup> I, II, XC, 1 ad 1<sup>m</sup>; I, II, XCI, 2.

plare di tutte le cose, e cioè le ragioni o idee supreme di tutte le cose<sup>55</sup>, e secondo queste idee crea le cose e imprime loro il moto al loro debito fine<sup>56</sup>, si dirà che in Dio esiste la legge eterna cui le cose create sono soggette. In quanto questa legge eterna esce da Dio e viene partecipata alla creatura, si dirà che da questa partecipazione deriva la legge naturale<sup>57</sup>.

§ 10. – Analizziamo ora più da vicino il contenuto della legge naturale.

Essa è *participatio legis aeternae in rationali<sup>58</sup> et irrationali creatura<sup>59</sup>*. Questa *participatio* si concretizza nella inserzione in ogni creatura dei principî fondamentali del suo essere. «*Omnia participant aliquantulum legem aeternam, in quantum scilicet ex impressione eius habent inclinationes in proprios actus et fines*»<sup>60</sup>. Per ciò che attiene al fatto della inserzione dei principî fondamentali negli esseri, nessuna differenza v'è fra l'uomo e le altre creature<sup>61</sup>. Ogni ente, infatti, come abbiamo visto (§ 2), è fornito ipso facto di una struttura, di un fine e di un'azione adeguati. La struttura è la sua particolare forma, il fine la perfezione di questa forma, l'azione l'energia necessaria al raggiungimento di quel fine.

Ora, forma, fine e azione costituiscono i tre elementi necessari coi quali è rigorosamente costituita ogni creatura.

Da ciò deriva, a priori, che anche l'uomo, come gli altri esseri, è creato con una certa struttura (forma), un certo fine (la sua perfezione) ed un'adeguata energia a raggiungere questo fine.

Anche nell'uomo, quindi, sono inseriti da Dio i principî fondamentali del suo essere.

Epperò il modo di inserzione varia, e profondamente, secondo che si tratti della creatura razionale o di quella irrazionale<sup>62</sup>: perché mentre nel secondo caso questa inserzione è passivamente subita e pone nella creatura una *necessità*<sup>63</sup> insuperabile, impedendo così qualsiasi forma di autonomia nella creatura irragionevole, nel primo caso *l'inserzione è fatta nella mente<sup>64</sup> e nella volontà*; si tratta, cioè, della *inserzione nell'intelletto di un lume di ragione naturale col quale discerniamo ciò che è bene e ciò che è male<sup>65</sup>* e della *inserzione nella volontà di una*

<sup>55</sup> I, XLIV, 3.

<sup>56</sup> I, II, XCIII, 1.

<sup>57</sup> I, II, XCI, 2.

<sup>58</sup> I, II, XCI, 2.

<sup>59</sup> I, II, XCI, 2, ad 3<sup>m</sup>.

<sup>60</sup> I, II, XCI, 2; I, LX, 1.

<sup>61</sup> I, II, XCIII, 6.

<sup>62</sup> I, II, XCIII, 6.

<sup>63</sup> I, II, XCIII, 5, 6.

<sup>64</sup> I, II, XC, 4 ad 1<sup>m</sup>.

<sup>65</sup> I, II, XCI, 2.

*fondamentale inclinazione che la spinge verso il bene e la allontana dal male*<sup>66</sup>. Ma questa inserzione ha natura intellettuale e razionale<sup>67</sup> e se pone necessariamente nell'uomo l'inclinazione generica al *fine ultimo* (la sua perfezione) e il criterio per riconoscerlo, lascia, però, inalterata nell'uomo la facoltà della volontà di determinarsi a questo o a quel *particolare fine*. L'inserzione, quindi, di principî naturali nell'intelletto e nella volontà non altera in nessun modo la caratteristica saliente dell'uomo: *quella del libero arbitrio e del dominio dei suoi atti*<sup>68</sup>.

L'uomo, quindi, a) *et notionem legis aeternae habet* b) *et ei inest naturalis inclinatio ad id quod est consonum legi aeternae*<sup>69</sup>.

Ora, nei cattivi l'uno e l'altro principio è corrotto: perché *naturalis inclinatio ad virtutem depravatur per habitum vitiosum et iterum ipsa naturalis cognitio boni in eis obtenebratur per passionem et habitus peccatorum*<sup>70</sup>.

Ma anche i cattivi nella loro libera determinazione sperimentano la presenza e la forza della legge morale di Dio: perché, fatta infrazione di questa legge, nasce nella coscienza un indistruttibile sentimento di pena: il rimorso<sup>71</sup>.

§ 11 – Abbiamo visto cosa è la legge naturale (§ 9) e come essa sia diversamente inserita nell'uomo e negli enti irragionevoli (§ 10).

Studiamo ora i caratteri di questa legge naturale nell'uomo.

Essa è costituita, abbiamo detto, da un principio naturale di ragione che ci fa discernere il bene dal male e da una inclinazione fondamentale della volontà che ci spinge verso il bene.

Cioè, è una regola naturale di cui tutti gli uomini sono forniti, che regola e misura gli atti umani<sup>72</sup>.

Ora bisogna domandarci: questa regola consta di molti precetti o di un solo fondamentale precetto<sup>73</sup>?

Per rispondere a questa domanda bisogna risalire all'intelletto e considerarne: a) i principî naturali che esso porta in sé, b) le funzioni che esso esercita.

Cominciando da queste ultime, bisogna dire che il nostro intelletto ci si presenta sotto due profili: a) uno speculativo e b) un altro pratico. Infatti esso talvolta *ordinatur ad opus* e talvolta, invece, questa *ordinatio ad opus* gli manca. Nel secondo caso l'intelletto *quod apprehendit non ordinat ad opus sed ad solam veritatis contemplationem*, mentre nel primo caso *quod apprehendit ordinat*

<sup>66</sup> I, XCIII, 6; I, II, X, 1 specie I, II, XCIV, 2 e I, II, XCIII, 6; I, LXXXII, 1, 2; LXXXIII, 1 ad 5<sup>m</sup>; I, II, XIII, 6 ad 1<sup>m</sup>.

<sup>67</sup> I, II, XCI, 2 ad 3<sup>m</sup>.

<sup>68</sup> I, II, XIII, 6 e ad 1<sup>m</sup> I, LXXXIII, 1 e ad 5<sup>m</sup>; I, II, 1, 1; I, II, CIX, 2 ad 1<sup>m</sup>.

<sup>69</sup> I, II, XIII, 6.

<sup>70</sup> I, II, XCIII, 6.

<sup>71</sup> I, LXXIX, 13.

<sup>72</sup> I, II, XC, 1; XCI, 3.

<sup>73</sup> I, II, XCIV, 2.

*ad opus*. Ma in ambedue i casi si tratta pur sempre di un solo e medesimo intelletto; la distinzione fra intelletto speculativo ed intelletto pratico<sup>74</sup> non importa distinzione di due intelletti; si tratta di una differenza di orientamento e non di costituzione.

Per quanto concerne i principî naturali del raziocinio inseriti nell'intelletto, bisogna dire che questi principî possono ridursi ad uno che tutti li comprende. Infatti, tutta la nostra attività conoscitiva si esaurisce in un'attività fondamentale che è quella del conoscimento dell'essere (§ 1). L'essere è ciò che per primo cade nella nostra apprensione intellettuale e che sta, quindi, alla base di tutta la nostra attività conoscitiva.

Da ciò deriva che il primo fondamentale principio della nostra mente è il principio dell'essere sul quale si fonda il principio di contraddizione<sup>75</sup>.

Tutto ciò, considerando l'intelletto dal punto di vista della sua funzione speculativa. Consideriamolo ora dal punto di vista della sua funzione pratica, in quanto, cioè, *ordinat quod apprehendit ad opus*. Allora, quello che è il *primo principio speculativo* (l'essere) *diventa esso stesso*, data l'identità dell'intelletto nei suoi due atteggiamenti, *primo principio pratico*. Se primo principio speculativo è l'essere, primo principio pratico sarà pure l'essere; ma mentre nel primo caso questo principio ha funzione meramente conoscitiva, nel secondo caso esso è preordinato all'azione.

L'uomo, quindi, come anzitutto conosce l'essere, così *vuole anzitutto l'essere*: e poiché l'essere, in quanto oggetto della volontà, è il bene, possiamo così formulare il principio fondamentale dell'operare umano: *vuoi il bene, non volere il male*. E poiché volere il bene significa volere l'essere che è principio primo della ragione, ne deriva che possiamo tradurre in quest'altra formula il precetto della legge naturale: *opera secondo ragione*.

Orbene: poiché questo precetto, in quanto fondato sull'essere che è il primo principio della mente e la fondamentale inclinazione della volontà<sup>76</sup>, fa parte della *struttura dell'uomo*, ne deriva che come immutabile è questa struttura (perché se mutasse non avremmo più l'uomo), così immutabile è questo precetto che ad esso organicamente si collega. In questo senso va intesa l'espressione che la *lex naturae* è scritta nel cuore dell'uomo e che nessuna iniquità può mai cancellarla<sup>77</sup>.

Quindi anche nell'uomo, come in ogni creatura, la legge naturale – *participatio legis aeternae* – consiste nella inserzione di una (intellettuale) inclinazione che lo spinge a realizzare il proprio fine: il bene.

<sup>74</sup> I, LXXIX, 11.

<sup>75</sup> I, II, XCIV, 2.

<sup>76</sup> I, II, XCIV, 2.

<sup>77</sup> S. AGOSTINO, *Confessioni*, II, cap. 4 pr.; S. TH., I, II, XCIV, 4, 5, 6.

Tutti gli enti (l'uomo compreso) agiscono in vista di un fine (singolo ed universale): la legge fondamentale della loro azione è la *legge naturale* che ha la sua causa nella *legge eterna*. Poiché la legge naturale consiste in ciò, che Dio dà a ciascun ente struttura, funzione e azione adeguate, ne risulta che ciascun ente dà luogo ad una *cotale* giustizia; e noi possiamo porre questa giustizia a fondamento di tutta la universale famiglia degli esseri.

#### RIASSUNTO

Premessa una sintetica esposizione di alcuni capisaldi della filosofia tomistica, l'A. deduce da essi la concezione tomistica del diritto e la ricostruisce nelle sue linee essenziali, fissando dapprima, attraverso alla considerazione organica e finalistica del reale, il concetto di giustizia e quello di legge, studiando poi i due aspetti sotto i quali si presenta la legge mediante la quale Dio governa il mondo; in quanto, cioè, è da Dio concepita (legge eterna) e in quanto essa viene impressa nelle creature (legge naturale). Studia quindi i rapporti che intercorrono tra la legge eterna e la legge naturale, come quest'ultima sia diversamente inserita negli uomini e negli esseri irragionevoli, quale sia il suo contenuto, quali i suoi caratteri, quali le formule in cui essa può venire espressa.



1931



## UN REGISTRO CATASTALE E UN LIBRO PROCESSUALE DALLA MARMARICA NEL NUOVO PAPIRO VATICANO\*

È uscita di recente la bellissima edizione, già da qualche tempo attesa con desiderio, di un grande papiro greco ora in possesso della Biblioteca Vaticana. È pubblicato nella collezione «Studi e testi», n. 53: *Il papiro vaticano greco 11* a cura di MEDEA NORSA e GIROLAMO VITELLI, Città del Vaticano 1931 pp. XXIII-70, in folio grande, con 15 tavole fotocollografiche (lire 100). Questo rotolo papiraceo, alto 29 centimetri, misura una lunghezza di circa metri 2,70: nel *verso* contiene un'opera retorica non ispregevole e finora del tutto ignota, di uno dei maggiori sofisti del 2° sec. d.C., Favorino d'Arles. L'amanuense che ricopiò quest'opera poco prima dell'anno 215 (come risulta), si preparò questo rotolo servendosi di materiale di scarto proveniente da uffici pubblici, e – precisamente – incollando l'uno accanto all'altro quattro pezzi di registri. Quindi nel *recto* di questo rotolo si conservano, più o meno bene, dodici colonne di scrittura documentaria, di tre mani diverse, così distribuite: primo pezzo, coll. I-III, mano prima; secondo pezzo, col. IV, mano seconda; terzo pezzo, coll. V-VIII, della stessa mano seconda; quarto pezzo, coll. IX-XII, di una terza mano.

Nella col. IV, le sillabe finali dei righi più lunghi sono rimaste coperte dall'incollatura, e la col. VIII è stata addirittura mutilata della parte destra. Aumentano la difficoltà dell'interpretazione le frequentissime abbreviature e le anomalie grammaticali. Gli editori hanno dovuto compiere un lavoro pazientissimo di preparazione, nel darci la trascrizione diplomatica di un simile testo, corredandolo inoltre di brevi note esegetiche a piè di pagina e accompagnandolo con indici utilissimi in fine del volume. Essi hanno pure tentato, nella introduzione, di dare un saggio interpretativo del documento in generale e di qualche passo in particolare, e ne hanno messo chiaramente in luce l'importanza e la novità,

\* «Bullettino dell'Istituto di diritto romano», XXXIX (4-6), 1931, pp. 19-39, in collaborazione con Carlo Gavallotti (anche estratto: Tip. La cardinal Ferrari, Roma 1931, pp. 3-23).

senza nascondere d'altra parte le difficoltà di tante specie che si presentano agli esegeti di questo testo, e i problemi singoli e generali che nascono nell'interpretazione. Essi considerano questo registro come annesso suppletorio dei registri fondiari della Marmarica e redatto a scopo fiscale; ma affacciano pure qualche altra ipotesi, e riconoscono esplicitamente quanto ancora ci sia da lavorare su questo documento, che viene all'improvviso a gettare una luce viva sopra una regione scarsamente conosciuta, e che pure – indipendentemente dalla regione a cui si riferisce – è di primaria importanza per la nostra conoscenza della vita amministrativa e giudiziaria dell'antichità. Accingendoci all'esegesi di questo testo, noi non possiamo nascondere un sentimento di affettuosa riconoscenza per gli editori *principes*, che si sono sobbarcati la parte più faticosa del lavoro e hanno aperta e mostrata la via delle nostre ricerche.

Il primo esame di questi documenti ci lascia l'impressione di trovarci di fronte a registri aventi affinità con i registri catastali. Questa impressione è causata dal fatto che in essi predomina la descrizione (a struttura catastale) di numerosi immobili situati in circoscrizioni diverse della Marmarica e segnati (almeno nelle colonne IX-XII) in ordine topografico: si aggiunga inoltre il frequente ricorso di espressioni tecniche del catasto (*κοιτάζειν, ἐπίσκεψις*, indicazione di rendite etc.).

Sino da questo primo esame, però, non può passare inosservato che fra il nostro documento e i registri propriamente catastali vi sono differenze importanti: mentre, infatti, la finalità di questi ultimi è quella di tenere in evidenza la situazione immobiliare del paese e di servire come fondamento del sistema delle imposte, la finalità del nostro registro appare del tutto diversa: la segnalazione catastale dei fondi fatta in questo libro ha per scopo di individuare certi immobili intorno alla condizione giuridica dei quali è sorta controversia, o le cui rendite – in seguito, come crediamo, a decreto dello stratego – devono essere sequestrate, o la cui imponibilità, come vedremo, è notevolmente aumentata.

L'indagine dello studioso deve quindi risolvere questi due problemi preliminari: *a)* quale, non essendo quella catastale, è la *natura* di questi registri della Marmarica; *b)* quali sono, poiché indubbiamente vi sono, i rapporti esistenti fra questi e quelli catastali.

Un primo passo, e fondamentale, verso la soluzione di questi due problemi ci è parso quello di distinguere nel nostro documento due tipi essenzialmente diversi di registri: 1) un primo tipo (col. IX-XII) che, tanto nella struttura delle scritturazioni (segnalazioni topograficamente ordinate di fondi e delle loro rendite) quanto nella finalità di tali scritturazioni (costituire la base di una nuova imposizione), mostra una affinità strettissima coi registri catastali; 2) un secondo tipo (col. I-VIII) in cui, invece, le scritturazioni hanno in modo molto evidente una struttura ed una finalità diverse da quelle delle scritturazioni ca-

tastali. In questo secondo tipo, infatti, la segnalazione catastale ha solamente lo scopo di individuare degli immobili sulla condizione giuridica dei quali è sorta o potrebbe sorgere controversia.

## I.

Cominciamo dal primo tipo (coll. IX-XII), che, per la uniformità delle sue scritturazioni, si presenta – una volta trovata la chiave della sua interpretazione – di più agevole intelligenza.

Tralasciando il principio della col. IX (1-22) che rappresenta la fine di una sezione del registro, relativa ad una circoscrizione della Marmarica di cui ci resta ignoto il nome, cominciamo colla riga 23 dove si legge il nome di una circoscrizione maggiore del nomos (si veda l'Introduzione al volume, pag. XVIII): Χερρόνησος.

Da questo punto sino alla fine il nostro registro segna uno dopo l'altro, in ordine topografico, una serie numerosa di immobili siti in questa circoscrizione. Orbene, l'elemento che caratterizza *tutte indistintamente* le singole scritturazioni risulta da questa osservazione: che alla breve descrizione topografica dell'immobile segue invariabilmente la formula

συντιμηθέντα καὶ ἀναχθέντα δη(νάρια)  $x$

alla quale è congiunta sempre l'altra formula

ἔξ (οὐ) περιεγίνοντο ις (ἔτει) ἕως κ (ἔτους)  
κατὰ ἔτος δη(νάρια)  $y$

Il significato della seconda formula è il seguente: che il fondo descritto (ἔξ οὐ) figurava produrre (περιεγίνοντο) nel lustro 175/176-179/180 d.C. (cfr. Introd. p. XIX seg.) una certa rendita annua (κατὰ ἔτος) sulla base della quale doveva certamente esser stata eretta l'imposta. L'altra formula invece significa, a nostro avviso, che nel momento della scritturazione la rendita del fondo era stata calcolata (συντιμηθέν) in misura maggiore [ciò che si ricava dalla costante differenza tra  $x$ , rendita secondo il nuovo calcolo, e  $y$  ( $= x - n$ ), rendita calcolata nel quinquennio suddetto], e che quindi il fondo, in ordine alla imponibilità, poteva passare ad una categoria più elevata (ἀναχθέν).

La nostra chiave di interpretazione sta dunque nell'aver osservato che in tutte le scritturazioni di questo registro ricorre costantemente una differenza sempre in più fra il calcolo delle rendite fatto nel quinquennio 175-180 e il nuovo calcolo fatto nel momento della redazione di questi registri, momento che cade almeno dopo il gennaio del 191 (cfr. col. XII, 12).

In seguito a questa osservazione ci sembra fondata l'ipotesi che il nuovo calcolo sia il risultato di una revisione catastale (ἐπίσκεψις) e che il nostro registro sia un registro particolare in cui vennero segnati quei fondi che erano suscettivi di una elevazione di imposta. E difatti sulla natura e sugli scopi della ἐπίσκεψις

si sa che ogni anno essa doveva nettamente determinare tutti quei cambiamenti che si verificavano sia nella capacità produttiva dei fondi sia nella coltura del terreno, i quali avessero conseguenze finanziarie per lo Stato.

Nel nostro registro si segnalano appunto i mutamenti avvenuti nella capacità produttiva e spesso anche nella natura di coltura dei fondi, e sulla base di questi mutamenti si passano i fondi ad una categoria più elevata di imposte.

Ci resta da spiegare per quale ragione, mentre l'ἐπίσκεψις doveva essere annuale, nel nostro registro i riferimenti sono fatti sempre alla rendita media annuale del lustro 175/176-179/180, anteriore di almeno un decennio. È probabile che questa ragione vada ricercata in un fatto analogo a quello che ci è reso noto dall'editto di Mezio Rufo (P. Oxy. 2, 237; cfr. ΜΙΤΤΕΙΣ, *Chrest.*, 192) relativamente al cattivo stato in cui si trovava la βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων di Ossirinco. Questo archivio da molto tempo si trovava in gravi condizioni di disordine perché i suoi sovrintendenti non avevano provveduto al regolare aggiornamento dei registri. Di qui la ragione dell'editto in parola, il quale ordinava che si procedesse immediatamente a questo aggiornamento, dando anche disposizioni per impedire nel futuro il rinnovarsi di tali inconvenienti.

Si può supporre che sia avvenuto lo stesso nel nostro caso.

Molto probabilmente l'ultima revisione catastale, o almeno l'ultima ben fatta, era la ἐπίσκεψις del 179/180. In questa maniera si potrebbe anche spiegare il notevolissimo aumento delle rendite, possibile soltanto dopo un certo periodo di anni, per effetto di bonifiche, intensificazione di colture, costruzioni nuove, ecc. Di questo maggior rendimento di fondi non si era tenuto conto nei libri catastali, perché le revisioni annuali durante questo periodo erano state trascurate.

Noi possiamo postulare, a somiglianza dell'editto di Mezio Rufo, un editto analogo, che ordinasse la revisione accurata del catasto della Marmarica: ci pare che il nostro registro, relativo ai fondi suscettivi di un aumento d'imposta, dimostri nei suoi particolari una grande accuratezza ed un grande zelo nella revisione. È notevole poi il fatto che il nostro registro non si richiama alle rendite risultanti dall'ultima ἐπίσκεψις (del 179/180), ma alla media annuale delle rendite calcolate nelle ἐπισκέψεις del quinquennio 175/176-179/180. La ragione per cui è presa in considerazione una media di valutazione delle rendite piuttosto che la valutazione delle rendite di un anno, è evidente; per spiegare poi per quale ragione questa media sia fatta nello spazio di un quinquennio, possiamo forse richiamarci all'editto di Mezio Rufo il quale stabiliva una revisione *quinquennale* della βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων. Poiché, nonostante la loro diversità, non potevano non esistere fra βιβλιοθήκη e catasto molte affinità ed interferenze, è evidente che la revisione quinquennale dell'una serviva a meglio assicurare quella annuale (ἐπίσκεψις) dell'altro: e perciò l'aggiornamento del catasto in tutti i suoi aspetti risultava più esatto in quell'anno in cui avveniva la revisione della βιβλιοθήκη.

Non vi era quindi via migliore che calcolare questa media sui risultati delle ἐπισκέψεις di 5 anni consecutivi: la prima e la quinta infatti, in conseguenza della contemporanea revisione della βιβλιοθήκη, risultavano senza dubbio molto esatte e veraci.

Dopo quanto si è detto ci sembra chiaro che il nostro registro non sia propriamente un registro catastale, perché non ne contiene tutti gli elementi; esso è un estratto dei libri catastali compilato al fine di segnalare quegli immobili che, in conseguenza dell'ultima ἐπίσκεψις, sono risultati suscettivi di una maggior imposta; e lo scopo di questa compilazione era di offrire al Prefetto i documenti necessari per l'annuale ripartizione delle imposte. Si sa, infatti, che l'Imperatore prescriveva al Prefetto annualmente il complesso dei tributi che l'Egitto doveva inviare a Roma. Al Prefetto spettava di procedere alla ripartizione di questo tributo tenendo anche conto delle risultanze dei registri catastali e delle dichiarazioni o dei reclami dei privati. Di queste istanze private al Prefetto con cui si chiede per ragioni viarie (e specialmente per le ἄβροχαι causate dallo straripamento del Nilo) la diminuzione o la cancellazione dell'imposta, abbiamo esempi numerosi: il nostro registro ci offre ora un bell'esempio di un estratto di libri catastali in base al quale il Prefetto poteva con tranquillità procedere, per i fondi in esso segnalati, ad un aumento delle imposte.

Qualche esempio trascelto qua e là varrà meglio a chiarire la natura del registro e la sua importanza in vari problemi storici, economici, e metrologici. È da notare intanto che non sempre le rendite del quinquennio suddetto sono espresse in denari, anzi il più delle volte, cioè in tutti i casi che parlano di terreni invece che di case e di cisterne, la rendita è espressa in natura (cerami di vino, medinni di orzo, ecc.). Di qui si potranno ricavare importanti considerazioni sulla cultura della Marmarica, sulla produttività del suolo, sul valore d'acquisto della moneta. Infatti le rendite calcolate nella recente ἐπίσκεψις cioè quelle introdotte con la formula συντιμηθέντα καὶ ἀναχθέντα, sono tutte assolutamente espresse in denari. Questo fatto merita una speciale considerazione: che nella valutazione delle rendite si abbandonasse ora l'antico sistema della valutazione in natura sostituendola – nel catasto stesso – con stima in moneta corrente, può dipendere – anche questo fatto – da misure d'ordine e di regolarità, impartite forse in quello stesso decreto da noi postulato, riguardante il riordinamento catastale della Marmarica.

Ci fa poi restare perplessi il forte sbilancio e l'irregolarità che si notano fra le rendite passate e le rendite attuali. Col. X, 20 e 22: un'abitazione di Atenodoro, nell'anno 180, era valutata denari 4, per rendita d'affitto, e altrettanto era valutata quella di Aristarco; ora invece, nel 190, la rendita di affitto di Atenodoro è calcolata per denari 25, e quella di Aristarco per denari 100. È necessario supporre che Aristarco avesse fatto nuove costruzioni annesse che gli fruttavano nuovi proventi; ma lo sbilancio tra 4 e 25 nel caso di Atenodoro, non dipende

forse dal provento di nuove costruzioni, ma da un tracollo della moneta, oppure da maggiore fiscalità nella imposizione delle imposte.

Così da col. XI, 15-19, si ricava il seguente specchietto:

Estensione territoriale in arure	1	1 ¼	1 ¾
Rendite nel 180 in cerami di vino	6	8	12
Rendite nel 190 in denari	100	35	125

Però questa stessa irregolarità comparativa, che risulta dallo specchietto, ci avverte che il rialzo nella valutazione della rendita non può dipendere esclusivamente da maggiore fiscalità amministrativa o da rinvilio della moneta, anzi è l'indice di un certo risveglio della Marmarica in questo periodo che va dal 180 al 190: intensificazione di cultura e aumento di popolazione. A dimostrare l'intensificazione della cultura basterebbero i dati della rendita delle cisterne; per es., col. IX, 12: una cisterna che non rendeva niente nel 180, ora invece rende denari 240; e col. IX, 13: un'altra che rendeva allora denari 2 1/4, ora invece denari 500. Parimenti, molti luoghi tratti dalla circoscrizione del Cherroneso, sono stati ora adibiti a costruzioni di case e di ricetti per bestiame: ciò risulta dalla formula οὐ ἐδηλώθη(ησαν) ἐπάνω ᾠκοδομηῆσθαι che accompagna spesso, in col. IX, 24 segg., l'indicazione catastale di questi luoghi brulli, i quali nel 180 rendevano poco o niente ed ora invece salgono ad una rendita di 13, 20, 30 denari.

## II.

Passando ora all'esame del secondo registro (coll. I-VIII), premettiamo un'osservazione concernente la sua struttura esteriore. Esso è diviso – come il primo – in sezioni, riferentisi ciascuna ad una circoscrizione maggiore del *nomos*; ogni circoscrizione maggiore comprende circoscrizioni minori che sono chiamate *παρατομαί*, le quali risultavano a loro volta dall'insieme di *κῶμαι*, *τόποι*. C'è da notare che mentre nell'altro tipo di registri i casi relativi ad una circoscrizione maggiore sono numerosissimi (ciò che si spiega col carattere catastale di quel libro), qui, invece, i casi che rientrano nelle singole sezioni del registro sono di numero esiguo. Certamente le singole scritturazioni sono raggruppate in sezioni secondo le circoscrizioni catastali, perché in esse è costante il richiamo a beni immobili. Tale richiamo, però, non ci deve ingannare sulla vera natura del registro, che non è catastale, (come vedremo), bensì *processuale*.

Notiamo intanto, a proposito del tipo delle singole scritturazioni, che questo secondo registro differisce essenzialmente dal registro precedentemente esaminato. Questa differenza si riferisce tanto alla struttura, quanto, specialmente, allo scopo della scritturazione. Mentre infatti le scritturazioni precedenti mirano tutte, al fine di un aumento di imposta, a segnalare per gli immobili descritti

ti un reddito maggiore, e mentre la struttura di tali scritturazioni è semplice ed uniforme (consistendo nella mera descrizione topografica del fondo), le scritturazioni di questo secondo tipo di registro nulla hanno a vedere col problema della ripartizione delle imposte: esse mostrano invece, come appare in un buon numero di scritturazioni, un carattere *processuale*, e si presentano con una struttura complessa che non ha davvero carattere di uniformità. Difatti le scritturazioni di questo registro si lasciano, relativamente alla loro struttura, raggruppare in due tipi distinti: un tipo, in cui la scritturazione consta di varie parti mediante le quali viene posta una controversia e vengono per essa determinati alcuni provvedimenti (questi provvedimenti si sostanziano sempre in un decreto che ordina il sequestro delle rendite di certi immobili di cui si dà nella scritturazione la fisionomia catastale) – un altro tipo, in cui la scritturazione consta semplicemente (o quasi) della descrizione catastale di certi immobili appartenenti a certe persone. Perché questa diversità di scritturazioni in un medesimo registro? Si tratta di diversità estrinseca (struttura delle scritturazioni) o anche intrinseca (scopo della scritturazione)? E nonostante la loro diversità è possibile trovare fra queste scritturazioni un elemento comune che giustifichi la loro presenza in uno stesso registro?

Per cogliere esattamente la natura di questo registro, seguiremo il metodo seguente: raggrupperemo anzitutto le scritturazioni del primo tipo procedendo – per quanto ci sarà possibile – ad un esame singolo del loro contenuto e ricercandone l'elemento comune; faremo poi altrettanto per quelle di secondo tipo; infine dalla visione d'insieme cercheremo di cavare quell'elemento unitario che dovrà servirci per determinare la *natura* del nostro registro.

Le scritturazioni di primo tipo sono le più numerose: la loro struttura è sempre questa: prima vengono riferiti i termini di una controversia fra privati; poi segue la trascrizione di una ὑπογραφή con cui si ordina il sequestro delle rendite di certi beni immobili o la comparizione di qualcuna delle parti in contesa o l'una e l'altra cosa insieme; e infine è data la descrizione catastale di alcuni beni immobili, intorno ai quali la controversia si aggira o le rendite dei quali sono colpite di sequestro (per effetto della ὑπογραφή).

Diamo qui un esempio di questo tipo di scritturazione.

V, 34-45 Γαλλίου Ἡγεσινείου [κ]αὶ Λουκίας ἀδελ(φοῦ) πεμψαμένου (leggi μεμψαμένου) Δημητροῦτι ἀντιδίκῳ ὡς οὐ δεόντως ἐπικρατεῖν ὑπάρχοντ(α) τοῦ πατρὸς αὐτ(ῆς), ὑποθεμένῳ (leggi -μένου) αὐτοῖς τοῦ κληρονόμου Μουσαίου(υ) καὶ Ἀντεῖπα· ἡξίου πεμφοθῆναι. ὑπεγρ(άφη)· οἱ ἐνφερόμ(ενοι) ἐντὸς μηνῶν γ πεμφοθήτωσαν τῶν προσόδων κατεχομένων. ἐστὶ δὲ· κτλ. (segue la descrizione catastale dei fondi).

Gallio, figlio di Egesinico e fratello di Lucia, aveva fatto istanza (μεμψαμένου) contro Demetrute richiedendone la *comparizione* (ἡξίου πεμφοθῆναι) innanzi all'autorità competente. Il fondamento giuridico di questa richiesta stava in ciò: che Demetrute non avendo pagato (come è necessario supporre) il debito (ga-

rantito da ipoteca) che aveva contratto verso Gallio e Lucia era per questo diventato possessore illegittimo dei beni paterni a questi ultimi ipotecati (ὡς οὐ δεόντως ἐπικρατεῖν ὑπάρχοντα τοῦ πατρὸς αὐτῆς). Il debito garantito dall'ipoteca – ed ora scaduto – era derivato a Demetrute dall'eredità di Museo e di Antipa cui sembra che ella fosse succeduta (ὑποθεμένου αὐτοῖς τοῦ κληρονόμου Μουσαίου καὶ Ἀντίπα).

In conseguenza di questa istanza l'autorità competente emise la seguente ὑπογραφή: il convenuto (οἱ ἐνφερόμενοι, plurale perché la frase è stereotipa) si presenti entro tre mesi e si sequestrino le rendite dei fondi in contestazione (di cui si dà la descrizione catastale).

Abbiamo usato il termine generico di *autorità competente* perché né in questa né in altre scritturazioni appare esplicitamente chi fosse l'autorità destinataria delle istanze e competente a pronunciarsi (con la ὑπογραφή) intorno alle medesime. Solo in un caso (col. IV, 19) risulta che il destinatario delle istanze e l'autore della ὑπογραφή è lo Stratego (della Marmarica). Ma se anche mancasse la fortunata testimonianza di quest'unico caso, noi potremmo concludere, per la natura stessa delle controversie e per il modo caratteristico della loro impostazione che l'*autorità competente* è in tutti questi casi lo Stratego.

Diciamo ciò, non dimenticando che lo Stratego non aveva autorità giurisdizionale e che quindi non avrebbe avuto senso pensare alla instaurazione presso di lui di un regolare processo e all'emissione di una sentenza. Se ciò infatti è vero (poiché si sa che la *iurisdictio* è riservata al Prefetto e ad altri speciali magistrati), non è men vero che lo Stratego, in virtù della sua autorità amministrativa e politica, potesse intervenire (e interveniva) in tutte le più varie controversie agitatesi fra privati (o anche fra privati e la pubblica amministrazione); e questo, per giungere ad una composizione della controversia senza il ricorso all'autorità giurisdizionale. A prova di ciò (cfr. del resto MITTEIS, *Grundzüge*, II, 3) possiamo richiamare quel tipo di ὑπόμνημα – di cui è (quasi) sempre destinatario lo Stratego – caratterizzato dall'espressione ἀξιῶ ἀχθῆναι, ο ἀξιῶ μεταπεμφθῆναι. Con questa istanza una persona chiede allo Stratego che faccia comparire innanzi a sé un'altra persona con la quale è pendente una controversia. Lo scopo che l'attore si propone di raggiungere con questa comparizione non è certamente quello di instaurare un regolare processo che conduca alla condanna del convenuto. La instaurazione di tale processo, infatti, era di esclusiva competenza del magistrato fornito di *iurisdictio*, e lo Stratego non era tale. In questi casi, dunque, l'attore si proponeva di esercitare sul convenuto, mediante l'intervento dello Stratego, una coazione morale, al fine di indurlo alla volontaria eliminazione della controversia. Diciamo coazione morale per indicare che anche quando lo Stratego avesse preso contro il convenuto dei provvedimenti gravi (come nel caso nostro era quello del sequestro delle rendite), cotesti provvedimenti avevano pur sempre natura di atti amministrativi (di polizia) aventi carattere provvisorio;

la decisione ultima della controversia (se il convenuto nonostante tutto non intendeva aderire alle proposte dell'attore e dello Stratego), era pur sempre di competenza del magistrato giurisdicente.

Tornando ora al caso segnalato nel nostro registro, non ci appare dubbio che esso offra appunto un esempio di controversie instaurate presso lo Stratego sulla base di un'istanza di tipo ἀξιῶ ἀχθῆναι (o ἀξιῶ πεμφθῆναι). Ciò è provato esplicitamente dal testo medesimo della scritturazione: Gallio di Egesinico ἡξίου πεμφθῆναι innanzi allo Stratego il suo debitore ipotecario Demetrute; lo scopo che egli si proponeva con questa richiesta era quello di indurre il debitore a pagarlo, o, più probabilmente, a trasferirgli pacificamente il possesso dei beni ipotecati. L'istanza di Gallio venne accolta dallo Stratego, che in conformità ad essa ordinò la comparizione del debitore e il sequestro provvisorio delle rendite.

Orbene: nel nostro registro il numero più rilevante di scritturazioni segnalano appunto casi di controversie (purtroppo quasi mai chiare per difficoltà di interpretazione o di lettura del testo) instaurate sul fondamento di istanze a tipo ἀξιῶ πεμφθῆναι e concluse con l'ordine di comparizione (οἱ ἐνφερόμενοι πεμφθήτωσαν) e con quello di sequestro delle rendite.

Infatti in II, 16 segg., a proposito (a quanto sembra) di controversie causate da una successione ereditaria *ab intestato* e di alienazioni successive dei beni ereditari, la parte interessata si è (come supponiamo) rivolta allo Stratego: in base a questa istanza lo Stratego ha ordinato che i debitori entro un periodo di due mesi si presentino a lui per dargli spiegazioni in proposito: se non si presentano – come infatti è avvenuto – è ordinato il sequestro delle rendite dei beni di cui è data la descrizione catastale (l. 21 οἱ δ[φ]εῖλοντες αὐτὰ ἐ[ν] διμήνῳ διδαξάτωσα[ν] ἢ αἱ πρόσσοδοι [κατεχ]έσθωσ(αν)).

In III, 20 segg., per un caso forse analogo al precedente viene ordinato: contro una parte, il sequestro delle rendite; contro l'altra, l'adempimento della prestazione.

In III, 26 segg., la ὑπογραφή ordina la comparizione entro due mesi dei convenuti e il sequestro delle rendite (l. 29 πεμφ[θ]ήτωσαν ἐντὸς μην[ῶ]ν β τῶν προσόδων κατεχομένων).

In IV, 18 segg., il caso è più complesso: pare che in seguito ad un inutile intervento pacificatore dello Stratego in una controversia (forse) di divisione ereditaria (*actio familiae erciscundae*), lo Stratego abbia rinviato i convenuti al tribunale del Prefetto (καταντῆσαι ἐπὶ τὸν λαμπρότατον ἡγεμόνα) ordinando di presentarsi entro un certo termine (ἐν[τὸς] ἡμέραις λ); non avendo i convenuti eseguito l'ordine (καὶ μὴ καταντησάντ(ων) καὶ ἐφιορκίας προστιμ(ηθέντων)) lo Stratego decreta contro di loro una multa, ed ordina la loro comparizione innanzi a sé ed il sequestro delle rendite (ἐφ'ᾧ ὑπεγράφη... [πραχθή]τωσαν τὸ ὀρισμένον καὶ ἐν ἡμέραις λ πεμφθήτωσαν τῶν προσόδων [κατεχο]μένων).

In V, 1 segg., a proposito di una controversia ereditaria la competenza della quale spettava all'ἴδιος λόγος si decide il sequestro (provvisorio) delle rendi-

te dei fondi (di cui si dà la descrizione catastale) fino a quando i convenuti non diano chiarimenti (αἱ πρόσοδοι κατεχέσθωσαν ὡς με διδάξωσιν).

In VI, 21 segg., per un caso di richiesta di scioglimento di una comunione derivata, pare, da una compera comune, si ordina la comparizione dei convenuti entro due mesi con la minaccia di sequestro delle rendite (οἱ ἐνφερόμενοι ἐντὸς μηνῶν β πεμφθήθωσαν ἢ αἱ πρόσοδοι κατασχεθήθωσαν).

In VII, 13 segg., per un caso complesso, la cui competenza giurisdizionale sarebbe spettata all'ἴδιος λόγος, si decide il sequestro delle rendite se entro due mesi i convenuti non diano spiegazioni (ἐὰν μὴ ἐντὸς μηνῶν β διδάξωσιν αἱ πρόσοδοι κατασχεθήθωσαν).

In VII, 39 segg., per una controversia testamentaria si decide il sequestro delle rendite se entro due mesi gli interessati non diano spiegazioni. E le medesime decisioni sono prese in VIII, 6 segg. e VIII, 38 segg.

Orbene: chi è in tutti questi casi l'autore della ὑπογραφή? A noi, dopo quello che abbiamo detto, non appare dubbio: lo Stratego. Se non fosse così, se, cioè, la ὑπογραφή non derivasse dallo Stratego ma dal magistrato giurisdizionalmente competente per la decisione delle singole controversie, le ὑπογραφαί contenute nei casi riferiti sarebbero derivate da varie fonti: precipuamente dal Prefetto, e dall'ἴδιος λόγος. Ma cotesta derivazione è esclusa esplicitamente in IV, 18 segg., ove la nuova ὑπογραφή è proprio fondata sulla disobbedienza ad una precedente ὑπογραφή dello Stratego (mancata comparizione delle parti innanzi al Prefetto); ed è escluso pure esplicitamente in VII, 13 segg., ove per una controversia la cui competenza giurisdizionale era dell'ἴδιος λόγος il convenuto si difende contro lo Stratego (non si saprebbe pensare altri se non quest'ultimo) presentando proprio una ἐπιστολή dell'ἴδιος λόγος.

Su quale fondamento venivano emesse queste ὑπογραφαί?

Evidentemente sul fondamento di una istanza del tipo ἀξίῳ ἀχθῆναι: in tutti i casi esaminati, infatti, si profila quel contraddittorio fra più parti e quel processo – diciamo così – con finalità di composizione che costituisce la caratteristica di questo tipo di istanza.

Se il nostro registro contenesse solamente scritturazioni del tipo sin qui esaminato, la sua natura processuale risulterebbe evidente: ma esso contiene scritturazioni di altro tipo, le quali hanno struttura e scopo diversi. In queste altre scritturazioni, infatti, non si pone una controversia fra due (o più) parti e non si ha di mira la composizione di questa controversia, ma si ha per scopo unicamente la segnalazione di un certo stato irregolare di cose e di una certa irregolare situazione giuridica che potrebbero provocare dei provvedimenti della pubblica autorità.

Eccone esempi.

VI, 28-31 Γαίου Ἰουλίου Καπίτωνος ἔνεκα καταχωρισμοῦ εἰρημένου (leggί ἡρημένου) καὶ ἄλλων ἐν Βασσαχιεῖ παρατο(μῆς) Καθθεΐτων ἐν χωρίῳ λεγο(μένῳ) Ἰοββάχ, τὸ ἐπιβάλλ(ον) αὐτῷ μέρος κτλ. (descrizione catastale).

Il contenuto della scritturazione in esame è il seguente: Gaio Giulio, proprietario di terreni coltivabili, è stato denunziato allo Stratego, non sappiamo da chi, né per quale ragione, con una di quelle denunce καταχωρισμός il cui scopo è quello di segnalare allo Stratego una certa situazione giuridica irregolare, della quale si invita lo Stratego a prendere atto nei suoi registri – traduciamo così καταχωρισμός (cfr. ΜΙΓΓΕΙΣ, *Grund.*, II, 33; *Chrest.*, 109-119: ὅθεν ἐπιδίδωμαι καὶ ἀξιῶ ἐν καταχωρισμῶ γενέσθαι τοῦτο τὸ βιβλίδιον πρὸς τὸ μένειν μοι τὸν λόγον πρὸς τοὺς φανησομένους αἰτίους κτλ.). La nostra scritturazione, perciò, è frutto di una denuncia del tipo indicato, della quale appunto lo Stratego ha preso atto nel suo καταχωρισμός. Quale fosse la irregolarità segnalata, non ci è noto.

I, 13 segg. Εὐδαί[μο]νος ἀκλη(ρονομήτου) τετελευτηκ(ότος) τὰ δηλ(ωθέντα) ἐπικρατεῖσ(θαι) ὑπὸ Ἀλεξάνδρου Νεικίου (segue la descrizione catastale di alcuni immobili).

Questa è indubbiamente una scritturazione conseguente ad una denuncia tipo καταχωρισμός, nella quale si segnalava allo stratego che Alessandro Nicio possedeva (illegittimamente) i beni di Eudemone, morto senza lasciare né eredi testamentari né eredi legittimi. Il fondamento giuridico della denuncia sta nel fatto che i *bona vacantia*, quali sono quelli posseduti da Alessandro Nicio, spettano all'Idios Logos (*Gnomon dell'Idios Logos* – BGU, V; cfr. MEYER, *Jurist. Pap.*, n. 93 §§ 3, 4).

Che qui la denuncia fosse fatta allo Stratego e non all'Idios Logos direttamente (come in altri documenti, proprio per casi analoghi, avviene: vedi P. Cattaoui V, cfr. MEYER, *Archiv. f. Papyrusf.*, III, 86 segg.), non deve meravigliare: allo Stratego vengono inviate ogni genere di istanze, anche quelle intorno alle quali egli non è chiamato a emettere una decisione avente carattere definitivo. Così nel caso in esame, nonostante la questione sia di competenza dell'Idios Logos (al quale, quindi, lo Stratego darà comunicazione della segnalazione a lui fatta), tuttavia la denuncia è diretta – e non senza pratica utilità – allo Stratego. Diciamo non senza pratica utilità, perché lo Stratego sulla base di questa denuncia provvede a decretare subito (in attesa della definitiva decisione dell'Idios Logos) il sequestro delle rendite prodotte dai beni in contestazione.

Quest'ultima circostanza non appare, in verità, nel caso in esame: ma ciò è dovuto al fatto che il papiro è mutilo proprio nel punto ove doveva certamente essere riferita la ὑπογραφή dello Stratego. Ciò è provato dalla scritturazione II, 16 segg., relativa essa pure ad un caso di *bona vacantia*.

II, 16 segg. È stato segnalato allo Stratego da parte di Isidoro Eraclide e dei πράκτορες che erano con lui (si tratta quindi di denuncia fatta da agenti di polizia) che i beni di un certo proprietario morto senza lasciare eredi né legittimi né testamentari si trovano ora in possesso di certe persone, alle quali questo possesso sembra essere derivato in conseguenza di un negozio giuridico (ἡ διαγραφή). Sulla base di questa denuncia lo Stratego emette la ὑπογραφή seguente: οἱ ὁ[φ]

είλοντες αὐτὰ ἐ[ν] διμήνῳ διδαξάτωσαν ἢ αἱ πρόσοδοι κατεχέσθωσ(αν). Anche qui, come nel caso precedente, il fondamento della denuncia e quello della ὑπογραφή sta nel fatto che i *bona vacantia* spettano all'Idios Logos.

V, 13 segg. Φιλάμμωνος Σαραπίωνος γενο(μένου) συναλλαγματογράφου καὶ μὴ καταχωρίσαντος τοὺς συνήθεις λόγ(ους) τοῦ μονογραφείου (segue la descrizione catastale di alcuni immobili).

L'ex notaio (γενομένου συναλλαγματογράφου, cfr. MEYER, *Jurist. Pap.*, p. 341) Filammone Sarapione non ha ottemperato all'obbligo che gl'incombeva d'inviare alla βιβλιοθήκη ἐγκτήσεω i consueti εἰρόμενα (copie dei documenti presso di lui rogati). Ora questo caso è preveduto esplicitamente da una norma del *Gnomon dell'Idios Logos* (§ 100) che commina per le varie ipotesi pene determinate. È naturale quindi supporre che lo Stratego, nell'interesse dell'Idios Logos, avesse qui emesso o si preparasse ad emettere una ὑπογραφή per il sequestro delle rendite dell'ex notaio, provenienti da quei beni di cui nella scritturazione si dà la descrizione catastale.

V, 31 [Νου]μηνίου Ἀμμω[νίου] γενο[μένου] πράκτορος δηλωθ[έν]τος ἀνηπάσθ(αι) ἐν παρατο[μῆ] κτλ. (segue la descrizione degli immobili).

Numenio Ammonio, ex-πράκτωρ, è stato accusato di avere violentemente occupato i fondi di cui si dà la descrizione catastale. La persona del denunziante non appare e non appare neanche quale sia stato il provvedimento preso dallo stratego (tipi analoghi di denunce in MITTEIS, *Chrest.*, 109-114).

VII, 7. Γαύας Ἰθάλατος τοῦ Θινήρτος (εἰ)σαγγελείσης ἐπὶ τῷ μὴ δεόντως ἀντιποιεῖσθαι ὑπάρχοντα Κοίντου Πομπωνίου Δημητριάνου (segue la descrizione catastale degli immobili).

Gava Italate figlia di Tinerte è stata accusata per il fatto di avere illegittimamente aspirato (non sappiamo sopra qual fondamento) ai beni di Quinto Pomponio Demetriano. Questa denuncia potrebbe anche rientrare nel tipo ἀχθῆναι.

Con gli esempi addotti ci sembra che non possa più restar dubbio sulla natura delle scritturazioni: esse riferiscono il conto di denunce che rientrano ora nel tipo ἀχθῆναι, ed ora, forse più frequentemente, in quello καταχωρισμός.

Non possiamo tuttavia passare sotto silenzio che il nostro registro presenta ancora un tipo alquanto diverso di scritturazione contenente solo il nome del proprietario di determinati immobili e la solita descrizione catastale dei medesimi.

Queste scritturazioni sono dodici (I, 4; II, 7; IV, 2 e 7 e 12; VI, 16 e 37 e 44; VII, 1 e 21 e 33 e 37).

Donde sono derivate queste scritturazioni? Quale è il loro scopo? L'esame intrinseco delle singole scritturazioni non offre nessun elemento per una plausibile soluzione di questi due problemi; ma il fatto che esse si trovano in un registro, nel quale il maggior numero di scritturazioni (ventiquattro) si riferisce a denunce pervenute allo Stratego, ci deve fare ammettere che anche queste dodici scritturazioni, come le altre, hanno la loro fonte in una denuncia: certamente esse non erano denunce ἀχθῆναι, ma denunce καταχωρισμός; con

esse i delatori, che son qui assolutamente ignoti, segnalavano allo Stratego, forse per scopi fiscali, la necessità di una *ispezione* dei beni segnalati.

Riassumendo, la nostra conclusione è questa: le scritturazioni contenute in questo registro sono trascrizioni (sunteggiate) di denunce fatte allo Stratego, le quali, per il loro contenuto, si lasciano raggruppare in due tipi ben noti: il tipo della denuncia ἀχθῆναι e il tipo della denuncia καταχωρισμός; l'uno avente ad obbietto l'intervento dello stratego per la composizione di una controversia, l'altro avente solo ad obbietto la segnalazione allo stratego di situazioni irregolari in ordine alle quali egli potrà – se crede – prendere i provvedimenti necessari; quindi il registro, che in tutte le sue scritturazioni ha uno scopo processuale (sia pure non in senso giurisdizionale), si può classificare come registro processuale dello Stratego della Marmarica.

\* \* \*

Dopo che abbiamo distinti e studiati separatamente i due registri diversi che il nuovo papiro vaticano ci ha regalati, ora possiamo rivederli nell'insieme e indagare gli eventuali rapporti. Rapporti cronologici anzitutto; è chiaro infatti che tanto l'uno che l'altro sono posteriori all'ἐπίσκεψις dell'anno 188/189, alla quale entrambi si riferiscono più volte. Nel libro processuale, accanto al quinquennio che serve di riferimento per la valutazione delle rendite, la data che ricorre la più frequente è appunto quella dell'anno 188/89, la quale sta in rapporto con l'iscrizione a catasto degli immobili (II, 16; V, 13; VII, 5; VII, 39; IV, 41; X, 7). Questa data dunque segna una ἐπίσκεψις in base alle risultanze della quale (cfr. passim: ἐκ τῶν μεταδοθέντων ἀπὸ διαλογισμοῦ εἰδῶν) si procedette alla nuova iscrizione a catasto di molti immobili (per esempio, VII, 5: τὰ πρῶτως κοιτασθέντα τῷ λ ἔτει πρὸς ἐπίσκεψιν κθ ἔτους).

Diamo qualche esempio.

VII, 16 Ἀζαμέως Ἐυμήδου, e segue la descrizione di immobili incatastrati nel quinquennio 175/176-179/180, e poὶ καὶ τὰ πρῶτως κοιτασθέντα τῷ λ (ἔτει) πρὸς ἐπίσκεψιν κθ (ἔτους) ἐκ τῶν μεταδοθέντων ἀπὸ διαλογισμοῦ εἰδῶν καθὼς ἐπάνω δεδήλωται.

Abbiamo qui una scritturazione derivata da una istanza καταχωρισμός; in base a questa istanza vengono segnati ἐν τῷ καταχωρισμῷ (cfr. ΜΙΤΤΕΙΣ, *Grundz.*, 33; e il nostro documento VI, 28) i beni di Azameo Eumedo: di questi beni alcuni esplicitamente indicati erano già stati incatastrati nel noto quinquennio, altri, invece, erano stati per la prima volta incatastrati nell'anno 189/90 in seguito alle risultanze della ἐπίσκεψις dell'anno 188/89. La espressione ἐκ τῶν μεταδοθέντων ἀπὸ διαλογισμοῦ εἰδῶν significa a nostro avviso: in base alle risultanze (ἐκ τῶν μεταδοθέντων εἰδῶν) del libro della ἐπίσκεψις (ἀπὸ διαλογισμοῦ). L'altra espressione καθὼς ἐπάνω δεδήλωται rinvia, quindi, a questi εἶδη τοῦ διαλογισμοῦ in cui è fatta la descrizione completa dei fondi.

V, 1-13. Esposizione d'una controversia ereditaria desunta certamente da una istanza ἀχθῆναι (cfr. innanzi p. 31). I beni di cui si ordina il sequestro delle rendite (e che sono, forse, anche oggetto della controversia) sono tanto quelli di cui è data una piena descrizione catastale risalente al quinquennio, quanto quegli altri di cui è detto: l. 12 καὶ τὰ πρῶτως κοιτασθέντα πρὸς ἐπίσκεψιν κθ (ἔτους) ἐκ τῶν μεταδοθ(έντων) ἀπὸ διαλογισμοῦ εἰδῶν καθὼς ἐπάνω δεδῆλωται.

VII, 37-39. Γαίου Ἀρι[σ]τοκράτους, segue la descrizione di alcuni immobili il cui incatastamento risale oltre il quinquennio; e si aggiunge καὶ τὰ κοιτασθέντα πρὸς ἐπίσκεψιν κθ (ἔτους) [ἐκ τ]ῶν μεταδοθέντων ἀπὸ διαλογισμοῦ εἰδῶν (= e i beni incatastati in seguito alla ἐπίσκεψις dell'anno 188/189 sulla base delle risultanze del libro della ἐπίσκεψις).

IV, 41-47. Qui abbiamo la trascrizione di due istanze relative ad una medesima persona: un'istanza ἀχθῆναι fondata sul fatto che la persona denunziata possiede i beni ereditari (incatastati nell'anno 188/89 (?) in base alle risultanze della ἐπίσκεψις) ἐξ ἀλύτου δι[αθή]κης; l'altra καταχωρισμός in cui si segnalano – forse con scopi fiscali – alcuni beni di questa medesima persona che erano già incatastati nel noto quinquennio. Dice: τὰ κοιτασθέντα τῷ κ[θ] (ἔτει) ἀπὸ διαλογισμοῦ εἰδῶν ἐδηλώθ(ησαν) ἐπὶ ὑπάρχ(οντος) ἐπικ(ρατεῖσθαι) ὑπὸ Ἀ[ρίμμαν]τος Μεττιχίωνος ἐξ ἀλύτου δι[αθή]κης τοῦ πατρὸς αὐτοῦ Μεττιχίωνος κλτ. E poi: Ἀρίμμαντος Μεττιχίωνος, con la descrizione di alcuni immobili già incatastati nel quinquennio.

A beni incatastati per la prima volta nell'anno 188/89 si riferisce in un punto (X, 7) anche il libro catastale. E data l'interpretazione da noi proposta di questo libro catastale, che starebbe in immediato rapporto con una ἐπίσκεψις generale compiuta dopo molti anni di trascuranza amministrativa e fiscale, è chiaro che noi siamo portati ad identificare questa ἐπίσκεψις con quella appunto dell'anno 188/89. C'è però una difficoltà: la data del gennaio 191 in col. XII, 12.

Noi crediamo di spiegare questo fatto così: prima che questo libro delle aumentate rendite si potesse compilare per inviarlo al Prefetto, bisognava che tutte le risultanze dell'ἐπίσκεψις 188/89 fossero passate al catasto, e che le controversie (quali ci appaiono infatti nel libro processuale) sorte da denunzie o da sopralluoghi fossero composte. Vediamo, per esempio, in col. VII, 5, che un immobile segnalato dall'ἐπίσκεψις 188/89 fu messo a catasto solo nell'anno seguente 189/90. Tra l'ἐπίσκεψις 188/89 e la consegna di questo libro al Prefetto sarebbe dunque intercorso un biennio, durante il quale nuovi dati, posteriori all'ἐπίσκεψις del 188/89, si poterono aggiungere. La cosa comunque sarebbe inspiegabile, se non pensassimo alle particolari condizioni in cui fu fatta questa revisione generale, dopo un decennio di confusione e di irregolarità, e alle varie contestazioni che certamente ne nacquerò e che ci sono infatti attestate dal libro processuale.

Ci resta infine da chiarire il significato di un'altra espressione che ricorre frequentemente: τὰ πρῶτως τῷ κ ἔτει σημανθέντα. Si noti che mentre l'e-

spressione τὰ πρότως κοιτασθέντα è sempre (eccezione solo in X, 7) seguita dall'altra ἐκ τῶν μεταδοθέντων ἀπὸ διαλογισμοῦ εἰδῶν con la quale viene indicata l'ἐπίσκεψις come fonte dell'incatastamento, l'espressione τὰ πρότως σημανθέντα non porta mai (eccezione in II, 16, ove però σημανθέντα sta forse per κοιτασθέντα) il riferimento ad una ἐπίσκεψις. Non solo; mentre nel primo caso l'incatastamento è riferito sempre all'anno 188/189 come conseguenza della ἐπίσκεψις avvenuta in tale anno, nel secondo caso le *segnalazioni* (o *dichiarazioni*) cadono in anni diversi, quasi tutti anteriori non solo alla ἐπίσκεψις del 188/89 ma anche al quinquennio 175/180 (cfr. IX, 3; IX, 8; IX, 16; VI, 32). Diciamo *segnalazioni* perché ci sembra che σημανθέντα significhi immobili denunciati da privati (o anche, forse, da *delatores*): l'incatastamento di questi immobili ebbe appunto in queste denunce la sua base.

Ciò risulta ben chiaro in II, 6, ove pure non usandosi la espressione σημανθέντα, si richiamano i beni per la prima volta κοιτασθέντα nell'anno 186/87 in conseguenza di una denuncia privata (ἀκολούθως τοῖς γραφεῖσι, cfr. III, 30). Da ciò risulta che l'aggiornamento del catasto era compiuto oltre che mediante le ἐπισκέψεις anche mediante le ἀπογραφαί dei privati (cfr. WILCKEN, *Grundz.*, p. 202). E di qui si ha pure una riprova che tra il 179 e il 188 non ci furono ἐπισκέψεις, perché fra questi termini cronologici non appare mai l'incatastamento di immobili in base all'ἐπίσκεψις, ma solo in seguito a denunce private (come in II, 6).



1932



## UMBERTO RATTI\*

Il 9 maggio 1932 moriva a Bologna, appena ventisettenne, Umberto Ratti, professore ordinario di Istituzioni di Diritto Romano presso quella R. Università.

L'Università di Siena lo aveva avuto come docente nel 1927 quando, dopo l'esito del concorso di Perugia nel quale il Ratti era riuscito primo, il giovanissimo romanista aveva accettato di tenere la cattedra di Pandette.

Lasciò Siena per Pisa nel 1929 e passò, infine, nel 1931 a Bologna ove era rimasta vacante la cattedra di Istitut. di Diritto Romano tenuta sino ad allora da Silvio Perozzi.

E già prima di Siena lo aveva annoverato fra i suoi docenti l'Università di Macerata dove il Ratti, appena, ventenne, tenne per incarico negli anni 1925-1926, 1926-1927 le cattedre di Istituzioni e di Diritto Romano.

Alla scuola di Salvatore Riccobono, prima, ed a quella di Vittorio Scialoja e di Pietro Bonfante, poscia, Ratti aveva formato la sua educazione giuridica e romanistica. Frequentò, infatti, a Palermo i primi anni universitari e si laureò a Roma nel 1924, scegliendo a tesi di laurea un tema – la *Captivitas* – che lo costrinse ad una esplorazione larga per zone vaste del Diritto Romano.

Una caratteristica di questo primo studio, infatti, è data dall'ardimento dell'indagine: il panorama che qui l'autore offre è largo e ricco di interesse. Dall'angolo visuale della *captivitas*, lo sguardo dello studioso abbraccia con una veduta unica istituti vari appartenenti a tutte le branche del diritto privato (I, libertà e cittadinanza; II, patria potestà, tutela, matrimonio; III, possesso, proprietà, obbligazioni; IV, successioni).

Chi ha conoscenza delle difficoltà della ricerca romanistica può misurare l'audacia di una esplorazione così larga. Si offrivano qui problemi delicatissimi di coordinamento fra i rigidi principî dello *ius civile* ed i principî nuovi elaborati dalla giurisprudenza e dal pretore: e da questi problemi relativi al diritto classi-

\* «Studi senesi», XLVI, 1932, pp. 541-544.

co bisognava discendere alla posizione di problemi nuovi pel diritto ultimo: da ciò innestarsi di ricerche filologiche per la determinazione della purezza dei testi.

Riuscì il Ratti a darci una visione vera degli effetti della *captivitas*? Vide il coordinamento fra il diritto civile e quello pretorio? Ebbe ragione di parlare di estinzione e di riviviscenza dei diritti del prigioniero? Certo la critica – e non senza ragione – non mancò di appuntarsi contro le sue conclusioni: ma tutto ciò è, in certo senso, secondario: ciò che resta è la conquista dell'angolo visuale: la *captivitas* resta, per merito del Ratti, un punto di osservazione felice dal quale è possibile scoprire linee nuove e panorami belli nella evoluzione del Diritto romano.

Questo tema della *captivitas* fu, in fondo, il tema preferito dal Ratti: ad esso, in certo senso, ritornò con uno studio – *Rinascita della proprietà in tema di accessione* – pubblicato negli Studi in onore di Pietro Bonfante (vol. I, 266, 302), provocato da una critica del Guarneri Citati agli studi sulla *captivitas*. I problemi che suscita l'*accessione* hanno una fondamentale analogia con quelli che suscita la *captivitas*: quindi i principî risolutivi nell'un tema devono necessariamente valere anche per l'altro.

Anche qui non può dirsi che le conclusioni del Ratti siano accettabili: fra il rigido concetto di *ius civile* della estinzione e quello della riviviscenza bisognava accettare come classica la mediazione della quiescenza: ricorre qui la situazione caratteristica in tutti i campi del diritto privato; sono i concetti della elaborazione pretoria e giurisprudenziale che riescono ad evitare il rigore dello *ius civile*: ciò che è estinto non può rinascere, ecco il principio di *ius civile*; ma se si vogliono al tempo stesso gli effetti pratici di una rinascita senza ricorrere al concetto di riviviscenza può benissimo servire il concetto di *quiescenza*. Ora perché considerare come giustiniano questo concetto che è certamente indice di una finissima sensibilità giuridica e che è fecondo di tanti risultati, teorici e pratici, pel diritto?

Una valutazione più intima dell'apporto giurisprudenziale e pretorio alla evoluzione degli istituti avrebbe certamente corretto non pochi risultati; ma, ripeto, ciò che è bello è quest'apertura nel sistema del diritto classico e giustiniano che mostra allo studioso un panorama ricco di luce.

Quanto agli altri lavori del Ratti, dirò che in essi non mancano risultati sicuri: così quello sul *ius vendendi del creditore pignoratizio* (1927) dimostra con molta chiarezza come lo *ius vendendi*, per tutta l'epoca classica, derivasse sempre dal *pactum* che fiancheggiava normalmente il pegno; l'immanenza di questo elemento al *pignus* è un fenomeno del diritto tardo. Anche l'altro lavoro *sulla accessoria del pegno* (1927) pone in luce con molta nettezza la diversità del regime classico da quello giustiniano.

L'ultimo gruppo di studi – *Note esegetiche dei c. d. frutti percipiendi* (1930); *Sul diritto di godimento del locatario* (1931); *Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano* (1932) – mostra un metodo più fine ed una più intima comprensione della mediazione del diritto pretorio nello sviluppo del diritto romano.

L'antitesi diritto classico – diritto giustiniano è resa sempre meno forte: ciò appare in specie in una recensione allo studio dell'Arangio Ruiz *sulla responsabilità contrattuale* (Archivio Giuridico 1929) ove il Ratti con critica fine si sofferma a lungo sull'antitesi *custodia-dolo* che sta a base del lavoro dell'Arangio. La teoria della colpa, come mediatrice di questa antitesi, è proprio di creazione giustiniana? Il R. non lo crede e con osservazioni tratte da istituti diversi si preoccupa di porre dei limiti alla dottrina dell'Arangio.

Un lavoro a colorito filologico interpolazionistico è quello sull'espressione *movet – quia* (1927).

Questi brevi note sull'attività scientifica del Ratti indicano che la morte di questo giovanissimo romanista ha veramente essiccato una fonte rigogliosa per gli studi.

Ma spingendo lo sguardo dal piano delle cose terrene a quello, che splende nella Sua anima cristiana, delle cose celesti mi raggio di luce soave viene a temperare la mestizia dei cuori nostri: se di là dai confini della terra splende per l'eternità il porto dell'ultima beatitudine, come più soavemente viva è allora all'animo nostro l'immagine sorridente del nostro indimenticabile amico!

Il vespero, così presto venuto per Lui, della giornata terrena sarà sprone a noi a svolgere con alacrità e con amore quella ricerca che Ratti amò e che fece segnare un'orma sicura nella strada comune.



## ‘COMPROMISSUM’ E ‘LITIS CONTESTATIO’ FORMULARE\*

Parallelismo fra ‘litis contestatio’ e ‘compromissum’, p. 189-191. – I. Il ‘compromissum’ classico non è un ‘pactum’, p. 191-195. – II. Struttura classica del ‘compromissum’, p. 195-197. – III. Oggetto del ‘compromissum’, p. 197-202. – IV. ‘Compromissum’ e ‘litis contestatio’ formulare, p. 202-207. – V. Impostazione della controversia entro le formule stipulatorie del ‘compromissum’, p. 207-212. – VI. ‘Arbitrium’ e ‘iudicium’, p. 212-219. – VII. ‘Receptum arbitrii’ e ‘iussum iudicandi’, p. 219-220. – VIII. Dal ‘receptum’ alla ‘sententia’, p. 220-224. – IX. Conclusione, p. 224-226.

Un’opinione che può dirsi unanime in dottrina<sup>1</sup> concepisce il ‘compromissum’ classico quale convenzione (‘pactum’) mediante cui le parti avrebbero sottoposto al giudizio di un terzo (‘arbiter’) la decisione di una lite. Poiché, però, la ‘sententia’ dell’arbitro non obbligava le parti, queste si sarebbero precedentemente obbligate a sottostarvi ricorrendo a due reciproche stipulazioni penali. Le quali, perciò, presupponevano come concluso il ‘compromissum’ e miravano a garantirne indirettamente la pratica efficacia.

\* *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. 2, Castiglia, Palermo 1936, pp. 189-226 (già estratto: Castiglia, Palermo 1932, pp. 189-226).

<sup>1</sup> Cfr. BONFANTE ‘Ist.’<sup>9</sup>, «... quindi è che per vincolarsi con una sanzione si soleva aggiungere al patto la stipulazione di una penale in caso di inosservanza». PEROZZI ‘Ist.’<sup>2</sup>, II, 375; FERRINI ‘Pand.’, 713<sup>3</sup>; COSTA ‘Profilo storico del processo civile romano’, Roma 1918, 199; WENGER ‘Inst. des röm. Zivilprozessrechts’, München 1925, p. 330. Cfr. anche LEIST v. ‘Compromissum’ e WLASSAK v. ‘Arbiter’ n. 1; v. ‘Arbitrium’ n. 1 in ‘Enc. P. Wissowa’; BERGER ‘Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden’, Leipzig 1911, p. 213; e per la letteratura anteriore MATTHIAS ‘Die Entwicklung des röm. Schiedsgerichts’ in ‘Festschrift der Rostocker Juristenfakultät für B. Windscheid’, 1888. Anche il ROTONDI, ‘Scritti giuridici’, I, 284 segg. – cui spetta il merito di avere notata l’origine giustiniana dell’‘exceptio veluti pacti ex compromisso’, considera il compromesso come ‘pactum’ garantito da due stipulazioni penali.

In conseguenza di questa sua natura di 'pactum', il 'compromissum' avrebbe permesso alle parti la più libera impostazione della controversia<sup>2</sup>, senza il ricorso a nessuna di quelle formalità orali e scritte che erano, invece, essenziali nell' 'ordo iudiciorum privatorum'.

Ora cotesta concezione mi sembra fundamentalmente errata: perché il 'compromissum' non è un patto cui siano estrinsecamente aggiunte due stipulazioni penali miranti a garantire gli effetti: esso è, invece, come la sua stessa designazione indica<sup>3</sup>, un negozio formale costituito da due stipulazioni fra loro interdipendenti con cui le parti sottopongono ad un arbitro scelto di comune accordo una loro controversia solennemente delimitata nella formula stessa della stipulazione, obbligandosi ad eseguirne la 'sententia'<sup>4</sup>.

Ciò che ha sviato la dottrina è il fatto che essa, supponendolo unico, ha rivolto costantemente il suo sguardo allo scopo penale delle due stipulazioni: senza accorgersi che accanto ad esso, e anzi prima di esso, queste due reciproche stipulazioni ne ponevano un altro: quello, cioè, di fissare solennemente i termini della controversia sottoposta alla decisione dell'arbitro, in guisa da segnare a costui un programma preciso cui attenersi nel giudicare.

Da questo errore di prospettiva era naturale che dovesse derivare una totale incomprendimento del processo arbitrale: concepito il 'compromissum' quale 'pactum' alla cui natura sarebbe stata conforme una libera impostazione delle controversie, il parallelismo strutturale del processo arbitrale con quello ordinario doveva restare necessariamente nell'ombra<sup>5</sup>. La caratteristica precipua del processo ordinario (orale e scritto) stava, infatti, nella concorde impostazione della controversia secondo certi schemi predeterminati fatta dalle parti: se cotesta impostazione mancava nel 'compromissum', mancava per ciò stesso l'elemento fondamentale che solo avrebbe giustificato l'affermazione del suo parallelismo col processo.

Ora è appunto questo elemento e, quindi, questo parallelismo che noi vogliamo dimostrare.

Perché se risulterà che il 'compromissum' è un negozio formale concluso con due reciproche stipulazioni, mediante le quali le parti solennemente fissano i termini della controversia sottoposta alla decisione dell'arbitro e si obbligano ad eseguirne la 'sententia', il parallelismo perfetto del 'compromissum' con la 'litis con-

<sup>2</sup> WŁASSAK op. cit.

<sup>3</sup> Cfr. 'SC. de Bacchanalibus' I, 13-14 «neve convovise neve conspondise neve compromesise».

<sup>4</sup> Cfr. ora in tal senso BETTI 'Ist.', II, p. 687.

<sup>5</sup> Tale parallelismo è stato dal WŁASSAK avvertito op. cit. p. 409; 'Der Iudikationsbefehl der römischen Prozesse' 'Ak. der Wiss. Wien' 1922 p. 247 segg.; cfr. WENGER op. cit., 330; ma non viene determinato in che esso specificatamente consista; anzi ne viene escluso l'elemento essenziale: l'impostazione solenne, entro schemi predeterminati e tipici, della controversia. Relativamente al parallelismo fra 'compromissum' e 'iudicium' nel diritto giustiniano vedi nota 43.

testatio' non potrà in alcun modo negarsi. Questi due scopi, infatti, sono pure quelli a cui mira la 'litis contestatio': 1) fissare solennemente i termini della controversia in guisa da formare pel giudice un tema preciso di decisione; 2) vincolare le parti (qui, però, direttamente e non indirettamente, con la minaccia della pena, come nel 'compromissum') alla 'sententia' del giudice. E come nella 'litis contestatio' la impostazione solenne della controversia avviene secondo certi schemi già astrattamente predeterminati, così nel 'compromissum' l'impostazione parimenti solenne della controversia doveva avvenire secondo i medesimi schemi.

Il compito nostro è allora nettamente segnato: 1) bisogna anzitutto dimostrare che il 'compromissum' non è un 'pactum', cui si aggiungano estrinsecamente due stipulazioni penali; 2) che esso è un negozio formale concluso mediante due stipulazioni interdipendenti aventi ad oggetto la sottoposizione di una controversia alla decisione di un arbitro ed il reciproco obbligo delle parti ad eseguirne la 'sententia'; 3) che l'impostazione della controversia nella formula stessa delle stipulazioni avveniva secondo schemi identici a quelli che servivano nella 'litis contestatio'.

Dopo la dimostrazione di questo parallelismo fra 'litis contestatio' e 'compromissum' sarà agevole dimostrare il medesimo parallelismo fra gli altri atti attraverso cui si svolge il processo ordinario e quello arbitrale: e, cioè, l'iussum iudicandi' ed il 'receptum arbitrii', la 'sententia' giudiziale e quella arbitrale.

## I.

### IL 'COMPROMISSUM' CLASSICO NON È UN 'PACTUM'

Se il 'compromissum' fosse stato un patto cui venivano estrinsecamente aggiunte due stipulazioni penali, avrebbero dovuto per esso valere i principii esposti da Ulpiano in D. 2. 14. 10 § 1 ('libro quarto ad edictum').

Si pacto subiecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat an ex stipulatu actio. Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse prout elegerit qui stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre<sup>6</sup>.

Cioè, avrebbero dovuto anche dal 'compromissum' sorgere una 'exceptio pacti' derivante dal 'compromissum' come tale (in quanto 'pactum: nuda pactio... parit exceptionem' D. 2. 14. 7 § 4) e un'actio ex stipulatu' derivante dalla stipulazione penale. Ora è assolutamente certo che dal 'compromissum' come tale, in diritto classico, non nasceva 'exceptio pacti'<sup>7</sup>. Lo afferma esplicitamente il medesimo Ulpiano, nel medesimo luogo ('libro quarto ad edictum')

<sup>6</sup> Per gli elementi spuri del testo cfr. 'Index Interpolationum' I 'Suppl.'

<sup>7</sup> Come esaurientemente dimostra il ROTONDI op. cit., p. 284 segg.

D. 4. 8. 2 Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem.

ed esplicitamente pure lo afferma un testo della ‘Consultatio’.

Cons. IX, 17. ‘Item ex corpore Gregoriani’:

Qui contra arbitri sententiam petit, sola in eum poenae actio ex compromisso competit, non etiam exceptio pacti conventi. lib. I. tit. X.

Ora se dal ‘compromissum’ non nasce una ‘exceptio pacti’ ciò significa che esso non è un ‘pactum’ in senso tecnico: e se, per contro, da esso nasce un ‘actio ex stipulatu’ significa che la ‘stipulatio’ è il mezzo col quale il ‘compromissum’ si conclude. O, se si vuole, si può dire che il ‘compromissum’ è una di quelle ‘conventiones’ che ‘transeunt in aliud nomen’ (D. 2. 14. 1 § 4; 7 § 4)<sup>8</sup> è chiaro, però, che queste ‘conventiones’ non hanno rilievo giuridico come tali, ma solo in quanto trasfuse nel corrispondente negozio formale o causale (D. 2. 14. 1 § 4; 7 § 1) di cui assumono la giuridica disciplina. Così la ‘conventio’ che sta a base del ‘compromissum’ assume rilievo giuridico solo in quanto è trasfusa nelle due stipulazioni reciproche da cui il ‘compromissum’ risulta. Se così è, appare evidente sin da ora che l’impostazione della controversia da rimettere all’arbitro, dovendosi conformare alle esigenze della formula stipulatoria, debba essere solenne e che questa impostazione debba seguire certi schemi astrattamente predeterminati ed a priori conoscibili.

Ma non anticipiamo: per ora limitiamoci ad affermare che il ‘compromissum’ non è un ‘pactum’<sup>8bis</sup>.

Questa affermazione sembrerebbe contraddetta dalla menzione di una ‘exceptio pacti’ (‘...veluti pacti exceptione...’) in

Ulpianus ‘libro tertio decimo ad edictum’ D. 4. 8. 13 § 1.

Idem Pomponius scribit, si de meis solis controversiis sit compromissum et de te poenam sim stipulatus, videndum ne non sit compromissum. [Sed cui rei moveatur non video: nam si ideo quia de unius controversiis solum compromissum est, nulla ratio est: licet enim et de una re compromittere: si vero ideo, quia ex altera dumtaxat parte stipulatio intervenit, est ratio. quamquam si petitor fuit qui stipulatus est possit dici plenum esse compromissum, quia is qui convenitur tutus est veluti pacti exceptione, is qui convenit, si arbitro non pareatur, habet stipu-

<sup>8</sup> Nonostante la critica radicale appuntatasi contro il testo citato – cfr. ‘Index’, I, p. 24 e ‘Suppl.’, p. 24 – pure la teoria della ‘conventio’ è tutt’altro che sconosciuta al diritto classico. Cfr. Riccobono ‘Studi Bonfante’.

<sup>8bis</sup> Quando nelle fonti classiche si parla di ‘pactum’ in ordine al ‘compromissum’, ciò si fa per escludere che possa il ‘compromissum’ avere almeno l’efficacia (pretoria) di un ‘pactum de non petendo’ (oltre quella che deriva dalla stipulazione della penale). Cfr. analogamente Gai III, 179.

lationem. sed id verum esse non puto: neque enim sufficit exceptionem habere ut arbiter sententiam dicere cogatur.]<sup>9</sup>.

In sostanza, nel testo in esame si afferma che mentre è possibile la conclusione di un 'compromissum' relativamente alle pretese di una sola delle parti, non è, invece, possibile la conclusione di un 'compromissum' con una sola 'stipulatio'. Un 'compromissum' di tal natura non sarebbe in verità un 'compromissum', al cui concetto sono essenziali le due reciproche stipulazioni delle parti: non avrebbe perciò luogo, in questo caso, a carico dell'arbitro, l'applicazione dell'editto pretorio ('si arbitrium, pecunia compromissa, receperit, eum sententiam dicere cogam'), che presuppone appunto la conclusione regolare del 'compromissum' mediante due stipulazioni. Nel testo si affaccia però il dubbio se non possa l' 'exceptio pacti' (che nasce dal 'compromissum' a favore della parte che non si è garantita con 'stipulatio') essere sufficiente, ai fini dell'intervento pretorio, a sostituire efficacemente la 'stipulatio' mancante. La decisione è negativa. Ora se il testo fosse classico la natura di 'pactum' del 'compromissum' non potrebbe qui essere negata. Senonché già il ROTONDI<sup>10</sup> confrontando questo frammento con quelli precedentemente esaminati e con C. 2. 55. 5 § 2 di Giustiniano ha potuto, senza dubbio alcuno, concludere per la non classicità del testo. L'inciso «veluti pacti exceptione» di D. 4. 8. 13 § 1 proviene dalla stessa mano che ha scritto quell'altro «exceptionem ei veluti pacti generari» di C. 2. 55. 5 pr.

La concezione, quindi, del 'compromissum' quale pactum da cui, prescindendo da qualsiasi stipulazione, derivano 'exceptiones' e 'actiones in factum' (C. 2. 55. 5 pr.) è tipicamente giustiniana. Ed alla stregua di questa concezione vanno interpretati due altri testi essi pure, a mio avviso<sup>11</sup>, indubbiamente alterati.

Ulpianus 'libro tertio decimo ad edictum' D. 4. 8. 11 § 2:

Quod ait praetor: «pecuniam compromissam» accipere nos debere, non si utrimque poena nummaria sed et si alia res vice poenae, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit: et ita Pomponius scribit: [quid ergo si res apud arbitrum depositae sunt eo pacto, ut ei daret qui vicerit, vel ut eam rem daret, si non pareatur sententiae, an cogendus sit sententiam dicere? et puto cogendum tantundem et si quantitas certa ad hoc apud eum deponatur.] Proinde et si alter rem, alter pecuniam stipulanti promiserit, plenum compromissum est et cogetur sententiam dicere.

Si legga il testo, eliminando tutto l'inciso 'quid ergo... deponatur': il senso corre perfettamente: la 'poena', dice Ulpiano, può consistere così in 'pecu-

<sup>9</sup> Per la critica del testo cfr. 'Suppl.', p. 79. Ma nonostante il largo rimaneggiamento cui è andato soggetto, il testo è nella seconda parte sostanzialmente classico.

<sup>10</sup> Op. cit., p. 285 segg.

<sup>11</sup> Che io sappia, la critica non ha appuntato su di essi i suoi sguardi.

nia' come in una 'res'; e può anche aversi il caso che uno prometta una 'poena' in denaro e l'altro una 'poena' consistente in una 'res'.

L'ultima parte del testo si lega perfettamente alla prima: la parte centrale non si lega né con l'una né con l'altra.

Idem 'eod.' § 3:

Interdum ut Pomponius scribit, recte [nudo pacto] fiet compromissum [ut puta] si ambo debitores fuerunt et [pacti] (stipulati) sunt ne petat quod sibi debetur qui sententiae arbitri non paruit.

Se il 'compromissum' non è un 'pactum', è evidente che non può 'nudo pacto fieri compromissum': questa affermazione è contraddittoria come lo sarebbe quest'altra: 'nudo pacto stipulationem fieri'. Né si può salvare l'affermazione, come fa il ROTONDI<sup>12</sup>, pensando a due 'pacta de non petendo' che avrebbero sostituito in questo caso le stipulazioni penali; ciò per la ragione che le stipulazioni penali non sono qualcosa di diverso dal 'compromissum', ma proprio il mezzo col quale esso si conclude. Perciò: o il 'compromissum' ha necessariamente luogo mediante due stipulazioni ed allora dire 'nudo pacto fit compromissum' è affermare cosa in sé contraddittoria; o il 'compromissum' può anche 'fieri nudo pacto' ed allora il 'compromissum' può essere anche un 'pactum'. Ma la concezione del 'compromissum' quale 'pactum' è tipicamente giustiniana: dunque la conclusione è chiara: il fr. 11 § 3 è (come il fr. 11 § 2 ed il fr. 13 § 1) esso pure alterato. Alterazioni di questo genere gli altri testi del 'compromissum' non ne presentano (in D. 4. 8. 32 § 3 va espunto 'pacto') e la ragione c'è: affermato una volta che il 'compromissum' è un 'pactum' e che, quindi, è irrilevante la forma con cui le parti hanno manifestato il loro volere di compromettere la controversia ed hanno questa controversia impostata, non c'era più bisogno di alterare i testi. Si sa, ormai, che le antiche formalità della 'stipulatio' sono eliminate<sup>13</sup>: ciò basta per ricavare un senso nuovo da tutti i testi classici del 'compromissum', senza ricorrere a interpolazioni. Ma è ben chiaro che il nome 'compromissum' non è più per nulla corrispondente alla struttura del nuovo istituto. Qui, come in moltissimi altri campi<sup>14</sup>, è avvenuto nel diritto giustiniano che il nome classico designa un istituto che con quello classico corrispondente non ha nulla di comune (almeno formalmente). Un esempio di ciò può trarsi anche dalla trasformazione del 'iudicium'. Nonostante la identi-

<sup>12</sup> Op. cit., p. 290.

<sup>13</sup> Esempi di compromessi privi della formalità della 'stipulatio' (nonostante il comune ὁμολογεῖν) si trovano in alcuni papiri bizantini. Cfr. BERGER 'Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden', Leipzig 1911, p. 212 segg.

<sup>14</sup> Si ricordino, ad es., tutti gli istituti caratteristici del processo formulare: 'iudicium', 'litis contestatio' ecc. passati con ben altra significazione da quella originaria nel diritto giustiniano. Ciò, del resto, valga anche per gli istituti più salienti del diritto ereditario ('testamentum', 'legatum', etc.).

tà del nome, lo 'iudicium' giustiniano ha una struttura 'toto caelo' diversa da quella caratteristica che esso aveva nel diritto classico.

## II.

### STRUTTURA CLASSICA DEL 'COMPROMISSUM'

Se dunque il 'compromissum' non è un 'pactum' in senso tecnico, poiché tuttavia esso ha a suo fondamento una 'conventio' fra le parti compromittenti, ne deriva che deve trattarsi di uno di quei 'pacta' che 'transeunt in aliud nomen', che, cioè, prendono giuridica consistenza mediante la loro trasfusione in un negozio tipico<sup>15</sup>. Ora questo negozio tipico è, qui, la 'stipulatio'. L'accordo che le parti compiono per rimettere alla decisione di un terzo una loro controversia prende rilievo giuridico pel tramite della 'stipulatio'. Senonché una sola 'stipulatio' non può bastare; perché abbia luogo un 'compromissum' è necessario che tutte le parti compromittenti si obblighino a stare alla 'sententia' dell'arbitro cui viene sottoposta la controversia: di qui la necessità che vi siano tante stipulazioni quante sono le parti che compromettono. Tutte codeste stipulazioni, però, non sono fra loro senza rapporto: ché anzi esse sono elementi di un negozio unico che è appunto il 'compromissum'. Il nome 'compromissum' deve la sua etimologia proprio a questa pluralità di stipulazioni (due o più) unite da un fine comune e interdipendenti fra loro<sup>16</sup>. La struttura classica del 'compromissum', perciò, è quella di un negozio formale, bilaterale o plurilaterale, concluso mediante due o più stipulazioni con cui le parti sottopongono una loro

<sup>15</sup> Vedi nota 7.

<sup>16</sup> Le stipulazioni compromissorie sono interdipendenti e costituiscono un negozio unico: il 'compromissum'. Ora è dal 'compromissum' in quanto negozio unico che discendono gli effetti propri di questo istituto: così le parti sono obbligate a sottostare alla 'sententia' dell'arbitro solo se hanno concluso un 'compromissum', se, cioè, si sono reciprocamente obbligate con 'stipulatio'; l'arbitro che abbia accettato l'ufficio di giudicare ha l'obbligo di emettere la 'sententia' solo se si tratta di un 'compromissum' validamente concluso; il tema della decisione va desunto dal 'compromissum' che costituisce per l'arbitro il programma del suo giudizio; questi ed altri effetti vengono appunto dalle fonti ricollegati al 'compromissum', cioè a quel negozio solenne, concluso mediante reciproche stipulazioni, con cui due o più parti portano alla decisione di un arbitro una loro controversia obbligandosi a rispettare la 'sententia'. Insomma il 'compromissum' ha la medesima struttura unitaria della 'litis contestatio': anche quest'ultima può essere concepita come risultante da una duplice stipulazione con cui le parti fissano i termini della controversia e si obbligano a sottostare alla 'sententia' del giudice. Il WŁASSAK 'Die Litiskontestation im Formularprozess', Leipzig 1889, p. 29 dice esplicitamente che l'atto del convenuto indicato con l'espressione 'iudicium accipere' sta. «zu dem 'litem contestari' des Klägers in ähnlichem Verhältnis, wie etwa das 'promittere' zum 'stipulari'». Tutto ciò ci costringe a dissentire su questo punto da quanto ebbe a comunicarci amabilmente per lettera il prof. Biondo BIONDI. Per l'unicità del 'compromissum' vedi ora l'adesione del BETTI 'Ist.', II, p. 687 segg.

controversia alla decisione di un arbitro da esse scelto, obbligandosi reciprocamente a rispettare la 'sententia'.

Questa struttura stipulatoria del 'compromissum' ha a suo favore prove decisive.

Anzitutto questa: che tutti i numerosi testi in cui è parola del 'compromissum' hanno sempre riferimento, diretto od indiretto, alle stipulazioni che lo costituiscono. Fanno eccezione a questa regola i tre testi che abbiamo nel capitolo precedente esaminati: ma, come abbiamo visto, essi sono indubbiamente alterati.

La ragione di questo unanime riferimento dei testi alle stipulazioni compromissorie va ricercata nel fatto che la struttura stipulatoria del 'compromissum' è quella presupposta nell'editto del pretore, dai commentarci del quale quei testi derivano.

Ora l'editto del pretore suonava appunto così:

QUI ARBITRIUM PECUNIA COMPROMISSA RECEPERIT EUM SENTENTIAM DICERE COGAM (cfr. D. 8. 3 § 2; Lenel 'Ed.' 3, 131).

Il presupposto, perciò, per l'intervento pretorio è che vi fosse stato un 'compromissum' (D. 4. 8. 11 § 1 *arbitrum autem cogendum non esse sententiam dicere, nisi compromissum intervenerit*); e un 'compromissum' c'era solo quando ambedue le parti si fossero reciprocamente obbligate mediante 'stipulatio' a stare alla 'sententia' dell'arbitro. (D. 4. 8. 11 § 2, § 3; D. 4. 8. 13 § 1). Pertanto è evidente che l'arbitro non poteva essere costretto a giudicare allorché vi fosse stata una sola 'stipulatio' (D. 4. 8. 11 § 4 *Item Julianus scribit non cogendum arbitrum sententiam dicere si alter promiserit alter non*). Lo stesso è a dirsi allorché fosse avvenuta l'acceptilatio di una delle due promesse: anche in questo caso non si potrebbe più parlare di 'compromissum' (D. 4. 8. 13 pr. *Pomponius ait, et si alteri accepto lata sit poena compromissi, non debere eum compelli sententiam dicere*) e, quindi, non si potrebbe più costringere l'arbitro a 'dicere sententiam'.

L'affermazione, poi, che il 'compromissum' presupponga per esistere le stipulazioni reciproche delle parti e che non sarebbe per tale esistenza sufficiente la stipulazione di una sola parte è esplicitamente contenuta nel seguente testo:

Ulpianus 'libro tertio decimo ad edictum' D. 4. 8. 13 § 1.

*Idem Pomponius scribit, si de meis solis controversiis sit compromissum et de te poenam sim stipulatus, videndum ne non sit compromissum.*

La questione posta è la seguente: c'è 'compromissum', allorché esso ha per oggetto le pretese di una sola parte e sia stato concluso con una sola 'stipulatio'? La soluzione è questa: il 'compromissum' c'è anche quando esso è relativo a controversie di una sola parte: non c'è, invece, quando 'ex altera dumtaxat parte stipulatio intervenit'.

*Sed cui rei moveatur, non video: nam si ideo, quia de unius controversiis solum compromissum est, nulla ratio est; licet enim de una re com-*

promittere; si vero ideo, quia ex altera dumtaxat parte stipulatio intervenit, est ratio<sup>17</sup>.

Anche relativamente al modo di estinzione il 'compromissum' rivela inequivocabilmente la sua struttura stipulatoria. Infatti fra i modi di estinzione del 'compromissum' viene indicata anche l' 'acceptilatio' (D. 4. 8. 32 § 3 ... *compromisso soluto die morte acceptilatione iudicio [pacto]*)<sup>18</sup>. Questo dimostra che il 'compromissum' è un negozio 'verbis contractum', perché 'non potest verbis tolli quod non verbis contractum est' (D. 46. 4. 8 § 3; cfr. D. 46. 4. 14; D. 46. 3. 80; D. 50. 17. 35. etc.).

Ed una conseguenza, infine, della struttura stipulatoria del 'compromissum' si ha nel fatto che in esso riceve applicazione un principio caratteristico della 'stipulatio': quello secondo cui 'tot sunt stipulationes quot res' (D 45. 1. 1 § 5; 29 pr.; 75 § 9; 140). Anche nel 'compromissum', allorché esso abbia ad oggetto più controversie fra loro non unite da unità di causa, si può dire che 'tot sunt compromissa quot controversiae' (D. 4. 8. 21 pr ... *si de pluribus controversiis sumptus est arbiter nihil sibi communibus quasi plura sunt compromissa*).

### III.

#### OGGETTO DEL 'COMPROMISSUM'

Lo scopo del 'compromissum' è quello di dirimere estragiudizialmente una controversia (di cui vengono nel compromesso fissati i termini), sottoponendola al giudizio di un arbitro la cui 'sententia' le parti si obbligano a rispettare.

Il contenuto, perciò, delle stipulazioni che le parti si scambiano, è duplice: 1) anzitutto esso pone i termini esatti della controversia creando così per l'arbitro un programma preciso cui attenersi nel giudicare; 2) poscia esso determina la sanzione dell'obbligo che le parti assumono di stare alla 'sententia' dell'arbitro: questa sanzione ha, normalmente, per oggetto una 'poena' pecuniaria.

Il 'compromissum' costituisce, perciò, per l'arbitro, il paradigma del suo giudizio.

Paulus 'libro tertio decimo ad edictum' D. 4. 8. 32 § 15.

*De officio arbitri tractantibus sciendum est omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum: nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi ut efficere possit cautum est: non ergo quod libet statuere arbiter poterit nec in qua re libet, nisi de qua re compromissum est et quatenus compromissum est.*

Idem eod. D. 4. 8. 32 § 21.

<sup>17</sup> Per la critica del testo vedi la nota 9.

<sup>18</sup> 'patto' è insitizio: esso rispecchia la nuova concezione.

Arbiter nihil extra compromissum facere potest et ideo necessarium est de die compromissi proferenda: ceterum impune iubenti non parebitur.

Ulpianus 'libro tertio decimo ad edictum' D. 4. 8. 21 § 4.  
Item si arbiter poenam ex compromisso peti vetuerit, in libro trigesimo tertio apud Pomponium scriptum habeo non valere: et habet rationem quia non de poena compromissum est.

Paulus 'libro tertio decimo ad edictum' D. 4. 8. 32 § 17.  
Item si iubeat sibi (arbiter) alium (arbitrum) coniungi, cum id in compromisso non sit, non dicit sententia: nam sententia esse debet de re compromissa: de hoc autem compromissum non est.

Ciò che i testi citati affermano concordemente è che il 'compromissum' debba offrire all'arbitro un programma preciso cui egli possa e debba attenersi nell'emettere la 'sententia'<sup>19</sup>.

Cotesto programma dovendo risultare 'ex ipso compromisso' deve, in conseguenza, essere solennemente determinato nella formula stipulatoria che le parti compromittenti pronunziano.

Questa formula, perciò, deve constare di varie clausole con cui le parti impostano la controversia determinando anche i poteri dell'arbitro. Riservando al capitolo V l'esame delle clausole mediante le quali le parti, seguendo certi schemi tipici, impostano la controversia, vediamo ora qualcuna delle altre possibili clausole relative ai poteri conferiti dalle parti all'arbitro.

Anzitutto è da dire che la scelta dell'arbitro deve risultare, come il programma della controversia a lui sottoposta, 'ex ipso compromisso': sarebbe nulla una nomina che fosse avvenuta altrimenti<sup>20</sup>. È questo il senso della espressione «compromittere in aliquem» che le fonti usano costantemente.

- D. 4. 8. 7 pr. ... in servum Labeo compromitti non posse...
- D. 4. 8. 7 § 1 ... si in Titium et servum compromissum sit...
- D. 4. 8. 9 pr. ... si in servum compromittatur...
- D. 4. 8. 9 § 1 ... neque in pupillum neque in furiosum aut mutum compromittetur.
- D. 4. 8. 9 § 2 ... in se compromitti iubere...
- D. 4. 8. 17 § 5 ... si in duos fuerit sic compromissum... (cfr. §§ 6, 7).
- D. 4. 8. 19 pr. ... si sic fuit in arbitrum compromissum...

<sup>19</sup> Cfr. WŁASSAK 'Die klassische Prozessformel', 'Akad. der Wiss. in Wien Philosoph-hist. Klasse Sitzungsberichte' 202 B. 3<sup>a</sup> Abh. 1924, p. 151 «Wie das Kompromiss so muss auch die Formel die unverbrüchliche Grundlage sein für die Prüfung und Entscheidung des Rechts-handels». V. anche p. 149.

<sup>20</sup> Nota in ciò il perfetto parallelismo con la 'iudicis datio' della 'formula'. Cfr. WŁASSAK 'Iudicationsbefehl', p. 106 segg.

D. 4. 8. 32 § 16 ... vel in se, vel in alium compromittendum...

Questo altresì è il senso dell'altra espressione «arbiter ex compromisso».

D. 4. 8. 13 § 3 ... arbiter ex compromisso.

D. 4. 8. 33 ... arbiter ita ex compromisso sumptus...

D. 4. 8. 50 ... arbiter ex compromisso sumptus... (cfr. D. 5. 1. 81).

E così dicasi dell'espressione «compromissarius iudex».

D. 4. 8. 41 Cum lege Julia cautum sit ne minor viginti annis iudicare cogatur nemini licere minores viginti annis compromissarium iudicem eligere.

È inoltre esplicitamente attestato che l'arbitro deriva dal 'compromissum' l'ufficio di giudicare ('arbitrium in compromisso personae insertum') ufficio che viene a lui conferito 'intuitu personae' e che non potrebbe, perciò, essere da lui ad altri delegato.

Ulpianus 'libro vicensimo octavo ad Sabinum' D. 4. 8. 45.

In compromissis arbitrium personae insertum personam non egreditur (cfr. D. 45. 1. 43).

Come, dunque, dal 'compromissum' deriva all'arbitro la facoltà di giudicare, così dal medesimo 'compromissum' gli viene segnato il giorno in cui egli deve emettere la 'sententia' ('dies compromissi'). Il sopravvenire di questo 'dies' determina 'ipso iure' l'estinzione del compromissum.

Paulus 'libro tertio decimo ad edictum' D. 4. 8. 32 § 3.

... compromisso soluto die morte acceptilatione iudicio [pacto].

Cfr. D. 4. 8. 13 § 3; D. 4. 8. 21 § 5.

Normalmente però viene concessa all'arbitro la facoltà di prorogare il 'dies compromissi': concessione, cotesta, che ha luogo mediante l'inserzione di una clausola adeguata nel 'compromissum'.

Paulus 'libro tertio decimo ad edictum' D. 4. 8. 32 § 21.

Arbiter nihil extra compromissum facere potest et ideo necessarium est adici de die compromissi proferenda.

Ulpianus 'libro tertio decimo ad edictum' D. 4. 8. 25 § 1.

Haec autem clausola «diem compromissi proferre» nullam aliam dat arbitro facultatem quam diem prorogandi. (Cfr. D. 4. 8. 33; D. 4. 8. 50; D. 4. 8. 21 § 5; D. 4. 8. 39 § 1 etc.)

Così quando le parti con un unico 'compromissum' abbiano voluto conferire all'arbitro il compito di giudicare di tutte le controversie fra di loro esistenti questo conferimento deve risultare 'ex ipso compromisso' mediante l'inserzione della clausola «de rebus omnibus controversiisve» (D. 4. 8. 21 § 6; D. 4. 8. 43). E allorché in un unico 'compromissum' le parti abbiano rimesso alla decisione dell'arbitro più controversie, la questione se l'arbitro debba emettere una o più decisioni e se debba emetterle in uno stesso giorno, va risolta avendo riguardo al contenuto ed al tenore del 'compromissum' (D. 4. 8. 21. pr.; D. 4. 8. 25 pr. § 1).

Anche per determinare il luogo in cui si svolgerà l'arbitrium, bisogna aver riguardo al 'compromissum': ('eum locum compromisso inesse de quo actum sit ut promitteretur' D. 4. 8. 21 § 10). Che se non appaia 'de quo loco actum sit' varrà il luogo 'ubi compromissum est' (D. id.).

Tutte coteste clausole concernono, come si vede, i poteri dell'arbitro: esse gli segnano i limiti che deve osservare affinché il suo giudizio riesca vincolante per le parti<sup>21</sup>. Esamineremo nel cap. V i termini secondo cui le parti impostano la controversia e, quindi, gli schemi tipici (e le clausole correlative) che presiedono a tale impostazione: intanto sin da ora può dirsi che risulti evidente la necessaria coincidenza fra 'compromissum' e 'sententia' (D. 4. 8. 32 § 15; 21 § 4; 32 § 17). L'arbitro, come dice Papiniano, deve emettere la sua decisione 'secundum formam compromissi' (D. 4. 8. 42).

Però questa necessaria corrispondenza della 'sententia' al 'compromissum' non deve giungere sino a predeterminare all'arbitro quale debba essere nel merito il contenuto della decisione: un 'compromissum' di tal natura conterrebbe un 'arbitrium' nullo (D. 4. 8. 19 pr. et ideo si sic fuit in arbitrum compromissum, ut certam sententiam dicat, nullum esse arbitrium... Iulianus scribit). Tale sarebbe il caso di un 'compromissum' secondo il quale Scio (l'arbitro) debba sentenziare ciò che piace a Tizio: 'et puto' (dice Paolo) 'tale arbitrium non valere, in quo libera facultas arbitri sententiae non est futura'. (D. 4. 8. 17 § 3; cfr. §§ 4, 5, 6).

Abbiamo visto come scopo del 'compromissum' sia quello di rimettere alla decisione di un privato una controversia solennemente determinata dalle parti mediante due (o più) reciproche stipulazioni. Orbene: quale è la ragione per cui questa solenne determinazione della controversia è affidata alla 'stipulatio'? Quella di far derivare dal 'compromissum' un'azione – l'actio ex stipulatu' – che ne garantisca la pratica efficacia. Poiché dalla 'sententia' dell'arbitro non può derivare la 'res iudicata' e, quindi, l'actio iudicati, era naturale che le parti cercassero un mezzo giuridico capace di sostituire l'actio iudicati mancante (C. 2. 55. 1). Impostata la controversia entro lo schema della 'stipulatio' esse ottenevano un duplice scopo: 1) quello di dare a tale controversia una impostazione precisa che costituisse – come lo 'iudicium' – un programma netto di processo per l'arbitro; 2) quello di far derivare dal 'compromissum' un'azione che ne garantisse in concreto la pratica efficacia. A questo fine le parti si promettevano reciprocamente di pagare una 'poena' consistente in danaro (D. 4. 8. 3 § 2; 11 §§ 1 sgg.), o anche in una 'res' (D. 4. 8. 11 § 2 sgg.) pel caso che esse non avessero ad ottemperare alla 'sententia' dell'arbitro. Ma l'obbligo po-

<sup>21</sup> Ciò che si dice dell'arbitro si può ripetere pel 'iudex': ambedue ripetono i loro poteri dal conferimento che ne fanno loro le parti mediante il 'compromissum' o la 'litis contestatio'. Cfr. WŁASSAK 'Die klassische Prozessformel', p. 151 «An sie ('formula') müssen die Parteien so auch der Privatrichter strengstens gebunden sein: und er nicht weniger als der Arbitrator ans kompromiss».

teva anche consistere nella semplice promessa di stare alla 'sententia' dell'arbitro. (D. 4. 8. 27 § 7).

Orbene: questa promessa specifica di una 'poena' o quella generica di stare alla 'sententia' dell'arbitro non è qualche cosa di staccato dal 'compromissum' che estrinsecamente vi si aggiunga per garantirne in concreto l'efficacia<sup>22</sup>: è la necessaria conseguenza della struttura stipulatoria di questo negozio. Poiché il 'compromissum' viene concluso mediante stipulazioni reciproche, è naturale che tali stipulazioni mettano capo a reciproche promesse.

Se a giudizio di Lucio Tizio risulterà che tu mi debba dare cento, prometti di darmi questi cento? – Se non starai alla 'sententia' prometti di darmi cento?

Ecco cosa diranno – su per giù – le parti nella formula stipulatoria. Il 'compromissum' non è, quindi, né un 'pactum' cui si aggiungano due o più stipulazioni penali, né, all'opposto, solamente il momento, diciamo così, conclusivo ed obbligatorio delle stipulazioni (la reciproca promessa di stare alla 'sententia' o di pagare una 'poena'). Se le fonti pongono in particolare rilievo quest'ultimo momento delle stipulazioni compromissorie, considerando come valido 'compromissum' quello in cui vi sia stato fra le parti lo scambio di promesse reciproche (D. 4. 8. 11 §§ 1, 2 sgg.; D. 4. 8. 13 pr. § 1) e derivando addirittura il nome 'compromissum' da questo momento conclusivo delle stipulazioni (D. 4. 8. 3 § 2; 11 § 2), ciò è dovuto al fatto che questo momento finale della 'promissio' è il momento specifico della 'stipulatio'. Ma la 'promissio' non è, qui, indipendente dalla causa cui aderisce e dalla quale è, anzi, condizionata; essa avrà efficacia solamente allorché l'arbitro abbia emesso una 'sententia' conforme al programma tracciato dalle parti nella formula stessa della 'stipulatio' ed ai poteri mediante la medesima formula conferitigli.

Il 'compromissum' allora consta di vari momenti che gli sono tutti essenziali e che sono fra di loro coordinati in vista di un unico fine; la decisione estragiudiziale della controversia. In vista di questo fine per l'appunto le parti, mediante reciproche stipulazioni, *a*) determinano anzitutto solennemente il tema della controversia da sottoporre alla decisione di un arbitro, *b*) eleggono l'arbitro, *c*) gli conferiscono determinati poteri, *d*) si assoggettano alla sua 'sententia'.

#### IV.

#### 'COMPROMISSUM' E 'LITIS CONTESTATIO' FORMULARE

Ormai il parallelismo fra 'litis contestatio' formulare e 'compromissum' deve risultare evidente. Quale è, infatti, lo scopo della 'litis contestatio' e quali sono i mezzi che vengono predisposti per attuarlo? Quello di dirimere una contro-

<sup>22</sup> V. quanto diciamo alla nota 1.

versia: e a questo fine le parti *a)* fissano anzitutto i termini della controversia da sottoporre alla decisione di un terzo; *b)* eleggono questo terzo; *c)* gli conferiscono il potere di condannare o di assolvere; *d)* si assoggettano alla sua 'sententia'<sup>23</sup>.

Come si vede, si ha qui sostanzialmente il medesimo fine ed i medesimi mezzi che ritroviamo nel 'compromissum': con questa differenza, però, che le reciproche stipulazioni del 'compromissum' vengono qui sostituite dallo scambio della 'formula' ('dare et accipere iudicium')<sup>24</sup> e che la redazione del 'iudicium', nonostante sia atto di parte, avviene con l'approvazione e, all'occorrenza, anche con la cooperazione del magistrato<sup>25</sup>. Ma queste differenze estrinseche non toccano per nulla l'identità intrinseca di struttura dei due istituti. Infatti il 'dare et accipere iudicium' della 'litis contestatio' è atto sostanzialmente identico a quello che le parti compromittenti compiono pronunziando la formula stipulatoria ed assoggettandosi a stare alla 'sententia' dell'arbitro<sup>26</sup>. Ciò è dimostrato dal fatto che col 'dare et accipere iudicium' si producono effetti identici a quelli che si produrrebbero se le parti, come nel 'compromissum', pronunziassero oralmente i 'verba' della formula ed oralmente si assoggettassero alla 'sententia' del giudice<sup>27</sup>. Né la identità intrinseca dei due istituti è distrutta dal fatto che nell'uno e non nell'altro vi è la cooperazione del magistrato. Tale cooperazione, infatti, si riferisce al momento che precede la 'litis contestatio', perché nel momento della 'litis contestatio' la 'formula' in cui essa si documenta è da considerarsi come l'espressione esclusiva della volontà delle parti<sup>28</sup>. E del resto una cooperazione analoga di terzi non manca nel 'compromissum': per impostare esattamente la controversia e per determinare quindi il contenuto ed i 'verba' della formula stipulatoria era necessario che le parti fossero assistite dai loro giuristi

<sup>23</sup> Punti, codesti, tutti nettamente stabiliti nelle opere del WLASSAK: cfr. precipuamente 'Litiskontestatio', p. 36 segg.; Die klass. Prozessf.' passim; 'Iudikationsbefehl' passim. Cfr. anche WENGER 'Inst.', 165 e ora BETTI 'Ist.', II, p. 702.

<sup>24</sup> WLASSAK 'Litisk.', p. 23 segg. e passim.

<sup>25</sup> WLASSAK 'Die klass. Prozessf.', p. 57 segg.; WENGER 'Inst.', 165; 'Praetor und Fornel' 'Sitzungsberichte der Bayer. Akad. der Wiss. Philoph. ist. klasse', 1926 – estr. p. 8 segg.; BETTI 'Ist.', II, 702 segg.

<sup>26</sup> WLASSAK 'Litisk.', p. 29 ove l' 'accipere iudicium' è equiparato alla 'promissio' di una 'stipulatio'.

<sup>27</sup> Esprimono nettamente il nostro pensiero le parole del BETTI 'Ist.', II, 690 «Anche nella 'litis contestatio' formulare, se provassimo a figurarci soppresso il documento della lite e costretti i litiganti a manifestare oralmente l'accordo nei 'concepta verba, vedremmo che essi dovrebbero tradurre in discorso diretto e scinderlo in due distinte dichiarazioni recettizie, rivolte a vicenda da ciascuno all'avversario, proprio come nel 'compromissum'. Se, viceversa, provassimo a figurarci fuse in una sola dichiarazione e consacrate in un documento le due promesse stipulatorie onde consta il 'compromissum', ecco che il loro contenuto si tradurrebbe naturalmente in discorso indiretto, proprio come nella formula». Vedi nota 38.

<sup>28</sup> WLASSAK 'Litisk.', p. 61.

(ciò che avviene anche nella 'litis contestatio')<sup>29</sup>: ma è chiaro che questa cooperazione non può che riferirsi al momento precedente la pronunzia della formula stipulatoria: perché la pronunzia di tale formula non esprime che la esclusiva volontà delle parti compromittenti. Né si adduca contro la identità strutturale da noi affermata la mancanza dell'effetto consuntivo nel 'compromissum' (D. 4. 8. 30), effetto, invece, caratteristico della 'litis contestatio' (Gai. IV, 10; III, 181)<sup>30</sup>. La ragione di questa diversità va ricercata in ciò, che mentre nella 'litis contestatio' le parti trasfondono nel rapporto processuale proprio la stessa obbligazione controversa facendone assorbire l'oggetto, (SI PARET N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> SEST. X MILIA DARE OPORTERE IUDEX N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA SI NON PARET ABSOLVE) dal 'compromissum' nasce invece una nuova obbligazione il cui oggetto è diverso da quello della obbligazione compromessa: qui le parti si promettono reciprocamente una 'poena'. Già per questa diversità di oggetto le stipulazioni compromissorie non producono novazione del rapporto obbligatorio compromesso e lasciano, così, alle parti, nonostante il 'compromissum', la possibilità di ricorrere ad un 'iudicium' (D. 4. 8. 30). Ora questa diversità fra 'litis contestatio' e 'compromissum' non altera la identità strutturale dei due istituti. La impostazione della controversia avviene nell'un caso e nell'altro alla stessa maniera; nell'un caso e nell'altro le parti si obbligano a stare alla 'sententia' dell'arbitro; solo che quest'obbligo ha per sanzione nella 'litis contestatio' l'efficacia vincolante della stessa 'sententia', mentre nel 'compromissum' ha per sanzione una 'poena'. E del resto questa medesima diversità fra 'litis contestatio' e 'compromissum' sparisce nei casi in cui il rapporto in controversia non sia un rapporto obbligatorio, o si tratti di un rapporto tutelato con azione pretoria, o si tratti di un 'iudicium imperio continens' (Gai IV, 106, 107).

La teoria che afferma la natura contrattuale della 'litis contestatio'<sup>31</sup> può ora trovare in questa identità strutturale della 'litis contestatio' col 'compromissum' un altro decisivo argomento di prova. Come nel 'compromissum' le parti (con l'aiuto dei giuristi) impostano la controversia nella formula stipulatoria segnando all'arbitro un programma preciso cui attenersi nel giudicare, e si assoggettano – mediante reciproca 'promissio' – alla 'sententia' dell'arbitro (dove, la na-

<sup>29</sup> WLASSAK 'Die klass. Prozessformel', p. 25 segg.

<sup>30</sup> Uno degli indici più decisivi per l'identità strutturale fra 'stipulatio' e 'litis contestatio' (come ci proponiamo di dimostrare in un prossimo studio).

<sup>31</sup> WLASSAK 'Litiskont.' passim. Come abbiamo detto alla nota 5 il WLASSAK ha qua e là intuito che fra 'compromissum' e 'litis contestatio' dovesse esserci parallelismo (cfr. 'Iudikationsbefehl', p. 247; 'Prozessformel', p. 149, 151; 'RE, P. Wiss.', p. 409; v. anche WENGER 'Inst.', 330). Orbene: una volta provata non solo l'esistenza di un generico parallelismo, ma proprio di un parallelismo nella struttura e negli atti fondamentali dei due procedimenti, la natura contrattuale della 'litis contestatio' risulterà necessariamente provata dalla natura contrattuale dell'atto ad essa parallelo: il 'compromissum'.

tura contrattuale del negozio), così nella 'litis contestatio' le parti (con la cooperazione dei loro giuristi e del magistrato) impostano la controversia nel 'iudicium' col quale segnano al giudice il tema del suo giudizio, e si assoggettano – mediante lo scambio della formula – alla sua 'sententia'.

Questo parallelismo fra 'litis contestatio' e 'compromissum' oltre che dagli argomenti sopra addotti, è altresì provato da esplicite affermazioni delle fonti.

Relativamente, infatti, agli effetti giuridici della 'litis contestatio' e del 'compromissum' compiuti dai Legati prima o dopo l'assunzione della legazione e in ordine ai negozi compiuti prima o durante il loro ufficio, le fonti pongono alcuni principii che valgono tanto per l'uno che per l'altro istituto. Così per una questione di questo genere relativa al 'compromissum' si fa ricorso a quello che avviene in una questione simile in caso di 'litis contestatio'.

Paulus 'libro tertio decimo ad edictum' D. 4. 8. 32 § 9.

Item si qui Romae compromiserit, mox Romam in legationem venerit, non est cogendus arbiter sententiam dicere, non magis quam cogeretur, si litem ante contestatus esset, nunc eam exercere: nec interest tunc quoque in legatione fuerit an non<sup>32</sup>.

La fattispecie è la seguente: se alcuno (un provinciale) abbia fatto un compromesso a Roma e sia poscia tornato a Roma in qualità di Legato, il compromesso non avrà ulteriore svolgimento – cioè, l'arbitro non sarà dal pretore costretto a 'dicere sententiam' – alla stessa maniera come non avrebbe ulteriore svolgimento una 'litis contestatio' fatta nelle medesime condizioni. Né interessa il fatto che al momento della conclusione del 'compromissum' o della 'litis contestatio' il provinciale si fosse trovato a Roma in qualità di Legato (qualità poi dimessa e poscia nuovamente ripresa).

Questa soluzione viene ricavata, appunto, per analogia, dai principii che regolano il c. d. 'ius domum revocandi' concesso soprattutto ai legati contro i quali si volesse instaurare una lite ('legatis in eo quod ante legationem contraxerunt... revocandi domum suam ius datur' D. 5. 1. 2 § 3). In base a questi principii i legati che si trovavano a Roma non potevano essere costretti a 'iudicium suscipere' (contestare la lite)<sup>33</sup> relativamente ai negozi conclusi a Roma stessa 'ante legationem' ('... qui licet ibi contraxerunt, dummodo ante legationem contraxerunt, non compelluntur se Romae defendere, quamdiu legationis causa hic demorantur' D. 5. 1. 2 § 4).

<sup>32</sup> A proposito di D. 4. 8. 32 § 9 dobbiamo dire che si tratta di un testo ove non mancano parecchie inesattezze formali: ma la presenza in esso di elementi indubbiamente genuini relativi alla procedura formulare e la sua coincidenza coi principii di questa procedura (cfr. D. 5. 1. 2 §§ 3-6 relativo al 'ius domum revocandi') ci assicurano della sua sostanziale classicità.

<sup>33</sup> WŁASSAK 'Litisk.', p. 31 segg.; e pei significati varii di 'iudicium' cfr. 'Röm. Prozessgesetze', I, 72 segg.

Dai medesimi principii viene ricavata la soluzione dell'altro caso: che, cioè, si tratti di 'compromissum' o di 'litis contestatio' conclusi durante la legazione.

Idem eod. sed si nunc in legatione compromittat, puto cogendum arbitrum sententiam dicere, quia et si iudicium sponte accepisset, cogetur peragere.

Dice Paolo che se il 'compromissum' sia avvenuto 'in legatione' l'arbitro potrà essere costretto a 'dicere sententiam'. La ragione di ciò il giurista la desume da quel che avverrebbe in un caso analogo nella contestatio'. Se il legato, infatti, 'iudicium sponte accepisset cogetur peragere'.

Anche questa soluzione viene ricavata dai principii che regolano il c. d. 'ius revocandi' concesso ai legati: questo diritto, infatti, è concesso solo relativamente ai negozi conclusi 'ante legationem' ('... dummodo ante legationem contraxerunt' D. 5. 1. 2 § 4) e non, perciò, per quelli conclusi 'in legatione'.

Sorse però dubbio, fra i giuristi romani, se questi principii dovessero senz'altro applicarsi pel fatto solo che si fosse trattato di un 'compromissum' o di una 'litis contestatio' conclusi 'in legatione' a prescindere dalle circostanze ('ante legationem' o 'in legatione') in cui fu concluso il negozio che formò oggetto del 'compromissum' o della 'litis contestatio'.

Idem eod. sunt tamen qui de isto non recte dubitant: qui utique nullo modo dubitabunt, si de ea re in legatione compromisit, quam in legatione contraxit quia et iudicium eo nomine accipere cogetur.

Dunque il dubbio è eliminato ('nullo modo dubitabunt') solo relativamente ai negozi conclusi in legatione: ed è eliminato per la ragione che per tali negozi il Legato potrebbe esser costretto a concludere con l'attore una 'litis contestatio' ('quia et iudicium eo nomine accipere cogetur'). Quanto ai negozi conclusi 'ante legationem', ma per i quali ebbe luogo 'in legatione' un compromesso o una 'litis contestatio' il giurista, che personalmente non nutre dubbi sulla disciplina di questo caso ('puto cogendum arbitrum'), lascia intravedere la disparità di opinione degli altri giuristi.

Un altro dubbio, pure agitato fra i giuristi romani, concerne il primo dei casi esaminati: quello di un 'compromissum' concluso 'ante legationem'. Che il legato non possa essere costretto allo svolgimento ulteriore del 'compromissum' e che, quindi, l'arbitro non possa essere dal pretore costretto a 'dicere sententiam' è chiaro; ma cosa è da dire allorché sia non la controparte a chiedere lo svolgimento regolare del compromesso, ma lo stesso legato? Sarà, in questa ipotesi, l'arbitro costretto a 'dicere sententiam'?

Idem eod. illud in prima specie potest dispici, an, si ante compromisit legatus, cogendus sit arbiter, sententiam dicere, si ipse legatus postulet: quod prima ratione poterit videri iniquum ut in ipsius potestate sit.

Per risolvere la questione si ricorre qui pure ai principii che regolerebbero in caso simile la 'litis contestatio'. Potrebbe in tal caso il legato costringere la

controparte a concludere con lui la 'litis contestatio' (cioè, volendo, potrebbe il legato, come attore, 'formulam dictare' al convenuto)? Lo potrebbe: dunque – nonostante l'apparente iniquità del fatto che sia permessa l'iniziativa del legato e non quella della controparte – sarà concessa al legato la 'postulatio' per costringere l'arbitro ad emettere la sentenza relativa al 'compromissum' concluso 'ante legationem'.

Idem eod. sed hoc tale erit, quale si actionem (formulam)<sup>34</sup> velit dictare. quod facere ei licet [sed compromissum istud comparabimus ordinariae actioni ut] non alias [audiatur desiderans ut arbiter sententiam dicat,] quam si (adversarius) se defendat<sup>35</sup>.

Dunque al 'legatus' è permessa la 'postulatio' giacché gli sarebbe permesso l'esperimento dell'azione: ma – dato questo parallelismo di disciplina fra 'compromissum' e 'litis contestatio' – come non è possibile l'instaurazione di una lite senza il consenso del convenuto, allorché costui 'negat se defendere'<sup>36</sup> rifiutando di 'accipere iudicium' (D. 50. 17. 52; cfr. D. 5. 1. 63 etc.), così non sarà efficace la 'postulatio' del legato senza il consenso dell'altra parte ('non alias audiatur desiderans ut arbiter sententiam dicat, quam si adversarius se defendat').

Dopo l'esegesi di questo testo di Paolo<sup>36bis</sup>, la nostra tesi del perfetto parallelismo fra 'compromissum' e 'litis contestatio' non deve più suscitare alcun dubbio. Se i giuristi romani disciplinano il 'compromissum' ricorrendo ai principi della 'litis contestatio' la ragione non può essere che questa: che questi due istituti possiedono identità di struttura ed identità di fine<sup>37</sup>.

Identità di struttura, in quanto si tratta di negozi parimenti solenni, aventi natura di accordo conclusi pel tramite di una formula (scritta<sup>38</sup> nella 'litis contestatio' orale nel 'compromissum') in cui le parti determinano solennemente una controversia che rimettono alla decisione di un terzo ('iudex', 'arbiter'), cui si obbligano a sottostare.

Identità di fine, in quanto lo scopo della 'litis contestatio' e quello del 'compromissum' è quello di comporre, dietro accordo delle parti, una lite.

<sup>34</sup> Cfr. 'Index Suppl.', I, p. 81.

<sup>35</sup> Pur essendone classica la sostanza, il testo presenta certo molte scorrettezze di forma: forse gli incisi ['sed – ut'] ['audiatur – dicat'] sono sunti del testo classico fatti dai compilatori in conformità alla identificazione, quanto agli effetti, del 'compromissum' con 'iudicium' (v. nota 44).

<sup>36</sup> 'iudicio se defendere' è espressione classica con cui si indica l'attività processuale del convenuto in ordine alla 'litis contestatio'. Wlassak 'Litisk.', 39.

<sup>36bis</sup> Cfr. pure D. 15. 1. 3 §§ 10, 11 ove il parallelismo fra 'compromissum' e 'litis contestatio' è nettamente indicato nella identica disciplina giuridica dei due istituti.

<sup>37</sup> Vedi ora in questo senso BETTI 'Ist.', II, 687.

<sup>38</sup> La scrittura non è, però, elemento essenziale della formula. KÜBLER 'Philologische Wochenschrift', 1926, p. 375; cfr. anche WŁASSAK 'Prozessf.', p. 5; BETTI v. 'Formula' in 'Enciclopedia', Trecc., Ist., 702.

## V.

## IMPOSTAZIONE DELLA CONTROVERSIA ENTRO LE FORMULE STIPULATORIE DEL 'COMPROMISSUM' ('COMPROMISSUM' E 'ARBITRIUM')

Poiché il 'compromissum' viene concluso mediante due (o più) stipulazioni, e poiché la formula della stipulazione deve tracciare all'arbitro i limiti esatti della controversia, è naturale che la impostazione di questa entro tale formula avvenga secondo certi schemi tipici diversi fra loro secondo la diversa natura della lite.

Quali sono questi schemi tipici? La risposta a me non pare dubbia: è chiaro che se bisogna impostare entro una formula stipulatoria una controversia, si ricorrerà agli stessi schemi che servono per l'impostazione delle liti nella 'litis contestatio'. Lo 'iudicium' non contiene, in sostanza, che i 'verba' di una formula stipulatoria tradotti in discorso indiretto. Se le parti anziché limitarsi a 'dare et accipere iudicium' pronunziassero oralmente, traducendoli in discorso diretto, i 'verba' della formula<sup>39</sup>, obbligandosi esplicitamente a stare alla sentenza del giudice; avremmo un vero 'compromissum': e, viceversa, se si traducesse per iscritto, in discorso indiretto, la formula stipulatoria del 'compromissum', avremmo un vero 'iudicium'.

L'esattezza di quanto diciamo va desunta oltre che da quel che abbiamo detto sulla identità strutturale fra 'compromissum' e 'litis contestatio' anche da vari altri argomenti.

Abbiamo già visto come 'non quod libet statuere arbiter poterit, nec in qua re libet nisi de qua re compromissum est et quatenus compromissum est' (D. 4. 8. 32 § 15). La sentenza dell'arbitro obbliga le parti e, quindi, rende efficace la 'stipulatio' in caso d'inosservanza di essa, solo quando si riferisce alla 'res compromissa' ('sententia esse debet de re compromissa' D. 4. 8. 32 § 17). Da ciò deriva che l'arbitro può e deve tenere conto solo delle pretese dalle parti espresse nel compromesso (D. 4. 8. 43)<sup>40</sup>. Ora per procedere alla impostazione della controversia nella formula stipulatoria, è necessario che la conclusione del

<sup>39</sup> Del resto non è priva di fondamento l'ipotesi secondo cui fra le parti sarebbe avvenuto – nel processo formulare – un vero scambio di dichiarazioni recettizie (tradotte poi in terza persona nella 'formula'). Cfr. SCHLOSSMANN 'Litis Contestatio', Leipzig 1905, p. 163 segg. Certo, Gaio offre in vari punti clausole formulari redatte in prima o seconda persona (IV, 53c; IV, 59; IV, 64; IV, 126) e clausole così redatte offrono pure numerosi testi delle Pandette. SCHLOSSMAN op. cit., p. 168.

<sup>40</sup> In un primo tempo noi stessi avevamo pensato appunto che il 'compromissum' si concludesse in una formula scritta ('arbitrium') che offrisse all'arbitro – come lo 'iudicium' al giudice – un programma preciso per giudicare. In questo caso il 'compromissum' sarebbe stato in tutto identico alla 'litis contestatio' (supponendo per quest'ultima la struttura indicata nella nota precedente). Qualunque sia l'opinione che si abbia per questa ultima tesi, è certo che il confronto, nel senso indicato nel testo, fra 'iudicium' e 'compromissum' è rivelatore per l'identità strutturale fra i due istituti. Cfr. ora BETTI 'Ist.', II, 690 (v. nota 27).

‘compromissum’ (come quella della ‘litis contestatio’) sia preceduta da trattative fra le parti miranti a raggiungere l’accordo sul contenuto della formula stipulatoria, come sul contenuto dell’‘iudicium’<sup>41</sup>. E a quest’uopo, nell’un caso e nell’altro, sarà identico il compito dei giuristi delle parti<sup>42</sup>: trovare una formula nella quale siano nettamente sintetizzati i termini della lite.

Ora quale ragione ci sarebbe a credere diversa una formula siffatta nel ‘compromissum’ o nella ‘litis contestatio’? Si potrebbe dire: lo ‘iudicium’ è redatto in termini solenni perché è necessario che esso esprima il contratto fra le parti in una forma conveniente all’impegno che la ‘Civitas’ prende di far decidere la lite; nel compromesso, invece, la struttura privatistica sopravvive intatta<sup>43</sup>. Ma io rispondo: non è forse vero che anche entro la formula stipulatoria del compromesso bisogna necessariamente impostare con termini solenni la controversia? E allora che motivo ci sarebbe di impostarla in maniera diversa da quella che si adopera per lo ‘iudicium’? L’impostazione in termini solenni non è una conseguenza dell’intromissione o meno della ‘Civitas’: è una conseguenza della natura formale dei due negozi.

Alla luce di queste due considerazioni assume rilievo un testo che potrebbe sembrare – mentre non è – interpolato<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Cfr. WLASSAK, *Litisk.* p. 61.

<sup>42</sup> Cicerone ‘de leg.’ I, 4, 14 assegna ai giuristi il compito di comporre le formule delle ‘stipulationes’ e dei ‘iudicia’. Cfr. WLASSAK ‘Prozessformel’, 38; e come esempio molto istruttivo di questa attività dei giuristi romani valga la formula stipulatoria di Gallo Aquilio, *Ist.* III, 29, § 2; *D.* 46. 4. 18 § 1.

<sup>43</sup> L’osservazione mi è stata fatta (per lettera) dal prof. ARANGIO RUIZ a proposito della tesi da me in un primo tempo sostenuta relativamente alla esistenza nel compromesso di una vera ‘formula’ (vedi nota 40). Ora anche non essendo necessario giungere sino alla ammissione di tale formula (v. peraltro la nota 40; ed ammettendo che i «verba stipulationum» comprendessero tutti i dati essenziali a fissare esattamente l’oggetto della controversia ed i poteri dell’arbitro” (ARANGIO RUIZ), resta tuttavia il fatto che entro la formula stipulatoria la controversia viene impostata come entro la formula processuale.

<sup>44</sup> Certo la formulazione di *D.* 4. 8. 1 riesce comoda ai giustiniani che mirano ad equiparare, quanto agli effetti, procedimento arbitrale e procedimento ordinario (*C.* 3. 1. 14). Ma nonostante questa visibile preferenza dei compilatori per il testo in esame (interpolato in fine cfr. ‘Index’, I, 62) l’espressione ‘compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur’ è classica. E, infatti, intorno a questo parallelismo fra ‘compromissum’ e ‘iudicium’ convergono, sia pure da punti di vista radicalmente diversi, tanto i classici quanto i giustiniani. Per i classici il ‘compromissum redigitur ad similitudinem iudiciorum’ perché esso, come il ‘iudicium’, mira a portare alla decisione di un privato una controversia solennemente impostata secondo i medesimi schemi tipici in uso per il ‘iudicium’. Il parallelismo, quindi, fra ‘compromissum’ e ‘iudicium’ sta, nel diritto classico, precisamente nella struttura dei due negozi: esso viene meno, però, negli effetti (producendo l’uno e non l’altro la ‘res iudicata’). Nel diritto giustiniano, invece, il compromesso ‘iudicium imitatur’ (*C.* 3. 1. 14) proprio in ordine agli effetti, in quanto si mira a ricondurre alla decisione arbitrale l’effetto vincolante della sentenza: il parallelismo strutturale, per contro, è venuto meno col cadere delle forme tipiche secondo le quali nel diritto classico venivano costruiti ‘compromissum’ e ‘iudicium’. Cfr. *Nov.* 82 cap. II. Il fatto, quindi, che soltanto nel diritto giustiniano si cerca di at-

Paulus 'libro secundo ad edictum' D. 4. 8. 1.

Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur [et ad finendas lites pertinet.].

Paolo qui chiaramente afferma che la formula stipulatoria del 'compromissum' viene redatta come quella dei 'iudicia'; e che, perciò, sono identici gli schemi tipici secondo cui vengono impostate le controversie tanto nel 'compromissum' che nella 'litis contestatio'. Ed eccone un esempio.

Scaevola 'libro secundo digestorum' D. 4. 8. 44.

Inter Castellianum et Seium controversia de finibus orta est ut arbitratu eius res terminetur: ipse sententiam dixit praesentibus partibus et terminos posuit: quaesitum est, an, si ex parte Castelliani arbitro paritum non esset, poena ex compromisso commissa est. respondi. si arbitro paritum non esset in eo, quod utroque praesente arbitratus esset, poenam commissam.

Fra Castelliano e Seio è stato fatto un 'compromissum finium regundorum' in base al quale l'arbitro ha emesso la 'sententia' determinando quali siano i confini di cui si controverte. Se da parte di Castelliano non vi è stata ottemperanza alla sententia dell'arbitro, potrà Seio agire contro di lui per ottenere la 'poena'? La risposta non può essere che positiva: se l'arbitro ha sentenziato entro i limiti del compromesso ed ha emesso la 'sententia' presenti ambedue le parti, Seio potrà agire contro Castelliano.

Orbene: quale sarà stata la formula stipulatoria di questo 'compromissum'? Non ci sembra di sbagliare se per ricostruirla ricorriamo allo schema dello 'iudicium finium regundorum'. Ciascuna parte si sarà rivolta all'altra con la seguente formula:

QUOD LUCIUS TITIUS ARBITER DE FINIBUS FUNDORUM  
MEVIANI ET SEMPRONIANI REGUNDIS ELECTUS EST UT  
ARBITRATU EIUS INTRA KALENDAS IANUARIAS QUANTUM  
MIHI ET TIBI ADIUDICARI OPORTET ADIUDICETUR, SI  
EX PARTE TUA ARBITRI SENTENTIAE PARITUM NON ERIT  
QUANTI EA RES ERIT TANTAM PECUNIAM DARI SPONDESNE?  
(D. 4. 8. 28)<sup>45</sup>.

Così un 'compromissum communi dividundo' avrà avuto una formula stipulatoria del seguente tenore:

trarre nell'orbita della 'iurisdictio' il compromesso estendendovi taluni principii soprattutto per quanto riguarda gli effetti della 'sententia' dell'arbitro che vengono assimilati a quelli della 'res iudicata' (BIONDI) non esclude per nulla l'altro, ben diverso ma più essenziale, parallelismo esistente nel diritto classico fra 'compromissum' e 'iudicium'. Questo duplice parallelismo costituisce la chiave per l'intelligenza dei testi della compilazione giustiniana relativi al compromesso.

<sup>45</sup> Questa ricostruzione del 'compromissum finium regundorum' è condivisa dal BETTI 'Ist.', II, 688<sup>1</sup>. Per la 'formula' dell'actio f. r.' cfr. LENEL. 'Ed.'<sup>3</sup>, 211.

QUOD LUCIUS TITIUS ARBITER DE FUNDO CAPENATE COMMUNI DIVIDUNDO ELECTUS EST UT ARBITRATU EIUS INTRA KALENDAS IANUARIAS QUANTUM MIHI ET TIBI ADIUDICARI OPORTET ADIUDICETUR, SI EX PARTE TUA ARBITRI SENTENTIAE PARITUM; NON ERIT, QUANTI EA RES ERIT TANTAM PECUNIAM DARI SPONDESNE?

Relativamente ad una controversia cui corrispondeva una 'condictio' le formule stipulatorie del 'compromissum' saranno state così concepite:

*a)* da parte del creditore: SI PARET ARBITRATU LUCII TITII TE MIHI X MILIA SESTERTIUM DARE OPORTERE X MILIA SESTERTIUM DARI SPONDESNE?

*b)* da parte del debitore: SI ARBITRATU LUCII TITII NON PARET ME TIBI X MILIA SESTERTIUM DARE OPORTERE SI EX PARTE TUA ARBITRI SENTENTIAE PARITUM NON ERIT X MILIA SESTERTIUM DARI SPONDESNE?

Per un 'compromissum' corrispondente ad una 'rei vindicatio' si saranno avute formule così concepite:

*a)* da parte dell'attore: SI PARET ARBITRATU LUCII TITII FUNDUM CAPENATEM Q. D. A. MEUM ESSE EX IURE QUIRITIUM NISI IS FUNDUS MIHI RESTITUATUR QUANTI EA RES ERIT TANTAM PECUNIAM DARI SPONDESNE?

*b)* da parte del convenuto: SI ARBITRATU LUCII TITII NON PARET FUNDUM CAPENATEM Q. D. A. TUUM ESSE EX IURE QUIRITIUM, SI EX PARTE TUA ARBITRI SENTENTIAE PARITUM NON ERIT QUANTI EA RES ERIT TANTAM PECUNIAM DARI SPONDESNE?

Un 'compromissum' di tal natura è quello di cui ci dà notizia Papiniano (libro secundo responsorum) D. 4. 8. 42.

Arbiter intra certum diem servos restitui iussit, quibus non restitutis poenae causa fisco secundum formam compromissi condemnavit; ob eam sententiam fisco nihil acquiritur [sed nihilo minus stipulationis poena committitur, quod ab arbitro statuto non sit obtemperatum].

La formula stipulatoria che nel testo si presuppone è presumibilmente questa: SI PARET SERVOS STICHUM ET PANPHILUM QUIBUS DE AGITUR MEOS ESSE EX IURE QUIRITIUM SI ILLI HOMINES MIHI INTRA KALENDAS IANUARI ARBITRATU LUCII TITII NON RESTITUANTUR QUANTI EA RES ERIT TANTAM, PECUNIAM FISCO POPULI ROMANI DARI SPONDESNE?

Attenendosi rigorosamente al 'compromissum' ('secundum formam compromissi') l'arbitro, dopo avere invano ordinato la restituzione degli schiavi condannò la parte inadempiente a pagare una certa somma al fisco: or bene: aveva il fisco, per effetto di questa 'sententia', acquistato il diritto al pagamento della 'poena'? No, perché questo diritto avrebbe dovuto nascere

da una 'stipulatio' a favore di terzi la cui inefficacia era indubbia per diritto classico (Gai III, 103; D. 50. 17. 173 § 4; D. 45. 1. 110 pr.; 38 § 17 ma intp.). La chiusa del testo è interpolata in conformità al principio giustiniano secondo cui devesi aver riguardo alla volontà effettiva di compromettere che le parti ebbero.

Dunque, entro la formula della stipulazione la controversia da compromettere veniva impostata secondo quegli stessi schemi tipici sulla cui falsariga venivano anche impostate le liti da contestare mediante i 'iudicia'.

Orbene: a questa formula si riferiscono le fonti allorché parlano di 'arbitrium' scambiandolo anche con 'compromissum'. È vero, come vedremo, che 'arbitrium' ha, come 'iudicium'<sup>46</sup>, significati varii: ma uno di questi, il precipuo, è appunto quello che indica la impostazione della controversia entro la formula stipulatoria del compromesso. In questo senso le fonti parlano dell' 'arbitrium' come dell'oggetto del 'compromissum': così in D. 4. 8. 21 § 5: nec secundi compromissi (arbitr) arbitrium receperit... in D. 4. 8. 19 § 1: ...si de pluribus rebus sit arbitrium receptum...<sup>47</sup>.

'Arbitrium' indica la controversia impostata entro la formula stipulatoria e regolarmente 'compromissa' allo stesso modo come 'iudicium' indica la controversia impostata entro la formula e regolarmente contestata. In questo senso il pretore parla di 'arbitrium pecunia compromissa' (D. 4. 8. 3 § 2). 'Recipere arbitrium' (D. 4. 8. 3 § 1; 3 § 2; 13 § 2; 19 § 1; 19 § 2; 21 § 5 etc.) significa appunto accettare di esser arbitro in una controversia impostata entro le formule stipulatorie di un 'compromissum': tanto è vero che non sarebbe 'recipere arbitrium' (e, quindi, non fonderebbe a carico dell'arbitro l'obbligo ad emettere la sentenza) l'accettare di essere l'arbitro di una controversia non impostata mediante le stipulazioni compromissorie (D. 4. 8. 11 § 1 arbitrum autem cogendum non esse sententiam dicere nisi compromissum intervenerit).

'Arbitrium' e 'compromissum' stanno nello stesso rapporto in cui stanno 'iudicium' e 'litis contestatio': sono due profili del medesimo negozio; perché mentre il nome 'compromissum' ha piuttosto riferimento (come quello di 'litis contestatio') al momento obbligatorio della 'compromissio', il nome 'arbitrium' (come quello di 'iudicium') ha, invece, riferimento al tema di decisione dalle parti solennemente determinato.

È questa la ragione per cui nelle fonti si parla indifferentemente di 'arbitrium' e di 'compromissum' scambiando fra loro i due termini (D. 4. 8. 17. 3 ...si ita sit compromissum puto arbitrium non valere; D. 4. 8. 19 pr. ...si sic fuit in arbitrum compromissum ... (puto) nullum esse arbitrium).

<sup>46</sup> Wlassak 'Röm Prozessgesetze', I, 72 segg.; II, 357 segg.

<sup>47</sup> Wlassak 'RE P. Wiss.', 409.

## VI.

## ‘ARBITRIUM’ E ‘IUDICIUM’

Ormai il parallelismo di ‘arbitrium’ e ‘iudicium’, come quello di ‘compromissum’ e ‘litis contestatio’, appare perfetto. E questo parallelismo è tanto di struttura quanto di funzione. Di struttura, perché nell’uno e nell’altro la controversia è impostata in termini solenni, sulla falsariga di schemi comuni e quindi mediante clausole comuni; di funzione, perché tanto l’uno che l’altro hanno lo scopo di determinare solennemente il contenuto dell’accordo delle parti relativamente alla controversia contestata o compromessa, segnando al giudice o all’arbitro un programma preciso cui attenersi nell’emettere la ‘sententia’.

Come abbiamo già detto (cap. IV), l’‘arbitrium’ non è altro che lo ‘iudicium’ tradotto oralmente in discorso diretto, mentre lo ‘iudicium’ non è che un ‘arbitrium’ tradotto in iscritto in discorso indiretto.

Da ciò derivano conseguenze importanti: anzitutto questa: che sulla falsariga dei ‘iudicia’ che noi conosciamo possiamo ricostruire gli ‘arbitria’ corrispondenti; e, viceversa, dai tipi di ‘arbitria’ che le fonti lasciano intravedere possiamo ricostruire i corrispondenti ‘iudicia’.

Purtroppo la caccia alle formule che i compilatori hanno compiuto nella elaborazione dei Digesti, non ci permette di offrire un tipo di ‘arbitrium’ – e lo stesso dicasi per ‘iudicium’ – integralmente ricavato dalle fonti giustiniane: ma i resti di quest’opera distruttrice sono pure rimasti e da essi è possibile ricavare, come abbiamo già fatto nel capitolo precedente, le linee salienti della struttura di un ‘arbitrium’.

I tipi fondamentali di ‘arbitria’, ricavati dai corrispondenti tipi di ‘iudicia’, sono stati già esposti nel capitolo precedente: qui vorrei brevemente esaminare un tipo speciale di ‘arbitrium’: il c. d. ‘arbitrium’ o ‘compromissum plenum’ (come le fonti costantemente dicono)<sup>48</sup>. Di esso conosciamo solamente la clausola che indica la pienezza di questo compromesso: con essa le parti esprimono sinteticamente il loro accordo intorno alla compromissione di tutte le controversie fra loro esistenti: “De omnibus rebus controversiisve” (D. 4. 8. 21 § 6, D. 4. 8. 43).

Ma questo ‘compromissum plenum’ com’era concepito? Quali erano le altre clausole che esso conteneva oltre quella trascritta?

Esaminiamo, per rispondere a queste domande, alcuni testi. Anzitutto, Ulpianus ‘libro tertio decimo ad edictum’ D. 4. 8. 21 § 6.

Plenum compromissum appellatur quod «de rebus controversiisve» compositum est: nam ad omnes controversias pertinet [sed si forte de una re sit disputatio, licet plenum compromissum factum sit, tamen ex ceteris causis actiones superesse: id enim venit in compromissum, de quo ac-

<sup>48</sup> ROTONDI ‘Scritti’, I, 289<sup>1</sup>.

tum est ut veniret. sed est tutius, si quis de certa re compromissum factururus sit, de ea sola exprimere in compromisso.]<sup>49</sup>.

Già alla prima lettura del testo si nota un'insanabile incoerenza fra la prima e la seconda parte di esso: Prima si afferma che è 'plenum' il 'compromissum' che contiene la clausola «de rebus etc.» e che esso 'ad omnes controversias pertinet'; poi si dice che, tuttavia, se il 'compromissum' fa menzione di una sola controversia, nonostante la clausola del 'plenum compromissum', esso va considerato come 'compromissum de una re'. Ma basta soffermarsi un momento sulla sola fisionomia formale di questa seconda parte del testo per notarne il carattere spurio. Un 'plenum compromissum de una re' è una contraddizione in termini. La decisiva prevalenza, poi, che qui si afferma della volontà effettiva rispetto ai 'verba' della volontà dichiarata, è di fattura, seppure non esclusivamente, tuttavia prevalentemente giustiniana. L'«id quod venit in compromissum» va determinato oggettivamente, dalle clausole del 'compromissum', come l'«id quod venit in iudicium»<sup>50</sup>, non dalla volontà soggettiva delle parti. 'Actiones superesse', infine, suppone 'actiones non superesse' per le controversie effettivamente compromesse. Ma ciò non è vero per diritto classico (D. 4. 8. 30) ed è vero solamente, a cagione dell'efficacia paralizzante dell'«exceptio veluti pacti ex compromisso» (C. 2. 55. 5 pr.), per diritto giustiniano<sup>51</sup>.

A mio avviso, Ulpiano dopo avere affermato che il 'plenum compromissum ad omnes controversias pertinet' seguitava esponendone l'intera formula.

Quale fosse questa formula noi non possiamo purtroppo determinare con certezza, perché anche qui, come al solito, essa fu eliminata dai compilatori. Ma crediamo di non sbagliare se crediamo di ricostruirla sulla falsariga della 'stipulatio' novatoria di Gallo Aquilio (D. 46. 4. 18 § 1. Inst. III, 39 § 2).

QUOD DE REBUS OMNIBUS CONTROVERSIISVE LUCIUS  
TITIUS ARBITER ELECTUS EST UT ARBITRATU EIUS QUANTUM  
ARBITRARI OPORTET ARBITRETUR (?) QUID QUID TE MIHI EX  
QUACUMQUE CAUSA DARE FACERE OPORTET OPORTEBIT  
PRAESENS IN DIEMVE, QUARUMQUE RERUM MIHI TECUM  
ACTIO QUAEQUE ABS TE PETITIO VEL ADVERSUS TE  
PERSECUTIO EST ERITVE, QUODQUE TU MEUM HABES  
TENES POSSIDES POSSIDERESVE EX DOLOVE MALO FECISTI

<sup>49</sup> Cfr. GUARNERI CITATI 'B. I. D. R.', XXXIII (1923), 220 che considera intp. l'inciso finale 'sed est - compromisso'.

<sup>50</sup> È sopra questo principio che si fondano tanto la necessità della 'praescriptio' nella formula (Gaio IV, 130) quanto, in genere, tutte le altre disposizioni miranti alla esatta determinazione della pretesa dedotta nel 'iudicium'. I limiti di questa pretesa vanno appunto stabiliti oggettivamente, sulla base delle clausole contenute nella formula, non interpretando soggettivamente la volontà delle parti. Sul significato di 'rem in iudicium deducere' parallelo a quello di 'rem in stipulationem deducere' cfr. WŁASSAK 'Litiskont.', 20 segg.

<sup>51</sup> ROTONDI op. cit.

QUO MINUS POSSIDEAS QUANTI QUAEQUE EARUM RERUM  
RES ERIT TANTAM PECUNIAM DARI SPONDESNE?

Se, infatti, la formula aquiliana serviva per novare (e poi accettare) tutti i rapporti giuridici esistenti fra due persone, perché non poteva e doveva servire anche per comprometterli? Tanto in caso di novazione, infatti, che in caso di compromesso bisognava impostare entro lo schema di una formula stipulatoria i rapporti che ne costituivano l'oggetto. Ora nulla ci vieta di affermare che la formula stipulatoria del 'compromissum plenum' avesse una struttura identica a quella della stipulazione aquiliana. Dichiariamo anzi di più: il 'compromissum plenum' non è che una filiazione della 'stipulatio' di Aquilio.

Tenendo presente tutto ciò, possiamo ora correttamente interpretare il seguente testo di Scevola ('libro primo responsorum' D. 4. 8. 43).

De rebus controversiisve omnibus compromissum in arbitrum a Lucio Titio et Maevio Sempronio factum est, sed errore quaedam species in petitionem a Lucio Titio deductae non sunt nec arbiter de his quicquam pronuntiavit: quaesitum est an species omissae peti possint. respondit peti posse nec poenam ex compromisso committi.

Fra Lucio Tizio e Mevio Sempronio venne concluso un 'compromissum plenum'; però, per errore, Lucio Tizio non dedusse nella formula stipulatoria tutte le «species» ('errore quaedam species a Lucio Titio deductae non sunt') che, invece, data la tipicità di tale formula, avrebbe dovuto dedurre. 'Quid iuris?' Avendo l'arbitro emesso 'sententia' solo relativamente alle 'species deductae', potrà Lucio Tizio, per le 'species omissae', agire giudizialmente contro Mevio Sempronio, senza, con questo, venire inadempiente alla promessa di stare alla sentenza dell'arbitro? La risposta che Scevola dà è in senso affermativo: 'respondit peti posse nec poenam ex compromisso committi'. La ragione di ciò va ricercata nel fatto che il 'compromissum' è 'plenum' solo quando sia stato concluso mediante la formula corrispondente: ma se cotesta formula non è stata usata, o è stata parzialmente usata, avremo un 'compromissum' comune o, magari, un 'compromissum de pluribus rebus' (D. 4. 8. 19 § 1, 21 pr.) il quale obbligherà l'arbitro a giudicare intorno alle controversie in esso dedotte.

Tornando ora al testo di Ulpiano (fr. 21 § 6), noi possiamo, per mezzo di quello di Scevola, tentare di ricostruirne il senso originario. Il giurista dopo aver detto quale fosse il 'compromissum' continuava indicando prima la formula di questo 'compromissum' e mostrando, poscia, quello che avveniva in un caso come quello prospettato da Scevola. I compilatori cancellarono tutta questa seconda parte del testo e la sostituirono con l'inciso 'sed si forte... in compromisso' con cui riaffermarono il principio a loro caro della ricerca della volontà soggettiva delle parti per l'interpretazione dei negozi giuridici<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> Fenomeno, codesto, visibile specie nel campo contrattuale.

Diverso dal 'compromissum plenum' (o 'arbitrium plenum' che dir si voglia) è il 'compromissum de pluribus rebus' (D. 4. 8. 21 fr.; 19 § 2): questo è un compromesso comune mediante il quale le parti sottopongono alla decisione dell'arbitro non una sola, ma più distinte controversie. Le fonti, anzi, applicano in questo caso il principio 'quot res tot stipulationes' e, quindi, reciprocamente, 'quot controversiae tot compromissa'.

Ulpianus 'libro tertio decimo ad edictum' D. 4. 8. 21 pr.

Quid tamen si de pluribus controversiis sumptus est (nihil sibi communibus)<sup>53</sup> et de una sententiam dixit, de aliis nondum, numquid desiit esse arbiter? videamus igitur, an in prima controversia possit mutare sententiam, de qua iam dixerat et multum interest, de omnibus simul ut dicat sententiam compromissum est, an non. nam si de omnibus poterit mutare (nondum enim dixit sententiam). quod si et separatim, quasi plura sunt compromissa et ideo quantum ad illam controversiam pertinet, arbiter esse desierat.

La questione sta in questi termini: dato un 'compromissum de pluribus rebus' e dato che l'arbitro abbia emesso 'sententia' intorno a una sola di queste controversie, potrà tale 'sententia' essere mutata? (tenendo presente il principio che l'arbitro appena emessa la 'sententia' cessa di essere arbitro e quindi non può mutare tale sentenza D. 4. 8. 19 § 2. Cfr. analogamente pel giudice D. 42. 1. 55). No, risponde Ulpiano: non potrà essere mutata, perché rispetto a quella controversia l'arbitro 'arbiter esse desierat'. Tale mutabilità è possibile solo nel caso in cui il 'compromissum' è stato così fatto che l'arbitro debba emettere una sola 'sententia' per tutte le controversie (cioè, come io credo, solo nel caso che si tratti di 'compromissum plenum'): allora è chiaro come la 'sententia' emessa intorno ad una sola 'res' non sia la sentenza che all'arbitro è stata domandata; dunque egli potrà e dovrà, anzi, mutare questa 'sententia' per emetterne una che decida intorno a tutte le controversie esistenti fra le parti.

Orbene, com'era possibile la conclusione di un 'arbitrium plenum' così doveva esserla quella di un 'iudicium' che si riferisse a tutte le controversie esistenti fra le parti: ma è più agevole pensare che per giungere alla contestazione di tutte le loro controversie, le parti ricorressero prima alla 'stipulatio' aquiliana e poi all' 'actio ex stipulatu' da essa derivante.

Passiamo ora ad esaminare le clausole dell' 'arbitrium'. Quali esse siano è possibile riconoscerlo a priori, riferendoci al 'iudicium'.

Cominciamo con la 'demonstratio' (Gaio IV, 40): che vi siano 'arbitria' con 'demonstratio' corrispondenti ad 'iudicia' con 'demonstratio' risulta chiaro leggendo D. 4. 8. 43. L'inizio del testo «inter Castellianum et Seium controversia de finibus orta est et arbiter electus est» traduce in discorso indiretto la 'de-

<sup>53</sup> 'Index', 62.

monstratio' di un 'compromissum de finibus regundis' la cui formula stipulatoria era così concepita:

QUOD A NOBIS CASTELLIANO ET SEIO LUCIUS TITTIUS DE FINIBUS FUNDORUM MEVIANI ET SEMPRONIANI REGUNDIS ARBITER ELECTUS EST UT ARBITRATU EIUS *rell.*

A sua volta, la 'demonstratio' di questo 'compromissum de finibus regundis' corrisponde perfettamente a quella di un 'actio finium regundorum'.

QUOD CASTELLANIUS ET SEIUS DE FINIBUS FUNDORUM MEVIANI ET SEMPRONIANI REGUNDIS LUCIUM TITTIUM IUDICEM SIBI DARI POSTULAVERUNT *rell.*

Così la clausola 'de rebus omnibus controversiisve' non è che la demonstratio di un 'compromissum plenum'.

QUOD A NOBIS DE REBUS OMNIBUS CONTROVERSIISVE LUCIUS TITTIUS ARBITER ELECTUS EST UT ARBITRATU EIUS *rell.*

Anche gli 'arbitria bonae fidei' non potevano non avere, come i corrispondenti 'iudicia', la 'demonstratio' (ad un 'arbitrium tutelae' si riferiva D. 4. 8. 3 pr.). Relativamente alla 'adiudicatio' (Gai IV, 42), la presenza di essa nei tre tipi di 'arbitria' corrispondenti ai 'iudicia' divisoria risulta implicita in D. 4. 8. 43 e D. 4. 8. 21 § 3. Nel primo testo la 'adiudicatio' si riferiva ad un regolamento di confini; nel secondo ad una divisione o di cosa comune o di eredità. L'arbitro veniva incaricato di aggiudicare e, quindi, di porre egli stesso i confini ('sententiam dixit praesentibus partibus et terminos posuit') (D. 4. 8. 43).

Quanto alla 'intentio' (Gai IV, 41) nei suoi vari tipi – 'in personam' ed 'in rem', in 'ius' ed in factum', 'certa' ed 'incerta' – non possiamo, per l'arbitrium', che ripetere quanto conosciamo pel 'iudicium'.

Una 'intentio in rem' conteneva senza dubbio l'arbitrium' di cui ci dà notizia Papiniano in D. 4. 8. 42 ('si paret arbitratu Lucii Titii servos Stichum et Pamphilum quibus de agitur meos esse ex iure Q.'). 'Intentio in rem' ed 'in personam' insieme doveva contenere l'arbitrium plenum'. 'Intentio incerta in personam' doveva contenere l'arbitrium tutelae' in D. 4. 8. 3. fr. ('quidquid ob eam rem alterum alteri dare facere oportet ex fide bona') e non sappiamo se certa o incerta fosse l'intentio in personam' degli 'arbitria' ricordati in D. 4. 8. 21 § 3; 21 § 1; 19 § 2.

Relativamente alla 'condemnatio', possiamo dire che l'arbitrium', diversamente dallo 'iudicium', non la conteneva: la ragione di questa diversità va ricercata nel fatto che la 'condemnatio' viene sostituita nell'arbitrium' dalla 'promissio poenae'; essendoci nel 'compromissum' la clausola penale, non si saprebbe come inserirvi quella condennatoria: lo scopo dell'una e dell'altra, infatti, è unico: quello di vincolare le parti alla 'sententia' del giudice privato. Questo scopo è raggiunto nell'iudicium' mediante la 'condemnatio' e nell'arbitrium' (a causa della natura tutta privata di questo procedimento) mediante la 'promissio poenae'.

Peraltro clausola condemnatoria e clausola penale hanno una struttura analoga, perché come può esservi una ‘condemnatio certa’ ed ‘incerta’ (Gai, IV, 50), così può esservi una clausola penale certa ed incerta (D., 4. 8. 28 non autem interest certa an incerta summa compromissa sit, ut puta ‘quanti ea res erit’). Non solo; ma l’analogia fra clausola penale e ‘condemnatio’ si trasforma in identità nel carattere pecuniario comune ad ambedue le clausole: sappiamo infatti che il paradigma tipico del compromesso è quello fornito dalla pecunia compromissa<sup>54</sup>. Non meravigli quindi il fatto che in alcuni testi (D. 4. 8. 19 § 2 e D. 4. 8. 42) si dice che l’arbitro ‘condemnavit vel absolvit’: ciò deriva non già dal fatto che nell’‘arbitrium’ vi fosse oltre alla clausola penale quella condemnatoria, ma piuttosto dalla identità di struttura della ‘sententia’ dell’arbitro e di quella del ‘iudex’<sup>55</sup>.

La stato mutilo in cui sono a noi pervenute le fonti classiche non ci permettono purtroppo di trovare in esse tutte le altre eventuali clausole che il ‘compromissum’, come lo ‘iudicium’, doveva contenere: ma è bene evidente che dovendosi offrire all’arbitro, come al giudice, un programma ben determinato di processo, questo programma doveva contenere non solo le pretese dell’attore (‘intentio, praescriptio’), ma altresì le contropretese del convenuto (‘exceptio’).

Di un’altra clausola che era appositamente apposta nei compromessi (la ‘clausola doli’), abbiamo nelle fonti esplicita testimonianza (D. 4. 8. 31). E, infine, chiudiamo questo capitolo relativo al perfetto parallelismo fra ‘arbitrium’ (‘compromissum’) e ‘iudicium’ indicando un’altra prova – se pure ce ne fosse bisogno – di questo parallelismo: quella tratta dall’‘alieno nomine compromittere’.

Come la ‘litis contestatio’, (Gai IV, 82 segg.) così il ‘compromissum’ può essere concluso da un ‘procurator’ e, in generale, da una persona diversa da quella che è titolare (attivo e passivo) del rapporto compromesso.

In D. 4. 8. 32 § 20 si pone il problema se non sia anche compito dell’arbitro quello di costringere il ‘procurator’ che abbia compromesso per il ‘dominus’ a prestare la ‘cautio ratam rem dominum habiturum’: Sesto Pedio era di avviso favorevole, Ulpiano, invece, di avviso diverso per la ragione che «si ratum non habet dominus, committetur stipulatio». Ora basta questo semplice accenno perché si ripresenti alla nostra mente tutto il sistema cauzionale della ‘litis contestatio’ (Gai IV, 88 segg.) e ci appaia come parimenti in uso nel ‘compromissum’. L’opinione di Sesto Pedio richiama necessariamente al pensiero il principio espostoci da Gaio (IV, 98) per cui «procurator si agat satisfacere iubetur ratam rem dominum habiturum».

Oltre al ‘procurator’ in senso tecnico possono altresì ‘alieno nomine compromittere’ altre persone: così il tutore (arg. da D. 4. 8. 35) ed anche un estraneo che voglia intercedere a favore del debitore (arg. D. 4. 8. 32 § 2 ove però la

<sup>54</sup> D. 4. 8. 3 § 2; LENEL ‘Ed.’<sup>3</sup>, 131.

<sup>55</sup> Vedi quanto diciamo in proposito nel cap. VIII.

‘intercessio’ è invalida, perché colui che intercede, compromittendo ‘alieno nomine’, è una donna). Ora tutti questi casi paralleli di ‘alieno nomine compromittere’ presentano la stessa struttura dei casi paralleli di ‘alieno nomine agere’. Il ‘compromissum’ cioè, come lo ‘iudicium’, pone nella ‘intentio’ il nome del titolare del rapporto compromesso e converte, invece, in capo al compromittente (‘procurator’ etc.) l’obbligo nascente dalla ‘promissio’<sup>56</sup>.

## VII.

### ‘RECEPTUM ARBITRII’ E ‘IUSSUM IUDICANDI’

Concluso il ‘compromissum’, come conclusa la ‘litis contestatio’, è necessario che il privato a cui le parti hanno concordemente deciso di rimettere, per giudicarla, la controversia compromessa o contestata assuma effettivamente l’ufficio di arbitro o di giudice.

Orbene: mentre l’assunzione di cotesto ufficio è necessaria pel giudice perché viene a lui ordinata dal magistrato (mediante ‘iussum iudicandi’)<sup>57</sup> in esecuzione della ‘litis contestatio’ (la ‘iudicis datio’ è al tempo stesso un potere – D. 2. 1. 1; D. 2. 1. 3; – ed un dovere inerente alla ‘iurisdictio’ – ‘necessitas iurisdictionis’, D. 4. 8. 3 § 1), essa è per l’arbitro interamente libera. L’arbitro può accettare o non accettare l’ufficio che gli viene deferito dalle parti compromittenti: una volta però che l’abbia accettato (‘receptum arbitrii’), egli viene a trovarsi nel-

<sup>56</sup> Es: SI PARET ARBITRATU LUCII TITII FUNDUM CAPENATEM Q. D. A. CAII SEII EX IURE Q. ESSE SI IS FUNDUS CAIO SEIO NON RESTITUATUR QUANTI EA RES ERIT MIHI TANTAM PECUNIAM DARI SPONDESNE?

<sup>57</sup> Sull’‘iussum iudicandi’ v. il fondamentale lavoro del WŁASSAK ‘Iudikationsbefehl’. Il notato parallelismo fra ‘compromissum’ e ‘litis contestatio’ rende più chiara l’esigenza dell’‘iussum iudicandi’ quale atto magistratuale mediante il quale si passa alla fase ‘apud iudicem’ del processo. Come un ‘compromissum’ sarebbe inutile senza il ‘receptum arbitrii’ così una ‘litis contestatio’ sarebbe inutile senza l’‘iussum iudicandi’: l’esistenza di questi due atti fra loro diversi e distinti ci sembra un presupposto impreteribile perché possa esserci un processo. Altro problema, invece, ci sembra essere quello relativo al documento in cui l’‘iussum iudicandi’ si concreta: sarebbe forse la ‘formula’ il documento dell’‘iussum iudicandi’ (ARANGIO RUIZ ‘Ist.’<sup>2</sup>, 124)? Il WŁASSAK (op. cit., 4 segg., passim) decisamente lo nega. Certo se la ‘litis contestatio’ si conclude mediante la formula (col ‘dare et accipere iudicium’), quest’ultima viene ad apparire quale atto squisitamente privato al quale non vedo come si possa contemporaneamente assegnare una funzione pubblicistica: se, invece, fosse possibile provare che la ‘litis contestatio’ si conclude mediante dichiarazioni recettizie delle parti, poscia tradotte (in discorso indiretto) in una formula scritta (vedi note 39 e 40), allora il problema relativo alla funzione anche pubblicistica della ‘formula’ (quale documento, cioè, in cui si incorporerebbe l’‘iussum iudicandi’) sarebbe posto sopra un terreno sicuro. Comunque, il punto sul quale, a nostro avviso, ci sembra che la teoria del WŁASSAK abbia carattere definitivo è quello concernente la natura essenzialmente ed esclusivamente privatistica della ‘litis contestatio’: il parallelismo della ‘litis contestatio’ con il ‘compromissum’ costituisce una riprova decisiva in pro di questa tesi.

le stesse condizioni di un 'iudex' e viene, perciò, obbligato dal pretore ad emettere la sentenza («qui arbitrium pecunia compromissa receperit eum sententiam dicere cogam» LENEL 'Ed.', 131). Infatti una volta 'receptum' l'arbitrium' (D. 4. 8. 13 § 2 *Recepisse autem arbitrium videtur, ut Pedius libro nono dicit, qui iudicis partes suscepit finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur*), supposto che si tratti di un 'arbitrium' validamente concluso dalle parti (D. 4. 8. 11 §§ 1, 2, 3, 4; 13 pr. § 1; 32 § 1 segg.), il pretore (nonostante non costringa alcuno ad assumere l'ufficio di arbitro, trattandosi di cosa 'libera et soluta et extra necessitatem iurisdictionis posita' D. 4. 8. 3 § 1) obbliga l'arbitro ad emettere la 'sententia' (D. 4. 8. 32 § 12). Il parallelismo funzionale dei due atti<sup>58</sup> – nonostante la loro diversa natura – (essendo atto magistratuale e necessario l'uno, e atto privato e libero l'altro) è chiaro: tanto l'uno che l'altro mira ad iniziare la nuova fase del procedimento che deve condurre alla 'sententia'.

'Receptum arbitrii' e 'iussum iudicandi' sono atti distinti e diversi, rispettivamente, dal 'compromissum' e dalla 'litis contestatio'; essi vengono compiuti da terzi (l'arbitro o il magistrato) proprio in esecuzione (volontaria o necessaria) del contratto formale di compromesso o di 'litis contestatio' dalle parti concluso.

## VIII.

### DAL 'RECEPTUM' ALLA 'SENTENTIA'

Una volta assunto l'ufficio ('receptum arbitrii') l'arbitro viene a trovarsi nella medesima condizione di un giudice: egli deve, cioè, giudicare della controversia a lui sottoposta dalle parti e deve, a conclusione di questo giudizio, emettere la 'sententia'<sup>59</sup>.

Ora i principii che vengono qui in applicazione son quelli stessi che si applicano nella fase 'apud iudicem' di un processo ordinario.

Sappiamo già che l'arbitro deve attenersi nel giudicare al programma di processo determinato dalle parti nel 'compromissum' (D. 4. 8. 32 § 15, 16, 17, 21): principio, cotesto, perfettamente parallelo a quello che vale pel processo ordinario (cfr. D. 21. 1. 25. 8)<sup>60</sup>.

L'arbitro, come il giudice, deve normalmente giudicare nei 'dies fasti' (D. 4. 8. 13 § 3; D. 4. 8. 36) ed entro il 'dies' determinato dalle parti (D. 4. 8. 14; 21 § 5; 25 pr.; 25 § 1; 21 § 6; 32 § 21; 39 § 1; 50. Confronta pel 'iudex' D. 5. 1. 2 § 2) o da lui, in base ai poteri dalle parti conferitigli, 'prorogatus' (D. 4. 8. 25

<sup>58</sup> Il parallelismo fra 'receptum arbitrii' e 'iussum iudicandi' è stato dal WŁASSAK posto in rilievo in vari punti delle sue opere. Cfr. 'Iudikationsbefehl', 247-249; 'Prozessformel', 146<sup>43</sup>; v. in proposito anche WĘNGER 'Praetor und Formel', 31<sup>1</sup>.

<sup>59</sup> Sulla 'sententia' cfr. BIONDI 'Studi Bonfante'.

<sup>60</sup> Sul testo cfr. GUARNERI CITATI 'B. I. D. R.' XXXIII (1923).

§ 1; 27; 32 § 11; 33; 39 § 1. D. 5. 1. 2 § 2). Però egli, nonostante il comando del pretore, può, come il 'iudex' (D. 42. 1. 36), giurare 'sibi de causa nondum liquere' e farsi così concedere altro tempo per deliberare (D. 4. 8. 13 § 4 Proinde si forte urgeatur a praetore ad sententiam, acquissimum erit, si iuret sibi de causa nondum liquere spatium ei ad pronuntiandum dari).

La 'sententia' arbitrale deve essere emessa, come quella del 'iudex' (D. 42. 1. 74 pr.) 'coram partibus' (D. 4. 8. 19 § 2; 27 § 5; 32 § 18; 44; 47 pr.; 47 § 1; 48; 49 pr.); a questo fine, l'arbitro ordina alle parti di presentarsi innanzi a lui per la pronunzia (D. 4. 8. 19 § 2; 21 § 8 segg.; 27 § 4; 27 § 5; 32 § 18; C. 2. 55. 2).

Prima della 'sententia' definitiva può l'arbitro emanare ordinanze 'de prae-paratione causae'; come tale viene considerato l'ordine dell'arbitro che intima alle parti la loro presenza innanzi a lui (D. 4. 8. 19 § 2).

Una volta emessa la 'sententia' definitiva l'arbitro cessa automaticamente dal suo ufficio: quindi non potrebbe più in nulla modificare la 'sententia' emessa (D. 4. 8. 19 § 2... ceterum si condemnavit vel absolvit, dum arbiter esse desierit, mutare sententiam non posse; D. 4. 8. 2 quia arbiter, et si erraverit in sententia dicenda, corrigere eam non potest; cfr. D. 4. 8. 21 pr.).

Questi principi sono perfettamente paralleli a quelli che valgono per la 'sententia' dei 'iudex'; anche costui 'posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desint'; cosicché 'iudex qui semel vel pluris vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non potest; semel enim male seu bene officio functus est' D. 42. 1. 55 (Ulp. libro quinquagesimo primo ad Sabinum).

Questo principio della immutabilità della 'sententia' non si applica, però, alle semplici ordinanze (D. 4. 8. 19 § 2; D. 42. 1. 14).

La 'sententia' dell'arbitro deve, come quella del 'iudex', coincidere perfettamente col 'compromissum': come dice Papiniano, essa deve essere emessa 'secundum formam compromissi' (D. 4. 8. 42; cfr. D. 4. 8. 21 § 4; 32 § 15 segg. etc.) e deve eliminare la controversia (D. 4. 8. 19 § 1, 2; D. 4. 8. 32 § 16; D. 42. 1. 1).

Anche i principii che regolano l'emissione e la validità della 'sententia' nel caso in cui vi siano più arbitri sono identici a quelli che valgono per il caso che vi siano più giudici.

Così, anzitutto, il principio che in caso di più arbitri o giudici, tutti devono essere presenti e, quindi, tutti devono giudicare (D. 42. 1. 37 Tunc enim universi iudices intelligentur indicare, cum omnes adsunt. D. 4. 8. 17 § 7; 18).

Inoltre, il principio secondo cui in caso di pareri disparati, vale quello della maggioranza (D. 4. 8. 18 ... quia id demum quod maior pars omnium iudicavit ratum est...; D. 4. 8. 17 § 7; D. 42. 1. 39; D. 4. 8. 27 § 3; 32 § 13).

Ancora; il principio secondo cui in caso di sentenze discordanti sulla somma, vale quella che condanna per meno ('minimam spectandam esse Iulianus scribit' D. 12. 1. 38 § 1; D. 4. 8. 27 § 3 ... inde quaeritur apud Iulianum, si ex tribus arbitris unus quindecim, alius decem tertius quinque condemnet, qua

sententia stetur; et Iulianus scribit quinque debere praestari, quia in hanc summam omnes consenserunt).

La 'sententia' arbitrale, come la 'sententia' del giudice nel processo ordinario, può contenere:

a) un accertamento: 'nihil videri Titium debere Seio' D. 4. 8. 21 § 1.

b) una condanna o un'assoluzione: 'cum constet Titium Seio centum debere Titium Seio centum condemno' D. 49. 8. 1 § 1; cfr. D. 4. 8. 19 § 2 ('... si condemnavit')

ovvero:

'cum constet Titium Seio centum non debere Titium a Seio centum absolvo' arg. da D. 49. 8. 1 § 1; cfr. D. 4. 8. 19 § 2 ('... si absolvit').

c) una 'adiudicatio' (D. 4. 8. 21 § 3; D. 4. 8. 44; cfr. Inst. IV, 17 §§ 4, 5, 6).

E tanto l'una (D. 4. 8. 21 § 3) che l'altra (D. 42. 1. 5 § 1; 59) devono avere un contenuto nettamente determinato; non sarebbe valida una sentenza così concepita (D. 4. 8. 21 § 3) «quantum ei debes reddes»

ovvero:

«divisioni vestrae stare placet»

ovvero:

«pro ea parte, quam creditoribus tuis solvisti accipe».

La 'sententia' doveva avere un contenuto determinato o, almeno, oggettivamente determinabile come negli esempi riferiti in D. 42. 1. 5 § 1 (Ulpianus 'libro quinquagesimo nono ad edictum'):

si iudex aliquem sic condemnet, ut, quod habet ex testamento vel codicillis Maevii, restitueret Titio, sic accipiendum est, quasi quantitatem nominavit, quae testamento vel codicillis relicta est.

Una ulteriore identità fra 'sententia' arbitrale e 'sententia' giudiziale sta nel carattere pecuniario della condanna. Anche, cioè, in caso di 'compromissum' relativo ad una controversia reale l'oggetto della 'condemnatio' non è la 'res' controversa, ma l'equivalente pecuniario di essa. Nelle controversie di tal natura, l'arbitrium', come avviene nei corrispondenti 'iudicia', porta la clausola arbitrale di restituzione; prima di emanare la sentenza definitiva l'arbitro, come il giudice, invita alla restituzione della cosa; solo quando questo invito non venga eseguito egli condanna la parte inadempiente al pagamento dell'equivalente pecuniario.

Ciò risulta in modo indubbio da D. 4. 8. 42

Papinianus libro secundo responsorum. Arbitrator intra certum diem servos restituere iussit, quibus non restituitis poenae causa fisco secundum formam compromissi condemnavit rell.

Come abbiamo già visto, l'arbitrium' di cui Papiniano parla portava la clausola penale «QUANTI EA RES ERIT TANTAM PECUNIAM FISCO POPULI ROMANI DARI SPONDESNE?».

Il fatto poi che la parte vincitrice non avesse un mezzo diretto per costringere la parte soccombente a pagare la somma determinata nella 'sententia' non deve far cre-

dere che questa 'condemnatio' fosse priva di utilità; essa, infatti, serviva a determinare il «quanti ea res erit» della 'promissio poenae' pel cui tramite, indirettamente, la parte vincitrice aveva la possibilità di agire con frutto contro quella soccombente.

Contro il carattere pecuniario della condanna nella 'sententia' arbitrale non potrebbe essere addotto un testo di condanna in 'ipsam rem' riferito in D. 4. 8. 21 § 3: «divisioni vestrae stare placet». E ciò, non tanto perché tale 'sententia', a cagione della sua indeterminatezza, viene dai giuristi romani considerata inutile; ma perché qui si tratta di una 'sententia' relativa ad un arbitrio divisorio; ora la 'sententia' relativa ad 'arbitria divisoria', come i corrispondenti 'iudicia' (Inst. IV, 17 §§ 4-6), non hanno necessariamente una condanna pecuniaria, ma possono contenere anche una semplice 'adiudicatio'.

E, infine, la identità di principii che disciplinano la 'sententia' arbitrale e quella giudiziale appare ancora nel comune principio della inappellabilità (C. 2. 55. 1 Imp. Antoninus. Ex sententia arbitri ex compromisso... appellari non posse rell. D. 4. 8. 32 § 14 ... imperator Antoninus cum a indice consuleretur, apud quem poena petebatur, rescripsit, etiamsi appellari non potest rell.). Nulla più di questo comune principio rivela l'identica struttura privatistica degli istituti che stanno a base dell'arbitrato semplice ('arbitrium') e di quello c. d. giudiziale ('iudicium'): il 'compromissum' e la 'litis contestatio'. Con l'uno e con l'altro le parti non hanno voluto se non questo: sottoporre la loro controversia ad un privato e stare alla sua 'sententia'. Emessa tale 'sententia' è raggiunto lo scopo da loro perseguito, ed è, così, esaurito il processo ('si condemnavit vel absolvit... arbiter esse desierit; iudex postquam semel sententiam dixit postea iudex esse desiit'). Anche se la 'sententia' sia palesemente iniqua (e non vi siano dei mezzi straordinari che ne paralizzino gli effetti) essa non è che la conclusione di quello che le parti hanno voluto mediante il compromesso o la 'litis contestatio': pertanto 'stari autem debet sententiae arbitri... sive aequa sive iniqua sit; et sibi imputet qui compromisit' (D. 4. 8. 27 § 2; D. 17. 2. 76).

Chi abbia considerato tutti questi principii comuni ed abbia visto la assoluta identità di struttura esistente fra la 'sententia' dell'arbitro e quella del giudice, non potrà addurre contro tale identità il fatto che solo l'una e non anche l'altra produce la 'res iudicata'. Questo effetto non si produce intrinsecamente dal parere ('sententia') come tale, ma solo dalla 'sententia' emessa da un giudice comandato dal magistrato. È, dunque, in virtù di una circostanza esterna all'istituto che esso si produce. Così, se per esempio prendiamo in considerazione la 'litis contestatio' fatta in un 'iudicium legitimum' e quella fatta in un 'iudicium imperio continens' non potremo negare la loro identità di struttura in base al fatto che solo nell'una e non anche nell'altra si produce l'effetto consuntivo. Il prodursi di questo effetto è dovuto ad una circostanza esterna alla struttura del negozio: la identità, invece, della struttura dell'una e dell'altra 'litis contestatio' è dovuta ai comuni principii che ne determinano la comune intrinseca costituzione. Questa identità strutturale della 'sententia' dell'arbitro e

di quella del giudice, costituisce un mezzo di decisiva importanza per provare la identità di struttura dei due istituti che stanno alla base dell'una e dell'altra. La 'sententia', a causa della sua perfetta aderenza alla 'litis contestatio' e al 'compromissum', può considerarsi come uno specchio in cui questi due istituti perfettamente si riflettono. Orbene: se questo specchio (la 'sententia') non ci mostra per effetto del riflettersi dei due istituti, che una identica immagine, non può esservi più dubbio alcuno (se pure ancora ne fosse rimasto) che ciò derivi dalla identità di fisionomia dei due istituti che la producono.

## IX.

### CONCLUSIONE

La conclusione di questo studio viene oggettivamente ricavata dal confronto che abbiamo fatto fra 'iudicium' (processo formulare) e 'arbitrium' (processo arbitrale).

Abbiamo visto, infatti, che i momenti fondamentali dell'uno coincidono perfettamente con quelli fondamentali dell'altro. Così: *a*) alla 'litis contestatio' – negozio formale con cui le parti rimettono ad un privato da loro scelto la decisione di una lite solennemente determinata in una formula – corrisponde il 'compromissum' – negozio formale, concluso mediante reciproche stipulazioni, con cui le parti rimettono ad un privato da loro scelto ('arbitr') la decisione di una o più controversie solennemente determinate nelle formule orali delle stipulazioni; *b*) al 'iudicium' – formula scritta contenente la impostazione della controversia secondo certi schemi tipici diversi per diversi tipi di controversie e costituente un programma di decisione cui doveva il giudice attenersi nell'emettere la 'sententia' – corrisponde l' 'arbitrium' – formula orale contenente la impostazione della controversia secondo i medesimi schemi e costituente esso pure il programma di decisione cui doveva attenersi l'arbitro nell'emettere la 'sententia'; *c*) all' 'iussum iudicandi' – atto magistratuale in virtù del quale il giudice era obbligato ad assumere lo 'iudicium' ed a dare, così, inizio alla istruzione del processo – 'apud iudicem' – corrisponde il 'receptum arbitrii' – atto privato compiuto dall'arbitro, in virtù del quale egli assumeva spontaneamente l' 'arbitrium' dando così inizio alla istruzione del processo; *d*) ed, infine, alla 'sententia' del giudice – atto inappellabile del giudice, in cui, in base agli elementi forniti dal 'iudicium', viene innanzi alle parti pronunziato un accertamento, una condanna pecuniaria o assoluzione, od una 'adiudicatio', corrisponde la 'sententia' dell'arbitro – atto inappellabile dell'arbitro, in cui in base agli elementi forniti dall' 'arbitrium' viene innanzi alle parti pronunziato un accertamento, una condanna pecuniaria (o una assoluzione), od una aggiudicazione.

La identità strutturale fra 'arbitrium' e 'iudicium' è così determinata: e non vale a minimamente adombrarla il fatto che dall' 'arbitrium' derivi soltanto la

perseguibilità della 'poena' compromissoria in caso di inosservanza della sentenza arbitrale, mentre dal 'iudicium' derivi l'obligatio', e la corrispondente 'actio iudicati'. Questa diversità di effetti dei due istituti è dovuta a circostanze (l'intervento del magistrato nella conclusione della 'litis contestatio') che non toccano la struttura dei due istituti.

La utilità di questa conclusione è di triplice natura: *a)* dommatica, *b)* esegetica, *c)* storica.

Dommatica, perché: 1) restituendo al 'compromissum' la sua fisionomia classica di negozio formale, concluso mediante stipulazioni, stacca questa fisionomia da quella giustiniana (e non classica, come è opinione unanime) del 'pactum'; 2) mostrando il perfetto parallelismo fra 'compromissum' e 'litis contestatio', sia quanto alla funzione (dirimere una controversia) che quanto alla struttura (negozi formali coi quali le parti fissano solennemente i termini della loro controversia) pone in più netta luce la natura esclusivamente privatistica della 'litis contestatio'; 3) mostrando la identica impostazione delle controversie nell'arbitrium' e nel 'iudicium', permette di studiare e ricostruire l'uno servendosi delle notizie che le fonti ci danno per l'altro; 4) e, infine, perché, come naturale conseguenza del notato parallelismo, il 'receptum arbitrii' postula, confermandola, la teoria del 'iussum iudicandi' nel processo. 5) Aggiungiamo, inoltre, ma come pura indicazione per una ulteriore indagine, che lo studio che precede affaccia irresistibilmente il problema dei rapporti fra 'litis contestatio' e 'stipulatio'.

Esegetica, perché permette di conoscere con sicurezza la natura e la causa delle interpolazioni operate dai compilatori in varii testi del 'compromissum'. Tali interpolazioni sono in gran numero private, perché i compilatori ebbero cura di eliminare le formule stipulatorie del 'compromissum' lasciando solo di esse qua e là qualche traccia; altre sono positive, in quanto servono ad interpolare nei testi classici la nuova concezione del 'compromissum' quale 'pactum' che genera un 'exceptio pacti' e, addirittura, un 'actio in factum'.

Storica, perché il notato parallelismo fra 'arbitrium' e 'iudicium' non può non fare affacciare il problema storico dei rapporti fra i due istituti. Ma questo lato della indagine noi non l'abbiamo per nulla toccato; ci basti per ora di avere fermato, e ci pare non senza sicurezza, l'identità di linea che dà all'arbitrium' ed al 'iudicium' una comune fisionomia.

## LA STRUTTURA CLASSICA DEL *PIGNUS*\* (\*)

1. – Il rapporto giuridico di pegno è dal diritto giustiniano costruito come rapporto processualmente unitario: infatti, senza fare differenza alcuna fra pegno in senso stretto (*pignus*) ed ipoteca (*conventio pignoris*), vengono concesse le seguenti azioni: l'*actio hypothecaria* concessa al creditore pignoratizio a tutela del suo diritto reale; l'*actio pigneraticia* e l'*actio pigneraticia contraria* concesse rispettivamente al debitore ed al creditore per riottenere – con la prima – la cosa pignorata (in caso di *solutio*) o la differenza fra il debito e il prezzo (in caso di vendita), o per resistere al debitore ed agire contro di lui, con la seconda.

Questa unità della struttura processuale del pegno è chiaramente attestata dalle fonti.

Per l'*actio hypothecaria* le Istituzioni dicono (IV, 6, § 7); *inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest, nam de qua re inter creditorem et debitorem convenierit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur* (cfr. *Theoph.*, IV, 6, 7, pag. 421): e si conferma in un testo interpolato (D. 20, 1, 5 § 1) che *inter pignus et hypothecam* (da sottintendere *quantum ad actionem hypothecariam*) *tantum nominis sonus differt*.

Quanto all'*actio pigneraticia* e all'*actio contraria*, nonostante la loro normale apparizione in caso di *pignus*, non può negarsi che potessero anche apparire in caso di *conventio pignoris*. L'*actio pigneraticia*, infatti, serviva anche ad ottenere dal creditore – in caso di vendita della cosa ipotecata o pignorata – il residuo del prezzo (D. 13, 7, 24 § 2). Del resto *pignus* e *conventio pignoris* relativamente all'*actio pigneraticia* ed alla *contraria* vengono in D. 13, 7 completamente parificati: l'unica differenza fra i due istituti, che i compilatori rilevano,

\* *Studi in onore di Federico Cammeo*, vol. 2, Cedam, Padova 1933, pp. 1-22 (già estratto: Cedam, Padova 1932, pp. 1-22).

(\*) N.B. – Poiché mi riservo di sviluppare in altri studi i risultati esposti in questo, ho qui ommesso di proposito tutte le citazioni.

è il trasferimento immediato di possesso che avviene nell'uno e non nell'altro (D. 13. 7. 9 § 2; Ist. IV, 6 § 7; *Theoph.* ib. pag. 421): ma questa differenza non influisce in nulla sulla unitarietà della struttura processuale di questi istituti.

Orbene: questa struttura processualmente unitaria del pegno è classica o di creazione giustiniana? E, in quest'ultima ipotesi, ha addentellati nel diritto classico?

2. – Prima di cercare la soluzione dei problemi suaccennati è necessario – prevedendo eventuali obiezioni – mostrare ancor meglio l'unità processuale del rapporto di pegno nel diritto giustiniano. Contro tale unità (come è stata sopra figurata) potrebbe costituire ragione di dubbio l'apparente esistenza di altri mezzi processuali oltre l'*actio hypothecaria* e l'*actio pigneraticia*: alludo ai due interdetti, salviano e *de migrando*, di cui si parla, come di istituti ancora vivi, nelle Istituzioni (IV, 15 § 3; *Theoph.* Ib., pag. 477) e nelle Pandette (D. 43. 1. 2 § 3; D. 43. 3. 3; D. 43. 32).

Se questi interdetti coesistessero con le azioni, la struttura processuale del pegno non sarebbe così semplice ed unitaria come la abbiamo configurata. Ora possiamo affermare con fondatezza che tanto il Salviano quanto il *de migrando* sono nel diritto giustiniano dei semplici relitti storici. Nel sistema processuale giustiniano, infatti, non ha più posto la procedura interdittale (Ist. IV, 15 § 8): e poiché al posto degli interdetti vengono concesse delle azioni (*perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset*, Ist. IV, 15 § 8; cfr. *Theoph.* ib. Pag. 482), è evidente che ove un istituto offra già delle azioni – come era del pegno che aveva oltre agli interdetti notati anche l'*actio hypothecaria* – non si procede alla creazione di azioni nuove, ma quelle già esistenti prendono il posto degli interdetti eliminati.

Ciò è, pel pegno, dimostrato inequivocabilmente da Teofilo (IV, 15 § 8, pag. 482): dopo aver detto che ormai al posto degli interdetti viene concessa un'*actio utilis* (utilias ἀγωγῆς ἀντὶ τῶν interdictῶν ἐγγυμαζόμενης) il giurista soggiunge: οὐκοῦν οὕτως εἰώθε τις ὀρίζεσθαι «ὄτι ὀρίζομαι κατὰ σου utilian ἀγωγὴν ὡς ἀπὸ τοῦ salvianiu interdictu» (igitur ita intendi coeptum est: «utilem actionem tanquam ex Salviano interdicto adversus te intendo»). Ora quest'*actio utilis tanquam ex Salviano interdicto* è proprio l'*actio hypothecaria*. Fra quest'azione e l'interdetto salviano non viene più fatta alcuna differenza; infatti così l'interdetto come l'azione (a cagione dell'originario riferimento al colono chiamata ancora col nome di *serviana*) si esperiscono dal *dominus fundi* non solo contro il colono ma contro qualsiasi terzo possessore (*Theoph.*, IV, 15, § 3, l. 16-17 κατὰ παντὸς κατέχοντος – per l'interdetto –; Id. IV, 6, § 7 ll. 21 segg. δύναιμι, κατὰ παντὸς διακατέχοντος... κινεῖν τὴν servianην). Se, dunque, *actio hypothecaria* ed interdetto salviano hanno il medesimo contenuto e possono essere esperiti contro le medesime persone, si può dire, che caduta la procedura interdittale, essi rappresentino ancora due mezzi processuali di-

stinti? Evidentemente no. L'*actio pigneraticia* ha sostituito, assorbendoli, tutti gli altri mezzi processuali che nel sistema classico davano, come vedremo, fisionomia varia ai vari tipi di pegno; ed è dovuto a questo fenomeno di assorbimento l'aspetto processualmente unitario che mostra il rapporto di pegno (anche dal lato del creditore) nel diritto giustiniano.

Quanto abbiamo detto per il Salviano si ripeta per il *de migrando*.

Questo interdetto, nel diritto classico, era concesso a favore dell'inquilino, che, *soluta pensione, vult migrare* (D. 43. 32. 1, § 1). Nel diritto giustiniano l'*actio utilis* in sostituzione di questo interdetto sarà naturalmente l'*actio pigneraticia* con cui il debitore che ha soddisfatto il suo debito può richiedere la restituzione della cosa pignorata (D. 13. 7. 9, § 3). Ciò risulta indubbiamente da D. 18. 7. 11, § 5 dove l'inquilino (forse già nello stesso diritto classico) agisce con l'*actio hypothecaria* in un caso in cui si sarebbe atteso l'esperimento del *de migrando* (su questo testo v. più oltre).

3. – Torniamo ora alla indagine proposta: quanto c'è di giustiniano e quanto di classico nella configurazione processualmente unitaria che le fonti ci offrono del rapporto di pegno?

Seguirò questo metodo: vedrò prima la configurazione processuale e sostanziale che offrono le fonti dei due tipi di pegno e tenterò poscia, per ciascun tipo, di ricavare gli elementi classici e quelli giustiniani, tentando anche una ricostruzione della fisionomia originaria degli istituti.

E cominciamo col *pignus*: quale è la sua struttura processuale secondo le risultanze delle fonti giustiniane?

Quella stessa che abbiamo delineata per il rapporto di pegno in generale (pegno ed ipoteca): dall'un lato, *actio quasi serviana* (*hypothecaria*) che sta a tutela del diritto reale del creditore pignoratizio (Ist. IV, 6, § 7 specie Theoph. ib., pag. 420-421; D. 13. 7. 28), dall'altro, l'*actio pigneraticia* che garantisce al debitore adempiente la restituzione della cosa pignorata (D. 13. 7. 9. § 3; Ist. III, 14, § 4 ove, però, la menzione dell'*actio pigneraticia* è interpolata). Accanto a quest'*actio pigneraticia* i compilatori, per ragioni forse di pura simmetria, hanno costruito come parallela un'*actio pigneraticia contraria* (D. 13. 7. 16, § 1).

Orbene: cotesta configurazione della struttura processuale del *pignus* non è classica, pur non potendosi dire integralmente giustiniana: essa è la risultante di una elaborazione che ha completamente trasformata la primigenia fisionomia del *pignus*.

Alla struttura processuale delineata è simmetrica quella sostanziale: infatti il rapporto di pegno viene dalle fonti configurato come contratto reale (quindi l'*actio pigneraticia* a tutela dell'unica obbligazione che da esso scaturisce: Ist. III, 14, § 4; D. 44. 7. 1 § 6): contratto che è fonte per il creditore di un diritto reale (quindi l'*actio quasi serviana*, che è concepita come *actio in rem*. Ist. IV, 6. 7; D. 20. 1. 17).

Ora questa duplice costruzione (processuale e sostanziale) del rapporto di pegno è completamente eterogenea ai principii che regolano il puro sistema classico dei contratti, dei diritti reali e delle azioni.

a) Secondo i principii del sistema contrattuale classico, allora soltanto vi è un *contrahere* quando il negozio è destinato come a suo fine unico (dal punto di vista giuridico) a creare una *obligatio*.

Questa unicità di scopo è essenziale al concetto classico di contratto: se esaminiamo i vari tipi di contratti che il puro sistema classico ci offre – *stipulatio*, contratti consensuali (lascio da parte i c.d. contratti reali perché stanno fuori, come il pegno, dai quadri del puro sistema contrattuale) – la essenzialità dello scopo obbligatorio apparirà evidente. Ora possiamo dire veramente che con la costituzione del pegno si stringa un contratto destinato a creare una obbligazione (quella del creditore a restituire)? No; La funzione (causa) del negozio è qui essenzialmente diversa: essa è soltanto quella di costituire una garanzia reale, di *obligare* una *res*. Qui non si stringe un contratto rivolto a creare una obbligazione. Significa ciò, forse, che il creditore non avrà l'obbligo di restituire la cosa pignorata al debitore adempiente? O, eliminando la concezione contrattuale, si elimina forse la fonte di quell'obbligo?

Niente affatto: il creditore ha l'obbligo di restituire e questo obbligo (intesa questa parola in senso non tecnico) ha la sua fonte: ma si tratta di fonte diversa dal contratto.

La concezione, perciò, del pegno quale contratto reale non sta nei quadri del puro sistema contrattuale classico, alla stessa maniera come non vi starebbe, ad esempio, una analoga concezione del precario (questo parallelismo fra precario e pegno verrà sviluppato più oltre). Nell'un caso e nell'altro il negozio non è diretto a contrarre un vincolo obbligatorio, ma solo a trasferire – per scopi pratici diversi – il possesso di una cosa: l'obbligo alla restituzione di questo possesso sorgerà in ambedue i casi da fonte diversa da quella contrattuale.

b) Se dal sistema contrattuale passiamo a quello dei diritti reali, la struttura del pegno apparirà qui pure dissonante dai principii fondamentali del sistema. Come è concepibile nel diritto classico un diritto reale che non nasca da una fonte adeguata (*mancipatio, in iure cessio, traditio*)?

Ammesso per un momento che il pegno sia un contratto reale e crei un vero diritto reale, come conciliare l'eterogeneità di causa (contratto) e di effetto (diritto reale)? Ma poi, sorge veramente un diritto reale dal pegno? Secondo la pura concezione classica si ha un diritto reale allorché si possa affermare su una cosa l'esistenza di un diritto di proprietà o di servitù (*si paret fundum q. d. a. A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> esse ex iure Q.; si paret A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> ius esse eundi agendi*). Quale è il diritto che il creditore pignoratorio può affermare di avere sulla cosa? Lo *ius possidendi*? Ma questo *ius* non entra nel quadro dei diritti reali e non è difeso, perciò, con *actio in rem*. Lo *ius vendendi*? Ma questo diritto non entra, ne pur esso, nel quadro classico dei diritti reali, e, ad ogni modo, non deriva dal fatto solo della costituzione di pe-

gno. Il diritto di perseguire la cosa presso qualunque terzo con un'azione reale (la q. serviana)? Ma quest'azione reale (che, come vedremo, non è classica) starebbe appunto a tutela di un indefinibile diritto reale che non trova posto nel sistema classico dei diritti reali. Il pegno come tale non genera che lo *ius possidendi*: il creditore pignoratizio possiede, ecco tutto: dal fatto del possesso a lui non dovrebbe derivare né diritto reale né, tanto meno, azione reale. Anche qui si richiami il *precarium*: lo *ius possidendi* del precarista è forse per lui fonte di diritti reali e di azioni reali? Né si obietti, contro cotesto parallelismo, la finalità pratica diversa dei due istituti: nonostante la diversa finalità pratica, la loro funzione giuridica (attribuzione del possesso di una cosa) e, come vedremo innanzi, la loro struttura (sostanziale e processuale) è identica.

c) Se, infine, passiamo al sistema classico delle azioni vedremo come appaia qui ancora la difformità della struttura del pegno dai principî che regolano questo sistema.

Infatti: il pegno è veramente un contratto reale? Allora come spiegare la natura di *actio in factum* dell'*actio pigneraticia*? L'esistenza di un'*actio in factum* indica che la situazione di fatto tutelata dal pretore non è elevata alla dignità di rapporto giuridico (secondo lo *ius civile*). Ora se per tutta l'epoca classica l'*actio pigneraticia* resta *actio in factum* ciò dimostra che nel pensiero dei giuristi classici il *pignus* non rientrava nel sistema contrattuale, non era, quindi, come fu indubbiamente nell'epoca giustiniana, un contratto reale.

Non solo: ma l'esistenza di un'*actio in factum* indica altresì che lo stato di fatto ora tutelato dal pretore con un'azione fu un tempo – prima della concessione pretoria – sprovvisto di tutela giuridica (almeno nel senso che esso non dava luogo ad un *iudicium*). Bisogna allora concludere che in questo tempo anteriore alla concessione dell'*a. in factum* il creditore pignoratizio non avesse alcun obbligo di restituire la cosa al debitore adempiente e che non vi fosse alcun mezzo processuale per costringervelo? No, certamente, come vedremo meglio avanti: ora per questo periodo non può certo parlarsi di contratto reale, non essendoci neanche un'*actio in factum* a far sorgere almeno l'ombra di un contratto; eppure un obbligo di restituzione nel creditore pignoratizio c'era e c'era un mezzo processuale adeguato per farlo valere.

L'*actio pigneraticia* non ha fatto altro che sostituire (ne vedremo le ragioni ed i limiti) questo mezzo processuale antecedente (vedremo quale). Ma cotesta sostituzione non poteva influire sulla struttura del *pignus*: non poteva, quindi, mutare in fonte contrattuale la fonte dalla quale *ab antiquo* derivava al creditore l'obbligo della restituzione.

Dunque l'esistenza di un'*actio in factum* dimostra inequivocabilmente che il *pignus* non rientra nel sistema contrattuale classico.

Se passiamo all'*actio hypothecaria* le difficoltà costruttive aumentano. Intanto una prima domanda: cosa avveniva prima che fosse creata (per la *conventio pignoris*) l'*actio Serviana* e, come *quasi Serviana*, venisse estesa (secondo la *com-*

*munis opinio*) anche al *pignus*? Il creditore pignoratizio era sprovvisto di tutela? No, certamente: e allora a quale bisogno pratico e giuridico intese sovvenire l'estensione della Serviana (supposto per ipotesi la classicità di tale estensione) dalla *conventio pignoris* al *pignus*? E, ammessa tale estensione, quali furono i rapporti fra l'antica tutela e la nuova? Infine resta il problema relativo al fondamento giuridico ed alla natura giuridica dell'*actio hypothecaria*: in virtù di quale diritto agiva il creditore pignoratizio contro il terzo? In virtù di un diritto reale? Ma abbiamo già visto come il pegno non fosse fonte di diritti reali.

Insomma qualunque sia l'angolo visuale dal quale ci si pone – contratti, diritti reali, azioni – la struttura del rapporto di pegno quale le fonti ce la offrono – contratto reale dal quale deriva un diritto reale – appare radicalmente contrastante coi principî classici: è cotesta una figura giuridica che non trova posto adeguato nella sistematica classica dei contratti, dei diritti reali e delle azioni.

Orbene: possiamo affermare che questa figura anomala del pegno non è certamente primigenia: essa si è sviluppata, in parte già nel diritto classico, da una figura più antica nella quale le incoerenze notate non avevano luogo. Quale era questa figura più antica? Come e perché è avvenuto lo sviluppo ulteriore?

4. – Nella struttura sostanziale e processuale sopra delineata del *pignus* rimane assolutamente privo di rilievo quello che pure costituisce l'elemento essenziale del pegno: la *possessio* (D. 9. 4. 22, § 1; D. 41. 3. 15; D. 41. 2. 1 § 15; D. 41. 2. 36; D. 41. 2. 37; etc.). Infatti se per ipotesi ponessimo al posto della *possessio* la mera detenzione non avremmo nulla di mutato in questa struttura: sarebbe possibile anche in questo caso costruire il pegno come contratto reale (non derivando questa realtà dal trasferimento della *possessio*) e come fonte di diritto reale (non identificandosi questo diritto reale con lo *ius possessionis*). Questa osservazione ci pone già in grado di intravedere il processo evolutivo verificatosi nel *pignus*: la struttura in cui la *possessio* è priva di rilievo non può essere che una struttura nuova sostituitasi a quella primigenia avente fisionomia interamente possessoria. Dobbiamo quindi vedere se il pegno trovi entro il sistema possessorio quel posto che non ha trovato nel sistema dei contratti, dei diritti reali e delle azioni.

La fattispecie del pegno è semplice: il debitore (o chi per lui) trasferisce al creditore, a garanzia del credito, la *possessio* di una cosa (D. 9. 4. 22, § 1 etc.; D. 13. 7. 9, § 2 etc.): da ciò deriva una duplice necessità: 1) che il debitore riottienga la cosa dopo la *solutio*; 2) che il creditore sia tutelato nel possesso della cosa.

Il creditore non ha sulla cosa pignorata nessun altro diritto essendo la finalità unica del pegno l'attribuzione di possesso.

Quale sarà la costruzione giuridica adeguata a questa finalità? Quale, perciò, la struttura del rapporto?

5. – Userò a questo proposito il concetto di rapporto possessorio. Ma è bene prima delucidare questo concetto. E bisogna anzitutto dire che il diritto classi-

co considerava la *possessio* come entità giuridica per sé stante, la quale, per fini diversi, poteva essere temporaneamente alienata.

Ora chiamo rapporto possessorio il rapporto che ha la sua fonte in un negozio giuridico diretto al trasferimento della *possessio* di una cosa.

Nonostante la dottrina non abbia posto attenzione a questi rapporti, pure non può negarsi che essi esistano nel diritto classico ed abbiano una struttura essenzialmente diversa sia da quella dei rapporti di obbligazione che da quella dei rapporti di diritto reale. Questa diversità appare specialmente 1) nella fonte 2) nella struttura 3) nel contenuto 4) nella difesa processuale.

1). Mentre, infatti, i rapporti obbligatori hanno fonte nel *contractus* o nel *delictum* ed i rapporti di diritto reale (a prescindere dai modi originari di acquisto) nella *mancipatio*, nella *in iure cessio* e nella *traditio*, i rapporti possessorii hanno la loro fonte in un negozio giuridico traslativo della *possessio*, che ha la stessa struttura della *traditio* e che chiameremo *traditio possessionis*.

Come la *traditio* anche la *traditio possessionis* consta di due elementi: a) dell'elemento materiale della consegna b) dell'elemento spirituale della causa. Infatti solo allora questa consegna trasferisce la *possessio* quando sia giustificata da uno scopo pratico (causa) riconosciuto dal diritto atto a trasferire la sola *possessio*. Queste cause sono nel diritto classico tre: il *precarium*, il *pignus*, il *sequester*.

2). Mentre il rapporto obbligatorio crea un vincolo soltanto fra le parti e quello reale un vincolo soltanto fra l'attuale titolare del diritto e tutti i terzi, il rapporto possessorio crea, a cagione della sua temporaneità, un duplice vincolo: fra le parti e fra l'attuale possessore ed i terzi. Sotto il primo profilo, quindi, il rapporto possessorio appare fornito di struttura identica a quella del rapporto obbligatorio; sotto il secondo profilo, invece, esso appare fornito di struttura identica a quella del rapporto di diritto reale.

3). Mentre il rapporto obbligatorio ha come contenuto una prestazione e quello reale una signoria (*ius in re*), quello possessorio ha come contenuto la temporanea attribuzione della *possessio*. Questa temporaneità della *possessio* differenzia il contenuto del rapporto possessorio da quello reale: perché mentre rispetto ai terzi il contenuto del rapporto possessorio appare identico (strutturalmente) a quello del rapporto reale (esclusione dei terzi dalla cosa quanto alla *possessio*), rispetto al tradente questo contenuto richiama quello del rapporto obbligatorio (vincolo a restituire la *possessio* quando ne verrà meno la causa).

4). Mentre i rapporti obbligatori e quelli di diritto reale sono tutelati con *actiones*, quelli possessorii sono tutelati con *interdicta*. Ma qui ancora si presenta il duplice profilo del rapporto possessorio: perché dall'un lato (rispetto ai terzi), il possessore è legittimato ad esercitare la difesa interdittale con interdetti che si potrebbero dire *in rem*; dall'altro lato (rispetto al tradente), il possessore si trova nella posizione di un obbligato e può essere costretto (venendo meno la causa del suo possesso) a restituire il possesso mediante un interdetto che si potrebbe dire *in personam*.

L'esempio tipico di rapporto possessorio ci è offerto dal *precarium*. In questo istituto sono visibili nelle stesse fonti giustinianee: 1) la fonte possessoria (negozio giuridico bilaterale per cui una parte, concedente, trasferisce temporaneamente ad un'altra, precarista, in base ad una causa idonea, il *precarium*, la *possessio* di una cosa D. 9. 4. 22, § 1; D. 43. 26. 4, § 1); 2) il duplice profilo della struttura (personale rispetto al concedente, reale rispetto ai terzi); 3) la difesa interdittale ove quel duplice profilo trova il suo riflesso: l'interdetto personale *de precario* contro il precarista (D. 43. 26. 2 pr.) e gli interdetti comuni (D. 43. 26. 17) concessi al precarista contro i terzi; 4) il contenuto possessorio. Come si vede, il rapporto che nasce dal precario non potrebbe essere inquadrato né nella categoria dei rapporti obbligatori né in quella dei rapporti reali: e il precario, a sua volta, non potrebbe essere identificato né con un contratto né con una semplice *traditio*. Per dargli posto nel sistema classico non c'è che una via: creare una categoria nuova per inquadrarlo: quella dei rapporti possessori.

6. – In questa categoria non potrebbe forse essere collocato anche il *pignus*? Ciò sarebbe possibile se anche per esso potessimo dimostrare l'esistenza: 1) di una fonte possessoria, 2) di una struttura possessoria (nel senso sopra indicato), 3) di un contenuto possessorio 4) di una tutela possessoria (interdittale).

1). Quanto alla fonte si può ripetere, pel rapporto di pegno quanto si disse pel precario: la *datio pignoris*, infatti, fonte del rapporto, non è né un contratto né una *traditio*: non è un contratto perché le parti con essa non mirano alla creazione di una obbligazione: non è una *traditio* perché non mirano al trasferimento del dominio: essa è, quindi, una *traditio possessionis*, cioè un negozio giuridico bilaterale – come la *traditio* – con cui il pignorante trasferisce il temporaneo possesso di una cosa (di chi ha il dominio o l'*in bonis*) al creditore pignoratizio: quest'ultimo acquista la *possessio* e non la semplice detenzione perché la consegna è avvenuta in base ad una causa idonea a trasferire la *possessio*.

2). Come il precario anche il *pignus* mostra nella sua struttura il duplice profilo personale e reale: infatti mentre il creditore pignoratizio sta rispetto ai terzi, quanto al possesso della cosa, nella stessa posizione del *dominus*, egli è al tempo stesso vincolato (con un vincolo che non può qualificarsi come *obligatio* anche per il modo con cui è processualmente tutelato), rispetto al pignorante, a restituire la cosa in caso di *solutio*.

3). Come il precario anche il pegno ha un contenuto possessorio: l'essenza del pegno – nel puro sistema classico – sta appunto nel trasferimento della *possessio* della cosa pignorata (D. 13. 7. 9, § 2; Ist. IV, 6, § 7 etc.); questa comune essenza di pegno e di precario viene posta in rilievo dai giuristi romani (D. 9. 4. 22, § 1).

4). L'unico punto ove precario e pegno differiscono, almeno prestando fede alle fonti giustinianee, è nella difesa processuale: perché mentre il rapporto di

precario mostra in ambedue i profili una difesa esclusivamente interdittale, il pegno, invece, mostra una difesa prevalentemente (se non addirittura esclusivamente) per azioni. Infatti risulta dalle fonti che il debitore adempiente, il quale richiede la cosa al creditore, ha non già un semplice interdetto, ma un'azione: l'*actio pigneraticia*; d'altro lato, il creditore pignoratorio appare tutelato contro i terzi anziché con i soli interdetti possessori anche (e soprattutto) con un'azione reale: la *quasi Serviana*.

Orbene, è proprio questa configurazione processuale del *pignus* che noi abbiamo innanzi già criticato (§ 4). Infatti l'*actio pigneraticia*, che per tutto il diritto classico mantiene il suo carattere di *actio in factum*, non è certamente il mezzo originario di tutela del debitore adempiente: essa suppone prima di sé ed accanto a sé un altro mezzo processuale (interdetto) conforme alla natura possessoria del rapporto. E quanto alla c.d. *actio quasi Serviana* (o *hypothecaria* Ist. IV, 6, § 7) vedremo come essa sia una creazione giustinianea.

Se riusciremo, dunque, a provare che anche in ordine a questo punto (difesa interdittale) il pegno coincide col precario, la collocazione del pegno nella categoria dei rapporti possessori sarà anche esegeticamente fondata.

7. – Cominciamo con l'*actio pigneraticia*. Che prima della introduzione di questa *actio in factum* dovesse esserci un mezzo processuale atto a far riottenere la cosa pignorata al debitore adempiente, è cosa palese. Ora questo mezzo processuale non poteva essere che un interdetto: ciò è provato dalla esistenza, testimoniata dalle fonti per il diritto classico, di un *interdictum de migrando* (D. 43. 32. 1, § 1) per gli *invecta* pignorati dell'inquilino che ha pagato il fitto e vuole andarsene.

Inoltre il confronto fra la formula dell'*actio pigneraticia* e quella del *de migrando* mostra (per via della struttura analoga, del comune presupposto – la *solutio* – e della comune finalità – il riottenimento della cosa) che la prima è derivata dalla seconda: quando, infatti, si abbia la formula di un'*actio* analoga a quella di un *interdictum* (ambedue riferiti ad un medesimo istituto), la precedenza storica dell'interdetto sull'azione non può essere posta in dubbio.

Possiamo, perciò, *a priori* pensare che come per la restituzione della cosa data a precario si ricorreva non ad un'azione – il che avrebbe contrastato con la natura possessoria del rapporto – ma ad un interdetto (l'int. *de precario* D. 43. 26. 2 pr.), così anche per la restituzione della cosa pignorata (in caso di *solutio* D. 13. 7. 9, § 3) dovevasi originariamente ricorrere ad un interdetto. L'identità di struttura, di contenuto, di fonte, notata fra pegno e precario postula necessariamente una identità di difesa processuale: ora come questa difesa assume nel precario la forma interdittale questa forma essa dovette assumere anche nel pegno.

Prova testuale di questa tesi ci è fornita dall'*interdictum de migrando*.

Come si sa (D. 20. 2. 4 pr.), gli *invecta et illata* dell'inquilino sono sottoposti a pegno a favore del locatore. Questo pegno si estingue con la *solutio* del fitto.

Ora quando, nonostante la *solutio*, il locatore impedisce al conduttore che vuole andarsene (D. 43. 32. 1, § 1) l'apprensione delle cose già soggette a pegno, si ha una situazione analoga a quella che si verifica allorquando un creditore pignoratizio, nonostante la *solutio*, non restituisce la cosa pignorata al debitore adempiente. *Quid iuris* in questo caso? Come sarà difeso il conduttore? Con un interdetto: il *de migrando* (*Praetor ait: SI IS HOMO, QUO DE AGITUR, NON EST EX HIS REBUS, DE QUIBUS INTER TE ET ILLUM CONVENIT, UT, QVAE IN EAM HABITATIONEM QUA DE AGITUR INTRODUCTA IMPORTATA IBI NATA FACTAVE ESSENT, EA PIGNORI TIBI PRO MERCEDE EIUS HABITATIONIS ESSENT, SIVE EX REBUS EST ET EA MERCES TIBI SOLUTA EOVE NOMINE SATISFACTUM EST AUT PER TE STAT, QUO MINUS SOLVATUR: ITA, QUO MINUS EI QUI EUM PIGNORIS NOMINE INDUXIT, INDE ABDUCERE LICEAT, VIM FIERI VETO: D. 43. 32. 1 pr.*).

Orbene: perché non ammettere la medesima tutela interdittale a favore del debitore pignorante? Se, come non è dubbio, siamo costretti a postulare, almeno per un'epoca precedente all'introduzione dell'*actio pigneraticia*, un mezzo processuale di difesa pel debitore adempiente, come non ritrovare questo mezzo in un interdetto analogo al *de migrando* e al *de precario*?

L'*actio pigneraticia*, del resto, non esclude la contemporanea esistenza di difesa interdittale: ce ne dà prova D. 13. 7. 11, § 5 ove in un caso in cui ci aspetteremmo l'applicazione del *de migrando* viene invece applicata l'*actio pigneraticia*.

ULPIANUS: *libro vicesimo octavo ad edictum D. 13. 7. 11, § 5: Solutam autem pecuniam accipiendum non solum, si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius, vel servo pecuniis exigendis praeposito. Unde si domum conduxeris et eius partem mihi locaveris egoque locatori tuo pensionem solvero, pigneraticia adversus te potero experiri (nam Iulianus scribit solvi ei posse): et si partem tibi partem ei solvero, tantundem erit dicendum. rell.*

Dunque il pagamento del fitto da parte del subconduttore al primo locatore è vera *solutio* e libera gli *illata et invecta* del subconduttore dal pegno che su di essi grava in vista del fitto: per la loro restituzione si potrà, dunque, agire con l'*actio pigneraticia*. Perché non si fa qui menzione del *de migrando*? Non so: forse l'uso ormai generalizzato dell'*actio pigneraticia* aveva reso praticamente inutile l'interdetto. È forse da intendere in questo senso D. 43. 32. 1, § 2: al posto dell'attuale *cui rei etiam [extra ordinem] subveniri potest: ergo infrequens est hoc interdictum* doveva originariamente farsi cenno alla generalizzazione dell'*actio pigneraticia* e, quindi, al disuso del *de migrando*.

Quel che per noi è decisivo è l'esistenza, per un caso di pegno, di un interdetto accanto all'*actio pigneraticia*. Ora può esservi dubbio che l'interdetto rappresenti il mezzo processuale omogeneo con la natura possessoria dell'istituto? Di tale interdetto le fonti giustinianee non si occupano che in due soli testi mentre pongono in centrale rilievo la *pigneraticia*. Ora se i compilatori non ci avessero serbato i due testi citati (D. 43. 32. 1 e 2) noi non avremmo avuta notizia alcuna del *de migrando* e unico mezzo processuale concesso al debitore adempiente ci sareb-

be apparsa l'*actio pigneraticia*. Quale meraviglia, dunque, che i compilatori abbiano soppresso totalmente il ricordo di un generale interdetto *de pignore reddendo* che, come il *de migrando*, coesisteva nell'epoca classica con l'*actio pigneraticia*? (Si ricordi il fenomeno parallelo della coesistenza del Salviano con la Serviana).

Che abbiano, poi, serbato memoria del *de migrando* e non anche di questo interdetto generale, è spiegabile pensando soprattutto al parallelismo del *de migrando* col *Salvianum*: poiché si era lasciata notizia di quest'ultimo (D. 43. 33. 1 e 2), riferentesi gli *invecta et illata* del colono (Gai, IV, 147; Ist. IV, 15, § 3), era naturale che si lasciasse notizia anche del primo che si riferiva ad un caso parallelo: gli *invecta et illata* dell'inquilino. Per l'interdetto generale, invece, nessuna ragione giustificava agli occhi dei compilatori, dopo la sua totale sostituzione con l'*actio pigneraticia*, la sua ulteriore presenza nelle fonti.

Ma si potrebbe domandare: quale la necessità che fece sorgere l'*actio pigneraticia* quando esisteva un interdetto? È cotesto un problema di portata generale, relativo al nesso genetico esistente fra interdetti ed azioni *in factum*: molte di queste ultime ebbero forse in corrispondenti interdetti la loro genesi. Il perché di questa trasformazione va forse ricercato nella pericolosità della procedura interdittale, dall'un lato (Gaio IV, 161 segg.), e nella più precisa configurazione dommatica assunta dagli istituti, dall'altro. Certo l'*actio pigneraticia* influì decisamente sulla costruzione dommatica del *pignus* quale rapporto obbligatorio nascente da contratto reale. Anche se vogliono considerarsi come riferimenti postclassici Ist. III, 14, § 4 e D. 44. 7. 1 § 6 in cui il *pignus* viene profilato come contratto reale, pure non può negarsi che il germe di questa concezione sta nella progressiva sostituzione della *pigneraticia* all'interdetto. Decisivo in questo senso è Ist. III, 14, § 4 ove si afferma che col pegno *re obligatur* (il creditore) perché *de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia* (*actione pigneraticia* è indubbiamente insitizio: cfr. D. 44. 7. 1, § 6). Peraltro la trasformazione del *pignus* in rapporto obbligatorio è opera giustiniana: per tutta l'epoca classica, infatti, la natura possessoria dell'istituto rimane immutata anche se leggermente oscurata dal sorgere della *pigneraticia*, giacché quest'ultima serbò sempre inalterato il suo carattere di *actio in factum*. Dobbiamo giungere almeno sino alla caduta del processo formulare e di quello interdittale perché il germe di trasformazione produca pienamente i suoi effetti.

8. — E qui tocchiamo un punto molto delicato dell'evoluzione avvenuta nel sistema classico e giustiniano dei rapporti giuridici: quello della trasformazione in obbligatori dei rapporti possessori. Sarà bene, quindi, fare una breve parentesi per vedere da vicino il fenomeno. Per il pegno la trasformazione appare ormai visibile. Per il fatto che si concede contro il creditore un'azione, l'antica *traditio possessionis* viene profilata come contratto reale, ed il pegno viene così a fare il suo ingresso nel sistema dei contratti: il rapporto possessorio viene trasformato in obbligatorio.

Un altro esempio di ciò ci offre il precario. Quando accanto all'originario *interdictum de precario* (D. 43. 26. 2 pr.) viene posta un'azione (D. 43. 26. 2 § 2; 19, § 2), la fisionomia dommatica dell'istituto viene intieramente mutata: esso pure viene ora a profilarsi come rapporto obbligatorio nascente da un contratto reale (tale appare nel diritto giustin.).

Ora è vero che solo nell'epoca postclassica questa trasformazione avviene pienamente: ma può negarsi che essa abbia i suoi primi germi nello stesso diritto classico? Per il pegno questo è sicuro: ma forse non è ardito affermare ciò anche per il precario. Perché, infatti, non ammettere che un'*actio in factum* (parallela all'*actio in factum pigneraticia*) sia sorta accanto all'interdetto *de precario* e che sull'addentellato di quest'azione si sia verificata quell'opera di sgretolamento dell'istituto possessorio e la sua trasformazione in obbligatorio che troviamo compiuta nell'epoca giustiniana? Se ciò è vero per il pegno, perché non potrebbe esserlo anche per il precario?

Come avviene e quali mutamenti produce questa trasformazione? Ecco: tutti gli elementi essenziali del rapporto possessorio subiscono una sostanziale trasformazione nel passaggio che il rapporto fa da possessorio in obbligatorio.

Infatti: 1) la fonte del rapporto – la *traditio possessionis* – perde la sua struttura di *traditio* per assumere quella di contratto reale: ciò è visibile nel pegno, e non lo è meno nel precario e nel sequestro. 2) La struttura del rapporto possessorio col suo duplice caratteristico profilo personale e reale assume ora, nel trasformarsi in obbligatorio, un profilo esclusivamente personale. Tutto l'interesse del rapporto si concentra sul rapporto fra pignorante e creditore pignoratizio. 3) Il contenuto possessorio del rapporto subisce esso pure una analoga trasformazione: infatti il possesso viene abbassato al grado di detenzione. Ciò è visibilissimo nel precario, ove l'accentuazione in senso obbligatorio del rapporto trova il suo riflesso nell'abbassamento al grado di detenzione dell'originario possesso (D. 43. 26. 22, § 1). E non è meno visibile nel pegno. Le fonti giustiniane classificano come un *naturaliter possidere* anche il possesso del creditore pignoratizio. 4) La difesa possessoria, poi, viene sostituita dalla difesa per azioni. Così l'interdetto *de precario* viene sostituito con l'*actio praescriptis verbis* e l'originario interdetto *de pignore reddendo* con l'*actio pigneraticia*.

Cotesta trasformazione è completa per tutti i rapporti nel diritto giustiniano. Nel diritto classico per il pegno essa è appena accennata (ciò dà alla fisionomia del rapporto una certa singolarità); per il precario, invece, manca forse questo stesso accenno di trasformazione (dico forse, perché potrebbe anche darsi che l'*actio in factum* del concedente fosse già classica) e questo permette all'istituto di serbare inalterata la sua fisionomia possessoria.

9. – Torniamo ora al *pignus*. Abbiamo già visto come il pegno abbia la sua fonte in una *traditio possessionis* ed abbia come contenuto la possessio. Abbiamo pure visto come a questa struttura sostanziale possessoria ne corrisponda una

processuale pure possessoria (almeno per il lato del debitore il quale riotteneva la cosa mediante un interdetto analogo al *de precario*). Dobbiamo ora completare lo studio di questa struttura processuale possessoria dimostrando che anche il creditore pignoratizio aveva a sua disposizione soltanto la comune difesa interdittale (come il precarista) e non anche una difesa per azioni.

Contro questa tesi sembra opporre una resistenza invincibile, Ist. IV, 6, § 7 – *Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest: nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur.* Cfr. *Theoph.* IV, 6, § 7, pag. 420.

Sulla base di questo testo è divenuta *communis opinio* che l'*actio Serviana*, introdotta per la *conventio pignoris* ed esperibile contro il terzo possessore (laddove l'esperimento del *Salvianum* non poteva avvenire che contro il colono C. 8. 9. 1; D. 20. 1. 10; cfr. D. 43. 33. 1, intp.) fosse stata nel diritto classico estesa come *quasi Serviana* (*quae etiam hypothecaria vocatur*) anche a favore del creditore pignoratizio che avesse perduto il possesso della cosa (D. 13. 7. 28).

Anzi, si dice, è proprio per effetto di questa estensione che sorge nel creditore pignoratizio un diritto reale.

Ora questa presunta estensione della Serviana e la nascita del correlativo diritto reale non sono per nulla avvenute nel diritto classico. La struttura della Serviana, infatti, escludeva ogni possibile estensione dal caso della *conventio pignoris*, a cui essa si riferiva, a quella del *pignus*.

Quale era, infatti, la funzione della Serviana? Quella di procurare al creditore pignoratizio il possesso della cosa pignorata (D. 21. 2. 66) già uscito (normalmente per alienazione D. 20. 1. 1, § 2) dalle mani del pignorante (D. 20. 1. 10). Ora l'unica evoluzione subita dalla Serviana nel diritto classico consistette solo nella estensione dal caso originario del colono (Ist. IV, 6, § 7; D. 20. 1. 10; D. 43. 33. 1, § 1) a tutti gli altri casi di *conventio pignoris*: una ulteriore estensione (fuori dai confini della *conventio pignoris*) al *pignus* era logicamente impossibile.

Ciò appare chiaro quando si consideri la finalità del negozio di pegno: essa è costituita dalla alienazione (temporanea) del possesso della cosa pignorata. Ora poiché l'effettiva trasmissione di questo possesso veniva, in caso di *conventio pignoris*, ritardata al momento della inadempienza del debitore (mentre invece veniva compiuta subito in caso di *pignus*) è evidente che fosse necessaria l'esistenza di un mezzo processuale atto a procacciare al creditore pignoratizio questo possesso. Questo mezzo processuale era appunto (dopo la sua sostituzione all'int. *Salvianum*) l'azione Serviana.

Quest'azione, quindi, presuppone necessariamente la *conventio pignoris* e non potrebbe, invece, avere riferimento al *pignus*: se essa, infatti, aveva la fun-

zione di rendere effettiva la trasmissione del possesso, come poteva trovar posto nel caso di *pignus* in cui quella trasmissione era già avvenuta?

Si dirà: la Serviana aveva anche la funzione di far riottenere al creditore pignoratizio il possesso, da lui in qualsivoglia modo perduto: ma questa tesi si mostra errata ad un esame approfondito della struttura del pegno e delle fonti.

Infatti: il pegno consiste nella alienazione di possesso: il creditore pignoratizio possessore non è difeso che come possessore, con i comuni interdetti. Del resto, fino a quando egli si trova nel possesso della cosa la sua posizione giuridica è sicura. Infatti chi potrebbe legittimamente sottrargli questo possesso? Nessuno: non il pignorante, perché supposta una sua *rei vindicatio* il creditore avrebbe avuto a sua disposizione una valida *exceptio*; non il nuovo proprietario cui il pignorante avesse alienato la cosa: questa alienazione di dominio, infatti, non conteneva anche l'alienazione di possesso, già antecedentemente disposta a favore del creditore pignoratizio (in questo senso è da intendere il principio che la alienazione del dominio non cancella la *causa pignoris* che inerisce alla cosa D. 20. 1. 1 § 2; D. 13. 7. 18 § 2; D. 44. 5. 41 § 3; C. 8. 27. 12; C. 8. 13. 15); non, a maggior ragione, un *secundus creditor* per l'ovvio principio *prior tempore potior iure*. (Il secondo pegno è condizionato al venir meno del primo: fino a questo momento, quindi, il secondo creditore non ha diritto al possesso della cosa pignorata). Non restano che le ipotesi di perdita del possesso per illecita apprensione di esso da parte di terzi: ora anche in questi casi il creditore era pienamente tutelato: infatti o il possesso era recuperabile con gli interdetti *reciperandae possessionis* (Gaio, IV, 154), o il creditore si avvaleva dell'*actio furti* (Gaio, III, 204; D. 472. 19 § 6)<sup>1</sup> o di altra azione *poenalis* (es. *actio quod metus causa* D. 13. 7. 22 § 1). Insomma non c'era logicamente posto per una estensione della Serviana fuori dai suoi confini originari: cotesta estensione (suppostane per ipotesi la possibilità logica) non avrebbe soddisfatto nessuna esigenza pratica essendo sufficienti gli interdetti comuni e l'*actio furti* a tutelare, nelle varie ipotesi di perdita del possesso, il creditore pignoratizio.

A questi argomenti si aggiunga anche quest'altro: le fonti non accennano mai (se si eccettua una ambigua interpolazione in D. 13. 7. 28) ad un'azione Serviana in funzione del *pignus*: esse, quando parlano della Serviana e della *hypotecaria*, si riferiscono sempre alla *conventio pignoris*: si tratta sempre di casi di inadempienza del debitore che provoca l'esperimento della Serviana per l'apprensione della cosa pignorata.

Come ho detto, l'unico caso che sembra sfuggire a questa regola è D. 13. 7. 28: ma esso viene illuminato dal confronto con un testo parallelo: D. 20. 6. 2.

<sup>1</sup> Si tenga presente che il terzo possessore di buona fede che ha acquistato dal ladro non potrà mai usucapire, perché furtiva, la cosa pignorata rubata.

JULIANUS *libro undecimo digestorum* D. 13. 7. 28: *Si creditor [qui rem pignori acceperat, amissa eius possessione] Serviana actione pignus petierit et litis aestimationem consecutus sit rell.*

GAIUS *libro nono ad edictum provinciale* D. 20. 6. 2: *Si creditor Serviana actione pignus a possessore petierit et possessor litis aestimationem obtulerit rell.*

L'interpolazione segnalata risulta evidente dal confronto: nell'un testo e nell'altro non poteva trattarsi che dell'esperimento della Serviana in conseguenza della inadempienza del debitore, non della restituzione della *possessio* perduta. In che modo poi sarebbe andata perduta? In seguito a *rei vindicatio* del terzo? Impossibile, per le ragioni innanzi illustrate: in seguito ad illegittima sottrazione? Ma allora c'è la tutela interdittale e quella penale.

D. 13. 7. 28 è, dunque, interpolato e ne vedremo più oltre le ragioni: per intanto possiamo concludere dicendo che, come già per il lato del pignorante, così anche per il lato del creditore pignoratizio il rapporto di pegno mostra sul terreno processuale la sua natura di rapporto possessorio. Qua e là unica tutela (a prescindere da quella penale) offrono gli interdetti: da ciò la impossibilità intrinseca di concepire un diritto reale come nascente dal pegno.

10. – Con questo ultimo paragrafo (9) la prova sulla fisionomia classica puramente possessoria del *pignus* – dal duplice punto di vista sostanziale e processuale – mi sembra interamente raggiunta: appare ormai evidente come il rapporto di pegno si costituisca mediante un negozio giuridico traslativo della *possessio*, abbia per scopo la conservazione di questa *possessio* a titolo di garanzia (sino alla *solutio* del debito garantito) e sia processualmente tutelato da ambedue i lati mediante gli interdetti.

La ricostruzione di questa fisionomia proietta luce sulla importanza del precario: questo istituto possessorio che appare nelle fonti anomalo e solitario rappresenta il frammento più ben conservato di un sistema di rapporti possessori ai quali apparteneva anche il *pignus*.

11. – Ma come si pervenne, dunque, alla configurazione del *pignus* come contratto reale fonte di diritto reale?

L'idea del contratto reale si sviluppa, come abbiamo visto, nello stesso diritto classico per effetto dell'introduzione dell'*actio in factum pigneraticia*; abbiamo con questa un inizio di mutamento del pegno da rapporto possessorio in obbligatorio (§ 9). Il diritto postclassico e giustiniano non farà che portare a maturazione questo primo germe.

Ma l'idea del diritto reale dove trova la sua prima radice? Se, come abbiamo visto (§ 9), il creditore pignoratizio non ha sulla cosa nessun diritto oltre quello di ritenerne la *possessio* sino alla *solutio* (*possessio* pro-protetta coi comuni interdetti possessori), come poté mai prendere piede nelle fonti questa idea che dal pegno sorgesse per il creditore pignoratizio un diritto reale?

La risposta va ricercata volgendo l'esame alla forma più recente di pignoramento: la *conventio pignoris* (con termine greco detta anche *hypotheca*).

Il contenuto di questa *conventio* sta, come quello del *pignus*, in una alienazione del possesso della cosa *obligata*: però in caso di *conventio* l'effettivo trasferimento del possesso è condizionato al mancato adempimento del debitore. La *conventio pignoris*, quindi, ha la struttura di un *pignus* con trasferimento differito di possesso. Da ciò la necessità che in ambedue i casi la *res obligata* sia *in bonis* del pignorante al momento della conclusione della *conventio* (D. 20. 1. 3 pr.; D. 20. 1. 15 § 1; D. 20. 4. 9 § 3; C. 8. 14. 6): la mancanza di questo elemento equivale a mancanza di oggetto e rende radicalmente nullo (quindi insuscettivo di convalidazione D. 20. 4. 9 § 3; C. 8. 15. 5) il negozio.

Ora da questa struttura della *conventio* deriva anche il concetto di inerenza del pegno (convenuto) alla cosa (D. 20. 1. 1. 1 § 2; D. 13. 7. 18 § 2; D. 44. 5. 41 § 3; C. 8. 27. 12; C. 8. 13. 15) e la sua perseguibilità (avverandosi la condizione) presso qualsiasi terzo. Qui si ha una applicazione del comune principio *resolutio iure dantis resolvitur et ius accipientis*, dove il contenuto dello *ius* concesso condizionatamente dal pignorante sta nella *possessio*: durante la pendenza della condizione il pignorante può liberamente disporre della cosa (D. 13. 7. 18 § 2 ecc. come avviene in casi analoghi di negozi condizionati); ma poiché la cosa è oggetto di un condizionato diritto al possesso, è evidente che, verificandosi la condizione, il nuovo proprietario sarà costretto a cedere al creditore pignoratizio il possesso della medesima. Ora l'azione di cui il creditore si serve per apprendere questo possesso è, dopo l'estensione della *conventio pignoris* fuori dagli originari confini della locazione dei fondi, l'*actio Serviana*. Da ciò deriva che la *Serviana*, allo stesso modo dell'interdetto *Salvianum* che venne via via a sostituire, aveva la funzione di rendere effettivo, mediante l'apprensione della *possessio* (D. 21. 2. 66 *Serviana nudam possessionem avocat*), il *pignus* inizialmente sorto come condizionato diritto al possesso. Esercitata questa funzione la *Serviana* (come il *Salvianum*, Gai, IV, 144), esauriva la sua ragione di essere; assicurata, infatti, la cosa al creditore pignoratizio, si era perciò stesso rientrata entro i confini del *pignus* ed ormai il creditore pignoratizio restava tutelato con gli interdetti possessori e con le azioni penali: sarebbe stato intrinsecamente inconcepibile un ulteriore esperimento della *Serviana* o del *Salviano*.

Questa funzione della *Serviana* può essere provata alla luce delle fonti. Infatti: a) la *Serviana* aveva la stessa funzione del *Salvianum*: quella di apprendere il possesso della cosa pignorata al momento della inadempienza (D. 21. 2. 66). Ora si sa che il *Salvianum* era un interdetto *adipiscendae possessionis* (Gai, IV, 147) la cui funzione si esauriva nell'apprensione del possesso. Dice Gaio, IV, 144: *ideo autem adipiscendae possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem*. Da ciò derivava che se colui che aveva ottenuto il possesso con un in-

terdetto di tal genere l'avesse poscia perduto, non sarebbe stato più possibile esperire nuovamente tale interdetto (Gai, IV, 144: *desinit ei interdictum utile esse*), ma bisognava ricorrere alla difesa interdittale comune (*uti possidetis, utrubi, unde vi*). Orbene: questo che si dice per il *Salvianum* deve essere letteralmente esteso anche alla *Serviana*.

b) Tutti i testi in cui si parla della *Serviana* o dell'*actio hypotecaria* si riferiscono sempre a casi di esperimento conseguente alla inadempienza: la funzione dell'*actio* è, quindi, in essi quella regolare. Non c'è che D. 13. 7. 28 che riferisce un caso in cui si esperisce la *Serviana* per riottenere una *possessio* già acquistata ed ora (come sembra) perduta: ma questo testo è senza dubbio alterato (§ 9).

Dunque nella sua struttura classica la *Serviana* non è che un'azione *adipiscendae possessionis* che ha la funzione di rendere, per così dire, puro il pegno sotto come condizionato. Il diritto al possesso che essa tutela non ha la struttura di un diritto reale: quest'ultimo, infatti, ha carattere di *perpetuità* e può, quindi, esser fatto valere in ogni tempo ed un indefinito numero di volte. Il diritto al possesso, invece, è, per dir così, *transeunte*: esso conferisce semplicemente il potere di apprendere il possesso di una cosa: una volta appreso questo possesso, il diritto si esaurisce. L'ulteriore difesa del possessore non ha fondamento sul rapporto di pegno (e, quindi, sul presunto diritto reale che da esso deriva) ma semplicemente sul comune principio secondo cui la *possessio* deve essere tutelata, a prescindere da qualsiasi diritto che valga a legittimarla.

Epperò quest'azione esperibile contro qualsiasi terzo portava in sé il germe di una trasformazione in azione reale tutelante un diritto reale.

Come avvenne questa trasformazione?

12. – Abbiamo già notato come l'elemento del possesso che pei classici costituiva la sostanza delle due forme di pegno, costituisce pel diritto giustiniano un elemento del tutto secondario: il contenuto essenziale del pegno si è spostato dalla *possessio* allo *ius distrahendi*. Questo spostamento ha determinato un cambiamento radicale nell'istituto.

Il pegno giustiniano è un contratto in base al quale si concede al creditore pignoratizio il diritto di alienare una cosa dell'oppignorante per soddisfare una obbligazione inadempita.

Che questo contratto sia o no accompagnato dalla dazione della cosa pignorata è cosa che non modifica in nulla la linea dell'istituto: ciò avrà soltanto per effetto di imprimere o no al contratto il carattere di contratto reale.

Ma quale sarà il fondamento della tutela concessa al creditore pignoratizio?

Non più il possesso, che non ha più nessuna funzione essenziale nel pegno, ma lo *ius distrahendi*. Il creditore pignoratizio ha diritto di tenere presso di sé la cosa (se già ne è in possesso) e di perseguirla presso i terzi (se non è ancora o se non ne è più in possesso) perché ha il diritto di alienare questa cosa.

Ora lo *ius distrahendi* ha la struttura di un diritto reale su cosa altrui: esso inerisce alla cosa e la segue presso qualsiasi terzo (c.d. *causa pignoris*). A tutela di questo diritto reale non può stare che un'azione reale. Quale? La Serviana, a ciò debitamente adattata.

#### RISULTATI:

A) Domaticamente i risultati di questo lavoro (risultati che saranno esegeticamente illustrati in altro studio) possono così riassumersi.

1) Il pegno classico è un negozio giuridico avente struttura identica alla tradizione che ha per fine l'alienazione immediata (*pignus*) o condizionata (*conventio pignoris*), da parte dell'oppignorante e a favore del creditore pignoratizio, della *possessio* di una cosa, a garanzia di una obbligazione. Il creditore pignoratizio non ha a sua disposizione, per la difesa del possesso, che gli interdetti possessori e, quando questi non soccorrano, l'*actio furti* (che largamente lo compensa del possesso perduto). In caso di *conventio pignoris* egli ha a sua disposizione, per l'apprensione del possesso della cosa, l'*interdictum Salvianum* (contro il colono) e l'*actio Serviana* (contro i terzi): ma tanto l'uno che l'altra, avendo natura di azioni *adipiscendae possessionis*, esauriscono la loro funzione nella prima apprensione del possesso: la difesa posteriore di questo possesso è lasciata ai comuni interdetti.

2) Quanto al rapporto fra oppignorante e creditore pignoratizio bisogna dire che la sua configurazione primitiva è possessoria: ciò importa che l'oppignorante ha in origine a sua disposizione, per la restituzione della cosa, non un'azione ma, come il concedente a precario, un interdetto. Prova di ciò offre ancora nel diritto classico l'interdetto *de migrando*. Peraltro questo originario interdetto cedette ben presto il posto ad un'*actio in factum*: la *pigneraticia*. Ciò costituì il primo germe di quella costruzione del pegno quale rapporto obbligatorio (contratto) sviluppata integralmente solo nel diritto giustiniano.

3) Il pegno giustiniano, per contro, è costruito come contratto col quale si concede al creditore pignoratizio lo *ius distrahendi*. Questo *ius* ha la struttura di un diritto reale ed è difeso con un'azione reale (la Serviana Ist. IV 6 § 7). Appunto perché ha la sua fonte in un contratto il rapporto fra oppignorante e creditore pignoratizio è obbligatorio ed è tutelato con l'*actio pigneraticia* e la contraria.

Questi risultati mostrano come solo il diritto giustiniano abbia infranto i principii classici che regolano i contratti, i diritti reali, le azioni reali: infatti il pegno classico non aveva posto né fra i contratti, né fra i diritti reali, ma giaceva interamente (dal punto di vista sostanziale e processuale) sul terreno pretorio del possesso.

B) Dal punto di vista esegetico questi risultati dominatici assumono notevole importanza: essi, infatti, proiettano nuova luce sulle fonti permettendo di

valutarle da due angoli visuali diversi. E ci assicurano che tutti i testi ove il pegno viene profilato come contratto reale, ove si parla di diritto reale nascente dal pegno, di azione reale a tutela del pegno, sono testi che non possono essere attribuiti ai classici.

C) Dal punto di vista storico questi risultati dominatici ed esegetici servono a mostrarci la più antica fisionomia giuridica puramente possessoria del *pignus* riportandoci ad un sistema di rapporti possessori di cui specialmente il precario, e in certa misura anche il pegno, rappresentano gli ultimi avanzi.

Tutti cotesti punti saranno ulteriormente sviluppati.



1933



## LA STRUTTURA CLASSICA DELLA *CONVENTIO PIGNORIS*\*

§ 1. In un precedente studio sulla struttura classica del *pignus* (Studi Cammeo vol. II. estr. p. 16 Padova 1932), dopo avere mostrato come non potesse essere classica la costruzione del *pignus* quale contratto reale, fonte di diritto reale, tutelato con azione reale (come in Instit., III, 14, § 4; IV, 6, 7; D. 44. 7. 1 § 6; D. 20. 1. 17. etc.) e come, invece, la struttura classica fosse quella di un negozio traslativo di *possessio* (a favore del creditore pignoratizio) in tutto analogo alla *traditio* (p. 9 segg.), accennando alla *conventio pignoris*, mostravo come il contenuto di tale *conventio* stesse, come quella del *pignus*, in una alienazione di possesso della cosa *obligata*: la sola differenza che la *conventio* presenta rispetto al *pignus* – scrivevo – consiste nel fatto che il trasferimento effettivo del possesso è nella prima ritardato al momento dell’inadempimento. Notavo ancora come, però, tale elemento differenziale non alterasse la fondamentale identità di struttura dei due istituti costruiti come negozi traslativi di possesso e regolati da principî fondamentali comuni.

Le conseguenze che da questi principî discendono per la dommatica classica sono notevoli: 1) essendo tanto il *pignus* che la *conventio* negozi traslativi di possesso essi non possono essere classificati – come i compilatori invece fanno – assieme ai negozi obbligatori (contratti reali e consensuali); 2) il *pignus*, quindi, non va posto vicino ai contratti reali, ma vicino alla *traditio* con la quale esso ha una analogia fondamentale di struttura; 3) la *conventio pignoris*, nonostante la sua apparente natura contrattuale – a cagione dell’elemento *accordo* che la domina – non va posta, come i compilatori fanno, fra i contratti consensuali – fra i quali è collocata nei Digesti – ma resta quale figura di negozio

\* «Studi senesi», XLVII (1-2), 1933, pp. 61-92 (anche estratto: Giuffrè, Milano 1933, pp. 3-34; anche in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Giuffrè, Milano 1934, pp. 225-246).

traslativo di possesso con la sola caratteristica che l'effettivo trasferimento viene condizionato dalla inadempienza del debitore.

L'analisi alla quale sottoporremo questa figura di negozio mostrerà come qui ancora il pretore e la giurisprudenza pongano in opera i più fini ardiamenti della tecnica giuridica per creare una struttura dalle linee semplici ed armoniose<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Mi si permetta una breve dichiarazione in ordine al metodo di studio qui seguito: servirà a mostrare come i profili del pegno che vengono nel testo posti in luce sono quelli che la giurisprudenza ed il pretore hanno realmente costruito. Il punto di partenza nella ricerca è stato il materiale offerto dalle fonti: i problemi che mi sono posto studiando questo materiale sono i seguenti: 1) le numerose fattispecie relative al pegno sono esaminate e risolte alla luce di principi nettamente determinabili? 2) Questi principi sono fra loro collegati in guisa da dare all'istituto cui si riferiscono una disciplina (e quindi una struttura) unitaria? 3) Questi principi sono radicalmente nuovi, o, invece, trovano già applicazione in altri istituti? 4) Quali sono, dunque, le analogie di struttura fra il pegno e questi altri istituti e come essi hanno reciprocamente influito l'uno sull'altro? Questa analisi dell'istituto condotta nella sua struttura rende impossibile le costruzioni arbitrarie: lo studio diventa veramente un rilievo vorrei dire topografico dell'istituto. Orbene: posto che indubbiamente tutte le fattispecie relative al pegno obbediscono a certi principi e che questi principi – come risulta dall'analisi dei testi – sono collegati in guisa da costruire una fisionomia unitaria dell'istituto, come fare per guadagnare subito questa visione unitaria? Non c'è, mi pare, che da guardare subito al fine: e il fine nel pegno (tanto nel *pignus* quanto nella *conventio pignoris*) è costituito dalla *possessio*: l'essenza del pegno sta in ciò che l'oppignorante (proprietario quiritario o bonitario di una cosa) trasferisce al creditore pignoratizio il possesso di questa. D. 13-7-35 § 1 (FLORENTINUS *libro octavo institutionum*) *Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem*. Cfr. D. 9-4-22 § 1; D. 13-7-9 § 2; D. 13-7-37; D. 41-3-16; D. 41-2-1 § 15; D. 41-2-36; D. 41-2-37; C. 8-13-3; 9; etc. Se ciò è vero, allora il pegno ha necessariamente la struttura di un negozio traslativo e va perciò accostato agli altri negozi traslativi: specie alla *traditio*. Infatti ritroviamo nel pegno gli stessi principi che valgono nella *traditio*: in particolare, *a*) la cosa data in pegno deve essere *in bonis* del debitore oppignorante perché altrimenti non si potrebbe trasferire un potere che non si ha; *b*) non si può dare in pegno successivamente la stessa cosa a diversi creditori, come non si potrebbe *tradere* successivamente la stessa cosa a diversi accipienti; *c*) non si può dare a pegno che una cosa corporale, come non si può *tradere* che una cosa corporale. Insomma il pegno si identifica nella struttura con la *traditio*: non v'ha differenza che negli effetti: perché laddove la *traditio* trasferisce il dominio, il pegno trasferisce soltanto il possesso (*solam possessionem transfert ad creditorem*). Cfr. per tutto ciò quanto diciamo nell'altro studio citato (estr. p. 8 segg.). Ora data una struttura così fatta se ne possono a priori ricavare le conseguenze: i giureconsulti romani ed il pretore – che crea sempre gli istituti sotto la loro ispirazione – non abbandonano mai quella consequenzialità logica che dà una fisionomia così armoniosa alle loro costruzioni giuridiche. Se il pegno consiste nel trasferimento della *possessio*, il diritto che da esso deriva al creditore pignoratizio non può essere che quello di possedere la cosa oppignorata. Un diritto siffatto non può essere costruito come diritto reale su cosa altrui e non può, quindi, essere tutelato con una vera *actio in rem* (v. nota 21): chi possiede non è tutelato altrimenti che con gli interdetti possessori (v. nota 25). Solo per altra via si può potenziare la tutela del creditore pignoratizio: e cioè concedendogli oltre agli interdetti anche l'*actio furti* – o altre azioni penali corrispondenti – contro colui che lo spogliasse del possesso della cosa

§ 2. Dobbiamo anzitutto giustificare l'esclusione della *conventio pignoris* dalla categoria dei negozi obbligatori (*contractus*).

Che i compilatori considerino la *conventio pignoris* quale contratto consensuale risulta chiaramente dalla collocazione di questo istituto nei Digesti (libro 20) accanto agli altri contratti consensuali (compravendita, locazione).

Che, d'altro canto, codesta concezione contrasti coi principî classici appare subito appena si richiami la nozione classica di contratto: a costituire il contratto sono essenziali *a*) l'accordo (dopo lo sviluppo della teoria della *conventio* D. 2. 14. 1 § 3)<sup>2</sup> *b*) la causa obbligatoria. Non basta la semplice *conventio*, né è sufficiente una qualsiasi finalità giuridica (causa): lo scopo cui le parti devono mirare è appunto la costituzione di un rapporto obbligatorio: se una *conventio* produce effetti diversi da quelli obbligatori ciò basta per escluderla dal novero dei contratti.

Orbene: quale è scopo della *conventio pignoris*? Quello di creare un vincolo obbligatorio fra le parti? No, certamente: le parti mirano soltanto, dicono le fonti, ad *obligare*<sup>3</sup> una cosa costituendola a garanzia di un rapporto obbligatorio. Dunque l'effetto del negozio, qui, si dirige verso una *res* anziché verso una persona: e perciò se ad una categoria di negozi la *conventio pignoris* deve essere accostata essa è piuttosto quella dei negozi traslativi di dominio e costitutivi di diritti reali (*traditio, mancipatio, in iure cessio*) che non quella dei negozi obbligatori (contratti).

E, infatti, quale è lo scopo della *conventio* se non quello stesso del *pignus*? Ora se il *pignus* non può porsi fra i contratti, ma accanto alla *traditio* di cui ricopia la struttura, così la *conventio pignoris* deve essere posta accanto ai negozi traslativi coi quali ha comune la finalità: il trasferimento – in una certa direzione – di una *res*.

Questa identità fondamentale di struttura, però, non esclude che tra i comuni negozi traslativi (in essi compresi la *datio pignoris*) e la *conventio* esista una differenza di costituzione: infatti mentre i primi prendono vigore con la materiale consegna della cosa, la *conventio* prende vigore col semplice consenso. Si potrebbe qui riprodurre, per ragioni di simmetria dommatica, la distinzio-

(cfr. anche DERNBURG *Das Pfandrecht* Leipzig 1860, I, 45. Da tutto ciò risultava chiara la fisionomia del pegno quale rapporto possessorio (estr. cit. p. 9): il profilo diverso che l'istituto mostra nelle fonti giustinianee non poteva più lasciare sospetti. Ed il mio compito doveva appunto essere quello di separare questi diversi profili e di ricercare le ragioni per cui si era passati dall'uno all'altro. Analisi di strutture, studio per dir così anatomico di istituti; ecco dunque il metodo seguito. Ed è cotesta una via che difficilmente erra: perché c'è sempre nelle strutture studiate una ossatura logica che è guida sicura per lo studioso.

<sup>2</sup> Cfr. RICCOBONO, *Studi Bonfante*, 123 segg.

<sup>3</sup> Cioè: «die passive Unterwerfung einer Sache unter ein dingliches Verhältniss» DERNBURG *op. cit.* I, 118.

ne in uso pei negozi obbligatori fra i negozi conclusi *re* e negozi conclusi *consensu* (Gai III 89): ora come questa diversità di costituzione non esclude la fondamentale identità nella struttura obbligatoria dei contratti di vario tipo (*reali, consensuali*), così la diversità di costituzione non esclude la partecipazione della *conventio* alla categoria dei negozi traslativi.

E sta proprio in questa fisionomia consensuale del negozio traslativo la genialità della costruzione: perché si trattava di introdurre elementi assolutamente nuovi nella dommatica e di disciplinare l'istituto in modo che fossero salvaguardati i principî regolatori dei negozi traslativi comuni.

§ 3. Uno di questi principî, e propriamente quello fondamentale, è quello secondo cui *nemo ad alium plus iuris transferre potest quam ipse habet*<sup>4</sup>. Ora costoto principio trova nella *conventio pignoris* piena attuazione.

PAPINIANUS libro vicesimo quaestionum D. 20. 1. 3. pr. *Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suam non probaret aequae servanda erit creditori actio Serviana probanti rem in bonis eo tempore, quo pignus contrahebatur, illius fuisse. Sed et si victor sit debitor vindicans hereditatem iudex actionis Serviniana, neglecta de hereditate dicta sententia, pignoris causa inspicere debet. Atquin aliud in legatis et libertatibus dictum est cum secundum eum, qui legitimam hereditatem vindicabat, sententia dicta est. Sed creditor non bene legatariis per omnia comparatur, cum legata quidem aliter valere non possunt, quam si testamentum ratum esse constaret: enim vero fieri potest ut et pignus recte sit acceptum, nec tamen ab eo lis bene instituta*<sup>5</sup>.

Il problema qui posto è il seguente: la soccombenza dell'oppignorante nella *rei vindicatio* produce necessariamente l'estinzione del pegno? La risposta è questa: l'estinzione non si produce se il creditore pignoratorio, intentando la Serviana, riuscirà a provare che la *res* era *in bonis* dell'oppignorante nel momento della conclusione della *conventio*. E si capisce: se si prova l'*in bonis* si prova perciò stesso che il debitore poteva disporre della cosa e che quindi, il pegno era stato validamente istituito. La perdita della lite non deve perciò recare nocumento alcuno al creditore pignoratorio (*enim vero fieri potest ut et pignus recte sit acceptum, nec tamen lis a reo bene instituta*).

Né qui è da ricorrere per analogia alla posizione dei legatari rispetto all'erede testamentario: mentre, infatti, la posizione dei legatari è subordinata

<sup>4</sup> Cfr. D. 50-17-54, nel senso generico a tale principio attribuito dai giustiniani: in questo senso si può benissimo dire che nessuno può trasferire ad altri un potere giuridico che non ha. Così in D. 20-1-3 § 1.

<sup>5</sup> Testo ricco di elementi spuri – cfr. *Index I*, p. 382 e per ultimo VOLTERRA *Osservazioni sul pegno di cosa altrui in diritto romano* 1930 – ma costruito, nelle linee fondamentali, con principî classici. Per la seconda parte del testo cfr. BETTI *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano* 1922 p. 470 segg.

nata a quella dell'erede in guisa che la soccombenza di quest'ultimo nuoce necessariamente ai primi (anche supposta la iniquità di tale soccombenza), dipendendo la vita dei legati da quella del testamento, la posizione del creditore pignoratizio è indipendente – quando il *pignus* sia stato regolarmente concluso e siano ricorse tutte le condizioni per la validità di un negozio traslativo – da quella che può in prosieguo assumere il debitore oppignorante.

La decisione, perciò, è qui ricavata dal principio che si può trasferire ciò che si ha e questo trasferimento non è invalidato da posteriori mutamenti nella posizione dell'alienante: per contro non vi sarebbe valido trasferimento allorché, dopo cotesti mutamenti, il debitore oppignorasse la cosa il cui dominio sia stato a lui disconosciuto.

§ 1. *Per iniuriam victus apud iudicem rem quam petierat postea pignori obligavit: non plus habere creditor potest, quam habet qui pignus dedit. Ergo summo-vebitur rei iudicatae exceptione, tametsi maxime nullam propriam qui vicit actionem exercere possit: non enim quid ille non habuit, sed quid in ea re quae pignori data est debitor habuerit considerandum est*<sup>6</sup>.

Alla luce del medesimo principio vengono risolte le fattispecie prospettate in D. 20. 1. 31. pr. § 1 e D. 20. 6. 3. Nel primo testo si tratta di pegno di *ager vectigalis* sottoposto a condizione risolutiva (*si post certum temporis vectigal solutum non sit is fundus ad dominum redeat*), nel secondo, di pegno di fondo comperato dall'oppignorante con la clausola della *in diem addictio* (*nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset*). Ora in ambedue i casi la posizione del creditore pignoratizio *dipende* da quella del debitore: non potendo costui trasferire più di quello che ha, in caso di risoluzione del suo diritto viene in applicazione il principio: *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*.

Da ciò le decisioni di Scevola (D. 20. 1. 31 § 1) *si vectigali non soluto iure suo dominus usus esset, etiam pignoris ius evanuisse*<sup>7</sup>, e di Marcello (D. 20. 6. 3.) *finiri pignus si melior condicio allata fuerit*<sup>8</sup>.

Dal medesimo principio discendono la necessità che la cosa pignorata sia *in bonis* dell'oppignorante nel momento della conclusione della *conventio* (D. 20. 1. 3 pr.; D. 20. 1. 15 § 1; D. 20. 4. 9 § 3; C. 8. 15. 6 etc.) e la radicale nullità

<sup>6</sup> Cfr. BETTI *op. cit.* p. 303 segg.

<sup>7</sup> Nel testo si parlava originariamente dei *municipes* cfr. FERRINI v. *obbligazione* in Encicl. Giur. 378: cfr. per la critica del testo *Index* p. 390.

<sup>8</sup> Nonostante la critica del BESELER *Z. S. St.* 43 (1922) 437, il parallelismo con D. 20-1-31 § 1 dà anche a D. 20-6-3 tutto il sapore di un testo classico.

di una *conventio* riferita ad una *res aliena* (C. 8. 15. 1; 2; 4; 6; D. 20. 1. 22; D. 20. 1. 1 pr.; D. 20. 4. 9 § 3)<sup>9</sup>.

E qui la struttura di negozio traslativo propria della *conventio pignoris* si mostra in piena luce. Il pegno di cosa altrui è nullo per la stessa ragione per cui è nulla la *mancipatio* di cosa altrui: e questa ragione sta appunto nel principio che nessuno può trasferire un diritto che non ha (D. 41. 1. 20 pr.).

§ 4. Un altro principio regolatore dei negozi traslativi è quello che potremo chiamare della efficacia immediata di tali negozi: essi non sopportano condizioni o termini (una *traditio* – della *mancipatio* o della *in iure cessio* è inutile far parola rientrando essi fra gli *actus legitimi* – avviene normalmente senza condizione)<sup>10</sup>: tuttavia anche quando queste clausole vi siano apposte<sup>11</sup> il loro funzionamento è diverso da quello che si verifica nei negozi obbligatori. In questi ultimi, infatti, la condizione, ad es., impedisce il vigore immediato del negozio ritardandolo sino al momento dell'adempimento (dal qual momento – *ex nunc* – si producono gli effetti del negozio)<sup>12</sup>. Nel negozio traslativo, invece, il vigore del negozio decorre dalla conclusione<sup>13</sup>: a questo momento (*ex tunc*) vengono ricondotti gli effetti del negozio: l'apposizione della condizione ha solo l'effetto di provocare un periodo di pendenza nel quale è incerto se il negozio prenderà vigore: ma una volta verificatasi tale condizione il negozio si trova nello stato in cui si sarebbe trovato se fosse stato concluso puramente.

<sup>9</sup> Intorno al pegno di cosa altrui cfr. il lavoro citato del Volterra. Esso analizza, fra l'altro, questo problema: se il debitore che ha costituito in pegno una cosa altrui possa opporre al creditore, che agisce con la *Serviana*, l'*exceptio in bonis meis non fuisse*. Restano comunque ben saldi i due principi secondo cui 1) la cosa pignorata deve essere *in bonis* dell'oppignorante perché vi sia valida costituzione di pegno 2) e, perciò, è nullo (salvi i casi di convalida) il pegno di cosa altrui. Così anche Volterra p. 11 § 2; p. 66 § 6 e *passim*. Cfr. SILVIO ROMANO *Appunti sul pegno dei frutti nel diritto romano*, Padova 1931 p. 92.

<sup>10</sup> Tuttavia non mancano esempi di *traditio* sotto condizione. Cfr. ad es. D. 23-3-9 § 1.

<sup>11</sup> Esempi frequenti nei legati *per vindicationem* e nelle manomissioni testamentarie dirette. Cfr. D. 6-1-66; D. 10-2-12 § 2.

<sup>12</sup> Perciò *interim nihil debetur* D. 20-1-13 § 5; cfr. D. 12-6-16 pr.; D. 18-6-8 pr.; *Inst.* III, 15 § 4; FERRINI *Pand.* § 147 p. 193.

<sup>13</sup> Così è vero che in caso di legato di proprietà *sub condicione* o di tradizione similmente sospesa, fino all'avvento del fatto dedotto in condizione, proprietario rimane o l'erede o l'alienante (che perciò avranno la *rei vindicatio* D. 6-1-66; D. 10-2-12 § 2; D. 39-6-29): ma non è meno vero che verificatasi la condizione il passaggio di proprietà retroagisce sino al momento della costituzione del negozio (o dell'acquisto della eredità): per questa ragione vengono a cadere tutti gli atti di disposizione della cosa compiuti dopo questo momento dall'erede o dall'alienante. E qui sta altresì la ragione che vieta la manomissione del servo legato sotto condizione e la *illatio mortui* in un fondo parimente legato sotto condizione. Cfr. FERRINI *Pand.* § 146 p. 192.

Ora questo principio ha piena applicazione nella *conventio pignoris* costituendo, anzi, il criterio fondamentale di regolamento dei pegni successivi sulla medesima (vedi più oltre § 10). È questo un altro indice rivelatore della struttura traslativa della *conventio*, della sua radicale diversità dal negozio obbligatorio.

§ 5. Un altro principio regolatore dei negozi traslativi è quello concernente l'effetto di questi negozi: esso investe sempre immediatamente una *res* a favore di una determinata persona. Così la *traditio*, la *mancipatio*, la *in iure cessio*, il legato di proprietà, producono sempre effetti che hanno immediato riferimento a una cosa a favore di una persona determinata (accipiente, mancipatario, cessionario, legatario, che diventano proprietari della cosa trasferita o titolari di diritti reali sopra di essa).

Ciò dicasi anche per la *conventio pignoris*: essa produce un effetto che investe immediatamente una *res* – *obligatio rei*<sup>14</sup> – a favore del creditore pignoratorio.

§ 6. Ma sorge qui spontanea la domanda: quale è il *contenuto* di quest'effetto prodotto dalla *conventio*? Diciamo subito: questo contenuto è la *possessio*<sup>15</sup>. Cioè, precisando: con la *conventio pignoris* il creditore pignoratorio viene investito potenzialmente del possesso della cosa pignorata: questo possesso egli potrà apprendere – mediante l'interdetto Salviano<sup>16</sup> o l'azione Serviana<sup>17</sup> – se avverrà l'inadempienza del debitore (C. 8. 13. 3).

Il creditore pignoratorio viene così a trovarsi in una condizione analoga a quella del *bonorum possessor* prima dell'esperimento dell'interdetto *quorum bonorum* (Gai IV, 144): ambedue sono investiti – per effetto della concessione pretoria l'uno e della *conventio pignoris* l'altro – del diritto al possesso di una cosa (o di un intero patrimonio) e per la realizzazione di questo possesso usano ambedue di interdetti *adipiscendae possessionis* (Gai IV, 144-147: l'azione Serviana ha pure tale natura)<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Nel senso indicato dal DERNBURG *op. cit.* I, 118.

<sup>15</sup> Cfr. nota 1 ed il nostro *pignus* (estr. p. 8); cfr. anche DERNBURG *op. cit.* II, 85.

<sup>16</sup> GAI IV, 147.

<sup>17</sup> D. 21-2-66 *Serviana nudam possessionem advocat*. Tanto il Salviano che la Serviana hanno funzione *adipiscendae possessionis* (GAI IV, 144) e vengono esperiti l'uno contro il debitore e l'altro contro il terzo possessore. Cfr. D. 20-1-10; D. 43-33-1 § 1; C. 8-9-1. Sopra questi testi LENEL *Z. S. St.* 3 (1882) 180 segg.; *Ed.*<sup>3</sup> 490.

<sup>18</sup> Ciò risulta nettamente da tutti i testi ove si parla della Serviana: *Serviana* – dice Papiniano in D. 21-2-66 – *nudam possessionem advocat*: la Serviana ha in confronto dei terzi la stessa funzione che il Salviano ha in confronto del debitore (C. 8-9-1). Cfr. LENEL *Ed.*<sup>3</sup> 491.

Il contenuto, dunque, del diritto del creditore pignoratizio è dato dal possesso della cosa pignorata (*diritto di apprendere il possesso*, prima; possesso effettivo, poscia, ad inadempienza verificata).

Orbene: già nello studio precedente sul *pignus* (estr. p. 18) abbiamo mostrato come questo diritto del creditore pignoratizio non abbia – e non possa avere – nel sistema classico la struttura di un *ius in re aliena*.

Infatti: *a)* il diritto di apprendere il possesso – prima, quindi, dell'inadempienza – manca come abbiamo visto del carattere di perpetuità che è proprio del diritto reale: esso può esercitarsi una sola volta, con l'interdetto Salviano o con l'*actio Serviana*: una volta esercitato si esaurisce<sup>19</sup> per lasciare il posto al diritto generico che ha un qualsiasi possessore di essere tutelato – mediante i comuni interdetti possessori – nel suo possesso. *b)* Che se consideriamo la posizione del creditore pignoratizio dopo l'inadempienza ed il conseguente acquisto del possesso, anche ora non apparirà per nulla la figura di un *ius in re aliena*.

Col fatto del possesso il creditore non esercita, come potrebbe credersi, alcun diritto su cosa altrui. Anzi l'esistenza stessa di un possesso esclude necessariamente quella di un *ius in re aliena*. Possesso e *ius in re aliena* sono concetti che vicendevolmente si escludono: il possesso è sempre e necessariamente in diritto classico l'esercizio di fatto del diritto di proprietà<sup>20</sup>. Dunque: se è vero, come non v'ha dubbio, che il creditore pignoratizio ha diritto al possesso e, in caso d'inadempienza, possiede effettivamente la cosa pignorata, sarà vero necessariamente che cotesto diritto e cotesto possesso non possono essere configurati come diritto reale su cosa altrui e come esercizio di un diritto siffatto<sup>21</sup>.

La posizione del creditore pignoratizio è in tutto identica, nella prima fase, a quella di un *bonorum possessor* prima dell'esperimento dell'interdetto *quorum bonorum* e, nella seconda fase, a quella di un comune possessore.

<sup>19</sup> Per tutti i casi, infatti, in cui viene concesso un interdetto *adipiscendae possessionis*, tale interdetto *ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem* (GAI IV, 144). E ciò è tanto vero che in caso di perdita del possesso non si può più ricorrere ad un interdetto siffatto (*itaque si quis adeptus possessionem amiserit desinit ei id interdictum utile esse* GAI IV, 144).

<sup>20</sup> Da ciò il principio saldissimo per tutta l'epoca classica – cfr. ALBERTARIO *BIDR* 40 (1932) fasc. I - IV p. 39, che qui riassume i risultati cui è pervenuto in altri studi – che non è concettualmente possibile il possesso delle servitù o di altri diritti reali su cosa altrui (usufrutto, enfiteusi, superficie). Il possesso è veramente – nella concezione dei classici – l'ombra della proprietà: da ciò deriva che ove c'è possesso (come nel caso del pegno) ivi non può parlarsi di un diritto reale su cosa altrui.

<sup>21</sup> La conseguenza di questi principi è chiara: se il pegno non è fonte di un diritto reale esso non può avere a sua difesa un'azione reale (nel senso tecnico a questa espressione attribuita nel sistema dello *ius civile*).

Ma si dirà: – e la *Serviana*? Non è forse qualificata nelle fonti come *actio in rem*<sup>22</sup>?

<sup>22</sup> Istit. IV, 6 § 7; D. 20-1-17; D. 20-1-16 § 3; D. 20-6-9 § 1; D. 10-4-3 § 3; D. 20-1-28; D. 20-1-29 pr.; D. 20-1-14 pr.; D. 20-1-29 § 2; D. 20-4-9 pr.; D. 20-6-12 § 1; D. 41-3-44 § 5; D. 13-7-40 § 2; D.13-7-41; D. 13-7-43 pr.; D. 20-6-1 § 1; D. 20-6-11; C. 8-13-24; C. 8-13-18; (cfr. D. 20-1-17); C. 8-13-15; C. 8-13-14; C. 8-13-10; C. 8-13-8; C. 8-17-9; C. 8-19-1; C. 8-27-20; C. 4-10-14; C. 4-30-1; C. 8-32-1; C. 8-25-8. In tutti questi testi la Serviana viene spesso qualificata come *actio in rem* e si parla spesso di *persecutio pignoris*, di *vindicatio pignoris*, di *iure pignoris persecutio* etc. Ora a parte il problema relativo alla genuinità o meno di tali testi (sul quale v. ALBERTARIO *Riv. di diritto processuale civile* 5 (1928), VI, p. 185 segg. 188 segg. e contro SEGRÈ in *Rend. Accad. Naz. dei Lincei* serie VI vol. V fasc. 1-2 p. 31 segg.; *BIDR* (1983) p. 81 segg.) a me pare che la questione circa la qualifica di *actio in rem* della Serviana nelle fonti classiche (è indubitato che molti dei testi citati non sono alterati) va risolta distinguendo un duplice significato della espressione *actio in rem*: 1) un significato stretto col quale si indica quell'*actio* (*vindicatio*) che sta a tutela di un *ius in re* e nella cui *intentio* si ha l'affermazione di questo *ius* (GAI IV, 3 *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, veluti utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive*). Quest'azione può essere esperita sempre, ogni volta che ne ricorrono i presupposti. 2) Un significato largo col quale si indica in genere ogni azione – e gli stessi interdetti – che, sul fondamento di una concessione pretoria, possa essere esperita contro qualsiasi terzo possessore di una cosa corporale e che abbia come scopo di far acquistare il possesso di questa cosa. In questo senso va inteso ciò che dice Ulpiano in D. 43-1-1 § 3: *interdicta omnia licet in rem videantur concepta* (cfr. D. 43-18-1 § 1) ed in questo senso vanno intese tutte le espressioni relative alla *Serviana* ed alla *persecutio pignoris* in genere. Ma è evidente che fra i due significati esiste una differenza essenziale: nell'un senso, *actio in rem* denota una *vindicatio* (GAI, IV, 5) fondata sopra un diritto reale (proprietà o servitù) avente una *intentio* ben determinata: tale *actio* si può esperire sempre (tutte le volte cioè che ne ricorrono i presupposti); nell'altro senso, invece, *actio in rem* o *persecutio* etc. denota un'azione non fondata sopra un diritto reale, ma sopra una concessione pretoria, che pur avendo per scopo – come la *vindicatio* – di perseguire la cosa presso qualunque terzo pure (ciò appare chiaramente negli interdetti) esaurisce la sua ragion d'essere una volta esercitata. Questi due tipi di *actiones in rem* sono, dunque, identici nello scopo che perseguono: ma si differenziano poi radicalmente nel loro rispettivo fondamento. La *Serviana* è, appunto, un'*actio in rem* di secondo tipo: infatti, con essa il creditore pignoratizio persegue la cosa presso qualunque terzo. Ma, a differenza di una vera *vindicatio*, la *Serviana* non ha fondamento sopra un *ius in re* e non ha, quindi, la struttura formulare (nella *intentio*) di una *vindicatio*. Essa è un'azione *adipiscendae possessionis* (D. 21-2-66; C. 8-13-3) come il Salviano, ed il suo appellativo di *actio in rem* in nulla differisce da quello di *interdictum in rem* che potrebbe benissimo essere dato anche al Salviano (in base a D. 43-1-1 § 3 e D. 43-18-1 § 1). Con questa distinzione le due tesi in contrasto si conciliano: perché mentre dall'un lato è indubbio che la *Serviana* non è un'*actio in rem* nel senso stretto della parola in quanto fondata, cioè, sopra un *ius in re*, dall'altro non è meno dubbio che le fonti classiche la qualificano spesso come *actio in rem*: ma questa qualifica vuole solo significare che con la *Serviana* l'attore *incumbit rei* – come dicono spesso le fonti: Inst. IV, 1 § 14; D. 10-4-3 § 15; C. 8-21-2; D. 47-2-56 – perseguendo la cosa presso qualunque terzo: tale *persecutio*, però, non ha a suo fondamento un *ius in re*. Che questo significato largo di *actio in rem* sia molto caro ai compilatori è, per tante ragioni, evidente: ne sono indici i testi interpolati (es. D. 10-4-3 § 3) ed il rilievo stesso che è dato a questa concezione nei testi del Digesto e del Codice (es. D. 20-1-17 e C. 8-13-18). E tale concezione sta loro così a cuore da far considerare la stessa *actio furti* concessa al creditore pignoratizio come *actio in rem* (Instit. IV, 1 § 14 *Unde constat creditor de pignore subrepto furti agere posse [etiamsi idoneum debitorem habeat quia expedit ei pignori potius incumbere quam in personam agere]*). Del

Rispondo: la *Serviana* non è *actio in rem*<sup>23</sup> – in diritto classico – e non ha quindi né la struttura (formulare)<sup>24</sup> né la funzione di un'azione reale: essa ha la medesima funzione dell'interdetto Salviano che, per ragioni di speditezza e forse anche di minor pericolosità processuale, è venuta in parte a sostituire: è, perciò, *adipiscendae possessionis* e si esercita come il Salviano (Gai IV, 144) una sola volta: per apprendere il possesso della cosa dopo verificatasi l'inadempienza<sup>25</sup>: appreso il possesso, l'esercizio della *Serviana* diventa inutile<sup>26</sup> ed al creditore pignoratizio è lasciata la comune difesa interdittale del possesso<sup>27</sup>.

Del resto c'è ancora un'altra ragione ad escludere pel pegno il concetto di *ius in re aliena*: ed è il contenuto stesso del diritto reale su cosa altrui. Questo contenuto sta in ciò che una certa utilità della cosa è sottratta al *dominus* ed è ceduta ad un terzo: il diritto su cosa altrui funziona sempre come limite del diritto di proprietà<sup>28</sup>. Ora nel caso del pegno le cose stanno diversamente<sup>29</sup>: il pegno investe la cosa nella sua totalità: in quanto possessore – e pur essendo pri-

resto nel diritto giustiniano l'*actio Serviana* può considerarsi come una vera azione reale, che ha fondamento in un diritto reale: lo *ius distrahendi*, che è ormai diventato l'elemento essenziale del pegno.

<sup>23</sup> Nel senso stretto (v. nota precedente), non essendo fondata sopra un *ius in re*.

<sup>24</sup> L'*intentio* della *Serviana*, infatti, non può davvero essere posta vicino alla *intentio* di una vera azione reale. Cfr. LENEL *Ed.*<sup>3</sup> 494.

<sup>25</sup> *Creditoribus... auctoritate praesidis possessionem adipisci debent* C. 8-13-3; D. 21-2-66.

<sup>26</sup> Cfr. quanto diciamo nell'altro studio sul *pignus* (estr. p. 15 segg.). Se la *Serviana* è un'azione *adipiscendae possessionis* è chiaro che essa esaurisce la sua funzione una volta ottenuto lo scopo (l'acquisto del possesso). Se il creditore pignoratizio perdesse il possesso egli potrebbe riapprenderlo mediante i comuni interdetti possessori, e potrebbe agire contro i terzi di malafede e contro lo stesso debitore con l'*actio furti* (Gai III, 204; D. 47-2-19 § 6 etc.). Però non è escluso che il creditore possa nuovamente chiedere al pretore la concessione della *Serviana*, così come potrebbe nuovamente richiedere la concessione del Salviano: anche con questi mezzi si tratta pur sempre della tutela del possesso. La preoccupazione che mi dominava nello studio precedente inducendomi a negare la possibilità di un ulteriore esperimento della *Serviana* era che potesse così essere legittimata la concezione della *Serviana* quale *actio in rem* e del *pignus* quale *ius in re*. Ma i chiarimenti sopra fatti (nota 21) intorno al significato atecnico di *actio in rem* permettono ora di ammettere un ripetuto esperimento della *Serviana* senza perciò essere costretti a considerare tale azione come vera azione reale, fondata sopra un diritto reale. Essendo quest'azione *adipiscendae possessionis* (alla stregua di un qualsiasi interdetto), nulla vieta che essa (come un qualsiasi interdetto recuperatorio o *adipiscendae poss.*) possa essere esperita ogni qualvolta si tratti di ottenere o, anche, di riottenere il possesso di una cosa.

<sup>27</sup> Vedi nota precedente.

<sup>28</sup> Cfr. DERNBURG *op. cit.* I, 125 segg.; FERRINI *Pand.* § 361 p. 472.

<sup>29</sup> L'antitesi fra pegno e servitù era già stata, in altro senso, avvertita. (BACHOFEN *Pfandrecht* I, 97 segg.): gli argomenti del DERNBURG (*op. cit.* I, 125 segg.) in contrario non riescono ad eliminarla, specie quando essa viene posta, come noi facciamo, sulla base della *possessio*. Gli *iura in re* limitano intrinsecamente la proprietà (FERRINI *op. cit.*) ed escludono il possesso; il pegno, invece, si sostanzia nel possesso e, pur investendo sotto questo aspetto negativo tutta la cosa, non limita positivamente in nulla i diritti del proprietario.

vo di qualsiasi diritto di godimento e di disposizione della cosa (l'*ius distrahendi* deriva dall'apposito patto che fiancheggia normalmente il pegno<sup>30</sup>) – il creditore pignoratizio si trova di fatto nella posizione stessa del *dominus*.

Ritorniamo, in sostanza, all'antitesi fra *possessio* e *ius in re aliena*<sup>31</sup>: come un *ius in re* non può coesistere col dominio (essendo ciò contraddittorio: *nemini res sua servit*), così, per la medesima ragione, un *ius in re aliena* non può coesistere col possesso, che del diritto di proprietà è l'esterna proiezione (o apparenza, o esercizio di fatto che dir si voglia).

§ 7. Altro principio regolatore dei negozi traslativi e, quindi, anche della *conventio pignoris*, è quello concernente la natura corporale della cosa trasferita.

Per il pegno ciò è evidente: se l'essenza dell'oppignoramento consiste nel trasferimento del possesso di una cosa, è chiaro che solo una cosa corporale, della quale soltanto nella concezione classica è possibile il possesso<sup>32</sup>, può formare oggetto di pegno.

Cotesto principio non è per nulla contraddetto dal fatto che si diano nelle fonti casi di pegno aventi ad oggetto un credito<sup>33</sup> (*pignus nominis* D. 13. 7. 18 pr.; C. 8. 16. 4) e un diritto reale su cosa altrui<sup>34</sup> (D. 20. 1. 11 § 2; D. 20. 1. 11 § 3; D. 20. 1. 12; D. 20. 1. 13 § 3): in tutti questi casi non si ha in realtà un vero pegno, ma figure giuridiche costruite in modo analogo al pegno.

La via per giungere a tale costruzione è stata quella di sostituire al possesso – che in questi casi manca – l'esercizio del diritto dato a pegno<sup>35</sup>: sottraendo al debitore cotesto esercizio il creditore viene a trovarsi nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato se si fosse trattato di un pegno regolare.

PAULUS *libro vicensimo nono ad edictum* D. 13. 7. 18 pr. *Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicuius, id quod acceperis erit tibi pignoris loco*<sup>36</sup>.

Dunque il creditore è qui posto in condizione di esigere il credito che ha formato oggetto della *conventio pignoris*.

<sup>30</sup> GAI II, 64.

<sup>31</sup> Cfr. nota 19.

<sup>32</sup> *Possideri autem possunt, quae sunt corporalia* D. 41-2-3 pr. *quia nec possideri intellegitur ius incorporale* D. 41-3-4 § 26 cfr. ALBERTARIO *BIDR* cit. p. 39.

<sup>33</sup> Cfr. DERNBURG *op. cit.* I, 461 segg.

<sup>34</sup> Cfr. DERNBURG *op. cit.* I, 484 segg.; 493 segg.

<sup>35</sup> Cfr. DERNBURG *op. cit.* I, 462.

<sup>36</sup> Per la critica del testo BIONDI *Compensazione* 276 segg.; cfr. *Index Int.* I, 224. L'esercizio del credito dato a pegno (quindi, eventualmente, la sua esazione da parte del creditore pignoratizio) viene attuato per mezzo di azioni utili.

Così pure nei casi di pegno di diritti reali su cosa altrui (usufrutto e servitù prediali) la sostanza del pegno sta nella concessione dell'esercizio del diritto al creditore (D. 20. 1. 12... *Pomponius ait ut talis pactio fiat ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur*). Si comprende bene, per altro, come si tratti di figure di pegno non originarie ma via via elaborate dalla giurisprudenza e dal pretore; da qui i dubbi prospettati nei testi (D. 20. 1. 12; D. 20. 1. 11 § 2) e le soluzioni ricondotte ai responsi dei giuristi (D. 20. 1. 12 *Pomponius ait* D. 20. 1. 12 § 2 *Papinianus respondit*). E si capisce: il pegno non può sorgere in origine che collegato col possesso: solo in prosieguo, quando l'esercizio di fatto dei diritti reali su cosa altrui comincia a profilarsi come quasi possesso<sup>37</sup>, spunta l'idea che questo esercizio di fatto possa surrogare, nel pegno, il possesso.

Nel diritto giustiniano la distinzione fra esercizio di fatto di un qualsivoglia diritto e possesso non ha più ragione di essere<sup>38</sup>: si possiede una cosa, come si possiede un diritto: quindi il pegno di un diritto ha la medesima struttura ed i medesimi effetti del pegno di una cosa corporale.

§ 8. Abbiamo detto che la *conventio pignoris*, pur essendo un negozio traslativo e pur avendo, come tale, in comune coi negozi traslativi i principî fondamentali, pure se ne differenzia a cagione della sua struttura consensuale: ora co-testa differenza costituisce certamente un'audacia costruttiva che per opera del pretore introduce concetti nuovi e fecondi nella dommatica classica.

La novità consisté nel superare gli schemi rigidi della dommatica di *ius civile* che non concepiva un negozio traslativo che a struttura reale; la fecondità consisté in ciò che veniva così posto il germe di quella spiritualizzazione del negozio traslativo che doveva via via snaturare l'istituto classico (si pensi alla *traditio* ed alla sua evoluzione postclassica<sup>39</sup>) e che doveva giungere sino a fondere il negozio traslativo con quello obbligatorio (da cui la figura ibrida del contratto generatore di diritti reali, figura in cui si specchiano tanto il negozio obbligatorio – il contratto – quanto quello traslativo – la *traditio*).

<sup>37</sup> ALBERTARIO *BIDR* cit. 39.

<sup>38</sup> Lo stato di fatto corrispondente ai diritti reali su cosa altrui è giuridicamente rilevante anche nel diritto classico: è indice di ciò la concessione di interdetti a coloro che di fatto (pur non essendone titolari) avessero esercitato ad es. una servitù di passaggio (D. 43-19-1 pr.). Orbene: cotesto stato di fatto non può essere considerato, in diritto classico, come possesso; possesso è pei classici soltanto lo stato di fatto corrispondente al diritto di proprietà. L'evoluzione avvenuta in questa materia consisté nella lenta assimilazione di questi stati di fatto non costituenti possesso, al possesso. Nel diritto giustiniano la equiparazione è completa: possesso è ormai qualunque stato di fatto corrispondente ad un qualsiasi diritto reale: si va anzi più in là sino a profilare come possesso lo stato di fatto correlativo ad un qualsiasi diritto (specie per gli *status*) cfr. ALBERTARIO *BIDR* cit. 39 ove l'autore riassume in pochi tratti la dot- sul possesso svolta in altri studi (specie *corso* anno accad. 1912-1913, Camerino).

<sup>39</sup> Cfr. gli studi del RICCOBONO sulla *traditio*.

§ 9. Un'altra novità, alla prima intimamente legata, consisté nell'ammissione di un trasferimento puramente potenziale del possesso: con la *conventio pignoris*, infatti l'oppignorante dispone del possesso a favore del creditore pignoratizio: tuttavia cotesto trasferimento potenziale (messa a disposizione) non è seguito anche dal trasferimento effettivo, che è ritardato fino al tempo dell'inadempienza. Però è indubitato che il negozio traslativo prende vita nel momento in cui la *conventio* viene conclusa: fin da questo momento il possesso viene considerato come *indisponibile* e quindi come insuscettivo di una alienazione ulteriore. È questo il principio che regola il funzionamento dei pegni di grado diverso. L'ammissione di cotesti pegni successivi sopra un medesimo oggetto non deve stare, perciò, in contraddizione col principio fondamentale secondo cui non può formare oggetto di alienazione ciò che è stato già alienato: e infatti questi pegni successivi sono costruiti in modo che solo il primo abbia piena efficacia mentre l'efficacia di quelli successivi è condizionata all'estinzione dei precedenti.

È questo un punto nel quale la concezione della *conventio pignoris* quale negozio traslativo mostrerà tutta la sua fondatezza: solo, infatti, cotesta concezione riuscirà a spiegare le soluzioni, in apparenza strane, che le fonti presentano.

§ 10. Coteste soluzioni sono tutte ispirate, come vedremo, al seguente principio: che i pegni successivi al primo si trovano nella condizione stessa in cui si trova il pegno di cosa futura. Siamo, cioè, in presenza di negozi traslativi alla cui perfezione manca attualmente un elemento essenziale il cui sopravvenire, però, è sperato nel futuro. Un negozio siffatto non è nullo; esso ha una certa esistenza giuridica che lo pone in uno stato di pendenza: appena sopravverrà l'elemento essenziale alla sua costituzione il negozio prenderà pieno vigore, come se fosse stato pienamente efficace sin dall'inizio. Ciò mostra la diversità di tale negozio dal negozio obbligatorio sottoposto a condizione sospensiva: mentre quest'ultimo prende effetto *ex nunc*, al momento in cui si verifica la condizione, il primo, invece, prende effetto *ex tunc* sin dall'epoca della sua costituzione. (v. § 4).

Ora, come viene ammesso dalle fonti, il pegno di cosa futura (D. 20. 1. 1 pr.; D. 20. 1. 15 pr.; D. 20. 1. 34 § 2; D. 20. 4 11 § 3)<sup>40</sup> e, sotto certe condizioni, anche quello di cosa aliena (D. 20. 1. 1 pr.; D. 20. 4. 3 § 1; D. 20. 4. 9 § 3)<sup>41</sup>, così viene ammesso anche il pegno successivo della medesima cosa: in tutti questi casi il negozio è attualmente privo di un elemento essenziale: l'oggetto; infatti esso o non è ancora in essere (come nel caso di cosa futura) o non è nella disponibilità dell'oppignorante (perché di esso egli ha già disposto in precedenza col primo pegno o perché non si trova ancora nel suo patrimonio):

<sup>40</sup> Cfr. SILVIO ROMANO *op. cit.* 79 segg.

<sup>41</sup> Cfr. VOLTERRA *op. cit.*

col sopravvenire dell'oggetto (venendo in essere o venendo nella disponibilità dell'oppignorante) il negozio si perfeziona automaticamente.

Supposti, allora, più pegni successivi su una medesima cosa è evidente che l'estinzione del primo farà perfezionare automaticamente il secondo: quindi, anche se il primo creditore lo volesse, non può mai verificarsi un perfezionamento del terzo pegno prima del perfezionamento del secondo. Trattandosi di negozi traslativi successivi che prendono immediatamente vigore appena sorge l'elemento che manca al loro perfezionamento, è evidente come la volontà delle parti non possa superare questo intrinseco funzionamento dei principî.

Tutto ciò è chiaramente mostrato in vari testi.

1) PAULUS *libro quinto responsorum* D. 20. 6. 12 pr. *Paulus respondit Sempronium antiquiorem creditorem consentientem cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, ius suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum eius successisse. Et ideo medii creditoris meliorem causam effectam*<sup>42</sup>.

Perciò: a) il consenso del primo creditore alla costituzione del terzo pegno viene equiparato ad una rinuncia (cfr. D. 20. 4. 12 § 4; D. 20. 6. 4 §§ 1-2; D. 20. 6. 7 pr.; D. 20. 6. 9 pr.; D. 20. 6. 9 § 1; D. 20. 6. 11; D. 20. 6. 12); b) co-testa rinuncia estinguendo il primo pegno fa automaticamente perfezionare il secondo: da ciò la conseguenza che non ha luogo in questa ipotesi una *successio in locum* (vedi più sotto) del terzo creditore al primo, ma un profitto immediato del secondo. Come si vede c'è qui un'applicazione dei principî sopra illustrati: essi spiegano la ragione per cui è impossibile che della rinuncia del primo possa profittare il terzo: e questa ragione sta appunto nella struttura della *conventio pignoris* quale negozio traslativo; le parti non possono in nessun modo impedire (salvo che ricorrendo ad una *successio in locum* per effetto della quale, però, non si crea un nuovo pegno C. 8. 18. 1, 2, 3, 4; D. 20. 5. 5; D. 20. 4. 3 pr.; D. 20. 4. 12 § 3; D. 20. 4. 12 §§ 8, 9) il fatto che estinguendosi il primo pegno prenda immediato vigore il secondo.

2) PAULUS *libro tertio quaestionum* D. 20. 4. 16. *Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutythiana primus deinde Turboni, tertio loco alii creditori: cum Eutythiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat: Turbo apud alium iudicem victus appellaverat: quaerebatur utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet qui primam creditricem, an ea remota Turbo tertium excluderet. Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit: fuerunt igitur qui dicerent hic quoque tertium creditorem potiore esse debere. Mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. Pone primam creditricem iudicio convenisse tertium creditorem et exceptione aliove quo modo a tertio superatam: numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui pri-*

<sup>42</sup> Forse l'ultimo inciso *et ideo – effectam* è insitizio. v. BESELER *Z. S. St.* 45 (1925) 467.

*mum vicit, exceptione rei iudicatae uti potest? Aut contra si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium optinuerit, poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur, nec tertius creditor successit in eius locum quem exclusit, nec inter alios res iudicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur*<sup>43</sup>.

Nonostante le incertezze e gli elementi spuri che il testo presenta, pure è classica la sostanza della questione e la soluzione prospettata: la vittoria del terzo creditore contro il primo non produce una *successio in locum* (*nec tertius creditor successit in eius locum quem exclusit*) e, quindi, chi profitta della estinzione del primo pegno (se vi è stato) è il secondo creditore il cui pegno prende immediato vigore dopo l'estinzione del primo.

3) MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam* D. 20. 4. 12 § 8. *A Titio mutuatus pactus est cum illo ut ei praedium suum pignori hypothecaeve esset: deinde mutuatus est pecuniam a Maevio et pactus est cum eo, ut, si Titio desierit praedium teneri, ei teneatur: tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi ut Titio solveres et paciscitur tecum ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit et locum eius subeat: num hic medius tertio potior est qui pactus est, ut Titio soluta pecunia impleatur condicio, et tertius de sua neglegentia queri debeat? Sed tamen et hic tertius creditor secundo praefendus est*<sup>44</sup>.

Il testo proviene da quei libri *ad formulam hypothecariam* che sono certamente rifacimenti postclassici<sup>45</sup>: vi sono quindi in esso elementi spuri: spuria indubbiamente è la chiusa (ne vedremo le ragioni). La fattispecie è la seguente: un debitore dopo aver dato a pegno un suo fondo a Tizio, lo dà nuovamente in pegno a Mevio sotto la condizione esplicita che questo secondo pegno prenda immediata efficacia appena venga meno il pegno precedente (... *et pactus est cum eo, ut si Titio desierit praedium teneri, ei teneatur*). Avviene poscia un nuovo mutuo da parte di un terzo creditore il quale dà la somma al debitore con lo scopo di pagare il primo creditore e di surrogarsi a lui nel pegno (*successio in locum*). Problema: ha avuto luogo effettivamente la *successio in locum*? La soluzione positiva o negativa avrà i seguenti effetti: se positiva, non si avrà la costituzione di un terzo pegno e il terzo creditore prenderà il posto del primo: egli sarà perciò, *potior* rispetto al secondo: se negativa, si avrà la costituzione di un terzo pegno e l'estinzione del primo farà automaticamente perfezionare il secondo (il quale, perciò, sarà *potior* rispetto al terzo). La soluzione classica era appunto quest'ultima. Nel caso in esame, infatti, la condizione cui venne esplicitamente sottoposto il secondo pegno rende impossibile la *successio in locum*

<sup>43</sup> Per la critica del testo cfr. *Index Interp.* I. 394; BETTI *Trattato* 155 segg.

<sup>44</sup> Per la critica del testo cfr. *Index Interp.* I, 393.

<sup>45</sup> EBRARD *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam* Leipzig 1917 *passim*.

del terzo creditore al primo: tale condizione fa sì che qualsiasi sia la ragione per cui il primo creditore viene soddisfatto, si verifica *ipso facto* il perfezionamento del secondo pegno.

Per comprendere meglio il problema bisogna considerare da vicino la funzione della *successio in locum* nel pegno<sup>46</sup>.

Si ha *successio in locum* quando una persona dà a credito all'oppignorante una certa somma con l'esplicito intento di estinguere l'obbligazione (garantita) del primo creditore pignoratizio (o di uno dei precedenti creditori) e di subentrare, quanto al pegno, nel posto di lui. Da ciò deriva che il nuovo creditore, occupando un posto già esistente – succedendo, cioè, al primo creditore nella titolarità del pegno – sarà necessariamente poziore, come lo era il primo, rispetto ai creditori pignoratizi di grado ulteriore.

Imp. ALEXANDER A. Valenti. *Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in ius eorum successisti et contra eos, qui infirmiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes* (C. 8. 18. 3. a. 224).

Come risulta esplicitamente da questa costituzione, la *successio in locum* consiste in un subingresso del nuovo creditore al posto di colui che è stato soddisfatto: subingresso (*successio in ius*) che non è un fenomeno nuovo nel mondo giuridico classico. Cotesta *successio* esclude la creazione di un pegno nuovo: essa però richiede come presupposto che il nuovo credito sia stato creato appunto per estinguere quello del creditore nel cui *locus* si succede.

Imp. SEVERUS et ANTONINUS A. A. Marcellinae. *Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, cum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur et in locum eius succedat.* (C. 8. 18. 1; cfr. D. 20. 5. 3; D. 20. 4. 3. pr.; D. 20. 4. 12 § 5; D. 20. 4. 12 §§ 8, 9).

Se volessimo ricercare la ragione che indusse il diritto pretorio e la giurisprudenza a creare questo istituto, tale ragione a noi pare di dover ravvisare nel funzionamento dei pegni successivi: senza la *successio in locum* un creditore susseguente non avrebbe mai potuto rendere la sua posizione indipendente e poziore rispetto a quella dei creditori precedenti. La creazione di un nuovo pegno anche con la adesione (equivalente a rinuncia) del primo creditore non pone il nuovo creditore (terzo) in posizione di vantaggio rispetto al secondo: come abbiamo visto esplicitamente affermato in D. 20. 6. 12. pr., chi profitta della ri-

<sup>46</sup> È un istituto modellato sulla *successio in ius* (universale) e costituisce un esempio indubbiamente classico di successione a titolo singolare. Per i problemi che suscita questo istituto cfr. DERNBURG *op. cit.* II, 490 segg. E intorno all'allargamento del concetto di successione a titolo singolare nel diritto postclassico e giustiniano v. gli studi del LONGO nel *Bull. Ist. Dir. Rom.* (1901, 1902, 1903) e del DE FRANCISCI *Sunallagma* passim. Cfr. anche BETTI *Trattato* 296 segg.

nunzia del primo è necessariamente il secondo. Ora la *successio in locum* è l'unica via che permette di superare questo rigido funzionamento dei pegni successivi: e riesce a superarlo perché esclude la creazione di un pegno nuovo mettendo a profitto del nuovo creditore un pegno già esistente.

L'introduzione del nuovo istituto, però, mise in guardia i creditori pignoratizi successivi al primo: costoro avrebbero potuto facilmente essere posti in condizioni di inferiorità rispetto ai creditori posteriori, che avessero l'atto ricorso alla *successio* (nella posizione del primo). Da qui l'uso di questi creditori di inserire nella *conventio pignoris* una clausola con cui si dichiarava che il loro pegno avrebbe avuto efficacia se, in qualsivoglia modo, fosse stato soddisfatto il primo creditore (... *et pactus est cum eo, ut, si Titio – primo – desierit praedium teneri, ei teneatur*). Orbene: per effetto di questa condizione la *successio* viene impedita: da ciò deriva che il pagamento fatto al primo creditore da parte del terzo con l'intento di provocare una *successio in locum* non realizza questo fine, ma estingue il primo pegno, perfeziona il secondo e ne crea un terzo (per il nuovo creditore). Questo è appunto il significato della questione prospettata in D. 20. 4. 12 § 8.

4) PAPIANUS *libro undecimo responsorum* D. 20. 4. 3 § 1 *Cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit: post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit. Prioris causam esse potiore apparuit*<sup>47</sup>.

Dunque: un debitore, al quale era dovuto *ex causa mandati* un fondo, prima che questo fondo gli sia consegnato lo dà in pegno a Tizio: poscia, dopo la consegna, lo dà nuovamente in pegno ad un altro creditore. Si domanda 1) se è valido il primo pegno 2) se esso è poziore rispetto al secondo.

La *ratio dubitandi* sta nella alienità del fondo nel momento della *conventio pignoris*: in linea di principio il pegno di cosa aliena è radicalmente nullo ed è insuscettivo di convalescenza (D. 20. 4. 9 § 3; D. 20. 1. 22; D. 20. 1. 1. pr.; C. 8. 15. 1; 2; 4; 6). Qui però c'è un elemento che impedisce il funzionamento del principio: ed è il fatto che la cosa aliena pignorata è una cosa dovuta all'oppignorante (*cum ex causa mandati praedium Titio deberetur* cfr. D. 20. 1. 1 pr.). In conseguenza di ciò il pegno non è nullo, ma viene a trovarsi nelle medesime condizioni di un pegno di cosa futura e di cosa già oppignorata: esso prenderà immediatamente vigore quando la cosa passerà *in bonis* dell'oppignorante.

La costituzione, quindi, di un pegno ulteriore fatta dopo la consegna del fondo all'oppignorante non indebolisce per nulla la posizione del primo creditore pignoratizio: a causa appunto della sua struttura di negozio traslativo la prima *conventio pignoris* prende immediatamente vigore nel momento in cui il

<sup>47</sup> Per la critica del testo cfr. *Index Interp.* I, 391: ma la parte citata del testo è certamente (almeno nella sostanza) classica.

fondo pignorato viene consegnato all'oppignorante. Da ciò la conseguenza che quando l'oppignorante concede il nuovo pegno, questo pegno viene necessariamente a configurarsi come pegno di cosa già pignorata.

La decisione classica è perciò nel senso che sia poziore il primo creditore (*prioris causam esse potiozem*): i temperamenti cui questa decisione viene assoggettata nella parte ulteriore del testo rispondono a nuovi principî che vengono in epoca tarda formulati (D. 20. 1. 11. pr.).

5) Impp. SEVERUS et ANTONINUS AA. Secundo C. 8. 17 (18) 1. *Qui pignus secundo loco accepit ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit* rell. (a. 197).

6) Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMINIANUS AA. Antiochiano C. 8. 13. (14) 22. *Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus* rell.

Il *confirmare* usato in queste due costituzioni (cfr. D. 20. 4. 9. § 3... *tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus...*) sta appunto a significare il consolidarsi automatico del pegno di grado susseguente, quando venga meno il precedente.

7) AFRICANUS *libro octavo quastionum* D. 20. 4. 9 § 3 *Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio; deinde domina eius pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. Tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emptoris loco est: atque ideo, quia neque tunc cum Maevio obligaretur neque cum Titio solveretur in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri quo pignus Maevii convalescere possit* rell.<sup>48</sup>

La fattispecie è la seguente: Tizia dà a pegno a Tizio un fondo alieno: questo medesimo fondo dà poscia in pegno a Mevio. Dopo questa seconda oppignorazione la debitrice diventa proprietaria del fondo: ma cotesta proprietà essa trasferisce al marito *dotis causa*: dopo quest'ultimo atto, essa soddisfa il primo creditore pignoratizio, provocando così l'estinzione del primo pegno (suppstance come provata l'esistenza).

Si domanda quale sia la condizione giuridica del secondo creditore pignoratizio. La risposta del giurista è nel senso di escludere l'esistenza stessa del secondo pegno. I problemi giuridici che il testo presenta sono vari ed è bene esaminarli.

<sup>48</sup> Per la critica del testo cfr. *Index Interp.* I, 392; per ultimo VOLTERRA *op. cit.* che giustamente respinge la tesi del BESELER *Z. S. St.* 45 (1925) 440 segg. e limita col RABEL, (*Grundzüge des röm. Privatrechts* 495 n. 4) le aggiunte dei compilatori. Ma io non opererei, come il Volterra fa, per spiegare la fattispecie, col principio della impignorabilità del fondo dotale. La spiegazione va sempre ricercata – come facciamo nel testo – nel principio *tunc priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur*. Cfr. BETTI *Esercitazioni romanistiche* 160 segg.

1) È giuridicamente valido il primo pegno? Trattandosi di pegno di cosa aliena la risposta dovrebbe essere negativa: né qui può dirsi che questa cosa aliena sia dovuta e che, quindi, la fattispecie vada trattata alla stregua del pegno di cosa futura o di cosa già pignorata (come per D. 20. 4. 3 § 1); mentre in questi ultimi casi siamo in presenza di un negozio la cui efficacia è sospesa al verificarsi di una *condicio iuris*, nel caso di pegno di cosa aliena siamo in presenza di un negozio nullo. Orbene: le esigenze stesse della pratica indussero via via il pretore a concedere la *convalida*<sup>49</sup> di questo negozio allorché la cosa aliena data in pegno fosse venuta *in bonis* dell'oppignorante (D. 13. 7. 41; D. 20. 1. 1 pr.) Ora nel caso nostro avviene appunto che il primo pegno (inizialmente nullo) si convalida quando la debitrice diviene proprietaria del fondo, prima, quindi, del trasferimento *dotis causa* al marito.

Il secondo pegno, invece, non riesce a convalidarsi perché, come dice il testo, *nullum tempus inveniri potest quo pignus Maevii convallescere possit*. Infatti: il presupposto di tale convalidazione sta nel fatto che la cosa si trovi *in bonis* del debitore. Ora il momento in cui tale requisito è richiesto per il secondo pegno è quello in cui viene estinto il primo: fino a questo momento il negozio è nullo: se neppure in questo momento la cosa si trovi *in bonis* del debitore – perché, come nel caso nostro, dopo esservi entrata ne è nuovamente uscita – la nullità permane (*tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur*). La parentesi di tempo durante la quale la cosa è stata *in bonis* della debitrice – ed in conseguenza della quale si è verificata la convalidazione del primo pegno – non poteva fare convalidare anche il secondo pegno: esso era condizionato dalla estinzione del primo: ora fino a questo momento il pegno resta, per dir così, privo di vita (quiescente) per il fatto stesso della sua invalida costituzione: solo quando questo momento sarà venuto e solo supponendo in questo momento il requisito dell'*in bonis* può avere luogo – ora soltanto – la resurrezione del pegno! Nel caso in esame, appunto, quando questo momento arriva la cosa è divenuta nuovamente aliena, ciò che impedisce insuperabilmente la convalida del pegno.

Per comprendere meglio la decisione di Africano, sarà opportuno introdurre una variante alla fattispecie: supponiamo, cioè, che il fondo oppignorato fosse dovuto all'oppignorante (come in D. 20. 4. 3 § 1): in questo caso la soluzione sarebbe stata diversa.

Infatti, come abbiamo già visto, il caso del pegno di cosa dovuta viene trattato alla stregua del pegno di cosa già pignorata e di cosa futura: ora in tutti questi casi il pegno è già in vita e solo attende, per perfezionarsi e prendere così efficacia, l'attuazione di una *condicio iuris* (che cessi il primo pegno, che venga in

<sup>49</sup> Il principio della convalida è classico: l'opinione diversa manifestata dallo (SCHULTZ Zwischenverfüg. bei Veräußerung u. Verpfänd. wesentlicher Sachbestandteile Bonner Festgabe für Zitelmann 123 sgg.) è errato: cfr. la giusta critica del VOLTERRA *op. cit.* 65 sgg.

essere la cosa, che la cosa dovuta venga *in bonis* dell'oppignorante). Per questa ragione la *conventio pignoris* imprime già, sin dall'atto della sua conclusione, la c.d. *causa pignoris* sulla cosa pignorata (D. 13. 7. 18 § 2; C. 8. 27 (28). 12; C. 8. 13. 15; D. 20. 1 § 2; D. 20. 1. 29 § 2; D. 44. 5. 41 § 3).

Perciò nel caso nostro (supposta la variante) il secondo pegno, già in vita dal momento della conclusione, si perfezionerebbe nonostante l'ulteriore trasferimento del fondo al marito: per tale perfezionamento, infatti, è sufficiente che la cosa sia venuta, quando che sia, *in bonis* della debitrice: quando ciò si verifichi si imprime automaticamente sulla cosa tanto la prima quanto la seconda *causa pignoris* e questo effetto è dovuto al fatto che il pegno ha già vita, nonostante ne sia sospeso il vigore.

Eliminando, invece, la variante e ritornando quindi al caso prospettato in D. 20. 4. 9 § 3 quest'effetto della *causa pignoris* non può verificarsi perché il negozio è intrinsecamente nullo e, quindi, improduttivo di qualsivoglia effetto. La convalida – mediante la richiesta di un'*actio Serviana utilis* D. 20. 1. 1. pr.; D. 13. 7. 41 – non può aver luogo, venuta la cosa *in bonis* del debitore, che pel primo creditore: quanto al secondo, egli deve attendere l'estinzione del primo pegno prima di potere giungere ad una convalida del suo pegno: se in questo momento le condizioni per tale convalida ci saranno (quindi, se la cosa sarà ancora *in bonis* del debitore), allora egli pure potrà chiedere l'*actio utilis*; se queste condizioni non ci saranno allora ogni speranza di convalidazione del pegno sarà esclusa (da ciò l'esattezza della decisione: *si Titio soluta sit pecunia non ideo magis Maevii pignus convallescere placet*).

§ 11. E qui mi si permetta una osservazione: quale finezza di sviluppi in questa sempre più ampia – e sempre, peraltro, organica – regolamentazione del pegno di cosa altrui! Si procede di caso in caso con respiro sempre più ampio. Dal principio rigido, mutuato dal diritto civile, secondo cui non è possibile la alienazione di cosa altrui (e, quindi, la oppignorazione di cosa altrui – per questa identità di disciplina cfr. anche D. 27. 9. 1 § 4) ed in base al quale, perciò, non dovrebbe essere neanche possibile l'oppignorazione di cosa già oppignorata, si passa gradualmente *a)* prima all'ammissione del pegno di cosa futura; *b)* contemporaneamente all'ammissione dei pegni successivi, configurati appunto come pegno di cosa futura; *c)* poscia all'ammissione del pegno di cosa aliena quando sia dovuta all'oppignorante. E per tutti questi casi si costruisce il pegno come già in vita ed in attesa di consolidamento al verificarsi della *condicio iuris*: l'attuarsi di tale *condicio* dà al pegno efficacia *ex tunc*. L'ultimo sviluppo, ed il più audace, è quello *d)* concernente la possibile convalida del pegno di cosa aliena quando essa venga *in bonis* dell'oppignorante. Questa convalida è resa possibile per via della concessione di un'*actio utilis*: tuttavia il principio della nullità intrinseca del negozio è qui mantenuto (ed a questo è dovuta la soluzione di D. 20. 4. 9 § 3); infatti mentre nei casi precedenti il pegno era in vita in

attesa di convalidarsi, qui il negozio è nullo e l'*actio utilis* conferisce al pegno solo ora, dopo la concessione, un principio di vita. Tutti questi sviluppi appaiono opera della giurisprudenza pratica. Infatti tutti i testi in cui questi casi sono prospettati sono tratti dai *libri quaestionum* o *responsorum* di Africano (D. 20. 4. 9 § 3) Papiniano (D. 20. 4. 3 § 1) e Paolo (D. 20. 4. 16; D. 20. 6. 12. pr.).

§ 12. Possiamo ora concludere: la *conventio pignoris* classica ha, come la *datio pignoris*, la struttura di un negozio traslativo del *possesso* della cosa pignorata.

Perciò i principii che regolano questa *conventio* sono quelli comuni dei negozi traslativi (*nemo plus iuris ad alium transferre potest etc.*; nullità del trasferimento di cosa aliena; efficacia *reale* del negozio; natura corporale della cosa che forma oggetto del trasferimento): ed è appunto questa struttura che spiega il funzionamento dei pegni successivi come ci viene dalle fonti prospettato.

Queste conclusioni portano i seguenti contributi alla ricostruzione della dommatica classica.

1) Che non può essere classico l'accostamento della *conventio pignoris* ai contratti consensuali (D. 20. 1. segg.), perché l'unico accostamento possibile nel diritto classico è, come per la *datio pignoris*, quello della *traditio*.

2) Che lo scopo – e l'effetto – della *conventio pignoris* è quello di trasferire il possesso della cosa pignorata: il diritto che sorge nel creditore pignoratorio è, prima, un diritto di apprendere il possesso in caso di inadempienza e, poscia, ad inadempienza verificata, l'apprensione del possesso della cosa. Ora questo diritto, per il suo stesso contenuto – il *possesso* – non può essere configurato (alla stregua della dommatica classica) come *ius in re aliena*: da ciò anche la natura meramente possessoria dei mezzi processuali che stanno alla sua tutela (interdetto *adipiscendae possessionis* – il *Salvianum* – *actio adipiscendae possessionis* – la *Serviana*; interdetti possessori comuni). Da ciò anche la conseguenza che non può essere classica la configurazione della *Serviana* come *actio in rem*<sup>50</sup>.

Contrapposta a questa fisionomia classica, così armoniosa e precisa, sta l'altra fisionomia che la *conventio pignoris* ha assunto nella dommatica giustiniana<sup>51</sup>.

Qui la *conventio pignoris* prende posto fra i contratti e diviene fonte di un *ius in re aliena* (lo *ius vendendi*): parallelamente alla nascita di questo *ius in re aliena* si ha la trasformazione dell'*actio Serviana* in *actio in rem*. L'elemento essenziale del *pignus* classico – la *possessio* – e ormai interamente obliterato e anche quando le fonti lo menzionano, esso non è più destinato, come nel diritto classico, a determinare la configurazione strutturale dell'istituto.

Se, dunque, fra fisionomia classica e fisionomia giustiniana del *pignus* – nelle due forme della *datio* e della *conventio pignoris* – esiste una diversità così

<sup>50</sup> Nel senso spiegato nella nota 21.

<sup>51</sup> Punto, cotesto, che formerà oggetto di un altro studio.

netta, pure il passaggio dall'una all'altra non è senza la mediazione di una evoluzione intrinseca.

L'evoluzione del pegno segue necessariamente quella di tutto il sistema: su questo istituto, anzi, si concentrano gli effetti delle più grandi trasformazioni dommatiche subite dal sistema classico.

Infatti la fisionomia giustiniana del pegno suppone mutati i concetti fondamentali di contratto, di possesso, di *ius in re aliena*, di azione, di negozio traslativo; ma nonostante queste innovazioni profonde l'occhio indagatore riesce a scoprire nella nuova dommatica un filo conduttore che conduce senza soluzione di continuità sino alla soglia della dommatica classica; l'istituto classico ha in sé tutti i germi di quella trasformazione che gli darà più tardi una configurazione, solo in apparenza, nuovissima.

Dal punto di vista storico, poi, la nostra indagine, col mostrare la identità fondamentale fra *datio* e *conventio pignoris*, può dire una parola decisiva sulla questione concernente i rapporti fra la *conventio pignoris* e l'*hypotheca* attica. Se la *conventio* è costruita sul modello della *datio* come allora negare l'assoluta genuinità dell'istituto?

L'inserzione del nome greco<sup>52</sup> non importò per nulla introduzione nel sistema romano di un istituto straniero: e la stessa indubbia compilazione postclassica dei libri di Gaio e di Marciano (*ad formulam hypothecariam*<sup>53</sup>) non provano nulla a favore di una simile introduzione. Essi offrono, è vero, una concezione della *conventio pignoris* diversa da quella classica: ma questa concezione nuova non trova il suo modello nel diritto attico, sibbene in quella modificazione dei concetti fondamentali del diritto classico cui abbiamo accennato.

<sup>52</sup> FEHR *Beiträge zur Lehre vom röm. Pfandrecht in der klassischen Zeit* Uppsala 1910 p. 38 sgg.

<sup>53</sup> EBRARD *op. cit. passim*.

## RILIEVI DI MECIANO SUL CONCETTO DI *HEREDITAS*\*

§ 1. Un lungo squarcio del 4° libro *fideicommissorum* di Ulpiano (D. 36.1.17 (16)) – squarcio tratto in buona parte dal 6° libro *fideicommissorum* di Volusio Meciano – ci offre preziosi rilievi su due punti: 1) sul dogma della *voluntas* come criterio decisivo di interpretazione delle disposizioni testamentarie; 2) sul concetto classico di *hereditas*. I rilievi su questo secondo punto sono del giureconsulto Meciano e portano davvero viva luce per l'intelligenza del concetto di *hereditas*.

L'occasione per tali rilievi venne data dalla applicazione del Senatoconsulto Pegasiano: poiché il senatoconsulto disponeva che *is demum compellitur restituere, qui hereditatem rogatur restituere* (D. 36. 1. 15 § 7; D. 36. 1. 4; GAI II, 258) sorse necessariamente il problema: quando deve intendersi che il testatore abbia realmente disposto la restituzione della *hereditas*, rendendo così possibile al fedecommisario universale di chiedere l'adizione coatta dell'eredità da parte dell'erede e la conseguente restituzione (D. 36. 1. 4; GAI II, 258)? Per vedere se vi sia un *fideicommissum hereditatis* bisogna limitarsi ad esaminare il valore oggettivo delle espressioni usate dal testatore o, invece, bisogna allargare l'indagine sino a cogliere la volontà del testatore con quelle espressioni manifestata?

Che per la soluzione di questo problema dovessero essere applicati – nella stessa epoca classica – principi radicalmente diversi secondo che si fosse fatto richiamo al sistema dello *ius civile* o a quello dello *ius novum*, è evidente; che la soluzione ispirata ai principi nuovi avesse dovuto prevalere, venendo poscia accolta – e forse ancora più allargata – nel diritto postclassico e giustiniano, è cosa parimenti evidente.

\* «Studi senesi», XLVII (3), 1933, pp. 243-254 (anche estratto: Circolo giuridico della Regia Università, Siena 1933, pp. 3-14).

NOTA. – Come appare evidente nel corso di questa esegesi, ho tenuto in modo speciale presenti gli studi di RICCOBONO sul processo di fusione fra *ius civile* ed *honorarium* specie in tema di fedecommissi. Ho tenuto pure conto della esegesi che ALBERTARIO fa del nostro testo (in *R.I.L.* vol. LXI fasc. VI-X 1928) e della esegesi che ne fa BERTI nelle sue *Esercitazioni romanistiche*.

Ora l'interesse che presentano i testi che esamineremo sta appunto nel fatto che essi *a)* recano ancora le tracce delle vive dispute della giurisprudenza classica sui criteri diversi da adottare per la soluzione del problema, *b)* rivelano l'indubbia prevalenza degli indirizzi nuovi *c)* e ci offrono, infine, gli sviluppi di questi indirizzi attraverso l'epoca postclassica e giustiniana.

§ 2. ULPIANUS *libro quarto fideicommissorum* D. 36. 1. 15

§ 5. *Non omnis autem suspectam hereditatem repudiatione amissam cogere potest adiri et sibi restitui, sed is demum, ad quem actiones transire possunt: neque enim aequum est ad hoc quem compelli adire hereditatem, ut emolumentum quidem hereditatis refundat, ipse vero oneribus hereditatis obstrictus relinquatur.*

§ 6. *Quare si fideicommissum pecuniarum alicui fuerit relictum, cessat compulsio tametsi indemnitate cautio offeratur.*

§ 7. *Proinde qui «hereditatem» rogatur restituere, is demum compellitur restituere.*

Dunque l'adizione coatta dell'eredità (ex Pegasiano) e la conseguente restituzione sono possibili solo quando l'erede «*hereditatem*» *rogatur restituere*: il testatore deve perciò usare il termine «*hereditas*».

*Quid iuris* quando, invece, siano stati usati altri termini?

§ 8. *Sed et si quis «bona» rogatus sit vel «pecuniam» rogetur vel «universam rem meam»*

PAULUS *libro secondo fideicommissorum* D. 36. 1. 16 (15) *vel «omnia sua»*

ULPIANUS *libro quarto fideicommissorum* D. 36. 1. 17 (16) *cogi poterit: hoc idem et si «patrimonium» fuerit rogatus et si «facultates» et si «quidquid habeo» et si «censum meum» et si «fortunas meas» et si «substantiam meam» et si «peculium meum» testator dixerit quia plerique upokoristikós patrimonium suum peculium dicunt, cogendus erit: de successione enim sua et hic rogavit. Nec ignoro in quibusdam ex his Maecianum dubitare et voluntatis esse dicere quaestionem, utrum de pecunia tantum an et de successione testator sensit. In ambiguo tamen magis de successione sensum dico, ne intercidat fideicommissum.*

Che i testi riportati siano alterati non c'è dubbio: tali alterazioni hanno per scopo di affermare che il carattere di *fideicommissum hereditas* deriva al fedecommissario non dal fatto che il testatore abbia usato un certo termine (*hereditas*) nell'erigerlo, ma dal fatto che il testatore, qualunque sia il termine usato (*bona, pecunia, familia, patrimonium* etc.), abbia effettivamente voluto (... *et voluntatis esse dicere quaestionem utrum de pecunia tantum an et de successione testator sensit*) disporre un fedecommissario universale: se tale volontà risulta, allora l'adizione coatta è possibile: non solo; ma anche quando vi è dubbio sulla effettiva volontà del testatore vale il principio secondo cui bisogna mantenere in vita il fedecommissario (*ne intercidat fideicommissum*).

Quanto in tutto ciò vi sia sostanzialmente di classico e quanto di giustiniano non è facile determinare: certo, formalmente le alterazioni sono vaste: ma a queste alterazioni formali corrispondono anche innovazioni sostanziali?

Dagli elementi che i testi forniscono appare chiaro come nello stesso diritto classico si sia proceduto con criteri via via più larghi: dai principî rigidi del Pegasiano, in base ai quali l'adizione coatta era possibile solo quando il testatore avesse usato il termine *hereditas*, si passò a criteri più larghi: vennero così equiparati ad *hereditas* i termini *bona* e *familia*.

Con l'uso di questi termini (specie di *familia*) viene ancora oggettivamente indicato il patrimonio ereditario nella unità organica di tutti i suoi elementi. Ma cosa è a dire quando il testatore abbia usato altri termini (*patrimonium*, *facultates* etc.) non atti a rappresentare questa unità organica, ma riferentesi piuttosto ai soli elementi attivi dell'eredità?

È molto probabile che innanzi a questo problema le soluzioni proposte dai giureconsulti classici fossero diverse: gli uni, fedeli alla interpretazione rigida dei principî, escludevano che in questo caso si fosse in presenza di un *fideicommissum hereditatis* e, quindi, che ricorresse il presupposto per l'applicazione del Pegasiano; gli altri, invece, in armonia ai principî nuovi che valevano per la disciplina dei fedecommissi, non escludevano a priori resistenza del *fideicommissum hereditatis* ma proponevano, per accertare tale esistenza, una indagine intorno all'effettiva volontà del testatore. Se fosse risultato che il testatore, con i termini usati nel disporre il fedecommesso, aveva inteso erigere un fedecommesso universale (... *de successione enim sua rogavit... et voluntatis esse dicere quaestionem utrum de pecunia tantum an et de successione testator sensit...*), allora andava senz'altro applicato il Pegasiano.

L'eco di queste divergenze è rimasto nel testo di Ulpiano col richiamo che in esso si fa dell'opinione di Meciano.

Certo il testo è profondamente alterato per via dei sunteggi e dei tagli operati dai compilatori: Meciano doveva forse avere una opinione diversa da quella che attualmente risulta dal testo; e l'opinione di altri giuristi doveva in origine essere certamente riportata nel testo. I compilatori eliminarono tutto ciò che era per il loro fine ingombrante: essi fecero proprie, allargandole, le idee dei giureconsulti innovatori e spinsero la loro tesi sino a porre a fondamento delle decisioni il principio: *ne intercidat fideicommissum*. Bisognava salvare, per quanto era possibile, il fedecommesso. Ora per operare tale salvataggio non c'era che una via: riconoscere in tutti i casi ipotizzati l'esistenza di un fedecommesso universale. Solo così si poteva costringere l'erede ad adire e, perciò, ad attuare la restituzione dell'eredità. I testi riportati sono, dunque, profondamente alterati: epperò queste alterazioni si limitano nella sostanza ad affermare principî già formulati dalla stessa giurisprudenza classica.

§ 3. Ma l'eco delle dispute dei giuristi classici e le alterazioni dei compilatori non mancano, e sono anzi più profonde nei §§ successivi del testo in esame.

§ 1. — *Sed et si quis ita rogaverit: «quidquid ad te ex hereditate bonisve meis pervenerit, rogo restituas», cogi poterit adire et restituere hereditatem ex Trebelliano*

*senatus consulto, quamquam pervenire proprie dicatur quod deductis oneribus ad aliquem pervenit.*

Quale era l'originario contenuto del testo? Esso, come risulta benissimo dal confronto col § 3, doveva prospettare le opinioni contrastanti dei vari giuristi: i compilatori soppressero le soluzioni negative e, in base al principio *ne interdicat fideicommissum*, accettarono la soluzione di coloro che inclinavano a vedere anche in questo caso un *fideicommissum hereditatis* (fra costoro era anche Giuliano, come risulta dal § 3). L'inciso «*quamquam – pervenit*» apparteneva probabilmente ad una delle soluzioni negative eliminate, la quale doveva forse suonare così: ... *cogi non poterit adire et restituere hereditatem... quia pervenire proprie dicitur quod deductis oneribus ad aliquem pervenit.*

Dove la mano semplificatrice dei compilatori e, al tempo stesso, come di riverbero, le dispute dei giuristi ancora più si manifestano è nel § 2.

§ 2. – *Et generaliter autem potest dici ita demum quem non posse cogi adire et restituere hereditatem, si de re vel quantitate fuerit rogatus: ceterum si de universitate sensisse testatorem appareat, nulla quaestio est, quin sive suspectam dicat, cogi possit, sive sponte adit, ex Trebelliano transeant actiones.*

L'espressione *et generaliter* tradisce chiaramente l'opera semplificatrice dei compilatori: le dispute dei giureconsulti classici in ordine alle formule diverse del fedecommissario vengono tutte eliminate e si riafferma una volta per tutte il principio già affermato nel principio del testo: l'esistenza o meno di un *fideicommissum hereditatis* dipende dalla interpretazione della volontà effettiva del testatore: se questa volontà è diretta ad una *res* o ad una *quantitas* allora si ha un fedecommissario singolare e non si può procedere, perciò, all'adizione coatta: se invece, tale volontà è diretta alla *universitas* (... *ceterum si de universitate sensisse testatorem apparet...*) allora c'è un fedecommissario universale e si fa luogo all'applicazione del Pegasiano (pei compilatori del Trebelliano).

Gli indici formali di interpolazione sono molti. Un indice, poi, inconfutabile è l'inciso *sive sponte* che non può in nessun modo essere classico. Secondo questo inciso, infatti, sembra che nell'epoca classica il passaggio delle azioni fosse possibile anche nel caso di una adizione volontaria: ora questo è errato. Gaio II, 257 attesta che anche quando l'erede avesse adito volontariamente l'eredità (*si modo sua voluntate adierit*) e l'avesse restituita senza trattenere la quarta, anche in questo caso non si avrebbe avuto un passaggio diretto delle azioni al fedecommissario. Gaio, è, dunque, in netta antitesi col testo in esame: il quale, invece è pienamente conforme ai principi nuovi esposti nelle istituzioni di Giustiniano (*Istit. II, 23 § 7 ... si vero totam hereditatem sponte restituerit omnes hereditariae actiones fideicommissario et adversus eum competunt*).

Quale fosse il contenuto originario del testo si comprende bene: qui, come nel paragr. precedente, ed in quello successivo, venivano riferite le varie opinioni dei giureconsulti classici in ordine al solito tema (*fideicommissum hereditatis*): i compilatori, eliminando tutte le opinioni diverse, accettano quella che

risponde ai criteri nuovi della *voluntas* e che permette, perciò, di lasciare in vita il fedecommesso (il motivo fondamentale che ispira tutte le alterazioni del testo è sempre il principio *ne intercidat fideicommissum*).

§ 4. Particolare interesse offre poi il § 3 del testo in esame: i problemi in esso posti danno occasione a Volusio Meciano di esprimere intorno al concetto di *hereditas* alcuni rilievi che illuminano di viva luce il concetto in parola.

§ 3. – *Inde quaeritur, si quis hereditatem rogatus sit restituere deducto aere alieno vel deductis legatis, an suspectam dicens cogi possit adire et restituere hereditatem, quia vi ipsa magis id quod superest ex hereditate quam ipsam hereditatem restituere sit rogatus. Et sunt qui putent, ut Maecianus, inutilem esse hanc deductionem. Nec enim posse ex iure deduci quantitatem, non magis quam si fundum quis deducto aere alieno vel deductis legatis restituere sit rogatus neque enim recipit fundus aeris alieni vel legati minutionem sed Iulianum existimare refert [Trebelliano] (Pegasiano) senatusconsulto locum esse et, ne dupliciter fideicommissarius oneretur, et cum heres aes alienum vel legatum deducit et um convenitur a creditoribus et legatariis, restituta sibi [ex Trebelliano] hereditate debere aut deductionem eum non pati ab herede aut cavere illi heredem defensum iri eum adversus legatarios ceterosque.*

Continuando ad esporre le possibili formule usate per l'erezione di un *fideicommissum hereditatis*, si viene ora ad esaminare il valore (ai fini dell'applicazione del Pegasiano) di una formula cosiffatta: Tizio mio erede restituisca a Caio la mia eredità *deducto aere alieno atque deductis legatis*.

Poiché per effetto di cotesta deduzione l'erede *vi ipsa magis id quod superest quam ipsam hereditatem restituere sit rogatus*, si può dire che qui ricorra il presupposto dal Pegasiano richiesto per una adizione e restituzione coatta dell'eredità (*is demum compellitur restituere, qui hereditatem rogatur restituere*)?

L'*id quod superest ex hereditate* può essere equiparato all'*hereditas*? Le risposte possibili alla luce dei principî classici sono tre: 1) che in una disposizione di tal natura non si possa ravvisare come attuato il presupposto richiesto dal Pegasiano e che, quindi, non si possa costringere l'erede ad adire l'eredità ed a restituirla al fedecommisario; 2) che, invece, procedendo ad una *quaestio voluntatis* (§ 2 ... *ceterum si de universitate sensisse testatorem appareat...*), si possa ravvisare come attuato il presupposto del Pegasiano e si possa, perciò, costringere l'erede ad adire; 3) che, mediante una fine analisi del concetto di *hereditas*, si possa considerare come inutilmente apposta la *deductio* e si possa, quindi, per questa via, costringere l'erede ad adire.

Delle tre soluzioni di cui il testo doveva originariamente fare largo cenno, non ci restano che le ultime due: della prima c'è solo l'eco in quella frase *quia vi ipsa magis id quod superest* etc. con cui i sostenitori della soluzione negativa dovevano certamente giustificare la loro opinione.

Ma anche l'ultima soluzione – quella di Meciano – non è riferita in modo completo nel testo: perché mentre vengono riferite le ragioni che Meciano adduceva per giustificare la sua idea circa l'inutilità della *deductio*, non vengono poi riferite le conclusioni che da tale tesi il giurista doveva trarre per il caso in esame.

§ 5. Ciò che a noi specialmente interessano sono le ragioni addotte da Meciano per giustificare la sua idea. Il giurista dice che la deduzione dei debiti e dei legati dalla eredità è cosa assurda: come si fa a togliere da una unità giuridica – quale è l'*hereditas* – alcuni elementi che a questa unità organicamente ineriscono? La restituzione di una *hereditas* importa necessariamente il trapasso unitario di tutti gli elementi che l'*hereditas* stessa costituiscono. Come è, perciò, giuridicamente concepibile (alla stregua dei principî rigorosi della dommatica di *ius civile*) la separazione dei debiti da una *hereditas*? Non si può, dice il giurista, da un *ius* (unità giuridica, *res quae intellectu iuris constat*) separare una *quantitas* (*nec posse ex iure deduci quantitatem*).

Se cotesta separazione fosse possibile avremmo una vera rottura dell'unità, ed allora non si potrebbe più parlare di restituzione dell'*hereditas*: rientreremmo nel caso prospettato nel § 1 – *quidquid ad te ex hereditate bonisve meis pervenerit, rogo restituas* – e bisognerebbe concludere che al fedecommissario è lasciata non l'*hereditas*, ma *quod deductis oneribus ad heredem pervenit*. Se, invece, al fedecommissario deve essere restituita l'*hereditas*, allora, nonostante la *deductio* disposta dal testatore, passano necessariamente in capo al fedecommissario tanto gli elementi attivi che quelli passivi.

Come si vede, Meciano applica qui rigidamente il concetto di *hereditas* e ricorre per la valutazione della efficacia del fedecommissario a quel principio fondamentale della dommatica dello *ius civile* secondo cui gli effetti giuridici di un negozio derivano necessariamente dal tipo di negozio che si è voluto: il privato è libero nella scelta del tipo: ma una volta avvenuta la scelta egli non può modificare o impedire gli effetti – preordinati dall'ordinamento giuridico – che dal tipo scelto necessariamente derivano.

Così nel caso nostro: il testatore ha voluto veramente un fedecommissario di *hereditas*? Sì, perché nella formula di erezione del fedecommissario ha menzionato esplicitamente la *hereditas* (*hereditatem meam... rogo restituas*): allora gli effetti non possono essere che i seguenti: passaggio in capo al fedecommissario in modo unitario *successio in ius*, di tutti gli elementi attivi e passivi dell'*hereditas*. Da ciò una conseguenza: che tutte le altre disposizioni del testatore miranti a modificare o impedire o deviare questi effetti sono prive di efficacia (si considerano come non apposte).

Quando, perciò, Meciano afferma che la *deductio* dei debiti e dei legati è inutile (*et sunt qui putent, ut Mecianus, inutilem esse hanc deductionem*) egli si richiama a principî ben noti dello *ius civile* che avevano già applicazione in altri punti della successione testamentaria: si pensi ad es. alla disciplina della *insti-*

*tutio ex re certa*: se il testatore ha voluto veramente la istituzione d'erede (come ha fatto procedendo ad una *institutio* formalmente valida) egli ha, per ciò stesso, voluti gli effetti che da questo negozio necessariamente derivano: cioè la *successio in ius* del chiamato ed il conseguente acquisto *per universitatem* di tutto il patrimonio ereditario.

A dimostrare l'inutilità della *deductio* dei debiti e dei legati dalla *hereditas*, il giurista ricorre ad un esempio interessante: egli si prospetta l'ipotesi di un fondo oppignorato legato *per vindicationem*: orbene, questo legato è stato disposto *deducto aere alieno*. Questa *deductio* produce effetti giuridici o è una clausola inutile che va considerata come non apposta? La risposta si ottiene richiamando il concetto di *successio in ius*. Chi succede nei debiti del defunto è sempre (ed esclusivamente) l'erede (o il fedecommissario universale); ed allora è evidente che l'obbligazione garantita dal fondo legato non potrebbe mai, in nessun modo, passare in capo al legatario. *Ad quid*, dunque disporre la *deductio*? *Neque enim aeris alieni personalis actio fundum sequitur, sed eum, cui hereditas ex Trebelliano senatusconsulto restituta est* (D. 36. 1. 1 § 16). Ora, dice Meciano, come sarebbe inutile dedurre da un legato (*per vindic.*) di un fondo l'obbligazione da questo fondo garantita, così sarebbe inutile dedurre da una *hereditas* i debiti e i legati: perché come nel primo caso (con o senza la *deductio*) l'obbligazione passa necessariamente in capo all'erede (né questo effetto della *successio* potrebbe in alcun modo essere impedito), così, nel secondo caso – pel principio inverso – i debiti e i legati (nonostante la *deductio*) passano necessariamente in capo al fedecommissario universale. Se ora rileggiamo il testo ce ne apparirà chiaro il senso: *et sunt qui putent, ut Maecianus, inutilem esse hanc deductionem* (perché nonostante la *deductio* debiti e legati passano necessariamente in capo al fedecommissario): *nec enim posse ex iure deduci quantitatem* (non si può, cioè, separare da una unità giuridica – *ius* – un elemento costitutivo di essa) *non magis quam si fundum quis deducto aere alieno [...] restituere sit rogatus* (la *deductio* dell'obbligazione, che il fondo legato garantisce, dal legato è inutile). *Neque enim recipit fundus aeris alieni [...] minutionem* (e ciò per il principio espresso in D. 36. 1. 1 § 16: *neque enim aeris alieni personalis actio fundum sequitur, sed eum, cui hereditas ex Trebelliano senatusconsulto restituta est*).

L'importanza della tesi meciana è grande perché in nessun altro testo è affermata in modo così rigoroso l'inerenza dei debiti alla eredità: i debiti sono un elemento così essenziale della eredità che, sotto pena di distruggere il concetto di *hereditas*, non ne è possibile in nessun modo la scissione.

Sulla base di questa tesi le conclusioni che il giurista doveva trarre sono evidenti: l'erede poteva essere costretto ad adire ed a restituire l'eredità al fedecommissario, in capo al quale sarebbero necessariamente passati debiti e legati.

Ma le conclusioni di Meciano non sono nel testo riferite: questo rigore logico non ha ragione di essere pei compilatori: essi accolgono il pensiero di Meciano solo per la parte che attiene l'adizione e la restituzione; quanto, invece, alla *de-*

*ductio* essi non trovano plausibile che debba considerarsi come inutile. Perché non conformarsi anche su questo punto alla volontà del testatore? Ecco allora venir fuori una nuova tesi attribuita a Giuliano: secondo questi, appunto, mentre da un lato si ammette l'adizione coatta e la restituzione, dall'altro non si ha difficoltà a concedere che l'erede trattenga quanto è dovuto pei debiti e per i legati. Epperò, per evitare che il fedecommissario possa essere doppiamente onerato *et cum heres aes alienum vel legatum deducit et cum convenitur a creditoribus et legatariis* si costringe l'erede, quando faccia la *deductio*, a prestare cauzione: egli può liberarsi da quest'obbligo non facendo la *deductio*.

Questa soluzione è veramente giuliana? Non ho difficoltà ad ammetterlo: perché nonostante essa non presenti il rigore logico di quella meciana, pure è conforme a principî ormai non nuovi per la disciplina dei fedecommissi.

§ 6. Conclusioni – Al termine di questa analisi ci sembra provato quanto affermammo all'inizio circa l'importanza del testo esaminato. Esso, infatti, chi ha offerto preziosi rilievi sopra due problemi massimi del diritto ereditario: 1) quello concernente il dogma della *voluntas* come criterio decisivo – nel diritto nuovo – per la interpretazione delle disposizioni testamentarie; 2) quello concernente il contenuto organico della *hereditas* secondo i concetti dello *ius civile*.

Sul primo punto, il testo ci ha mostrato, attraverso le dispute della giurisprudenza classica di cui esso serba ancora tracce notevoli, il graduale sviluppo del nuovo criterio della *voluntas* e la sua definitiva affermazione nel diritto giustiniano; sul secondo punto, i rilievi meciani hanno restituito al concetto di *hereditas* il suo carattere unitario: l'*hereditas* è titolo che legittima l'acquisto *per universitatem* del patrimonio ereditario, e questa *universitas* risulta dalla inscindibile unità di tutti gli elementi (attivi e passivi) del patrimonio.

Dal punto di vista esegetico questo breve studio è servito a mostrare come le alterazioni vaste subite dal testo esaminato non sono riuscite a nascondere la sostanza classica dei principî che hanno ottenuto nel diritto giustiniano un dominio incontrastato.

ESEGESI DEL PAPIRO VATICANO\*  
(DOCUMENTO DELLA MARMARICA)

I

NATURA DEI REGISTRI

Il punto di partenza di queste esegesi è costituito dallo studio già pubblicato sul Bull. Ist. Dir. Romano 1931 p. 19 sgg. da Gallavotti e da me. La tesi ivi sostenuta in ordine alla natura dei registri che il documento marmarico ci offre trova in queste esegesi una sua ulteriore conferma ed una maggiore precisazione. Risulta, infatti, da esse ancora più chiaramente che questi registri appartengono a due tipi diversi: uno processuale (dello stratego) ed uno catastale.

L'apparente identità di questi libri è causata dal fatto che nelle singole scritturazioni ricorrono sempre descrizioni catastali di immobili (fondi rustici ed urbani): ma la diversità sostanziale è dimostrata dal fine diverso per cui queste descrizioni catastali vengono fatte nell'uno (col. I-VIII) e nell'altro tipo (col. IX-XI) di registro.

La diversità di questo fine, poi, risulta da due elementi ricavati dalla struttura stessa delle scritturazioni: infatti: 1) mentre tutte le scritturazioni delle coll. IX-XI (registro catastale) sono caratterizzate dalla presenza della formula

συν<sup>f</sup> και ανα<sup>k</sup>δη

che precede l'altra

εξ<sup>?</sup> π<sup>?</sup> ις<sup>ς</sup> εως κ<sup>ς</sup> κα<sup>f</sup>

le scritturazioni delle col. I-VIII (registro processuale) non presentano *mai* la prima parte di questa formula; 2) mentre *tutte* le scritturazioni delle col. IX-

\* «Buletto dell'Istituto di diritto romano», XLI (1-6), 1933, pp. 103-141 (anche estratto: stab. tip. Commerciale, Cortona 1933, pp. 103-141).

XI hanno la seguente struttura: intestazione, luogo ove si trovano i fondi, natura e misura dei fondi, confini dei fondi, valutazione attuale delle rendite fatta in denari, valutazione precedente delle rendite fatta normalmente in natura (questa struttura presenta qua e là qualche variante che non ne modifica, però, il tipo), la *maggior parte* (28 su 35) delle scritturazioni delle col. I-VIII hanno quest'altra struttura: – posizione di una controversia fra privati, (in vari casi) ordine dello stratego di sequestrare le rendite, descrizione catastale degli immobili. – Anche dove manca l'ordine dello stratego non manca la posizione della controversia: ed anche per i pochissimi casi (7) in cui manca la posizione della controversia la scritturazione differisce da quelle apparentemente identiche delle col. IX-XI perché manca in essa la formula

συν<sup>τ</sup> και ανα<sup>κ</sup> δη

che è specificatrice di queste ultime scritturazioni. Nonostante, quindi, non appaia la posizione di una controversia in questi sette casi, pure possiamo affermare con sufficiente fondatezza che essi dovevano avere riferimento ad una controversia che non ci è resa nota attraverso la scritturazione.

Quale fosse il diverso fine delle scritturazioni dell'uno e dell'altro tipo di registro è chiaro: le une miravano, elevando le rendite dei fondi descritti, e trasformandole, ove occorreva, in denari (col. IX-XI) a costituire la base per una elevazione dei tributi; le altre miravano a porre in evidenza degli immobili in ordine ai quali era sorta controversia ed era stato emanato dallo stratego – in alcuni casi – un ordine di sequestro delle rendite (col. I-VIII)

Diamo l'esempio di questi due diversi tipi di scritturazione.

I tipo (registro catastale)

	X, 22-23
Intestazione	Αρισταρχου Νεικιου
luogo ove si trovano gli immobili	επι το' Θαυαλα[**]τος
natura e misura degli immobili	αυλ [κα]ι οτ <sup>κ</sup> δ'μερ <sup>ο</sup> ς <sup>ι</sup>
confini degli immobili	γι <sup>ι</sup> νο <sup>τ</sup> ο <sup>λ</sup> της αυ <sup>λ</sup> <—> βορς οδος λ κλη Ερμογε[νου]ς και Ηρωνος Γλαυκιου
valutazione attuale delle rendite	συν <sup>τ</sup> και ανα <sup>κ</sup> δη ρ
valutazione precedente	[εξ π'] ις <sup>ς</sup> εως κ <sup>ς</sup> κα <sup>τ</sup> ενοικ δ <sup>η</sup> δ

Aristarco figlio di Nicio possiede nel τοπος Θαυαλα[\*\*]τος degli edifici (αὐλαὶ καὶ οἰκίαι) di cui si descrivono i confini. Le rendite di questi edifici che nel quinquennio 175-180 erano state calcolate in denari 4 per abitante vengano ora elevate a denari 100 (forse complessivamente).

Questo è il tipo fondamentale di scritturazione offertoci dalle colonne IX-XI: in alcuni casi esso offre qualche variante che non ne modifica, però, la struttura (v. più oltre).

Il tipo (registro processuale).

I 13-15

Posizione della controversia	***Ευδαι[μο]νος ακλη τετελευτη <sup>κ</sup> τα δη <sup>λ</sup> επικραθεισ <sup>θ</sup> υπο Αλεξανδρου Νεικιου
luogo ove si trova il fondo in contestazione	**** επι αγρου Μ[...]*
qualità del fondo	γη σ'
confini del fondo	[γυ' νο] <sup>τ</sup> και λ οδος βορς γη σ' [Ι] θανυρου Ιαφθαντος
rendite prodotte dal fondo	εξ' π'[ις] <sup>ς</sup> εως κς κα <sup>τ</sup> κριθ με <sup>δ</sup> ε

Eudemone è morto senza lasciare né eredi testamentali né eredi intestati: dunque i suoi beni sono *bona vacantia* e spettano al fisco (Idios Logos). Invece questi beni (consistenti in γη σιτικη, posti επι αγρου Μ[...]\*, aventi certi confini e producenti nel quinquennio 175-180 una certa quantità di medinni di frumento) sono stati occupati da Alessandro figlio di Nicio: notizia di questa occupazione viene data allo stratego mediante denuncia τὰ(δηλοθέντα).

IV, 40-47

Posizione della controversia	τα κοιτας <sup>θ</sup> τω κ[...] <sup>ς</sup> απο διαλογισμ[ου ε] ιδων εδηλω <sup>θ</sup> υπαρ <sup>κ</sup> επι <sup>κ</sup> υπο Α[ριμμαν] τος Μεττιχιωνος εξ αλυτου διαθηκη του πατρος αυτου Μιττεχ[ιωνος]
ordine dello stratego	[ε]ξης της προκειμενης κ[ρ]ισεως [υπε- γρ] <sup>ς</sup> η προσοδος κατεχεσθω

Dunque: è stato denunciato allo stratego che Arimma figlio di Mettichione possiede εξ αλυθου διαθηκη i beni ereditati dal proprio padre, beni incatastati nell'anno (?) in base alle risultanze di una ἐπίσκεψις (απο διαλογισμου ειδων): poiché l'acquisto di questi beni, essendo avvenuto εξ αλυθου διαθηκη, non è giuridicamente fondato (o, almeno, dà luogo a controversia – εξης της προκειμενης κρισεως –) lo stratego ordina il sequestro delle rendite.

I beni in contestazione sono descritti nelle ll. 44-47. La descrizione è analoga a quella delle scritturazioni IX-XI: vi manca solo la formula relativa alla valutazione attuale delle rendite calcolate in denari. E si capisce: quella formula ha la sua ragione di essere dove la descrizione catastale degli immobili mira

alla trasformazione ed elevazione delle rendite, non ha, invece, ragione di essere dove essa mira soltanto alla determinazione degli immobili in contestazione (e di cui si devono talvolta sequestrare le rendite).

Se poniamo a confronto le registrazioni di 1° e quelle di 2° tipo la differenza risulterà evidente: esse hanno struttura diversa perché hanno diversa finalità: le une mirano a giustificare una più elevata imposizione di tributi, le altre a porre delle controversie relative ad immobili.

## II

## STRUTTURA AMMINISTRATIVA DELLA MARMARICA

Dall'esame del nostro papiro risulta che la struttura amministrativa del νομός della Marmarica presenta notevoli differenze rispetto a quella comune degli altri νομοί dell'Egitto. Mentre infatti negli altri νομοί le circoscrizioni minori ricomprese entro quella maggiore del νομός sono le τοπαρχία e le κῶμαι (l'Arsinoite soltanto presentava come circoscrizioni immediatamente seguenti a quella del νομός le tre μερίδες), nella Marmarica l'ordine delle circoscrizioni sembra essere il seguente: 1) νομός 2) κῶμαι. Le singole κῶμαι comprendono varie località (τόποι, χώραι, χωρία etc.) che spesso appaiono riunite in aggruppamenti maggiori chiamati παρατομαί.

Ora queste località (τόποι ο παρατομαί) non costituiscono (a quanto sembra) circoscrizioni amministrative minori: l'unica circoscrizione amministrativa minore del νομός sembra essere la κόμη (a capo della quale sta il κόμαρχος): le παρατομαί e i τόποι non hanno una propria autonomia amministrativa (come altrove le τοπαρχία e le μερίδες) ma sono elementi territoriali della circoscrizione della κόμη.

I nomi locali, dunque, posti nel nostro papiro in caratteri più grossi come intestazione a gruppi di alinea in varie colonne sono i nomi delle singole κῶμαι nel cui territorio quasi sempre si trovano i fondi di cui si dà la descrizione catastale: entro queste κῶμαι si trovano ora aggruppamenti maggiori (παρατομαί) comprendenti più aggruppamenti minori (τόποι) ora soltanto aggruppamenti minori (τόποι, νάπαι, κτλ) non riuniti in παρατομή.

	κόμη	παρατομή	τόπος, νάπη, κτλ
I, 3	Ἰωνκαιο <sub>*,v</sub>		ἐπι τοπου Αριμμαντος
II, 7	id.		ἐπι Αγρου καινου
II, 10	id.		ἐπι τοπου Στοων
II, 32	id.		ἐπι τοπου Γαλατα
II, 35	id.		τοπος Μαγδαλις
II, 35	id.		τοπος Θυμα
II, 37	id.		ἐπι αγρου Απολλοδωρου
II, 38	id.		τοπος Αντρου

II, 39	id.		τοπος Θυμα
II, 40	id.		τοπος Πολιου
II, 40	id.		ναπη καλουμενη Σσκαφη
II, 41	id.		ναπη καλουμενη Σ[*] ναρχ[*]αδη
II, 41	id.		Λευκη ναπη
II, 42	id.		τοπος [ ]
III, 9	id.		τοπου Καφφαδαρωες και Καμεινου
III, 10	id.		τοπος Μαγδαλις
III, 10	id.		Λευκη ναπη

	κώμη	παρατομή	τόπος, νάπη, κτλ
III, 13	]ωνκαιω <sub>v</sub>		Λευκη ναπη
III, 13	id.		ναπη καλουμενης Σσκαφης
III, 14	id.		τοπος Σαλατα [Γαλατα?]
III, 15	id.		τοπος Θανικλιθθις
III, 15	id.		τοπος Θυλια και Μαγδαλις
III, 17	id.		επι τοπου Καφφαδαρωες
III, 32	id.	εν παρατομη Γεμπει <sup>τ</sup>	επι τοπου Κολουσοφ[***]
III, 37	id.		επι τοπου
III, 40	id.		εν τοπω

	κώμη	παρατομή	τόπος, νάπη, κτλ
IV, 1	Συβιακης	εν παρατομη Θεμελισθειτων	επι ναπη Ολνυζης
IV, 8	id.	εν παρατομη Συβιακης	επι τοπου Χερσεως
IV, 12	id.	εν παρατομη Μαγδαλειτων	επι τοπου Αντριων
IV, 26	id.	εν παρατομη Θεμελιοθειτων	τοπος Φοινικος
IV, 27	Βασσαχεως	εν παρατομη Λευκοκαμεινειτων της κ[ ]	εν ναπη Μονχου

	κῶμαι	παρατομαί	τόπος, νάπη, κτλ
V, 29	Βασσαχεως	εν παρατομη Λευκοκαμεινειτων της κ[ ]	εν ναπη Σιλιβου

V, 32	id.	εν παρατομη Αρνιασων	επι τοπου Νουμηνιου
V, 38	id.	id.	εν χωριω Κουκωνος
VI, 3	id.	id.	εν χωριω λεγο Σαραπιωνος
VI, 16	id.	εν παρατομη Χαραδων	εν χωριω λεγο Αγωγη
VI, 19	id.	id.	εν τω αυτω τοπω (cioè Αγωγη)
VI, 28	id.	εν παρατομη	εν χωριω λεγο Ιοββαχ
	(έν Βασσαχει)	καθθειτων	
VI, 31	id.	εν παρατομη Χαραδων	ναπη Θασωφθις χωριου καλουμενου Μολγαιου

	κῶμαι	παρατομαί	τόπος, νάπαι, κτλ
VI, 38	Γαρεαθεως	εν παρατομη Ανχαιων	
VI, 44	id.	id.	επι τοπου καλουμενου Χαρδιωνος
VII, 8	id.	id.	εν παραναπη ναπη Αναβολεως

	κῶμαι	παρατομαί	τόποι, νάπαι, κτλ
VII, 17	Γαρεαθεως	εν παρατομη Ανχαιων	εν αγρω Νελφακτος καλουμενου βιγερωνος
VII, 23	id. απηλωτικου μερους	id.	τοπος Θητα
VII, 25	id.	id.	επι τοπου λεγομενου χωρσαγα
VII, 26	id.	εν παρατομη Μιδρακ	εν ναπη Κεφαλων
VII, 31	id.	id.	εν τοπω Τιτου
VII, 33	id.	εν παρατομη Βαιων	εν ναπη Θανιαβρη
VII, 37	id.	εν παρατομη Βαιων	εν τοπω Ταρθαριων
		Θασωνειτων	
VII, 42	id.	εν παρατομη Ανχαιων	εν ναπη λεγομενη Γαυσθιου
VII, 45	id.	id.	εν ναπη Μενελαου
VIII, 3	id.	id.	εν τοπω Γαυσθιου
VIII, 10	id.	εν τη των βαιων παρατομην	εν ναπη Ειμιν

VIII, 16	id.	id.	εν τω αυτω τοπω
VIII, 20	id.	id.	
VIII, 29	id.	(εν τη αυτη παρατομη) εν παρατομη Βαιων Αρδανειτων	

	κῶμαι	παρατομαί	τόποι, νάπαι, κτλ
	απηλιωτικου μερους		
VIII, 33	id.	εν τη αυτη παρατομη	
VIII, 45	id.	εν παρατομη βαιων εν περιβολη κωμης Αρδανειτων	
IX, 2	??		επι τοπου Δοκκαθις
IX, 5	id.		επι τοπου Θηνεμβανας
IX, 7	id.		επι τοπου Παλιουρου εν ναπη Λωτων
IX, 10	id.		επι τοπου Αντρου
IX, 13	id.		επι τοπου Οικα
IX, 15	id.		επι α τοπου
IX, 19	id.		εν τη (ναπη) Λασια
IX, 23	Χερρονησου		εν Νεαπολις (cfr. IX, 24, 37, X, 41, 42)
X, 10	id.		επι τοπου [****]
X, 12	id.		επι του αυτου τοπου
X, 16	id.		τοπος Καφφακκρας ονο Μαλουτος
X, 18	id.		επι τοπου κ[ ]
X, 22	id.		επι τοπου Θαυαλα[**]τος

	κῶμαι	παρατομαί	τόποι, νάπαι, κτλ
X, 25	Χερρονησου		επι τοπου Φεινασσιων
X, 27	id.		επι του αυτου τοπου
X, 35	id.		ευ χωριω λεγο Αννιανου
X, 41	id.		εν Νεα πολς
X, 42	id.		επι τοπου Ευχαλεμου ονο Μελλιδαν τος Σελευκον
XI, 2	id.		τοπος βουβαλων
XI, 5	id.		εν τμ αυτη ναπη

XI, 7	id.		ναπη Συκης
XI, 11	id.		εν τη αυτη ναπη
XI, 15	id.		επι τοπου Διδυμου
XI, 17	id.		επι τοπου Μο[ ]
XI, 29	id.		επι [τοπου] Χαρακος
XI, 35	id.		επι τοπου Φεινασσιων
XI, 37	id.	εν παρατομη Σοαννημων	
XI, 41	id.		εν τοπω Γαλδουνης
XI, 43	id.		επι τοπου καφφαμορων
XI, 10	id.		επι τοπου Θα[ ]
XI, 14	id.		αγρος καλουμενου Θαριαι**

Come risulta da questo specchio non tutte le κώμαι avevano il loro territorio suddiviso in παρατομαί: questa suddivisione appare predominante in Συβιακης, Βοσσαχεως, Γαρεαθεως; non risulta, invece, per Ώνκαιων e χερρονησου.

Che queste suddivisioni della κώμη in παρατομή e in τόποι, νάπαι, χώρια, ἄγροι, e financo, λάκκοι, non abbiano carattere amministrativo – come, invece, avveniva nelle τοπαρχίαι e nelle μερίδες degli altri νομοί dell’Egitto – ma puramente geografico ed economico risulta fra l’altro dal fatto che spesse volte questi termini sono fra loro scambiati. Così le medesime località vengono alcune volte indicate con la denominazione di τόπος ed altre volte con quella di νάπη, ἄγρος, χωρίον, λάκκος.

Es. VIII, 42	εν ναπη Γαυσθιου	=	VIII, 3	εν τοπω Γαυσθιου
VI, 16	εν χωριω λεγο Αγωγη	=	VI, 19	εντω αυτω τοπω
XII, 14	αγρος καλουμενου Θαριαι	=	XII, 10	επι τοπου Θα[ ]
VIII, 10	εν ναπη Ειμιν	=	VIII, 16	εν τω αυτω τοπω
III, 5	λακκου καλου Καιμενου	=	III, 9	τοπων Καφφαδρεως και Καιμενου

In alcuni casi, infine, non viene usata nessuna di queste indicazioni ma si indica soltanto la κώμη nel cui territorio si trovano gli immobili.

VII, 1	εν κωμη Θανωθις
VIII, 35	εν κωμη Θαμακαθθις

X, 2	εν χερρονησω τη κωμη
X, 20	εν χερρονησω
X, 39	εν χερρονησω
XI, 33	εν χερρονησω τη κωμη

Ora in tutti questi casi si tratta sempre di edifici: solo in X, 2 si tratta di ψιλὸι τόποι che vanno peraltro considerati come area edificabile.

In altri casi la località ove è sito l'immobile è indicata come prossima alla città.

II, 37	προς κωμη Χερρονησω απο λ Νεα πολις
VI, 1-2	νοτου υδρευματα και η κωμη

### III

#### ORGANI GIURISDIZIONALI ED ORGANI AMMINISTRATIVI DEL NOMOS MARMARICO

A) – Relativamente alla organizzazione giurisdizionale della Marmarica il nostro papiro ci offre i seguenti dati.

a) Organo massimo della *iurisdictio* appare qui, come altrove, il Prefetto: a lui è riservata la decisione definitiva della controversia (IV, 20); la sentenza del prefetto è titolo che giustifica la iscrizione a catasto (al nome del vincitore) dei beni che formarono oggetto della sentenza (IX, 16-17).

b) Quale organo giurisdizionale appare anche qui l'Idios Logos (V, 1; VII, 16). La decisione dell'Idios Logos è contenuta in una ἐπιστολή (VII, 16) la quale, come una regolare sentenza, forma *res iudicata* ed esime il vincitore da una ulteriore ricerca sul punto di diritto a suo favore accertato (Καλαπωνιου Κρεισπου παρακομισαντος επιστολην Ιουλιου Λικιννιανου του κρατιστου προς τω ιδιω λογω δι ης φαινεται απηλλαχθ της ζητησεως ενθαδε).

Ma dove il nostro papiro ci offre elementi preziosi è relativamente alla attività processuale dello Stratego: le col. I-VIII non sono, infatti, che resti di un registro processuale ove venivano segnate – divise per κῶμαι – le controversie per la cui soluzione era stato chiesto – mediante denunce di tipo ἀξιῶ ἀχθῆναι o καταχωρισμός (*Bull.* p. 30 segg.) – l'intervento dello Stratego. È vero che questa attività processuale dello Stratego non può essere qualificata come *iurisdictio* e che, quindi, non può lo Stratego essere considerato quale organo giurisdizionale: ma non è meno vero che in molti casi l'esercizio dell'autorità amministrativa dello Stratego si attua attraverso la instaurazione di rapporti la cui struttura ha grande analogia con quella dei rapporti processuali. Ciò dicasi dei processi fondati su una denuncia di tipo ἀξιῶ ἀχθῆναι: in conseguenza di una

denuncia siffatta lo Stratego ordina al convenuto di comparire innanzi a lui perché venga possibilmente eliminata la controversia denunciata.

Orbene: è proprio in relazione a questo tipo di processo che il nostro papiro ci offre elementi nuovi: perché se prima era già conosciuta l'esistenza della denuncia ἀξιῶ ἀχθῆναι non si conosceva, però, (che io sappia) alcun esempio di decreti dello Stratego conseguenti a questa denuncia. Il nostro papiro, per contro, ci offre numerosi esempi di questi decreti (ὑπογραφαί) (II, 16; III, 20; III, 26; IV, 18; V, 1; V, 34; VI, 21; VII, 13; VII, 39; VIII, 6; VIII, 38): il loro contenuto è duplice; essi, infatti, ordinano da un lato la comparizione dei convenuti [οἱ ἐνφερόμ(ε)νοι ἐντὸς μηνῶν γ' πεμφθήτωσαν] e dall'altro dispongono, quasi ad assicurare l'ottemperanza del decreto, il sequestro di certe rendite (τῶν προσόδων κατεχομένων).

L'atto di chiusura di questo tipo di processo era a volte costituito da una ordinanza dello Stratego invitante le parti a comparire innanzi al Prefetto (ciò, evidentemente, aveva luogo quando la controversia non si era potuta eliminare nonostante l'intervento dello Stratego).

Esempio di questa ordinanza ci offre appunto il nostro papiro [IV, 19-20 (ὑπε)γρά(φη παρὰ τῷ στρ(ατέγῳ) καταντῆσαι ἐπὶ τὸν λαμηρότατον ἡγεμόνα ἐν[τὸς] ἡ(μέραις) λ].

Altri particolari sullo svolgimento del processo si possono trarre da VII, 15 ove uno dei convenuti riesce a liberarsi dal processo mediante la presentazione di un documento (una ἐπιστολή dell'Idios Logos) che dimostra decisamente l'infondatezza, nei suoi riguardi, della pretesa attoria [Καλαπωνίου Κρεισπου παρακομισαντος επιστολην Ιουλιου Λικιννιανου του κρατιστου προς τω ιδιω λογω δι ης φαινεται απηλλαχθ της ζητησεως ενθαδε]. Ora l'atto dello Stratego con cui viene pronunziata la liberazione del convenuto dalla pretesa attoria può assimilarsi (nonostante la sua natura di atto amministrativo) ad una sentenza assolutoria.

B) Relativamente alla organizzazione amministrativa abbiamo già notato come la Marmarica non presenti pluralità di circoscrizioni (τοπαρχίαι e μερίδες) ma presenti quale unica circoscrizione minore la κόμη. Νομός, dunque, e κόμη sono rispettivamente la circoscrizione maggiore e quella minore della Marmarica<sup>1</sup>.

a) Capo del νομός è qui, come altrove, lo Stratego. Intorno ai poteri attribuiti allo Stratego non ricaviamo dal Papiro nessuna notizia nuova se si eccettua quello che abbiamo detto relativamente all'attività processuale.

<sup>1</sup> La fisionomia amministrativa della Marmarica richiama alla mente quella dell'Egitto nel IV secolo, dopo l'introduzione della costituzione municipale (WILCKEN 76 segg.).

b) Capo della κόμη appare essere il κωμάρχης (IX 16... υπο Γα[ιο]υ Ιουλ[ίου] Σεουηρου... κωμαρχ(ης) Σεπτουμιακ(ῆς), cfr. X, 1; VII 33). Questo fatto dimostra che nel II secolo d.C. la figura del κωμάρχης (già predominante nel III sec. a.C. e poi decaduta nei secoli successivi cfr. ENGERS *De aegyptiarum κωμῶν administratione* 1909 p. 58 segg.; P. JOUGUET *La vie municipale dans l'Égypte Romaine* Paris 1911 p. 215) ha un centrale rilievo fra quelle degli altri organi amministrativi della κόμη. Certo del κωμογραμματεὺς non troviamo nel nostro papiro traccia alcuna. Perché? Perché questa sostituzione del κωμάρχης al κωμογραμματεὺς? Bisogna forse spiegare questo fenomeno supponendo per le κῶμαι della Marmarica una struttura amministrativa diversa da quella comune, in questo tempo, alle altre κῶμαι dell'Egitto? Oppure bisogna spiegare il fenomeno come conseguenza della riforma amministrativa del 202 (cfr. WILCKEN *Grund.* 38 sgg. 349)? In quest'ultima ipotesi bisognerebbe ritardare di una diecina di anni la data del nostro papiro e bisognerebbe ammettere che l'essenza di questa riforma consistette – relativamente alle κῶμαι – nel dare una apparenza, almeno, di autonomia alla κόμη preponendo a capo di essa l'antico κωμάρχης scelto, forse, dal collegio dei πρεσβύτεροι.

Ma anche senza ricorrere alla riforma del 202 (relativa specialmente alla introduzione della βουλή nelle metropoli) possiamo spiegare la presenza del κωμάρχης e la sua prevalenza sul κωμογραμματεὺς come un effetto naturale del sistema romano delle liturgie. Questo sistema – per effetto del quale l'amministrazione della κόμη viene affidata a membri della medesima κόμη i quali sono tenuti responsabili verso il potere centrale – offriva un duplice vantaggio: 1) quello di dare alle κῶμαι una struttura amministrativa fornita, almeno in apparenza, di una certa autonomia; 2) quello di assicurare, mediante le garanzie reali che i funzionari delle κῶμαι erano tenuti a prestare, un reddito certo a favore del potere centrale (cfr. JOUGUET *op. cit.* p. 271). Ora è evidente che introdotto questo sistema (per le questioni relative a questa introduzione cfr. WILCKEN *op. cit.* 340) la figura del κωμογραμματεὺς (funzionario di carriera) dovesse a poco a poco scomparire per far posto a quella del κωμάρχης (funzionario liturgico ENGER *op. cit.* p. 58). La sostituzione dell'un funzionario all'altro, che avviene lentamente durante il II secolo, è un fatto compiuto nel III secolo. Un segno di questo periodo di transizione sta in ciò che anche il κωμογραμματεὺς diventa nel II secolo un funzionario liturgico (WILCKEN *op. cit.* p. 347<sup>2</sup>: Strassb. 57). È certo, comunque, che nel III secolo il κωμάρχης esercita i poteri più importanti già esercitati dal κωμογραμματεὺς; quello ad es. di procedere alla designazione degli uffici liturgici (WILCKEN *op. cit.* 349).

Dal nostro papiro possiamo ricavare relativamente al κωμάρχης i seguenti dati.

1) L'ufficio del κωμάρχης era temporaneo ed aveva natura liturgica. Così si spiega VII, 33-36. In questa scritturazione si dà l'elenco dei beni di un certo Ι(αφ)θαντος γενομενου κωμαρχ(ου). Ora che altro può significare que-

sta scritturazione – trovantesi in un registro processuale – se non che il comarco nominato scaduto di carica (forse dopo un anno) deve rispondere coi suoi beni degli obblighi liturgici? Le stesse considerazioni possono ripetersi per V, 13 V, 31 relative a funzionari scaduti di carica (un συναλλαγματογράφος e un πράκτωρ): anche in questi casi (specie in V, 13) la ragione della scritturazione va ricercata nelle controversie derivanti dalle obbligazioni liturgiche assunte da questi ex funzionari.

2) Al comarco è affidata, a quanto pare, una funzione già di spettanza del κωμογραμματεús (ENGER *op. cit.* 31): quella catastale.

- X, 1     τα υπο κω(μαρχος) της Σεπτουμιακ(ης) κοι[τ]ασθ(εντα).  
 IX, 16   τα τω ς(ετει) σημανθ(εντα) υπο Γα[ιο]υ Ιουλ(ιου) Σεουηρου μηνι Μεσορη κωμαρχ(ω) Σεπτουμιακ(ης).  
 IX, 7     τα σημανθ(εντα) τω ιγ(ετει) υπο Γαιου Ιουλιου Μαρκου (sottinteso κωμαρχω Σεπτουμιακης).

Dunque la iscrizione a catasto dei beni appartenenti agli abitanti della κώμη avviene per opera del comarco: è per questo che i denunzianti di IX, 16 e IX, 7 hanno diretto al comarco la loro denuncia (τα σημανθεντα... κωμαρχω).

Tutto ciò ci assicura indubbiamente sulla esistenza del catasto nelle singole κώμαι (dubitativamente JOUGUET *op. cit.* 237 sgg.: ma vedi WILCKEN *op. cit.* 206): non solo, ma il fatto che la funzione catastale sia attribuita al comarco spiega perché le designazioni ad uffici liturgici siano in quest'epoca di sua competenza (WILCKEN 349).

Il catasto costituisce, infatti, non solo la base della imposizione ma anche la base di tali designazioni (WILCKEN 214, 243). E, infine, poiché questa funzione catastale è certamente quella nella quale si accentrano ed alla quale si riconducono tutte le altre funzioni amministrative della κώμη – lo scopo cui queste funzioni mirano è sostanzialmente quello di garantire al potere centrale la prestazione dei tributi – ne deriva che il titolare di questa funzione è necessariamente il capo della κώμη: il κωμάρχης quindi ha preso il posto del κωμογραμματεús (cfr. ENGER *op. cit.* 16, 47<sup>2</sup>).

c) Accanto al κωμάρχης stavano qui, come altrove, i πρεσβύτεροι: di essi non c'è nel nostro papiro che una sola traccia: il nome πρεσβυτερ in III 25. In ordine alla funzione espletata da questo collegio di anziani (οἱ ἀπὸ τῆς κώμης) ed alla natura liturgica del loro ufficio cfr. WILCKEN *op. cit.* 43, 217, 347.

d) In pieno fiore appare nel nostro papiro il collegio dei πράκτορες, organo di recente creato per la esazione delle imposte dirette (WILCKEN 210 segg.; 215, 341). In V, 31 il registro processuale segna una denuncia per rapina contro un ex πράκτωρ; in II, 18 in una controversia relativa ad una ἀκληρονομία

(*bona vacantia* spettanti all'ἴδιος λόγος) appare in funzione l'intero collegio dei πράκτορες.

γρα υπ[ο] Ισιδωρου Ηρακ[λει]δου και τω(ν) συν αυτω πρακτορων ε[ις] ονομα Ιας[ο]νους Ιας[ονος?]

Quale sia qui la funzione del collegio dei πράκτορες non sono riuscito a capire anche per la lacunosità del papiro: resta quindi insoluto il problema relativo agli eventuali rapporti fra l'ἴδιος λόγος e i πράκτορες. Erano, forse, costoro anche per l'ἴδιος λόγος organi locali di esazione? Ciò che va notata è la posizione di Isidoro Eraclide: egli appare il capo del collegio dei πράκτορες (per casi di rappresentanza di singoli πράκτορες e non dell'intero collegio WILCKEN *Chrest.* II, n. 263, 264; vedi anche *Grund.* I, 216): aveva questo capo la posizione giuridica di un rappresentante dei singoli πράκτορες o quella di organo della società dei πράκτορες?

e) Relativamente alla designazione agli uffici liturgici il nostro papiro ci offre qualche elemento in VI, 28.

Γαιου Ιουλιου Καπιτωνος ενεκα καταχωρισμου ειρημενου (I. ἡρημένου) και αλλων segue la solita descrizione catastale di beni immobili.

Si può interpretare: Gaio Giulio Capitone è stato segnato con altri nel registro (καταχωρισμός) delle designazioni alle cariche liturgiche (cfr. JOUGUET *op. cit.* 229). Nello studio precedente (*BIDR* cit.) avevo riferito καταχωρισμός al registro delle denunce καταχωρισμός; ma fermando l'attenzione su ἡρημένου mi pare ora più esatto pensare al registro ove venivano segnati i nomi contenuti nelle γραφαί del κωμογραμματεús o del κωμάρχης JOUGUET 227, WILCKEN 342).

Quale la ragione della controversia? Forse il designato aveva rifiutato l'accettazione dell'ufficio?

f) Quale ufficio liturgico appare, infine, anche quello del notaio della κώμη (συναλλαγματογράφος): V, 13 segg. è da interpretare appunto nel senso che l'inadempimento degli obblighi inerenti a tale ufficio abbia fatto scadere quel diritto reale di garanzia che grava normalmente sugli immobili dei titolari di uffici liturgici.

#### IV

#### FUNZIONI AMMINISTRATIVE: IL CATASTO

Fra le funzioni amministrative del nomos marmarico il nostro papiro ci permette di ricostruire con abbondanza di dati quello catastale. Possiamo anzi dire che in ordine a questa funzione fondamentale dell'amministrazione il nostro papiro può essere collocato – superandoli a volte in valore – accanto ai celebri papiri catastali di Tebtunis.

La funzione catastale è, in quest'epoca, nelle singole κώμαι, affidata al κωμάρχος (X 1 cit. Τα υπο κω(μαρχος) της Σεπτουμιακ(ης) κοι[τ]ρασθ(εντα)

= i beni incatastati dal comarco di Σεπτουμιακή): per questa ragione al comarco vanno segnalati i beni non ancora incatastati (IX 16, IX 7).

Le scritturazioni catastali constano normalmente dei seguenti elementi: 1) nome – al genitivo – del proprietario dell'immobile; 2) località ove si trova l'immobile; 3) qualità e misura di esso; 4) confini; 5) rendite (in natura e anche in *denaria*); 6) alcune volte la scritturazione fa anche menzione di una persona diversa dall'intestatario che potrebbe essere ad es. un usufruttuario; 7) e, infine, vi si menziona anche la fonte della scritturazione (ἀπογραφή, επίσκεψις, σημαίειν).

Il termine tecnico col quale si esprime il fatto della intestazione al nome di una persona è ἀναγράφεσθαι (IV, 13; VI, 32); il procedersi all'incatastamento è espresso con κοιτάζειν ed i beni incatastati sono detti κοιτασθέντα (τα πρωτως τω κθ ετει κοιτασθεντα cfr. II, 16; V, 13; VII, 5; VII, 39; IV, 41; X, 7; II, 6).

Fonte dell'incatastamento possono essere: 1) l'ἐπίσκεψις (VII, 5 τὰ πρώτως κοιτασθέντα τῷ λ ἔτει πρὸς ἐπίσκεψιν κθ ἔτους; VII, 16; V, 13; VII, 39; e in genere tutti i casi in cui si parla di beni κοιτασθέντα ἐκ τῶν μεταδοθέντων ἀπὸ διαλογισμοῦ εἰδῶν. I risultati dell'ἐπίσκεψις erano raccolti in un libro (διαλογισμός) in base agli εἶδα del quale si procedeva anche all'incatastamento di beni mai per l'innanzi incatastati (τα πρωτως κοιτασθεντα προς επισκεψιν κθ ετους εκ των μεταδοθεντων απο διαλογισμου ειδων). L'ἐπίσκεψις di cui il nostro papiro ci offre un certo gruppo di risultati è quella del 188-189. Sembra che essa sia avvenuta dopo circa un decennio di disordine nella tenuta dei registri catastali: ciò si desume dal fatto che tutte le scritturazioni catastali del nostro papiro si richiamano al quinquennio 175/180: le rendite di questo periodo costituiscono un termine di paragone rispetto a quelle risultanti dall'ἐπίσκεψις del 188. A questa tesi – già accennata nel *Bull.* cit. p. 38 – possiamo ora aggiungere quest'altra: è probabile che l'ἐπίσκεψις del 188 sia stata preceduta da un ordine (del Prefetto) diretto ai proprietari fondiari per la denuncia generale dei beni (analogo all'editto di Mezio Rufo per la βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων): l'ἐπίσκεψις del 188 avrebbe avuto fra gli altri scopi anche quello scopo di accertare che le denunce (ἀπογραφαί) erano avvenute e che erano veridiche. In caso di mancata o di non esatta denuncia l'incatastamento (o la sua correzione) si sarebbe potuto fare in base alle risultanze dell'ἐπίσκεψις. Così troverebbero una spiegazione possibile le varie scritturazioni contenute in IX, 24-43 ove si dice costantemente che il titolare del fondo (di cui si dà la descrizione catastale) οὐ ἐδήλωσεν il fondo in parola (o, almeno, non denunciò esattamente). È certo che l'ἐπίσκεψις del 188 fu estesa a tutto il nomos: i suoi risultati, infatti, si riferiscono alle varie circoscrizioni della Marmarica.

Il nostro papiro, come abbiamo detto, ci offre nelle col. IX-XII non tutti i risultati della ἐπίσκεψις del 188, ma solo un certo gruppo di essi: quelli relativi alla nuova valutazione (in *denaria*) delle rendite (fortemente elevata rispetto a quella del quinquennio 175-180). Altri risultati – la scoperta di fondi mai

incatastati e, quindi, incatastati solo ora, per effetto dell'ἐπίσκεψις – ci vengono segnalati specialmente dal registro processuale (col. I-VIII, casi in cui ricorre la formula τα πρωτως κοιτασθέντα προς επισκεψιν κθ ετους VII, 16; V, 13; VII 39 etc.; cfr. anche X, 7).

Quale fosse la destinazione delle scritturazioni delle col. IX-XII abbiamo già detto (*Bull.*): esse sono estratte da registri catastali ed hanno per scopo di mettere in evidenza (ai fini della ripartizione delle imposte WILCKEN *op. cit.* 208) quei fondi le rendite dei quali sono state, in seguito alla ἐπίσκεψις, notevolmente elevate. Questi estratti si riferivano a tutto il νομός e si trovavano in mano dello Stratego. La loro compilazione dovè avvenire, come è facile supporre, in base alle indicazioni inviate allo Stratego dai singoli comarchi. 2) Altra fonte di incatastamento è costituita dalle ἀπογραφαί dei privati (WILCKEN 175, 202).

II, 6      και τα πρωτως τω κζ(ετει) κοιτασθεντα ακολουθως τοις περι αυτων γραφεισι

III, 30    τα σημειωθεντα [...][κ[ωμ]αρχ(ω) ακολουθως τοις γραφεισι

Interpreterei, appunto, ακολουθως περι αυτων γραφεισι = in conseguenza delle ἀπογραφαί. La menzione dell'ἀπογραφή è esplicita in

VIII, 42   απογεγραφθαι εις το βιβλιοφυλακιον υπο Βουνας[

In ordine al problema della esistenza o meno di generali ἀπογραφαί catastali analoghe a quelle ordinate da Mezio Rufo per la βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων (EGER *Zum ägyptischen Grundbuchwesen in röm. Zeit* 1909 191 segg.; WILCKEN *op. cit.* 203) mi sembra – supposta l'esistenza di queste ἀπογραφαί come distinta da quelle relative alla βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων – che il nostro papiro offra elementi decisivi per una soluzione positiva: il quinquennio 175-180 a cui la più gran parte delle scritturazioni si riferiscono non potrebbe essere meglio spiegato che ricorrendo all'ipotesi di queste ἀπογραφαί (generali) rinnovantesi ogni cinque anni proprio come per la βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων.

Un editto ordinante ἀπογραφαί di tal genere ho postulato sopra per spiegare i casi contenuti in IX 24-43. In ordine a queste ἀπογραφαί generali si pone questo ulteriore problema: dovevano essere dirette al catasto generale del νομος (come è probabile; cfr. VIII 42 ove βιβλιοφυλακιον va forse riferito alla βιβλιοθήκη δημοσίων della metropoli) o a quello delle singole κῶμαι, o all'uno ed all'altro insieme? E, infine, non può anche non essere prospettata l'ipotesi che queste ἀπογραφαί catastali non avessero una propria autonoma esistenza ma si identificassero con quelle della βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων: le qua-

li avrebbero così esercitata una duplice funzione: archiviale e catastale insieme (cfr. MITTEIS *Grund.* 99<sup>o</sup>).

3) Una terza fonte di incatastamento è costituita dalle denunce (σημαίνειν) fatte, probabilmente, da funzionari dell'amministrazione.

IX, 16 τα τω ς (ετει) (165-166) σημανθεντα υπο Γα[ιο]υ Ιουλ(ιου) Σευηρου  
μηνη Μεσορη κωμαρχ(ω) Σεπτουμιακ(ης)

IX, 7 τα σημανθεντα τω τυ(ετει) (172-173) υπο Γαιου Ιουλιου Μαρκου

IX, 3 τα τω ς (ετει) (165-166) σημανθεντα

VI, 31 τα πρωτως τω ιγ (172-173) σημανθεντα

In II, 16 σημανθεντα sta per κοιτασθεντα

In III, 30 σημανθεντα ha, forse, riferimenti alle ἀπογραφαί dei privati.

Si notino le date delle prime quattro segnalazioni: due sono del 165 e due del 172. Ora questa coincidenza dimostra che queste segnalazioni sono frutto di una vera ispezione amministrativa (sia pure con carattere diverso dall'ἐπίσκεψις) verificatasi nel 165 e nel 172. Queste denunce erano fatte al comarco (IX, 16; III 30), il quale procedeva, in base ad esse ed alle ἀπογραφαί (ακολουθως τοις γραφεις), all'incatastamento dei beni denunciati (X, 1).

Il catasto generale della Marmarica derivava, in conclusione, da quattro fonti: 1) la più importante – alla quale si richiamano il più gran numero delle scritturazioni – è costituita dalle ἀπογραφαί generali del quinquennio 175-180; 2) segue per importanza ἐπίσκεψις del 188-189 alla quale si riferiscono un discreto numero di scritturazioni; 3) le ispezioni del 165 e del 172; 4) le ἀπογραφαί speciali dei privati. Il fatto che le poche scritturazioni del 165 e del 172 non siano state assorbite dalla revisione generale del quinquennio 175-180 spiega richiamandosi all'analogo fenomeno che dovette verificarsi nella βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων di Ossirinco in seguito all'Editto di Mezio Rufo (P. Oxy; 2, 237 l. 38-40 ἐὰν δ' εἰσὶν ἐν τῇ βιβλιοθήκῃ τῶν ἐπάνω χρόνων ἀπογραφαί, μετὰ πάσης ἀκρειβείας φυλασσεσθωσαν, ὁμοίως δὲ καὶ τὰ διαστρώματα, ἴν' εἴ τις γένοιτο ζήτησις εἰς ὕστηρον περὶ τῶν μὴ δεόντως ἀποραψαμένων ἐξ ἐκεῖνων ἐλεγχθῶσι). Si noti infine che fonte di incatastamento potrebbe essere anche una sentenza del prefetto con la quale si accerti a favore di una persona la titolarità di certi beni [IX, 16 Α.....μιος Ηρώνος καταδικασθ(εντος) υπο Κλ(αυδιου) Ιουλ(ιου) του ηγε(μονος) τω ιδ (173-174) (ετει) segue la descrizione dei beni].

Orbene: queste varie fonti di incatastamento relativamente a diversi gruppi di beni di una stessa persona si trovano spesso insieme nel nostro papiro (II 1-5 e 6; II 7-15 e 8-9 fino a ...σκευη; IV 41-43 e 44-47; V 1-11 e 12-13 fino a δεδηλωται; VI 28-30 e 31 fino a σημανθ(εντα); VII 1-4 e 5-6; VII 37-38 e 39 fino a ειδων; IX 1-2 e 3 fino a σημανθ(εντα); IX 3-6 e 7 fino a Μαρχου; IX 7-15 e 16 fino a Σεπτουμια(κης); X 7).

Ecco qualche esempio:

- VII, 1-2 Αζαμεως Ευμηδου εν κω(μη) Θαυνωθις οικ(ια) και νουβις (segue la descrizione dei confini e la formula relativa al quinquennio 175-180 con la indicazione delle rendite).
- 3 του αυτου απο νοτ(ου) της κω(μης) λακκου μερος (segue la descrizione dei confini e la formula relativa al quinquennio 175-180 con la indicazione delle rendite).
- 5-6 και τα πρωτως κοιτασθ(εντα) τω λ (ετει) προς επισκεψιν κθ (ετους) εκ των μεταδοθ(εντων) απο διαλογισμού ειδων καθως επανω δεδηλω(ται)

La posizione catastale dell'intestatario, dunque, risulta costituita da due gruppi di beni incatastati, il primo nel quinquennio 175-180 (di questi si riproduce nel papiro, qui e altrove, la descrizione catastale) ed il secondo nel 188 in base alle risultanze della ἐπίσκεψις (la descrizione di questo secondo gruppo di beni non è mai data nel nostro papiro, e si rinvia spesso ai libri catastali).

Così in II 1-6 si hanno due gruppi di beni incatastati, il primo nel quinquennio (II 1-5) ed il secondo (II 6) nel 186-187: al solito, di questo secondo gruppo non è fornita, come, invece, avviene del primo, la descrizione catastale. Lo stesso dicasi per II 7-15 e 16-17 e per tutti gli altri casi sopra citati: si tenga per tutti presente che spesso a metà linea finisce una scritturazione e ne comincia un'altra (così in II 17; V 13; VI 31; VII 39; IX 3; IX 7; IX 16): il segno di questa nuova scritturazione è dato dal nome di persona in genitivo che costituisce sempre l'inizio di una scritturazione catastale.

## V

### CARATTERI DELLA PROPRIETÀ FONDIARIA

In ordine al problema della proprietà fondiaria il nostro papiro offre dati preziosissimi che permettono di distinguere nettamente – anche sotto questo riguardo – la Marmarica dagli altri νομοί dell'Egitto. E, infatti, invano si cercherebbe nel nostro papiro – che pure abbraccia, descrivendolo, buona parte del territorio marmarico – la menzione di quella βασιλική γῆ che costituiva per l'Egitto il segno caratteristico della sua posizione politica ed amministrativa. Si direbbe che il sistema fondiario egiziano sia sconosciuto nella Marmarica: non solo non vi è traccia di βασιλική γῆ ma anche di δημοσία γῆ non si parla se non in relazione alle strade (ὁδος δημοσία) II, 8; II, 10; III, 18; IV, 25; VI, 4; VI, 6; VI, 10; IX, 24; IX, 29; IX, 40): il tipo di proprietà che le scritturazioni del papiro mostrano è quella priva-

ta (ἄγρος Σαραπίωνος, ἄγρος Μάρκου κτλ Cfr. I, 4; I, 5; I, 7; I, 14; II, 1; II, 3; II, 7; II, 8; II, 11; II, 12; II, 13; III, 39; IV, 3; V, 6) spesso volte profilata come κλῆρος (κλῆρος πολύβου κτλ Cfr. I, 5; I, 11; II, 25; III, 1; III, 2; II, 7; III, 20; III, 21; IV, 23; V, 10; V, 16; V, 27; VII, 1; VIII, 3; VII, 28; VII, 38; VII, 45; VIII, 29; IX, 13; X, 12; X, 22; X, 25; X, 27; X, 30; X, 33; X, 35; X, 37; X, 43; X, 44; X, 46; XI, 2; XI, 19; XI, 35). Una sola volta (X, 3) si fa menzione di fondi τοῦ κυρίου καίσαρος, i quali – come gli editori annotano – facevano sicuramente parte del patrimonio privato dell'imperatore (οὐσιακὴ γῆ) WILCKEN *op. cit.* 298. Ciò ci induce a porre il problema della posizione – diciamo così – costituzionale della Marmarica rispetto a Roma: orbene, questa posizione è radicalmente diversa da quella dell'Egitto: nonostante νομός egiziano la Marmarica non è, come gli altri νομοί, un territorio di proprietà dell'imperatore: il suolo appare invece formare oggetto di proprietà privata.

## VI

### IL SISTEMA TRIBUTARIO

Il sistema tributario della Marmarica non mostra nulla di diverso (per quanto si può sapere dal nostro papiro) da quello del resto dell'Egitto: esso è fondato – qui come altrove – sulla duplice base del catasto e della λαογραφία (VII, 40 cfr. WILCKEN *op. cit.* 192). Un particolare interessante è quello della valutazione delle rendite in denari: nuovo indice, questo, della posizione diversa che ha anche qui la Marmarica rispetto alle altre parti dell'Egitto (cfr. ora WILCKEN *Arch.* X (1931) 96).

Il compito della imposizione dei tributi è forse lasciato allo Stratego: esso viene svolto tenendo conto di tutte le circostanze che possono influire sul loro aumento o sulla loro diminuzione. Così non vi ha dubbio che le colonne IX-XII del nostro papiro dovessero servire a questo fine: esse elencano una grande quantità di fondi che in seguito alla ἐπίσκεψις sono risultati suscettivi di una ben più elevata imposizione.

Organi predisposti alla esazione dei tributi sono – come si è già visto – i πράκτορες (cap. III).

Ora in ordine a tale esazione il nostro papiro (VIII, 7) ci offre, come a me sembra, la figura del debitore insolvente ἀναλήμτου.

VIII 6-9 Φιλαμμωνος Μεττιχου παραλαβοντος συν Σαρα(πιωνι) α\*[-  
Αννι]ανου Βασσου αναλημτου γενομενου ωστε αποκατ[αστησαι? – εις]  
Αλεξανδριαν και πληρη μη παραδοντ(ος) περι των [  
πραχθητω η τει(μη) εντος μηνων γ η αι προσοδοι κ[ατεχεσθωσαν

Il testo è forse da intendere così:

Filammone figlio di Mettico e Sarapione (che io crederei πράκτορες) hanno preso possesso (παραλαμβάνοντες) dei beni di Anniano Basso, il quale a causa della mancata prestazione dei tributi è divenuto ἀναλήμτος (cioè debitore contro cui si è proceduto – o, forse, si può procedere – alla espropriazione forzata a favore del fisco. Per questo significato di ἀναλαμβάνειν cfr. WILCKEN I 297, II n. 363, 364, 37 g. Gli editori del nostro papiro richiamano Pap. Soc. It. 104, 14 ove appunto si prospettano casi di beni espropriati a favore dell'ἴδιος λόγος).

Sembra che il debitore, il quale nulla letteralmente ha dato di quanto doveva (πλήρη μη παραδόντος περι των[...]), si sia trasferito ad Alessandria (ὡστε αποκαταστήσαι – εις] Αλεξανδριαν). La questione così posta è portata innanzi allo Stratego forse perché decreti l'espropriazione forzata: più sennatamente lo stratego ordinò che il debitore paghi i tributi entro quattro mesi sotto pena di sequestro delle rendite (πραχθητω η τιμη εντος μηνων λ η αι προσοδοι κατεχεσθωσαν). Se l'interpretazione che propongo è esatta l'ἀναλαμβάνειν (espropriazione forzata), quindi, presuppone non solo il fatto della inadempienza, ma altresì un atto della autorità competente (sembra lo stratego): solo dopo l'emissione di questo atto ed in esecuzione di esso, si procede alla alienazione forzata dei beni (v. del resto per la procedura esecutiva in generale ΜΙΤΤΕΙΣ Grund. 128). L'espressione, quindi, αναλημτος γενομενου della l. 7 non è esatta: qui il debitore non era ancora divenuto αναλημτος; egli si trovava solo di fatto nella condizione di divenirlo.

Un altro caso in cui appare in funzione l'attività dei πράκτορες è quello di Π 17 segg. Qui, veramente, non si tratta di tributi, ma di *bona vacantia* il cui proprietario (ἀκληρονομήτου τετελευτηκότος) è morto senza lasciare né eredi testamentari né eredi legittimi. Ora la nostra scritturazione lascia credere che per questi *bona vacantia* (spettanti all'ἴδιος λόγος) si ricorresse ad una procedura esecutiva analoga a quella in uso per i beni dell'ἀναλήμτος: questi beni, cioè, venivano venduti all'asta, previo decreto dell'ἴδιος λόγος (o dello stratego). Orbene, mentre il caso precedente (VIII, 6 sgg.) ci ha mostrato la necessità che l'espropriazione venga preceduta da un atto dell'autorità competente che l'autorizza, il caso in esame ci mostra l'esistenza di altri atti relativi alla procedura esecutiva: questi atti emanano dai πράκτορες, anzi dal presidente del collegio dei πράκτορες.

Π, 17 sgg. χαληου Κουλχιου Μνασιδος ακ[λη]ρ[ο]νο[μ]ητου τετελευτηκοτος) δοθει[...]] γρας υπ[ο] Ι]σιδωρου Ηρακ[λει]δου και τω(ν) συν αυτω πρακτορων ε[ι]ς] ονομα Ιασ[ο]νος Ιασ[ο]νος? Ι]ππομακου διαγρα[...]] η επι λ[ο]γου [..]κ[...]] συνηχθη[.....]] υπαρχ(οντα) υπ[ο] τινος? η διαγραφη εγενετ[ο] δηλωθ( ) και υπο τι[ν]ω]ν επικρατεσ[ θαι..] ακω Διοσκατο[ς] – [.....]νου τω, οι ο[φ]ειλοντες αυτα ε[ν] διμηνω διδαξατωσα[ν] η αι προσοδ[οι, κατεχ]εσθ(ωσαν).

Dunque: χαλῆου Κ. Μν. è morto senza lasciare eredi: i suoi beni, quindi, furono ereditati dall'ἴδιος λόγος. Sul fondamento di questa successione l'ἴδιος λόγος (o lo stratego) aveva decretato che si procedesse alla pubblica vendita dei beni. Questo decreto non è ricordato nel testo ma noi – per le ragioni riferite nel caso precedente – dobbiamo presupporlo. Anche qui organi esecutivi dell'asta sono i πράκτορες. Ora l'esecuzione dell'asta avviene mediante un atto promanante dal collegio dei πράκτορες, atto cui si dà il nome di διαγραφή. Infatti: fu decretato (γραφας) da Isidoro Eraclide e dai suoi πράκτορες (υπο Ισιδωρου Ηρακλειδου και των συν αυτων πρακτωρων) che i beni fossero aggiudicati a Iasone figlio di Iasone Ippomaco (εις ονομα Ιασονος Ιασονος Ιππομαχου διαγρα[...]\*ης επι λογου [..]\* κ[...]\* συνηχθη[ ] υπαρχοντα). L'aggiudicazione avvenne (η διαγραφη εγενετο). Dopo questa aggiudicazione sembra che sia stata denunciata la esistenza di altri beni già appartenenti al defunto ed ora posseduti da terzi [δηλωθ( ) και υπο τινων επικρατεισθαι]. Il denunziante potrebbe qui essere l'aggiudicatario medesimo. Lo stratego ordina: οι οφειλοντες αυτα εν διμηνω διδαξατωσαν η αι προσοδοι, κατεχεσθωσαν. Certo il testo è molto lacunoso perché si possa ricavarne una sicura ricostruzione: quel che è certo è che siamo in presenza di atti (διαγραφαί) compiuti dai πράκτορες e che questi atti, per le funzioni stesse cui i πράκτορες erano destinati, non possono essere che di natura esecutiva.

## VII

## ESEGESI DELLE SINGOLE FATTISPECIE\*

- I, 4-7 Beni (fondo e fabbricati) incatastati al nome di Ωρου Ηρακλειδου, forse come titolare di un diritto reale sopra di essi: il proprietario di tali beni era forse Sarapione (αγρου Σαραπιωνος): si dà la descrizione catastale (località, qualità e misura, confini e rendite).
- I, 8-10 Beni incatastati al medesimo nome (richiamato con και) ma di proprietà di Α.[...]\*ωνος. Descrizione catastale.
- I, 11-12 Beni incatastati al medesimo nome, ma certamente anche essi di proprietà di un altro il cui nome, per la lacunosità del testo, ci sfugge. Descrizione catastale.

\* N.d.R.: Nell'edizione originale il paragrafo è indicato col numero III; il riferimento è stato corretto per rispettare la giusta sequenza numerica.

*Osservazioni.* In queste tre scritturazioni troviamo accanto alla persona al cui nome i beni sono incatastati, tre persone diverse che abbiamo supposto proprietari di tali beni: il rapporto fra questi proprietari e il primo intestatario potrebbe essere uno di quei rapporti di locazione di fondi, profilabili come rapporti enfiteutici (Cfr. WILCKEN *op. cit.* 285 sgg.). I tre proprietari, quindi, potrebbero essere considerati come tre grossi proprietari fondiari titolari di quelle οὐσίαι che sono in quest'epoca frequenti in Egitto (WILCKEN 298 sgg). Per il fatto che queste scritturazioni si trovano in un registro processuale è naturale supporre che i beni descritti fossero oggetto di controversia.

I, 13-15 È stato denunziato che Alessandro figlio di Nicio possiede i beni di Edemone morto senza lasciare né eredi legittimi né eredi testamentari. Descrizione catastale.

*Osservazioni.* Il fondamento giuridico della denuncia sta nel diritto che ha l'Idios Logos all'acquisto dei *bona vacantia* quali sono quelli di chi muore ἀκληρονόμητος (Gnomon § II, I Fattispecie lacunosa ed oscura. Potrebbe interpretarsi nel senso che Marco, Sarapione e Rapanto comproprietari di alcuni beni abbiano venduto ἐπὶ ἀγράφου ὄνῃς ad ψραθθεως tali beni. Si chiede ora forse il pagamento (τῶν δε προκει υ' οφειλ)? E che significa ἐπὶ ἀγράφου ὄνῃς? Esisteva in Marmarica un tipo di compravendita orale in pieno contrapposto alla compravendita scritta dell'Egitto (Cfr. ARANGIO-RUIZ *Lineamenti del sistema contrattuale* p. 25 sgg.)? O si tratta addirittura di una compravendita fatta con le forme orali della *mancipatio* romana? A favore di quest'ultima ipotesi potrebbe addursi il fatto che i tre comproprietari venditori sono forse romani.

II, 6-16 Descrizione catastale di beni incatastati al nome di Αμμωνίου Αριμμαντος. A questa descrizione derivante dall'incatastamento del quinquennio fa seguito la menzione di un ulteriore incatastamento avvenuto in seguito alla ἐπίσκεψις del 168 (l. 16 καὶ ἐκ τῶν μεταδοθέντων ἀπὸ διαλογισμοῦ εἰδῶν).

II, 17-41 vedine innanzi l'esegesi. Le ll. 24-41 riproducono la descrizione catastale dei beni.

II, 42-44 Descrizione catastale di beni incatastati al nome di Παραμμων Ερωτος.

III, 1-19 Seguito di una descrizione catastale di beni: l'inizio di questa descrizione e, quindi, il nome della persona a cui favore l'incatastamento era fatto, si trovavano altrove.

- III, 20-25 Controversia (sembra) intorno alla esistenza o meno di un diritto reale di servitù (diritto di attingere acqua in un pozzo altrui) cui è correlativo un onere: questo è probabilmente il significato della decisione dello Stratego: l'attuale possessore del fondo garantisce alla controparte il godimento del pozzo (ο νυν επικρατων διαβεβαιωσατω των προσοδων του λακκου κατεχομενου) contro adempimento dell'onere correlativo (ο δευτερος πραχθητω το ωρισμενον).
- III, 26-42 Posizione di una controversia a sfondo ereditario. Potrebbe trattarsi di una *petitio hereditatis* da parte di un erede testamentario (κεχ] ερωγραφηκεναι με δ[ια] του Ρο.[ ]). Solita descrizione catastale (ll. 32-42) con l'ordine di comparizione o, in mancanza, di sequestro delle rendite (ll. 29-30).
- IV, 1-7 Descrizione catastale di beni incatastati a favore di Ηρακλειδου.
- IV, 12-17 Descrizione catastale di beni incatastati (forse in origine) a Μαζουσιος Ιθαννυρου presentemente però riferita a Αναβουτος Μαζουσιος.
- IV, 18-39 Si tratta forse di una controversia relativa ad un condominio: riuscito inutile un primo tentativo di composizione per il rifiuto di Marco Antonio e di Rogato, lo stratego ordina che questi due si portino innanzi al prefetto. Non avendo costoro obbedito, lo Stratego infligge loro una multa (cfr. MITTEIS *Grund.* 29) e ordina il sequestro delle rendite.
- IV, 41-47 È stato denunciato che i beni incatastati nell'anno 188 (?) in base ai risultati della ἐπίσκεψις sono posseduti da Αριμμαντος Μεττιχιωνος (figlio del defunto) *omissa causa testamenti* (così tradurrei εξ αλωτου διαθηκης). Denunziante non può essere qui se non colui (legatario?), che viene danneggiato dalla mancata adizione dell'eredità *ex testamento*. Lo stratego ordina il sequestro delle rendite.

*Osservazioni.* L'espressione εξ αλωτου διαθηκης, che ricorre anche in V 3-4, è nuova nel diritto dei papiri (cfr. KRELLER *Erbrechtliche Untersuchungen* ove a proposito di apertura del testamento non è mai menzione di testamento εξ αλωτου). Ho tradotto *omissa causa testamenti* ricorrendo ad un istituto romano (D. 29, 4, 1 § sgg.) al quale mi sembra opportuno di accostare il nostro caso: è risaputo come gli eredi legittimi (non necessari) istituiti in un testamento potessero, nonostante l'istituzione, adire *ab intestato* l'eredità. Ora poiché questa adizione *ab intestato*, lasciando cadere il testamento come *desertum*, avrebbe potuto nuocere ai legatari, il pretore provvide a tutelare questi ultimi con-

cedendo loro azione come se l'eredità fosse stata adita *ex testamento* e, quindi, come se fossero validi i legati.

A conforto di questa tesi si può addurre il fatto che nei due casi in cui si parla di *εξ αλυτου διαθηκης* l'erede rivestirebbe sempre la qualità di erede legittimo. Difatti tanto in IV, 41-47 quanto in V, 3-4 si tratta sempre di eredità acquistata da discendenti. Ciò spiega la possibilità che costoro, prescindendo dal testamento (*εξ αλυτου διαθηκης*), acquistassero l'eredità *ab intestato*.

- V, 1-2 La fattispecie è qui molto oscura: potrebbe forse intendersi così. Muore un padre lasciando eredi due figli, ambedue istituiti in un testamento. Dopo il padre, ma prima che si aprano le tavole testamentarie, muore anche uno dei due figli, il quale lascia dei discendenti. Il figlio superstite anziché procedere alla apertura delle tavole testamentarie adisce *ab intestato* l'eredità paterna e l'acquista come erede unico. Contro questo acquisto *εξ αλυτου διαθηκης* insorgono più tardi (forse quando hanno raggiunto la maggiore età) i discendenti del figlio morto: la controversia verte appunto *περι υ(παρχοντων) και αλλων τω πατρι των περι του Ισαμαν απο κληρονομιας του πατρος αυτου* (intorno a tutto ciò che spettava al loro padre in qualità di erede dell'avo). In seguito a questa istanza diretta dai discendenti di Isaman all'Idios Logos, lo stratego emette una *ύπογραφή* con cui ordina il sequestro delle rendite e la comparizione del convenuto. Quanto, però, ai beni siti in una certa località (*εν αγρω Κολλουμου* l. 8) il convenuto si difende dicendo di averli acquistati *πατα αραβωνικ* (compravendita con arra?) nell'anno 149 dal fratello Dionisio. Se è vera questa interpretazione, la ragione della difesa del convenuto sta nel fatto che gli attori rivendicavano anche questi beni, considerandoli come ereditari. Il convenuto, invece, dimostra che non sono tali essendo a lui pervenuti in base ad una compravendita fatta col fratello Dionisio prima che morisse il padre (patto successorio? cfr. ΜΙΤΤΕΙΣ *Grund.* p. 242). L'oscurità del testo (v. la Introduzione degli editori) non permette di assicurare che la interpretazione da noi proposta sia esatta: gli è per questo che non possiamo dedurre nulla intorno ai principi di diritto ereditario ed obbligatorio che vengono qui in applicazione.
- V, 12-23 Denuncia contro un ex notaio (*συναλλαγαματογράφος*) che non ha provveduto alla regolare tenuta dei registri (forse non ha inviati gli *ειρόμενα* ΜΙΤΤΕΙΣ *Grund.* p. 63). Segue la descrizione catastale.
- V, 25-30 Controversia relativa a fondi ipotecati: l'attore richiede forse o il pagamento del debito scaduto o il possesso dei beni.

- V, 31-33 Denunzia per rapina contro un *ex πράκτορ*.
- V, 34-35 Gallo figlio di Egesinico e Lucia agiscono contro Demetrude dichiarando illegittimo il possesso che questi ha dei beni paterni: questi beni, infatti, sarebbero stati ipotecati agli attori. Non si capisce chi sia stato l'oppignorante.  
Gli istanti chiedono che il convenuto venga chiamato innanzi allo stratego.  
Lo stratego decide che si presentino innanzi a lui e che si sequestrino le rendite.
- VI, 1-3 Fine di una scritturazione.
- VI, 4-5 Descrizione catastale di beni intestati a Sarapione. Sono da notare alcuni rapporti di compravendita di cui si fa menzione nella scritturazione.
- VI, 16-20 Descrizione catastale di beni intestati a Κοπρητος Απολλωνιου.
- VI, 21-27 Controversia relativa a un condominio derivante in parte da due compravendite di cui una *πατὰ πίστιν*. Descrizione catastale dei beni.
- VI, 28-31 Descrizione catastale di beni intestati a Gaio Giulio Capitone. Costui era tra quelli segnati *ἐν καταχωρισμός* per la eventuale assunzione ad uffici liturgici.
- VI, 36-44; VI 45-48; VII, 1-6 Descrizioni catastali di solito tipo.
- VII, 7-12 Denunzia relativa (pare) ad illegittimo possesso di beni: siamo forse in sede di diritti ipotecari?
- VII, 13-21 Vedi Introduzione cit.
- VII, 22-25 Descrizione catastale di solito tipo.
- VII, 26-32 Descrizione catastale di solito tipo: da notare, però, che il marito (Απολλωνιου Ισκρατους) denuncia di avere ceduto i beni alla moglie (*εδηλωσεν κατα πιστιν εις την γυναικα συντεταχθαι*).
- VII, 33-36 Descrizione catastale di solito tipo: intestatario è un *ex comarco*.
- VII, 37-39 Descrizione catastale di solito tipo.
- VII, 39-48 Fattispecie oscura: si tratta di controversia ereditaria causata, pare, da un testamento viziato. Da che deriva questo vizio? Si può prospettare, forse, l'idea di una successione necessaria contro il testamento?
- VIII, 1-5 Fine di una antecedente scritturazione.

- VIII, 6-27 Denunzia causata, pare, dalla mancata prestazione dei tributi da parte di Filammone figlio di Mettico trasferitosi (a quanto sembra) in Alessandria. Descrizione catastale solita.
- VIII, 28-36 Fattispecie oscura con qualche riferimento al diritto ereditario.
- VIII, 37-45 Fattispecie oscura quantunque non priva di elementi utili di diritto privato ed amministrativo.  
Delle colonne IX: XII mi limito a dare la indicazione delle singole scritturazioni: del resto il tipo di queste scritturazioni è quasi ovunque uniforme.

IX, 1; 2; 3-4; 5-6; 7-9; 10-11; 12; 13-14; 15 (tutte queste scritturazioni si riferiscono ad un identico intestatario) 16-18;

IX, 19-20; 21-23; 24-27; 28-30; 31-32; 33-34; 35-36; 37-38; 39-41; 42-43.

X, 1; 2-4; 5-6; 7-9; 10-11; 12-13; 14-15; 16-17; 18-19; 20-21; 22-23; 24; 25-26; 27-28; 29-30; 31-32; 33-34; 35-36; 37-38; 39-40; 41; 42-43; 44-45; 46.

XI, 1; 2-3; 4; 5-6; 7-8; 9-10; 11-12; 13-14; 15-16; 17-18; 19-20; 21-22; 23-24; 25-26; 27-28; 29-30; 31-32; 33-34; 35-36; 37-38; 39; 40; 41-42; 43-44.

XII, 1-21?

Una esegesi approfondita di queste scritturazioni potrebbe dare vari e buoni elementi di diritto pubblico e privato (in parte, peroltre, già da me qua e là sfruttati): possiamo dire pel nostro papiro quanto si ripete per fonti di grande importanza: c'è lavoro per tutti e non per poco tempo ancora.



## RECENSIONI\*

UGO ENRICO PAOLI: *Studi di diritto attico* Firenze 1930

§ 1 – Nel secondo capitolo dei suoi *Studi di diritto attico* UGO ENRICO PAOLI riprendendo in esame il problema non facile dell'ipoteca nel diritto attico perviene a risultati che nei punti fondamentali sono in contrasto con le idee della comune dottrina. Poiché tali risultati toccano la struttura di istituti che hanno tanta importanza anche per il diritto romano, ho creduto necessario procedere ad una analisi dello studio del PAOLI per vedere se ed entro quali limiti le sue conclusioni possano essere accettate<sup>1</sup>.

Seguirò in questa analisi il seguente metodo: esporrò prima le idee della comune dottrina in ordine ai singoli istituti (ipoteca ed ἀποτίμημα); esporrò poi i risultati dello studio del PAOLI; e passerò, infine, alla critica di questi risultati indicando le ragioni che mi inducono ad accettarli o a respingerli.

### I – IPOTECA

§ 2 – Il diritto attico, secondo l'unanime dottrina, conosceva tre forme di garanzia reale: il pegno (ἐνέχυρον), l'ipoteca (ὑποθήκη), la vendita con diritto di riscatto (πρῶσις ἐπὶ λύσει). La differenza fra pegno ed ipoteca stava nel fatto che solo nel pegno si trasferiva subito al creditore pignoratizio il possesso della cosa pignorata: nell'ipoteca, invece, il creditore acquistava il diritto ad impossessarsi della cosa ipotecata in caso di inadempienza del debitore.

Quanto alla πρῶσις ἐπὶ λύσει, essa attuava la garanzia reale trasfondendo i due distinti rapporti di credito (principale) e di garanzia (accessorio) in un rapporto unico di compravendita: il creditore (mutuante) assumeva la posizione di compratore, il debitore (mutuatario) quella di venditore, la cosa che doveva

\* «Bullettino dell'Istituto di diritto romano», XLI (1-6), 1933, pp. 305-320.

<sup>1</sup> Cfr. la recensione dell'ARANGIO RUIZ *Arch. Giurid.* (IV s. vol. XXIII fasc. 2 Aprile 1932) e la risposta del PAOLI (ib. IV s. vol. XXIV p. 161).

garantire il credito veniva considerata quale oggetto della compravendita e la somma che veniva prestata era considerata quale prezzo. Da ciò la conseguenza che il creditore diventava senz'altro proprietario della cosa: egli era soltanto obbligato a ritrasferirne la proprietà al debitore se costui avesse restituite le somme avute entro un termine determinato. (Cfr. HITZIG *op. cit.* 2 ἐδανείσαμεν πέντε καὶ ἑκατὸν μνᾶς ἐπ' ἐργαστηρίῳ... καὶ τριάκοντα ἀνδραπόδοις – ἡμεῖς πέντε καὶ ἑκατὸν μνῶν ἔωνήμεθα dove appare chiara la trasfusione del mutuo (ἐδανείσαμεν) in una compravendita (ἔωνήμεθα). La successiva clausola – λύσις τούτῳ παρ' ἡμῶν ἐν τινὶ ῥητῷ χρόνῳ – ci mostra il diritto di riscatto riservato al debitore).

Quando aveva applicazione la forma di garanzia della πρᾶσις e quando quella della ὑπόθηκη? Originariamente è la πρᾶσις la forma unica di garanzia: posteriormente, per i casi specifici di garanzia a favore del pupillo soggetto a tutela (quando il patrimonio pupillare veniva locato nella forma della μίσθωσις οἴκου) ed a favore del creditore dotale, sorge la figura dell'ἀποτίμημα che fu (almeno secondo l'opinione dell'Hitzig p. 7 segg.) la prima manifestazione dell'ipoteca. In questi due casi, il conduttore del patrimonio pupillare ed il debitore dotale predeterminavano d'accordo con il tutore e col creditore dotale i beni che sarebbero caduti in possesso del pupillo e del creditore in caso di inadempienza.

Le ragioni della inapplicabilità della garanzia per πρᾶσις nelle ipotesi suaccennate sono chiare: a) per la dote, sarebbe stato assurdo richiedere al marito, per una dote di cui egli non diventava proprietario e che doveva servire (ad Atene come a Roma) *ad sustinenda onera matrimonii*, il trasferimento della proprietà di beni aventi valore equivalente alla dote; b) per la μίσθωσις οἴκου (consisteva nella locazione del patrimonio pupillare che il tutore faceva ad un terzo) sarebbe stato impossibile trovare un solo conduttore disposto a trasferire in garanzia al pupillo la proprietà di una adeguata quantità di beni (Hitzig p. 8).

Questa determinazione degli originari confini entro i quali avevano applicazione la πρᾶσις e l'ipoteca risulta specialmente dai testi epigrafici (indubbiamente più sicuri di quelli letterari): gli ὄροι, infatti – pietre con iscrizioni che venivano apposte sui fondi venduti con πρᾶσις o ipotecati per rendere nota ai terzi la posizione di tali fondi –, si riferiscono nella più gran parte (59 su 66 ὄροι) a πρᾶσις (25-59) e ad ἀποτίμημα (1-24).

È evidente che la nuova forma di garanzia (predeterminazione di beni sui quali potrà eventualmente soddisfarsi il creditore) guadagnò presto terreno a danno della πρᾶσις: alcuni ὄροι, infatti, testimoniano l'esistenza di ipoteca in casi che non rientrano entro i confini originari dell'ἀποτίμημα e che, quindi, rientrano entro quelli nei quali si era usi ricorrere alla πρᾶσις.

Supponiamo per un momento storicamente e dommaticamente fondate queste tesi della dottrina comune e domandiamoci: sarebbe concepibile in un sistema siffatto di garanzie reali un concetto di ipoteca cui fosse essenziale, come nel pegno, il trasferimento immediato del possesso al creditore?

La risposta non può essere che negativa: in un sistema in cui c'è l'istituto della *πρῶσις* una evoluzione della forma di garanzia reale non può essere intesa che nel senso di lasciare al debitore il possesso della cosa ipotecata sino al momento della inadempienza. (Cfr. Hitzig p. 13). E ciò è tanto vero che l'evoluzione dalla *πρῶσις* all'ipoteca venne mediata dall'uso invalso nella *πρῶσις* che il debitore (venditore) prendesse in locazione (al fine di rimanerne in possesso) la cosa venduta al creditore (compratore) (Cfr. Hitzig *op. cit.* cap. 7° Aa.).

E, infatti, come si sarebbe potuto giustificare la creazione di un nuovo istituto – perché la *πρῶσις* è indubbiamente la forma più antica di garanzia reale – se per esso la posizione del debitore pignoratizio non veniva in nulla migliorata? Trasferire il possesso o trasferire la proprietà è praticamente la stessa cosa: ciò, specialmente in ordinamenti giuridici nei quali, anche per ragioni di tecnica giuridica – (si pensi alla difesa interdittale romana che dà al possesso una fisionomia giuridica propria) – la distinzione fra proprietà e possesso non può avere quella nettezza che è propria ed esclusiva del diritto romano. Anche a prescindere, dunque, dalla ricerca storica intorno alla esattezza delle idee dominanti in dottrina, noi possiamo dire che se accanto alla *πρῶσις ἐπί λύσει* troviamo una forma di garanzia reale per immobili (*ἀποτίμημα*, *ὑποθήκη*) che non sia qualificata come *ἐνέχυρον*, questa nuova forma deve porre il debitore in una posizione diversa e migliore di quella in cui lo porrebbe una *πρῶσις*. Queste considerazioni ci mettono in grado di valutare una delle tesi fondamentali sostenute dal Paoli: quella seconda cui sarebbe essenziale al concetto di ipoteca (in quanto generatrice di un diritto reale di garanzia) il trasferimento immediato al creditore del possesso della cosa ipotecata (p. 141 segg. e *passim*).

Ora questa tesi a me pare, per le considerazioni fatte, a priori insostenibile. Quale differenza vi sarebbe stata allora fra *πρῶσις ἐπί λύσει* ed ipoteca? Il trasferimento immediato del possesso equivaleva praticamente a quello della proprietà: cosa avrebbe guadagnato il debitore ricorrendo all'una piuttosto che all'altra forma di garanzia? E come spiegare i casi di *ἀποτίμημα* pupillare? Quale conduttore avrebbe dato in ipoteca i suoi beni per assumere la conduzione del patrimonio del pupillo? Ma a parte queste obiezioni suggerite dalle esigenze stesse della pratica, altre ne sorgono offerte dai testi.

Anzitutto, come spiegare tutti i casi in cui l'ipoteca appare perfezionarsi con la semplice *conventio* (ipoteca di rendite, ipoteca di cose future, ipoteca generale etc. Hitzig 19 segg. e Paoli 145)? Paoli vorrebbe superare la difficoltà distinguendo due negozi: una ipoteca convenzionale la quale avrebbe solo l'effetto di predeterminare i beni sui quali cadrà eventualmente l'esecuzione ma sui quali non sorge alcun diritto reale (dice il Paoli p. 145 «una convenzione di tal fatta rende più energico e più saldo il vincolo obbligatorio e migliora la posizione del creditore rispetto al debitore, ma non può essere opposta ai terzi. Da una convenzione simile non sorge un diritto reale»); e una ipoteca (diciamo così) reale

costituita mediante effettivo trasferimento di possesso al creditore, dalla quale soltanto sorge un diritto reale sulla cosa ipotecata.

Contro questa distinzione si può obiettare: perché mai si sarebbe usato un identico nome a significare istituti così diversi? E quali prove offrono per tale distinzione le fonti? A me pare che nessun testo permetta di affermare quanto Paoli sostiene: perché tutti i casi riferiti (p. 151 sgg.), in cui è affermato che il creditore si trova in possesso della cosa ipotecata, si possono benissimo spiegare pensando che tale possesso sia derivato dal fatto della inadempienza.

1) [Demosth.] c. Zenoth., 14 (p. 886), si riferisce ad un caso di prestito marittimo che è disciplinato da regole proprie, diverse da quelle che disciplinano lo *ius civile*. Così la presa di possesso della nave e delle merci è una conseguenza della ὑποθήκη già contratta, non il momento costitutivo di una ὑποθήκη nuova. Il fatto poi che in questa ipoteca la presa di possesso avvenga prima della scadenza della obbligazione (così Paoli) va spiegato pensando alla natura tutta particolare del prestito marittimo: trarre illazioni da questo istituto per spiegare istituti di *ius civile* pare a me – come del resto allo stesso Paoli – impossibile. La presa di possesso, dunque, che ha luogo nell'ipoteca marittima all'arrivo della nave e prima della scadenza non può fornire argomenti in favore della c.d. ipoteca reale.

2) [Demosth.] e. Timoth., § 11 (p. 1187): d'accordo con Paoli che qui l'obbligazione è ancora in vita e che ancora in vita è l'ipoteca (contro la tesi di Hitzig); ma il possesso in cui si trova il creditore è un possesso acquistato in conseguenza dell'inadempimento: nulla costringe a pensare che esso sia un possesso acquistato all'atto stesso della costituzione dell'ipoteca.

Così dicasi di [Demosth.] c. Pantaen. § 10 (p. 369). In tutti questi casi, pur concordando col Paoli per ciò che concerne la persistenza dell'ipoteca, non possiamo non discordare in ordine al momento dell'acquisto del possesso: nulla qui ancora costringe a pensare che esso sia avvenuto al momento della costituzione dell'ipoteca e non, invece, al momento della scadenza del debito. Lo stesso dicasi, per il caso riferito in una orazione di Isocrate (c. Euth. § 2, p. 400), dove si narra che Nicia prima di ritirarsi in campagna, per sfuggire alle persecuzioni dei Trenta, non volendo conservare il possesso di cosa alcuna τὴν μὲν οἰκίαν ὑπέθηκε, τοὺς δ' οἰκέτας ἔξω τῆς γῆς ἐξέπεμψε, τὰ δ' ἔπιπλα ὡς ἐμὲ ἐκόμισε. Il trasferimento immediato del possesso, in questo caso, deriva dalle circostanze speciali in cui si trova Nicia, non dalla natura stessa dell'ipoteca.

Insomma non c'è nessun testo – e ciò ripeteremo a proposito dell'ἀποτίμημα pupillare – in cui si affermi o dal quale si possa argomentare che il trasferimento immediato del possesso fosse un elemento costitutivo della vera ipoteca (generatrice di diritti reali).

Ma v'è di più: tutti i testi epigrafici (gli ὄροι) dimostrano che il possesso delle cose ipotecate resta presso il debitore. La funzione degli ὄροι, infatti, è quella di costituire un vero mezzo di pubblicità dei diritti reali gravanti sugli

immobili: e questa funzione si comprende solo presupponendo la permanenza del debitore nel possesso del fondo. Ciò è tanto vero che anche nel caso di *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* vengono collocati degli ὄροι sui fondi venduti per la ragione che tali fondi restano normalmente in possesso precario del debitore (venditore) Cfr. Hitzig p. 11, 75.

Per il fatto, dunque, che vi sono degli ὄροι bisogna necessariamente concludere che i fondi ipotecati restavano in possesso del debitore: né IG, II, 1139 (= Inscript., jurid., I, 8, 62) e IG, II 1140 (= Inscript. jurid., I, 8, 63) dicono diversamente: essi, appunto perché ὄροι, indicano che sui fondi cui sono apposti, fondi in possesso del debitore, grava un'ipoteca (la clausola ὅστε ἔχειν καὶ κρατεῖν τὸν θέμενον riproduce evidentemente una clausola contrattuale e significa che se il debitore non pagherà alla scadenza il creditore potrà impossessarsi del fondo ipotecato Cfr. Hitzig p. 9, 82 sgg.).

Orbene, come negare il valore probativo di questi ὄροι in pro della tesi comune? Paoli si avvede benissimo di questa difficoltà e riconosce (p. 191) che le sue conclusioni «si presentano insostenibili» alla luce dei testi epigrafici. Egli allora crede di superare l'ostacolo supponendo che gli ὄροι rappresentino uno stadio avanzato del diritto ipotecario; essi cioè avrebbero servito a costituire un possesso fittizio che in processo di tempo si sarebbe sostituito all'originario possesso effettivo (p. 193). A me sembra, però, che l'ostacolo non sia per nulla superato: infatti, gli ὄροι appartengono alla stessa età cui appartengono i testi letterari dai quali (secondo il Paoli) dovrebbe trarsi la prova del possesso effettivo. E allora come spiegare la contemporanea esistenza di sistemi così diversi? Non solo: ma anche supposta l'esistenza di vere antinomie fra testi epigrafici e testi letterari non si può non preferire fra le due, la testimonianza dei testi epigrafici: il testo epigrafico ci dà dell'istituto giuridico che esso testimonia la fisionomia oggettiva; non così può dirsi del testo letterario: in quest'ultimo la fisionomia di un istituto giuridico è sempre adombrata dalla presenza di interessi extragiuridici. Saremmo, ad es., in veri impacci noi romanisti se dovessimo trarre la conoscenza del diritto romano dalle orazioni di Cicerone. Ora queste supposte antinomie fra testi epigrafici e testi letterari in ordine al momento dell'acquisto del possesso nell'ipoteca in realtà non vi sono: ciò è provato anche dal fatto che su questo punto nessuna voce discordante è sorta, prima del Paoli, in dottrina. E infatti tutti i testi letterari sono stati sempre interpretati nel senso che il possesso del creditore di cui in essi è menzione sia derivato dalla inadempienza del debitore. Si potrebbe magari giungere sino ad attribuire all'ὄρος una funzione costitutiva (almeno in confronto dei terzi) del diritto reale (non sarebbe di ostacolo a questa tesi – come pensa il Paoli p. 193 – il fatto che gli ὄροι si trovano anche su fondi venduti con *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*: in questo caso la presenza dell'ὄρος dimostra che il fondo si trova in possesso precario del debitore): più in là non si può andare. L'ὄρος non costituisce il testimone idealizzato di un regime scomparso dell'ipoteca: esso invece presuppone

il concetto comune di ipoteca; appunto perché il possesso del fondo ipotecato restava al debitore<sup>2</sup> si sentì il bisogno di rendere pubblico con gli ὄροι l'esistenza del diritto reale. Si può anzi credere che l'ὄρος abbia concorso a far sorgere il concetto di ipoteca, formando come un ponte di passaggio fra quest'ultimo istituto o la πρῶσις. Essendo, infatti, nella πρῶσις invalso l'uso che il debitore rimanesse in possesso della cosa venduta e venendo la πρῶσις indicata sugli ὄροι, dovette naturalmente spuntare l'idea che una garanzia reale fosse possibile senza ricorrere alla πρῶσις e senza sottrarre al debitore il possesso della cosa offerta in garanzia (Cfr. Hitzig p. 11, 75).

E finalmente non mi pare fondato l'argomento che Paoli (p. 146) trae in prova della sua tesi nel caso di concorso di più creditori ipotecari: secondo il Paoli è proprio in questa ipotesi che il possesso della cosa ipotecata appare in tutto il suo valore costitutivo: avrebbe qui applicazione il principio *melior est condicio possidentis*. Una prova di ciò vede il Paoli nel prestito marittimo garantito da ipoteca sulla nave e sulla merce: è, dice il Paoli, appunto per trasformare in diritto reale il loro semplice diritto personale che i creditori si affrettano a prendere possesso dell'ὕποθήκη appena la nave è giunta in porto, senza attendere la scadenza dell'obbligazione (p. 147). Ma, a prescindere dal fatto che qui ci troviamo in un campo tutto speciale (*ius gentium*, diritto commerciale), allora la realtà del diritto di garanzia dipenderebbe puramente dal caso: perché dati più creditori di un medesimo debitore diverrebbe creditore ipotecario solo chi all'arrivo della nave prenda possesso (magari un minuto prima) delle cose ipotecate. Ora tutto ciò non è ammissibile. Prescindendo dalla ipoteca del prestito marittimo soggetto a disciplina tutta diversa da quella che regolava l'ipoteca comune, è da dire che il caso di più concreditori ipotecari – quando ne ricorrero i presupposti – era disciplinato in base al principio *prior tempore potior iure*. Diciamo quando ne ricorrero i presupposti, perché siamo d'accordo col Paoli (p. 185) che in linea di principio una cosa già gravata da ipoteca non poteva essere data come oggetto di una garanzia ulteriore: quando, però, il primo creditore lo avesse consentito, la seconda ipoteca era valida nei limiti dell'ὄσφ πλείονος ἄξιον (cfr. Paoli 185 sgg; Hitzig 121 sgg). La mancanza di consenso del primo creditore ipotecario rendeva radicalmente nulla una seconda convenzione ipotecaria (Hitzig 122 e la tavola di Gortina X, 25 sgg.). La nullità della seconda convenzione ipotecaria era quindi determinata non dal fatto del possesso ma da una disposizione dell'ordinamento giuridico.

<sup>2</sup> Contro questa affermazione potrebbe forse essere addotto il testo dello pseudo Demostene *c. Timoth.*, § 12 (p. 1187) ἡ μὲν γὰρ οὐσία ὑπόχρεως ἦν ἅπαντα καὶ ὄροι αὐτῆς ἕστασαν καὶ ἄλλοι ἐκράτουν. Ora l'espressione καὶ ὄροι κτλ. va intesa nel senso che tutti i beni erano ipotecati ma che di questi beni parte erano in possesso di Timoteo (quegli con gli ὄροι) e parte erano già passati in possesso del creditore ipotecario.

Concludendo: il concetto comune di ipoteca – convenzione in base alla quale si predeterminano i beni che cadranno in possesso del creditore ipotecario se il debitore non sarà adempiente – resta saldo nel diritto attico anche dopo le ricerche del Paoli: il diritto reale (cioè, più esattamente il diritto a possedere la cosa ipotecata) sorge senz'altro dalla convenzione: il possesso potrà essere acquistato solo in caso di inadempienza.

§ 3. Quali gli effetti ultimi dell'ipoteca (in caso, cioè di inadempienza del debitore)? Qui lo studio del Paoli porta risultati fecondi: ma qui ancora sorge la necessità di una precisazione derivante dalla mancanza di elaborazione tecnica che il diritto attico offre all'occhio del romanista.

Come è risaputo, in ordine agli effetti dell'ipoteca attica il campo degli studiosi è diviso in due correnti: quella dell'Hitzig (81 sgg.) (sostenuta di recente dal Raape) e quella del Pappulias. Secondo l'Hitzig il creditore ipotecario, in caso di inadempienza del debitore, ha diritto di impossessarsi definitivamente della cosa ipotecata: l'ipoteca attica avrebbe avuto, secondo questa teoria, quella fisionomia di *datio in solutum* che ci appare indubbia nel diritto dei papiri (MITTEIS Grundzüge I). Secondo il Pappulias, invece, l'ipoteca attica avrebbe attribuito al creditore soltanto un *ius vendendi* lasciando al debitore il diritto alla ripetizione del plus valore (rispetto al debito) della cosa venduta (ἡ ὑπεροχή). Orbene, il Paoli dimostra – e mi pare esaurientemente – che né l'una né l'altra teoria colgono la vera fisionomia (in questo punto) dell'ipoteca: perché né può dirsi che l'ipoteca sia una *datio in solutum* che porti ad una definitiva appropriazione della cosa ipotecata da parte del creditore, né può dirsi che il creditore abbia solo un *ius vendendi* in virtù del quale egli sia costretto a vendere la cosa ed a restituire al debitore il plus valore. La critica del Paoli coglie nel segno quando mostra come siano inspiegabili con la teoria dello Hitzig i casi in cui appare la coesistenza della obbligazione principale e del possesso della cosa ipotecata da parte del creditore (p. 149 sgg.). Se ἔμβρατεύσις del creditore (atto di apprensione del possesso al momento della inadempienza) procurasse a quest'ultimo l'appropriazione definitiva della cosa ipotecata non si dovrebbe più poter parlare di vincolo obbligatorio. La *datio in solutum* estinguerebbe l'obbligazione. Invece in alcuni passi dello pseudo Demostene l'obbligazione appare ancora in vita nonostante il possesso già da lungo tempo acquistato dal creditore.

(Cfr. [DEMOSTH.], c. *Timoth.*, § 11 p. 1187 secondo la interpretazione del Paoli p. 151 n.). Non solo: da altri passi risulta che il debitore ha sempre la possibilità, pagando, di riavere i beni ipotecati e che egli continua a servirsi come mezzo di credito della cosa trovantesi già in possesso del creditore anche dopo molti anni da che ne ha perduto il possesso (Cfr. Paoli 154 sgg.).

D'altro canto questi medesimi passi rendono insostenibile la tesi del Pappulias: in questi passi, infatti, non appare nessuna traccia di vendita ed anzi questa è esclusa dal diritto che ha il debitore di riavere quando che sia, pagando, la cosa ipotecata.

Quale è, dunque, il diritto che l'ipoteca attribuisce al creditore? Dice il Paoli: quello di possedere indefinitamente la cosa ipotecata: la ὑποθήκη, come anche l'ἐνέχυρον, hanno carattere *continuativo*: cioè, essi non hanno una scadenza il cui effetto sia o la caduta della cosa in proprietà del creditore o l'autorizzazione alla vendita (p. 157). Così si spiega, dice il Paoli ib., come nelle fonti attiche un accenno alla scadenza del pegno e dell'ipoteca civile non si riscontri mai.

L'impossessamento fatto dal creditore non equivale a pagamento: si prendono in pegno i beni del debitore non *per pagarsi* ma affinché *egli paghi* (p. 159).

È vera questa tesi del Paoli? A nostro avviso essa coglie il profilo essenziale dell'ipoteca attica ed è fondata sopra testi che riproducono casi in cui il carattere di *continuità* è evidente. Ciò non esclude che resti qualche dubbio in ordine a quei casi in cui le cose ipotecate appaiono come divenute di proprietà del creditore che liberamente ne dispone (es. vendita in Amorgos di χωρία ἃ ἔχει θέμενος παρὰ κτλ. *Athen Mitteil.* I 346, Syll<sup>3</sup> 1200).

La ragione di queste dubbiezze va ricercata nella mancanza di principî sicuri nel sistema giuridico attico: la distinzione fra possesso e proprietà, specie in questo campo dei rapporti giuridici di garanzia, è grandemente incerta. Il creditore pignoratizio che è venuto in possesso della cosa se ne considera in certo modo proprietario. Tuttavia questa proprietà non ha la pienezza che noi – educati alla scuola romanistica – sogliamo dare al dominio. È una proprietà che non esclude le pretese dell'antico proprietario (debitore). È, insomma, una situazione giuridica imprecisa che mentre ripugna alla nostra mentalità giuridica usata alle chiarezze degli istituti romani, si comprende perfettamente in un mondo giuridico, come quello attico, che (a quel che pare, almeno sino ad oggi) sfugge ad una rigida sistematica di principî.

La tesi del Paoli è, dunque, vera quando esclude che nel caso della ipoteca si possa senz'altro parlare (come fa l'Hitzig) di una *datio in solutum*: ma ha bisogno di essere integrata ponendo in rilievo questo impreciso «stato di confine» tra il possesso e la proprietà in cui si trova il diritto del creditore pignoratizio.

Non possiamo però non aggiungere a questo proposito che anche il diritto romano offre, in ordine alla durata del possesso della cosa pignorata, qualcosa di analogo a quello che il Paoli chiama *continuità* del pegno; infatti, prima che divenisse usuale la concessione dello *ius vendendi*, quale era il diritto del creditore pignoratizio se non quello di *possedere* indefinitamente le cose pignorate? Ma in diritto romano il possesso ha una fisionomia propria, nettamente distinta dal dominio, e tra i due concetti non vi sono zone incerte di confine.

La tesi del Paoli, però, è nettamente contraria a quella del Pappulias: ove vi è *continuità* di possesso non può esservi vendita della cosa ipotecata e liquidazione in somma certa. Ed anche qui Paoli ha ragione: egli mette in luce chiaramente le interpretazioni errate del Pappulias e la confusione fra ipoteca di diritto commerciale ed ipoteca di diritto civile: soltanto per la prima, necessa-

riamente più evoluta e più agile della seconda, è possibile accettare la tesi del Pappulias (p. 164 sgg.).

Concludendo: l'ipoteca attica attribuisce al creditore pignoratorio il diritto di impossessarsi della cosa ipotecata in caso di inadempienza: questo possesso non rappresenta una definitiva appropriazione e non ha gli effetti di una *datio in solutum*: resta, quindi, in vita il vincolo obbligatorio in conseguenza del quale perciò il debitore, pagando, riavrà la cosa. Tuttavia il possesso del creditore pignoratorio è per molti aspetti identico alla proprietà. Questa figura imprecisa di diritto reale che sta nella zona di confine fra il possesso e la proprietà non trova posto entro le comuni caselle della dogmatica romanistica.

## II – ἀποτίμημα

Una forma speciale di ipoteca – anzi, secondo lo Hitzig p. 7, la prima manifestazione dell'ipoteca – è rappresentata dall'ἀποτίμημα, garanzia ipotecaria che ha luogo a favore del pupillo sottoposto a tutela e a favore del creditore dotale.

L'ἀποτίμημα pupillare presuppone come obbligazione principale quella derivante dalla c.d. μίσθωσις οἴκου, cioè dalla locazione del patrimonio pupillare (patrimonio mobiliare οὐσία ἀφανής Paoli 166) fatta dal tutore, con l'intervento dell'Arconte, ad un terzo (mediante asta pubblica). Il pupillo veniva garantito mediante ἀποτίμημα (ipoteca) accesa, con l'intervento dell'Arconte, sui beni del μισθούμενος. L'ἀποτίμημα dotale veniva concesso a favore del creditore dotale (costituente la dote o marito). Ora secondo la dottrina comune è pacifico che l'ἀποτίμημα sia una forma di ipoteca, in conseguenza della quale il pupillo e il creditore dotale hanno diritto, in caso di inadempienza dei rispettivi debitori, di prendere possesso delle cose date loro in garanzia (Hitzig p. 38, 41, 42).

Questa unanimità della dottrina regna anche in ordine agli effetti ultimi della ἐμβατεύσις: perché proprio per questo istituto anche il Pappulias configura, come fa lo Hitzig, la presa di possesso quale *datio in solutum*.

Orbene, anche qui – come già in ordine all'ipoteca – la ricerca del Paoli viene deviata dal principio secondo cui un diritto reale non sorge che col possesso. In base a tale principio bisognerà necessariamente intendere l'ἀποτίμημα come congiunto col possesso delle cose date in garanzia. Così egli afferma (p. 168) che il pupillo entrava subito in possesso delle cose date in ἀποτίμημα.

Ora si può domandare: ma come sarebbe stato possibile trovare un solo conduttore disposto a privarsi dei suoi beni per assumere la conduzione di un patrimonio pupillare? La tesi del Paoli urta contro questa insormontabile difficoltà pratica; e poi, dove sono i testi che lo proverebbero? Paoli cita l'orazione contro Timoteo: già, ma l'espressione ἄλλοι ἐκράτουν non va necessariamente presa nel senso che l'effettivo possesso di tutti i beni di Timoteo fosse presso i terzi: essa può intendersi nel senso che questi beni erano tutti gravati di ipoteca o di ἀποτίμημα: in conseguenza di questi gravami alcuni di questi

beni erano posseduti da altri (essendo venuta la scadenza del debito principale). Comunque, da un testo letterario impreciso, quale è quello in esame, non è possibile trarre la conoscenza di un istituto giuridico. Né può essere addotto il testo di Aristotele (Αθ. πολ., LVI) ove si dice che l'Arconte, nella μίσθωσις, τὰ ἀποτίμηματα λαμβάνει: qui λαμβάνειν può essere benissimo inteso nel senso di un prendere puramente ideale, giuridico, (= prendere garanzia) non in quello materiale di apprendere il possesso di una cosa. Per contro i numerosi ὄροι relativi appunto ad ἀποτίμημα dimostrano in modo indubbio (e il Paoli è costretto a riconoscerlo p. 191) che le cose date ad ἀποτίμημα restavano in possesso dei debitori (sino alla scadenza).

Lo stesso dicasi per l'ἀποτίμημα dotale. A proposito di questo istituto non comprendo la ragione che induce il Paoli (p. 173 sgg.) ad affermare che l'ἀποτίμημα dotale è una *datio in solutum* e non un diritto reale di garanzia (come quello pupillare). Che l'ἀποτίμημα dia luogo ad una *datio in solutum* va bene: ma questa *datio in solutum* è una conseguenza, non l'essenza, dell'ἀποτίμημα: l'essenza è sempre data dal diritto reale di garanzia: è in virtù di questo diritto reale che, in caso di inadempimento del debitore, il creditore si approprierà delle cose ipotecate. Questa appropriazione viene appunto configurata come *datio in solutum*. Quindi nell'ἀποτίμημα vanno distinti due momenti: 1) quello della costituzione dell'ἀποτίμημα (ἀποτίμησις) 2) e quello della ἐμβατεύσις, configurata come *datio in solutum*, conseguente all'inadempimento del debitore. Nel periodo che intercorre fra il primo e il secondo momento la cosa ipotecata resta in possesso del debitore.

Contro questo principio generale che domina l'ipoteca attica non dice nulla di decisivo l'orazione contro Onetore (Paoli 176-177). È vero che Demostene fonda sopra tre punti la sua difesa (Paoli 176):

1) negando che Onetore (costituente la dote, cognato di Afobo) abbia dato ad Afobo la dote della sorella (moglie di Afobo). (Quindi Onetore non può pretendere la restituzione di ciò che non ha dato e non può, perciò, impossessarsi dei beni di Afobo asserendo di averli in ἀποτίμημα);

2) negando lo scioglimento del matrimonio (ciò che sarebbe necessario per richiedere la restituzione della dote – suppostane la costituzione e la dazione antecedente);

3) negando l'esistenza di una ἀποτίμησις a favore di Onetore sui beni di Afobo.

Fermiamoci su questo ultimo punto sul quale insiste il Paoli per dedurne la prova che l'ἀποτίμησις va accompagnata immediatamente dal possesso.

La ragione per cui Demostene nega l'esistenza di una ἀποτίμησις è desunta dal fatto che il possesso della cosa si trova nelle mani del debitore. Se vi fosse stata veramente una ἀποτίμησις, il creditore si sarebbe affrettato a prendere possesso della cosa ipotecata. Quando? Ecco il punto da chiarire: Demostene non lo dice: Paoli interpreta nel senso che il quando vada riferito al momento

stesso della costituzione della ἀποτίμησις. Orbene, sta qui l'equivoco: il quando va, infatti, riferito al momento della inadempienza. Il pensiero di Demostene è questo: se è vero che Onetore è creditore dotale di Afobo e se è vero che il credito è scaduto (per scioglimento del matrimonio) ed è garantito da ἀποτίμησις, perché Onetore lascia Afobo nell'indisturbato possesso dei beni ipotecati? Non è questa una prova evidente della connivenza fra Onetore ed Afobo al fine di frodare Demostene? Il possesso, quindi, cui Demostene si riferisce è quello che deriva dall'inadempimento.

Nell'orazione contro Spudia il fatto che il creditore ipotecario non possa riscuotere i fitti della cosa ipotecata sinché l'ipoteca è in possesso del debitore si spiega pensando che solo dopo verificatasi l'inadempienza il creditore potrà, col possesso, acquistare anche il diritto ai fitti.

A mio avviso, dunque, la dottrina comune non erra quando dà dell'ἀποτίμημα pupillare e dotale una fisionomia unica.

Se, come il Paoli opina, l'ἀποτίμημα dotale fosse un modo comune di estinzione della obbligazione derivante dalla dote (*datio in solutum*) e non una *datio in solutum* fondata su un preesistente diritto reale di garanzia, rimarrebbero inspiegate tanto cose: anzitutto il nome, usato per indicare appunto una forma di garanzia reale (come è chiaro nella ἀποτίμημα pupillare) e poi, in ispecie, l'istituto degli ὄροι: se l'ἀποτίμημα dotale non è una forma di ipoteca come spiegare l'ὄρος che è dell'ipoteca l'indice inequivocabile?

Concludendo: in ordine all'ἀποτίμημα le tesi del Paoli mi sembrano inaccettabili: restano, perciò, tuttora valide quelle della dottrina comune che vede in questo istituto una forma di ipoteca a favore del pupillo e del creditore dotale.



## UN CASO DI “VADIMONIUM IUREIURANDO” NEL PAPIRO VATICANO DELLA MARMARICA\*

Una ulteriore revisione del papiro vaticano della Marmarica mi ha condotto a notare in una scritturazione della col. IV (lin. 18-22) un caso interessante di *vadimonium iureiurando* (*vadimonium Alexandriam faciendum*)<sup>1, 2</sup>.

- \* *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, vol. 1: *Diritto romano e bizantino*, a cura di Pietro Ciapessoni, Cedam, Padova 1935, pp. 443-452 (già estratto: Cedam, Padova 1933, pp. 443-452).
- <sup>1</sup> Sul *vadimonium* nei papiri cfr. WENGER, *Rechtshistorische Papyrustudien* (Graz 1902) 61 sgg.; in *Z. Sav.-St.* 33 (1912) 489 sgg.; GRADENWITZ, in *Arch.* 2 (1903) 573 sgg.; MITTEIS, *Grundz.* 35<sup>7</sup>; *Z. Sav.-St.* 32 (1911) 341; MEYER, *P. Hamb.* I, 4; *Jurist. Pap.* 294 (n. 86). Testi: P. Oxy. II 260 (= MITTEIS, *Chrest.* 74); IX 1195; XII 1456; X 1258; BGU. 891 r.; P. Lips. I 52, 53; P. Hamb. I 4 (= MEYER, *Jurist. Pap.* 86); e ora Pap. Vat. IV 18. Cfr. pure PSI. X 1128. E per il giuramento nel diritto greco-egizio, per l'epoca tolemaica cfr. E. SEIDL, *Der Eid im ptolem. Recht* (München 1929). In tutti i testi citati, però – tranne P. Oxy. II 260 e P. Vat. IV 18 – non si prospettano veri casi di *vadimonium*, cioè di *stipulatio* con cui il convenuto promette all'attore che ritornerà un certo giorno *in ius* per la conclusione della *litis contestatio*: *se certo die sisti* (Gai IV 184 *cum autem in ius vocatus fuerit adversarius neque eo die finiri potuerit negotium, vadimonium ei faciendum, id est ut promittat se certo die sisti*; red. anche D. 2, 11, 15; D. 2, 11, 10, 2; D. 2, 11, 9 pr. – 1; D. 45, 1, 81; D. 2, 10, 1, 3; cfr. LENEL, *Ed.*<sup>3</sup> 80): si tratta, invece, normalmente di promessa fatta mediante giuramento (prestato nelle mani del magistrato, di solito lo stratego) di presentarsi innanzi al tribunale di un certo magistrato cui è rimessa la decisione di una controversia: colui che giura è, normalmente, quegli che nella controversia sostiene la parte di convenuto. Solo in P. Oxy. II 260 e, come io sostengo, in Pap. Vat. IV 18 il giuramento costituisce un atto separato ed accessorio rispetto alla precedente convenzione con cui il *vadimonium* è stato prestato (da parte del convenuto): in questi due casi si può parlare – sia pure soltanto per analogia, non essendo sul terreno dell'*ordo iudiciorum* cui propriamente questi istituti appartengono (cfr. su ciò la critica del LENEL, *Ed.*<sup>3</sup> 81<sup>5</sup>, alla tesi del Wenger) – di *vadimonium iureiurando*; qui, infatti, il giuramento ha la funzione di rafforzare l'obbligo che il convenuto si è già assunto di presentarsi innanzi al tribunale del magistrato chiamato a decidere la controversia.
- a) In Oxy. IX 1195 (I sec. d.C.) il giuramento è prestato ad Ἀπολλωνίου κριτῆ, δοθέντι (*iudex pedaneus*) ὑπὸ Πετρονίου Μαιερτείνου τοῦ κρατίστου ἡγεμόνος: con tale giuramento il convenuto promette di presentarsi al giudice perché venga trattata la controversia che ha contro di lui instaurata l'attore Ἐρμαῖος Ἀπολλωνίδου.

Pap. Vat. IV lin. 18-22:

18 Μαρκου Αντωνιου και Λουκιου και Ρογατου ανθ Μαρκου Αντωνιου και Ρογατ[ου-] γρας {ε} παρα τω στρς κατανησαι επι τον λαμπροτατον ηγεμονα εν[τος] η λ και μη κατανησαν και εφιορκιας προστει εφ ω υπεγρας επανω δε[-] τωσαν το ωρισμενον και εν ημεραις λ πεμφθετωσαν των προσοδων [κατεχο]μενων

b) In Oxy. XII 1456 (III sec. d.C.) il giuramento è prestato allo stratego di Ossirinco: il convenuto (?) che lo presta promette di presentarsi innanzi al Prefetto perché venga risolta la controversia che egli ha con un comarca del nomos.

c) In Oxy. X 1258 (I sec. d.C.) il giuramento è prestato ad un πράκτορ: colui che giura promette di presentarsi innanzi allo stratego per la decisione di una controversia di natura amministrativa.

d) In BGU. 891 r. (II sec. d.C.) la convenuta giura innanzi allo stratego di partire per Alessandria e di comparire innanzi al Prefetto cui è rinviata la decisione di una controversia di natura amministrativa.

e) In P. Lips. I 52, 53.

f) In P. Hamb. I 4 il convenuto giura nelle mani del segretario dello stratego (βασιλικὸς γραμματεὺς) che andrà ad Alessandria e che si presenterà ivi innanzi al tribunale del Prefetto presso il quale è stata contro di lui intentata una lite.

In tutti questi casi, come si vede, il giuramento sostituisce il *vadimonium* del processo ordinario romano: esso ha, peraltro, una finalità pratica sostanzialmente analoga; quella di assicurare la presenza del convenuto (talvolta anche dello stesso attore come in Oxy. II 260) innanzi al tribunale del magistrato cui è rimessa la decisione della lite. Ma le differenze col *vadimonium* restano sempre radicali: quest'ultimo, infatti, è atto concluso soltanto tra le parti (*stipulatio*) e mira ad uno scopo più essenziale (pel processo) di quello cui mira il giuramento: cioè, il render possibile la *litis contestatio*. Mentre, infatti, nella procedura *extra ordinem* la mancata comparizione del convenuto (o dell'attore), nonostante il giuramento, non rende per ciò stesso impossibile la trattazione e la decisione della lite – trattazione e decisione che avverranno in contumacia dopo l'emissione dell'*edictum peremptorium* cfr. P. Hamb. I 29 (= MEYER, *Jurist. Pap.* 85); D. 5. 1, 68-73 – nell'*ordo iudiciorum* la mancata comparizione del convenuto renderebbe impossibile la conclusione della *litis contestatio* e, quindi, la instaurazione della lite. A cagione di questa differenza di struttura fra il processo ordinario e la *cognitio extra ordinem* è da dire che anche nei casi in cui, come in Oxy. II 260 e Pap. Vat. IV 18, è riconoscibile un atto fra le parti analogo al *vadimonium* (κατὰ τὰ συμφωνεθέντα), non bisogna pure dimenticare le diversità esistenti fra istituti appartenenti a forme così essenzialmente diverse di procedimento.

g) Il richiamo di PSI. X 1128 è molto istruttivo perché mostra come fosse in uso il ricorso a convenzioni private con cui le parti si obbligavano a presentarsi in un dato luogo (qui il tempio, nei papiri sopra citati Alessandria o altre località ove ha sede il tribunale del magistrato investito della controversia) per la conclusione di determinati atti giuridici (in PSI. 1128 la prestazione di un giuramento, negli altri papiri l'assoggettarsi alle esigenze ed alle conseguenze di un processo). PSI. X 1128, perciò, mentre rafforza la tesi del *vadimonium iureiurando* (con le riserve sopra fatte) relativa a P. Oxy. II 260, offre un altro argomento a favore della esistenza di un simile *vadimonium* anche in Pap. Vat. IV, 18 come noi sosteniamo.

<sup>2</sup> *Vadimonium Alexandriam faciendum* che, secondo il Wenger, che ci ha dato questa formula – op. cit. 61 sgg. – avrebbe imitato il *vadimonium Romam faciendum* del processo ordinario romano. Cfr. *Lex Rubria* c. XXI; LENEL, *Ed.*<sup>3</sup> 55. Però questa idea di imitazione è da escludere (cfr. LENEL, *Ed.* 81<sup>5</sup>) specie dopo la scoperta di PSI 1128: si tratta di una convenzione a presentarsi in un certo luogo o ad un certo tribunale, convenzione non modellata sopra istituti analoghi del diritto romano. Tuttavia la formula è espressiva ed è cosa comoda il mantenerla.

Marco Antonio, Lucio e Rogato sono in lite: di essi Marco Antonio e Rogato vengono accusati – mediante denuncia di tipo ἀξιῶ ἀχθῆναι (ο πεμφθῆναι)<sup>3</sup> inviata allo stratego forse da Lucio – di non essere comparsi innanzi al Prefetto nonostante il *vadimonium iureiurando* da essi prestato innanzi allo stratego (... Μάρκου Ἀντωνίου καὶ Ρογάτ[ου] κεχειρο]γρα(φηκότων)<sup>4</sup> παρὰ τῷ στρ(τηγῶ) κατανητῆσαι ἐπὶ τὸν λαμπρότατον ἡγεμόνα ἐν[τος] ἡμέραις λ καὶ μὴ κατανητῶσαντ(ων) ...). In conseguenza di questo *vadimonium desertum* rafforzato con *iusiurandum* è sorta negli accusati una duplice responsabilità:

a) civile, in quanto sul fondamento del *vadimonium* prestato essi sono ora obbligati a prestare la *summa vadimonii*<sup>5</sup> a colui (forse Lucio che sostiene, da quanto si può congetturare, la parte dell'attore)<sup>6</sup> a favore del quale il *vadimonium* fu prestato;

b) criminale, in quanto la mancata comparizione innanzi al Prefetto li ha fatti incorrere – come spergiuri (... καὶ ἐφιορκίας ...) – nel *crimen laesae maiestatis*<sup>7</sup>.

In conformità a ciò lo stratego emette una ὑπογραφή<sup>8</sup> (... εφ ω υπεγρα (...)) con cui ordina agli accusati:

a) di pagare la *summa vadimonii* (... <καθὼς> ἐπάνω δε[δήλωται πραχθή] τωσαν<sup>9</sup> τὸ ὄρισμένον ...);

b) di presentarsi innanzi a lui entro trenta giorni, venendo intanto sequestrate le rendite dei loro fondi, di cui si dà la descrizione catastale (... καὶ ἐν ἡμέραις λ πεμφθήτωσαν τῶν προσόδων [κατεχο]μένων)<sup>10</sup>.

La nostra interpretazione è, dunque, fondata sulla esistenza di un duplice atto giuridico:

a) *vadimonium* con cui gli accusati, a causa della incompetenza dello stratego innanzi al quale essi erano stati inizialmente chiamati, si sarebbero obbligati nei confronti della controparte (forse Lucio) a comparire innanzi al Prefetto (*vadimonium* analogo a quello menzionato nella *lex Rubria XXI*); b) un *iusiurandum* con cui questo *vadimonium* sarebbe stato rafforzato.

<sup>3</sup> Il πεμφθήτωσαν della ὑπογραφή dello stratego (lin. 21) ne è l'indice: su questo tipo di libelli cfr. in generale MITTEIS, *Grundz.* 34 e, pel nostro papiro, lo studio mio e di GALLAVOTTI in *Bull. di Ist. di dir. rom.* 39 (1931) 19 sgg.

<sup>4</sup> Secondo la integrazione proposta dal WILCKEN.

<sup>5</sup> D. 2, 5, 3; D. 45, 1, 81 pr.

<sup>6</sup> Una posizione analoga delle parti (più convenuti rispetto ad un solo attore) si trova in PSI X 1128 ove più persone si obbligano, rispetto ad un'altra, a recarsi in un tempio per prestare un giuramento.

<sup>7</sup> Cfr. MOMMSEN, *Strafrecht* 586.

<sup>8</sup> Esempi di ὑπογραφαί dello stratego nel nostro papiro ci offrono II, 16; III, 20; III, 26; IV, 18; V, 1; VI, 21; VII, 13; VII, 39; VIII, 6; VIII, 38.

<sup>9</sup> Secondo l'integrazione proposta giustamente dagli editori.

<sup>10</sup> Il sequestro delle rendite dei fondi è un atto di cui il nostro papiro ci offre esempi numerosi cfr. *Bull. cit.* 19 sgg.

Ora, in ordine alla esistenza del *iusiurandum* non può sorgere dubbio di sorta: il testo esplicitamente lo menziona. Che cosa significa infatti: ... Μάρκου Ἀντωνίου καὶ Ρογατ[ου] κεχειρο]γρα(φηκότων) παρὰ τῷ στρατηγῷ κατανηῆσαι ἐπὶ τὸν λαμπρότατον ἡγεμόνα ἐν[τὸς] ἡμέραις λ ... se non che Marco Antonio e Rogato hanno giurato (hanno fatto una χειρογραφία)<sup>11</sup> innanzi allo stratego di comparire innanzi al Prefetto?<sup>12</sup>

E ciò è tanto vero che la mancata comparizione (... καὶ μὴ κατανησάντ(ων) ...) viene considerata come causa di ἐφορκία<sup>13</sup>.

Dunque, su questo punto non può esservi dubbio, anche per la frequenza di tale *iusiurandum* nel diritto dei papiri<sup>14</sup>.

Resta da provare il primo punto, relativo al *vadimonium*: il *iusiurandum* accette davvero ad un *vadimonium* con cui i convenuti (secondo i principii del diritto romano) promisero all'attore (forse Lucio) di presentarsi innanzi al Prefetto?

Qui il testo non fornisce, come nel primo caso, elementi sicuri di ricostruzione. Gli argomenti che mi inducono a prospettare la tesi del *vadimonium* sono i seguenti:

a) il fatto che il *iusiurandum* è prestato da due<sup>15</sup> delle tre persone fra le quali la controversia aveva luogo: perché? Forse perché queste due sostenevano nel processo la parte di convenuti e l'altra (Lucio) quella di attore<sup>16</sup>: ora, siccome, secondo i principii del diritto romano (si tenga presente che le persone sono qui tutte e tre, a quanto pare dai loro nomi, romane), il *vadimonium* e il *iusiurandum*, che talvolta vi accede, viene fatto dai convenuti a favore degli attori<sup>17</sup>, è plausibile pensare che qui il *iusiurandum* è prestato appunto da quelle persone che avevano già prestato il *vadimonium*<sup>18</sup>,

b) il fatto che la ὑπογραφή) dello stratego ordina ai contumaci di fare una certa prestazione (πραχθή)τωσαν τὸ ὄρισμένον): ora, quale era il contenuto di questa prestazione ed a favore di chi essa andava fatta? Accettando la tesi del *vadimonium* la risposta appare evidente: la prestazione aveva per contenuto la *summa vadimonii* ed andava fatta a favore dell'attore al quale il *vadimonium* stesso era stato promesso.

<sup>11</sup> Cfr. per tutti P. Hamb. I 4 (= MEYER, *Jurist. Pap.* 86) lin. 1 ἀντίφραγον χειρογραφίας.

<sup>12</sup> Ricorrono qui le stesse espressioni che ricorrono in papiri analoghi: es. l'espressione κατανηῆσαι ἐπὶ τὸν λαμπρότατον ἡγεμόνα ἐντὸς ἡμέραις κτλ. ricorre quasi letteralmente in P. Hamb. I, 4 (... κατανηῆσιν εἰς Ἀλεξάνδριαν ...) e negli altri papiri citati.

<sup>13</sup> Cfr. P. Oxy. II 260 lin. 15 εὐορκουῖντι μὲν μοι εὖ εἶη, ἐφορκ[οῦ]ντι δὲ τὰ νεαντία (l. ἐναντία); così in P. Oxy. X 1258.

<sup>14</sup> Cfr. nota 1.

<sup>15</sup> Interpretando ἀνθ della l. 18 per ἀνθ' ὧν come fanno gli editori.

<sup>16</sup> Cfr. la nota 6 ove è richiamata la posizione analoga delle parti in PSI. 1128.

<sup>17</sup> Gai IV 184.

<sup>18</sup> Poiché qui la lite avviene fra cittadini romani è plausibile pensare all'applicazione di certi principii del diritto romano.

Accettando la tesi del *vadimonium*, per effetto della quale viene determinato il rapporto esistente fra le varie persone presenti nel processo (attore, convenuti), si può facilmente ricostruire anche la fase anteriore della controversia.

Come abbiamo già presupposto, la fase attuale della controversia ha avuto origine da una petizione ἀξιῶ ἀχθῆναι – notare, a prova di ciò, il πεμφοθήτωσαν della ὑπογραφή dello stratego: lin. 22<sup>19</sup> – diretta allo stratego, con la quale Marco Antonio e Rogato vengono accusati di non essersi presentati (nonostante il *vadimonium iureiurando*) innanzi al Prefetto. Orbene: chi è l'autore della petizione? Non può essere se non colui che è stato danneggiato dalla mancata comparizione degli accusati: sempre, infatti; nelle petizioni ἀξιῶ ἀχθῆναι l'autore della petizione è colui che vanta delle pretese nei confronti delle persone che egli indica allo stratego nella petizione<sup>20</sup>. Ora, nel nostro caso l'autore della petizione è Lucio a favore del quale fu prestato il *vadimonium iureiurando*. Quest'ultima fase della controversia ne suppone necessariamente una anteriore durante la quale venne appunto prestato il *vadimonium*. Come venne introdotta questa prima fase del processo e da chi venne introdotta? Accettando la tesi che proponiamo, bisogna dire che questa prima fase venne essa pure introdotta da Lucio mediante una petizione ἀξιῶ ἀχθῆναι, inviata allo stratego.

Durante questa prima fase, essendo riuscito vano l'intervento dello stratego ed essendosi, perciò, reso necessario il rinvio delle parti innanzi al Prefetto per la decisione della controversia<sup>21</sup>, hanno avuto luogo il *vadimonium* e il *iusiurandum*: Marco Antonio e Rogato hanno promesso all'attore Lucio di presentarsi innanzi al tribunale del Prefetto – forse in Alessandria – (*vadimonium Alexandriam faciendum*)<sup>22</sup>, ed hanno rafforzato questo *vadimonium* mediante *iusiurandum* (χειρογραφία) prestato nelle forme solite nelle mani dello stratego<sup>23</sup> (κεχειρο[γρα]φηκότων] παρὰ τῷ στρατηγῷ ...).

Ora, non essendosi i convenuti presentati innanzi al Prefetto ed essendo, quindi, andato *desertum* il *vadimonium*, l'attore si affretta ad inviare allo stratego una nuova petizione (di tipo ἀξιῶ ἀχθῆναι) – quella cui si riferisce la scritturazione di Pap. Vat. IV, lin. 18-22 in esame – con la quale, denunciando la mancata comparizione dei convenuti, prospetta la duplice responsabilità (civile e criminale), cui i convenuti sono incorsi per effetto del *vadimonium desertum* e chiede i provvedimenti necessari. Sopra questa petizione si fonda la correlativa ὑπογραφή dello stratego (II. 21-22) con cui, come si è visto, si ordina

<sup>19</sup> Vedi nota 3.

<sup>20</sup> ΜΙΤΤΕΙΣ, *Grundz.* 34

<sup>21</sup> ΜΙΤΤΕΙΣ, *Grundz.* 35

<sup>22</sup> Vedi nota 2.

<sup>23</sup> Anche allo stratego viene prestato il giuramento in P. Oxy. XII 1456; BGU. 891 r.; P. Hamb. I 4.

ai convenuti di prestare la *summa vadimonii* e di presentarsi entro 30 giorni innanzi allo stratego (venendo intanto sequestrate le rendite)<sup>24</sup>.

Riassumendo: la scritturazione IV 18-22 del papiro vaticano della Marmarica deriva da una petizione di tipo ἀξιῶ ἀχθῆναι con cui l'attore denuncia allo stratego la mancata comparizione dei convenuti dinanzi al Prefetto. Questa mancata comparizione ha reso *desertum* il *vadimonium iureiurando* che i convenuti stessi avevano prestato (allo stratego) nella fase anteriore del processo svolta innanzi allo stratego. E questa prima fase, chiusasi con il rinvio delle parti al Prefetto, era stata essa pure introdotta con una petizione di tipo ἀξιῶ ἀχθῆναι.

Firenze, aprile 1933.

<sup>24</sup> La nostra tesi, secondo cui il testo in esame offre un esempio di *vadimonium iureiurando* – seppure rimasto *desertum* – richiama necessariamente alla mente il bell'esempio di *vadimonium iureiurando* contenuto in P. Oxy. II 260

- 1 Ἀντίγρα(φον)  
Ἀντιφάνης Ἀμμωνίου [τ]ῶν ἀπ' Ὀξυρύχ(ων)  
πόλεως τοῖς παρὰ Τιβερίου Κλαδί[ο]υ  
Ἀμμωνίου στρατηγῶ καὶ ἐπὶ τῶν προσόδω(v)  
5 τοῦ Ὀξυρυκεῖτου. Ὀμνύω Νέρωνα Κλαύδιον  
Καίσαρα Σεβα[τὸν Γε]ρμανικὸν Αὐτοκράτορα  
εἰ (l. ἦ) μὴν κα[τ]ὰ [τὰ] συ[μ]φωνηθέντα ἐμοὶ  
κα[ὶ] Ἀντ[ι]φ[ά]νει Ἡρακλᾶτος ἐξ ἧς ἐποησά-  
με[θα] πρὸς[ς] ἑαυτοῦς ἐπὶ τοῦ στρατηγῶ  
10 Τιβερίου Κλ[αν]δ[ίου] Ἀμμωνίου ἀντικαταστάσε-  
ως ἔσασθα[ι] ἐμ[φ]ανῆ τῷ Σαραπίωνος  
ἀρχιδικαστοῦ [β]ήματι ἐπ' Ἀλεξανδρείας  
ἕως τριακάδος τοῦ ἐνεστώτος μηνός  
Ἐπεὶφ, καὶ προσκαρτερήσιν μέχρι οὗ  
15 ἃ ἔχωμεν πρὸς ἑαυτοῦς ἐγ[β]ιβασθῆι.  
εὐορκοῦντι μὲν μοι εὖ εἴη, ἐφορκ[οῦ]ντι δὲ  
τα νεαντία (l. ενεαντία). κτλ.

Il *vadimonium* e il *iusiurandum* sono qui nettamente distinti e ne è pure nettamente indicata l'accessione dell'uno all'altro: le parti hanno, innanzi allo stratego, concluso prima il *vadimonium* (... κατὰ τὰ συμφωνηθέντα ἐμοὶ καὶ Ἀντιφάνει ...) e questo *vadimonium* hanno poscia – ambedue – rafforzato con un *iusiurandum* indirizzato allo stratego (... Ὀμνύω ... ἔσασθαί ἐμφανεῖ τῷ Σαραπίωνος ἀρχιδικαστοῦ βήματι ...).

P. Oxy. II 260, perciò, e Pap. Vat. IV 18 si integrano: perché mentre P. Oxy. II 260 ci mostra quello che avviene innanzi allo stratego per la costituzione del *vadimonium* e del *iusiurandum*, Pap. Vat. IV 18 ci mostra le conseguenze del *vadimonium desertum*.

1934



## IL DIRITTO NATURALE NELLA CONCEZIONE DI S. TOMMASO D'AQUINO\*

### I.

#### NORME DI DIRITTO POSITIVO E NORME DI DIRITTO NATURALE

La dottrina del «diritto naturale» che sembrava dovesse ormai esulare dal mondo giuridico vi rientra a grandi passi obbligando così i giuristi a porsi problemi ai quali da lungo tempo non erano più abituati<sup>1</sup>.

Messo a fondamento della scienza giuridica il concetto di diritto obbiettivo inteso come *norma agendi* (cfr.: S. TOMMASO, I-II<sup>ae</sup>, 93, 5: «principium agen-

\* «Indirizzi e conquiste della filosofia neoscolastica italiana» (a cura dell'Università Cattolica del Sacro Cuore), supplemento speciale a «Rivista di filosofia neoscolastica», XXVI, 1934, pp. 193-206 (anche estratto: Vita e pensiero, Milano 1934, pp. 3-15).

<sup>1</sup> Cfr. per tutti: OLGIATI, *Diritto naturale*, Milano, 1932, e *Le problème du Droit naturel*, in: «Archives de Philosophie du droit», 1933, pag. 251 segg. Olgiate distingue giustamente tre angoli visuali nello studio del diritto 1) filosofico; 2) storico; 3) scientifico; da questo l'esistenza di tre diverse discipline: 1) la filosofia del diritto; 2) la storia del diritto; 3) la scienza giuridica. Queste discipline si ignoreranno a vicenda? Il giurista lavorerà come se non esistesse il filosofo e lo storico? Il filosofo come se non esistesse il giurista e lo storico? O, invece, la distinzione non è separazione, ma anzi strumento di più feconda unificazione? Ora il problema del diritto naturale interessa immediatamente il filosofo del diritto e mediamente il giurista e lo storico del diritto. Quando il giurista ha studiato il tecnicismo della norma non può esimersi dal rispondere a questa domanda: che rapporto c'è fra questa norma posta dalla «civitas» e l'uomo in vista del quale essa è posta? La ricerca scientifica, cioè, non esaurisce senza residui la conoscenza della norma; e di questi «residui» – che sono poi il contenuto sostanziale della norma – lo scienziato non può ignorare l'esistenza. Ora la dottrina del diritto naturale ha appunto la funzione di valutare l'intrinseca portata della norma giuridica e di stabilire così rapporti legittimi fra filosofia del diritto e scienza giuridica. Rapporti, cotesti, non nuovi nella storia del pensiero: perché essi erano stati già nettamente posti dai grandi fondatori della scienza giuridica: i giureconsulti romani. Cfr.: ULPIANUS in D. 1, 1, 1, § 2; GAIUS, I, 1; e soprattutto la elaborazione dei rapporti fra «ius naturale» e «ius positivum» fatta da CICERONE (sotto l'ispirazione di modelli greci) in: *De Legibus*, I, 6, 18; I, 12, 33; I, 15, 42; II, 4, 8; II, 4, 10, ecc.

di») posta dall'ordinamento giuridico (concetto cui si adatta perfettamente la definizione che S. Tommaso dà della *lex*; «*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui habet curam communitatis promulgata*»; *S. Th.*, I-II<sup>ae</sup>, 90, 4), sorge necessariamente il problema: che rapporto c'è fra cotesta «norma agendi» posta dall'ordinamento giuridico (dalla società giuridicamente organizzata) e la norma di diritto naturale posta, invece, per definizione, dalla natura stessa dell'uomo («*quasi lumen rationis naturalis, quo discernimus quid sit bonum et quid sit malum*». *S. THOM.*, *S. Th.*, I-II<sup>ae</sup>, 91, 2; 1. 78, 12; 1. 79, 12 ad 3m; I-II<sup>ae</sup>, 91, 2, etc.)?

La soluzione di questo problema suppone la soluzione di un altro che è preliminare: cosa è, cioè, questa norma di diritto naturale? Quale ne è la genesi e lo sviluppo? Proprio per la soluzione di questi problemi, che non possono più essere trascurati, il giurista riprenderà nuovamente contatto con quei problemi massimi della vita che concernono il destino dell'uomo ed i rapporti con Dio.

#### FONTI INTIME DELLA NORMA NATURALE

Anche il giurista sarà costretto a gettare lo sguardo nell'interno dell'uomo – in quelle radici più profonde dalle quali si generano gli atti primi della mente – ed a collegare per questa via la sua scienza a quell'unica che legittima ogni attività della mente, la conoscenza di Dio.

Quando si dice *norma agendi* (o *lex agendi*) si dice regola posta dalla ragione («*quaedam ordinatio rationis*», I-II<sup>ae</sup>, 90, 4; 90, 1); ora questa norma è naturalis quando è posta necessariamente dalla stessa costituzione intrinseca della mente («*omnis operatio rationis et voluntatis derivatur in nobis ab eo quod est secundum naturam*»; I-II<sup>ae</sup>, 91, 2 ad 2m; «*Illud dicitur esse naturale rei quod convenit ei secundum suam substantiam, et hoc est quod per se inest rei*», I-II<sup>ae</sup>, 10, 1).

Da qui la determinazione del nostro campo di indagine: l'intrinseca costituzione della mente. La scienza del diritto naturale non potrà conquistare i suoi principî e non potrà pienamente conoscere il suo oggetto senza aver prima condotto la ricerca in quelle più intime radici della mente dalle quali, come da germi primi, sorgono gli atti fondamentali del pensiero e del volere.

Ecco davanti a noi un uomo: egli pensa, vuole, agisce. Questo complesso di atti che egli compie pensando, volendo ed agendo, sono atti privi di reciproco coordinamento? O in questa attività di pensiero, di volontà e di azione è possibile scorgere alcune leggi fondamentali cui inconsapevolmente, spesso, ma necessariamente, si obbedisce? Spingendo l'osservazione ai primi impulsi dell'intelligenza e della volontà è possibile scorgere una orientazione fondamentale naturale che tutti gli atti della mente e del volere necessariamente dirige verso un unico fine?

## II.

## LA RADICE DELL'INTELLIGENZA

La risposta è positiva: alla radice della vita dell'intelligenza e della volontà vi è una orientazione naturale che dirige necessariamente verso un fine unico gli atti del pensiero e del volere (I-II<sup>ac</sup>, 10, 1). Vi sono nella mente alcuni germi fondamentali, assolutamente primi, di pensiero e di volere i quali imprimono a tutta l'attività intellettuale (di pensiero e di volontà) una orientazione che non può essere modificata dalla libertà di elezione («*finis non cadit sub electione*»; I-II<sup>ac</sup>, 13, 3). Sopra l'esistenza di questi germi intellettuali è fondata tutta la dottrina «de magistro» esposta da S. Tommaso nella *Summa* (I, 117, 1). Al problema, – come il maestro causa la scienza nel discepolo –, S. Tommaso risponde con Aristotele: «*docens causat scientiam in addiscente reducendo ipsum de potentia in actum*» (I, 117, 1), cioè eccitando, muovendo per mezzo di strumenti estrinseci, il meccanismo interiore del discente; il maestro non può che cooperare dall'esterno allo sviluppo intrinseco della vita intellettuale dello scolaro; la causa principale di questo sviluppo è interiore; senza l'azione di questa causa ogni insegnamento sarebbe vano. Dice S. Tommaso: il maestro non è per lo scolaro fonte intrinseca di luce; egli soltanto «*movet discipulum per suam doctrinam ad hoc quod ipse per virtutem sui intellectus formet intelligibiles conceptiones quarum sibi signa proponit exterius*» (I, 117, 1 ad 3m).

L'acquisto del sapere, dice S. Tommaso, è frutto di due cause, una principale (intrinseca) ed una secondaria (esterna); avviene qui quello che avviene per la guarigione di un malato: la guarigione, pure aiutata dall'azione esterna del medico, ha la sua causa nella natura stessa intrinseca del malato («... *principium exterius, scilicet ars medica, non operatur sicut principale agens, sed sicut coadiuvans agens principale, quod est principium interius...*»; *ibid.*). Ecco perché la guarigione può aver luogo anche senza medico, come può acquistarsi la scienza anche senza maestro («*scientia enim acquiritur in homine ab interiori principio, ut patet in eo qui per inventionem propriam scientiam acquirit*»). E l'acquisto di questa scienza per effetto della propria industria è dovuto appunto a ciò che «*inest unicuique homini quoddam principium scientiae, scilicet lumen intellectus agentis, per quod cognoscuntur statim a principio naturaliter quaedam universalia principia omnium scientiarum*».

Dunque, mediante questa luce naturale dell'intelletto («*intellectus agens*»), la mente conosce «*naturaliter*» – immediatamente – alcuni principî fondamentali ed universali relativi ad ogni scienza; allorché poi pel tramite dei sensi viene a contatto di cose particolari la mente applica naturalmente questi principî universali alle cose di cui ha esperienza e viene così ad arricchirsi di nuova scienza («*cum autem aliquis hujusmodi universalia principia, applicat ad aliqua parti-*

cularia, quorum memoriam et experimentum per sensum accipit, per inventionem propriam acquirit scientiam eorum quae nesciebat, ex notis ad ignota procedens»; *ibid.*).

Alla radice, dunque, dell'intelligenza vi è una certa luce e vi sono certi germi intellettuali che condizionano tutto lo sviluppo dell'intelligenza dando ad esso un orientamento determinato.

#### LA RADICE DELLA VOLONTÀ

Quanto si è detto per l'intelligenza va ripetuto per la volontà: alla radice della vita volitiva vi è una inclinazione fondamentale che potremmo chiamare la luce primitiva ed orientatrice della volontà («lumen rationis naturalis... impressio divini luminis in nobis», I-II<sup>ae</sup>, 91, 2) e vi sono certi germi volitivi, principî primi direttivi dell'azione, che, – nonostante la libertà di arbitrio – condizionano tutto lo sviluppo della volontà dando ad esso un insopprimibile e necessario orientamento (I-II<sup>ae</sup>, 9, 4; 6; I-II<sup>ae</sup>, 10, 1; I-II<sup>ae</sup>, 13, 3; I-II<sup>ae</sup>, 94, 2).

Educare la volontà significa muovere, eccitandolo, questo meccanismo interiore del volere che deriva i suoi sviluppi dalla fecondazione dei suoi germi primi.

Sviluppo dell'intelligenza e sviluppo della volontà, sviluppo della mente, in una parola, sono processi vitali che avvengono nell'interno dell'uomo partendo da certi germi fondamentali e tendendo verso fini in tali germi, allo stato potenziale, immanenti.

Dobbiamo appunto analizzare questi processi di sviluppo dell'intelligenza e del volere.

#### IL MOTO INTELLETTUALE

L'attività intellettuale può considerarsi un vero moto: «ad cognitionem veritatis perfectam venire non possunt animae humanae nisi per quendam motum» (*De verit.*, XV, 1); «terminus enuntiatio, syllogismus, scientia» (S. Th., *Summa totius logicae*, proemium) tante tappe di questo processo intellettuale: prima il concetto, poscia l'unione del predicato col soggetto (giudizio), poscia la generazione di nuovi giudizi dal ravvicinamento e dal concatenamento di giudizi anteriori (ragionamento) e infine il legame unitario di più ragionamenti che ci dà il sistema. In questo processo conoscitivo sempre più amplificantesi viene portato, per dir così, a maturazione un germe (il concetto di essere) nel quale in potenza si contiene tutta la scienza possibile; o, per essere più esatti, può dirsi che questo processo conoscitivo è un movimento che ha alcuni punti immobili dai quali necessariamente si inizia ed un termine al quale necessariamente perviene.

## I PUNTI IMMOBILI DEL MOTO INTELLETTUALE

Quali sono questi punti immobili, questi germi primi, dai quali si inizia il moto dell'intelligenza?

«Homines ad intelligibilem veritatem cognoscendam perveniunt procedendo de uno ad aliud» (I, 79, 8). Ora questo «processus rationis» è un vero «motus» («ratiocinari comparatum ad intelligere sicut moveri ad quiescere»; *Ibid. De verit.*, XV, 1); «et quia motus semper ab immobili procedit, et ad aliquid quietum terminatur, inde est quod ratiocinatio humana secundum viam inquisitionis vel inventionis procedit a quibusdam simpliciter intellectis, quae sunt prima principia» (I, 79, 8).

Il moto della ragione – perciò la radice della intelligenza c.d. discorsiva – prende inizio dai primi principî che costituiscono i punti immobili – i motori immobili, per dir così – di questo *movimento* dell'intelligenza: «ratiocinatio hominis, cum sit quidam motus, progreditur ab intellectu aliquorum absque investigatione rationis, sicut a quodam principio immobili» (I, 79, 12).

## LO SVILUPPO DEL MOTO INTELLETTUALE

Abbiamo detto che la vita dell'intelligenza si esprime in tre operazioni fondamentali: formazione del concetto, formazione del giudizio, mediante l'unificazione di due concetti diversi (soggetto e predicato) (I, 14, 14), formazione del ragionamento, mediante l'unificazione di tre giudizi diversi (sillogismo). Gli atti fondamentali dell'intelligenza sono propriamente i primi due; in conseguenza di essi è reso possibile il terzo. Ciò che è veramente moto dell'intelligenza è appunto il ragionamento («ratiocinatio est quidam motus»; I, 79, 12): perché ogni ragionamento si inizia da un certo giudizio che funge da punto di partenza – principio immobile – di tale ragionamento.

Orbene, tutti i possibili ragionamenti e, quindi, tutti i possibili giudizi dai quali essi si iniziano, si risolvono in alcuni giudizi fondamentali, assolutamente primi, che la mente umana, perché tale, necessariamente ed immediatamente formula e conosce («cognoscere prima intelligibilia est actio consequens speciem humanam»; I, 79, 5 ad 3m).

Il concatenamento dei giudizi – dai primi ai più lontani – è perfettamente corrispondente al concatenamento delle cause efficienti («principia sunt quodammodo causa efficiens conclusionis»; *Contra Gent.*, I, 57, 5): ora come il concatenamento delle cause efficienti conduce necessariamente, risalendo la scala delle cause, sino ad una causa «efficiens sui ipsius» (I, 2, 3), così il concatenamento dei giudizi conduce necessariamente, risalendo la gerarchia di tali giudizi, sino ad un principio primo «efficiens sui ipsius», non ricavabile cioè per ragionamento, ma principio immobile generatore di tutti i ragionamenti possibili. «Ratiocinatio humana... rursus in via iudicii resolvendo redit ad prima principia» (I, 79, 8).

## «RATIONES SEMINALES»

L'immagine del seme esprime perfettamente la funzione che questi primi principî hanno nella vita dell'intelligenza. Tutti gli sviluppi della pianta e tutte le sue intrinseche inclinazioni ed i suoi atti vitali dove trovano la loro origine prima? Nel seme che virtualmente tutti questi atti vitali e queste inclinazioni intrinseche e questi sviluppi in sé contiene. Se ci fosse possibile esaminare il concatenamento delle cause efficienti attraverso le quali si sviluppa la vita del seme, noi giungeremmo a certi primi moti vitali oltre i quali non è possibile procedere e nei quali è contenuta in potenza la pienezza degli sviluppi più lontani.

Così avviene nella vita intellettuale. Dice S. Tommaso: «*Praexistunt in nobis quaedam scientiarum semina scilicet primae conceptiones intellectus, quae statim lumine intellectus agentis cognoscuntur per species a sensibilibus abstractas, sive sint complexa ut dignitates (primi principî), sive sint incomplexa (concreti primi) sicut ratio entis, et unius et huiusmodi, quae statim intellectus apprehendit. Ex istis autem principiis universalibus omnia principia sequuntur, sicut ex quibusdam rationibus seminalibus*» (*De veritate*, XI, 1).

Il parallelismo col seme è pieno: perché S. Tommaso paragona questi semi intellettuali alle *formae naturales* «*quae praexistunt*» in materia di «*potentia*» (*Ibid.*).

Ecco perché può dirsi con verità che in ogni uomo c'è in potenza tutta la scienza possibile: poiché «*tota scientia virtute continetur in principis*» (I, 1, 7) è evidente che in ogni intelletto vi è *omnis scientia originaliter indita* (*De verit.*, X, 6): «*inest unicuique homini – dice S. Tommaso – quoddam principium scientiae, scilicet lumen intellectus agentis, per quod cognoscuntur statim a principio naturaliter quaedam universalis principia omnium scientiarum*» (I, 117, 1).

Questa conoscenza immediata – nella luce dell'evidenza – che l'intelletto umano ha dei primi principî del sapere viene da S. Tommaso considerata come il punto supremo in cui l'intelligenza umana attinge, quanto al modo di conoscere «*sine inquisitione*», per intuizione, l'intelligenza angelica.

«*Natura autem animae humanae est infra angelicam, si consideremus naturalem modum cognoscendi utriusque (conoscere intuitivo proprio dell'angelo, conoscere discorsivo proprio dell'uomo)... unde et in natura humana, in quantum attingit angelicam, oportet esse cognitionem veritatis sine inquisitione et in speculativis et in practicis: et hanc quidem cognitionem oportet esse principium totius cognitionis sequentis, sive speculativae sive practicae, cum principia oporteat esse stabiliora et certiora, etc.*» (*De veritate*, XVI, 1).

Sopra questo immobile fondamento dei primi principî ai quali l'intelletto «*ex necessitate inhaeret*» (I, 82, 1; I, 82, 2) si edifica tutto il sapere umano: la cui certezza, perciò, poggia sopra questa conoscenza immediata ed infallibile dei primi veri, sotto l'azione di una luce intrinseca (intelletto agente) che da Dio stesso deriva («*quod aliquid per certitudinem sciatur, est ex lumine rationis, divinitus interius indito, quo in nobis loquitur Deus*»; *De verit.*, 2, 1).

## I PRIMI PRINCIPI DEL RAGIONAMENTO

Quali sono questi principî primi dell'intelligenza e quale ne è il rapporto reciproco e la fonte comune?

Sono varî: es. il principio di causalità (ogni effetto suppone una causa); il principio di identità; il principio di contraddizione; il principio del terzo escluso, ecc. (I-II<sup>ae</sup>, 94, 2); ma anche in questi principî primi c'è un nesso di causalità che li riconduce tutti ad un principio fondamentale unico: quello di contraddizione che è fondato immediatamente «supra rationem entis et non entis»; sopra questo principio «omnia alia fundantur» (I-II<sup>ae</sup>, 94, 2). Dice S. Tommaso più esplicitamente altrove (II-II<sup>ae</sup>, 1, 7); «in principiis per se notis... ordo quidam invenitur, ut quaedam in aliis implicite contineantur: sicut omnia principia reducuntur ad hoc sicut ad primum: *impossibile est simul affirmare et negare*».

Il primato di tale principio è fondato sul primato dei termini che lo enunziano (essere, non essere): «ea ratione primum est, quia termini eius sunt ens et non ens, qui primo in consideratione intellectus cadunt» (XI *Metaph.*, lect. V).

## LA FONTE PRIMA DEL SAPERE (CONCETTO D'ESSERE)

Così viene anche risolto il problema della fonte primissima (per dir così) della vita intellettuale.

I giudizi primi – compreso il principio di contraddizione – sono i punti di partenza del ragionamento: non costituiscono, perciò, il «primum» assoluto nella attività intellettuale; un giudizio suppone due termini, quindi due concetti, tra i quali è affermata l'esistenza di un certo rapporto; orbene, quale è il concetto assoluto primo che costituisce la radice ultima del sapere, e, quindi, la fonte unica dell'intelligenza? Il concetto di essere.

«Ens est primum quod cadit in apprehensione intellectus» (*De verit.*, XI, I, ad 3): «Illud quod primo cadit in apprehensione est ens, cuius intellectus includitur in omnibus, quaecumque quis apprehendit» (I-II<sup>ae</sup>, 94, 2); «Illud autem quod primo intellectus concipit quasi notissimum et in quo omnes conceptiones resolvit est ens» (*De verit.*, I, 1); «unde oportet quod aliae conceptiones intellectus accipiantur ex additione ad ens» (*Ibid.*).

Ad indicare questo assoluto primato del concetto di essere nella vita intellettuale valgono queste parole di Rosmini (*Nuovo saggio*, II, sez. V, p. I, art. 5, n. 411): «Pigliate qualunque oggetto vi piaccia, cavate da lui coll'astrazione le sue qualità proprie, poi rimuovete ancora le qualità meno comuni, e via via le meno comuni ancora: nella fine di tutta questa operazione, ciò che vi rimarrà per ultima qualità di tutte sarà l'esistenza: e voi per essa potrete ancora pensare qualche cosa, penserete un ente, sebbene sospenderete il pensiero dal suo modo di esistere. Questo vostro pensiero non avrà più per oggetto che un ente perfettamente indeterminato, perfettamente incognito nelle qualità sue, una x,

ma questa sarà ancora qualche cosa, perché l'esistenza, sebbene indeterminata, vi rimane».

Perciò il vero punto immobile – motore immobile – del moto intellettuale è il concetto indeterminato di essere: da questo concetto, per la mediazione dei principi primi sopra il concetto di essere fondati, l'intelligenza umana sviluppa il suo movimento che ha come termine la conoscenza sempre più amplificata dell'essere creato e che si ferma – per dir così – alla soglia dell'Essere in-creato dal quale ogni essere deriva.

#### PUNTO DI PARTENZA O SVILUPPO, PUNTO D'ARRIVO DEL MOTO INTELLETTUALE

Concetto di essere, primi principî che enunziano le fondamentali relazioni dell'essere, scienza derivata dal collegamento sempre progrediente di questi principî e conducente ad una conoscenza sempre più larga dell'essere: ecco la traiettoria che descrive il pensiero umano, dal suo primo moto sino al suo ultimo termine: parte dell'essere, si sviluppa con l'essere, termina nella fonte di ogni essere: Dio.

### III.

#### INTELLETTO (PRATICO) E VOLONTÀ

Ma l'uomo non pensa solamente: egli vuole, e in conseguenza, agisce. Il pensiero, quindi, non esaurisce la sua funzione nella conoscenza dell'essere, ma esercita ulteriormente una funzione orientatrice della volontà e dell'azione.

«Intellectus practicus (cioè il pensiero in quanto esercita la funzione orientatrice dell'azione) dicitur qui hoc quod apprehendit ordinat ad opus» (I, 79, 11); «Intellectus practicus est motivus, non quasi exsequens motum sed quasi dirigens ad motum» (I, 79, 11 ad 1m); «Intellectus practicus... veritatem cognitam ordinat ad opus» (I, 79, 11 ad 3m).

La vita umana nel suo complesso può essere paragonata ad un'opera di edificazione – una casa che va edificata, come dice Nostro Signore –; ora, come per costruire una casa è necessario che «similitudo domus praeexistat in mente aedificatoris», che cioè l'artefice abbia la idea della casa e perciò intenda «domum assimilare formae quam mente concepit» (I, 15, 1), così è necessario che preesista nella mente dell'uomo una certa *forma* sul cui modello la vita venga svolta.

C'è qui ancora analogia tra la vita divina e quella umana; come alla creazione, in Dio, presiede un «principium factionis rerum» esemplare della creazione – l'idea – (I, 15, 3), così alla vita pratica dell'uomo presiede un «principium factionis» che ha sede nell'intelletto – è principio razionale, «aliquid rationis» (I-II<sup>ae</sup>, 91, 2) – e che serve a dirigere il moto totale della vita (volontà, azione).

## L'INCLINAZIONE NATURALE DEL VOLERE

Sorge qui un problema: come può dirsi che il moto della volontà (epper-  
ciò dell'azione) sia diretto dalla mente se è vero che questo moto ha il suo pri-  
mo germe in una inclinazione naturale che lo spinge *necessariamente* verso un  
fine determinato (l'ultimo fine)? Infatti, in quanto l'uomo, come tutte le al-  
tre cose, è soggetto al governo divino – e, quindi, alla «lex aeterna» secondo la  
quale Dio dirige tutte le cose al loro fine proprio e, con ciò stesso, al fine ulti-  
mo (I-II<sup>ae</sup>, 91, 1; I-II<sup>ae</sup>, 1, 8; 1, 44, 4); – consegue che anche l'uomo, come le  
altre cose, riceva dalla «lex aeterna» (da Dio) una certa impressione che pone  
così nell'uomo come nelle altre cose un'inclinazione naturale, necessaria, al pro-  
prio fine («cum omnia quae divinae providentiae subduntur a lege aeterna re-  
gulantur et mensurantur... manifestum est quod omnia participant aliquali-  
ter legem aeternam, in quantum scilicet ex impressione eius habent inclinatio-  
nes in proprios actus et fines... unde et in ipsa (in creatura rationale) partici-  
patur ratio aeterna per quam habet naturalem inclinationem ad debitum ac-  
tum et finem» (I-II<sup>ae</sup>, 91, 2).

Dice S. Tommaso a proposito della «beatitudo» che costituisce il fine della  
volontà umana: «naturaliter et ex necessitate voluntas in illud (bonum beatitu-  
dinis) tendit» (I-II<sup>ae</sup>, 5, 8 ad 2m). Cfr.: I-II<sup>ae</sup>, 1, 5; I-II<sup>ae</sup>, 10, 1; I-II<sup>ae</sup>, 13, 3, ecc.)

## INCLINAZIONE NATURALE E LUCE INTELLETTUALE

La soluzione di questo apparente contrasto – necessità naturale, intrinseca,  
di orientazione del volere verso il fine suo proprio, luce orientatrice dell'intel-  
letto sulla volontà – va ricercata in ciò: nel fatto che questa necessità naturale è  
appunto illuminata dalla luce razionale, avviene, cioè, in un essere intelligente  
che di questa necessità ha intrinseca consapevolezza. È questa la differenza che  
intercorre fra la «participatio legis aeternae» delle creature irrazionali e quella  
delle creature razionali: queste ultime, diversamente dalle prime, partecipano  
della legge eterna *intellectualiter et rationaliter*; invece «in creatura irrationali lex  
aeterna non participatur rationaliter» (I-II<sup>ae</sup>, 91, 2 ad 3m).

Si legge ancora S. Tommaso, I-II<sup>ae</sup>, 93, 6:

«Dicendum est quod duplex est modus quo aliquid subditur legi aeter-  
nae... 1) uno modo in quantum participatur lex aeterna per modum cognitio-  
nis; 2) alio modo per modum actionis et passionis, in quantum participatur per  
modum interioris principii motivi. Et hoc secundo modo subduntur legi ae-  
ternae irrationales creaturae. Sed quia rationalis natura cum eo quod est com-  
mune omnibus creaturis habet aliquid sibi proprium, in quantum est rationalis,  
ideo *secundum utrumque modum legi aeternae subditur*: quia et notionem legis  
aeternae aliquo modo habet et iterum unicuique rationali creaturae inest natu-  
ralis inclinatio ad id quod est consonum legi aeternae».

Ecco, dunque, la condizione dell'uomo: è necessariamente inclinato, come tutte le cose, verso la direzione che a lui imprime la «lex aeterna» («Deus imprimi toti naturae principia propriorum actuum»; I-II<sup>ae</sup>, 93, 5); e tuttavia cotesta inclinazione si svolge, per dir così, in una zona di luce intellettuale. C'è nell'uomo come una irradiazione di luce razionale che gli permette in certo modo la conoscenza della «lex aeterna». «Omnis creatura rationalis ipsam (legem aeternam) cognoscit secundum aliquam eius irradiationem... omnis enim cognitio veritatis et quaedam irradiatio et participatio legis aeternae» (I-II<sup>ae</sup>, 93, 2).

Appunto perché questa inclinazione ha luogo sotto l'azione della luce intellettuale è possibile cogliere nella mente alcuni principî fondamentali, naturali, dell'operare umano: questi principî sono, per dir così, la traduzione in termini concettuali della intrinseca inclinazione del volere.

L'azione umana, perciò, non è generata nella zona cieca della inclinazione irrazionale: è, invece, il frutto di due forze concorrenti e parallele: una forza intima, volitiva, che inclina l'uomo alla produzione dell'azione: una luce intellettuale che illumina cotesta inclinazione e che trasforma in libera l'azione pure fondamentalmente necessitata (I-II<sup>ae</sup>, 93, 6).

L'analisi di qualunque azione, anche di quelle manifestamente immorali, non può non rivelare questa potente convergenza di forze che prendono inizio dalla radice stessa dell'animo. Come la vita dell'intelligenza è un movimento e come una traiettoria che va necessariamente dall'essere all'essere, così la vita della volontà e dell'azione è un movimento e come una traiettoria che, come vedremo, va necessariamente – nonostante la libertà di arbitrio – dal bene al bene. L'uomo può deviare solo alla superficie, per dir così, ed in apparenza questo moto profondo della volontà che tende necessariamente al suo ultimo fine, «voluntas ex necessitate inhaeret ultimo fini» (I, 82, 1); queste deviazioni provvisorie, queste soste illegittime ai fini parziali, non sopprimono la orientazione necessariamente cogente verso il fine ultimo (I-II<sup>ae</sup>, 13, 3; I-II<sup>ae</sup>, 91, 2 ad 2m; I-II<sup>ae</sup>, 10, 1).

#### I PUNTI IMMOBILI DEL MOTO VOLITIVO

La mente umana, dunque, oltre a possedere alcuni principî fondamentali orientatori di tutta l'attività intellettuale ne possiede altri orientatori di tutta l'attività pratica.

Sentiamo S. Tommaso:

«Oportet naturaliter nobis esse indita sicut principia speculabilium ita et principia operabilium (1, 79, 12); sicut autem animae humanae est quidam habitus naturalis quo principia speculativarum scientiarum cognoscit, quem vocamus intellectus principiorum, ita et in ipsa est quidam habitus naturalis primorum principiorum operabilium, quae sunt naturalia principia iuris naturalis» (*De verit.*, XVI, 1; cfr. XVI, 2; XVII, 2); «et ideo sicut ex parte rationis speculativae... inest nobis cognitio quorundam communium principio-

rum... ita etiam ex parte rationis practicae naturaliter homo participat legem aeternam secundum quaedam communia principia» (I-II<sup>ae</sup>, 91, 3 ad 1m); «similis autem processus esse invenitur rationis practicae et speculativae: utraque enim ex quibusdam principiis ad quosdam conclusiones procedit. Secundum hoc ergo dicendum est quod sicut in ratione speculativa ex principiis indemonstrabilibus naturaliter cognitis producantur conclusiones diversarum scientiarum, quarum cognitio non est nobis naturaliter indita sed per industriam rationis inventia; ita etiam ex praeceptis legis naturali (sc. prima principia operabilium) quasi ex quibusdam principiis communibus et indemonstrabilibus, necesse est quod ratio humana procedat ad aliqua magis particulariter disponenda» (I-II<sup>ae</sup>, 91, 3).

Cotesti principî primi dell'operare stanno all'azione come le conclusioni ai principî primi del sapere «et quia ratio practica utitur quodam syllogismo in operabilibus (cfr. I, 13, 3; I, 77, 2 ad 4m) ideo est invenire aliquid in ratione practica quod ita se habeat ad operationes, sicut se habet propositio (principium) in ratione speculativa ad conclusiones» (I-II<sup>ae</sup>, 90, 1 ad 2m).

#### IL TERMINE DEL MOTO VOLITIVO

Quali sono questi primi principî dell'operare e quale ne è la gerarchia ed il fondamento?

Ecco; poiché questi principi sono, per dir così, formulazioni intellettuali immediate della intrinseca naturale inclinazione del volere, per sapere quali siano questi principi basta vedere quale sia il fine necessario del volere: i principî non possono che fondarsi sopra questo fine ed indicarne le relazioni fondamentali.

#### IL BENE TERMINE DEL MOTO VOLITIVO

Qual è il fine ultimo intrinseco del volere? Il bene. «Bonum est quod omnia appetunt» (I-II<sup>ae</sup>, 94, 2); «bonum habet rationem causae finalis» (I, 5, 4); «bonum est obiectum voluntatis» (I-II<sup>ae</sup>, 6, 8); «bonum in communi, in quod voluntas naturaliter tendit» (I-II<sup>ae</sup>, 10, 1).

La ragione per cui «omnia appetunt bonum» è evidente; perché bene significa perfezione – «bonum dicit rationem perfecti» (I, 5, 1 ad 5m) – significa attuazione dell'essere di cui una cosa è potenzialmente fornita: perciò necessariamente «omnia appetunt suam perfectionem» (I, 5, 1).

Pertanto anche la volontà tende necessariamente al suo bene, allo sviluppo ed alla perfezione del proprio essere naturale (I-II<sup>ae</sup>, 10, 1). Questo bene è per la volontà la «beatitudo» («necesse est quod omnis homo beatitudinem velit»; I-II<sup>ae</sup>, 5, 8), cioè un bene completo, una perfezione piena che sazi l'appetito della volontà («appetere beatitudinem nihil aliud est quam appetere ut voluntas satietur»; I-II<sup>ae</sup>, 5, 8; I-II<sup>ae</sup>, 5, 3; I-II<sup>ae</sup>, 1, 3, 7).

Ecco perché il bene è il dato primo e fondamentale della volontà come l'essere il dato primo e fondamentale dell'intelletto. Come il concetto di ente si trova necessariamente come sustrato di tutti i concetti e di tutti i giudizi, così il bene si trova necessariamente come sustrato di tutte le azioni. Questo parallelismo, del resto, è nel fondo una vera identità: infatti «*bonum est ens sunt idem secundum rem, differunt autem secundum rationem tantum*» (I, 5, 1).

È dunque sul bene che va fondato il principio direttivo della vita pratica, come sull'essere quello direttivo della vita intellettuale: e questo principio primo dell'intelletto pratico, principio che esprime l'orientazione necessaria del volere, può essere così formulato: «*bonum est faciendum et prosequendum et malum vitandum*». Sopra questo principio si fondano gli altri, essi pure immediatamente intuiti.

#### I PRIMI PRINCIPI NATURALI DELL'OPERARE

Ascoltiamo ulteriormente S. Tommaso.

Dopo aver esposto il meccanismo, per dir così, dell'intelletto speculativo ponendo in luce i principî che lo costituiscono ed il concetto di essere sul quale poggia, S. Tommaso passa all'intelletto pratico ponendo in rilievo il mirabile parallelismo, strutturale con quello speculativo.

«*Sicut autem ens est primum quod cadit in apprehensione simpliciter ita bonum est primum quod cadit in apprehensione practicae rationis, quae ordinatur ad opus. Omne enim agens agit propter finem, qui habet rationem boni. Et ideo primum principium in ratione practica est quod fundatur supra rationem boni, quae est: bonum est quod omnia appetunt. Hoc est ergo primum praeceptum legis, quod bonum est faciendum et prosequendum et malum vitandum: et super hoc fundantur omnia alia praecepta legis naturae, ut scilicet omnia illa facienda vel vitanda pertineant ad praecepto legis naturae, quae ratio practica naturaliter apprehendit esse bona humana.*»

Il parallelismo fra *inclinazione naturale* della volontà e principî direttivi dell'azione è qui perfetto: «*omnia illa ad quae homo habet naturalem inclinationem, ratio naturaliter apprehendit ut bona, et per consequens ut opere prosequenda, et contraria eorum ut mala et vitanda*». Perciò l'ordine dei principî pratici sarà fondato sull'ordine delle inclinazioni naturali: «*secundum igitur ordinem inclinationum naturalium est ordo praeceptorum legis naturae*».

Se esaminiamo quest'ordine di inclinazioni naturali noi troviamo: 1) la prima inclinazione concerne la conservazione del proprio essere (inclinazione propria di tutte le sostanze: «*quaelibet substantia appetit conservationem sui esse secundum suam naturam*»); 2) la seconda concerne il moltiplicarsi, per dir così, del proprio essere (da qui il fondamento naturale della famiglia); 3) la terza concerne l'essenza specifica dell'uomo in quanto essere razionale che ha «*naturalem inclinationem ad hoc quod veritatem cognoscat de Deo et ad hoc quod in societate vivat*» (I-II<sup>ae</sup>, 94, 2).

Come si vede tutta l'azione umana è orientata intrinsecamente da queste inclinazioni naturali che la spingono dal fondamento della esistenza, attraverso sviluppi via via progressivi, sino alla cima suprema: Dio.

PRINCIPI PRIMI NATURALI E PRINCIPI ULTERIORI DERIVATI  
(LEX NATURALIS E LEX HUMANA)

Ma bastano cotesti impulsi naturali e cotesti corrispondenti principî naturali di operare?

No, evidentemente; cotesti principî non sono che germi che vanno sviluppati con l'industria dell'uomo. Allo stesso modo come i principî primi dell'intelligenza non bastano, da soli, alla vita dell'intelligenza, ma devono essere sviluppati con l'industria del raziocinio, quasi a generare tutti i principî ulteriori che essi serbano in sé in potenza, così questi principî naturali di agire devono svilupparsi in altri principî. Ecco, quindi, la nascita della *lex humana* (I-II<sup>ac</sup>, 91, 3): la «*lex naturalis*» ne costituisce la causa prima; essa ha, rispetto alla «*lex humana*», la stessa posizione che ha il principio speculativo rispetto alla conclusione.

IV.

RAPPORTO FRA DIRITTO NATURALE E DIRITTO POSITIVO

Ritorniamo così al problema posto all'inizio di questo studio: che rapporto c'è fra la norma agendi posta dall'ordinamento giuridico (diritto positivo) e quella posta dalla natura stessa dell'uomo (diritto naturale)? C'è un rapporto genetico: la prima deve essere uno sviluppo della seconda.

Dice S. Tommaso (I-II<sup>ac</sup>, 95, 2): siccome la «*lex*» (norma) è una regola della ragione e siccome la prima regola è la «*lex naturae*», ne deriva che «*omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non est lex sed corruptio legis*».

SCIENZA GIURIDICA E DIRITTO NATURALE

Poniamoci ora un problema: alla stregua dei concetti che dominano la scienza giuridica può considerarsi come giuridica una norma, regolarmente posta dall'ordinamento giuridico, che contrasti con un principio di diritto naturale? Sì; questa norma – dal punto di vista scientifico – è giuridica, essendo sufficiente perché si abbia una norma giuridica che essa sia legittimamente posta dall'ordinamento giuridico («*civitas*»): la giuridicità della norma è condizionata dalla esistenza di requisiti formali e non dipende in nulla dal contenuto intrinseco della norma.

Ecco perché il giurista volge il suo occhio alla norma già esistente ed al suo meccanismo.

Ma questo tecnicismo, peraltro legittimo e fecondo, può spingersi sino ad ignorare il noto adagio «hominum causa ius constitutum est»? Non si rischia di cadere nell'astrattismo e, quel che è peggio, di far deviare le finalità profondamente umane della norma giuridica?

Ecco la necessità di tornare alle sorgenti prime della norma: prima che questa norma entri, per dir così, nel mondo giuridico essa ha già vissuto una vita ricca di sviluppi e di interessi: è tutto il mondo interiore dell'uomo che questa norma ha attraversato; è partita dalle radici più lontane della vita e si è via via sviluppata diretta, nello sviluppo, da una orientazione profonda che l'ha spinta verso le finalità ultime dell'uomo. Non si deve più ignorare questa segreta ricchezza delle prime origini dell'operare. Entrando in questo mirabile laboratorio dell'anima per cogliere alla sorgente i primi impulsi dell'azione ci si rende consapevoli di una cosa: che il tecnicismo giuridico, come quello scientifico in generale, non è fine a se stesso e non si esaurisce in gusti di logica e di estetica; ma è cooperazione riflessa ed amorosa a quel grande sforzo di finalità che muove tutto l'essere dell'uomo.

Dalle sue radici più intime l'anima tende a Dio: ma quale immensa fatica prima che questo termine sia raggiunto!

Ebbene, il tecnicismo giuridico, come ogni altro tecnicismo, anziché prescindere da questo sforzo dell'animo che tende al suo fine deve cooperare per rendere l'attuazione di tale fine più facile e più pronta.

Bisogna dunque volgere lo sguardo al mondo interiore dell'uomo, a quella struttura della mente umana in cui Dio ha posti gli slanci vitali primi dell'intelligenza e del volere.

E per l'esplorazione di questo mondo ci sarà ancora di guida la *Summa* di S. Tommaso d'Aquino.

## LA GENESI DEL SISTEMA NELLA GIURISPRUDENZA ROMANA\*

### I. PROBLEMI GENERALI(\*)

#### I.

Avviene nella ricerca scientifica quello che avviene nella vita delle anime: si cade talvolta in una malattia alla quale i maestri di spirito danno il nome di *tiepidezza*. Non è, infatti, infrequente il caso di anime ricche di luce che si fermano d'un tratto nel loro cammino ed all'antico fervore sostituiscono uno stato di tiepidezza e di appesantimento. L'indice esterno che più nel loro cuore non ha la sua primitiva potenza di attrazione la bellezza dell'ideale al quale si erano votate e dal quale scendeva in loro luce e calore, è questo: che la loro vita quotidiana non ha più quella luminosità e quell'armonia che dava a questa vita terrena i riflessi gaudiosi di quella celeste.

È cotesta mia malattia molto grave, se non addirittura la più grave per un'anima fervorosa.

\* *Studi in onore di Filippo Virgilio nel XL anno d'insegnamento*, Società editrice del foro italiano, Roma 1935, pp. 159-182 (già estratto: Tipografia Nuova, Siena 1934, pp. 3-26; poi confluito in: *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, Università degli Studi, Facoltà di Giurisprudenza, Firenze 1972, pp. 5-27).

(\*) Ho deciso di pubblicare in questi studi in onore del nostro amato prof. Virgilio, la prolusione da me tenuta il 2 febbraio 1934 nell'Università di Firenze nell'atto di prendere possesso, come straordinario, della seconda cattedra romanistica. Non ho voluto mutare in nulla, né nella forma, né nel contenuto, la prima stesura del mio lavoro: particolari circostanze e cari ricordi mi hanno indotto a lasciare inalterata quella che fu l'espressione immediata della mia anima. Anche il rigore del metodo scientifico deve talvolta allargare le sue maglie per permettere alla vita interiore del pensiero un respiro più ampio. E, anzi, per non restringere in nessun modo tale ampiezza penso che sia opportuno pubblicare in nota anche la parte iniziale e quella finale della prolusione. Rivolto ai miei colleghi fiorentini ed ai miei giovani studenti dicevo allora così: – Perdonate anzitutto se in questa prolusione troverete accenti non abituali nelle consuetudini accademiche: pure non avrei potuto, anche volendo, scrivere diversamente. Mentre, infatti, in un primo tempo non avevo attribuito importanza speciale a questo atto ed avevo considerato la prolusione come un semplice dovere accademico, dovere di correttezza verso la Facoltà che aveva voluto, con tanta benevolenza, accogliermi nel suo seno, dovetti, invece,

Quali ne siano le cause i maestri di spirito hanno a lungo indagato: si tratta di peccato mortale? No, perché il peccato mortale spezza il rapporto che unisce l'anima a Dio – tralcio reciso dalla vite – ed oscura totalmente la luce interiore: effetto di esso sarebbe, perciò, la morte e non un affievolimento, come è nella tiepidezza, del ritmo della vita.

Allora? Ecco, dicono i maestri di spirito, questo affievolimento di vita è normalmente frutto di una dispersione nell'attività dell'anima: partita con pienezza di movimento essendo potentemente attratta dal fine – Dio –, ha svolto la sua vita per un certo tempo nell'orbita e sotto il calore di questa luce: poi, a poco a poco, i mille particolari della vita hanno fatto perdere di vista l'unità ed il fine, e tale dispersione ha causato nell'anima questa specie di annebbiamento che caratterizza la crisi della tiepidezza.

L'anima è ancora unita a Dio; il tralcio non è spezzato; oscuramento interiore non è completo; bisogna dunque, per riprendere l'antico fervore, che la linfa celeste torni a ricircolare senza impedimenti nell'anima e che, perciò, tor-

accorgermi presto che questo atto aveva per la mia vita un significato intimo grande: perché compresi che esso era come l'ultimo di una serie di eventi che la Provvidenza di Dio aveva delicatamente l'uno all'altro collegati. Se è vero che la storia della nostra vita è un tessuto di fatti ordinati a svolgere la trama del nostro supremo destino – trama di misericordia e di bontà tessuta insieme da Dio e dall'uomo – quanta gioia allorché rivolgendosi un istante indietro è dato di cogliere qualcuno dei numerosi nessi che danno alla vita una fisionomia così sacra! L'atto che compio oggi ha dietro di sé altri atti che ne sono come il germe ed il preannunzio. Nel mio Digesto leggo le seguenti date: 10 luglio 1926 (giorno della mia laurea in questa Università) con questa annotazione: Contardo Ferrini apud Deum gloriosissimamque virginem Mariam intercedente; 17 ottobre 1927 (giorno dell'assunzione dell'insegnamento, per incarico, in questa Università) con questa annotazione: nel 25° anniversario della morte di C. Ferrini (17 ottobre 1902) e nel giorno stesso in cui ne viene introdotta la causa di beatificazione, il Signore mi chiama, attraverso la decisione della Facoltà giuridica fiorentina, all'insegnamento del diritto romano; 7 dicembre 1933 (vigilia della festività dell'Immacolata): la Facoltà giuridica fiorentina mi chiama come professore straordinario di diritto romano; e finalmente 2 febbraio 1934 (festa della purificazione della Madonna) presa di possesso ufficiale, per dir così, della cattedra di diritto romano in questa *mia* Università di Firenze. Quanta gratitudine, dunque, nel mio cuore per Dio benedetto che per le mani di Maria e di C. Ferrini ha voluto riversare su di me grazie tanto grandi e quanta gratitudine per voi, colleghi carissimi – compreso fra voi il vostro caro collega e mio amato maestro, il prof. Betti – dai quali ho tratto luce per il mio intelletto e virtù per la mia vita. Ma appunto per questo, quali responsabilità grandi e soavi insieme! Mi vengono in mente le parole che Federico Ozanam – il santo fondatore della Società di S. Vincenzo dei Paoli – pronunziava febbricitante alla Sorbona: «Signori – egli diceva rivolto agli studenti che si erano lamentati per la sua assenza derivante da malattia – al nostro secolo suol darsi traccia di egoista: e anche i professori, (dicono) patiscono l'influsso di questa desolante epidemia: eppure egli è appunto su queste cattedre che noi guastiamo la nostra sanità e logoriamo le nostre forze: e non me ne lagno già io, Dio me ne guardi: la mia vita è vostra, signori, e io ve la debbo sino all'ultimo respiro: e voi l'avrete!».

\*\*\*

Perché ho scelto per tema la genesi del sistema nella giurisprudenza romana? Ne avevo pensato vari altri: ma finalmente questo mi sembrò il più adatto a tracciare a me stesso le linee orientatrici delle mie future indagini.

ni a risplendere nella sua pienezza quella luce interiore dalla quale derivava lo slancio sempre nuovo dell'ascesa.

I mezzi? Non ce n'è che uno: ed è il ritorno alla fonte, cioè alla unità interiore, mediante la meditazione.

La c.d. orazione mentale permette una revisione della vita dell'anima e, con un processo di semplificazione e di liberazione, riconduce l'anima al centro: Dio; ricondotta al centro ritorna l'antica ricchezza di luce e di calore e l'anima tiepida riconquista la sua bellezza, il suo gaudio e la sua potenza di conquista.

## II.

Permettete che questa similitudine io applichi ai nostri studi; che in essi vi sia una crisi di tiepidezza è, a mio avviso, cosa vera: nonostante le apparenze di un fervore notevole (di cui potrebbero sembrare indici le c.d. battaglie per il metodo che caratterizzano lo stato attuale della nostra ricerca) tuttavia una stasi, nel profondo, c'è: si lavora, certamente: le riviste nostre hanno sempre apparente ricchezza: ma o si tratta delle solite ricerche senza eco, particolari nei quali non risalta il segno dell'unità, contributi di cui indovinate a priori il valore (per leggere uno di questi lavori basta limitarsi alla lettura della prima o dell'ultima pagina); o si tratta di appelli di rinnovamento nel metodo: ma anche l'esistenza di tali appelli è indice che la ricerca subisce nel profondo una crisi.

Ciò che manca alla ricerca contemporanea è il panorama dell'insieme: lo studio del particolare ha fatto oscurare la bellezza armoniosa del tutto: il mezzo è diventato fine: la ricerca papirologica ed interpolazionistica anziché tendere al suo scopo – quello di porre in luce sempre maggiore le linee grandiose dell'edificio sistematico della giurisprudenza romana – è diventata talvolta fine a se stessa. È giunto il momento in cui è veramente necessario fermarsi alquanto e porsi a meditare intorno a questo punto: perché io studio diritto romano? Lo studio come studierei un qualsiasi altro diritto storico, poniamo come si studia il diritto dei papiri, o il diritto babilonese o il diritto attico? È esso per il mio spirito oggetto di una curiosità, sia pure di una dotta curiosità storica? La conoscenza del diritto romano ha soltanto la funzione di arricchire il mio patrimonio culturale o esso, ad es., come la logica di Aristotile, ha per la mia intelligenza una funzione veramente vitale di sviluppo? Perciò lo studio del diritto romano ha una efficacia davvero decisiva per l'educazione del mio pensiero, in quanto educa la mia intelligenza a pensare scientificamente, sistematicamente, dandomi quel gusto dell'unità del sapere – *plura in unum cognoscere* – che costituisce la legge fondamentale del sapere scientifico? Se questo non è il fine dello studio del diritto romano, le nostre intelligenze si rifiutano davvero di continuare più oltre l'esplorazione di questo campo: millenni di ricerca dovrebbero infine bastare! Abbiate pazienza: è certo che i nostri intelletti hanno bisogno oggi di visioni larghe: c'è come un moto di liberazione da quel metodo che

meccanicizza la ricerca scientifica mortificando lo spirito nella esplorazione arida di un particolare! Non già che la ricerca del particolare e l'affinamento sempre maggiore degli strumenti tecnici abbiano ad esser messi da parte: tutt'altro!

Non è vera scienza senza questa tecnica e senza questi particolari che sempre più rendono sensibile al «piccolo» l'occhio del ricercatore: ma questa esplorazione del piccolo, questa ricerca nella periferia, non deve mai oscurare la bellezza dell'insieme e la luce del centro: anzi tanto più è feconda questa analisi del particolare quanto più brilla in essa la bellezza che le deriva dalla luce dell'universale.

È, se mi permettete l'immagine, come se si dicesse che l'avanzamento nella virtù non è fecondo senza l'azione illuminatrice di Dio! Bisogna perfezionare i nostri atti singoli in vista di quella unione di luce cui questo perfezionamento deve tendere: particolare ed universale, periferia e centro, analisi e sintesi, sono cose che non vanno separate: solo a questa condizione lo spirito nostro sarà appagato e la ricerca scientifica diverrà sempre più alimentatrice di luce per la nostra intelligenza.

Dicevo dunque: lo studio del diritto romano ha una funzione decisiva per l'educazione del pensiero, in quanto educa l'intelligenza a pensare sistematicamente? Ha, dunque, sotto questo aspetto, una funzione vitale?

Il pensiero giuridico – cioè pensiero essenzialmente sistematico – trova, perciò, in tutti i tempi, di che alimentarsi nelle fonti romane?

Mi ritornano alla mente certe parole di ammirazione uscite da grandi anime che allo studio del diritto romano dedicarono tanta parte della loro vita: quali esaltazioni entusiaste per l'armoniosità del sistema romano nelle opere di Cuiacio! Lo studio del diritto romano forma per G. B. Vico il fondamento delle sue grandi costruzioni filosofiche e storiche: la *scienza nuova*, il *de uno principio* etc., e tutte le altre opere vichiane mostrano nel loro nucleo centrale i principî basilari della giurisprudenza romana; Leibniz fissa con contemplazione amorevole il suo occhio di filosofo e di matematico nelle costruzioni geometriche del sistema romano: nessuna mente grande, che abbia studiato il corpus iuris, è rimasta senza una parola di ammirazione dinnanzi ad uno spettacolo così bello di armonia e di luce! E si capisce: lo spirito umano – come dice Leibniz –, quando veramente costruisce, imita nella sua costruzione lo Spirito di Dio: costruisce con ordine, crea edifici insieme complessi ed unitari, pone nelle sue opere armonia e luce: c'è geometria ovunque, diceva Keplero, così nelle opere di Dio, come nelle opere dello spirito umano; e la contemplazione di queste opere armoniose dello spirito umano dà il medesimo gaudio e forse, a volte, un gaudio maggiore di quello che dà la contemplazione silenziosa del firmamento stellato!

Chi non ha sostato a lungo, attratto dalla bellezza del panorama, avanti alle opere di Aristotile e di Tommaso d'Aquino? Questa unità possente che tutto a sé coordina e tutto a sé riconduce e tutto da sé deriva, questa visione unitaria delle cose, questo *universum* intellettuale che non ha nulla da invidiare, per compattezza e luce, all'universo visibile, è cosa talmente bella che dopo di essa non vi può essere che Dio!

Ora voi ben comprendete quale sia la nostra gioia quando alle menti assetate di unità e di armonia noi romanisti si possa dire: volete fermare la vostra speculazione sopra una creazione grande del pensiero umano? Volete contemplare un'opera che darà al vostro spirito il senso dell'unità e della grandezza! Che vi farà gustare la bellezza della intelligenza umana, come ve la farebbe gustare, poniamo, lo studio di Platone o di Aristotele? Ecco, diciamo noi: non vi resta che esplorare questo edificio immenso e semplice della giurisprudenza romana. Dopo cotesta esplorazione voi non guadagnerete solo in cultura: ma conquisterete quella struttura di intelletto che è necessaria alle menti costruttive e che è la condizione indispensabile per essere giuristi.

### III.

Ricordate quanto vi dissi all'inizio, a proposito dell'anima tiepida? La tiepidezza deriva soprattutto dalla dispersione interiore: e si ha dispersione quando ci si è smarriti nei particolari della vita intima ed esterna abbandonando la visione luminosa dell'unità in Dio. Il fervoroso è colui che non abbandona mai questa unità e che tutti i suoi atti interiori ed esteriori a tale unità costantemente ricollega. Le grandi opere dello spirito, individuali e sociali, sono tutte frutto di questa visione unitaria.

Ora appunto nei nostri studi è avvenuta questa dispersione: è stata abbandonata la visione dell'insieme, la bellezza del sistema, questa attrazione dell'unità e ci siamo sperduti in rivoli infiniti che non hanno più trovato né la fonte comune né la foce comune.

Se non sbaglio l'idea del Wenger di costruire una scienza giuridica universale dell'antichità, è frutto di questo sentimento di dispersione: la ricerca papirologica ha uno scopo – nel campo giuridico – oltre quello essenzialmente filologico? O dobbiamo essere condannati alla compilazione di cataloghi innumerevoli di documenti privi di ogni vero interesse di pensiero? Consumeremo la nostra vita a conoscere documenti di locazione, di compravendita, quietanze, e così via, senza poterci sollevare al disopra dei documenti stessi per intravedere una linea unitaria che dia finalmente luce all'intelletto?

L'intimo motivo dell'idea del Wenger è certamente qui: e tuttavia questa luce, nonostante gli sforzi del Wenger, è negata: già Ludovico Mitteis, nel suo discorso del 1917 tenuto a Vienna, discorso che può considerarsi come il suo testamento scientifico, negava la possibilità di tale scienza giuridica universale dell'antichità; i documenti che già allora si possedevano e quelli che ancora oggi possediamo sono tali da convalidare fortemente questa sentenza: tutto è frammento; e non frammento di edificio rovinato, ma pietra grezza, pietra che non fece mai parte di alcuna costruzione. I papiri non portano alla luce – per il mondo giuridico – che pietre di questo tipo: di scienza giuridica dell'antichità – lo possiamo dire senza errare – non ce n'è che una sola: è quella romana dell'epoca classica.

Dico dell'epoca classica e della prima e più luminosa epoca classica.

La scienza giuridica posteriore non segna, in quanto scienza, alcun progresso: il mondo postclassico non ha potere creativo e non agisce che negativamente sull'edificio classico, con superstrutture che non segnano certamente un avanzamento nella compattezza del sistema e qualche volta nell'equità del contenuto.

#### IV.

Si potrebbe obiettare: e l'efficacia rinnovatrice del Cristianesimo?

Certamente non vorrete accusarmi di nutrire poco amore per Colui che la mia anima, con la Chiesa, con S. Paolo, e con tutti i dottori proclama ad ogni istante la chiave di volta di tutta la creazione visibile ed invisibile: Gesù Cristo, vero Dio e vero uomo.

E tuttavia io non posso dire, per la verità storica, che il diritto romano – in quanto scienza – assume la sua grandezza e la sua perennità per effetto del cristianesimo. Sarebbe cotesta una apologia senza fondamento, apologia che non reca certo alcun bene alla diffusione della luce cristiana. Una apologia siffatta parte da un gravissimo errore: dal supporre, cioè, che anche prima della venuta di N. S. l'anima umana non sia stata capace – sul terreno naturale – di ascendere alle vette supreme del pensiero e, per quanto era possibile, anche della vita. Quante luci, invero, nel mondo antico!

Se pensate a Platone, ad Aristotile, ai grandi artisti di Grecia, ai grandi matematici, ai grandi uomini di stato della repubblica romana, ai poeti ed ai giureconsulti nostri, come non elevare l'animo grato a Dio per avere fatto splendere nell'antichità tanti soli, preannuncio di quel sole di giustizia che doveva portare in terra la Luce stessa di Dio? Il mondo della Grazia, di cui Gesù Cristo è l'Autore e la fonte, non oscura quello della natura: lo perfeziona e lo eleva. Secondo la concezione di S. Paolo, sviluppata dai SS. Padri e dai Dottori, la natura e la storia sono cristocentriche: Gesù Cristo, dice S. Paolo, *est imago Dei invisibilis primogenitus omnis creaturae: quoniam in ipso condita sunt universa in coelis et in terra, visibilia et invisibilia, sive dominationes, sive principatus, sive potestates: omnia per ipsum, et in ipso creata sunt: et ipse est ante omnes, et omnia in ipso constant.* Alla luce di questa concezione si comprende bene quale sia, nell'economia della Provvidenza, la funzione che viene assegnata ai grandi dell'era antica: come l'Antico Testamento è l'annuncio, la preparazione e l'ombra del nuovo, così annuncio e preparazione della rivelazione nuova è il pensiero greco ed annuncio e preparazione della società nuova è la giurisprudenza e tutta la sapienza giuridica di Roma. Tutto il mondo antico è gravido del Cristo venturo: ecco una ragione profonda della grandezza toccata alla metafisica greca ed alla giurisprudenza romana: l'una doveva offrire la intelaiatura del pensiero umano ove sarebbe stata adagiata la rivelazione divina; – si pensi all'opera di sintesi teologica compiuta da S. Tommaso entro i quadri della filosofia aristotelica; l'al-

tra doveva offrire l'organizzazione giuridica che avrebbe dato unità anche visibile alla unità interiore, invisibile, della nuova società cristiana: la Chiesa, in quanto organismo giuridico, ripete indubbiamente da Roma la sua compattezza e semplicità. Non è quindi sminuire la divina efficacia del Cristianesimo nel rinnovamento interiore delle anime e della società, affermare che la giurisprudenza romana raggiungeva, proprio mentre Cristo viveva, le sue cime più alte.

Certo a cominciare dalla fine del III secolo e poi nel IV e nei successivi, molti istituti, specie familiari e obbligatori, subiscono, sotto l'influenza delle nuove dottrine, notevoli modifiche: si pensi alla *manumissio*, alla fisionomia cognatizia della famiglia e così via: ma non sta qui la sola ragione, per cui il diritto romano è venuto sino a noi e giungerà ancora a tante e tante altre generazioni: la ragione, ripeto, sta nel fatto che esso, per effetto della elaborazione sistematica della giurisprudenza, ha assunto nella storia del diritto quello stesso posto che ha assunto Aristotile nella storia della filosofia. Come Aristotile ha, per dir così, scoperte e formulate le leggi del pensiero – le categorie del pensiero – così i grandi giureconsulti di Roma hanno scoperte e formulate le categorie del pensiero giuridico.

Certo, si può pensare logicamente anche senza conoscere Aristotile e si può pensare giuridicamente anche senza conoscere il diritto romano: ma chi volesse rendersi consapevole delle leggi del suo pensare e chi volesse rendersi consapevole delle leggi della sistematica giuridica non potrebbe non incontrarsi, l'uno, con il grande stagirita e, l'altro, con i grandi giuristi del primo secolo dell'impero.

Appare ormai chiaro il compito che viene affidato alla nuova schiera di romanisti: ritorno alle fonti, ritorno al sistema, ritorno all'unità. È l'unico mezzo che ci permetterà di uscire dalla stasi attuale e che darà alla ricerca vigoria nuova e nuova fecondità.

## V.

17 anni or sono già Ludovico Mitteis nel suo magnifico discorso di Menna, aveva in questo senso parole quasi profetiche: «...infatti si può aspettare ancora qualche decennio prima ancora che questa miniera (delle interpolazioni) sia sfruttata ed allora anche questo ramo di studio deve necessariamente morire».

Allora? Quali orientamenti dare alla ricerca? Il Mitteis ne accenna varî: a) elaborazione migliore del materiale già conosciuto: il M. accenna, per questo lato, alle geniali intuizioni di M. Wlassak sulla natura del processo formulare ed alla fecondità di tali intuizioni; b) valutazione critica delle fonti pervenute fuori del Corpus Iuris (loro derivazione etc.); c) soprattutto seguire il sorgere graduale dei concetti giuridici e la loro evoluzione di generazione in generazione, mostrare con ciò la attività individuale dei singoli giureconsulti e presentare in tal modo una storia giuridica biografica dell'antichità romana, nello stesso modo come si rivelano le individualità nella storia dell'arte. Questo compito è tanto più bello – soggiunge il M. – in quanto che nella evoluzione dei primi due secoli dell'im-

però si ha un progresso che nella storia dell'umanità nel campo dello spirito solo in tutto un millennio si riscontra una o due volte. Descrivere il repentino sviluppo del sistema giuridico dall'epoca delle *legis actiones* che era fino allora arcaico, non fondato sopra alcuna sintesi e base filosofica, al sistema del primo secolo dell'impero, giuridicamente organizzato fino nelle sue più sottili ramificazioni è un compito che per la storia del pensiero umano sarebbe del più alto valore.

Notate quest'ultimo punto: qui il Mitteis tocca proprio il problema centrale dei nostri studi: il sistema giuridico del primo secolo dell'impero così organizzato fin nelle sue più sottili ramificazioni, come il M. dice, ha veramente, quanto alla velocità del suo sviluppo, del sorprendente: dove esso affonda le sue radici? A quale linfa vitale deve uno sviluppo così rapido e così improvviso? Sentite cosa dice Cicerone parlando dello stato della giurisprudenza dell'epoca sua.

Facendo un confronto fra i giureconsulti contemporanei più grandi, specie fra Scevola e Servio, così Cicerone si esprime: – Io stimo, o Bruto, che in Scevola ed in molti altri giuristi si trovi un gran patrimonio di sapienza giuridica (*iuris civilis magnum usum fuisse*): ma la scienza giuridica vera e propria si trova in uno solo, in Servio (*artem autem in hoc uno*): e questa scienza giuridica non si sarebbe avuta se Servio non avesse anzitutto appreso quell'arte la quale insegna *rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua, primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa indicarentur etc.* E appunto Servio applicò quest'arte *omnium artium maximam quasi lucem ad ea quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur* (BRUTUS § 152). Dunque è Servio, a parere di Cicerone, che per primo dà un vero sistema allo *ius civile*: e ciò in virtù di quell'arte sistematrice che viene da Cicerone paragonata alla luce. Altrove (DE ORATORE I § 185 sgg.) Cicerone parlando della difficoltà che offriva l'apprendimento dello *ius civile*, ne indica i motivi: 1) primo, a causa del segreto in cui per lungo tempo lo *ius civile* fu mantenuto per opera dei pontefici; 2) secondo, perché anche dopo che ne fu resa pubblica la notizia – dopo la divulgazione di Gneo Flavio – *nulli fuerunt, qui illa artificiose digesta generatim componerent.*

E si capisce, dice Cicerone: non si può ridurre a scienza lo *ius civile* se prima i giuristi non possedano questa arte sistematrice per virtù della quale si possa *ex iis rebus, quarum ars nondum sit, artem efficere* (§ 186).

La fecondità, quindi, dello *ius civile* ed i suoi progressi sono condizionati dal possesso di quest'arte di origine filosofica: essa, infatti, *rem dissolutam divulsamque conglutinat et ratione quadam costringit* (§ 188). Cicerone stesso delinea poi la struttura di un trattato di *ius civile*.

Se mi sarà possibile scrivere un trattato, – trattato che fu scritto ma di cui non è pervenuto che il titolo *de iure civili in artem redigendo* – fa dire il Nostro a Crasso, o se altri vorrà scriverlo sotto la mia ispirazione, sarà necessario «*ut, primum omne ius civile in genera digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat, tum propriam cuiusque vim definitio-*

*ne declaret*»: in questo modo «*perfectam artem iuris civilis habebitis, magis magnam atque uberem, quam difficilem et obscuram*» (§ 190).

È necessario, dice Cicerone altrove (§ 142), che lo «*ius civile, quod nunc est diffusum et dissipatum*» sia «*in certa genera coactum et ad artem facilem redactum*».

Un esempio di questa struttura secondo cui va costruito un libro di diritto lo offre Cicerone stesso nel *De Republica*: tutta la trattazione è imperniata sulla definizione che della *res publica* viene data nel I° libro: – Farò quello che volete, dice Scipione ai suoi interlocutori: comincerò la trattazione secondo quel criterio che credo debba essere posto a fondamento ogni qualvolta si tratta qualche argomento: cioè, che si dia anzitutto la definizione della cosa intorno alla quale si vuole trattare. E poiché nel caso questa trattazione verte sulla *res publica*, Scipione pone subito la definizione: *est igitur res publica res populi: populus autem non omnis hominum coetus, quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus* (DE REP. I § 39).

E da questa definizione l'autore ricava tutti gli argomenti coi quali, specie nel III libro, dimostra che non vi è propriamente *res publica* cioè *res populi*, quando non vi sia quell'equilibrio fra *populus, magistratus, senatus* in cui sta l'essenza della costituzione della *civitas*. Nelle forme, quindi, di demagogia, di oligarchia e di tirannia non c'è più una *res publica*, cioè una *res populi*: perché appunto in tutti e tre i casi non vi è più quella *societas iuris* dalla quale la *res populi* deriva.

Questa predilezione per la definizione è in Cicerone visibile: la definizione è la fonte precipua di ogni argomentazione (come si dimostra nella Topica): da essa deve partire e in essa deve terminare ogni trattazione.

A parte, dunque, questi primi tentativi di sistema e questi indirizzi sistematici di Cicerone, ed a parte l'opera scientifica già iniziata da Servio, la giurisprudenza romana è in questo ultimo scorcio della repubblica ancora priva di nessi unitari: i giureconsulti, dice altrove Cicerone (DE LEGIBUS II § 47) *saepe quod positum est in una cognitione, id in infinite dispertuntur*; il sistema eliano, infatti, su cui poggia ancora la giurisprudenza di questo periodo, è un tentativo di sistemazione puramente estrinseca di tutta la materia dello *ius civile*.

Quale sia l'atteggiamento che i più grandi giuristi di questo periodo abbiano assunto rispetto alla nuova arte di sistemare – rispetto alla logica aristotelica – lo si desume oltre che da altri indici anche da questo: dall'interesse grande che mostra Trebazio (a cui Cicerone dedica la sua Topica) quando nella biblioteca di Cicerone viene a contatto con la Topica di Aristotile: *qua inscriptione commotus* – dice Cicerone rivolto al giurista – *continuo a me librorum eorum sententiam requisisti*: e quando Cicerone spiega in che consista questa arte di trovare gli argomenti, Trebazio si affretta a chiedere che egli venga istruito pienamente in questa nuova arte. È l'interesse del giurista che cerca di ammodernare e di affinare il suo metodo, come nota lo Stroux, e non è cotesto un interesse che si limiti a Trebazio: esso diventa in brevissimo tempo l'interesse di tutta la giurisprudenza di questa epoca: la grandezza della giurisprudenza immediatamen-

te successiva ha qui le sue radici: in questa fecondazione improvvisa che il metodo aristotelico, incontrandosi con la giurisprudenza romana, opera in essa: è una forma che trova il materiale già preparato: l'assimilazione di questo metodo è rapida e completa: ed è così che si edifica quasi per miracolo – tanto ne è improvvisa la costruzione – la grande mole della giurisprudenza del 1° secolo.

Orbene: è proprio questo il grande campo della nuova ricerca: come hanno agito reciprocamente l'una sull'altra la logica di Aristotile e la giurisprudenza romana? Bisogna studiare le opere dei giureconsulti di quest'epoca sotto questo profilo sistematico: porre a confronto le leggi del sistema logico con quelle del nuovo sistema giuridico. Il sistema non è una semplice intelaiatura di nozioni prima disperse ed ora ricondotte ad unità: l'unità è feconda di luce, è generatrice di sviluppi, è vitale: la riduzione a sistema della giurisprudenza segna dunque un incremento grande nello sviluppo intrinseco dello *ius civile*: e quanto più il sistema si unifica tanto più esso si amplifica e si arricchisce.

In questa direzione, quindi, il campo di esplorazione è veramente fecondo.

## VI.

Ma c'è altro: le ricerche molto fini dello Stroux sulla retorica e sugli influssi da essa esercitata sulla giurisprudenza romana del periodo in esame hanno ora orientato l'indagine verso questa direzione. La retorica costituisce in quest'epoca, a Roma, una scienza in senso vero, largamente elaborata: vi sono trattati magnificamente costruiti che offrono all'oratore un sistema completo di leggi del dire. Chi ha meditate le opere oratorie di Cicerone può rendersi conto della perfezione alla quale era in questo periodo pervenuta l'arte retorica.

Orbene, in che modo quest'arte oratoria così elaborata scientificamente, secondo le leggi logiche del metodo aristotelico, ha agito sopra la giurisprudenza di questo periodo ancora priva di sistemazione scientifica? Tutta la complessa dottrina degli *status* – modo di impostare le controversie – e quella della *interpretatio* e la dottrina della topica, come hanno influito sulla costruzione della scienza giuridica? Lo Stroux ha messo in piena luce come la dottrina della *interpretatio* dello scritto abbia decisamente influito, già in quest'epoca, sullo sviluppo della *aequitas* e sopra la sua prevalenza sullo *strictum ius*: io vorrei mettervi brevemente in luce l'analogia profonda che c'è fra il modo di impostare una controversia privata mediante gli schemi del processo formulare ed il modo di impostare una controversia qualsiasi secondo gli schemi dell'arte retorica.

Sentite Cicerone.

Data una controversia di natura – come dicevano i retori – giudiziale, il compito dell'oratore al quale la difesa di tale controversia è affidata è anzitutto quello di impostarla secondo le regole che a tal fine la retorica offre.

Parti della retorica sono: 1) la *inventio*, 2) la *dispositio*, 3) la *elocutio*, 4) la *memoria*, 5) la *pronuntiatio*: fra queste fondamentale è la *inventio* nella quale

in sostanza consiste l'impostazione della causa: essa, infatti, mira a ritrovare la c.d. *constitutio causae* o *status quaestionis*.

Cioè, ogni controversia offre necessariamente uno di questi quattro tipi (*constitutiones* o *status* che dir si voglia) di questioni: 1) *constitutio coniecturalis*, allorché vi sia una *quaestio facti* (es. se è stato compiuto un certo fatto: Tizio ha ucciso o no?); 2) *constitutio definitiva* allorché vi sia una *quaestio nominis* (la controversia non verte sul fatto, sulla cui esistenza non c'è dubbio, ma sulla definizione del fatto: es. se un *paterfamilias* esercitando la sua *patria potestas* sul figlio tribuno della plebe, durante il *concilium plebis*, incorre nel *crimen maiestatis*); 3) *constitutio generalis* allorché vi sia una *quaestio generis*; – Es. gli agnati possono *iure legitimo* pretendere l'eredità *adventicia* del pupillo morto impubere pel quale il *paterf.* aveva disposto una sostituzione pupillare?); 4) *constitutio translativa* allorché vi sia una *quaestio translationis* (la controversia è generata da una deficienza, ad es., nella legittimazione ad agire o nei presupposti processuali ecc.: es. contro un Tizio, che, compiendo atto di violenza, ha reciso un braccio ad un cavaliere romano, vengono contemporaneamente intentati un *iudicium publicum de sicariis* e un *iudicium privatum (actio iniuriarum)*: orbene: innanzi al pretore il convenuto postula, contro l'*actio iniuriarum*, l'*exceptio extra quam in reum capitis praeiudicium fiat*: questione: è da concedersi l'*exceptio*? La lite privata può davvero pregiudicare lo *iudicium publicum*?).

Orbene: ogni *constitutio* consta dei seguenti elementi strutturali: 1) la *quaestio* che è la *conflictio causarum*; 2) la *ratio* che legittima l'azione; 3) la *iudicatio* che pone il problema giuridico da risolvere; 4) il *firmamentum (firmissima argumentatio defensoris et appositissima ad iudicationem)*.

Ecco qualche esempio. Si supponga una *constitutio generalis* del tipo sopra delineato (controversia relativa all'eredità *adventicia* di un pupillo pel quale era stato disposto dal *paterf.* una sostituzione pupillare).

Attori gli agnati; convenuti i sostituti pupillari possessori dell'*hereditas*.

*Intentio* degli agnati: *nostra pecunia est, de qua is, cuius agnati sumus, testatus non est; Depulsio* dei convenuti: *immo nostra, qui heredes testamento patris sumus. Quaestio: utrorum sit? Ratio: Pater enim et sibi et filio testamentum scripsit dum is pupillus esset: infirmatio rationis: immo pater sibi scripsit et secundum heredem non filio sed sibi iussit esse. Quare, praeterquam quod ipsius fuit, testamento illius vestrum esse non potest. Iudicatio: possitne quisquam de filii pupilli re testari: an heredes secundi ipsius patrisfamilias, non filii quoque eius pupilli heredes sint (de inv. II § 62).*

Orbene: non c'è una analogia mirabile con quanto espone Gaio nel IV libro sulla struttura della formula processuale? In questa struttura della *constitutio* retorica non pare rispecchiata quella che Gaio così descrive? *Partes autem formularum hae sunt: demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio. Demonstratio est ea pars formulae quae... ut demonstretur res de qua agitur; velut haec pars formulae: quod A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> hominem vendidit etc.; intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit veluti haec pars formulae si paret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>s</sup> se-*

*stertium X milia dare oportere etc.; adiudicatio est ea pars formulae, quae permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare etc.; condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendique potestas permittitur: velut haec pars formulae: iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> sest. X milia condemna si non paret absolve etc.* (IV, 39 sgg.). Lo stesso dicasi per le *exceptiones*, cioè per le chiusole che venivano inserite nella formula a difesa dei convenuti.

A mio avviso lo studio del processo formulare alla luce della dottrina retorica degli *status* (o *constitutiones*) porterà nuova luce sopra questa creazione mirabile della giurisprudenza romana: la struttura della formula apparirà nettamente derivata dalla struttura della *constitutio*. Del resto ciò si capisce quando si pensi che il processo formulare fu riconosciuto dal diritto civile con la *lex Aebutia* che lo rese facoltativo e sostituì totalmente (o quasi) il processo per *legis actio* solo all'epoca di Cesare o di Augusto. Ora la formula ha, come sua precipua funzione, quella di impostare la controversia offrendo così al giudice uno schema preciso in base al quale giudicare: come è dunque possibile che sulla impostazione di queste controversie non influissero le norme che la retorica aveva a tal fine così minuziosamente elaborate? Del resto gli accenni che ho fatto sul parallelismo di struttura fra le parti della *formula* e le parti della *constitutio* mostrano a colpo d'occhio la fondatezza di questa tesi.

Ora se voi mi concedete questa influenza della *constitutio* oratoria sulla formula, io vi dimostrerò che tutto il quarto libro di Gaio dipende necessariamente, nella sua nervatura sistematica, da quella stessa arte di redigere ad unità di cui la retorica non è che una derivazione.

## VII.

La topica aristotelica, come ho già detto, agisce decisamente sulla orientazione della giurisprudenza: essa offre delle norme sistematiche la cui applicazione non è difficile cogliere nelle opere di questo periodo.

Il sapere scientifico è sapere unitario: esso è frutto di sviluppi intrinseci di un concetto che sta a base e che rappresenta il principio e la fonte di ogni sapere ulteriore: tutta l'arte di pensare, quindi, si riduce a questa arte di scavare, per dir così, gli argomenti dai luoghi in cui essi sono intrinsecamente (e talvolta estrinsecamente) contenuti: chi voglia pensare logicamente e chi voglia costruire una vera scienza deve rendersi edotto di questa arte di cui Aristotile ha dettato le leggi.

Dice Cicerone (Top. § 7) che questi luoghi dai quali gli argomenti vengono ricavati possono essere paragonati ai luoghi, nei quali sono nascoste alcune cose: come, indicati tali luoghi, è facile il ritrovamento delle cose nascoste, così se vogliamo ricavare degli argomenti è necessario anzitutto conoscere i luoghi nei quali essi, se così può dirsi, sono nascosti: è per questo che Aristotile chiama questi luoghi *sedes argumenti: quasi aedes e quibus argumenta promuntur*.

Orbene: la sede principale dalla quale *argumenta promuntur* è la definizione: *essa quasi involutum evolvit id de quo quaeritur*.

Cicerone insiste moltissimo sulla fundamentalità della definizione in ogni discorso ed in ogni libro: io invero – fa dire Cicerone ad Antonio nel *de oratore* (I § 209) – comincerò a fare quello che stimo necessario si faccia in tutte le dispute: cioè *ut quid illud sit, de quo disputetur, explanetur, ne vagari et errare cogatur oratio*: così se ad es. si domandasse quale è l'arte dell'*imperator* (*ars imperatoris*) bisognerebbe anzitutto definire il concetto di *imperator*; etc. Questo metodo abbiamo già visto applicato nel *de republica*, ove Scipione inizia le sue argomentazioni ponendo la definizione di *res publica*: sopra questa definizione e sull'analisi degli elementi che la costituiscono viene costruita tutta la trattazione. Data l'importanza della definizione è necessario che essa colga tutti gli elementi essenziali della cosa che si vuol definire: quindi non solo gli elementi generici, ma anche quelli specifici che differenziano nettamente questa cosa dalle altre appartenenti al medesimo genere: es, se si volesse definire l'*hereditas*, non basterebbe, dice Cicerone, dire *hereditas est pecunia*; né basterebbe aggiungere *quae morte alicuius ad quempiam pervenit*; né basterebbe l'ulteriore aggiunta di *iure*; bisognerebbe ancora aggiungere *nec ea aut legata testamento aut possessione retenta*. Così se si vuol definire il concetto di *gentiles* non basta dire *gentiles sunt inter se, qui eodem nomine sunt*; bisogna aggiungere *qui ab ingenuis oriundi sunt*; e ancora *quorum maiorum nemo servitutem servivit*; ed ulteriormente *qui capite non sunt deminuti*: solo unendo in sintesi tutti questi elementi si ha la definizione esatta che si cercava (Top. § 29).

Oltre la definizione, ad essa internamente ed esternamente collegati, abbiamo molti altri luoghi dai quali è possibile ricavare argomenti: a) l'etimologia b) a *genere* (es. data la definizione di dolo malo e indicati i modi possibili con cui esso può manifestarsi, si fa rientrare in uno di questi modi l'atto che vogliamo dimostrare doloso; e così via): ma fra tutti importante è il *locus dialecticorum* nel quale trova applicazione il sillogismo. Esso è il grande mezzo col quale si deriva la scienza dalle sue fonti originarie.

## VIII

Ci sembrano, dunque, fuori di dubbio, ormai, i seguenti punti: 1) l'influenza decisiva che ebbe la logica aristotelica per la costruzione della scienza retorica; 2) l'influenza decisiva che essa ebbe per la costruzione della scienza giuridica (*de iure civili in artem redigendo*) sia direttamente che pel tramite della scienza retorica già compiutamente elaborata prima che quella giuridica si iniziasse ai nuovi metodi; 3) come con questi nuovi metodi tenta Cicerone la costruzione di libri di diritto pubblico e privato e come di essi si avvalgono, tra i giureconsulti di quest'epoca, Q. Mucio (che alquanto esagerò nell'applicazione del metodo) e soprattutto Servio Sulpicio da Cicerone lodato come perfetto modello del nuovo giureconsulto scienziato.

Orbene: Q. Mucio e Servio Sulpicio sono veramente i grandi maestri di tutta la ulteriore schiera di giureconsulti che chiude l'epoca repubblicana ed inizia quella imperiale: (*auditores Mucii*, come Pomponio li chiama): essi, perciò, hanno derivato dai loro maestri non solo il contenuto della scienza giuridica, ma anche quell'arte sistematrice che doveva rendere perenne la loro opera.

## IX.

Abbiamo noi ancora oggi, oltre le opere di Cicerone, un esempio di trattazione giuridica risalente a quest'epoca in cui ha genesi il sistema della giurisprudenza? Un esempio in cui sia visibile quella struttura di partizione in *genera*, di analisi della definizione, di sistemazione in un tutto organico della vasta materia di diritto civile e pretorio? In cui sia manifesta la intelaiatura aristotelica del ragionamento? Sì, e quest'esempio ci è offerto dalle istituzioni gaiane: il problema delle fonti di questo manuale va nuovamente studiato alla luce dei nuovi indirizzi metodologici: si vedrà allora ancora meglio come il tipo di questo sistema – che domina quasi incontrastato nelle stesse legislazioni moderne – è un frutto che si produce dopo l'accoglimento del metodo aristotelico: non solo, ma si vedrà come questo tipo costituì forse il modello delle trattazioni di *ius civile*. La palingenesi delle opere dei grandi giureconsulti va fatta avendo appunto l'occhio a questa struttura sistematica di cui Gaio ci offre un esempio mirabile.

Vorrei ora prospertarvi, almeno in sintesi, la bellezza architettonica di questo sistema: bellezza di insieme e bellezza di particolari; vorrei mostrarvi come nell'interno di questo sistema domini la legge dell'analogia o del parallelismo, come piacerebbe dire: come, cioè, gli istituti sono costruiti entro questo sistema con strutture profondamente simili: *patria potestas* e *tutela*, *litis contestatio* e *compromissum*, *litis cont.* e *stipulatio*, *hereditas* e *bonorum possessio*; proprietà e possesso; *traditio* e *pignus*; *societas privata* e *societas* nel senso di *civitas*; condominio e consovranità; e così via! Ci sarebbe da fare proprio un numeroso elenco ed io spero di porre meglio in luce in ulteriori ricerche questa semplicità e analogia di costruzione.

Per ora, tutto questo basta per farci intravedere i compiti della nuova ricerca: essi sono:

- 1) conoscenza piena della filosofia aristotelica specie nella parte che attiene alle leggi del ragionamento ed alla struttura del sistema scientifico;
- 2) conoscenza delle opere scientifiche sorte in Roma, nei vari campi del sapere, in conseguenza della introduzione dell'arte sistematica;
- 3) studio della influenza che direttamente o indirettamente ha esercitato la filosofia aristotelica (la logica) sopra la giurisprudenza dell'ultimo secolo;
- 4) studio delle opere di giurisprudenza informate ai nuovi metodi e studio del sistema in cui queste opere sono intelaiate: analisi proprio completa della nervatura di questo sistema;

5) ricostruzione, per quanto è possibile, alla luce di questo sistema tipo, delle opere della giurisprudenza del 1° secolo dell'impero<sup>(\*)</sup>.

(\*) Al termine di questa esposizione di problemi scientifici, rivolto ai miei colleghi così concludo: – voi non direte che per questa via storniamo i giovani da quella formazione giuridica cui deve tendere il nostro insegnamento: se non riuscissimo ad altro che a dare alle menti che siamo chiamati ad educare il gusto dell'unità e del sistema, avremmo già compiuto un'opera conforme a quegli indirizzi costruttivi che caratterizzano gli insegnamenti di questa Facoltà. Dare il gusto dell'unità significa educare gli spiriti non solo a quell'unità specifica cui essi particolarmente orientano la loro ricerca, ma altresì elevarli a quella visione unitaria della vita che ha in Dio il suo centro supremo: significa educare le anime a quella ascesa verso panorami sempre più larghi che scoprono alla mente il valore supremo della vita umana. La nostra funzione di educatori – come provvidenzialmente dispongono i nuovi criteri educativi cui si ispira il regime – mira a formare l'uomo intiero: e quale compito grande allora è il nostro se ci è possibile fare comprendere, attraverso l'educazione dell'intelletto, che questa vita che Dio ci ha dato è un dono di valore infinito! Come esso è bello se permette, esercitando l'intelligenza, di mirare panorami di luce che riempiono l'anima di ammirazione e di gaudio. E rivolgendomi poscia ai giovani dicevo loro: – Ecco dove mirano i nostri sforzi: a questo: a rendervi consapevoli di questo tesoro preziosissimo di cui Dio vi ha dato il possesso: la vita! Sarebbe sterile la nostra ricerca se essa non potesse dirvi, fermandosi di tratto in tratto a contemplare i panorami scoperti: – guardate, non è veramente grande cosa questo spirito umano capace di scoprire, di costruire e di ammirare bellezze così fatte? E quando il vostro animo si è riempito di questa luce, noi soggiungiamo: queste bellezze che mirate, che già rendono così santamente preziosa la vostra vita, sono forse le sole bellezze che voi siete chiamati a contemplare? Non c'è forse ancora più luce da ricercare? Dalla bellezza delle creature non bisogna ancora risalire alla bellezza del Creatore? Se i riflessi di questa bellezza suprema ci rapiscono, cosa sarà mai quando potremo contemplare faccia a faccia Colui che di ogni bellezza è la fonte eterna? E qui ci sovviene subito che questo gaudio *de veritate*, questa beatitudine della contemplazione, è condizionata alla purezza della vita: beati i puri di cuore, ha detto il Maestro divino, perché essi vedranno Iddio. E la purezza del cuore è purezza completa: è purezza della mente che cerca con disinteresse la conoscenza degli ideali più luminosi (*conversatio vestra in coelis cum Angelis* dice S. Paolo); è purezza del cuore esso pure ripieno di amore casto che si traduce in opere di bene per gli uomini – quanto bene non c'è da compiere sulla terra! Bene che è vero – *caritas* – solo quando sgorga dalle profondità pure di un cuore ricolmo di Dio! –; è purezza virginea del corpo, fragile vaso chiamato a contenere fragranze così celestiali! Siete tempio del Dio vivo, dice S. Paolo ai Galati: e noi pure a voi lo ripetiamo! Siete templi di Dio vivo, figli della Luce, creature che hanno un valore infinito, riscattate dal sangue di un Dio! Abbiate, dunque, piena questa dolce consapevolezza della vostra dignità sacra: così vi vuole Dio, così vi vuole la Patria nostra: luminosi nell'intelletto, luminosi nel cuore, luminosi nel corpo: solo così voi sarete la giovinezza promessa, la primavera rinnovatrice che spande sulla terra fragranze di purità celeste. Qualche volta ci viene il pensiero della morte: allora ci viene subito un ricordo consolante: siete voi! Come sarà bello se in quel punto supremo potremo ricordarci dei vostri volti nei quali tante volte vedemmo riflesso la bellezza dei vostri cuori: allora diremo: ebbene la vita è finita, ma nonostante le immancabili deficienze della nostra opera, pure un consumante desiderio di bene per queste creature buone lo avemmo: quanto ci fu possibile indicammo loro i pascoli sani della vita e della luce; possa ora, anche a noi, il Signore che tanto amammo nei suoi figli quaggiù chiudere alla terra i nostri occhi stanchi ed aprirli per sempre al gaudio dei Cieli!



## LA GENESI DEL SISTEMA NELLA GIURISPRUDENZA ROMANA\*

### II. L'ARTE SISTEMATRICE(\*)

§ 1. Un problema verso il quale la più recente indagine<sup>1</sup> romanistica si orienta con interesse vivo è il seguente: quando sorge, come sorge e sopra quali fondamenti si erige il sistema della giurisprudenza repubblicana?

Chi studia la giurisprudenza dell'ultimo secolo della repubblica resta meravigliato quando osserva il passaggio quasi repentino da una fase in cui la giurisprudenza appare cautelare e pratica ad una fase in cui essa, invece, si mostra ridotta a sistema, costruita come edificio scientifico a fondamenta così salde ed a linee così sicure da potere, senza notevoli ritocchi, attraversare i secoli posteriori e giungere – nei suoi tratti essenziali – quasi inalterato sino a noi.

§ 2. L'importanza del problema appare evidente quando si consideri che questo processo di elevazione a sistema verificatosi nella giurisprudenza romana suppone la formazione dei concetti fondamentali della scienza giuridica – le categorie di tale scienza –, concetti che saranno posti a fondamento del sistema e che, col sistema stesso, saranno poi tramandati ai secoli posteriori. Questa prima giurisprudenza sistematrice ha compiuto, perciò, una duplice opera: di analisi e di sintesi: cioè, alla luce dei principii a lei forniti dalla scienza logica (come vedremo) essa ha proceduto alla analisi della materia giuridica riccamente posseduta dai giuristi cautelari di quel tempo, ha ricavato da questa analisi i concetti principa-

\* «Bullettino dell'Istituto di diritto romano», XLII, 1934, pp. 336-355 (anche estratto: Stab. tipografico commerciale, Cortona 1934, pp. 336-355; poi confluito in: *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, Università degli Studi, Facoltà di Giurisprudenza, Firenze 1972, pp. 29-49).

(\*) Cfr. lo studio precedente: *La genesi del sistema nella giurispr. romana. Problemi generali* in Studi Virgili, Siena 1935.

<sup>1</sup> Soprattutto MITTEIS *Storia del diritto antico e studio del diritto romano*; RICCOBONO *Punti di vista critici e ricostruttivi*; STROUX *Summum ius summa iniuria* tutti in *Annali Sem. giurid. di Palermo* XII (1929); STROUX *Griechische Einflüsse* etc. *Atti Congr. diritto romano* I, 113 segg.; Cfr. anche SCHULZ *Prinzipien* Monaco 1934 p. 27 segg., 88-89.

li della scienza giuridica e poscia, con questi concetti così ricavati, ha proceduto alla costruzione di un sistema, per quanto era possibile, unitario ed armonioso.

Questa giurisprudenza sistematrice ha compiuto a Roma e con materiale romano un'opera analoga a quella che già per l'innanzi avevano compiuto in Grecia i sistematori delle altre discipline: ad es. Aristotile<sup>2</sup> per le scienze logiche, per la retorica e per la metafisica; Euclide per la geometria; i grammatici per la τέχνη γραμματική<sup>3</sup> e così via.

§ 3. L'utilità e la necessità di rivolgere l'indagine verso questi primi albori della giurisprudenza sistematica è, dunque, grande. La giurisprudenza posteriore non fa che aggiornare, ritocandolo e, soprattutto, estendendolo, il sistema di principii giuridici che ha a lei tramandato questa prima giurisprudenza sistematrice; il sistema di Sabino, ad es., deve essere già implicitamente contenuto, almeno nelle sue linee essenziali, in quello di Servio e di Scevola<sup>4</sup>; gli sviluppi degli istituti giuridici devono potersi ricondurre alla feconda germinazione dei principii posti in questo sistema originario; e la stessa opera creatrice del pretore non prescinde da queste originarie categorie giuridiche sul modello delle quali, anzi, quest'opera si svolge.

Sotto certi riguardi non è errato affermare che questo sistema originario della giurisprudenza romana, quale viene elaborato nell'ultimo scorcio della repubblica, ebbe sullo sviluppo posteriore della giurisprudenza – romana e anche moderna – quella stessa influenza che esercitò sullo sviluppo della geometria il sistema euclideo degli *elementa* e, nel campo della logica e della metafisica, quella che esercitò il sistema aristotelico della logica e della metafisica. Quello che Aristotile fece per la logica e la metafisica, Euclide per la geometria, Dionisio Trace per la grammatica etc. fece la giurisprudenza romana di quest'epoca per la scienza giuridica: per tutte queste discipline vennero create le categorie, i principii fondamentali: ed è per questo che come nessuno studioso di logica o di metafisica può prescindere da Aristotile, nessuno studioso di geometria può prescindere da Euclide etc., così nessuno studioso di diritto può prescindere dalla conoscenza di questo sistema nel quale sono poste le fundamenta prime della scienza giuridica<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Per Aristotile, in generale, IAEGER *Aristoteles*; per le opere logiche e retoriche SOLMSEN *Die Entwicklung der aristotel. Logik und Rhetorik* Berlin 1933; per la retorica, in generale, VOLKMANN *Die Rhetorik der Griechen und Römer* Leipzig 1885.

<sup>3</sup> BARWICK *Remmius Palaemon und die röm. Ars grammatica* Leipzig 1922 (Philologus Suppl. XV) *passim*, specie 229 segg. USENER *Ein altes Lehrgebäude der Philologie* Kleine Schriften II, 265 segg.

<sup>4</sup> VOIGT *Das Aelius und Sabinus System* p. 337 segg.; e soprattutto LENEL *Das Sabinusystem* (1892): ora FREZZA *Osservazioni sopra il sistema di Sabino* (1933).

<sup>5</sup> Per la diffusione della cultura greca a Roma in questo periodo cfr. lo studio ampio del TARTARA *I precursori di Cicerone* p. III, 383 segg. in *Annali Univ. Toscane* vol. 18 (1888). Cfr. anche la letteratura citata da SCHULZ op. cit. 88<sup>109</sup>.

§ 4. Quando sorge e come sorge questo sistema? Cicerone attesta esplicitamente in vari luoghi delle sue opere, tre cose: 1) che la parte prevalente della giurisprudenza del suo tempo è ancora empirica, priva di nessi sistematici (*ius civile nunc diffusum et dissipatum* de orat. § I 142); 2) che si sente, però, il bisogno di sistemare e che questa sistemazione è, anzi, un'opera già compiuta in Servio; 3) che cotesta sistemazione è frutto qui, come già nelle altre discipline, dell'applicazione di quella scienza della costruzione scientifica che è la *dialectica* (cioè l'*ars dialectica* – arte logica – le cui leggi sono state per la prima volta ridotte a sistema da Aristotile).

Analizziamo partitamente questi tre punti.

§ 5. Lo stato empirico in cui si trova quasi tutta la giurisprudenza di questo periodo è testimoniato da Cicerone in vari punti. Nel *de oratore* egli lamenta la grande difficoltà – *ista cognitio iuris magna atque difficilis* § I 185 – che c'è ad apprendere il diritto a causa specialmente della mancanza in esso di un sistema. Anche dopo la pubblicazione del *liber actionum* da parte di Gn. Flavio *nulli fuerunt, qui illa artificiose digesta generatim componerent* (I § 186). D'altro canto, fa dire Cicerone a Crasso, non è possibile sistemare senza prima possedere quell'arte sistematrice la quale insegna *ut ex iis rebus, quarum ars nondum sit artem efficere possit* (I § 186). È vero che quest'arte è stata già applicata ad altre discipline – musica, geometria, grammatica, astronomia, retorica – le quali sono così passate dalla confusione in cui si trovavano in origine ad una vera sistemazione scientifica (*omnia fere, quae sunt conclusa nunc artibus, dispersa et dissipata quondam fuerunt* I § 187). Cotesta applicazione, però, non è stata ancora fatta allo *ius civile* che è tuttavia *diffusum et dissipatum* (I § 142; § 191 *haec quae dispersa sunt*) e che bisognerebbe, invece, *in certa genera riunire et ad artem facilem reducere* (§ 142). È anzi proprio questa l'idea che Cicerone fa esporre a Crasso: applicare quest'arte sistematrice al diritto e formare così un vero sistema giuridico: *si enim aut mihi facere licuerit, quod iam diu cogito, aut alius quispiam aut me impedito occuparit aut mortuo effecerit, ut primum omne ius civile in genera digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat, tum propriam cuiusque vim definitione declaret, perfectam artem iuris civilis habebitis, magis magnam atque uberem, quam difficilem et obscuram* § 190). Solo in questo modo si potrebbe ovviare al grave danno della confusione e della dispersione che rendono ancora così difficile ed oscura la giurisprudenza (*Brutus* § 152: tranne Servio, che era appunto attrezzato filosoficamente, – cfr. *de leg.* I § 17 – gli altri giuristi agivano e rispondevano *confuse*: e altrove – *de leg.* II § 47 – si dice dei giuristi che *saepe quod positum est in una cognitione id in infinite dispertiuntur*). Queste testimonianze di Cicerone concordano del resto con quello che ci riferisce Pomponio in ordine alla storia della giurisprudenza (D. 1. 2. 2 § 41): secondo Pomponio la prima vera sistemazione (intrinseca – non estrinseca, come la precedente sistemazione eliana se-

condo le leggi logiche dei *genera* e delle *species, generatim*) è dovuta a Q. Mucio Scevola il quale *ius civile primus constituit generatim* – cfr. *de orat.* I § 186 – *in libros decem et octo redigendo*.

§ 6. Risulta già da quanto si è detto come il bisogno di procedere ad una sistemazione della scienza giuridica fosse al tempo di Cicerone vivamente sentito. Un tentativo di questo genere venne compiuto da Q. Mucio Scevola: (D. 1. 2. 2 § 42): ma pare, almeno a giudizio di Cicerone (*Brutus* § 152) che costoso tentativo non fosse riuscito. Scevola cercò di sistemare applicando i principii dell'arte logica (... *ius civile constituit generatim* D. 1. 2. 2 § 41): sembra però che egli si sia smarrito in questa opera sistematrice non dimostrando forte capacità di sintesi (... *quod positum est in una cognitione id in infinite disperitiuntur*. de leg. II § 47 ove il rimprovero è manifestamente rivolto a Scevola. Cfr. Gai I, 188; D. 41. 2. 3 § 23).

Quando Cicerone scriveva il *de oratore* (55 a.C.) una sistemazione così fatta dello *ius civile* non era ancora avvenuta. È per questo che egli fa dire a Crasso che è ormai tempo che anche lo *ius civile*, come già è avvenuto per le altre discipline, riceva la sua sistemazione (§§ 185 segg.): e di questa sistemazione vengono addirittura tracciate le linee. Cicerone mette in bocca a Crasso, come abbiamo visto (§ 5), la promessa che egli procederà a cotesta sistemazione. *Est enim... ille hoc pollicitus, ius civile, quod nunc diffusum et dissipatum esset, in certa genera coacturum et ad artem facilem redacturum* (I § 142). Il giorno innanzi, infatti, Crasso, come già si è visto (§ 5), aveva promesso che se gli fosse stato possibile avrebbe proceduto alla sistemazione dello *ius civile* seguendo questi principii: posto prima il fine dello *ius civile* (*sit ergo in iure civili finis hic, legitimaе atque usitatae in rebus causisque civiutum aequabilitatis conservatio* I § 188), *tum sunt notanda genera et ad certum numerum paucitatemque revocanda*. Ora ogni genere, per definizione, contiene due o più parti (*genus autem est id quod sui similes communionem quadam, specie autem differentes, duas aut plures complectitur partes* § 189). Avremo quindi una divisione del trattato in generi e in parti: ora, degli uni e delle altre si procederà subito alla definizione (*omniave quae sunt vel partium nomina, definitionibus quam vim habeant, est exprimendum* I § 189). E riassumendo (*nunc complectar quod proposui brevi*) Crasso dà nel modo già citato (§ 5) le linee del suo sistema: ... *effecerit, ut primum omne ius civile in genera digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra disperiat, tum propriam cuiusque vim definitione declaret* (I § 190).

Una sistemazione di tal fatta è già un'opera compiuta quando Cicerone scrive il *Brutus* (46 a.C.): e quest'opera è merito di Servio Sulpicio Rufo. Alla domanda di Bruto se anteponga Servio a Scevola, Cicerone risponde: *Sic enim, inquam, Brute, existimo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse; artem in hoc uno: quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, la-*

*tentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia* (§ 152). È, dunque, Servio che per la prima volta ha elevato la giurisprudenza a vera scienza (*artem in hoc uno*; cfr. *de leg.* I § 17) e questo egli ha potuto fare applicando alla giurisprudenza l'arte del sistemare, quest'arte che insegna a dividere ed a definire, riducendo così ad unità ciò che altrimenti resta confuso e dissipato. Egli appunto introdusse per primo nella giurisprudenza quest'arte *omnium artium maximam* che è vera luce (*quasi lucem*) *ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur* (§ 153).

Cicerone stesso – secondo quanto riferisce Gellio (I, 22) – scrisse un trattato di *ius civile* ispirato ai principii di quest'arte sistematrice (*de iure civili in artem redigendo*).

§ 7. Anche il terzo punto che ci eravamo proposto di provare (§ 4) risulta ormai dimostrato: cioè, che la sistemazione dello *ius civile* è una conseguenza della applicazione della dialettica al diritto (... *dialecticam mihi videris dicere inquit* Brut. § 153); questa era una vera scienza della costruzione scientifica perché forniva i principii regolatori per la edificazione del sistema scientifico: tutte le discipline più importanti si erano impossessate di questa scienza e si erano così esse stesse elevate alla dignità di scienza. Anche sopra questi punti le testimonianze di Cicerone sono sicure.

Sappiamo ormai cosa significhi ridurre *ad artem*: significa ridurre a sistema, dare unità a ciò che è confuso e dissipato, trovare i nessi fra le parti, organizzare le cognizioni in modo che le une dipendano dalle altre, trasformare le parti staccate in membra di un unico organismo di pensiero: insomma porre ordine e logicità nel sapere (*plura in unum cognoscere*).

Ridurre lo *ius civile in artem* significa concentrare *quod est diffusum et dissipatum in certa genera* (de orat. I § 142); significa dividere lo *ius civile* in pochi generi fondamentali poscia ramificare questi generi nelle loro parti (*quasi quaedam membra*) e poi ancora determinare mediante la definizione l'essenza di tutti questi generi e di tutte queste parti: in questo modo *perfectam artem iuris civilis habebitis* (§ 190). Allo stesso modo si è proceduto per ridurre ad arte le altre discipline: la musica, l'astronomia, la geometria, la grammatica, la retorica che un tempo erano costituite da un complesso di cognizioni slegate (*quondam dispersa et dissipata*) vennero sistemate con la dialettica (*sunt nunc artibus conclusa*). Cfr. Brut. § 153; Orator § 113 *Omnia fere, quae sunt conclusa nunc artibus, dispersa et dissipata quondam fuerunt; ut in musicis numeri et voces et modi; in geometria lineamenta, formae, intervalla, magnitudines; in astrologia coeli conversio, ortus, obitus motusque siderum; in grammaticis poetarum pertractatio, historiarum cognitio, verborum interpretatio, pronuntiandi quidem sonus; in hac denique ipsa ratione dicendi (retorica) excogita-*

*re, ornare, disponere, meminisse, agere, ignota quondam et diffusa late videbantur* (de orat. I § 187).

Quest'arte sistematrice che ha agito come lievito trasformatore è, appunto, la dialettica; essa infatti insegna quali sono i principii secondo cui bisogna sistemare e può davvero chiamarsi la scienza della costruzione scientifica: essa è veramente la luce che pone chiarezza ove prima regnava confusione ed è l'arte delle arti, la disciplina delle discipline, il *prius* rispetto ad ogni vero insegnamento scientifico (*ars omnium artium maxima* Brut. § 153). Quest'arte dialettica è un ramo delle discipline filosofiche: *adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi adsumunt, quae rem dissolutam divulsamque conglutinet et ratione quadam constringeret* (de orat. I § 188). Perciò non è possibile senza questa *philosophorum disciplina genus et speciem cuiusque rei cernere neque eam definiendo explicare nec tribuere in partes possumus nec iudicare quae vera quae falsa sint neque cernere consequentia, repugnantia videre, ambigua distinguere* (orator § 16). La conoscenza della dialettica, quindi, è fondamentale e preliminare tanto per l'oratore (*esse igitur perfecte eloquentis puto non eam solum facultatem habere, quae sit eius propria, fuse lateque dicendi, sed etiam vicinam eius atque finitimam dialecticorum scientiam adsumere* orat. § 113 segg.), quanto per il giurista (come è avvenuto per Servio *Brutus* § 153) e per qualsiasi altro studioso (*de orat.* I § 187). Si può dire per tutti che non si può ridurre ad arte alcuna disciplina se prima non si possiede quest'arte dialettica: *nihil est enim quod ad artem redigi possit, nisi ille prius, qui illa tenet, quorum artem instituere vult, habet illam scientiam, ut ex iis rebus, quarum ars nondum sit, artem efficere possit* (de orat. I § 186). Si può, quindi, estendere ai giuristi ed ai cultori di tutte le discipline quanto Cicerone categoricamente afferma per l'oratore: *positum sit igitur in primis sine philosophia non posse effici, quem quaerimus, eloquentem: non ut in ea tamen omnia sint, sed ut sic adiuvet ut palestra histrionem – parva enim magnis saepe rectissime conferuntur –; nam nec latius neque copiosius de magnis variisque rebus sine philosophia potest quisquam dicere* (Orator § 14). La filosofia (e con questo termine Cicerone intende riferirsi alla dialettica, cioè all'*ars disserendi*, all'arte sistematrice (*orator* § 16; *de orat.* I § 186; *orator* § 113; *Brutus* § 153) è la necessaria ausiliatrice di ogni disciplina: essa offre, infatti, ad ogni disciplina il mezzo per organizzarsi a sistema. È per questo che, ad es., Socrate nel Fedro di Platone considerò Pericle come eminente rispetto a tutti gli altri oratori: egli, infatti, aveva appreso fra l'altro, alla scuola di Anassagora, i principii sistematori dell'oratoria: lo stesso dicasi per Demostene *cuius ex epistulis intelligi licet quam frequens fuerit Platonis auditor* (orator § 15).

§ 8. Quali sono le leggi fondamentali di questa *ars disserendi*? Cioè, essendo la dialettica l'arte della costruzione scientifica, quali sono i principii fondamentali, secondo i quali bisogna costruire?

La costruzione ha luogo mediante la divisione e la definizione. Dividere e definire sono le due operazioni fondamentali per mezzo delle quali si erige un edificio scientifico (il sistema). La divisione crea la nervatura del sistema: essa ha per fondamento le partizioni in *genera* e *species*: la definizione, per contro, ha funzione unificatrice, perché nella sintesi che essa realizza coordina, riducendole ad unità, tutte le parti che la divisione ha generate. La pluralità nell'unità, l'unità nella pluralità; è questa la legge che regola intrinsecamente ogni sistema scientifico.

Ora questa *ars disserendi*, questa *scientia dialecticorum* (orator §113) che ha prodotto tali meraviglie nel campo della cultura più varia (orator § 14; de oratore I § 187) insegna appunto a dividere, a definire e ad argomentare. E ancora per questi punti le testimonianze di Cicerone non potrebbero essere più esplicite.

Si richiami il testo del *Brutus* (§ 152) relativo a Servio: questi non avrebbe potuto ridurre a sistema il diritto *nisi eam didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando etc.* Così si dice nel *de oratore* I § 188 *ars... quae rem dissolutam divulsamque conglutinat et ratione quadam constringit.* Queste operazioni della dialettica sono esplicitamente indicate in *Orator* § 16: *nec vero sine philosophorum disciplina genus et speciem cuiusque rei cernere neque eam definiendo explicare nec tribuere in partes possumus nec iudicare quae vera quae falsa sint neque cernere consequentia, repugnantia videre, ambigua distinguere.* Scorgere il *genus* e la *species* di una cosa, definirne, perciò, l'essenza, procedere poscia alla partizione in base ai *genera* ed alle *species* conosciute, e, infine, giudicare ed argomentare, sono tutte coteste le fasi progressive della conoscenza scientifica che si riassumono appunto nel definire, dividere ed argomentare.

Queste operazioni dell'intelletto mediante le quali si perviene alla *divisio*, alla *definitio* ed alla *argumentatio* – operazioni studiate appunto dall'*ars dialectica* – vengono con molta perspicuità esposte nell'*orator* (§§ 115 segg.) ove Cicerone segue certamente la traccia dei manuali di dialettica allora in uso. *Noverit primum* – dice Cicerone a proposito di colui che voglia essere vero oratore – *vim, naturam, genera verborum et simplicium et copulatorum; deinde quot modis quidque dicatur; qua ratione verum falsumne sit iudicetur; quid efficiatur e quoque; quid cuique consequens sit quidque contrarium quumque ambigue multa dicantur; quomodo quidque eorum dividi explanari oporteat* (§ 115).

Vedremo (§ 9) come queste conoscenze che qui Cicerone indica corrispondano perfettamente, nella sostanza e nella forma, a quelle che si ricavano dalle opere logiche di Aristotile (categorie, analitici, topica). Quel che ci preme ancora mettere in luce è la insistenza con la quale Cicerone ritorna sopra le due leggi fondamentali della costruzione scientifica: quella del definire e quella del dividere.

In ogni trattazione è anzitutto necessario – dice il N. in vari luoghi – che si ponga chiaramente in luce, mediante la definizione, l'essenza della cosa che forma oggetto del nostro studio. *Et quoniam in omnibus, quae ratione docentur*

(trattazione scientifica) *et via* (conversazione), *primum constituendum est quid quidque sit – nisi enim inter eos, qui disceptent, convenit quid sit illud, de quo ambigitur, nec recte disseri nec umquam ad exitum pervenire potest – explicanda est saepe verbis mens nostra de quaque re atque involutae rei notitia definiendo aperienda est* (§ 116). La definizione, infatti, *est oratio, quae quid sit id, de quo agitur, ostendit quam brevissime* (§ 116).

Trovata la definizione è possibile la divisione: perché dividere significa isolare, per la ricerca, le specie e, quindi, le parti, di cui consta, il genere al quale la cosa definita appartiene. *Tum, ut scis, explicato genere cuiusque rei videndum est quae sint eius generis formae sive partes, ut in eas tribuatur omnis oratio* (§ 116) – Il vero oratore sia dunque così nutrito di dialettica *ut definire rem possit* e inoltre, *cum res postulabit, sappia egli partire e dividere genus universum in species certas ut nulla neque praetermittatur neque redundet* (§ 117).

Queste leggi della costruzione scientifica sono da Cicerone costantemente osservate: le sue opere più importanti – filosofiche, retoriche, politiche, giuridiche – e tutte le sue orazioni sono costruite secondo i principii dell'*ars dialectica*. *Ego vero faciam* – fa dire Cicerone ad Antonio nel *de oratore* (I § 209) – *quod in principio fieri in omnibus disputationibus oportere censeo, ut, quid illud sit, de quo disputetur, explanetur, ne vagari et errare cogatur oratio, si ii, qui inter se dissenserint, non idem etiam illud, quo de agitur intelligant* – Cfr. *Orator* § 116.

Si deve trattare intorno alla *res publica*? *Faciam* – farà dire Cicerone a Scipione (*De repub.* I § 38) – *quod vultis ut potero et ingrediar in disputationem ea lege, qua credo omnibus in rebus disserendis utendum esse si errorem velis tollere, ut eius rei de qua quaeritur, si nomen quod sit conveniat, explicetur quid declaretur eo nomine* (§ 38) ... *Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi; populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus* (§ 39). E sopra questa definizione gravita tutta la trattazione.

La definizione – e la divisione che necessariamente ne deriva – è il luogo (τόπος) principale dal quale vengono derivati gli argomenti: essa, quindi, ha un posto preminente nella trattazione della topica. La definizione, infatti, *quasi involutum evolvit id, de quo quaeritur* (Top. § 9).

Essa determina, distinguendole, le parti essenziali della cosa definita: ed in questa determinazione dà, per dir così, la membratura della cosa; le parti di cui la cosa consta *quasi membra sunt, ut corporis, caput, humeri, manus, latera, crura, pedes et caetera* (§ 30).

Questa necessaria connessione fra definizione e divisione appare più visibilmente quando Cicerone nella Topica (§ 28) classifica le definizioni: *definitiones aliae sunt partitionum, aliae divisionum: partitionum cum res ea, quae proposita est, quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse, quod in legibus, senatusconsultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistet. Divisionum autem definitio formas omnes com-*

*plectitur, quae sub eo genere sunt, quod definitur, hoc modo: ab alienatio est eius rei, quae mancipi est, aut traditio alteri nexu aut in iure cessio, inter quos ea iure civili fieri possunt.* In ambedue i generi di definizione si ha questo di comune: che la definizione dà luogo ad una divisione degli elementi che la costituiscono: e si capisce: la definizione, determinando la natura della cosa definita, determina per ciò stesso gli elementi generici, specifici e individuali di cui la cosa consta. Si ascolti ancora Cicerone quando mostra in che modo si può pervenire sino a dare l'esatta definizione di una cosa.

*Sic igitur veteres praecipunt: quum sumpseris ea, quae sint ei rei, quam definire velis, cum aliis communia, usque eo persequi, dum proprium efficiatur, quod nullam in aliam rem transferri possit* (Topica § 29): e seguendo cotesto principio Cicerone passa a dare due esempi del modo come si perviene alla definizione: 1) per la definizione di *hereditas* 2) per quella di *gentilis* (Top. § 29).

L'intelaiatura, quindi, e la nervatura del sistema scientifico sono fornite dalla divisione e dalla definizione che costituiscono, assieme alla argomentazione, le operazioni fondamentali dell'arte dialettica.

§ 9. Quali sono, in tutto ciò, le fonti di Cicerone? Gli stoici e, pel loro tramite, Aristotile; non manca, però, la conoscenza diretta delle opere aristoteliche; il confronto tra il contenuto di queste ultime (intendo le opere costituenti l'ὄργανον) riferentisi tutte alle leggi fondamentali del pensiero (leggi logiche) e le teorie cui Cicerone aderisce, nei luoghi citati, in ordine alla costruzione del sistema scientifico, coincidono perfettamente.

La citazione diretta di Aristotile è fatta dallo stesso Cicerone nel luogo dell'*orator* (§§ 113 segg.) ove richiede anzitutto per l'oratore perfetto una compiuta educazione dialettica. *Esse igitur perfecte eloquentis puto non eam solum facultatem habere, quae sit eius propria, fuse lateque dicendi, sed etiam vicinam eius atque finitimam dialecticorum scientiam adsumere.* Di questa scienza, necessaria all'oratore, esistono fonti recenti e fonti più lontane: le prime sono stoiche, le seconde – dalle quali, peraltro, le prime sono derivate – aristoteliche. Per l'apprendimento della dialettica vi è dunque una duplice via (... *quae quidem res duplicem habet docendi viam*): *Nam a) et ipse Aristoteles tradidit praecepta plurima disserendi et b) postea qui dialectici dicuntur spinosiora multa pepererunt* (§ 114).

Quindi o affrontare direttamente Aristotile, o affrontarlo indirettamente, pel tramite dei *dialectici*: comunque ciò sia, è necessario per l'oratore *non esse earum rerum omnino rudem, sed vel illa antiqua vel hac Chryssippi disciplina institutum* (§ 115).

La citazione di Aristotile la ritroviamo nella Topica che è addirittura una riduzione di quella aristotelica. Trebazio si trova a Tusculo e visita la biblioteca di Cicerone: esaminando i libri che vi si trovavano egli si incontra con la Topica di Aristotile (... *incidisti in Aristotelis Topica quaedam, quae sunt ab illo pluribus libris explicata* § 1). Trebazio meravigliato di questo titolo dei libri aristo-

telici ne domanda spiegazione a Cicerone (*qua inscriptione commotus continuo a me librorum eorum sententiam requisisti* § 1). Segue un interessante colloquio fra Cicerone e Trebazio sulla importanza della topica; Trebazio vuole apprendere questa *ars disserendi* e poiché non si trova un buon maestro che gliela insegni (i libri di Aristotele erano difficili e Trebazio non si sentì in grado di affrontarne da solo lo studio ... *a libris te obscuritas reiecit* § 3) Cicerone decide di compilare lui stesso, dedicandolo all'amico che gliene forniva l'occasione, un manuale di Topica (§§ 4-5).

Una cosa, dunque, è certa: che le opere di Aristotele si trovavano nella biblioteca di Cicerone il quale le aveva così assimilate da potere compilare a memoria (... *itaque haec, quum mecum libros non haberem, memoria repetita in ipsa navigatione conscripsi* Top. § 5) la riduzione latina della Topica.

E quanto alla dottrina, forse che non c'è coincidenza fra quella contenuta nei libri dell'ὄργανον (*categoriae, de interpretatione, analitica priora, analitica posteriora, topicorum*) e quella di cui appare imbevuto Cicerone?

Prescindendo dalla Topica, che per testimonianza dello stesso Cicerone coincide sostanzialmente con quella aristotelica, basta leggere *Orator* § 115 per persuadersi della aristotelicità della dottrina ivi esposta da Cicerone: *l'oratore noverrit primum vim, naturam, genera verborum et simplicium et copulatorum; deinde quot modis quidque dicatur; qua ratione verum falsumne sit iudicetur; quid efficiatur e quoque; quid cuique consequens sit quidque contrarium; quumque ambigue multa dicantur, quomodo quidque eorum dividi explanari oporteat*. Questa analisi delle operazioni della mente corrisponde perfettamente a quella che Aristotele descrive nelle sue opere logiche: nello studio dell'attività ideatrice bisogna passare per varie tappe: prima bisogna studiare le concezioni semplici, immediate, indivisibili, incomplete (concezioni singole, ancora senza legame: es. uomo, albero, giorno, etc.); bisogna poscia passare alle concezioni complesse (quelle che nascono dal legame che viene stabilito fra le concezioni semplici; giudizi nascenti dall'unione del predicato col soggetto); e, infine, partendo dal giudizio formulato bisogna, mediante il sillogismo, passare, per argomentazione, al ritrovamento di altri giudizi.

Ecco come S. Tommaso nei commentari agli analitici posteriori di Aristotele riassume la dottrina aristotelica: *Oportet logicae partes accipere secundum diversitatem actuum. Sunt autem rationis tres actus quorum primi duo sunt rationis secundum quod est intellectus quidam. 1) Una enim actio intellectus est intelligentia indivisibilium sive incomplexorum secundum quam concipit quid est res; et haec operatio a quibusdam dicitur informatio intellectus; et ad hanc operationem rationis ordinatur doctrina quam tradit Aristoteles in libro Praedicamentorum. 2) Secunda vero operatio intellectus est compositio vel divisio intellectus, in qua est iam verum vel falsum; et huic rationis actui deservit doctrina quam tradit Aristoteles in libro Perihermenias. 3) Tertius vero actus rationis est secundum id quod est proprium rationis, scilicet discurrere ab uno in aliud; ut per id quod est notum, deveniat in*

*cognitionem ignoti. Et huic actui deserviunt reliqui libri logicae* (analitica priora et posteriora; libri topicorum) S. THOM. *Comm. in Poster. Analytic.* I, I, lect. 1. Confrontando la dottrina logica esposta da Cicerone e quella aristotelica esposta da S. Tommaso si nota fra di esse una coincidenza perfetta.

Determinare il *genus* e la *species* di una cosa, illuminarla, quindi, mediante la definizione, isolarne gli elementi essenziali, sono operazioni che l'arte dialettica insegna a compiere. Come già si è visto, per Cicerone le tre fondamentali operazioni che la dialettica insegna a compiere sono la definizione, la divisione, l'argomentazione ... *nisi eam didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes* (divisione) *latentem explicare definiendo* (definizioni) *obscuram explanare interpretando ambigua primum dividere, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia* (argomentazione) Brutus § 152; Orator § 16 *Sed facillime discit auditor et quid agatur intelligit, si complectare a principio genus naturamque causae, si definias, si divides, si neque prudentiam eius impediatis confusione partium nec memoriam multitudine* (Part. orat. § 29) *De orat.* I § 190; I § 189; colui che sa dividere, definire ed argomentare è in grado di erigere un edificio scientifico: soltanto costui, se è giurista, potrà costruire il sistema scientifico della giurisprudenza (de orat. I § 190; I § 185, 187, 188).

Orbene: l'arte logica (o dialettica) di cui Aristotile ha dato le leggi si può così definire: *habitus intellectus docens modum definiendi, dividendi et arguendi*: l'ὄργανον aristotelico è, secondo S. Tommaso, quasi *sciendi instrumentum*: esso mira appunto a porre in grado ogni studioso a compiere queste tre operazioni dell'intelletto – definire, dividere, argomentare – mediante le quali si procede all'acquisto del vero sapere: *cuiusque rei cognitio tribus generalibus modis, ne dicam sciendi instrumentis, comparatur, nempe: divisione, definitione et argumentatione* (BALDI *instit. logic.* ed. Lepicier Romae typ. vat. 1906 p. 1).

§ 10. Le scienze si sono costituite, dice Cicerone (de orat. I § 186, 187, 188), col soccorso di questa scienza delle scienze (*ars omnium artium maxima* Brut. § 153) che è la dialettica.

Quando Cicerone lamenta la mancanza di sistemazione nella giurisprudenza (Brut. § 152; de orat. § 186) egli ha davanti a sé i modelli che di tale sistemazione gli offrono le altre discipline: musica, geometria, astronomia, grammatica, retorica (de orat. I § 187) e, naturalmente, dialettica.

Orbene, cotesti modelli che noi, almeno in parte, possediamo sono costruiti secondo i due principii del dividere e del definire.

Si tenga ad es. presente la *introductio harmonica* di Euclide (EUCLIDES op. omn. vol. VIII Lipsia). Si comincia, con la definizione, a determinare l'essenza dell'ἁρμονική – Ἄρμονική ἐστὶν ἐπιστήμη θεωρητικὴ τε καὶ πρακτικὴ τῆς τοῦ ἡρμωσμένου φύσεως κτλ. (*Harmonica est scientia naturam compositionis harmonicae et considerandi et exercendi. Harmonice compositum autem est*

*id, quod et ex sonis et ex intervallis ordinem quandam habentibus constat*). Poesia si passa alla determinazione delle parti di cui consta questa *harmonica compositio* (ἡρμωσμένον): queste parti sono sette: μέρη δὲ αὐτῆς ἔστιν ἑπτὰ· περί φθόγγων κτλ.

Determinate le parti si dà di ogni parte la definizione e si passa poscia alla trattazione analitica di ciascuna di esse.

Ecco un sistema scientifico con una nervatura che partendo da un punto centrale (la definizione) si ramifica (mediante la divisione) progressivamente e logicamente sino agli sviluppi più lontani di cui la definizione è capace.

Cotesta intelaiatura sistematica servirà più tardi alle *institutiones* musicali di Nicomaco tradotte (con qualche riduzione) da Boezio (BOETII *de instit. arithm., de instit. mus.* Lipsia 1867).

Quanto alla geometria, non è chi non abbia presente l'architettura perfetta degli Elementi di Euclide: sopra il fondamento dei postulati (αἰτήματα) e dei principi primi della ragione teoretica (κοινὰ ἔννοιαι), partendo dalle definizioni (ὅροι) si erige tutto il grandioso edificio della scienza geometrica.

Se passiamo all'*ars grammatica* (τέχνη γραμματική) ritroviamo ancora in essa questa struttura sistematica che parte dalla definizione e si ramifica, per divisione, nelle *partes*.

La τέχνη di Dionisio Trace il grammatico (100 a.C.) comincia subito così: Γραμματική ἔστιν ἐμπειρία τῶν παρὰ ποιηταῖς τε καὶ συγγραφεύσιν ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ λεγομένων. Dopo la definizione si passa alla divisione delle parti: μέρη δὲ αὐτῆς ἔστιν ἕξ· πρῶτον ... δεύτερον ... κτλ.

Di ciascuna di queste sette parti si dà la definizione e si fa l'analisi. C'è così una intelaiatura di regole grammaticali che resterà salda nonostante gli ampliamenti e gli ammodernamenti dei tempi posteriori<sup>6</sup>. Per la retorica, il *de inventione* che Cicerone stesso aveva scritto ricalcando modelli anteriori latini (*Auct. ad Herennium*) e greci offre un esempio lucido dell'applicazione anche a questa disciplina dell'arte sistematica.

Il piano del lavoro è tracciato dall'autore stesso: *sed antequam de praeceptis oratoriis dicimus, videtur dicendum de genere ipsius artis, de officio, de materia, de partibus*. Tutta la trattazione, divisa in due libri, è dominata dalle due leggi sistematiche del definire e del dividere: c'è, quindi, anche qui una ramificazione ampia di parti che formano nel loro insieme un sistema organico di regole. Del resto tutta la produzione ciceroniana è disciplinata – ora più, ora meno rigorosamente – da quest'arte del costruire.

Questa fisionomia sistematica l'hanno ormai tutte le altre discipline: l'architettura (si pensi a Vitruvio), l'astronomia, la medicina e così via. A maggior

<sup>6</sup> BARWICK *Remmius Palaemon* cit. *passim*; e *Ars Grammatica* di CHARISIUS ed. Barwick XVIII sgg.

ragione, poi, essa appare nelle trattazioni della dialettica. I concetti fondamentali della dialettica sono quelli di genere, specie, differenza, predicato che sono gli elementi costitutivi della definizione e della divisione; ad essi vanno uniti gli altri concetti di giudizio e sillogismo, che sono gli elementi essenziali del ragionamento. Ora la trattazione dell'arte sistematrice offre essa per prima un modello di sistemazione che è valevole per ogni disciplina.

§ 11. È allora ben comprensibile che Cicerone, educato alla severa bellezza della sistematica greca, auspichi con tanto ardore che questa arte sistematrice venga a porre ordine ed unità nelle membra sparse della giurisprudenza romana.

Quando la cultura di un pericolo storico è in grado di offrire modelli sublimi di sistematica, quali sono in ispecie le opere logiche di Aristotele, o gli Elementi di Euclide (oltre gli altri trattati organici di grammatica, retorica, etc.) è naturale che ogni altra disciplina – epperò anche la giurisprudenza – debba essere lievitata da questo fermento trasformatore che è il sistema. Dopo il trionfo e l'invasione della cultura greca la giurisprudenza non può più fermarsi al grado di empiria in cui si trova nel II sec. a.C.; bisogna che essa pure si lasci sistemare entro le maglie di quel telaio che dà ordine ed unità ad ogni forma di sapere: il telaio della dialettica! I giureconsulti più colti di questo periodo (I sec. a.C.) iniziano quest'opera di trasformazione: Q. Mucio Scevola, Cicerone, Servio Sulpicio Rufo: quest'ultimo soprattutto fu il costruttore della prima opera giuridica sistematica: a parere di Cicerone – ed è un parere di grande valore perché proviene da una mente molto educata alle finzze della dialettica, e, quindi, molto esigente – quest'opera di Servio risponde in tutto (almeno, diciamo noi, come prima opera di sistemazione) ai principi dell'arte sistematica: ad essa possono riferirsi quelle linee costruttive che Cicerone disegnava – prima che venisse pubblicata l'opera di Servio – a proposito di una possibile opera sistematica di giurisprudenza; *Tum sunt notanda genera et ad certum numerum paucitatemque revocanda. Genus autem est id, quod sui similes communiione quadam, specie autem differentes, duas aut plures complectitur partes. Partes autem sunt quae generibus iis, ex quibus manant, subiiciuntur; omniaque, quae sunt vel generum vel partium nomina, definitionibus, quam vim habeant, est exprimendum. Est enim definitio rerum earum, quae sunt eius rei propriae, quam definire volumus, brevis et circumscripta quaedam explicatio.*

Seguendo cotesta intelaiatura di *genera* e di *species* ed illuminandola con le *definitiones* si otterrà quanto Cicerone desidera: che cioè il costruttore di questo sistema *primum omne ius civile in genera digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat, tum propriam cuiusque vim definitione declarat.* (de orat. I § 190). Ora è proprio in questo senso che Servio ha costruito: Cicerone che conosce bene l'arte sistematrice – arte che ha applicata egli stesso al diritto, scrivendo il trattato *de iure civili in artem redigendo* – non esitò ad affermarlo: se negli altri giureconsulti vi è molta giurisprudenza

pratica l'arte non si trova che in Servio: egli solo ha saputo applicare al diritto questa arte che è *ars artium maxima* e che porta, nella materia che disciplina, luce e ordine (Brutus § 152).

§ 12. Queste linee sistematiche dell'opera di Servio sono ancora visibili nei resti della giurisprudenza classica a noi pervenuti? Ecco il problema che deve ora essere risolto. A questa soluzione dedicheremo uno studio ulteriore: per ora limitiamoci a domandare: forse che il sistema delle istituzioni gaiane non rispecchia perfettamente questa ramificazione di parti – *ius civile in genera disperiat, deinde eorum generum quasi quaedam membra disperiat* (de orat. I § 190) – che conferisce alla scienza chiarezza ed unità? Il continuo ricorso alla *divisio* in queste istituzioni non è forse la consapevole applicazione di quella legge del dividere che assieme a quella del definire costituisce la legge fondamentale della costruzione scientifica? *Divisio*, in Gaio, non è, dunque, un termine tecnico indicante questa operazione sistematica?

Sono cotesti problemi che ricevono grande luce dalle ricerche precedenti.

§ 13. Non ci resta, in conclusione, che confermare quanto dicemmo al principio: il lievito trasformatore della giurisprudenza – come lo era già stato delle altre discipline – è l'arte dialettica, la scienza della costruzione scientifica. Seguendo i principi di quest'arte sistematica – definire e dividere – i giuristi romani dell'ultimo secolo della repubblica (Servio in ispecie) costruiscono l'edificio della giurisprudenza sistematica.

A questo fine analizzano il dato giuridico traendo da esso principi e leggi che verranno poste a base del sistema. Vengono così a formarsi quelle fondamentali categorie giuridiche dalle quali partiranno i giureconsulti posteriori per la ulteriore amplificazione della scienza giuridica.

La ricerca precedente ci ha mostrato, per l'ultimo sec. della repubblica: 1) lo stato empirico della giurisprudenza alla quale non è stato ancora applicato il metodo scientifico; 2) la necessità sentita di procedere a tale applicazione; 3) l'opera sistematica iniziata da Servio; 4) il parallelismo di struttura fra il sistema già in uso nelle altre discipline ed il sistema applicato alla giurisprudenza; 5) la causa di tale parallelismo consistente nell'applicazione a tutte le discipline dei principii di una unica arte sistematica: la dialettica (di origine aristotelica).

Ci resta ora a vedere come cotesta giurisprudenza sistematica abbia influito su tutta la giurisprudenza posteriore e come le linee del suo sistema siano rimaste quasi inalterate nelle opere c.d. didattiche (es. il manuale istituzionale di Gaio).

1935



## LA GENESI DEL SISTEMA NELLA GIURISPRUDENZA ROMANA\*

### III. IL METODO(\*)

SUMMARIUM. – Auctor putat iurisconsultos Romanos, qui postremo rei publicae saeculo floruerunt, methodum sumpsisse tam a scriptis Graecorum geometrarum quam a scriptis Graecorum philosophorum, praesertim Aristotelis.

#### I

§ 1. Chi osservi la struttura logica degli scritti dei giuristi romani e la compari con quella degli scritti dei geometri greci (Euclide) e di Aristotele (specie i libri dell'ὄργανον) si persuade della verità del parallelismo che Leibniz<sup>1</sup> notava

\* «Studia et documenta historiae et iuris», I, 1935, pp. 319-348 (anche estratto: Apollinaris, Roma 1935, pp. 3-32; poi confluito in: *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, Università degli Studi, Facoltà di Giurisprudenza, Firenze 1972, pp. 51-86).

(\*) Cfr. gli studi precedenti: *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, Problemi generali*, in *Studi in onore di F. Virgili*, Siena 1935; *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L'arte sistematrice*, in *Bull. ist. di dir. rom.*, Roma 1934.

<sup>1</sup> LEIBNIZ, *Opera omnia* (ed. Lud. Dutens) tom. 4 epist. 1 (p. 254) epist. 15 (p. 257) *Dixi saepius post scripta geometrarum nihil exstare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Iurisconsultorum scriptis comparari possit: tantum nervi inest, tantum profunditatis. Et quemadmodum remotis titulis e caeteris operis integri indicii, demonstrationem Lemmatis alicuius geometrici ex Euclide aut Archimede aut Apollonio aegre discernas, et ad auctorem suum referas, adeo omnium idem stylus videtur, tanquam ipsa ratio per horum virorum ora loqueretur, ita iurisconsulti etiam romani sibi gemelli sunt, ut sublati indicii etc.* (ep. 15); ... *Romani in omni genere doctrinae Graecis cedunt. Ab iis Philosophiam, Medicinam, studia Mathem. mutuo sumpserunt... in una Iurisprudencia regnant. (ib.); Caeteroquin ego, Digestorum opus, vel potius auctorum unde excerpta sunt, labores admiror, nec quidquam vidi, sive rationum acumen, sive dicendi nervos spectes, quod magis accedat ad mathematicorum laudem. Mira est vis consequentiarum, certatque ponderi subtilitas* (ep. 1). Cfr. IHERING, *L'esprit du Droit Romain* Paris 1858, I, 328; III, 5 segg. On peut soutenir avec une certitude apodictique que les principes de la méthode mathématique seront invariablement les mêmes pour tous les temps. Il en va de même de la méthode juridique. La voie parcourue par le droit romain ancien, est la voie absolue de la jurisprudence; elle n'est pas plus romaine, que grecque celle qu'ont suivie en mathématiques Euclide et Archimède.

fra questi scritti<sup>2</sup>: essi sono, infatti, costruiti secondo le medesime leggi architettoniche<sup>3</sup> e mostrano quel massimo di ordine, di simmetria, di definito, che Aristotele considera come propri delle matematiche e come espressioni massime della bellezza<sup>4</sup>.

## II

§ 2. Queste leggi di costruzione sono quelle del metodo deduttivo<sup>5</sup>: la scienza è ricavata per deduzione, logicamente, suoi principî (*tota scientia in principis continetur*)<sup>6</sup>: l'unità, l'ordine, la simmetria e, quindi, la bellezza dell'edificio scientifico derivano dalla concatenazione logica con cui le conclusioni vengono, da un principio anche lontano, le une dalle altre ricavate.

Ma perché un edificio scientifico cosifatto possa essere costruito bisogna prima procedere ad un triplice ordine di ricerche:

1) ricercare i principî ed enunciarli.

Il principio (ἀρχή) è il punto di partenza del movimento intellettuale che conduce deduttivamente all'acquisto di un nuovo sapere; esso, però, è il punto di arrivo di una ricerca anteriore: il ritrovamento del principio, infatti, e la sua enunciazione sono frutto di una precedente attività sperimentale (osservazione della realtà) e logica (isolamento degli elementi semplici della realtà osservata e loro logico coordinamento – definizione, divisione).

2) ricercare le leggi della deduzione (il metodo).

<sup>2</sup> Il medesimo parallelismo si nota confrontando con gli scritti dei geometri, dei logici e dei giuristi quelli di S. Tommaso: anche le opere di S. Tommaso – specie la *Summa Theologica* e la *Summa contra gentes* – sono costruite col medesimo metodo.

<sup>3</sup> Cioè applicando i principî di una medesima arte architettonica (*ars artium* come Cicerone chiama la dialettica *Brut.* § 163). Questo nome di *ars architectonica* è dato da S. TOMMASO (*Contra gentes* I, 1) alle arti che sono *aliis principantes* (*Unde videmus, in artibus, unam alterius esse gubernativam et quasi principem ad quam pertinet eius finis. Sicut medicinalis ars pigmentariae principatur, et eam ordinat propter hoc quod sanitas, circa quam medicinalis versatur, finis est omnium pigmentorum, quae arte pigmentaria conficiuntur. Et simile apparet in arte gubernatoria, respectu navifactivae; et in militari, respectu equestris et omnis bellici apparatus. Quae quidem artes, aliis principantes, architectonicae nominantur, quasi principales artes*). Ora l'arte architettonica alla quale è dovuta la genesi della scienza in generale e della scienza giuridica in specie è la dialettica cfr. LA PIRA, *La genesi* etc., in *Bull.* cit. 338 segg. ARISTOTELE usa una espressione significativa: ἀρχιτεκτονική διάνοια per indicare la capacità teorizzatrice della mente (*Mor. Eudem.* I, 6, 4). Architetto, in senso tecnico, è colui che costruisce secondo le leggi dell'arte edificatoria (κατὰ τὴν οἰκοδομικὴν *Phis.* II, 3, 12). Come l'architetto edifica la casa, così lo scienziato edifica, secondo le leggi della scienza costruttiva, il suo edificio scientifico. In questo senso traslato di maestro, autore etc. cfr. anche CICERONE: *Epicurus inventor veritatis et quasi architectus beatae vitae* (de *Finib.* I, 32).

<sup>4</sup> τοῦ δὲ καλοῦ μέγιστα εἶδη τάξις καὶ συμμετρία καὶ τὸ ὀρισμένον ἢ μάλιστα δεικνύουσιν αἱ μαθηματικαὶ ἐπιστήμαι *Met.* XII, 3, 11.

<sup>5</sup> VAILATI, *Il metodo deduttivo come strumento di ricerca*, in *Scritti* 1911 p. 118 segg.

<sup>6</sup> S. THOMA, *Summa Th. passim*.

Le conclusioni devono essere ricavate seguendo certe leggi logiche che legittimano il processo di derivazione dai principî (le leggi del sillogismo).

3) ricercare le leggi della sistemazione.

La scienza, per effetto dell'analisi, si ramifica: questa ramificazione, per quanto ampia, non deve andare a scapito dell'unità: da qui la necessità che la sistemazione avvenga secondo certe leggi che permettono di realizzare l'unità nel molteplice (*plura in unum*).

### III

§ 3. La costruzione euclidea degli στοιχεῖα (*elementa*)<sup>7</sup> è fatta appunto secondo le leggi del metodo deduttivo: poggia sui principî, deduce secondo le leggi del sillogismo, sistema secondo le leggi dell'unità del tutto.

Per persuadersi di ciò basta aprire il primo libro: si comincia subito col porre gli ὄροι (*definitiones*).

I. σημειῶν ἐστίν, οὐ μέρος οὐδέν (*punctum est, cuius pars nulla est*)

II. γραμμὴ δὲ μῆκος ἀπλατές (*linea autem sine latitudine longitudo*)

III. γραμμῆς δὲ πέρατα σημεία (*lineae autem extrema puncta*)

Così continua l'elenco delle definizioni degli enti geometrici (1-23) [linea retta (4), superficie (5), estremi della superficie (6), superficie piana (7), angolo piano (8), angolo rettilineo (9), etc.].

Agli ὄροι che indicano gli enti subbietto della scienza geometrica seguono gli αἰτήματα (*postulata*), cioè certe costruzioni elementari prime, che vanno necessariamente presupposte perché si possa procedere alle costruzioni più complesse<sup>8</sup>.

I. ἡιτήσθω ἀπὸ παντὸς σημείου ἐπὶ πᾶν σημείον εὐθεῖαν γραμμὴν ἀγαγεῖν (*postuletur, ut a quovis puncto ad quodvis punctum recta linea ducatur*).

II. καὶ πεπερασμένην εὐθεῖαν κατὰ τὸ συνεχές ἐπ' εὐθείας ἐκβαλεῖν (*et ut recta linea terminata in directum educatur in continuum*).

III. καὶ παντὶ κέντρῳ καὶ διαστήματι κύκλον γράφεσθαι (*et ut quovis centro radioque circulus describatur*).

IV. καὶ πάσας τὰς ὀρθὰς γωνίας ἴσας ἀλλήλαις εἶναι (*et omnes rectos angulos inter se aequales esse*).

V. Postulato delle rette non parallele.

Dopo i postulati che sono propri della scienza geometrica segue l'elencazione delle κοινὰ ἔννοια, cioè degli assiomi che costituiscono principî primi di ogni dimostrazione: da essi parte e in essi in ultima analisi si risolve ogni processo discorsivo della mente.

<sup>7</sup> Cfr. sugli elementi di Euclide ENRIQUES, *Gli elementi di Euclide e la critica antica e moderna*, Bologna 1925, p. 30-32.

<sup>8</sup> VAILATI, *Intorno al significato della differenza fra gli assiomi ed i postulati nella geometria greca*, in *Scritti* p. 547 segg.

I. τὰ τῷ αὐτῷ ἴσα καὶ ἀλλήλοις ἐστὶν ἴσα (*quae eidem aequalia sunt, etiam inter se aequalia sunt*).

II. καὶ ἐὰν ἴσοις ἴσα προστεθῆ, τὰ ὅλα ἐστὶν ἴσα (*et si aequalibus aequalia adduntur, tota aequalia sunt*).

III. καὶ ἐὰν ἀπὸ ἴσων ἴσα ἀφαιρεθῆ, τὰ καταλειπόμενά ἐστὶν ἴσα (*et, si ab aequalibus aequalia subtrahuntur, reliqua sunt aequalia*).

Seguono altri assiomi e per ultimo si ha

VIII. καὶ τὸ ὅλον τοῦ μέρους μεῖζόν (*et totum parte maius est*).

Orbene: ὅροι, αἰτήματα e κοιναί ἔννοιαι costituiscono i principî sui quali poggia tutto l'edificio geometrico.

Si prendano, infatti, tutte le costruzioni del primo libro (1-48): esse ascendono da quelle più elementari a quelle più complesse [es. data una retta terminata costruire un triangolo equilatero (1); in un dato punto di una data retta costruire una retta eguale (2); e così via per tutte le possibili costruzioni relative alla retta – figure a tre e a quattro lati etc.]: orbene tutte queste costruzioni poggiano immediatamente (le più semplici) o mediamente (le più complesse, per la mediazione delle più semplici) sugli ὅροι, sugli αἰτήματα e sulle κοιναί ἔννοιαι<sup>9</sup>.

Se passiamo dal primo agli altri libri notiamo naturalmente il medesimo procedimento: vengono prima posti gli ὅροι relativi alle figure che formeranno oggetto di studio [es. il II° libro studia il parallelogrammo epperiò ne pone anzitutto la definizione; il III° libro studia il circolo epperiò vengono dati gli ὅροι relativi (1-11); il IV° libro studia il modo con cui vengono iscritte e circoscritte le figure geometriche; ecco allora le definizioni relative a queste nuove costruzioni etc.] e si procede poscia alla ricerca delle proprietà di queste figure o alla costruzione di figure nuove.

I postulati e gli assiomi, non si ritrovano più nei libri ulteriori, e si capisce; essi vanno posti unicamente nel primo costituendo i fondamenti primi di tutto l'edificio geometrico.

La costruzione euclidea, dunque, obbedisce alla prima legge della scienza costruttiva; che, cioè, l'edificio scientifico abbia fondamento sui principî.

§ 4. Quanto alle altre due leggi – quella del procedimento sillogistico e quella della sistemazione unitaria – la semplice osservazione dell'opera mostra anche per esse la piena applicazione: il ragionamento dimostrativo – quale è quello geometrico – è essenzialmente sillogistico; esso è un discursus, un processus de alio in aliud per via di eguaglianze ( $A = C$ ;  $C = B$ ; dunque  $A = B$ ). E quanto alla sistemazione, basta notare il collegamento intrinseco fra i libri in cui l'opera si divide (ciascun libro mostra un gruppo di costruzioni geometriche meno com-

<sup>9</sup> ENRIQUES e SANTILLANA, *Storia del pensiero scientifico* 1932, p. 363 segg.

plesse destinate a preparare le costruzioni più complesse del libro successivo)<sup>10</sup> per vedere innanzi a sé armonicamente dispiegarsi la struttura di un edificio immensamente bello per la semplicità, la severità e l'ampiezza delle sue linee.

§ 5. Le medesime leggi presiedono la costruzione delle opere minori di Euclide.

I Δεδομένα (*data*) pongono, come gli στοιχεῖα, al loro punto di partenza gli ὄροι: così dicasi per i φαινόμενα (*phaenomena*) e per le altre opere (*sectio canonis, introductio harmonica*): quest'ultima ha la struttura dei manuali istituzionali: è un piccolo sistema in cui domina la divisione in μέρη (*partes*) e γένη (*genera*).

#### IV

§ 6. Lo studio di queste costruzioni euclidee mostra dunque chiaramente che esse sono state fatte obbedendo consapevolmente a certe leggi architettoniche.

Non è senza una ragione costruttiva che gli ὄροι, gli αἰτήματα e le κοιναί ἔννοιαι sono stati posti all'inizio della trattazione, come fondamento di tutto l'edificio: e la medesima ragione è quella che legittima la graduazione di complessità nella costruzione delle singole figure e nella divisione dell'opera. Ogni costruzione, ogni collocazione, ogni divisione rappresenta qui la soluzione di un problema architettonico; e se potessimo, con uno sguardo retrospettivo, contemplare tutti i tentativi di costruzione che precedono quella definitiva di Euclide, vedremmo come questa architettura euclidea non è sorta d'un tratto ma è l'ultimo termine di un grandioso processo di edificazione a cui attese tutta la geometria anteriore<sup>11</sup>.

L'opera di Euclide è il frutto di questo processo di maturazione del pensiero matematico: essa suppone già enunciati i concetti che definiscono gli enti geometrici; suppone già elaborate le leggi del ragionamento deduttivo e quella della sistemazione: cioè suppone dietro di sé quel lavoro di osservazione e di ricerca che costituisce la fase iniziale – spesso così lunga – della elaborazione scientifica e che termina nel ritrovamento e nella enunciazione della definizione e della legge (o del postulato o dell'assioma).

§ 7. C'è dunque una scienza della costruzione scientifica: essa è, come dice Cicerone (*Brut.* § 163) *ars artium*, la scienza delle scienze.

Per costruire un edificio scientifico vi sono certi problemi costruttivi da risolvere: orbene, è proprio questa scienza che indica le vie che bisogna seguire

<sup>10</sup> ENRIQUES e SANTILLANA, *Storia del pensiero scientifico*, p. 363 segg.

<sup>11</sup> Cfr. VAILATI, *Scritti* p. 121 e *passim*.

per pervenire alle soluzioni cercate: una costruzione suppone certe leggi in base a cui deve avvenire: tali leggi sono appunto fornite da questa scienza.

Se l'opera euclidea è così bella, ciò è dovuto alla tecnica costruttiva che ha guidato sia nella costruzione del tutto quanto in quella dei particolari.

Orbene: chi esplicitamente ci indica le leggi della costruzione scientifica è Aristotele: per aversi scienza, secondo il pensiero di Aristotele, è necessario procedere a tre operazioni fondamentali:

1) ritrovare i principî ricavandoli per induzione (osservando la realtà che si vuole studiare e scoprendo le cause che agiscono in essa);

2) porre questi principî a fondamento della deduzione (ricavando da essi, mediante il procedimento sillogistico, tutte le conclusioni in essi potenzialmente contenute).

3) organizzare ad unità, mediante divisione per generi, specie, parti ecc., una trattazione scientifica (queste leggi della sistemazione Aristotele ripete visibilmente da Platone).

Tutta la logica aristotelica gravita attorno a questi tre punti (specie i primi due): pervenire al ritrovamento dei principî ed alla loro enunciazione; trovati i principî trovare le leggi della tecnica deduttiva (che è la tecnica del sillogismo, creazione spiccatamente aristotelica. *Soph. El.* 34, 8).

Questi punti vanno partitamente illustrati.

## VI

I) Ritrovare i principî ed enunciarli.

§ 8. La scienza parte dall'osservazione della realtà che vuole studiare e perviene al ritrovamento delle leggi che la governano. Il passaggio dalla fase empirica del sapere a quella scientifica (tecnica) è causato da tale ritrovamento. Il sapere scientifico (tecnico), infatti, è sapere causale – οἰόμεθα γινώσκειν ἕκαστον ὅταν τὰ αἴτια γνωρίσωμεν τὰ πρῶτα καὶ τὰς ἀρχὰς τὰς πρώτας καὶ μέχρι τῶν στοιχειῶν – ciò che differenzia l'empirico dallo scienziato è il fatto che solo quest'ultimo e non anche il primo conosce il perché – e quindi la legge – della realtà osservata. Questo punto è ampiamente illustrato da Aristotele in varie parti delle sue opere.

Nel 1° libro della *Metafisica* (I, 1, 1 segg.) Aristotele dopo avere osservato che tutti gli uomini desiderano naturalmente di conoscere (πάντες ἄνθρωποι τοῦ εἰδέναι ὀρέγονται φύσει) passa alla graduazione di questa conoscenza: distingue cioè le varie tappe che il processo conoscitivo attraversa per passare dalla sua prima fase sensibile sino alla sua ultima fase scientifica (tecnica).

Ciò che a noi interessa è la distinzione fra la fase empirica e quella scientifica (tecnica): in che si differenziano e come si passa dall'una all'altra?

La fase empirica è frutto di ripetute osservazioni fissatesi nella memoria (I, 1, 4 γίνεταί δ' ἐκ τῆς μνήμης ἐμπειρία τοῖς ἀνθρώποις: αἱ γὰρ πολλὰ μνήμαι

τοῦ αὐτοῦ πράγματος μιᾶς ἐμπειρίας δύναμιν ἀποτελοῦσιν): essa, però, non è ancora scienza pur costituendo la fase conoscitiva che precede immediatamente la scienza e pur essendo alla scienza molto simile (καὶ δοκεῖ σχεδὸν ἐπιστήμη καὶ τέχνη ὅμοιον εἶναι ἡ ἐμπειρία· ἀποβαίνει δ' ἐπιστήμη καὶ τέχνη διὰ τῆς ἐμπειρίας τοῖς ἀνθρώποις· ἡ μὲν γὰρ ἐμπειρία τέχνην ἐποίησεν ὡς φησὶ Πῶλος κτλ).

Dall'empiria si passa alla scienza dice Polo; ma come? Trovando l'uno nel molteplice, l'universale nei particolari (I, 1, 5 γίνεταί δὲ τέχνη, ὅταν ἐκ πολλῶν τῆς ἐμπειρίας ἐννοημάτων μία καθόλου γένηται περὶ τῶν ὁμοίων ὑπόληψις. Così, ad es., sapere che a Callia ammalato ha fatto bene un certo rimedio e così pure a Socrate, e a molti altri, è affare di esperienza (... ἐμπειρίας ἐστίν): sapere, invece, che a tutti gli uomini di una data classe, malati di una data malattia un dato rimedio riesce vantaggioso, ciò è affare di tecnica (... τέχνης).

Il sapere scientifico (tecnico) differisce, dunque, da quello empirico perché è causale: gli scienziati (i tecnici) conoscono il perché e la causa dei fatti osservati, gli empirici conoscono solamente i fatti senza elevarsi alla conoscenza della causa comune che li produce (I, 1, 7 οἱ μὲν γὰρ ἔμπειροὶ τὸ ὅτι μὲν ἴσασιν, διότι δ' οὐκ ἴσασιν· οἱ δὲ τὸ διότι καὶ αἰτίαν γνωρίζουσιν).

Ecco perché noi riteniamo giustamente più sapienti e più stimabili gli architetti che non gli operai (I, 1, 8, 9 Διὸ καὶ τοὺς ἀρχιτέκτονας περὶ ἔσαστον τιμωτέρους καὶ μᾶλλον εἰδέναι νομίζομεν τῶν χειροτεχνῶν καὶ σοφωτέρους): solo i primi e non anche i secondi conoscono le cause, i principî delle loro costruzioni (... ὅτι τὰς αἰτίας τῶν ποιουμένων ἴσασιν). È questa la ragione per cui solo gli scienziati (i tecnici) possono veramente διδάσκειν: l'insegnamento presuppone appunto nel docente la conoscenza dei principî relativi alle cose che insegna.

Si può dire, perciò, che il segno della scienza è la possibilità dell'insegnamento I, 1, 9 ὅλως τε σημεῖον τοῦ εἰδότος τὸ δύνασθαι διδάσκειν ἐστὶ, καὶ διὰ τοῦτο τὴν τέχνην τῆς ἐμπειρίας οἰόμεθα μᾶλλον ἐπιστήμην εἶναι· δύνανται γὰρ (i tecnici), οἱ δὲ (gli empirici) οὐ δύνανται διδάσκειν.

Né questa diversità di valore intrinseco fra l'empiria e la scienza (tecnica) è infirmata dal fatto che gli empirici sono talvolta, in pratica, più esperti degli scienziati (tecnici): può, infatti, avvenire che gli scienziati pur conoscendo i principî non abbiano esperienza: in questo caso gli empirici superano in pratica gli scienziati; non solo; ma può ben darsi che l'empirico addestrato nella conoscenza del caso singolo riesca più perfettamente nella pratica riproduzione di esso.

Tutto ciò, ad ogni modo, non infirma il diverso valore intrinseco del sapere dell'empirico da quello del tecnico e domanda solo a quest'ultimo di non trascurare, ma di possedere, il sapere sperimentale del primo.

I, 1, 6. Πρὸς μὲν οὖν τὸ πράττειν ἐμπειρία τέχνης οὐδὲν δοκεῖ διαφέρειν, ἀλλὰ καὶ μᾶλλον ἐπιτυχάνοντας ὁρῶμεν τοὺς ἐμπείρους τῶν ἄνευ τῆς ἐμπειρίας λόγων ἐχόντων (perciò, in ordine all'agire tecnico ed empirico non

differiscono; anzi vediamo talvolta gli empirici superare i tecnici): αἴτιον δ'ὅτι ἢ μὲν ἐμπειρία τῶν καθ' ἕκαστόν ἐστι γνῶσις, ἢ δὲ τέχνη τῶν καθόλου, αἱ δὲ πράξεις καὶ αἱ γενέσεις πᾶσαι περὶ τὸ καθ' ἕκαστόν εἰσιν (la causa di ciò va ricercata nel fatto che l'empirica è conoscenza dell'individuale, la tecnica dell'universale: e la pratica è essenzialmente rivolta all'individuale).

Ma oltre questa ragione ce ne può essere un'altra, la impreparazione pratica dello scienziato: conosce i principî ma gli manca l'esperienza (I, 1, 7) ἐὰν οὖν ἄνευ τῆς ἐμπειρίας ἔχη τις τὸν λόγον, καὶ τὸ καθόλου μὲν γνωρίζῃ τὸ δ' ἐν τούτῳ καθ' ἕκαστον ἀγνοῇ κτλ.

Nonostante queste possibili deficienze dei tecnici non può dubitarsi tuttavia che il sapere tecnico sia intrinsecamente diverso, quanto al suo valore, da quello empirico (ἀλλ' ὅμως τό γε εἰδέναι καὶ τὸ ἐπαίειν τῇ τέχνῃ τῆς ἐμπειρίας ὑπάρχειν οἰόμεθα μᾶλλον) e che solo al primo noi attribuiamo il carattere di sapere scientifico. È per questo che noi consideriamo i tecnici più sapienti degli empirici (... καὶ σοφωτέρους τοὺς τεχνίτας τῶν ἐμπειρῶν ὑπολαμβάνομεν).

Il sapere ci appare così come un moto ascensionale: si va dalla conoscenza puramente sensibile alla conoscenza empirica, da questa a quella tecnica e da quest'ultima che, pur essendo scientifica, è tuttavia diretta alla pratica (cfr. *Eth. Nic.* VI, 4), si sale alla conoscenza puramente teoretica: da ciò anche una gradazione ascensionale della stima che noi portiamo a coloro che posseggono questi vari gradi di sapere: è una stima che cresce come cresce il sapere stesso.

*Met.* I, 1, 12 ... ὥστε... ὁ μὲν ἔμπειρος τῶν ὁποιοῦν ἐχόντων αἴσθησιν εἶναι δοκεῖ σοφώτερος, ὁ δὲ τεχνίτης τῶν ἐμπειρῶν χειροτέχνου δὲ ὁ ἀρχιτέκτων, αἱ δὲ θεωρητικαὶ τῶν ποιητικῶν μᾶλλον.

§ 9. Questa dottrina che differenzia così nettamente empiria e scienza e che gradua il moto ascensionale del processo conoscitivo è ripetuta con pari chiarezza in un testo degli analitici posteriori [II, 15 (19) 5].

Senso, memoria, empiria, tecnica (o scienza): ecco i gradini di questa scala della conoscenza che cominciando dal senso termina nel ritrovamento del principio, base della tecnica (e della scienza).

1) ἐκ μὲν οὖν αἰσθήσεως γίνεται μνήμη (dalla sensazione si genera il ricordo); 2) ἐκ δὲ μνήμης πολλακτικῶς τοῦ αὐτοῦ γινομένης ἐμπειρία (la molteplice ripetizione della medesima sensazione e del medesimo ricordo genera l'empiria; infatti αἱ γὰρ πολλαὶ μνήμαι τῷ ἀριθμῷ ἐμπειρία μία ἐστίν); 3) ἐκ δ' ἐμπειρίας ἢ ἐκ παντὸς ἡρεμήσαντος τοῦ καθόλου ἐν τῇ ψυχῇ, τοῦ ἐνὸς παρὰ τὰ πολλὰ, ὁ ἄν ἐν ἅπασιν ἐν ἐνῇ ἐκείνοις τὸ αὐτὸ, τέχνης ἀρχὴ καὶ ἐπιστήμη (dalla empiria, mediante il ritrovamento dell'elemento comune che unifica tutte le singole esperienze – dell'uno nel molteplice – si passa alla tecnica e alla scienza).

§ 10. Alla scoperta dei principî, dunque, che stanno a fondamento della scienza, si perviene mediante induzione (ἐπαγωγῆ): il processo deduttivo pre-

suppone quello induttivo; la scoperta degli universali, infatti, dai quali per deduzione la scienza deriva, è frutto della induzione *An. post.* II, 15, 7 Δῆλον δὴ ὅτι ἡμῖν τὰ πρῶτα ἐπαγωγῆ γινώριζειν ἀναγκαῖον.

Aristotele mette in piena luce in un altro testo degli analitici posteriori (I, 18) il rapporto esistente fra l'induzione e la deduzione: la prima è il presupposto della seconda, come la conoscenza sensibile è il presupposto di quella riflessa, come la scoperta dei principî dai quali bisogna dedurre è il presupposto della deduzione<sup>12</sup>.

È evidente, dice Aristotele, che se ad alcuno facciamo difetto i sensi, a costui farà necessariamente difetto anche la scienza la quale non può essere acquistata che pel tramite dei sensi prima (in quanto per induzione si sale dal singolare all'universale) e pel tramite della deduzione poi (φανερὸν δὲ καὶ ὅτι, εἴ τις αἴσθησις ἐκλείπειν, ἀνάγκη καὶ ἐπιστήμην τινὰ ἐκλείπειναι, ἦν ἀδύνατον λαβεῖν, εἴπερ μανθάνομεν ἢ ἐπαγωγῆ ἢ ἀποδείξει *anal. post.* I, 18).

Ora la deduzione è impossibile se non sia stata preceduta dalla induzione e la induzione è impossibile se facciamo difetto i sensi che offrono il primo dato della conoscenza.

Ἔστι δ' ἡ μὲν ἀπόδειξις ἐκ τῶν καθόλου, ἡ δι' ἐπαγωγῆ ἐκ τῶν κατὰ μέρος· ἀδύνατον δὲ τὰ καθόλου θεωρῆσαι μὴ δι' ἐπαγωγῆς... ἐπαχθῆναι δὲ μὴ ἔχοντας αἴσθησιν ἀδύνατον (*anal. post.* I, 18).

La conclusione è perciò chiara: οὔτε γὰρ ἐκ τῶν καθόλου ἄνευ ἐπαγωγῆς, οὔτε δι' ἐπαγωγῆς ἄνευ τῆς αἰσθήσεως (*ib.*).

L'empiria ha per compito di apprestare alle scienze i principî basilari. Dice Aristotele (*anal. prior.* I, 30, 3): Διὸ τὰς μὲν ἀρχὰς τὰς περὶ ἕκαστον ἐμπειρίας ἐστὶ παραδοῦναι. Si vuole ad esempio costituire la scienza astronomica? Bisogna anzitutto procedere a lunghe e diligenti osservazioni degli astri, dopo queste osservazioni sarà possibile ricavare i principî e costruire così la scienza: λέγω δ' οἷον τὴν ἀστρολογικὴν μὲν ἐμπειρίαν τῆς ἀστρολογικῆς ἐπιστήμης· ληφθέντων γὰρ ἰκανῶς τῶν φαινομένων, οὕτως εὐρέθησαν αἱ ἀστρολογικαὶ ἀποδείξεις. Questo che si dice per l'astronomia si ripeta per tutte le altre scienze (ὁμοίως δὲ καὶ περὶ ἄλλην ὅποιαν οὖν ἔχει τέχνην τε καὶ ἐπιστήμην): in esse è compresa anche la geometria: i postulati, gli assiomi e tanto più le definizioni hanno esse pure una base sperimentale e sono ricavate per induzione (*An. post.* II, 7)<sup>13</sup>.

Qualsisia, dunque, la realtà che si studia – fisica, morale etc. – la costituzione della scienza correlativa dipende dall'osservazione di questa realtà e dalla estrazione da essa dei principî che la regolano: τῶν ἀρχῶν δ' αἱ μὲν ἐπαγωγῆ θεωροῦνται, αἱ δ' αἰσθήσει, αἱ δ' ἐθισμῶ τινί, καὶ ἄλλαι δ' ἄλλως (*Eth. Nic.* I, 7, 21).

<sup>12</sup> VAILATI, *Scritti* p. 120-121.

<sup>13</sup> VAILATI, *Scritti* p. 121; p. 548 segg.; p. 485 segg. etc.

§ 11. La importanza che ha per lo sviluppo della scienza il ritrovamento dei principî basilari è messo in luce da Aristotele in più punti. Δοκεῖ γὰρ πλεῖον ἢ ἥμισυ παντὸς εἶναι ἢ ἀρχὴ καὶ πολλὰ συμφανῆ γίνεσθαι δι' αὐτῆς τῶν ζητουμένων (il principio è più che la metà del tutto; mediante il principio si fanno chiare le soluzioni di molti problemi. *Eth. Nic.* I, 7, 23).

In *Soph. El.* 34 questo punto è ancora più vivamente illuminato.

Aristotele mostra qui anzitutto la differenza che c'è fra gli scienziati creatori di dottrine nuove (che hanno per primi scoperto principî e leggi nuove) e quelli che sviluppano dottrine di altri: è naturale che in questo secondo caso l'incremento della scienza sia molto più ampio di quanto non possa esserlo nel primo: ma quanta preziosità nel principio scoperto! Esso è come un seme dal quale il sapere ulteriore sarà più tardi agevolmente ricavato.

Τῶν γὰρ εὐρισκομένων ἀπάντων τὰ μὲν παρ' ἐτέρων ληφθέντα πρότερον πεπονημένα κατὰ μέρος ἐπιδέδωκεν ὑπὸ τῶν παραλαβόντων ὕστερον· τὰ δ' ἐξ ὑπαρχῆς εὐρισκόμενα μικρὰν τὸ πρῶτον ἐπίδοσιν λαμβάνειν εἴωθε, χρησιμωτέραν μὲντοι πολλῶ τῆς ὕστερον ἐκ τούτων ἀυξήσεως (*Soph. El.* 34, 5).

In tutto massima cosa è il principio (μέγιστον γὰρ ἕως ἀρχὴ παντὸς) che è, perciò, cosa difficilissima (διὸ καὶ χαλεπώτατον) e tanto più materialmente piccola e difficile a vedersi quanto più grande è la sua potenza e virtù seminale (ὄσφ γὰρ κράτιστον τῇ δυνάμει, τοσοῦτω μικρότατον ὄν τῷ μεγέθει χαλεπώτατόν ἐστιν ὀφθῆναι). Scoperto il principio è cosa facile aggiungere ed aumentare il resto (ταύτης δ' εὐρεμένης ῥῆον τὸ προτισθέναι καὶ συναύξειν τὸ λοιπόν ἐστιν): ciò che avviene tanto nella retorica quanto nelle altre discipline (ὄπερ καὶ περὶ τοὺς ῥητορικοὺς λόγους συμβέβηκε, σχεδὸν δὲ καὶ περὶ τὰς ἄλλας πάσας τέχνας). Coloro che scoprirono i principî progredirono poco; gli altri, invece – quelli che ora sono in auge – ricevendo questi principî da molti, quasi per successione, ne svilupparono e ne accrebbero per parti il contenuto (οἱ μὲν γὰρ τὰς ἀρχὰς εὐρόντες παντελῶς ἐπὶ μικρόν τι προήγαγον· οἱ δὲ νῦν εὐδοκιοῦντες παραλαβόντες παρὰ πολλῶν οἷον ἐκ διαδοχῆς κατὰ μέρος προαγαγόντων οὕτως ἠύξηκασιν): così avvenne per Tisia dopo i primi autori, per Trasimaco dopo Tisia, per Teodoro dopo Trasimaco e per molti altri che portarono il loro contributo allo sviluppo dell'arte retorica (Τισίας μὲν μετὰ τοὺς πρώτους, Θρασύμαχος δὲ μετὰ Τισίαν, Θεόδωρος δὲ μετὰ τοῦτον, καὶ πολλοὶ πολλὰ συνενηνόχασιν μέρη· διόπερ οὐδὲν θαυμαστόν ἔχειν τὴν πλῆθος τὴν τέχνην).

E con queste osservazioni Aristotele mette in viva luce il contributo grandioso che egli ha portato – come primo scopritore dei principî e come primo sistematore – all'arte del sillogismo e della logica (*Soph. El.* 34, 8)<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> SOLMSEN, *Die Entwicklung der aristot. Logik und Rhetorik*, Berlin 1929, p. 13 segg.; p. 41 segg.; 195.

§ 12. L'applicazione di questa legge costruttiva concernente la ricerca dei principî – prima operazione da compiersi ogni volta che si intraprenda l'erezione di un edificio scientifico – è visibile in tutte le opere di Aristotele. Valga ad esempio il 1° capitolo della fisica (I, 1).

Ἐπειδὴ τὸ εἰδέναι καὶ τὸ ἐπίστασθαι συμβαίνει περὶ πάσας τὰς μεθόδους, ὧν εἰσιν ἀρχαὶ ἢ στοιχεῖα, ἐκ τοῦ ταῦτα γνωρίζειν (τότε γὰρ οἰόμεθα γινώσκειν ἕκαστον, ὅταν τὰ αἷτια γνωρίσωμεν τὰ πρῶτα καὶ τὰς ἀρχὰς τὰς πρώτας καὶ μέχρι τῶν στοιχείων), δῆλον ὅτι καὶ τῆς περὶ φύσεως ἐπιστήμης πειρατέον πρότερον διορίσασθαι τὰ περὶ τὰς ἀρχὰς.

Poiché – dice in sostanza Aristotele – il sapere si ricava soprattutto dalla conoscenza delle cause prime, dei primi principî e dei primi elementi – conosciamo infatti una cosa quando ne conosciamo le cause, i principî e gli elementi – è chiaro che volendo procedere alla edificazione della scienza fisica si debba prima procedere alla delimitazione (definire) dei principî primi. Come si pervenga a cotesta delimitazione Aristotele torna qui ad indicarlo: si parte dalla prima conoscenza confusa del dato: da questa conoscenza si perviene per riflessione alla estrazione degli elementi e dei principî (ἔστι δ' ἡμῖν τὸ πρῶτον δῆλα καὶ σαφὴ τὰ συγκεχυμένα μᾶλλον· ὕστερον δὲ ἐκ τούτων γίνεται γνῶριμα τὰ στοιχεῖα καὶ αἱ ἀρχαὶ διαιροῦσι ταῦτα *Fis.* I, 1, 3).

§ 13. Scoperti i principî bisognerà enunciarli formando a quest'uopo una proposizione: la proposizione, infatti, è un discorso enunciativo che afferma o nega qualcosa di qualche altra (πρότασις μὲν οὖν ἐστὶ λόγος καταφατικὸς ἢ ἀποφατικὸς τινὸς κατὰ τινος; *anal. pr.* I, 1, 2; *anal. post.* I, 2, 12-14).

Orbene: vi sono due tipi fondamentali di πρότασις; *a*) una che enuncia una tesi *b*) ed un'altra che enuncia un assioma. La πρότασις che enuncia la tesi può essere, a sua volta, una definizione o una ipotesi.

Possono, quindi, fungere da principî di una scienza *a*) la definizione (ὄρος, ὀρισμός); *b*) l'ipotesi (ὑπόθεσις, per i postulati cfr. *anal. post.* I, 10, 6 segg.); *c*) assioma (ἀξίωμα, κοινὰ ἔννοιαι)<sup>15</sup>.

Sono questi i tre tipi ai quali tutti i principî possono essere ricondotti.

Questa dottrina è esposta da Aristotele in *anal. post.* I, 2, 12-14. Parlando del sillogismo dimostrativo e della necessità che esso poggi sopra un principio primo, indimostrabile, vero etc., A. definisce anzitutto questo principio primo: ἀρχὴ δ' ἐστὶν ἀποδείξεως πρότασις ἄμεσος (il principio – del sillog. dim. – è una proposizione immediata): ἄμεσον δὲ ἧς μὴ ἐστὶν ἄλλη προτέρα (*immediata vero est, qua non est alia prior*).

Dopo aver mostrato come una proposizione può essere affermativa o negativa (abbracciare cioè ambedue le parti della *enunciatio* – ἀπόφανσις) Aristotele

<sup>15</sup> ENRIQUES F., *Storia del pensiero scientifico*, p. 363 segg.

passa a distinguere i due aspetti sotto i quali può presentarsi questo principio immediato: tesi, assioma, ἀμέσου δ' ἀρχῆς συλλογιστικῆς θέσιν μὲν λέγω ἦν μὴ ἔστι δεῖξαι, μηδ' ἀνάγκη ἔχειν τὸν μαθησομένον τι· ἦν δ' ἀνάγκη ἔχειν τὸν ὀτιοῦν μαθησόμενον, ἀξίωμα: tesi e assioma sono due fondamenti del sillogismo dimostrativo perché non hanno bisogno, a loro volta, di essere dimostrati: per l'una la indimostrabilità è soltanto postulata, per l'altro, invece, necessaria.

La tesi, poi, può essere o ipotesi o definizione: θέσεως δ' ἢ μὲν ὀποτερονοῦν τῶν μορίων τῆς αποφάνσεως λαμβάνουσα, οἷον λέγω τὸ εἶναι τι ἢ τὸ μὴ εἶναι τι, ὑπόθεσις, ἢ δ' ἄνευ τούτου ὀρισμός (ipotesi, quella che afferma o nega, che comprende, cioè, l'una o l'altra parte della *enunciatio*; definizione è ogni altra tesi: la definizione, infatti, né afferma né nega l'esistenza della cosa definita; essa ha per funzione di indicare la *quidditas* (τί ἐστὶ): ad esempio: l'aritmetico definendo cosa è l'unità non ne afferma con ciò stesso l'esistenza: τίθεται γὰρ ὁ ἀριθμητικὸς μονάδα τὸ ἀδιαίρετον εἶναι κατὰ τὸ ποσόν· ὑπόθεσις δ' οὐκ ἔστι· τὸ γὰρ τί ἐστὶ μόνος καὶ τὸ εἶναι μονάδα οὐ ταῦτόν. Cfr. *anal. post.* II, 7, 3; VAILATI, *Scritti* p. 492).

§ 14. E qui è necessario toccare il problema delle definizioni<sup>16</sup>: il passaggio dallo stato in cui il sapere è ancora privo di definizioni a quello in cui le definizioni sono state ritrovate costituisce vero passaggio dalla empiria alla scienza. πᾶσα αἰ ἐπιστήμηαι δι' ὀρισμοῦ γίνονται, dice Aristotele (*anal. post.* II, 3, 9) ἔτι αἰ ἀρχαὶ τῶν ἀποδείξεων ὀρισμοί.

Nella storia della scienza segna un momento decisivo quello in cui i pensatori si sono posti il problema del definire: questo problema, nelle ricerche e discussioni filosofiche, è stato per la prima volta affacciato, a detta di Aristotele stesso (*Met.* XII, 4), da Socrate: Δύο γὰρ ἐστὶν, ἃ τις ἂν ἀποδοίη Σωκράτει δικαίως, τοὺς τ' ἐπακτικὸς λόγους καὶ τὸ ὀρίζεσθαι καθόλου.

«E invero – dice Vailati op. cit. 486 – ciò che dà ai dialoghi di Platone il carattere di un documento unico nella storia della cultura è il fatto che in essi ci è presentato il primo esempio di una serie di tentativi diretti ad applicare l'uno e l'altro dei due procedimenti sopra indicati (per induzione, per definizione) alla critica delle opinioni tradizionali e delle massime della morale corrente, nonché alla trattazione delle questioni più generali e fondamentali relative alla scienza e alla condotta».

Ma come si fa a definire?

Molto istruttivi sono in proposito i tentativi di definizione che si trovano nei dialoghi di Platone. Che cosa è la scienza? domanda Socrate a Teeteto (τί

<sup>16</sup> ENRIQUES F., *La definizione come problema scientifico*, in *Periodico di Mat.* 1927 p. 73 segg.; VAILATI, *La teoria aristotelica della definizione*, in *Scritti* p. 485 segg.; *La teoria del definire e del classificare in Platone*, in *Scritti* p. 673 segg.

ποτ' ἔστιν ἐπιστήμη): Socrate si dichiara insoddisfatto delle risposte di Teeteto che gli andava enumerando e indicando i soggetti, e i caratteri, di varie singole scienze (147 A) τὸ δ' ἐπερωτηθὲν, ὧ Θεαίτητε, οὐ τοῦτο ἦν, τίνων ἢ ἐπιστήμη, οὐδὲ ὁπόσαι τινές· οὐ γὰρ ἀριθμῆσαι αὐτὰς βουλόμενοι ἠρόμεθα, ἀλλὰ γνῶναι ἐπιστήμην αὐτὸ ὅ τι ποτ' ἔστιν (VAILATI 486<sup>1</sup>).

Così per la virtù: nel Menone (72 d) Socrate domanda: σὺ δ' αὐτὸς, ὧ πρὸς Θεῶν, Μένων, τί φης ἀρετὴν εἶναι; Socrate reagisce contro la disposizione del suo interlocutore a credere che per rispondere alla domanda posta basti enumerare un certo numero di ἀρεταὶ (dell'uomo, della donna, del fanciullo, dello schiavo etc.). Socrate, dopo essersi felicitato che, invece di una sola ἀρετή che andava cercando, gliene venga presentato uno 'sciame', insiste nella sua domanda, rivolta a determinare in che cosa esse concordino. Riprendendo ad esaminare una delle virtù citate, domanda se essa sia la virtù, o una virtù, e, prendendo l'esempio della figura (σχῆμα) e dei suoi casi particolari (figure rettilinee, curvilinee etc.) domanda: che cosa è ciò che in ciascuno di questi è egualmente presente e di cui la parola figura è il nome (76 a). Cfr. VAILATI 674.

Si potrebbero ancora citare gli altri esempi del Gorgia (502 E), Alcibiade I (115 E), Ipparco (230 D), Lachete (190 D), Ippia maggiore (294 B) e così via (cfr. VAILATI 673).

In tutti questi esempi una cosa risulta evidente: che la ricerca della definizione – intesa come enunciazione degli elementi essenziali comuni che la cosa definita ha con altre cose – costituisce uno dei problemi più delicati e vivi della ricerca socratica.

Dice Vailati (p. 486): Socrate si associava al suo interlocutore onde giungere insieme a determinare, nel miglior modo possibile, le restrizioni o le modificazioni che era necessario fare subire all'uso volgare della parola in questione perché essa potesse effettivamente servire a indicare dei caratteri comuni a tutti gli oggetti a cui si applicava, e non posseduti contemporaneamente da altri che da essi. Tali caratteri venivano messi in luce mediante il confronto di un certo numero di casi particolari, dai quali infine, seguendo un processo di generalizzazione, si ricavava la definizione cercata.

Il processo sopradescritto è lucidamente esposto da Aristotele col seguente esempio:

οἷον λέγω, εἰ τί ἐστι μεγαλοψυχία ζητοῖμεν, σκεπτέον ἐπὶ τινων γεγαλοψύκων οὐδ' ἴσμεν, τί ἔχουσιν ἔν πάντες ἢ τοιούτοι· οἷον εἰ Ἀλικιβιάδης μεγαλόψυχος ἢ ὁ Ἀχιλλεὺς καὶ ὁ Αἴας, τί ἔν ἅπαντες; τὸ μὴ ἀνέχεσθαι ὕβριζόμενοι. Ὁ μὲν γὰρ ἐπολέμησεν, ὁ δ' ἐμήνισεν, ὁ δ' ἀπέκτεινεν ἑαυτόν. πάλιν ἐφ' ἑτέρων, οἷον Λυσάνδρον ἢ Σωκράτους. εἰ δὴ τὸ ἀδιάφοροι εἶναι εὐτυχοῦντες καὶ ἀτυχοῦντες, ταῦτα δύο λαβὼν σκοπῶ τί τὸ αὐτὸ ἔχουσιν ἢ τε ἀπάθεια ἢ περὶ τὰς τύχας καὶ ἢ μὴ ὑπομονὴ ἀτιμαζομένων. εἰ δὲ μηδὲν, δύο εἶδη ἂν εἶη τῆς μεγαλοψυχίας (*anal. post.* II, 12, 22).

§ 15. La dottrina della definizione è da Aristotele ampiamente e decisamente elaborata<sup>17</sup>: gli analitici posteriori ne parlano per mettere in luce la differenza che c'è fra definire e dimostrare (II, 3 segg.) e per mostrare come si perviene ad una definizione esatta (II, 12). Nella *Topica*, poi (specie VI, 1 segg.), la definizione è posta come uno dei luoghi (τόποι) fondamentali dai quali è possibile ricavare gran copia di argomenti.

C'è, dunque, una tecnica non facile del definire (tutto il libro VI della *Topica* è destinato a mettere in luce le possibili deficienze che una definizione può presentare) e il possesso di questa tecnica rappresenta una condizione indispensabile per ogni scienziato.

Che la definizione costituisca nelle opere di Aristotele il nucleo centrale attorno al quale la trattazione si svolge, è cosa facilmente osservabile: iniziando una trattazione Aristotele comincia subito col definire l'oggetto che intraprende a studiare. Dopo avere indicato quale è lo scopo degli analitici – ciò che attiene alla dimostrazione e alla scienza della dimostrazione *anal. pr.* I, 1 – A. soggiunge subito: εἶτα διορίσαι τί ἐστὶ πρότασις καὶ τί ὅρος καὶ τί συλλογισμὸς κτλ.: e passa poscia a queste singole definizioni: partendo da esse la trattazione ampiamente si ramifica.

Lo stesso dicasi per la *Topica*: indicato lo scopo – trovare il metodo dell'argomentazione dialettica – si danno subito le definizioni di ciò che costituirà oggetto di studio; il sillogismo e le sue specie.

Così dicasi per tutte le altre opere (es. nella *Fis.* I, 1, 1 ... δῆλον ὅτι καὶ τῆς περὶ φύσεως ἐπιστήμης πειρατέον πρότερον διορίσασθαι τὰ περὶ τὰς ἀρχάς).

§ 16. Al termine di questo capitolo relativo alla ricerca ed alla enunciazione dei principî ci piace ancora richiamare qualche altro testo dal quale risulti ancora meglio la fundamentalità di questa ricerca: il *principium* è sempre un *primum* dice Aristotele: tutti i principî hanno questo di comune: di essere dei primi, delle fonti, dalle quali l'essere o la scienza derivano. πασῶν μὲν οὖν κοινὸν τῶν ἀρχῶν τὸ πρῶτον εἶναι ὅθεν ἢ ἔστιν ἢ γίγνεται ἢ γινώσκειται (*Met.* 4, 1, 4).

Tutta l'opera aristotelica è dominata da questa grande idea: ricercare gli elementi assolutamente primi τὰ πρῶτα (il metodo scientifico consiste nel trovare principî, cause, elementi τὸ εἰδέναι καὶ τὸ ἐπίστασθαι συμβαίνει περὶ πάσας τὰς μεθόδους, ὧν εἰσιν ἀρχαὶ ἢ αἴτια ἢ στοιχεῖα (*Phis.* I, 1,1)<sup>18</sup>.

Si vuole conoscere pienamente una cosa? Bisogna conoscerla attraverso la causa, attraverso il principio, attraverso i suoi primi elementi costitutivi (τότε γὰρ οἰόμεθα γινώσκειν ἕκαστον, ὅταν τὰ αἴτια γνωρίσωμεν τὰ πρῶτα καὶ τὰς ἀρχὰς τὰς πρώτας καὶ μέχρι τῶν στοιχείων *Phis.* I, 1, 1).

<sup>17</sup> SIMON MOSER, *Zur Lehre von der Definition bei Aristoteles*, Innsbruck, 1935, 1 segg.

<sup>18</sup> VAILATI, *I tropi nella Logica*, Scritti p. 570.

Aristotele non si stanca di ripetere questo: κυριώτατον γὰρ τοῦ εἰδέναι τὸ διότι θεωρεῖν (*anal. post.* I 14, 3).

La scienza deve soprattutto concentrarsi sui principî: conosce veramente chi profondamente conosce i principî della sua scienza (ὥστ' ἔπερ ἴσμεν διὰ τὰ πρῶτα καὶ πιστεύομεν, κάκεῖνα ἴσμεν τε καὶ πιστεύομεν μᾶλλον, ὅτι δι' ἐκεῖνα καὶ τὰ ὕστερον *anal. post.* I, 2, 15: τὸν δὲ μέλλοντα ἔξειν τὴν ἐπιστήμην τὴν δι' ἀποδείξεως οὐ μόνον δεῖ τὰς ἀρχὰς μᾶλλον γνωρίζειν καὶ μᾶλλον αὐταῖς πιστεύειν ἢ τῷ δεικνυμένῳ, ἀλλὰ μηδ' ἄλλο αὐτῷ πιστότερον εἶναι μηδὲ γνωριμώτερον τῶν ἀντικειμένων ταῖς ἀρχαῖς κτλ. *anal. post.* I, 2, 17; cfr. I, 9, 5 segg.).

Tutta la ricerca aristotelica converge appunto verso la scoperta di questi primi che sono per il sapere quello che è il primo motore immobile (Dio) per il movimento e per l'essere (*Met.* XI, 7, 1 τοίνυν ἔστι τι ὃ οὐ κινούμενου κινεῖ κτλ; *Met.* III, 8, 7 ἔστι γὰρ τι ὃ αἰεὶ κινεῖ τὰ κινούμενα, καὶ τὸ πρῶτον ἀκίνητον αὐτό).

In tutte le cose bisogna pervenire sino al principio: nel movimento è principio ciò da cui il movimento si inizia (ἀρχὴ λέγεται ἢ μὲν ὅθεν ἄν τις τοῦ πράγματος κινηθεῖ πρῶτον): c'è così un principio nell'insegnamento (cominciare da ciò che è più facile); un principio nella costruzione architettonica (per la nave la carena, per la casa il fondamento); un principio nel corpo dell'animale (il cuore, il cervello); un principio nella *civitas* (il regime, il governo); un principio nella scienza (le ipotesi, gli assiomi); un principio nelle generazioni e nelle trasformazioni naturali (la natura) e così via: Διὸ ἢ τε φύσις ἀρχὴ καὶ τὸ στοιχεῖον καὶ ἢ διάνοια καὶ ἢ προαίρεσις καὶ οὐσία καὶ τὸ οὐ ἔνεκα (perciò natura, elemento, mente, scelta, sostanza fungono tutti da principî: e per molti costituisce principio di sapere e di movimento il buono ed il bello πολλῶν γὰρ καὶ τοῦ γνῶναι καὶ τῆς κινήσεως ἀρχὴ ταγαθὸν καὶ τὸ καλόν *Met.* IV, 1, 1-5).

## VII

§ 17. Lo studio del secondo punto – porre i principî trovati ed enunciati a fondamento della deduzione – è estremamente facile per chi abbia una conoscenza anche superficiale delle opere di Aristotele.

Il ritrovamento dei principî e la loro enunciazione, costituiscono il punto di partenza della scienza deduttiva: ora proprio la tecnica della deduzione è, per testimonianza dello stesso Aristotele, squisita creazione aristotelica (περὶ δὲ τοῦ συλλογίζεσθαι παντελῶς οὐδὲν εἶχομεν πρότερον ἄλλο λέγειν *Soph. El.* 34, 8).

A che cosa mirano, infatti, gli analitici priori e posteriori se non a darci la tecnica del sillogismo in generale (i primi) e quella del sillogismo dimostrativo (i secondi)? Ora il sillogismo è lo strumento logico della deduzione: συλλογισμὸς δὲ ἔστι λόγος ἐν ᾧ τεθέντων τινῶν ἕτερόν τι τῶν κειμένων ἐξ ἀνάγκης συμβαίνει τῷ ταῦτα εἶναι (*anal. pr.* I, 1, 5). I due libri degli analitici priori studiano appunto la struttura del sillogismo e le possibili figure che esso

può presentare: gli altri due libri degli analitici posteriori, invece, studiano il sillogismo dimostrativo e la tecnica della dimostrazione.

Partendo dalla osservazione che *πᾶσα διδασκαλία καὶ πᾶσα μάθησις διανοητικὴ ἐκ προϋπαρχούσης γίνεται γνώσεως* *anal. post. I, 1, 1* (come risulta dalla considerazione di qualsiasi scienza, come ad es. le matematiche), Aristotele afferma che il passaggio dalla precedente cognizione alla nuova – con che si costituisce la scienza – avviene mediante la dimostrazione: ora c'è dimostrazione ogni volta che il sillogismo si fonda sopra principî primi, veri, immediati etc. (... *ἀνάγκη καὶ τὴν ἀποδεικτικὴν ἐπιστήμην ἐξ ἀληθῶν τ'εἶναι καὶ πρώτων καὶ ἀμέσων καὶ γνωριμωτέρων καὶ προτέρων καὶ αἰτίων τοῦ συμπεράσματος. οὕτω γὰρ ἔσονται καὶ ἀρχαὶ οἰκεῖται τοῦ δεικνυμένου* *anal. post. I, 2, 5*). E qui Aristotele passa all'esame di questi caratteri (veri, immediati etc.) che i principî devono presentare per essere il fondamento della dimostrazione (cfr. *anal. post. I, 6* segg.).

§ 18. Qui pure si innesta il problema della gerarchia dei principî e della correlativa gerarchia delle scienze che sopra tali principî vengono edificate (*anal. post. I, 7*; specie *I, 10* e *11*): i principî sopra i quali una scienza poggia – principî propri – sono primi ed indimostrabili in ordine a questa scienza, ma non sono più primi e sono, perciò, dimostrabili portandoci sul piano di una scienza gerarchicamente superiore (*anal. post. I, 10*).

È per questo che i principî sono divisi in due grandi categorie: principî propri e principî comuni (*anal. post. I, 10, 3*; *Met. II, 2, 8*). Sono propri i principî primi di ciascuna scienza (*οὕτω γὰρ* – cioè veri, immediati, priori etc. – *ἔσονται καὶ αἱ ἀρχαὶ οἰκεῖται τοῦ δεικνυμένου* *anal. post. I, 2, 5*): al disopra di questi principî propri in base ai quali si differenziano le varie scienze, vi sono dei principî primi comuni (*τὰ κοινά*), nei quali comunicano tutte le scienze e nei quali, perciò, tutti i principî propri in ultima analisi si risolvono, *ἐπικοινωνοῦσι δὲ πᾶσαι αἱ ἐπιστήμαι ἀλλήλαις κατὰ τὰ κοινά* (*anal. post. I, 11, 5*).

§ 19. La finalità degli analitici (priori e posteriori) è, perciò, evidente: mostrare quali siano le leggi logiche che bisogna osservare perché mediante una esatta concatenazione di cause e di effetti, di principî e di conclusioni, la scienza possa amplificarsi in modo ordinato e unitario.

Questa stessa è la finalità della topica: Aristotele lo dice espressamente: *ἢ μὲν πρόθεσις τῆς πραγματείας μέθοδον εὐρεῖν ἀφ' ἧς δυνήσομεθα συλλογίζεσθαι περὶ παντὸς τοῦ προτεθέντος προβλήματος ἐξ ἐνδόξων* (*Top. I, 1, 1*): trovare il metodo che permetta di ben argomentare in ordine ad una tesi probabile; fare – in certo senso – per il sillogismo dialettico quello che è stato fatto per il sillogismo dimostrativo. E possedere questo metodo, conoscere, cioè, le leggi dell'argomentazione, è cosa necessaria per tutti: tanto il retore, quanto il giurista e il costruttore di qualsiasi scienza hanno necessità di essere istruiti nella conoscenza di questo metodo.

Dice Aristotele (*Top.* I, 2, 2): la dialettica è utile πρὸς τρία, πρὸς γυμνασίαν, πρὸς τὰς ἐντεύξεις, πρὸς τὰς κατὰ φιλοσοφίαν ἐπιστήμας (esercizio retorico, avvocatura, scienze filosofiche): non solo, ma questa utilità si estende a tutte le discipline (*Top.* I, 2, 6) ἔτι δὲ πρὸς τὰ πρῶτα τῶν περὶ ἐκάστην ἐπιστήμην ἀρχῶν (per conoscere i principî di ciascuna scienza): ἐκ μὲν γὰρ τῶν οἰκείων τῶν κατὰ τὴν προτεθεῖσαν ἐπιστήμην ἀρχῶν ἀδύνατον εἰπεῖν τι περὶ αὐτῶν, ἐπειδὴ πρῶται αἱ ἀρχαὶ ἀπάντων εἰσί, διὰ δὲ τῶν περὶ ἕκαστα ἐνδόξων ἀνάγκη περὶ αὐτῶν διελθεῖν (ogni disciplina non mira alla dimostrazione dei suoi propri principî: li pone e, con essi, passa alla illustrazione dei casi singoli). Il compito della dialettica è proprio questo (τοῦτο δ'ἴδιον ἢ μάλιστα οἰκείον τῆς διαλεκτικῆς ἐστίν) indagare e illustrare mediante i principî; cioè mostrare la via che a questi principî conduce (ἐξεταστική γὰρ οὕσα πρὸς τὰς ἀπασῶν τῶν μεθόδων ἀρχὰς ὁδὸν ἔχει).

§ 20. Se a questo punto facciamo un confronto fra il metodo costruttivo di Euclide e quello di Aristotele l'identità dei due metodi ci apparirà piena.

Si ricordi quanto si vide: l'edificio euclideo si erige mediante la dimostrazione, partendo dai principî: e questi principî sono divisi in ὄροι (definizioni), αἰτήματα (postulati), κοινὰ ἔννοια (assiomi): tutta la scienza geometrica è risolubile per via analitica a questi primi elementi.

Orbene: l'edificio logico di Aristotele ha medesimi fondamenti e si sviluppa per la stessa via: parte, cioè, dai principî – ὀρισμοὶ, αἰτήματα, ὑπόθεσις, ἀξιώματα (ricavati per esperienza) e si sviluppa per deduzione mediante il sillogismo (dimostrativo).

§ 21. Quanto abbiamo detto innanzi prova chiaramente questo punto e lo provano altresì alcuni altri testi in cui Aristotele parla esplicitamente della costruzione della scienza dimostrativa.

Anzitutto domandiamoci: che rapporto c'è fra gli analitici priori e quelli posteriori? Mirano ad un unico scopo: a creare la scienza dimostrativa. Ora a questo fine bisogna predisporre mezzi adeguati: ecco allora la teoria del sillogismo; è uno strumento che usato con esattezza permette di derivare logicamente le conclusioni dai principî. Lo scopo degli analitici priori è dunque questo: indagare la struttura ed il funzionamento del sillogismo per scoprire le leggi della deduzione.

Ma dedurre esattamente non significa dimostrare: la dimostrazione dipende dai principî sui quali la deduzione si fonda: la saldezza di questi si rifletterà necessariamente – se il sillogismo sarà bene usato – nella saldezza delle conclusioni.

E allora lo scopo degli analitici posteriori è evidente: ormai lo strumento della deduzione (sillogismo) è conosciuto: restano ora da studiare i fondamenti della deduzione, i principî, cioè, dai quali si deduce.

L'osservazione sarà, dunque, diretta verso questi principî: quali caratteri essi devono presentare perché possano costituire la valida base del sillogismo dimostrativo?

ἀνάγκη καὶ τὴν ἀποδεικτικὴν ἐπιστήμην ἐξ ἀληθῶν τ' εἶναι καὶ πρώτων καὶ ἀμέσων καὶ γνωριμωτέρων καὶ προτέρων καὶ αἰτίων τοῦ συμπεράσματος· οὕτω γὰρ ἔσονται καὶ αἱ ἀρχαὶ οἰκείαι τοῦ δεικνυμένου *perciò principî veri, primi, immediati, più noti, priori, e costituenti la causa delle conclusioni (anal. post. I, 2, 5).*

Orbene, come possono presentarsi questi principî? Il principio può essere una tesi o un assioma; la tesi, a sua volta, può essere una ipotesi, un postulato o una definizione: quindi ὀρισμός, ὑπόθεσις, ἀξίωμα (*anal. post. I, 2, 13-14; ib. I, 10, 1-9* gli assiomi anche τὰ κοινὰ *ib. I, 10, 3*), αἴτημα (*anal. post. I, 10, 8* ove è posta nettamente la differenza fra ipotesi e postulato).

Ecco i fondamenti della dimostrazione: proprio come per la geometria euclidea fondata appunto sugli ὄροι, αἰτήματα, κοινὰ ἔννοια.

Il processo della scienza dimostrativa è, del resto, esattamente descritto: πᾶσα γὰρ ἀποδεικτικὴ ἐπιστήμη περὶ τρία ἔστιν, ὅσα τε εἶναι τίθεται. ταῦτα δ' ἔστι τὸ γένος, οὗ τῶν καθ' αὐτὰ παθημάτων ἔστι θεωρητικὴ, καὶ τὰ κοινὰ λεγόμενα ἀξιώματα, ἐξ ὧν πρώτων ἀποδείκνυσι, καὶ τρίτον τὰ πάθη, ὧν τί σημαίνει ἕκαστον λαμβάνει (ogni scienza dimostrativa verte intorno a tre cose; al suo subbietto, di cui studia le *affectiones*, agli assiomi, dai quali parte per dimostrare, alle *affectiones*, *anal. post. I, 10, 5*) τρία γὰρ ἔστι τὰ ἐν ταῖς δεῖξεσιν, ἔν μὲν τὸ ἀποδεικνύμενον τὸ συμπέρασμα· τοῦτο δ' ἔστι τὸ ὑπάρχον γένει τινὶ καθ' αὐτό· ἐν δὲ τὰ ἀξιώματα· ἀξιώματα δ' ἔστιν ἐξ ὧν τρίτον τὸ γένος τὸ ὑποκείμενον, οὗ τὰ πάθη καὶ τὰ καθ' αὐτὰ συμβεβηκότα δηλοῖ ἢ ἀπόδειξις (*anal. post. I, 7, 2* viene qui ripetuto quanto è detto nel testo precedente). E con la medesima decisione viene detto in *Met. II, 2, 10* εἰ δὲ ἀποδεικτικὴ περὶ αὐτῶν ἔστί, δεήσει τι γένος εἶναι ὑποκείμενον, καὶ τὰ μὲν πάθη τὰ δ' ἀξιώματ' αὐτῶν (περὶ πάντων γὰρ ἀδύνατον ἀπόδειξιν εἶναι)· ἀνάγκη γὰρ ἐκ τίνων εἶναι καὶ περὶ τι καὶ τινῶν τὴν ἀπόδειξιν.

Si vuole costruire una scienza? Ecco allora i fondamentali problemi costruttivi: 1) definire il subbietto (περὶ τι, intorno a che cosa verte la trattazione); 2) porre i principî mediante i quali sarà possibile studiare le proprietà del soggetto dato; 3) ricavare da questi principî le conclusioni più lontane.

§ 22. Le opere di Aristotele sono tutte costruite sopra questi tre fondamenti: indicato lo scopo dell'opera, si procede subito a definire il subbietto della scienza, se ne indicano i principî e con questi principî si procede al ritrovamento delle più lontane conclusioni.

Si prenda ad es. la *Metafisica*: i due primi libri servono a precisare il vero subbietto della *Metafisica*: l'ente (*Met. III, 1, 1*) Ἔστιν ἐπιστήμη τις ἢ θεωρεῖ τὸ ὄν ἢ ὄν καὶ τὰ τούτῳ ὑπάρχοντα καθ' αὐτό (*perciò la Met. studia l'ente in quanto ente*): ora di questo ente bisogna ricercare i supremi principî e le supreme cause (... τὰς ἀρχὰς καὶ τὰς ἀκροτάτας αἰτίας ζητοῦμεν... διὸ καὶ ἡμῖν τοῦ ὄντος ἢ ὄν τὰς πρώτας αἰτίας ληπτέον *Met. III, 1, 2*).

Quali sono questi supremi principi? L'indagine intorno ad essi porta Aristotele a concludere che il principio fondamentale è quello di non contraddizione (τὸ γὰρ αὐτὸ ἅμα ὑπάρχειν τε καὶ μὴ ὑπάρχειν ἀδύνατον τῷ αὐτῷ καὶ κατὰ τὸ αὐτό *Met.* III, 3, 8): αὕτη δὴ πασῶν ἐστὶ βεβαιωτάτη τῶν ἀρχῶν.

Trovati questi principi primi tutto l'edificio della *Metafisica* – la scienza dell'essere – si erige severo e grandioso coronato, nel libro XII, dal ritrovamento della Causa prima, del motore immobile e del supremo principio dell'essere: Dio.

Le opere aristoteliche mostrano perciò quella stessa architettura che mostrano gli elementi di Euclide: le une e le altre sono frutto della consapevole applicazione di una medesima tecnica costruttiva di cui Aristotele ci dà, inoltre, nell'ὄργανον le leggi.

## VIII

§ 23. Ricercare le leggi della sistemazione. Sistemare significa dividere logicamente una trattazione: cioè organizzarla dividendo per generi, specie, parti etc. Ora questa tecnica – διαίρεσις κατ'εἶδη – è, può dirsi, creazione di Platone: essa ha avuto una grande influenza sulla formazione del sapere scientifico tanto presso i greci<sup>19</sup> quanto (pel tramite della dialettica) presso i romani (giureconsulti compresi)<sup>20</sup>.

Molto interessanti sono in proposito vari luoghi dei dialoghi di Platone.

Dice Socrate (nel *Fedro* 264 C) rivolto a Fedro:

... δεῖν πάντα λόγον ὡσπερ ζῶον συνεστάναι σῶμά τι ἔχοντα αὐτοῦ, ὥστε μήτ'ἀκέφαλον εἶναι μητ'ἄπου, ἀλλὰ μέσα τ'ἔχειν καὶ ἄρκα, πρέποντ' ἀλλήλοις καὶ τῷ ὅλῳ γεγραμμένα (dunque, dice Socrate, bisogna che ogni discorso sia organico come un corpo; abbia la testa, i piedi, e le sue parti siano organizzate e fra di loro e col tutto).

Un esempio di questo organismo logico? L'offre proprio il dialogo in corso: si tratta dell'amore: ebbene, si proceda subito alla definizione: *μανίαν γὰρ τιν' ἐφήσαμεν εἶναι τὸν Ἔρωτα* *ib.* 265 a (l'amore è definito come un certo furore): di questo furore vi sono due tipi fondamentali (εἶδη): uno di origine umana ed un secondo di origine divina *μανίας δὲ γ'εἶδη δύο, τὴν μὲν ὑπὸ νοσημάτων ἀνθρωπίνων, τὴν δ' ὑπὸ θείας ἐξαλλαγῆς τῶν εἰωθότων νομίμων γιγνομένην* *ib.* 265 a).

Il secondo tipo di amore si suddivide in quattro parti (μέρη) quanti sono gli dei dai quali esso origina (τῆς δὲ θείας τετάρων θεῶν τέτταρα μέρη *ib.* 265 b).

Ecco, dice Socrate, è così che va condotto ogni discorso, tenendo conto di queste due operazioni che lo rendono organico: la definizione e la divisione.

<sup>19</sup> VAILATI, *La teoria aristotelica della definizione*, in *Scritti* p. 485 segg.; *La teoria del definire e del classificare in Platone*, in *Scritti* p. 673 segg.

<sup>20</sup> LA PIRA, *La genesi* etc., in *Bull.* 42 (1934) I vol. N. S.

Definendo e dividendo si viene a costituire un vero organismo logico diviso in parti fra di loro coordinate ad unità.

A Fedro che domanda in che consistono queste due operazioni dell'arte del dire, Socrate risponde: per la prima, εἰς μίαν τ'ιδέαν συννορῶντ' ἄγειν τὰ πολλακῆ διεσπαρμένα, ἵν' ἕκαστον ὀρίζομενος δῆλον ποιῆ περιὶ οὗ ἄνα ἀεὶ διδάσειν ἐθέλη (quindi la definizione *in unum colligit* ciò che è disperso e rende così possibile l'insegnamento: come si è fatto per dare il concetto di amore *ib.* 265 d); per la seconda, τὸ πάλιν κατ'εἶδη δύνασθαι τέμνειν, κατ'ἄρθρα, ἧ πέφυκε (perciò bisogna dividere per *species* (κατ'εἶδη), per membri (κατὰ ἄρθρα) in conformità alla natura delle cose – e non dividere a caso come farebbe un cattivo cuoco.

Socrate insiste ancora sulla immagine del corpo così propria (*ib.* 266 a, b) ad indicare in che modo debba procedere la divisione nel discorso. Io stesso amo queste divisioni e questi collegamenti – dice Socrate – perché mi fanno capace a pensare e a dire (τούτων δὴ ἔγωγ' αὐτός τ'ἐραστής, ὧ φαίδρε, τῶν διαίρέσεων καὶ συναγωγῶν, ἵν' οἷός τ' ὧ λέγειν τε καὶ φρονεῖν. *ib.* 266 b).

Dunque la *divisio per species, per genera* – διαίρεσις κατὰ γένη, κατ'εἶδη, κατὰ μέρη – è una operazione costruttiva cara a Platone nei dialoghi del quale essa ricorre con frequenza: nel *Politicus*, ad es. (262 e), questa tecnica della divisione è riconosciuta come il metodo più adatto a rendere abili alla ricerca e alla discussione. Bellissimo, in proposito, è il seguente testo del Sofista (253 d): si era già in precedenza riconosciuta la necessità di una scienza la quale insegnasse a dividere i generi ed a trovare fra di loro i nessi causali. Orbene, dice l'ospite a Teeteto, non è proprio questo il compito della dialettica? Insegnare appunto a dividere κατὰ γένη e a non confondere una specie con l'altra (τὸ κατὰ γένη διαιρεῖσθαι καὶ μήτε ταῦτὸν εἶδος ἕτερον ἡγήσασθαι μήθ' ἕτερον ὄν ταῦτὸν, μὴ οὐ τῆς διαλεκτικῆς φέσομεν ἐπιστήμης εἶναι? Colui che sa applicare le leggi della dialettica perviene a questo mirabile risultato: l'unificazione del molteplice (... μίαν ιδέαν διὰ πολλῶν): la dialettica, infatti, insegna a scoprire cosa c'è di comune nelle singole esperienze ed è sul fondamento di questa osservazione che essa procede alle sue divisioni κατὰ γένη (τοῦτο δ' ἔστιν, ἧ τε κοινωνεῖν ἕκαστα δύναται καὶ ὅπη μὴ, διακρίνειν κατὰ γένος ἐπίστασθαι *ib.* 253 d).

Questa finalità della dialettica è costantemente posta in luce in molti luoghi dei dialoghi platonici (cfr. *Index philosoph.* sub *Dialectica*).

§ 24. Si comprende allora quale sia la legge che presiede alla costruzione della *introductio harmonica* di Euclide.

L'opera comincia così:

1. Ἀρμονικὴ ἐστὶν ἐπιστήμη θεωρητικὴ τε καὶ πρακτικὴ τῆς τοῦ ἡρμωσμένου φύσεως. ἡρμωσμένον δὲ τὸ ἐκ φθόγγων τε καὶ διαστημάτων ποιῶν τάξιν ἐχόντων συγκεῖμενον (*harmonica est scientia naturam compositio-*

*nis harmonicae et considerandi et exercendi. Harmonice compositum autem est id, quod et ex sonis et ex intervallis ordinem quendam habentibus constat).*

2. μέρη δὲ αὐτῆς ἔστιν ἑπτὰ: περὶ φθόγγων, περὶ διαστημάτων, περὶ γενῶν, περὶ συστήματος, περὶ τόνου, περὶ μεταβολῆς (*partes autem eius sunt septem: de sonis, de intervallis, de generibus, de systemate, de tono, de mutatione, de melopeia*).

Si passa poi alla definizione di ciascuna di queste parti

3. γένη δὲ ἔστι τρία, διάτονον, χρωμα, ἄρμονία.

E così via.

Appare evidente, dunque, che questo manuale è costruito secondo i principî della διαίρεσις κατ'εἶδη, κατὰ γένη, κατὰ μέρη tanto lodata ed applicata da Platone: una costruzione siffatta poggia sulla definizione, come sul capo, e a simiglianza del corpo umano, si estende attraverso una membratura logica di μέρη, γένη, εἶδη.

## IX

§ 25. Tutta l'indagine che precede ci mette ormai in grado di comprendere quale sia e donde derivi il metodo della prima grande giurisprudenza: quella dell'ultimo secolo della repubblica<sup>21</sup>.

Nello sforzo grandioso che i giuristi di questo periodo fecero per far passare la giurisprudenza dalla fase empirica a quella scientifica (tecnica, *ars*) essi dovettero affrontare i tre fondamentali problemi che offre la costruzione di qualsiasi scienza (che sono, poi, i tre problemi del metodo): 1) quello del ritrovamento e della enunciazione dei principî; 2) quello della deduzione in base ai principî posti; 3) quello della sistemazione per *genera, species* etc. della trattazione scientifica.

Era, dunque, il metodo della scienza dimostrativa – il metodo severo e mirabile dei geometri e dei logici – che veniva a fondare sopra basi veramente scientifiche il nuovo edificio della giurisprudenza romana.

## X

§ 26. Ritrovare ed enunciare i principî. Ogni scienza è fondata sui principî propri, dice Aristotele; dunque per costituirli bisogna anzitutto ritrovare questi principî e formularli: ora fungono da principî tanto le definizioni, quanto le regole, le norme (che rappresentano nel campo giuridico quello che rappresentano gli assiomi, i postulati, le ipotesi nel campo della geometria e della logica).

Quale sarà, dunque, il primo compito di un giurista che intende dare assetto scientifico alla sua disciplina?

<sup>21</sup> LA PIRA, *La genesi* etc., in *Bull.* 42 (1934) I vol. N. S.; IOERS, *Römische Rechtswissenschaft* 1888 p. 312 e *passim*.

Risalire dalla esperienza giuridica alla definizione degli istituti giuridici, trovare le regole – tratte dalla consuetudine, dalla *lex*, dagli *edicta* etc. – che ne informano la vita: cioè, come Aristotele dice, risalire dal regno del particolare, quale è il regno dell'empiria, a quello dell'universale quale è quello della tecnica (*ars*) e della scienza.

E allora si comprende perfettamente perché Q. Mucio Scevola – che si può dire iniziatore di questa trasformazione della giurisprudenza – senta la necessità di scrivere un *liber ὄρων*<sup>22</sup> e perché in tutti i suoi scritti – come è possibile argomentare dai frammenti che ci restano – dia così largo posto alla enunciazione di definizioni e di regole. Poiché bisogna costituire la scienza del diritto bisognerà anzitutto – mediante definizioni e regole – crearne le fondamenta.

Nei pochi frammenti del *liber ὄρων* che ci sono pervenuti sono contenute due definizioni e sei regole: e si tratta di definizioni e regole che illuminano zone ampie del diritto privato e pubblico.

Un testo ha riferimento al censo:

45. D. 41. 1. 64 QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA *libro singulari ὄρων*. *Quae quisque aliena in censum deducit nihilo magis eius fiunt.*

Un gruppo di testi si riferisce al diritto tutelare e successorio (testamento): uno di essi ha decisiva importanza in ordine al problema dei rapporti fra *tutela* ed *hereditas*.

48. D. 50. 17. 73 § 1 QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA *libro singulari ὄρων*. *Nemo potest tutorem dare cuiquam nisi ei, quem in suis heredibus cum moritur habuit habiturus esset, si vixisset.*

50. D. Ibid. § 3. *Quae in testamento ita sunt scripta, ut intellegi non possint, perinde sunt ac si scripta non essent.*

48. Ibid. pr. *Quo tutela redit, eo et hereditas pervenit, nisi cum feminae heredes intercedunt.*

Un testo concerne le servitù rustiche e un altro pone un principio fondamentale relativo alla efficacia che i negozi giuridici hanno esclusivamente fra le parti:

46. D. 43. 20. 8 SCAEVOLA *libro singulari ὄρων*. *Cui (cuius?) per fundum iter aquae debetur, quacumque vult in eo rivum licet faciat, dum ne aquae ductum interverteret.*

50 D. 50. 7. 134 QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA *libro singulari ὄρων*. *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.*

Infine due testi ci danno due definizioni.

49 D. 50. 17. 73 § 2 QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA *libro singulari ὄρων*. *Vi factum id videtur esse, qua de re quis cum prohiberetur fecit, clam, quod quisque cum (quod quis clam eo quocum?) controversiam haberet habiturusve se putaret, fecit. Cfr. D. 43. 24. 5 § 8.*

<sup>22</sup> Questo *liber ὄρων* è stato certamente scritto da Scevola: BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae* I, 50-51.

47 D. 50. 16. 241 QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA *libro singulari* ὄρων. *In ruti caesis ea sunt, quae terra non tenentur, quaeque opere structili tectoriove non continentur.*

Basta una semplice riflessione per accorgersi della importanza che hanno le regole e le definizioni enunciate da Scevola: i testi sulla tutela disegnano, si può dire, attraverso pochi principî, tutto il sistema delle vocazioni tutelari intestate e testamentarie, il testo sulla impossibilità dell'*alteri cavere* illumina pienamente sulla natura personale del vincolo obbligatorio; la definizione relativa alla violenza ed alla clandestinità differenzia due concetti giuridici che hanno tanta importanza in ordine al possesso; insomma questi pochi resti del *liber ὄρων* bastano per mostrarci tutto l'interesse di Q. Mucio Scevola per la posizione dei principî basilari della scienza giuridica. Ma questa ricerca di definizioni e di regole non è limitata al *liber ὄρων*: appare in quasi tutti i frammenti di Scevola che ci sono pervenuti: essi, infatti, possono dividersi in tre classi: 1) frammenti che contengono definizioni; 2) frammenti che contengono regole; 3) frammenti che contengono decisioni in base a definizioni o a regole.

1) Definizione di *vis* (D. 50. 17. 73 § 2; D. 43. 24. 1 § 5; D. 43. 24. 5 § 8 Pal. 49); di *penus* (GELL. 4, 1, 17; D. 33. 9. 3 § 6; GELL. 4, 1, 20; Pal. 2); di *argentum* (D. 34. 2. 27; D. 34. 2. 19 § 9, 10 Pal. 5) di *societas* (arg. da D. 17. 2. 7; 9. 11; Pal. 7; D. 17. 2. 30; Pal. 8) di *furtum usus* (GELL. 6, (7), 15, 2 Pal. 11 D. 13. 1. 16) di *testamentum ruptum* (arg. D. 28. 3. 16 Pal. 12); di *culpa* (D. 9. 2. 31 Pal. 26); di *commodatum* (arg. D. 13. 6. 5 § 3 Pal. 30); di *possessio* (arg. D. 41. 2. 25 § 2 Pal. 32; D. 41. 2. 3 § 23 Pal. 31); di *usucapio* (arg. D. 8. 2. 7 Pal. 34; 76 GELL. 17, 7, 1-3 Pal. 33) della *clausula optimus maximusque* (D. 18. 1. 59 Pal. 35; D. 21. 2. 75 Pal. 36) di *rutae caesa* (D. 18. 1. 66 § 2 Pal. 37; D. 50. 16. 241 Pal. 47) di *postliminium* (CIC. *top.* 8, 37 Pal. 42; D. 50. 7. 18 Pal. 43); di *pars* (D. 50. 16. 25 § 1 Pal. 51); di *gentiles* (CIC. *top.* 6 § 29 Pal. 53) di *iudicia bonae fidei* (CIC. *de off.* 3, 17, 70 Pal. 54) di *trinotium* (GELL. 3, 2, 12, 13 Pal. 55); di *nexum* (VARRO *de l. l.* 7, 7, 105 Pal. 56); di *extrema persona* (CIC. *de leg.* 2, 19); di *actio aquae pluviae arcendae* (arg. D. 39. 3. 1 § 3. 4 Pal. 41).

2) Regole relative alla *societas* (D. 17. 2. 9. 11 Pal. 7; D. 17. 2. 30 = GAI 3, 149 Pal. 8); al *testamentum ruptum* (D. 28. 3. 16 Pal. 12); alla *cautio muciana* (D. 35. 1. 7 pr. Pal. 21); alla *tutela* (D. 50. 17. 73 pr. § 1 Pal. 48); alla *potestas heredis instituendi* etc. (D. 50. 16. 120); ai *sacra* (CIC. *de leg.* 2, 19, 48); al tutore *furiosus* (D. 26. 1. 3 pr.); alla *usucapio libertatis* (D. 8. 2. 7); alla *usucapio* (D. 41. 3. 24 pr.); alla *nuncupatio* (CIC. *de off.* 3, 16, 65); al *pretium* nella compravendita (D. 40. 12. 23 pr.); alla vendita di *homo liber pretii participandi causa* (D. 40. 12. 23 pr.); al *furtum* (D. 13. 1. 16); al *dare ob causam* o *ob rem* (D. 12. 6. 52); all'*indebitum* (D. 12. 6. 50); alla *negotiorum gestio* (D. 3. 5. 10).

Se potessimo sviluppare il contenuto di queste definizioni e di queste regole vedremmo come esse abbiano riferimento a tutto il sistema del diritto privato di cui costituiscono i fondamenti primi.

## XI

Dedurre in base ai principî.

§ 27. Tutti gli altri testi di Scevola contengono decisioni in base a definizioni o a regole: la struttura della decisione è sempre sillogistica (poste le premesse se ne ricava logicamente la conclusione).

Esempi.

L'*actio furti* spetta a colui *cuius interest*; nella fattispecie questi è il primo derubato; dunque l'*actio furti* spetta a quest'ultimo (D. 47. 2. 77 § 1 Pal. 9).

La vendita di un fondo senza l'esplicita dichiarazione che il fondo è *optimus maximusque* non obbliga il venditore a dare un fondo libero da servitù; nella fattispecie questa dichiarazione non vi fu; dunque il venditore non è tenuto a prestare il fondo libero, ma a prestarlo *qualis est*.

Il legato di *penus* comprende determinate cose; nella fattispecie sono indicate cose diverse; dunque non vi è legato di *penus* (D. 33. 9. 39; GELL. 4, 1, 22; D. 33. 9. 3 pr.; 6).

Tutte le decisioni hanno la medesima struttura logica: argomentano sempre da una definizione o da una *regula iuris*.

## XII

Sistemare, dividendo per *genera, species* (διάρεσις κατὰ γένη).

§ 28. Quest'opera sistematrice attuata mediante la *divisio in genera, species, partes*, è per Scevola chiaramente testimoniata.

POMPONIUS (*lib. sing. ench.* D. 1, 2, 2 § 41) *Post hos Quintus Mucius Publicii filius pontifex maximus ius civile primum constituit generatim in libros decem et octo redigendo.*

GAI I, 188. *Ex his apparet quot sint species tutelarum... quidam quinque genera esse dixerunt ut Q. Mucius.*

PAULUS (*libro quinquagesimo quarto ad edictum* D. 41. 2. 3 §§ 21-23) *Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit... quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit etc.* (Cfr. *genera rerum locatarum* ALFEN. 19, 2, 31; *genera furtorum* GAI 3, 183; *genera libertorum* GAI I, 12; *genera testamentorum* GAI II, 101; *genera legatorum* GAI II, 195; *genera actionum* GAI IV, 1 etc. Cfr. VOIGT *Aelius und Sabin.* p. 23; FERRINI *Storia delle fonti* p. 31).

Si ricordi Cicerone (*de orat.* I § 190): – *ius civile in genera dispertiat deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat* [cfr. LA PIRA *La genesi* etc. *Bull.* 42 (1934) 1° vol. n. s.].

La *divisio in genera* etc. (applicata con qualche deficienza da Scevola *Cic. Brut.* § 152) corrisponde proprio perfettamente alla διάρεσις κατὰ γένη della dialettica: Cicerone stesso (*ad Atticum* VI, 1, 15) parla di una διάρεσις in due

*genera* del suo editto per la Cilicia (*breve autem edictum est propter hanc meam διαίρεσιν, quod duobus generibus edicendum putavi: quorum unum est provinciale* etc.).

### XIII

§ 29. Quello che si dice per Scevola deve ripetersi – come vedremo meglio in altri studi – per Servio Sulpicio Rufo e per tutti i grandi giuristi di questo periodo.

Il triplice compito a cui la giurisprudenza creatrice dell'ultimo secolo si accinse fu appunto quello della ricerca dei principii (definizioni, regole), della deduzione in base ai principii (*responsa*), della sistemazione scientifica (*divisio* per *genera* etc.): è per questo che essa poté trasmettere alla giurisprudenza del primo secolo un edificio scientifico veramente armonico per l'esattezza, la logica e la coordinazione delle sue linee.

### XIV

§ 30. Ormai l'identità architettonica degli scritti della giurisprudenza romana e di quelli dei logici (Aristotele e già prima Socrate e Platone) e dei geometri greci (Euclide) appare evidente: l'architettura è identica perché identico è il metodo di costruzione.

La scienza – τέχνη, ἐπιστήμη, *ars* – si costituisce partendo dai principii (ἀρχαί che sono ὅροι, αἰτήματα, ἀξιώματα, κοινὰ ἔννοια, κτλ; *definitiones, regulae*), deducendo da essi *more syllogistico* (ἀποδείξεις, *responsum*), organizzando ad unità, ad immagine del corpo, il sapere (διαίρεισιν κατὰ γέννη, κατ'εἶδη, κατὰ μέρη; *divisio* per *genera, species, partes*): sono queste le tre operazioni del metodo scientifico: è con esse che logici, geometri e giuristi hanno saputo creare sistemi scientifici di imperitura bellezza.



1936



## LA GENESI DEL SISTEMA NELLA GIURISPRUDENZA

### IV. IL CONCETTO DI SCIENZA E GLI STRUMENTI DELLA COSTRUZIONE SCIENTIFICA\*

#### I

§ 1. La meditazione e la ricerca che mi occupano da vario tempo<sup>1</sup> mirano a dar fondamento alle seguenti tesi:

1) Che la giurisprudenza romana – fatto unico nella storia della cultura e fattore essenziale della storia del pensiero giuridico antico e moderno – pose, sin dall'ultimo secolo della repubblica, le basi ed i muri maestri del primo e più grande edificio scientifico del diritto.

2) Che a questo fine essa – senza venir meno alla sua vocazione all'equità ed alla pratica e senza perdere il merito che le deriva dall'essere la vera creatrice della scienza giuridica – assimilò, per applicarlo al diritto, il metodo logico dei greci (geometri, logici etc.).

3) Che, per effetto di questa sua organizzazione scientifica, essa costruì le categorie fondamentali di ogni scienza giuridica (quindi, esplicitamente posti o implicitamente contenuti nei principî, i concetti fondamentali della dottrina moderna).

§ 2. La ricerca, allora, per legittimare queste tesi deve avere questi fini:

1) mostrare cosa si intenda per scienza nel mondo culturale dell'ultimo secolo della repubblica e quali sono gli strumenti che vengono indicati come necessari per la costruzione di un edificio scientifico;

2) vedere se, da chi, ed in che modo, questi strumenti della scienza logica dei greci (geometri, logici etc.) furono effettivamente usati per la costruzione della scienza giuridica romana.

\* «Bullettino dell'istituto di diritto romano», XLIV, 1936-1937, pp. 131-159 (poi confluito in: *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, Università degli Studi, Facoltà di Giurisprudenza, Firenze 1972, pp. 87-117).

<sup>1</sup> Cfr. gli studi precedenti sul medesimo tema: 1) in Studi Virgili Siena 1935; 2) in Bull. I. D. R. 42 (1934); 3) in Studia et Documenta 1935. Tali studi e la bibliografia in essi contenuta sono sempre tenuti presenti in questa nuova ricerca.

3) studiare il sistema giuridico che derivò da questa applicazione della logica al diritto e studiarlo in due sensi: *a)* nella sua organizzazione esterna *b)* e, più, nella sua organizzazione intrinseca. Studiarlo, cioè, da un lato, nell'ampia membratura delle sue divisioni, partizioni etc. e, dall'altro, nel rigoroso concatenamento interno dei principî che dà al sistema una perfetta coerenza interiore e che, nonostante la sua ampiezza, gli conferisce il sigillo più prezioso della scienza: quello dell'unità.

4) Infine vedere se realmente la scienza giuridica moderna mutui – lo sapia o no – proprio da questo sistema i suoi dommi fondamentali.

## II

Cosa si intende per scienza nel mondo culturale romano dell'ultimo secolo della repubblica e quali sono gli strumenti logici necessari per costruire un edificio scientifico.

§ 3. Le ricerche precedenti hanno condotto a questi risultati: scienza (*ars*, o τέχνη, ἐπιστήμη), nella cultura dell'ultimo secolo della repubblica ha un duplice significato: significa, da un lato, l'organizzazione sistematica di una disciplina attuata mediante la *divisio* per *genera, species, partes* (διαίρεσις κατὰ γένη, κατ'εἶδη, κατὰ μέρη operazione, questa, derivata, attraverso la mediazione stoica, dalla dialettica platonica); significa, dall'altro, fondamento e costituzione del sapere mediante l'applicazione dei due metodi usati da logici e geometri: *a)* il metodo induttivo che trae dalla osservazione singola e dalla empiria la legge scientifica (ritrova, cioè, i principî e li formula); *b)* il metodo deduttivo che partendo dai principî ricava, mediante il sillogismo, proposizioni nuove fra di loro e rispetto ai principî logicamente collegate (metodi, questi, di cui si ha una mirabile applicazione negli *elementa* di Euclide ed una perfetta analisi nell'ὄργανον aristotelico).

Gli strumenti logici per la costituzione della scienza così intesa sono appunto: *a)* per l'organizzazione sistematica, la διαίρεσις κατὰ γένη κτλ. (*divisio*), *b)* per la fondazione logica della scienza, la posizione dei principî (*definitiones, regulae*, corrispondente agli ὅροι, ἀξιῶματα, αἰτήματα) e la deduzione da essi mediante il procedimento sillogistico.

§ 4. In Cicerone il concetto di scienza sopra indicato e gli strumenti logici che lo costituiscono appaiono nettamente. Tutte le discipline – dice Cicerone – si sono costituite a sistema mediante la dialettica (*de orat.* I § 188) *adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi adsumunt, quae rem dissolutam divulsamque conglutinaret et ratione quadam constringeret.*

Ora le operazioni fondamentali mediante le quali la sistemazione – interna ed esterna – viene raggiunta sono proprio quelle che concernono il defini-

re (*definitio*) ed il dividere (*divisio* per *genera, species, partes*) ed è la dialettica ad insegnare a definire ed a dividere esattamente: essa indica, infatti, come si raggiunge questa esattezza e quali sono le difficoltà non lievi che definizione e divisione presentano.

Quale deve essere – secondo Cicerone – la struttura di una costruzione sistematica? Quella che risulta dall'applicazione delle due leggi del definire e del dividere: la divisione in *genera* e *species* ramifica tutta la materia e permette una visione unitaria dell'insieme.

La trattazione che ne risulta è un tutto organico: è uno sviluppo logico di concetti, una concatenazione di cause ed effetti, di principi primi ed ulteriori; si parte da un concetto base – posto con la definizione – e da esso, per sviluppi intrinseci, si giunge sino alle conseguenze più lontane.

Si tratta, insomma, di analizzare l'essenza di una cosa, di trovarne gli elementi costitutivi e di procedere alla ulteriore analisi dei possibili rapporti che intercorrono fra questi elementi.

Il punto di partenza è, come è chiaro, la definizione: la definizione di una cosa ci dà due elementi costanti: il genere e la specie cui la cosa appartiene; non solo, ma la specie prima, a sua volta, può fungere da genere rispetto ad una specie ulteriore e così via: abbiamo così una ramificazione di generi e di specie che giunge sino agli elementi più intimi dell'oggetto analizzato. La maestria del costruttore – e, quindi, la bellezza della costruzione che ne deriva – sta nel sapere determinare con esattezza questa concatenazione di generi e di specie, nel cogliere ordinatamente tutti gli elementi differenziatori in modo che l'albero di queste conoscenze si offra alla visione di tutti come qualcosa di veramente compatto ed unitario. La vera opera scientifica sta qui: in questa capacità ad isolare, a differenziare ed a coordinare poscia questi elementi isolati e differenziati.

§ 5. Cicerone nella Topica (§§ 26 segg.) dà grande rilievo a questa dottrina metodologica. Dopo aver detto (§ 9) che la *definitio* è, per eccellenza, fra tutti gli altri τόποι, il *locus* dal quale devono trarsi gli argomenti – la più propria *sedes argumenti* (§ 9) perché essa *quasi involutum evolvit id de quo quaeritur* (§ 9) –, passando a trattare esplicitamente della definizione si sofferma soprattutto a rilevare come la definizione – che è definita *oratio quae id, quod definitur explicat quid sit* (§ 26) – sia un tutto organico composto di *partes* o di *species (formae)*.

*Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum, aliae divisionum: partitionum, quum res ea, quae proposita est, quasi in membra discernitur: ut si quis ius civile dicat id esse, quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat. Divisionum autem definitio formas omnes complectitur, quae sub eo genere sunt, quod definitur, hoc modo: abalienatio est eius rei, quae mancipi sunt, aut traditio alteri nexu aut in iure cessione, inter quos ea iure civili fieri possunt* (§ 28).

Perciò vi sono due generi di definizione: quella che consta di *partes* (*definitio partitionum*) e quella che consta di *species* (*definitio divisionum*). Con la prima vengono descritte – e quasi elencate – le parti che compongono la cosa; con la seconda, invece, viene indicato il *genus* a cui la cosa appartiene e le *species* in cui questo genere si ramifica.

*In partitione quasi membra sunt, ut corporis, caput, humeri, manus, latera, crura, pedes et caetera; in divisione formae (sunt) quas Graeci εἶδη vocant, nostri, si qui haec forte tractant, spectes appellant* (§ 30).

Il rapporto fra *genus* e *species* è da Cicerone posto in piena luce: *Genus et formam definiunt hoc modo: genus est notio ad plures differentias pertinens; forma est notio, cuius differentia ad caput generis et quasi fontem referri potest*. Perciò il genere mediante le differenze si divide in molte specie: *formae* (specie) *sunt igitur eae, in quas genus sine ullius praetermissione dividitur; ut si quis ius in legem, morem, aequitatem dividat* (§ 31). Quando, dunque, si voglia definire una cosa – e si voglia procedere ad una trattazione sistematica intorno ad essa – bisogna aver cura di dare una definizione esatta della cosa stessa: cotesta esattezza si ottiene riunendo nella definizione tutte le parti di cui la cosa consta (quando ciò è possibile, quando cioè queste parti non sono innumerevoli) e tutte le *species* che sono incluse nel genere a cui la cosa appartiene (il numero delle *species* è sempre certo). *Partitione sic utendum est, nullam ut partem relinquo: ut, si partiri velis tutelae, inscienter facias, si ullam praetermittas: at si stipulationum aut iudiciorum formulas partiare, non est vitiosum in re infinita praetermittere aliquid. Quod idem in divisione vitiosum est. Formarum enim certus est numerus, quae cuique generi subiiciantur; partium distributio saepe est infinitior, tamquam rivorum a fonte deductio* (§ 33). Così, dice Cicerone (§ 34), *in oratoris artibus quaestionis genere proposito, quot eius formae sint, subiungitur absolute. Ciò non avviene quum de ornamentis verborum sententiarumve praecipitur... res est enim infinitior*.

Comunque sia, trattasi dell'uno o dell'altro genere di definizione, l'importante sta qui: nel determinare le parti di cui essa consta, o le *species* che nel genere definito sono incluse, e nel ramificare in conformità la trattazione. È costesto un principio metodico sul quale Cicerone torna spesso e che egli stesso, come vedremo, applica fedelmente nella costruzione delle sue opere.

*Et quoniam in omnibus, quae ratione docentur et via, primum constituendum est quid quidquid sit – nisi enim inter eos qui disceptent, convenit quid sil illud, de quo ambigitur, nec recte disseri nec umquam ad exitum perveniri potest –, explicanda est saepe verbis mens nostra de quaque re atque involutae rei notitia definiendo aperienda est, si quidem est definitio oratio, quae quid sit id, de quo agitur, ostendit quam brevissime. Tum, ut scis, explicato genere cuiusque rei videndum est quae sint eius generis sive formae sive partes, ut in eas tribuatur omnis oratio* (Orator § 116). Perciò dopo posta la definizione – e la capacità a definire è indispensabile così allo scienziato come all'oratore *erit igitur haec facultas in eo, quem volumus esse eloquentem, ut definire rem possit* § 117 – si proceda alla divisione (o parti-

zione): *idemque etiam, quum res postulabit, genus universum in species certas, ut nulla neque praetermittatur neque redundet, partietur ac dividet.*

Si vuole scrivere un bel trattato, chiaro, armonico? Ecco: bisogna creare l'osatura di tale trattato, ricorrendo alla divisione in *genera* e *species*. *Tum sunt notanda genera et ad certum numerum paucitatemque revocanda. Genus autem est id, quod sui similes communionem quadam, specie autem differentes, duas aut plures complectitur partes. Partes autem sunt, quae generibus iis, ex quibus manant, subiiciuntur; omniaque, quae sunt vel generum vel partium nomina, definitionibus, quam vim habeant, est exprimendum* (de orat. I § 189).

Si vuole scrivere un trattato di *ius civile* (che ancora manca)? Ecco: sarà necessario che l'autore *primum omne ius civile in genera digerat, quae per pauca sunt: deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat, tum propriam cuiusque vim definitione declaret, perfectam artem iuris civilis habebitis* (ib. § 190).

Se domandate perché Servio Sulpicio Rufo è – sotto un certo profilo – più grande di Scevola, Cicerone vi risponderà: perché egli per primo ha applicato con perfezione questo metodo alla giurisprudenza: non avrebbe ridotta, infatti, la giurisprudenza a scienza (*ars*) se prima non avesse appreso l'arte che insegna *rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere*, etc. (Brutus § 152).

Desidera un oratore di essere ascoltato e, quindi, di essere veramente efficace? Non ha che da regolarsi secondo i precetti di quest'arte: *facillime discit auditor et quid agatur intelligit: si complectare a principio genus naturamque causae, si definias, si divides, si neque prudentiam eius impediatis confusione partium nec memoria multitudine* (de part. orat. § 29).

Si vuole intraprendere una trattazione intorno alla *res publica*? Ecco, si parta subito dalla definizione: in questo modo è già tracciato il piano di svolgimento della trattazione. *Hic Scipio: faciam quod vultis ut potero et ingrediar in disputationem ea lege, qua credo omnibus in rebus disserendis utendum esse, si errorem velis tollere, ut eius rei, de qua queritur, si nomen quod sit conveniat, explicetur quid declaretur eo nomine: quod si convenerit, tum demum decebit ingredi in sermonem: numquam enim quale sit illud, de quo disputabitur, intellegi poterit, nisi quid sit illud, de quo disputabitur, intellegi poterit, nisi quid sit fuerit intellectum prius. Qua de re quoniam de re publica quaerimus, hoc primum videamus, quid sit id ipsum, quod quaerimus* (de rep. I § 38; cfr. de orat. I § 209).

§ 6. Dunque, definire e dividere sono – anche per Cicerone – le due grandi leggi della costruzione scientifica: *definitio, divisio, pars, distinctio, genus, species, differentia, proprium* etc. sono appunto i termini tecnici che indicano le operazioni mediante le quali si costruisce l'edificio sistematico della scienza (*ars*).

La tesi che Cicerone sostiene con vivacità in molti luoghi delle sue opere è, dunque, questa: poiché non può esservi applicazione del metodo scientifico senza l'apprendimento di esso, poiché questo apprendimento non deriva che

dallo studio della dialettica (= la logica), dunque è necessario che ogni studioso – come ogni oratore – posseda bene gli strumenti dialettici. La dialettica è la necessaria introduzione così della retorica come di ogni altra disciplina.

*Positum sit igitur in primis* – dice Cicerone (Orator § 19) – ... *sine philosophia non posse effici, quem quaerimus eloquentem.*

Infatti non è possibile *sine philosophorum disciplina genus et speciem cuiusque rei cernere neque eam definiendo explicare nec tribuere in partes... neque iudicare quae vero quae falsa sint neque cernere consequentia, repugnantia videre, ambigua distinguere* (Orator § 16).

È quindi proprio del perfetto oratore non solo possedere la *facultas... fuse lateque dicendi* ma anche *vicinam eius atque finitimam dialectorum scientiam adsumere* (Orator § 113). I rapporti fra la dialettica e la retorica sono intimi: *Zeno quidem ille, a quo disciplina stoicorum est, manu demonstrare solebat quid inter has artes interesset. Nam quum compresserat digitos pugnumque fecerat, dialecticam aiebat eiusmodi esse: quum autem diduxerat et manum dilataverat, palmae illius similem eloquentiam esse dicebat. Atque etiam ante hunc Aristoteles principio artis rhetoricae dicit illam artem quasi ex altera parte respondere dialecticae, ut hoc videlicet differant inter se, quod haec ratio dicendi latior sit, illa loquendi contractior. Volo igitur huic summo omnem, quae ad dicendum trahi possit, loquendi rationem esse notam: quae quidem res, quod te his artibus eruditum minime fallit, duplicem habet docendi viam. Nam et ipse Aristoteles tradidit praecepta plurima disserendi et postea qui dialectici dicuntur spinosiora multa pepererunt. Ergo eum censeo, qui eloquentiae laude ducatur, non esse earum rerum omnino rudem, sed vel illa antiqua vel hac Chrysippi disciplina institutum noverit primum vim, naturam, genera verborum et simplicium et copulatorum; deinde quot modis quidque dicatur; qua ratione verum falsumne sit indicetur; quid efficiatur e quoque; quid cuique consequens sit quidque contrarium; quumque ambigue multa dicantur, quomodo quidque eorum dividi explanarique oporteat* (Orator §§ 113-115). Il pensiero di Cicerone è qui chiarissimo: l'oratore – come, in generale, ogni scienziato – deve conoscere anzitutto il *metodo scientifico*, che è il metodo insegnato dalla dialettica.

È quello stesso che Aristotile dice: le scienze tutte hanno in comune il metodo: la dialettica è a tutte comune: *ἐπικοινωνῶνσ' δὲ πᾶσαι αἱ ἐπιστήμαι ἀλλήαις κατὰ τὰ κοινά... καὶ ἡ διαλεκτικὴ πάσαις* (*anal. post.* I, XI, 5-6). *ἡ ῥητορικὴ ἐστὶν ἀντίστροφος τῇ διαλεκτικῇ· ἀμφότεραι γὰρ περὶ τοιούτων τινῶν εἰσὶν ἃ κοινὰ τρόπον τινὰ ἀπάντων ἐστὶ γνωρίζειν καὶ οὐδεμιᾶς ἐπισιστήμης ἀψωρισμένης. Διὸ καὶ πάντες τρόπον τινὰ μετέχουσιν ἀμφοῖν. πάντες γὰρ μέχρι τινὸς καὶ ἐξετάζειν καὶ ὑπέχειν λόγον καὶ ἀπολογεῖσθαι καὶ κατηγορεῖν ἐγχειροῦσιν* (Rhet. I, 1, 1).

Tutte le scienze, quindi, hanno comune la dialettica: perché tutte le scienze mirano a ricercare, argomentare, dedurre etc.

Questa funzione introduttiva della dialettica relativamente a tutte le discipline è posta ancora in più viva luce nella Topica: lo scopo della dialettica ari-

stotelica è quello di trovare un metodo in base al quale sia possibile argomentare intorno a qualsiasi questione *proposita argumentatione probabili* (Top. I, 1, 1... μέθοδον εὑρεῖν ἀφ' ἧς δυνησόμεθα συλλογίζεσθαι περὶ παντὸς τοῦ προτεθέντος προβλήματος ἐξ ἐνδόξων, καὶ αὐτοὶ λόγον ὑπέχοντες μηθὲν ἐροῦμεν ὑπεναντίον). L'utilità della dialettica è generale, si estende ad ogni forma di argomentazione, si riferisce ai principî primi di ogni scienza: ἔτι δὲ πρὸς τὰ πρῶτα τῶν περὶ ἐκάστην ἐπιστήμην ἀρχῶν. Essa è, quindi, la vera introduzione di tutte le discipline ἐξεταστικὴ γὰρ οὖσα πρὸς τὰς ἀπασῶν τῶν μεθόδων ἀρχὰς ὁδὸν ἔχει (Top. I, 2, 6).

Il pensiero ciceroniano ed aristotelico intorno alla dipendenza di tutte le scienze dalla scienza logica è chiaramente riprodotto in alcuni testi di S. Tommaso (testi tratti dai commentari alle opere di Aristotile ed al *de Trinitate* di Boezio).

MET. I, 1. *Cum igitur plures artes sint repertae quantum ad utilitatem, quarum quaedam sunt ad vitae necessitatem – sicut mechanicae – quaedam vero ad introductionem in aliis scientis, sicut scientiae logicae.*

MET. I, 3... *scientiae logicae, quae non propter se quaeruntur, sed ut introductoriae ad alias artes.*

MET. II, 5... *ideo oportet quod homo instruat per quem modum in singulis scientiis sint recipienda ea quae dicuntur. Et quia non est facile quod homo simul duo capiat, sed dum ad duo attendit, neutrum capere potest: absurdum est quod homo simul quaerat scientiam et modum qui convenit scientiae. Et propter hoc debet prius addiscere logicam quam alias scientias, quia logica tradit communem modum procedendi in aliis scientiis.*

DE TRINIT. 6, 1, 3<sup>m</sup>... *oportet in addiscendo a logica incipere: non quia ipsa sit facilius scientiis ceteris, habet enim maximam difficultatem, cum sit de secundo intellectis: sed quia aliae scientiae ab ipsa dependent in quantum ipsa docet modum procedendi in omnibus scientiis. Oportet enim primum scire modum scientiae quam scientiam ipsam ut dicitur 2 Met.*

DE TRINIT. 5, 1, 2<sup>m</sup>... *Res autem de quibus est logica, non quaeruntur ad cognoscendum propter seipsas, sed ut adminiculum quoddam ad alias scientias. Et ideo logica non continetur sub philosophia speculativa quasi principalis pars, sed quasi quoddam reductum ad eam, prout ministrat speculationi sua instrumenta, sicut syllogismos et definitiones et alia huiusmodi: quibus in speculativis scientiis indigemus. Unde et secundum Boetium in comment. super Porphyrium, non tam est scientia quam scientiae instrumentum.*

DE TRINIT. 5, 1, 3<sup>m</sup>... *qui dicit (Aristot.) in 2 Met. quod modus scientiae debet quaeri ante scientias: et commentator ibidem dicit, quod logicam, quae docet modum omnium scientiarum, debet quis ante omnes alias scientias addiscere.*

§ 7. Una cosa, dunque, è certa: che è universalmente avvertita la necessità, nel campo scientifico, che lo studioso di qualsiasi disciplina possieda anzitutto

il metodo scientifico: conosca, cioè, quel complesso di norme logiche – fornite dalla dialettica, dalle scienze logiche in genere – che insegnano a ricercare i principî (definizioni, leggi, regole) a dedurre dai principî, a dare organicità sistematica a tutta la ricerca (*ad artem redigere*).

Che tutta la cultura romana di questo periodo avverta cotesta necessità e sia sollecita nell'apprendimento e nell'applicazione alle più varie discipline del metodo scientifico, non c'è dubbio: basti appunto quanto si è detto per Cicerone. Una visione anche sommaria di tutta la produzione ciceroniana mostra la più accurata applicazione del metodo scientifico. Se apriamo qualunque opera di Cicerone – dalle trattazioni retoriche e politiche alle orazioni più semplici – osserviamo costantemente la cura di impostare sempre la ricerca o l'orazione sopra le salde basi della definizione e della divisione (definire ed analizzare gli elementi essenziali della cosa definita; dare unità sistematica alla trattazione).

Sono queste le evidenti preoccupazioni metodiche del pensiero ciceroniano, ed è questa inquadratura che – assieme al resto – dà a tali opere un pregio imperituro.

Lo studio di Cicerone dà come frutto, oltre all'apprendimento del contenuto, questa abitudine a sezionare, a dividere, ad analizzare, a coordinare; cioè rende il lettore attento compartecipe dello stesso metodo costruttivo a cui Cicerone s'è ispirato.

§ 8. Bastano, del resto, oltre ciò che abbiám detto nel § 5, alcune poche indicazioni a mostrare la piena consapevolezza che Cicerone ha del possesso e della applicazione del metodo scientifico: si pensi, ad es., alla riduzione latina della Topica aristotelica: è una prova della piena assimilazione da parte di Cicerone della dialettica aristotelica. Con quanta convinzione e animazione Cicerone parla a Trebazio esponendo *disciplinam inveniendorum argumentorum ut sine ullo errore ad ea ratione et via perveniremus ab Aristotele inventam* (Top. § 2). Cicerone fa notare tutta l'importanza che annette alla conoscenza della *ratio disserendi* ed alla necessità di approfondire le due parti fondamentali di cui consta: la *ratio inveniendi* e la *ratio iudicandi*. *Quum omnis ratio diligens disserendi duas habet partes, unam quidem inveniendi, alteram iudicandi, utriusque princeps, ut mihi quidem videtur, Aristoteles fuit* (Top. § 6).

Gli stoici, dice Cicerone, si sono preoccupati soltanto della *ratio iudicandi* (di ciò che essi appellano propriamente *διαλεκτική*); per la *ratio inveniendi* (la *τοπική*) non c'è che da fare immediato ricorso ad Aristotele. Ma è necessario essere in possesso dell'una e dell'altra per avere la conoscenza piena del metodo. *Nos autem, quoniam in utraque summa utilitas est et utramque si erit otium, persequi cogitamus, ab ea quae prior est ordiemur* (Cicerone aveva detto prima che la topica, *ars inveniendi, ad usum potior erat et ordine naturae certe prior* Top. §§ 6-7).

Procedere nella trattazione di qualsiasi argomento *ratione et via* (cioè applicando il metodo scientifico): ecco il principio fondamentale al quale Cicerone costantemente si ispira.

*Et quoniam in omnibus, quae ratione docentur et via primum constituendum est quid quidque sit – nisi enim inter eos, qui disceptent, convenit quid sit illud, de quo ambigitur, nec recte disseri nec umquam ad exitum pervenire potest – explicanda est saepe verbis mens nostra de quaque re atque involutae rei notitia definiendo aperienda est* (Orator § 116).

*Omnis enim quae a ratione suscipitur de aliqua re institutio debet a definitione proficisci, ut intelligatur quid sit id, de quo disputetur* (de off. I § 7).

*Ego vero faciam quod in principio fieri in omnibus disputationibus oportere censeo, ut, quid illud sit, de quo disputetur, explanetur, ne vagari et errare cogatur oratio, si ii, qui inter se dissenserint, non idem etiam illud, quo de agitur intelligant* (de orat. I § 209).

*Faciam quod vultis ut potero et ingrediar in disputationem ea lege, qua omnibus in rebus disserendis utendum esse si errorem velis tollere, ut eius rei de qua quaeritur, si nomen quod sit conveniat, explicetur quid declaretur eo nomine* (de rep. I § 38).

*...Nisi eam didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes (divisione), latentem explicare definiendo (definizione), obscuram explanare interpretando, ambigua primum dividere, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent consequentia (argomentazione)* (Brutus § 152).

*Sed facillime discit auditor et quid agatur intelligit, si complectare a principio genus naturamque causae, si definias, si divides, si neque prudentiam eius impediatis confusione partium nec memoriam multitudine* (Part. orat. § 29) Cfr. de orat. I § 190; I §§ 185-188 e *passim*.

Cicerone, dunque, applica a tutta quanta la sua produzione scientifica (giuridica, politica, retorica) ed oratoria questa tecnica non facile del definire, del dividere, dell'argomentare: non facile, perché Cicerone stesso conosce le non lievi difficoltà che questa tecnica presenta: valgano ad esempio le difficoltà che presenta l'operazione del definire (Top. § 26 sgg.).

§ 9. Quel che si è detto per Cicerone può e deve ripetersi per tutti i cultori delle più varie discipline: *omnia fere quae sunt conclusa nunc artibus, dispersa et dissipata quondam fuerunt* (de orat. I § 187): geometria, musica, astronomia, grammatica, retorica etc.; tutte queste discipline sono state ormai organizzate applicando ad esse il metodo comune di ricerca, di definizione, di argomentazione, di sistemazione (de orat. I § 187).

Quali sono i modelli più conosciuti di questi sistemi? Cicerone stesso lo dice (de orat. I § 187): trattati (sia pure piccoli trattati) di astronomia, grammatica, retorica, musica, geometria circolano già da tempo nella cultura romana di questo periodo.

La loro costruzione risponde perfettamente alle leggi di sistemazione che abbiamo sopra indicate (definizioni, divisioni).

§ 10. Uno di questi modelli che Cicerone particolarmente predilesse è costituito dai libri retorici *ad Herennium*. La materia è divisa in 4 libri:

1) nel primo libro, dopo indicati i *tria genera causarum, quae recipere debet orator, demonstrativum, deliberativum, iudiciale* (I § 2) si passa a trattare del modo con cui *has causas tractari conveniat* (§ 3). Viene così sviluppata la dottrina della *inventio* e quella correlativa della *constitutio* (*coniecturalis, legitima, iudicialis*): il libro si chiude con una breve trattazione della *ratio* (§ 26).

2) Il secondo libro si riferisce alle *causae* del genere *iudiciale* in ordine al quale si studiano i tre possibili tipi di *constitutio*: *coniecturalis* (§§ 3 segg.), *legitima* (§§ 13 segg.), *iudicialis* (§§ 19 segg.); si passa poi (§§ 27 segg.) a trattare della *argumentatio*.

3) Il terzo libro tratta del *genus deliberativum* e *demonstrativum*.

4) Il quarto libro tratta della *elocutio*. Ecco le prime quattro *partes* in cui è divisa tutta la materia.

Nell'interno di ciascun libro domina la divisione organica in *genera, species* e *partes*; e per ognuna di queste partizioni viene data la correlativa definizione (cfr. Cicer., de orat. I § 189... *omniaque, quae sunt vel generum vel partium nomina, definitionibus, quam vim habeant, est exprimendum*).

Prendiamo ad esempio il I libro.

Determinato quale sia il compito dell'oratore (*oratoris officium est de iis rebus posse dicere, quae res ad usum civilem moribus ac legibus constitutae sunt cum adsentione auditorum, quoad eius fieri poterit* § 2), vengono determinati i tre fondamentali *genera causarum quae recipere debet orator: demonstrativum, deliberativum, iudiciale*: di ciascuno di questi tre generi si dà la definizione: *demonstrativum est, quod* etc...; *deliberativum est, quod*...; *iudiciale est, quod*...

Si indica poscia in che modo l'oratore *has causas tractari conveniat*. Egli deve possedere l'arte che gli permette di compiere bene gli atti fondamentali dell'oratore: cioè, la *inventio*, la *dispositio*, la *elocutio*, la *memoria*, la *pronuntiatio*. Di questi atti viene data la definizione (*inventio est* etc...): e poiché di essi l'atto più importante è la *inventio*, ecco la necessità di passare ad una analisi approfondita di essa (§§ 4 segg.).

La *inventio* consta di sei parti (*inventio in sex partes consumitur*): *exordium, narrationem, divisionem, confirmationem, conclusionem*: di ciascuna di queste parti si fa una analisi accurata cominciando sempre dalla definizione. Giunti alla *confirmatio* ed alla *confutatio* sorge necessariamente la figura della *constitutio*: e allora la trattazione si incentra sopra questa figura di cui vengono studiati i tre possibili tipi: *coniecturalis, legitima, iudicialis*: di ciascuno di questi tipi viene data la definizione e vien fatta l'analisi (§§ 18 segg.). Si termina con l'analisi delle *partes* della *constitutio* (§§ 24 segg.) specie con lo studio della *ratio*, della *defensio*, del *firmamentum*, e della *iudicatio* (§§ 26-27).

Ecco, dunque, una ramificazione organica della trattazione: si parte dalla definizione della *inventio* e se ne analizza, attraverso le varie partizioni, tutta la struttura. Lo stesso metodo è usato nei libri successivi: non solo; ma è molto bello notare come l'autore si preoccupi di fare bene le suture fra le varie parti dell'opera. I quattro libri non devono essere parti staccate, ma 'membra' di un unico corpo, le une alle altre logicamente collegate. È per questo che l'autore, nel proemio del secondo libro, si preoccupa di determinare esattamente il nesso fra la trattazione già svolta e quella nuova. Il punto centrale al quale l'indagine sarà rivolta è sempre la *inventio* – e, quindi, la *constitutio* – la quale fra i cinque officii dell'oratore è *prima et difficillima* (II § 1). Ora l'autore riassume brevemente quanto è stato svolto e traccia le linee della nuova trattazione. *De sex partibus orationis primum scribere incepimus: in primo libro locuti sumus de exordio, narratione, divisione... Deinde coniuncte de confirmatione et confutatione dicendum fuit. Quare genera constitutionum et earum partes aperuimus: ex quo simul ostendebatur, quomodo constitutionem et partem constitutionis causa posita reperiri oporteret. Deinde docuimus, iudicationem quaemadmodum quaeri conveniret; qua inventa curandum, ut omnis ratio totius orationis ad eam comferatur.*

*Postea admoniuimus esse causas complures, in quas plures constitutiones aut partes constitutionum accomodarentur. Restava (reliquum videbatur esse) ut ostenderemus, quae ratio posset inventiones ad unam quamque constitutionem aut partem constitutionis accomodare.*

Così tutto il secondo libro si ramifica come il primo in divisioni e sotto divisioni che, pur allargando ampiamente la prospettiva della trattazione, non oscurano la visione dell'insieme.

Sotto questo profilo costruttivo anche il terzo e, in ispecie, il quarto libro presentano ampiezza di visuale: e tutta questa ampia trattazione è riassunta al termine del 4° libro così: *Demonstratum est enim, quomodo res in omnibus generibus causarum invenire oporteret; dictum est, quo pacto eas disponere conveniret; traditum est, qua ratione esset pronuntiandum; praeceptum est, qua via meminisse possemus; demonstratum est, quibus modis perfecta elocutio compareretur* (IV 56, 69).

Questi libri retorici *ad Herennium* dimostrano con la loro rigorosa ed ampia nervatura sistematica che l'arte della costruzione scientifica aveva raggiunto già, al principio dell'ultimo secolo, a Roma, una vigoria non comune. Costruzioni cosiffatte non sono possibili dove l'educazione logica dell'intelletto non abbia già raggiunto piena maturità.

§ 11. Struttura analoga ha il trattato giovanile *de inventione* di Cicerone: esso pure è costruito mediante divisioni numerose della materia in *genera, partes, species*; divisioni illuminate tutte dalla relativa definizione.

Il trattato è diviso in due libri.

Nel primo libro, dopo un ampio proemio, l'autore indica quali saranno i primi punti della trattazione: *antequam de praeceptis oratoris dicimus, videtur dicendum de genere ipsius artis, de officio, de fine, de materia, de partibus* (I § 5).

Il genere è dato dalla *scientia civilis* (*hanc oratoriam facultatem in eo genere ponemus, ut eam civilis scientiae partem esse dicamus*); l'*officium* è *dicere apposite ad persuasionem*; il fine *persuadere dictione*; la materia è costituita da quelle cose nelle quali *versatur ars et facultas oratoria*; cotesta materia è tripartita nei tre generi *demonstrativum, deliberativum, iudiciale* (§ 7). Le parti poi dell'arte retorica sono: *inventio, dispositio, elocutio, memoria, pronuntiatio*. Il compito di chi scrive un trattato di retorica è, perciò, quello di scrivere soprattutto *de materia artis ac partibus*: e poiché di queste parti la *inventio princeps est omnium partium, potissimum in omni causarum genere*, ne deriva che la trattazione sarà prima rivolta all'analisi di questa figura (§ 9).

Orbene: il compito precipuo dell'oratore è quello di trovare il tipo di *constitutio* nel quale rientra la controversia che egli deve trattare: questi tipi sono quattro: 1) *constitutio coniecturalis*; 2) *constitutio definitiva*; 3) *constitutio generalis*; 4) *constitutio translativa*.

Trovato il tipo di *constitutio* l'indagine deve volgersi alla ricerca degli elementi strutturali di tale *constitutio*: essi sono: la *quaestio*, la *ratio*, la *iudicatio*, il *firmamentum* (*Ac tum considerato genere causae, cognita constitutione... deinceps erit videndum, quae quaestio, quae ratio, quae iudicatio, quod firmamentum causae sit: quae omnia a constitutione proficiscantur oportet* § 18). E, infine, bisognerà passare all'analisi delle parti che compongono l'orazione vera e propria: esse sono: *exordium, narratio, partitio, confirmatio, reprehensio, conclusio* (§ 19).

La maggior parte del primo libro del *de inventione* è costituito dall'analisi di queste sei parti dell'orazione (§§ 20 segg. *exordium*; §§ 27 segg. *narratio*; §§ 31 segg. *partitio*; §§ 78 segg. *reprehensio*; §§ 98 segg. *conclusio*). La trattazione di ciascuna parte segue il solito schema: si dà prima la definizione (*exordium est, ...; narratio est, ...* etc.) e si procede poscia a partizioni per *genera* (*genera causarum quinque sunt...* § 20; *narrationum genera tria sunt...* § 27; etc.) e per *partes*.

Il secondo libro è organizzato in modo analogo: in esso sono riprese le singole figure di *constitutio* e sono studiate sotto il profilo della *confirmatio* e della *reprehensio* (*Igitur primus liber, exposito genere huius artis et officio et fine et materia et partibus, genera controversiarum et inventiones et constitutiones et iudicationes continebat, deinde partes orationis et in eas omnes omnia praecepta. Quare quum in eo caeteris de rebus distinctius dictum sit, disperse autem de confirmatione et de reprehensione, nunc certos confirmandi et reprehendendi in singula causarum genera locos tradendos arbitramur* II § 11).

L'ulteriore analisi del libro dà i medesimi risultati.

§ 12. Per l'*ars grammatica* valga per tutti il sistema che mostra la τέχνη γραμματική di Dionisio Trace: la struttura del sistema è la solita: è costituita da definizioni e da divisioni.

### § 1 περὶ γραμματικῆς

#### Definizione

γραμματική ἐστὶν ἐμπειρία τῶν παρὰ ποιηταῖς τε καὶ συγγραφεῶσιν ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ λεγομένων.

#### Divisione

μέρη δὲ αὐτῆς ἐστὶν ἕξ, πρῶτον ἀνάγνωσις ἐντριβῆς κατὰ προσωδίαν, δεύτερον ἐξήγησις κατὰ τοὺς ἐνυπάρχοντας ποιητικούς τρόπους, τρίτον γλωσσῶν τε καὶ ἱστοριῶν πρόχειρος ἀπόδοσις, τέταρτον ἐτυμολογίας εὔρεσις, πέμπτον ἀναλογίας ἐκλογισμός, ἕκτον κρίσις ποιημάτων, ὃ δὴ κάλλιστόν ἐστι πάντων ἐν τῇ τέχνῃ.

Se ci riferiamo ai grammatici latini di questo periodo (*gramm. rom. frag.* Lipsia. 1907) cotesta struttura sistematica appare anche in essi ben chiara.

Si prenda ad esempio Varrone: i resti che delle opere varroniane sono a noi pervenuti mostrano tutti la struttura del sistema.

*...ut Varroni placet, ars grammatica, quae a nobis litteratura dicitur, scientia est eorum quae a poetis historicis oratoribusque dicuntur ex parte maiore, eius praecipua officia sunt quattuor, ut ipsi placet, scribere, legere, intelligere, probare* (Mar. Viet. p. 4, 4).

*Grammaticae officiae, ut adserit Varro, constant in partibus quattuor, lectione, enarratione, emandatione, iudicio. Lectio est varia cuiusque scripti enuntiatio serviens dignitati personarum exprimensque animi habitum, cuiusque. Enarratio est etc.* (Diom. p. 426, 21) *Grammaticae initia ab elementis surgunt, elementa figurantur, in litteras, litterae in syllabas, syllabis comprehenditur dictio, dictiones conunguntur in partes orationis, partibus orationis consummatur oratio, oratione virtus ornatur, virtus ad evitanda vitia exercetur* (Diom. p. 426, 32).

*Litterarum partim sunt et dicuntur ut a et b; partim dicuntur neque sunt ut h et x; quaedam neque sunt neque dicuntur ut φ et ψ* (Ann. Cornut. apud Cassiod. orth. p. 153, 1) *quot sunt prosodiae dicendum est. Athenodorus duas esse prosodias putavit, unam inferiorem, alteram superiorem etc.*

Le citazioni potrebbero continuare: la lettura, poi, dei libri V-X *de lingua latina* conferma pienamente che Varrone usa, per la costruzione delle sue opere, gli strumenti dell'arte dialettica.

E quello che si dice per Varrone si ripeta tanto per i grammatici che lo precedono quanto per quelli che lo seguono.

L'*Ars grammatica* venne sempre meglio costituendosi in sistema fino a raggiungere l'ampiezza e l'organicità del sistema a noi tramandato da Carisio.

§ 13. Quanto abbiamo detto per la retorica e per la grammatica può e deve ripetersi per tutte le altre *artes* (musica, geometria, astronomia etc.). I trattati greci di geometria (si pensi agli elementi di Euclide), di musica (si pensi ancora ad Euclide), di astronomia etc. circolavano largamente nel mondo romano di questo periodo.

Un magnifico esempio di *ars costruita* appunto come un *corpus* organico di dottrina ci è offerto dall'opera di Vitruvio (*de architectura* libri X) che nasce in un'epoca di poco posteriore alla nostra.

Il compito che Vitruvio si prefigge è appunto quello di comporre una trattazione organica di architettura (*cum corpus architecturae scriberem* II, 1, 8): come realizzare questo fine? Vitruvio stesso lo dice: organizzando ad unità tutta la materia: *cum animadvertissem, imperator, plures de architectura praecepta voluminaque commentariorum non ordinata sed incepta uti particulas errabundas reliquisse, dignam et utilissimam rem putavi tantae disciplinae corpus ad perfectam ordinationem perducere et praescriptas in singulis voluminibus singulorum generum explicare* (IV, 1). E qui V. continua dicendo in che modo ha svolto la trattazione nei libri precedenti: *itaque, Caesar, primo volumine tibi de officio eius et quibus eruditum esse rebus architectum oporteat, exposui secundo de copiis materiae... tertio autem de aedium sacrarum dispositionibus* etc.

Orbene: questa organizzazione ad unità avviene applicando quelle regole fondamentali di costruzione che insegna la dialettica e che sono state applicate per le altre *artes*.

§ 14. È appunto su questa tecnica della sistemazione che bisogna fermarsi ancora alquanto. È possibile ricavare dalle fonti antiche – fonti direttamente o indirettamente conosciute dalla cultura romana dell'ultimo secolo – una teoria del sistema?

Ecco intanto come definiscono gli stoici:

οἱ δὲ Στατικοὶ λέγουσι· τέχνη ἐστὶ σύστημα ἐκ καταλήψεων ἐμπειρία συγγεγυμασμένων πρὸς τι τέλος εὐχρηστον τῶν ἐν τῷ βίῳ (Scholia in Dionys. Thrac. p. 649 Bekker Anecd. Gr. II).

τέχνης μὲν γὰρ ὄρος οὗτος· σύστημα ἐκ καταλήψεων συγγεγυμασμένων, πρὸς τι τέλος εὐχρηστον (Philo de congressu erud. gratia § 141 vol. III, p. 101, 5 Wendl.).

πάνιν οἱ Στωϊκοὶ περὶ ψυκὴν ἀγαθὰ φασιν εἶναι τέχνας τινὰς τὰς ἀρετὰς· τέχνην δὲ εἶναι φασὶ σύστημα ἐκ καταλήψεων συγγεγυμασμένων κτλ. (Sextus Pyrrh. Hypot. III, 188).

τέχνη γὰρ ἐστὶ σύστημα ἐκ καταλήψεων κτλ. (Sextus adv. math. XI, 182).

τέχνη ἐστὶ σύστημα ἐκ καταλήψεων συγγεγυμασμένων πρὸς τι τέλος εὐχρηστόν τῶν ἐν τῷ βίῳ· ἢ οὕτως· τέχνη ἐστὶ σύστημα ἐκ καταλήψεων συγγεγυμασμένων ἐφ' ἑνὶ τέλος τὴν ἀναφορὰν ἐχόντων (Galenus defin. medicae 7 vol. XIX p. 350).

Un'ampia illustrazione di queste definizioni è contenuta nei prolegomena in *Hermogenis rhetoricam* (IV, 4<sub>10</sub>)

Μάθωμεν δὲ τί ἐστὶ τέχνη καὶ τί ἴδιον αὐτῆς, τέχνη ἐστὶ σύστημα ἐκ καταλήψεων ἐμπειρία συγγεγυμασμένων πρὸς τι τέλος εὐχρηστον τῶν ἐν τῷ βιωτικῷ ἄλλοι ἐξηγοῦνται ἄνευ τοῦ ἐμπειρία ἐκτιθέμενοι τὸν ὄρον.

Ἐκάστην δὲ λέξιν κειμένην ἐν τῷ ὄρῳ βασανίσωμεν· σύστημα, τουτέστιν ἄθροισμα – πολλὰ γὰρ θεωρήματα οἱ τῶν τεχνῶν ἐφευρεταὶ συναγαγόντες ἐάκστη τέχνη ἄρμοδίως συνήψαν ἐκ καταλήψεων, τουτέστιν ἐξ ἐφευρέσεων – ἐμπειρία, τουτέστιν οὐκ εἰκὴ καὶ ὡς ἔτυχε τὰ θεωρήματα ἐξέθεντο οἱ παλαιοὶ ἀλλ' ἐμπειρία πρῶτον ἐδοκίμασαν τὴν τούτων ἀλήθειαν καὶ εἶθ' οὕτως ἐξέθεντο· συγγεγυμνασμένων, τουτέστιν ὅτι οὐκ ἠρκέσθησαν τῇ πείρᾳ μόνον οἱ θεωρημάτων διδάσκαλοι, ἀλλὰ καὶ συνεγύμνασαν τὰ θεωρήματα ποίαν οἰκειότητα καὶ σχέσιν πρὸς ἄλληλα ἔχουσιν.

Da tutte queste citazioni si ricava unanimemente che per tecnica si intende un sistema, cioè un raggruppamento organico di proposizioni, di precetti, ricavati dalla esperienza e destinati alla pratica.

§ 15. Particolare illustrazione riceve questo punto da quanto ci è tramandato negli scolii alla grammatica di Dionisio Trace.

I prolegomeni τῆς τεχνῆς Διονισίου (BEKKER *anecdota* gr. II, 647 sgg.) ci forniscono una vera trattazione sul concetto di τέχνη e su quello correlativo di σύστημα.

Π 649<sub>25</sub>, 650 Εἴπωμεν δὲ τὸν ὄρον τῆς τέχνης. οἱ μὲν Ἐπικούρειοι οὕτως ὀρίσονται τὴν τέχνην· τέχνη ἐστὶ μέθοδος ἐνεργοῦσα τῷ βίῳ τὸ συμφέρον... ὁ δὲ Ἀριστοτέλης οὕτως· τέχνη ἐστὶν ἕξις ὁδοῦ τοῦ συμφέροντος ποιητική... οἱ δὲ Στωϊκοὶ λέγουσι· τέχνη ἐστὶ σύστημα ἐκ καταλήψεων ἐμπειρία συγγεγυμνασμένων πρὸς τι τέλος εὐχρηστον τῶν ἐν τῷ βίῳ. σύστημα δὲ οἰονεὶ συνάθροισμα· οὕτω γὰρ εἰώθαμεν λέγειν σύστημα στρατιωτῶν, τουτέστι συνάθροισμα.

Passa ora lo scoliaste a mettere in bella luce tutto il processo che conduce alla costruzione di un sistema, di una τέχνη: l'esperienza ripetutamente fatta, la prima elaborazione dei principî e così via; la tecnica è un frutto che suppone prima di sé una lunga elaborazione (οὐ γὰρ ἀπ' ἀρχῆς ὡς εἰσὶ γέγονασιν αἱ τέχναι, ἀλλὰ κτλ. 650<sub>8</sub>). L'esempio più efficace è quello che offre la medicina: quanta esperienza e quanta riflessione prima di giungere ad una vera scienza medica (650<sub>12-25</sub>). E, infine, dice lo scoliaste, quando si dice che la tecnica è un sistema e consta, quindi, di una pluralità di proposizioni (principî, precetti etc.) si intende parlare di una pluralità organizzata, unificata: non basterebbe una semplice pluralità di precetti o di principî a costituire la scienza medica (μὴ τις δὲ οἰέσθω ἄθροισμα μόνον πολλῶν θεωρημάτων τὴν ἰατρικὴν ὑπάρχειν); è necessario che questi principî abbiano fra di loro una debita coerenza, e che siano, perciò, disposti ordinatamente e in maniera consequenziale (ἀλλὰ καὶ συνέχειαν φυλαττόντων πρὸς ἄλληλα καὶ τάξιν τινὰ καὶ ἀκολουθίαν. II, 650<sub>25-27</sub>).

Come si vede qui lo scoliaste coglie esattamente gli elementi essenziali del sistema: pluralità nell'unità e, quindi, coesione, ordine, nesso causale in modo che il sistema formi veramente un complesso organico ed unitario di parti.

Lo scoliaste continua intrattenendosi sui vari tipi di tecnica (τέχνηαι... ποιητικάι, θεωρητικάι, πρακτικάι κτλ.) e descrive per ultimo, al termine di questo primo capitolo, le varie fasi attraverso le quali passa il sapere nel suo processo di elevazione verso la scienza.

II, 655<sub>28</sub> sgg. 656<sub>1-9</sub> Ἔστιν οὖν<sup>1)</sup> ἐπιστήμη<sup>2)</sup>, τέχνη<sup>3)</sup>, ἐμπειρία<sup>4)</sup>, πείρα<sup>1)</sup> καὶ ἐπιστήμη μὲν ἐστὶν ἕξις ἀμετάπτωτος λογικῆ, ὡσπερ ἀστρονομία καὶ γεωμετρία· ἀμετάπτωτος δὲ οἷον ἄπταιστος. <sup>2)</sup> τί δὲ ἐστὶ τέχνη, ἐμάθομεν ἀνωτέρω.<sup>3)</sup> ἐμπειρία δὲ ἐστὶν ἡ τῶν ὡς αὐτῶς ἐχόντων πραγμάτων τηρησίς τε καὶ μνήμη, ὡς ἐπὶ τῶν ἐμπειρικῶν ἰατρῶν.

πείρα δὲ ἐστὶν ἡ ἐψ' ἐνός καὶ δευτέρου δοκιμαζομένη, οἷον ὅταν λέγωμεν τὸν πλεύσαντα ἄπαξ ἢ δις πείραν εἰληφέναι τοῦ πλεῖν.

ἡ μὲν οὖν πείρα εἰς ἐμπειρίαν προκόπτει, ἡ δὲ ἐμπειρία εἰς τέχνην, ἡ δὲ τέχνη εἰς ἐπιστήμην, ἡ δὲ ἐπιστήμη εἰς τὴν καθόλου τέχνην. ἐπεὶ γὰρ τῶν τεχνῶν αἱ μὲν εἰσι θεωρητικάι αἱ δὲ πρακτικάι, αἱ δὲ ποιητικάι, αἱ δὲ μικτάι, θεωρητικῆ δὲ ἐστὶν. ἡ καθόλου σοφία, δῆλον ὅτι ὑπὸ τὴν καθόλου τέχνην ἀνάγεται.

Dunque: singola esperienza, empiria, tecnica, scienza meramente teoretica: ecco il processo ascensionale della conoscenza: dal particolare all'universale ed all'universale speculativo.

§ 16. Quale sia la struttura del sistema lo scoliaste dice in un capitolo successivo dei medesimi prolegomeni (II, 659, 15 sgg. 660, 1 sgg.). Dopo avere, nei capitoli precedenti, ampiamente trattato dei vari tipi di τέχνη lo scoliaste passa a trattare delle definizioni: la ragione per cui intraprende questa trattazione è chiaramente indicata: perché le definizioni sono essenziali per la costruzione di un sistema (χρήσιμοι γὰρ οἱ ὅροι πρὸς τὰς καταλήψεις εἰσι τῶν τεχνῶν): infatti ogni sistema consta essenzialmente di due operazioni: la definizione e la divisione ἅπαντα γὰρ ἡ λογικὴ θεωρία τὴν σύστασιν ἔχει ἕκ τε ὄρων καὶ διαρέσεων (II, 659<sub>17-18</sub>): la formulazione di questo principio non potrebbe essere più precisa. Lo scoliaste richiama ora la fonte: Platone; κατὰ γὰρ τὸν Πλάτονα δεινοῦ τὴν τέχνην ἀνδρός ἐστὶ τὰ τε πολλὰ ἐν ποιῆσαι καὶ τὸ ἐν πολλὰ. τούτων δὲ τὸ μὲν ὀρισμοῦ, τὸ δὲ διαρέσεων.

Dunque, secondo Platone il compito della tecnica è duplice: rendere uno il molteplice (τὰ πολλὰ ἐν ποιῆσαι), rendere molteplice l'uno (τὸ ἐν πολλὰ): il primo compito viene realizzato mediante la definizione (... ὀρισμοῦ), l'altro mediante le divisioni (... διαρέσεων).

Esempi di ciò? Ecco: καὶ γὰρ ὁ ὀρισμὸς τὰ πολλὰ ἐν ποιεῖ, ὡς ἐπὶ τοῦ ὀρισμοῦ τοῦ ἀνθρώπου. ἡ δὲ διαίρεσις τὸ ἐν πολλὰ καὶ γὰρ λαβόντες τὴν οὐσίαν, διαιροῦμεν αὐτὴν εἰς πολλὰ λέγομεν γὰρ ὅτι ἡ οὐσία διαιρεῖται εἰς σῶμα καὶ ἀσώματον, καὶ τὰ ἐξῆς ὁμοίως II, 600<sub>1-5</sub>).

Un sistema scientifico, dunque, va costruito mediante definizioni e divisioni; queste due operazioni sono correlative e mirano ad un unico scopo: realizzare l'unità nel molteplice e il molteplice nell'unità.

Nell'interno del sistema, dunque, regna la coesione, l'ordine, la causalità, perché tutte le proposizioni che lo costituiscono sono collegate in guisa da dipendere reciprocamente le une dalle altre e da formare così nel loro insieme un tutto organico ed unitario (II, 650<sub>24</sub> sgg. ... ἀλλὰ καὶ συνέχειαν... πρὸς ἄλληλα καὶ τάξιν τινὰ καὶ ἀκολουθίαν...) Cfr. anche il lungo scolio περὶ τέχνης II, 721<sub>18-36</sub> 722, sgg. e *passim*; su ciò UHLIG *Dionisii Thracis ars grammatica* Lipsiae 1884 p. 115 segg.

§ 17. Cosa sia la τέχνη (*ars*), cosa essa realizzi, mediante quali operazioni si attui, è ormai chiaro: la τέχνη è, come dicevano gli epicurei, un metodo che insegna ad organizzare, ad unificare (μέθοδος ἐνεργούσα τῷ βίῳ τὸ συμφέρον); essa realizza così un sistema (σύστημα) cioè un tutto organico di proposizioni che reciprocamente si sostengono, l'unificazione del molteplice, l'amplificazione dell'uno (σύστημα, τουτέστιν ἄθροισμα; ... τουτέστιν συνάθροισμα; τὰ πολλὰ ἔν ποιῆσαι καὶ τὸ ἔν πολλὰ; συνέχειαν φυλαττόντων – i principî – πρὸς ἄλληλα καὶ τάξιν τινὰ καὶ ἀκολουθίαν): si attua mediante le definizioni e le divisioni (ἅπαντα γὰρ ἡ λογικὴ θεωρία τὴν σύστασιν ἔχει ἕκ τε ὄρων καὶ διαιρέσεων).

Domandiamoci: questi concetti erano diffusi al tempo di Cicerone e, quindi, al tempo della costituzione della scienza giuridica?

Chi confronti questi concetti con i testi in cui Cicerone parla della dialettica in quanto arte sistematrice (cfr. retro §§ 4 segg.) vede chiaramente che si tratta di dottrina ampiamente diffusa nell'ultimo secolo della repubblica. Ed a corroborare questa tesi, se pur ve ne fosse bisogno, si aggiungano, ai testi citati, questi altri tolti dalle opere dello stesso Cicerone o dai frammenti pervenuti degli stoici più antichi.

Cicero apud Diomed. II p. 421 k. *ars est perceptionum exercitarum constructio ad unum exitum utilem vitae pertinentium*; – Acad. pr. II, 22. *ars vero quae potest esse nisi quae non ex una aut duabus sed ex multis animis perceptionibus constat*; – de finib. III, 18 *artes... constant ex cognitionibus et contineant quiddam in se ratione constitutum et via*; de nat. deor. II, 148. *ex quibus (perceptis) collatis inter se et comparatis artes quoque effcimus partim ad usum vitae... necessarias*.

Scol. ad Dionys. Thracis Gramm. Bekker Anecd. p. 633, 16, ὡς δηλοῖ καὶ ὁ Ζήνων, λέγων τέχνη ἐστὶν ἕξις ὁδοποιητικὴ, τουτέστιν δι' ὁδοῦ καὶ μεθόδου ποιουσά τι (cfr. gli altri testi stoici citati al § 14).

Olympiodorus in Plat. Gorg. p. 53 κλεάνθης τοίνυν λέγει ὅτι τέχνη ἐστὶν ἕξις ὁδῶ πάντα ἀνούουσα.

Quintil. Inst. Or. II, 17, 41 *nam sive, ut Cleantes voluit, ars est potestas viam, id est ordinem, efficiens*.

(Per tali testi v. ARNIM *Stoicorum veterum fragmenta* Lipsiae 1905 I, n. 72-73; 490 II n. 93-97).

§ 18. Dove è stata costruita e da chi questa dottrina della τέχνη e del σύστημα? La risposta ci viene offerta dai dialoghi di Platone: le operazioni proprie della τέχνη e del σύστημα, cioè la *divisio* per *genera, species, partes* etc. e la definizione, sono proprie della dialettica platonica: τὸ κατὰ γένη διαιρεῖσθαι καὶ μήτε ταυτὸν εἶδος ἕτερον ἠγήσασθαι μήθ' ἕτερον ὄν ταυτὸν μῶν οὐ τῆς διαλεκτικῆς φήσομεν επιστήμης εἶναι: (*per genera dividere et neque eandem speciem aliam putare neque aliam eandem esse, nonne dialecticae scientiae hoc officium esse dicemus?* Soph. 253 d). Questa διαίρεσις κατὰ γένη realizza l'unità del molteplice e, viceversa, moltiplica l'uno: οὐκοῦν ὅ γε τοῦτο δυνατὸς δρᾶν, μίαν ιδέαν διὰ πολλῶν, ἐνὸς ἐκάστου κειμένου χωρὶς, πάντη διατεταμένην ἱκανῶς διαισθάνεται, καὶ πολλὰς ἐτέρας ἀλλήλων ὑπὸ μιᾶς ἕξωθεν περιεχομένης, καὶ μίαν αὖ δι' ὅλων πολλῶν ἐν ἐνὶ ξυνημμένην, καὶ πολλὰς χωρὶς πάντη διωρισμένης· τοῦτο δ' ἔστιν, ἢ τε κοινωνεῖν ἕκαστα δύναται καὶ ὅπη μὴ, διακρίνειν κατὰ γένος ἐπίστασθαι (*quicumque hoc peragere potest, unam ideam per multa, unoquoque seorsum posito, passim porrectam satis acute persentit, et multas quae diversae inter se sunt extrinsecus sub una comprehensas, et unam rursus per tota multa in uno copulatam, et multas seorsum undique distinctas: hoc autem est scire per genus, discernere qua singula communicare vicissim possunt et qua non possunt* Soph. 254 d-e).

Il dialogo del *Politicus* è tutto intessuto di queste divisioni e differenziazioni (*qui republicae gerendae est peritus, cum scientia aliqua sit instructus, quoniam et qualis sit scientia illa quaerendum est. Qua in quaestione eadem* – osserva lo Hunziker – *ac in Sophista dialogo, utitur ratione analytica, ita ut gradatim descendat, nec prius desistat, quam accuratam eruerit definitionem. Index Philosophi Opera Plat. Didot. 3, 79*).

Nel *Fedro* è esplicitamente affermata la necessità che ogni trattazione sia organica, sia, cioè, un tutto compatto costruito sul modello del corpo... δεῖν πάντα λόγον ὡςπερ Ζῶον συνεστάναι σῶμά τι ἔχοντα αὐτὸν αὐτοῦ, ὥστε μήτ' ἀκέφαλον εἶναι μήτ' ἄπουν, ἀλλὰ μέσα τ' ἔχειν καὶ ἄκρα, πρέποντ' ἀλλήλοις καὶ τῷ ὅλῳ γεγραμμένα (264 c).

Per attuare cotesta organicità non c'è che una via: definire, riducendo ad unità il molteplice; dividere, analizzando la cosa definita nelle sue parti (genere, specie etc.). Εἰς μίαν τ' ιδέαν συνορῶντ' ἄγειντὰ. πολλαχῆ διεσπαρμένα, ἴν' ἕκαστον ὀριζόμενος δῆλον ποιῆ περιὶ οὐ ἄν αἰεὶ διδάσκειν ἐθέλη, ὡςπερ τὰ νῦν δὴ περιὶ Ἐρωτος ὃ ἔστιν ὀρισθέν κτλ. (265 d). Dunque ricondurre all'unità ciò che è sparso, definire, quindi, affinché si guadagni quella unità di visuale che rende perspicuo l'insegnamento (come in precedenza Socrate aveva fatto ponendo la definizione dell'amore).

L'altra operazione collegata alla definizione è la divisione: τὸ πάλιν κατ' εἶδη δύνασθαι τέμνειν, κατ' ἄρθρα, ἢ πέφυκε, καὶ μὴ ἐπιχειρεῖν καταγύναι μέρος μηδὲν κακοῦ μαγεῖρου τρῶπῳ χρώμενον κτλ. (265 e).

Bisogna, dunque, dividere κατ' εἶδη, secondo la membratura, per dir così, della cosa che si studia, in conformità, quindi, alla cosa stessa (...κατ' ἄρθρα,

ἢ πέφυκε...), non fare, perciò, quello che fa un cattivo cuoco quando non sa dividere bene (rompe le ossa).

Socrate tiene per se stesso in gran conto quest'arte di unificare e di dividere (τούτων δὴ ἔγωγ' αὐτὸς τ' ἔραστῆς... τῶν διαιρέσεων καὶ συναγωγῶν) perché è un indispensabile strumento dell'intelligenza (ἰν' οἴος τ' ὦ λέγειν τε καὶ φρονεῖν 266 b): ed è tale la stima che Socrate ha per coloro che sanno εἰς ἕν καὶ ἐπὶ πολλὰ πεφυκόθ' ὄραν, da fargli esclamare che egli seguirà le vestigia di costoro come se fossero degli dei (266 b); costoro sono appunto i dialettici (καλῶ... διαλεκτικούς).

Il dialettico procede con metodo nella sua orazione: πρὶν ἄν τις τὸ τ' ἀληθὲς ἐκάστων εἰδῆ περὶ ὧν λέγει ἢ γράφει, κατ' αὐτὸ τε πᾶν ὀρίζεσθαι δυνατὸς γένηται, ὀρισάμενός τε πάλιν κατ' εἶδη μέχρι τοῦ ἀτμήτου τέμνειν ἐπιστηθῆ κτλ. (276 b); dunque prima definire poscia dividere la cosa definita fino nelle ultime capillarità (fino all'individuo).

Questo concetto dell'unità nel molteplice attuata mediante la definizione e la divisione è uno dei concetti fondamentali della dialettica platonica: nel Filebo (14 e) si mette in rilievo questa correlazione dell'uno e del molto portando ad esempio la divisione di un discorso nelle sue parti costitutive (... ὅταν τις ἐκάστου τὰ μέλη τε καὶ ἅμα μέρη διελθὼν τῷ λόγῳ πάντα ταῦτα τὸ ἕν ἐκεῖνο εἶναι διομολογησάμενος κτλ).

Ricche di interesse, in questo senso, sono infine le pagine del *de republica* che Platone dedica alla dialettica. La conclusione è questa: la dialettica va posta in cima a tutte le scienze e come loro fine (ἄρ' οὖν δοκεῖ σοι, ἔφην ἔγω, ὥσπερ θριγκὸς τοῖς μαθήμασιν ἢ διαλεκτικῇ ἡμῖν ἐπάνω κεῖσθαι, κεῖσθαι, καὶ οὐκέτ' ἄλλο τούτου μάθημα ἀνωτέρω ὀρθῶς ἂν ἐπιτίθεσθαι, ἀλλ' ἔχειν ἤδη τέλος τὰ τῶν μαθημάτων; 534 e). La dialettica insegna a ricercare con metodo l'essenza di ogni cosa (... μέθοδος ὁδῶ... 553 b): insegna il modo di ragionare, di dividere; indica le vie che conducono al termine dell'itinerario mentale (... τίς ὁ τρόπος τῆς τοῦ διαλέγεσθαι δυνάμεως, καὶ κατὰ ποῖα δὴ εἶδη διέστηκε, καὶ τίνες αὖ ὁδοί 531 e). È per questo che tutte le scienze hanno, per il tramite del metodo comune che usano, una certa parentela (... μέθοδος ἐὰν μὲν ἐπὶ τὴν ἀλλήλων κοινωνίαν ἀφίκεται καὶ ξυγγένειαν 531 d).

§ 19. Come conclusione sul pensiero di Platone intorno all'essenza ed alla finalità della dialettica (in quanto scienza ordinatrice, che insegna a definire e a dividere) sarà bene riportare quanto dice Alcinoo nelle sue istituzioni della dottrina di Platone. Parlando della dialettica ne mette in luce la finalità e le operazioni. (Plat, opera 3, 234)

Τῆς διαλεκτικῆς δὲ στοιχειωδέστατον ἡγεῖται πρῶτον μὲν τὸ τὴν οὐσίαν ἐπιβλέπειν παντὸς ὅτου οὖν... ὡς κατὰ λόγον εἶναι τῆς διαλεκτικῆς τὸ μὲν διαιρετικόν, τὸ δὲ ὀριστικόν, τὸ δὲ ἀναλυτικόν, καὶ προσέτι ἐπαγωγικόν τε καὶ συλλογιστικόν p. 232, 16, 53. Dunque compito fondamentale della dia-

lettica è ricercare l'essenza della cosa... parti della dialettica sono la *divisio*, la *definitio*, la *resolutio*, l'*inductio*, la *ratiocinatio*).

Fermiamoci sulla *divisio* e *definitio* che sono essenzialmente di origine platonica e che a noi interessano in modo particolare τῆ τοίνυν τοῦ γένους πρῶτον εἰς εἶδη τομῆ χρῆσθαι δεῖ ὑπὲρ τοῦ διαγινώσκειν αὐτὸ ἕκαστον ὃ ἐστὶ κατὰ τὴν οὐσίαν. τοῦτο δὲ ἄνευ ὄρου οὐκ ἂν γένοιτο (*Divisione igitur generis in species primo utendum est, quoties quae rei uniuscuiusque sit essentia volumus dignoscere. Id autem absque definitione fieri nequit*). La divisione suppone la definizione e la definizione, a sua volta, si ricava dividendo: ὁ δὲ ὄρος ἐκ διαρέσεως γεννᾶται τοῦτον τόν τρόπον· τοῦ μέλλοντος ὄρω ὑποπίπτειν πράγματος δεῖ τὸ γένος λαβεῖν, ὡς τοῦ ἀθρώπου τὸ ζῶον, ἔπειτα τοῦτο τέμνειν κατὰ τὰς προσεχεῖς διαφορὰς κατιόντας μέχρι τῶν εἰδῶν, οἷον εἰς λογικὸν καὶ ἄλογον καὶ θνητὸν καὶ ἀθάνατον, ὥστε εἰ συντεθεῖεν αἱ προσεχεῖς διαφοραὶ τῷ γένει τῷ ἐξ αὐτῶν, ὄρον ἀθρώπου γίνεσθαι (*iam definitio ex divisione hoc pacto conficitur: rei definiendae genus sumendum est, sicut hominis, animal. Id deinceps per proximas partiendum differentias, usque ad species descendendo, ut in rationale et rationis experts, mortale et immortale. Sic enim, si proximae adiciantur generi suo differentiae, hominis constituetur definitio*).

È da notare, infine, quanto Alcino dice relativamente alla origine schiettamente platonica di questa dottrina della divisione: ἀπλῶς δὲ ἱκανώτατος ὁ ἀνὴρ καὶ θαυμαστὴς τῆς τε ὀριστικῆς καὶ διαιρετικῆς πραγματείας, αἱ πᾶσαι δείκνυνται μάλιστα τὴν δύναμιν τῆς διαλεκτικῆς.

Definizione, dunque, e divisione – gli strumenti essenziali della dialettica – sono una caratteristica del pensiero platonico.

§ 20. Quale è il termine romano che traduce τέχνη e σύστημα? *Ars*: Cicerone nei luoghi citati esplicitamente lo dice: ridurre *ad artem* una disciplina significa organizzarla mediante definizioni e divisioni (in *genera*, *species* etc.): quindi il termine *divisio* è un termine tecnico che traduce διαίρεσις; e *divisio* per *genera*, *species*, *partes* etc., traduce letteralmente le espressioni greche διαίρεσις κατὰ γένη, κατὰ μέρη, κατ'εἶδη.

§ 21. La ricerca sin qui condotta ha mostrato chiaramente – confermando i risultati cui ero pervenuto con gli studi precedenti – cosa si intendesse per scienza nel mondo culturale dell'ultimo secolo della repubblica e quali fossero gli strumenti logici necessari per la costruzione di un edificio scientifico (vedi § 3). Essa mi permette così di dare una risposta decisiva al problema che avevo posto al termine di uno dei miei studi precedenti<sup>2</sup>; che rapporto c'è – mi domandavo – fra il sistema delle istituzioni gaiane e il sistema giuridico costruito per la prima volta (secondo la testimonianza di Cicerone *Brutus* § 152) da

<sup>2</sup> In questo Bull. I. D. R. vol. 42 (1934) 354.

Servio Sulpicio? Forse che il sistema delle istituzioni gaiane non è costruito mediante quelle ramificazioni in parti – *ius civile in genera dispertiat, deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat* orat. I § 190 – che conferiscono unità alla scienza? Il continuo ricorso alla *divisio* non è forse la consapevole applicazione di quella legge del *dividere* che assieme a quella del definire costituisce la legge fondamentale della costruzione scientifica?

La risposta a tutte queste domande può ora essere fondatamente data: il sistema gaiano è conforme – quanto alla sua struttura – ai sistemi delle altre discipline largamente diffusi nella cultura romana dell'ultimo secolo, ed è conforme alle linee strutturali di quel sistema giuridico che Cicerone disegna in vari luoghi delle sue opere e che, secondo lo stesso Cicerone, Servio ha pienamente attuato.

Dunque: nessuna difficoltà deve esserci a collocare l'origine di questo sistema nell'ultimo secolo della repubblica ed a riferire tale origine proprio alla *institutio* di Servio Sulpicio (D. 1. 2. 2 § 44)<sup>3</sup>.

Resta ora la soluzione degli altri problemi prospettati all'inizio di questa indagine: ma tale soluzione – e la relativa ricerca – va riservata ad altri studi.

<sup>3</sup> Cfr. anche FERRINI *opere* II, 4.



## LA STIPULATIO AQUILIANA NEI PAPIRI\*

### I

Lo scopo della mia comunicazione è non tanto di mettere in luce la struttura che la *stipulatio aquiliana* mostra nei papiri del periodo bizantino – opera, questa, già compiuta dalla dottrina<sup>1</sup> – quanto di approfondire i rapporti che esistono fra questa strana costruzione bizantina (già presente nei Basilici)<sup>2</sup> e la costruzione che mostrano le fonti giuridiche latine<sup>3</sup>.

### II

La struttura che la *stipulatio aquiliana* (διάλυσις Ἀκυλιανή come si dice in P. Lond. Inv. n.° 2017 del 647 p. Chr.) presenta nei papiri dell'epoca bizantina<sup>4</sup> consta di questi elementi:

- 1) l'accordo fondamentale intorno ai rapporti sui quali verte la transazione<sup>5</sup>
- 2) una clausola penale con la quale le parti garantiscono l'osservanza dell'accordo<sup>6</sup>

\* *Atti del IV Congresso internazionale di papirologia (Firenze, 28 aprile-3 maggio 1935)*, Vita e Pensiero, Milano 1936, pp. 479-484 (anche estratto: Vita e pensiero, Milano 1936, pp. 479-484).

<sup>1</sup> PARTSCH, *Gött. gel. Anz.* 1915, 432; LEWALD, *Z. S. St.* 41 (1920) 315; TAUBENSCHLAG, *Studi Bonfante* I, 433; STEINWENTER, *Studi Albertoni* I, 90.

<sup>2</sup> Soprattutto BAS., XI, 1, 35 (HEIMB., I, 621); XI, 2, 4 (HEIMB., I, 670).

<sup>3</sup> Specie D. 2, 15, 15 in confronto di D. 2, 15, 4; D. 2, 15, 5; D. 46, 4, 18, 1; INST., III, 29, 2 e di D. 2, 15, 2; D. 2, 14, 35 etc.

<sup>4</sup> PMon. 1; PLond. 1731; 1717; PPrinc. 55; PLond. Inv. n. 2017. Cfr. tutti gli altri papiri analoghi citati da PREISIGKE, *Wört.*, sotto Ἀκυλιανή ἀπερίπνεια e da TAUBENSCHLAG, *op. cit.*

<sup>5</sup> È il contenuto sul quale verte la transazione: contenuto vario, come risulta dai papiri citati nella nota precedente.

<sup>6</sup> BERGER, *Strafklauseln* 4 segg. Cfr. PLond. 1731<sup>30</sup>. 1717<sup>41</sup>; Inv. 2017<sup>10</sup>; PMon. 1<sup>50</sup> etc. Già nei Basilici HEIMB., XI, 2, 34; XI, 2, 9 etc.

3) un giuramento<sup>7</sup>

4) una clausola di rinuncia (che è la c.d. *stipulatio aquiliana*) con la quale le parti rinunziano esplicitamente a tutte le pretese relative ai rapporti sui quali ebbe luogo la transazione: qualche volta questa clausola abbraccia tutte le possibili controversie esistenti fra le parti<sup>8</sup>.

Questa struttura così caratteristica della transazione bizantina fa nascere necessariamente due problemi:

1) quali sono i precedenti storici di questa struttura? Quale è, cioè, il processo evolutivo che ha in questa costruzione la sua fase terminale?

2) Di conseguenza, come spiegare la presenza delle varie clausole (in ispecie quella penale e quella di rinuncia)?

La risposta a questi due problemi va ricercata ricostruendo – a rapide linee – il processo di evoluzione dell'istituto quale appare – e nitidamente – attraverso le fonti latine e greche.

### III

Se si analizzano le fonti latine (i testi del *Corpus Iuris*) si nota in esse mancanza di univocità.

Perché: *a)* un certo gruppo di testi<sup>9</sup> mostra la transazione realizzata mediante la *stipulatio aquiliana*; *b)* un altro gruppo<sup>10</sup> la mostra realizzata mediante semplice *pactum*; *c)* altri testi<sup>11</sup> aggiungono al *pactum* delle stipulazioni penali; *d)* ed altri<sup>12</sup> infine oltre a queste stipulazioni penali aggiungono – e sta qui l'incoerenza – la *stipulatio aquiliana*.

Come conciliare queste apparenti contraddizioni?

La risposta si delinea appena si distingue fra *ius civile* e *ius praetorium* da un lato, e fra diritto classico e diritto postclassico dall'altro.

### IV

Come si fa, secondo lo *ius civile*, una transazione? Con la *stipulatio aquiliana*, mediante il meccanismo della deduzione delle pretese transatte nella *stipu-*

<sup>7</sup> Esempi PLond. 1717, 1728; Inv. 2017; PMon, 1, 7, 14 etc. Già nei Basilici HEIMB., XI, 2, 58 sch. (I, 723, 724).

<sup>8</sup> Per tutti PLond. Inv. 2017 (ove la rinuncia si riferisce solo alle pretese transatte): cfr. gli scritti citati di Partsch, Taubenschlag e Steinwenter. Già nei Basilici HEIMB., XI, 1 (I, 621); XI, 2, 4 (I, 670).

<sup>9</sup> D. 46, 4, 18; Inst., III, 29, 2; D. 2, 15, 5; D. 2, 15, 4.

<sup>10</sup> D. 2, 15, 2; D. 2, 15, 16; D. 2, 14, 35; D. 2, 15, 9 § 2; D. 2, 15, 3 pr.; D. 2, 15, 3 § 2; D. 2, 15, 14; D. 2, 15, 17.

<sup>11</sup> D. 2, 15, 16; D. 2, 15, 15.

<sup>12</sup> D. 2, 15, 15.

*latio* e della correlativa *acceptilatio*<sup>13</sup>. Così ogni rapporto transatto veniva radicalmente eliminato.

E se le parti non avessero fatto ricorso a questo meccanismo e si fossero fermate ad un semplice accordo (*pactum*)?<sup>14</sup>

Ecco l'intervento del diritto pretorio che garantisce il *pactum* con una *exceptio transactionis*<sup>15</sup>.

Siamo sempre sul terreno del diritto classico: tuttavia già questa forma più snella di negozio appare largamente in uso<sup>16</sup>.

Ora è attorno a questo *pactum transactionis* che si sviluppano gli altri elementi del negozio.

Anzitutto le stipulazioni penali<sup>17</sup>: è evidente che il *pactum transactionis* rafforzato da due stipulazioni penali presenta una ben diversa solidità da quella che gli può derivare dalla sola *exceptio transactionis*<sup>18</sup>.

È questo un fenomeno parallelo a quello che si verifica nel *pactum compromissi*<sup>19</sup>: anche qui avviene un rafforzamento mediante due stipulazioni penali che rendono solidissimo il compromesso fatto senza il ricorso alla forma complicata dello *ius civile*<sup>20</sup> ma mediante semplice accordo.

Fin qui tutto è chiaro: se distinguiamo nelle fonti fra testi relativi allo *ius civile*<sup>21</sup> e testi relativi allo *ius praetorium*<sup>22</sup> e se li raggruppiamo secondo i tre criteri indicati (transazione con *stipulatio aquiliana*, transazione con *pactum*, transazione con *pactum* + stipulazioni penali) le contraddizioni spariscono senza bisogno di spostarci dal terreno del diritto classico.

## V

Dove lo spostamento è necessario è allorché le fonti ci mostrano, per la realizzazione di una *transactio*, una curiosissima e incoerente<sup>23</sup> unione di tutti questi elementi della transazione di *ius civile* e di quella di *ius praetorium*.

<sup>13</sup> D. 46, 4, 18; INST., III, 29, 2; D. 2, 15, 5 etc. Sulla *stipulatio aquiliana* e sui problemi che suscita sempre decisivo WŁASSAK, *Z. S. St.* (42) 394 segg.

<sup>14</sup> Cfr. i testi citati alla nota 4 di p. 480. [nota 10 p. 404]

<sup>15</sup> D. 2, 15, 16; D. 2, 15, 3 § 2 etc.

<sup>16</sup> Cfr. i testi della nota 4 di p. 480. [nota 10 p. 404]

<sup>17</sup> D. 2, 15, 16; D. 2, 15, 15.

<sup>18</sup> A causa dell'*actio ex stipulatu* che viene ad aggiungersi alla *exceptio*.

<sup>19</sup> D. 4, 8, 11 § 3 specie D. 2, 14, 10 § 1.

<sup>20</sup> Mediante due reciproche stipulazioni. Su ciò LA PIRA, *Compromissum passim*, in *Studi Riccobono* II p. 145 segg.

<sup>21</sup> Come D. 46, 4, 18; D. 2, 15, 5 etc.

<sup>22</sup> Tutti gli altri testi in cui si parla di *pactum transactionis*.

<sup>23</sup> Incoerente perché la presenza della sola *stipulatio aquiliana* dovrebbe essere sufficiente – secondo i concetti di *ius civile* – ad operare perfettamente la transazione.

Non è curioso e incoerente che per fare una transazione si ricorra contemporaneamente al *pactum*, alle stipulazioni penali ed alla *stipulatio aquiliana*?<sup>24</sup>

Perché a ciò si giunga è necessario ammettere che sia stato interamente dimenticato il valore originario della *stipulatio aquiliana* e che al suo posto ne sia sopravvenuto un altro totalmente nuovo. Quale?

La risposta va ricercata nell'esame di un problema nettamente delineato nelle fonti classiche: quello relativo all'ambito di efficacia della transazione. Quali rapporti devono essere considerati inclusi nella transazione? Quelli che le parti vollero effettivamente transigere<sup>25</sup>.

Problema e soluzione si comprendono pensando alla struttura della *stipulatio aquiliana*<sup>26</sup> ed al problema – già noto per la novazione – dell'*animus novandi*<sup>27</sup>.

I principi rigidi dello *ius civile* vanno sempre applicati? Bisogna, dunque, ad essi sacrificare la volontà effettiva delle parti?

E, comunque, cosa dire in ordine alla transazione pretoria – il *pactum transactionis* – tutta imperniata sull'accordo delle parti?

La soluzione segna un trionfo della *interpretatio prudentium*<sup>28</sup> sullo stesso terreno dello *ius civile*: anche conclusa una *stipulatio aquiliana* ciò che definisce l'ambito della sua efficacia è la volontà delle parti: dice Papiniano: *lites de quibus non est cogitatum in suo statu retinentur* (D. 2, 15, 5).

Che il principio sia classico – anche per la transazione di *ius civile* – a me non pare dubbio, anche per questa ragione fondamentale: è possibile che la transazione pretoria non abbia influito su quella civile<sup>29</sup>? Che coloro che fossero ricorsi alla *stipulatio aquiliana* fossero stati trattati in modo così radicalmente diverso da quelli che facevano ricorso al *pactum transactionis*?

La classicità inoltre appare indubbia quando si pensi che è proprio in un periodo posteriore che si inizia un movimento inteso a ripristinare – in un certo senso – l'efficacia generale che già un tempo si produceva dalla transazione civile<sup>30</sup>. E per questa via che si pervenne al nuovo principio secondo il quale l'inserzione della *stipulatio aquiliana* nel *pactum transactionis* significava appunto efficacia generale della transazione: efficacia, cioè, su tutti i possibili rap-

<sup>24</sup> L'incoerenza fu messa in piena luce dallo ZACHARIAE v. LIG., Z. S. St. 6 (1885) 40-42.

<sup>25</sup> D. 2, 15, 5; D. 2, 15, 9 § 1; 9 § 3.

<sup>26</sup> Il problema nasce a causa della larga comprensione della formula di Gallo Aquilio D. 46, 4, 18; INST., 3, 29, 2; cfr. lo studio di Wlassak sopra citato.

<sup>27</sup> *Animus novandi* – in genere elemento soggettivo del negozio – che la dottrina va ora riconducendo, entro certi limiti, al diritto classico. Cfr. RICCOBONO, *Corso* 1933-34 tutto dominato dalla teoria classica della *conventio*; BETTI, *Diritto Romano* I, 222<sup>1</sup>.

<sup>28</sup> Decisiva in questo senso la esegesi di RICCOBONO, *Corso* cit. p. 481-2 (ove è riportato quanto sul tema il Riccobono aveva già scritto altrove).

<sup>29</sup> Problema di carattere generale concernente l'influenza del diritto pretorio su quello civile per la interpretazione degli stessi negozi di *ius civile*: la soluzione è indubbiamente positiva.

<sup>30</sup> Per effetto della *acceptilatio*.

porti giuridici esistenti fra le parti e rinunzia alla possibile ricerca di una diversa volontà delle parti.

Ecco la nuova stranissima costruzione della transazione: il fondamento della transazione sta ormai (è evidente) nel *pactum transactionis*; questo *pactum* è normalmente garantito dalle stipulazioni penali; inoltre, quando le parti vogliono eliminare qualsiasi possibile controversia in ordine al contenuto della transazione, si aggiunge la nuova *stipulatio aquiliana*<sup>31</sup>.

## VI

Siamo sul terreno postclassico?

Indubbiamente: lo rivelano varie con: *a*) il senso stravolto che viene dato ai termini degli istituti classici<sup>32</sup>; *b*) l'uso della pratica bizantina come ci viene rivelato dai Basilici<sup>33</sup>; *c*) e questo medesimo uso rivelato abbondantemente dai papiri bizantini<sup>34</sup>.

## VII

Come si vede, dall'antica *stipulatio aquiliana* dell'ultimo secolo della repubblica alla *stipulatio aquiliana* dei papiri, una certa linea di continuità c'è: si va a gradi, attraverso la mediazione del diritto pretorio. Ma c'è anche un fatto strano, non nuovo alla critica del *corpus iuris*: il fatto, cioè, della modificazione di un istituto operatasi nella pratica notarile e penetrata nelle fonti giuridiche latine.

*Firenze*

<sup>31</sup> In questa funzione si parla di *stipulatio aquiliana* in D. 2, 15, 15.

<sup>32</sup> Ad es. il significato totalmente mutato che si dà ai termini *stipulatio aquiliana*.

<sup>33</sup> Vedi i testi citati alla nota 2 di p. 479. [nota 2 p. 403]

<sup>34</sup> Vedi i testi citati alla nota 4 di p. 479. [nota 4 p. 403]



1938



## LA PERSONALITÀ SCIENTIFICA DI SESTO PEDIO\*

*per il prof. Giorgio La Pira della Università di Firenze.*

### I.

Quale è la personalità scientifica di Sesto Pedio?

Quale è, cioè, il contributo che Pedio ha portato nella ricerca e nel ritrovamento di nuovi principî generali capaci di dare maggiore unità e, quindi, migliore sistemazione e più ampio sviluppo alla scienza del diritto?

Meditando l'opera di Sesto Pedio – come ci è stata tramandata attraverso le citazioni dei giuristi posteriori (Pomponio, Ulpiano, Paolo)<sup>1</sup> – questa personalità scientifica si manifesta ricca ed inconfondibile.

Pedio possiede ed usa magistralmente gli strumenti più delicati della ricerca scientifica: osserva, analizza, definisce, interpreta, sistema: con questi mezzi egli perviene al ritrovamento di nuovi principî unificatori: porta così contributi notevoli alla scienza giuridica del suo tempo e perviene alla formulazione di dottrine che restano ancora oggi fondamentali per certi settori del diritto privato.

Ciò che dà, però, alla personalità scientifica di Pedio il suo carattere inconfondibile è l'uso dell'analogia: Pedio è, per definizione, il giurista dell'analogia: l'interpretazione analogica è lo strumento preferito della sua ricerca; con essa egli collega diritto pretorio e diritto civile; è di essa che egli si serve per elaborare le sue dottrine più importanti e per compiere le più ardite integrazioni del sistema giuridico.

La presente ricerca ha, dunque, questo fine: vedere come Sesto Pedio ha elaborato scientificamente il diritto: come, cioè, servendosi degli adeguati strumenti tecnici – l'analisi, le definizioni, le sistemazioni, l'interpretazione analogica, l'interpretazione dei negozi giuridici e delle norme giuridiche – egli ha contribuito a

\* «Bullettino dell'Istituto di diritto romano», XLV, 1938, pp. 293-334 (anche estratto: Giuffrè, Milano 1938, pp. 293-334).

<sup>1</sup> BREMER, *Iurisprudentiae antehadr.*, II, 2 p. 79 segg.; FERRINI, *Scritti*, II, pag. 39 segg.

dare un grado maggiore di unità alla scienza giuridica del suo tempo formulando dottrine che sono ancora fondamentali per la dommatica del diritto privato.

## II.

### ANALISI

#### *(Divisio per genera e species)*

Uno strumento prezioso di questa unificazione è l'analisi: la ricerca, cioè, di quell'elemento comune – il *genus*<sup>2</sup> – che unisce, come specie di un genere unico, più enti (quindi, più fatti, più rapporti, più istituti).

L'uso di questo strumento di unificazione nella scienza giuridica risale a Q. Mucio ed a Servio Sulpicio (*generatim componere*)<sup>3</sup>; mediante, la sistemazione in *genera e species* vengono posti i primi fondamenti della tecnica del diritto (*ars iuris, scientia iuris*)<sup>4</sup>.

Si può dire che uno degli strumenti più potenti per il progresso scientifico (quindi per la ricerca di una unità sempre più profonda della scienza) è appunto costituito dalla ricerca di generi sempre più comprensivi<sup>5</sup>.

Ora scoprire un genere nuovo che unifica più istituti giuridici significa accostare più istituti, analizzarne gli elementi costitutivi e trovare che c'è un elemento fondamentale comune: questo elemento comune costituisce il genere che fa di tutti questi istituti come i rami di un medesimo albero, *species* di uno stesso *genus*.

Pedio ha usato questo potente strumento di unificazione?

È alla luce di questo problema che va studiato il tormentatissimo D. 2. 14. 1 § 3<sup>6</sup>:

ULPIANUS *libro quarto ad edictum* D. 2. 14. 1 § 3 *conventionis verbum generale est et ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt... adeo autem conventionis nomen generale est ut... dicat Pedius nullum esse contractum (cfr. D. 50. 16. 19) nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis (sive litteris) fiat (cfr. D. 50. 16. 19) etc.*

<sup>2</sup> CICERONE, *De oratore*, I, § 190 che si richiama alla mirabile tecnica logica dei filosofi greci (*Brutus* § 152-153).

<sup>3</sup> POMPONIUS D. 1. 2. 2 § 41.

<sup>4</sup> LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, (per ultimo, B. I. D. R. 44 (1936-37), pag. 131 segg.).

<sup>5</sup> Si ricordi la gerarchia dei generi nella dottrina logica aristotelica: e per le applicazioni alla scienza giuridica CICERONE, *Brutus*, §§ 152-153, *de oratore*, I, § 190 e altrove.

<sup>6</sup> Intorno a questo frammento gravita, e fondatamente, tutta l'ampia e più recente ricerca di RICCOBONO (vedi *Corso*, 1934-35 p. 309 segg.): al quale risale il merito di avere scoperto il valore centrale che ha, per la dottrina del negozio giuridico nel diritto romano classico, giustiniano e moderno, il testo pediano.

Cosa ha fatto Pedio? Commentando l'editto *de pactis* il giurista, spinto dal suo gusto per le analogie, si sposta dal diritto pretorio e porta la sua indagine sul terreno dei negozi bilaterali obbligatori (e forse anche reali) dello *ius civile*.

Egli ha davanti alla mente le varie categorie, ancora disunite (cfr. D. 50. 16. 19), delle fonti obbligatorie convenzionali: *re, verbis, litteris, consensu*. Cosa c'è di comune in esse? Si possono ridurre a *species* di un medesimo *genus* (D. 2. 14. 5)? Analizzate nei loro elementi costitutivi esse mostrano un elemento essenziale comune: la *conventio*.

Visto a questa luce il testo in esame diventa lucidissimo: il *pactum conventum* non è solamente una categoria del diritto pretorio: è altresì una categoria del diritto civile perché in essa si unificano tutti i negozi bilaterali che producono obbligazione (*verbum generale est*). Il difficile qui stava nel porsi per la prima volta il problema: si trattava di una intuizione felice che era sfuggita allo stesso Labeone (il tentativo di unificare non è riuscito in D. 50. 16. 19): ma una volta posto il problema la soluzione si imponeva: l'analisi delle varie *causae* contrattuali di obbligazione (*re, verbis, litteris, consensu*) non poteva non dare, quale elemento generico, la *conventio*.

Il problema, quindi, relativo alla genuinità di D. 2. 14. 1 § 3 suppone risolto quest'altro problema: risponde alla mentalità scientifica di Pedio la posizione di un problema simile a quello che nel testo viene prospettato? Può e deve essere attribuito a Pedio questo processo analitico mirante al ritrovamento del *genus* che accumuna più *species* di rapporti contrattuali e pattizi?

Per me la risposta non è dubbia: la posizione del problema e la soluzione di esso sono opera di Pedio; appartengono al metodo pediano.

È un metodo caratterizzato dalla ricerca di principi generali: qui, come altrove, Pedio unifica sistemando.

Si dirà: ma il *pactum conventum* non è una categoria pretoria? Come si legittima il passaggio al diritto civile?

La risposta è data dal grande principio della analogia che va usato anche per collegare diritto pretorio e diritto civile: e questo principio è stato formulato dallo stesso Pedio (D. 1. 3. 13).

Non sono analoghi i patti del diritto pretorio e i negozi bilaterali obbligatori del diritto civile? Non tendono alla medesima *utilitas* (D. 1. 13. 13)? Non hanno la medesima struttura?

È lecito, perciò, il passaggio dal diritto pretorio al diritto civile e sono lecite le conseguenze che questo passaggio produce.

Non solo la *conventio* è l'elemento generico che unifica le varie specie di contratti: la scoperta di questo *genus* non ha carattere puramente sistematico: ha conseguenze importanti per la interpretazione dei negozi bilaterali obbligatori dello *ius civile*. Se questi negozi e le obbligazioni che ne derivano hanno il loro fondamento ultimo nell'accordo delle parti, è verso questo accordo che deve volgersi l'interpretazione dei giuristi e dei giudici: il

formalismo dei negozi appare, quindi, come strumento a servizio della effettiva volontà delle parti: è questo il nuovo principio che va maturando da tempo nella giurisprudenza romana – anche in relazione allo *ius civile* – e che solo ora, con Pedio, riceve una precisa formulazione: *nullum esse contractum, nullam esse obligationem quae non habeat in se conventionem sive re, sive verbis, sive litteris fiat*.

Le conseguenze? I contratti formali – verbali e letterali – e i negozi formali in genere (es. l'*acceptilatio*, la transazione, il *compromissum*, e forse gli stessi negozi formali produttivi di diritti reali) vanno interpretati in funzione della volontà delle parti: se essa manca, il negozio, ancorché possieda tutti i requisiti formali, è, almeno praticamente, inefficace (*nam et stipulatio quae verbis fit nisi habeat consensum nulla est*).

È questo un principio che ha conseguenze incalcolabili per l'evoluzione successiva dello *ius civile*: ma è un principio che non è poi radicalmente nuovo: i negozi *mortis causa* – dopo l'introduzione dei fedecommissi e dopo il riconoscimento dei testamenti militari – conoscono già questa interpretazione dei negozi giuridici in funzione della *voluntas*.

Ricerca analitica (scoperta del *genus*) e ricerca analogica (passaggio dal sistema pretorio dei patti all'analogo sistema civile delle *causae* convenzionali di *obligatio*) si intrecciano, dunque, nella presente indagine pediana.

Non vi sarebbe stata la prima senza la seconda: l'analogia fa passare dal sistema pattizio del diritto pretorio all'analogo sistema civile dei negozi bilaterali obbligatori; l'analisi fa scoprire che questa *conventio*, alla quale il pretore dà tutela giurisdizionale, è il genere unico e l'unico fondamento di tutti i negozi bilaterali.

I risultati raggiunti da Pedio sono rimasti come un definitivo acquisto della dommatica giuridica.

La definizione moderna di contratto è ancora, in sostanza, quella di *pactum* dallo stesso Pedio, con gran probabilità, formulata.

### III.

#### DEFINIZIONE

L'analisi, studiando gli elementi costitutivi di enti diversi, cerca ciò che questi enti hanno di comune: li riduce così *ad unum* facendoli *species* diverse di un unico *genus*.

Ma prima di studiare i rapporti fra questi enti sarà necessario definire gli enti medesimi.

Così nel campo giuridico: prima di affermare, ad esempio, che compravendita, locazione, conduzione, società, mandato, stipulazione, mutuo, contratto letterale ecc. rientrano nel genere *conventio* sarà necessario anzitutto definire cosa è compravendita, locazione ecc.

La definizione è al tempo stesso un punto di arrivo ed un punto di partenza della elaborazione scientifica<sup>7</sup>; prima di trattare intorno ad un qualsiasi ente il problema che si presenta all'indagine dello studioso è appunto questo: cosa è questo ente di cui voglio intraprendere lo studio?

Così il giurista che commenta un editto, una legge, una qualsiasi norma giuridica si troverà spesso costretto, quale indagine preliminare, a definire l'istituto cui la norma si riferisce.

I fondamenti di un edificio scientifico sono necessariamente costituiti dai principî: ora i principî sono costituiti, nella scienza giuridica, da definizioni e da *regulae* (alle quali viene dato dai giuristi romani il nome di definizioni)<sup>8</sup>. La definizione è, dunque, strumento essenziale per la costituzione della scienza: strumento difficile, pericoloso (*omnis definitio in iure civili periculosa* D. 50. 17. 202): frutto, spesso, di lunga meditazione. Talvolta il nome di un pensatore è legato ad una definizione da lui formulata (si pensi, ad es., alla definizione serviana della tutela D. 26. 1. 1 pr.).

È fuor di dubbio che la scienza dei giureconsulti romani segna il suo vero inizio nel momento in cui – sotto l'azione feconda della cultura greca – le definizioni e le *regulae* fanno il loro ingresso nel mondo giuridico. Con le definizioni e con le divisioni i giuristi romani costituirono quel sistema giuridico la cui struttura fondamentale domina tuttavia, insostituibile, l'edificio giuridico moderno.

Lo studio del pensiero di Pedio rivela, come è naturale, una spiccata tendenza di questo giurista per le definizioni: ce ne sono rimaste poche (come, del resto, poche sono, in complesso, le citazioni di Pedio); ma esse sono sufficienti per rivelarci la potenza di sintesi di questo giurista e per rivelarci così un aspetto della sua personalità scientifica.

1) Definizione relativa alla *nunciatio novi operis*.

Quale è il fondamento giuridico della *nunciatio*? Quale è cioè la *causa* – come Pedio dice – che legittima la *nunciatio*? La ricca casistica dei primi commentatori dell'editto è da Pedio sapientemente unificata mediante una mirabile distinzione (definizione, come la chiama Ulpiano):

*Et belle... – si noti l'avverbio – Sextus Pedius definiit triplicem esse causam operis novi nuntiationem, aut naturalem aut publicam aut impositivam: naturalem cum in nostras aedes quid immittitur aut aedificatur in nostro; publicam causam, quotiens leges aut senatusconsulta constitutionesque principum per operis novi nun-*

<sup>7</sup> Si mediti l'ampia trattazione che di questo problema fa ARISTOTILE, nella *Topica* (lib. VI cap. 1 segg.) e che, in minori proporzioni, ripete CICERONE, nella sua *Topica* (§§ 9, 26 segg.).

<sup>8</sup> Solo così ci si rende ragione della genesi della così detta giurisprudenza regolare (*regularjurisprudenz* cfr. JÖRS, *Röm. Rechtswiss.*, Berlin, 1888 p. 305 segg.) che ha inizio a partire da CANTONE; la giurisprudenza repubblicana – specie con Q. Mucio e con Servio Sulpicio – fonda saldamente con le definizioni e con le *regulae*, le basi del suo imponente edificio scientifico.

*tiationem tuemur; impositiciam, cum quis postea, quam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est postea, quam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit* (ULPIANUS libro quinquagesimo secundo ad edictum D. 39. 1. 5 § 9).

Il dominio, la servitù, il diritto pubblico: ecco il triplice fondamento della *nunciatio*: così tutta questa materia è unificata e può formare, attorno a questi tre nuclei, un organico corpo di dottrina.

Questa unificazione è, in apparenza, una cosa semplice: come una cosa semplice era la scoperta della *conventio* quale elemento generico dei contratti: come cose semplici sono le definizioni e le interpretazioni che in seguito vedremo; ma la potenza della intuizione scientifica sta proprio nella scoperta di questi nuclei primi che vengono a costituire la base del sistema ed il punto di riferimento della elaborazione scientifica.

## 2) Definizione del *receptum arbitrii*.

Cosa significa *recipere arbitrium* e, perciò, quali sono i compiti dell'arbitro? Il problema è, come è evidente, della massima importanza; esso investe, infatti, i problemi relativi alla struttura e alle finalità del *compromissum*.

*Recepisse autem arbitrium videtur, ut Pedius libro nono dicit, qui indicis partes suscepit finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur, quod si, inquit, hactenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti lites paterentur, non videtur arbitrium recepisse* (ULPIANUS libro tertio decimo ad edictum D. 4. 8. 13 § 2).

La figura dell'arbitro è qui nettamente precisata: arbitro non è colui che cerca col suo *consilium* o con la sua *auctoritas* di comporre una lite: l'arbitro è nel *compromissum* quello che è lo *iudex* nel *iudicium*: i due istituti<sup>9</sup> – che hanno struttura analoga – hanno una analoga finalità: la decisione di una controversia (il *compromissum*, come lo *iudicium*, *ad finiendas lites pertinet* dice Paolo D. 4. 8. 1).

Arbitro, perciò, è colui che assume le funzioni di un giudice: egli, come il giudice, deve porre fine, con la sentenza, alla controversia che le parti hanno a lui deferita.

Da questa definizione – di cui si scorge a prima vista il valore dommatico – Pedio deriva importanti corollari che riusciranno a trionfare, in un'epoca posteriore, anche sugli insegnamenti diversi di Giuliano: se il compito dell'arbitro è quello di por fine con la sentenza alla controversia non può dirsi che questo compito sia stato assolto quando l'arbitro abbia nella sentenza differita la decisione o abbia rinviato le parti ad un altro arbitro.

È così che va risolta – come già aveva intuito Mommsen – la questione prospettata in D. 4. 8. 32 § 16 (PAULUS libro tertio decimo ad edictum):

*Quaesitum est de sententia dicenda, et dictum non quamlibet licet de quibusdam variatum sit. et puto vere non committi, si dicat ad iudicem de hoc eundem vel in*

<sup>9</sup> LA PIRA, *Compromissum*, in *Studi Riccobono*, II, p. 202.

*se vel in alium compromittendum. nam et Iulianus impune non pareri si iubeat ad alium arbitrum ire, ne finis non sit: ... [idem Pedius probat] «Pedius id improbat» ne propagentur arbitria, aut in alios interdum inimicos agentium transferantur, sua sententia finem controversiae eum imponere oportere; non autem finiri controversiam, cum autem differatur arbitrium aut in alium transferatur: partemque... satisfaretur.*

Se si confronta la definizione di *recipere arbitrium* (D. 4. 8. 13 § 2) con la soluzione qui proposta da Pedio – soluzione che trionfò su quella di Giuliano (fondata è la correzione del Mommsen) – appare nettamente come tale soluzione sia un corollario logicamente dedotto dalla concezione che Pedio aveva – e che aveva chiaramente formulata – delle finalità del *compromissum*.

E a proposito di questa concezione del *compromissum* bisogna dire infatti che Pedio ebbe forse gran parte nella configurazione dommatica di questo istituto: altre definizioni, oltre quella indicata, sono dovute, a mio avviso, alla elaborazione scientifica di lui.

La determinazione, ad esempio, dell'*officium arbitri* contenuta in D. 4. 8. 32 § 15 ha tutto il sapore delle precisazioni dommatiche di Pedio (è, del resto, correlativa a quanto Pedio precisa circa il *recipere arbitrium*).

*De officio arbitri tractantibus sciendum est omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum: nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi ut efficere possit, cautum est: non ergo quod libet arbiter statuere poterit nec in qua re libet nisi de qua re compromissum est et quatenus compromissum est* (D. 4. 8. 32 § 15).

Il testo è di Paolo: ma la fonte di Paolo è qui, indubbiamente Pedio: lo prova non solo la definizione del *receptum arbitrii* riferita da Ulpiano (D. 4. 8. 13 § 2) ma il fatto che Paolo stesso quando deve esporre, nei paragrafi successivi, il contenuto di questo *officium arbitri* si richiama esplicitamente, in due punti cruciali a Pedio: una volta, in relazione alla sentenza (§ 16) ed un'altra volta (§ 20) proprio in relazione al contenuto dell'*officium arbitri*:

*arbitri officio continetur quemadmodum [detur] «tradatur» vacua possessio an et satis «ut detur» ratam rem habiturum? Sextus Pedius putat, quod nullam rationem habet; nam si ratum non habeat dominus, committetur stipulatio.*

Se Paolo si permette qui di dissentire da Pedio – e il dissenso può anche essere fondato – è segno che Paolo, come Ulpiano, ha davanti a sé l'opera di Pedio dalla quale viene traendo tanta parte del suo commentario.

Ora l'opera di Pedio è essenzialmente dommatica: fatta di definizioni che precisano i punti fondamentali dell'istituto: come dubitare che anche la definizione riferita da Paolo – che si collega così strettamente a quella riferita da Ulpiano e da questi attribuita a Pedio – sia di Pedio? Le due definizioni si collegano: l'una fissa il contenuto del *recipere arbitrium* (decidere mediante una sentenza che metta fine alla controversia), l'altra fissa il limite dei poteri dell'arbitro nell'emettere la sentenza: questa non deve oltrepassare i limiti segnati all'arbitro dal *compromissum*; l'arbitro non può *statuere... nisi de qua re compromissum est et quatenus compromissum est*.

Non solo: ma io vado più in là: credo che la stessa definizione di *compromissum* riferita da Paolo – *compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet* D 4. 8. 1. – sia pure di Pedio: cioè, non solo per le ragioni generali dette innanzi sull'opera e sul metodo dommatico di Pedio; ma per una ragione specifica che è fornita dall'analogia.

La costruzione del *compromissum* analoga a quella del *iudicium* (...*ad similitudinem iudiciorum*) richiama irresistibilmente alla mente quella fondamentale tendenza alla costruzione analogica che è caratteristica di Pedio.

Concludendo, dunque, la scienza giuridica è debitrice a Pedio della configurazione dommatica che egli ha fatto del *compromissum*: la struttura del *compromissum* (analogo allo *iudicium*), le finalità di esso (l'arbitro deve emettere una sentenza che ponga fine alla controversia), i limiti dei poteri dell'arbitro nell'emettere la sentenza (limiti fissati nel *compromissum*) sono stati da Pedio precisati in modo così perfetto da costituire per la scienza giuridica un contributo che può dirsi definitivo.

3) Definizione relativa alla difesa possessoria.

ULPIANUS libro sexagesimo nono ad edictum D. 43. 17. 1 § 4.

*Est igitur hoc interdictum quod vulgo uti possidetis appellatur, retinendae possessionis (nam huius rei causa redditur ne vis fiat ei qui possidet) et consequenter proponitur post interdictum unde vi. illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio: denique praetor possidenti vim fieri vetat et illud quidem interdictum oppugnat possessionem, hoc tuetur. et, ut Pedius ait, omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut, quod non possidemus nobis restituatur, aut ad hoc ut retinere nobis liceat quod possidemus.*

Siamo anche qui – come nel testo relativo alla *nunciatio n. o.* D. 30. 1. 5 § 9 – in presenza di una di quelle sintesi unificatrici così comuni al metodo pediano; sintesi semplici ma eleganti; ciò è tanto vero che il commentatore sente il bisogno di citare: ci saremmo anzi qui pure aspettati l'espressione solita... *ut eleganter, ut belle, Pedius ait.*

Questa divisione della tutela possessoria in due parti – tutela che mira ad ottenere il possesso perduto, tutela che mira a mantenere il possesso turbato – è rimasta fondamentale per la dommatica della tutela possessoria: essa mostra che ogni controversia relativa al possesso non può tendere che a due soli fini: perciò i veri interdetti possessori non possono essere che *retinendae* o *recuperandae possessionis* (Gaio IV, 143). Ora l'aver guadagnato questa base per la sistemazione degli interdetti non è cosa di poco rilievo: la nozione di interdetto possessorio viene precisata e nettamente differenziata da quella relativa agli altri interdetti. La distinzione pediana costituisce una conquista sistematica che la scienza giuridica ha definitivamente accolto fra le sue categorie<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Azione di manutenzione e *reintegranda* esauriscono ancora oggi la difesa del possesso.

4) Definizione di *pactum*

ULPIANUS *libro quarto ad edictum* D. 2. 14. 1 § 2 *et est pactio duorum vel plurium in idem placitum consensus.*

È una delle definizioni più celebri: e la definizione moderna di contratto ne è una immediata derivazione.

Il commento all'editto *de pactis* ci offre un chiaro esempio del modo con cui i giuristi romani procedevano alla elaborazione scientifica del diritto pretorio.

Si cerca anzitutto la definizione di *pactum* (§ 2): alla luce di tale definizione si procede, mediante l'analisi, alla ricerca del *pactum* come base di tutti i negozi bilaterali (§ 3): si riesce, così, a sistemare in un solo *genus* – il *pactum* – le varie *species* di *conventiones* (D. 2. 14. 5; D. 2. 14. 6; 7 pr. § 2 segg.): così viene data alla dottrina dei contratti una sistemazione organica (D. 2. 14. 7 § 1 segg.).

A chi attribuire la paternità di questo disegno sistematico?

Risalire a Servio Sulpicio? Ai commentatori posteriori dell'editto pretorio (specie Labeone e Sabino)? O fermarsi a Sesto Pedio?

Orbene, alcuni indizi che a me paiono di valore decisivo mi fanno irresistibilmente inclinare per Pedio.

Si legga D. 2. 14. 1 § 3 che commenta la definizione di *pactum* data nel § 2.

*Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicut convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt id est in unam sententiam decurrunt.*

Si noti il ricorso all'analogia (così... come): chi conosce lo stile di Pedio non può non avanzare il sospetto che qui si sia in presenza di frammenti pediani: questo sospetto, poi, si trasforma quasi in verità quando due righe più innanzi si vede la citazione di Pedio fatta da Ulpiano: dunque?

Dunque tutta questa parte del commentario all'editto *de pactis* ha gli scritti di Pedio come fonte: la definizione di *pactum*; l'analisi dei contratti per ricondurli al loro genere unico, la *conventio*, la divisione delle *tres species* di convenzione ecc., è tutta opera di Pedio: il metodo pediano è ivi visibile. Certo, se non ci fosse la citazione esplicita di Pedio potrebbe sorgere il dubbio che si tratti di opera di Labeone, così proclive, anche lui, come ogni vero scienziato, a definire e a sistemare<sup>11</sup>: ma la citazione di Pedio e il ricorso all'analogia – così caratteristico in Pedio – fanno decidere per quest'ultimo.

Una ulteriore conferma di questa tesi fornisce la

5) definizione di *dolus malus* relativo ai *pacta*

ULPIANUS *libro quarto ad edictum* (D. 2. 14. 7 § 9) *Dolo malo ait praetor pactum se non servaturum. dolus malus fit calliditate et fallacia: et, ut ait Pedius,*

<sup>11</sup> Visibilissima caratteristica di Labeone: cfr. ad es. D. 2. 13. 1 § 1; D. 50. 16. 19; D. 50. 16. 246; D. 11. 4. 1 § 5; D. 37. 1. 3 § 1: e le esatte osservazioni del PERNICE, *Labeo*, I, 25.

*dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et aliud agi simulatur.*

Non solo qui è citato Pedio, ma non è citato Labeone che aveva già data una definizione diversa del dolo criticando la definizione di Servio alla quale ora Pedio ritorna (D. 4. 3. 1 § 2). Non comprendo la ragione di questo ritorno a Servio (i commentari di Servio sono la fonte precipua di Pedio?); le critiche di Labeone sono giuste ed è infatti necessario distinguere il dolo dalla simulazione: ma resta meglio accertato che i commentari di Ulpiano dipendono in tutta questa materia, in gran parte, da quelli di Pedio.

E infine

6) Definizione di *pactum in rem* e *in personam* (*ib.* D. 2. 14. 8 § 8) *Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam: in rem sunt quotiens generaliter paciscor ne petam: in personam, quotiens ne a persona petam... utrum autem in rem an in personam pactum factum est, non minus ex verbis quam ex mente convenientium aestimandum est: plerumque enim, ut Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur cum quo pactum factum est.*

L'autore della distinzione e delle definizioni? Pedio, indubbiamente, come risulta dalla citazione: è vero che la citazione si riferisce piuttosto alla interpretazione che alla definizione di *pactum in rem* ed *in personam*: ma ciò non significa nulla per chi conosce il metodo tutt'altro che scrupoloso di citazione che usano i tardi commentatori dell'editto (Ulpiano e Paolo: si confronti ad es., proprio relazione a Pedio, D. 9. 2. 33 § 2 e D. 35. 2. 63 pr.): per me l'autore di quest'altra definizione relativa al *pactum* è, indubbiamente, Pedio.

Uno studio totale di questa materia – *de pactis* – mostrerebbe come la paternità di questo disegno sistematico relativo ai patti sia forse – sotto l'influenza di Servio e di Labeone – da attribuire a Pedio: di lui, comunque, sono certamente alcune membrature essenziali di questo sistema.

7) Definizione di permuta.

Più che di una definizione si tratta di un corollario derivante logicamente dalla struttura della permuta nettamente diversa da quella della compravendita.

PAULUS libro trigesimo tertio ad edictum D. 19. 4. 1 §§ 2-3.

§ 2. *Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet...*

§ 3. *Ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.*

Forse tutto il testo di Paolo pende da Pedio: Pedio, infatti, è l'unico autore in esso citato.

La trattazione pediana mirava certamente a differenziare la permuta dalla compravendita ponendo in luce la diversità strutturale dei due istituti: diversità quanto al perfezionamento (*consensu* l'uno; *re* l'altro); diversità ancora quanto all'oggetto: perché mentre la vendita può avere ad oggetto una *res aliena* questo non è possibile nella permuta: *Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.*

Insomma si tratta qui di derivare una serie di corollari dai principî: e i principî sono dati dalla struttura dei contratti, (e quindi, dalla definizione che la manifesta).

La citazione che Paolo fa di Pedio è per noi rivelatrice: essa mostra che nel sistema contrattuale pediano c'è posto per la permuta e, quindi, per gli altri contratti innominati: la dommatica di Pedio, cioè, ha già risolto un problema che sarà ancora discusso da giuristi immediatamente posteriori (Aristone, Celso, Giuliano, Mauriciano Cfr. D. 2. 14. 7 §§ 2-4)<sup>12</sup>.

8) Definizione relativa all'*interdictum quod vi aut clam*.

Anche qui si tratta più che di una nuova definizione, di una estensione della definizione già data da Quinto Mucio: *vi factum videri Q. Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit: et mihi videtur plena esse Quinti Mucii definitio. Sed et si quis iactu vel minimi lapilli prohibitus facere perseveravit facere, hunc quoque vi fecisse videri Pedius et Pomponius scribunt* (D. 43. 24. 1 § 6).

Perché questa estensione? La risposta va ricercata in D. 39. 1. 5 § 10. Chi vuol fare una denuncia di nuova opera deve prima vedere se non gli sia possibile di chiedere l'*interdictum quod vi aut clam* che presenta dei vantaggi rispetto alla *nunciatio*: questa, infatti, fa diventare possessore il *nunciatus* (*ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus cui nuntiaverimus*). Ora per aver diritto all'interdetto basta fare una *prohibitio* mediante lo *iactum lapilli*. Se il *prohibitus facere perseveravit facere* si ha – dopo l'estensione pediana – un *vi factum* che legittima il *prohibens* alla richiesta dell'interdetto *quod vi aut clam*.

Mettendo a confronto D. 39. 1. 5 § 10 e D. 43. 24. 1 § 6 si vede bene la ragione che indusse Pedio ad estendere la definizione muciana: trarre da questa estensione un corollario così ricco di utilità quale è quello che abbiamo indicato.

Anche qui il metodo pediano mostra la sua singolare capacità di collegare e di unificare.

9) Definizioni relative al *metus*

Concernono *a)* il concetto di *metus* ed *b)* il contenuto dell'*arbitrium iudicis de restituenda re*.

*a)* La definizione di *metus* era stata già elaborata dai giuristi anteriori (specie Labeone D. 4. 2. 5): Pedio ricava dei corollari da questa definizione.

Poiché deve trattarsi di un timore *maioris malitatis* (D. 4. 2. 5), di un timore *non vani hominis* (D. 4. 2. 6), Pedio ne deduce che non è *metus* il *timor infamiae, neque alicuius vexationis*. Per cui *si quis meticulousus rem nullam frustra timuerit per hoc edictum non restituitur, quoniam neque vi neque metus causa factum est* (D. 4. 2. 7 pr.).

<sup>12</sup> Per me non c'è dubbio sulla classicità dei contratti sinallagmatici e sulla sostanziale genuinità dei testi relativi.

b) Quanto circospetto è nel determinare la nozione del *metus* altrettanto radicale è Pedio nel determinare i confini della *in integrum restitutio*: del negozio rescisso non deve permanere – per quanto è possibile – nessun effetto.

Da qui, la radicale dottrina pediana relativa al contenuto dell'*arbitrium iudicis de re restituenda* di fronte al terzo di buona fede.

*Quid iuris*, infatti, allorché la cosa ottenuta con violenza sia stata venduta, donata, legata *ab eo qui vim intulit* ad un terzo di buona fede?

Di fronte ad una opinione che tendeva per la assoluzione del terzo di buona fede si afferma decisa la sentenza di Pedio, condivisa più tardi da Viviano e divenuta dottrina prevalente: *Pedius... libro octavo scribit arbitrium iudicis in re restituenda tale esse, ut eum quidem qui vim admisit iubeat restituere, etiamsi ad alium res pervenit, eum autem ad quem pervenit, etiamsi alius metum fecit: nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet* (D. 4. 2. 14 § 5).

Soluzione mirabile anche nel modo stesso con cui è formulata! La violenza non deve essere causa di beneficio per nessuno, neanche per il terzo di buona fede: nel contrasto fra i due opposti principî che possono guidare in questa ipotesi l'interprete – il principio che mira a salvaguardare la buona fede dei terzi e il principio che mira a tener saldo lo stesso ordinamento giuridico sradicando da esso i disordini che può produrre la cattiva volontà degli uomini – la scelta è per Pedio pronta e decisa.

Per una decisione analoga, sia pure relativa ad altri problemi, vedi lo stesso Pedio D. 21. 1. 23 § 9 in ordine alla *redhibitio*.

#### 10) Definizione di *morbis*

La definizione risale a Sabino (D. 21. 1. 1 § 7): Pedio precisa: perché uno schiavo possa essere considerato *morbosus* è necessario che per effetto dei vizi del suo corpo egli non possa adempiere il ministero cui è destinato: se invece, nonostante questi vizi, egli può svolgere lo stesso il suo ministero i vizi in parola non costituiscono un *morbis* e non fondano, quindi, il diritto alla *redhibitio* (*ait enim Pedius inaequalitatem oculorum brachiorum si nihil ex ministerio praestando subtrahit, extra redhibitionem esse* D. 21. 1. 12 § 1).

È parimenti da considerarsi non *morbosus* colui che *in lecto somno vinoque pressus aut etiam pigritia surgendi urinam faciat* quando ciò non derivi da un vizio della vescica (D. 21. 1. 14 § 4).

Il canone interpretativo cui Pedio si ispira è oggettivo: desunto, cioè, o dalla realizzabilità dello scopo (nonostante i vizi corporali dello schiavo) o dalla intrinseca sana costituzione dello schiavo (nonostante le cattive abitudini che lo schiavo ha contratte).

#### 11) Definizione del reato di *arborum furtim caesarum*.

Altro è rubare altro è tagliare furtivamente gli alberi altrui: i due reati vanno nettamente differenziati: *furtim caesae arbores videntur, quae ignorante domino celandique eius causa caeduntur nec esse hanc furti actionem scribit Pedius, cum et sine furto fieri possit, ut quis arbores furtim caedat* (D. 47. 7. 7. pr.).

Anche questo capitolo ci offre una buona messe di risultati.

La *nunciatio novi operis*, il *receptum arbitrii* e il *compromissum*, la natura delle controversie possessorie, il *pactum*, la permuta, il *metus*, la *redhibitio*, l'*arbitrium de restituenda re* in caso di *metus*, l'*interdictum quod vi aut clam*, il delitto d'*arborum furtim caesarum*, ricevono mediante la definizione – o mediante il perfezionamento della loro anteriore definizione – una esatta configurazione dommatica.

#### IV.

##### ANALOGIA

Mediante le definizioni, le *regulae* e la divisione in *genera* e *species* si elabora scientificamente un materiale giuridico (leggi, editti, consuetudini etc.) già esistente. Ma *quid iuris* quando si presentano rapporti nuovi (nuove fattispecie) non preveduti e, quindi, non tutelati da nessuna norma? Il problema presenta – specie in diritto romano – soluzioni varie: fra queste ce n'è una che a noi qui particolarmente interessa: è la soluzione offerta dalla analogia: si procede, cioè, alla tutela del nuovo rapporto estendendo ad esso la disciplina giuridica di un rapporto analogo già tutelato dal diritto.

Per comprendere bene la tecnica della interpretazione analogica bisogna avere presente la struttura della norma giuridica<sup>13</sup>.

La norma consta di due elementi: *a*) di una fattispecie prevista in astratto; *b*) di una sanzione giuridica pel caso che la fattispecie prevista in astratto si verifichi in concreto.

L'analogia consiste nel riferire la sanzione ad una fattispecie concreta diversa ma simile a quella prevista in astratto dalla norma.

Orbene: i giuristi romani – ai quali tanto ingiustamente si rimprovera una presunta incapacità di trovare e di formulare principî generali! – hanno appunto inserito nel loro sistema giuridico questo principio basilare dell'analogia: e la più antica e più comprensiva formulazione di questo principio è dovuta proprio a Sesto Pedio.

*... ut ait Pedius, quotiens lege aliqua unum vel alterum introductum est bona occasio est cetera quae tendunt ad eandem utilitatem vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri* (D. 1. 3. 13).

E Giuliano poco più tardi spiega (libro XV *digestorum* D. 1. 3. 12). *Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet.*

<sup>13</sup> BETTI, *Diritto Romano*, I, pag. 4 segg.

*Similium similis declinatio* dicevano i grammatici<sup>14</sup>; *similium similia iura* avrebbero potuto ripetere i giuristi<sup>15</sup>.

Questo principio fu fecondo di conseguenze: in virtù di esso la giurisprudenza ed il pretore poterono dare veste giuridica a tanti rapporti che la pratica veniva quotidianamente elaborando.

Data la singolare struttura del sistema giuridico romano – *ius civile*, *ius praetorium* – data la varietà delle sue fonti, il problema dell'analogia presenta in diritto romano una certa complessità.

Infatti:

1) chi può servirsi dell'interpretazione analogica?

2) In che rapporto stanno diritto civile e diritto pretorio in ordine all'analogia?

Alla prima, domanda si può facilmente rispondere: 1) il pretore (*qui praeest iurisdictioni*) in base alla sua *iurisdictioni*; 2) il giurista in virtù del suo *ius respondendi* (dopo Augusto) e già prima in base alla sua autorità di giureconsulto: dice Pedio appunto che il diritto (civile o pretorio) può essere integrato (*suppleri*) *vel interpretatione vel iurisdictione*.

Il secondo problema è più complesso: si possono estendere analogicamente norme di diritto pretorio al diritto civile e viceversa?

La risposta, a mio avviso, deve essere positiva: è questa, anzi, la ragione per cui tanti istituti di diritto pretorio sono stati costruiti in modo simile ai corrispondenti istituti di diritto civile (si pensi alla *bonorum possessio* rispetto alla *hereditas*; e, in genere, a tutti gli istituti paralleli dei due ordinamenti): per contro, norme di diritto pretorio sono state estese a rapporti simili di diritto civile riuscendo così a fare dello *ius civile* – nonostante la sua vetustà – un ordinamento consono alle esigenze della più evoluta civiltà.

Orbene: questo strumento delicato della tecnica giuridica è lo strumento preferito di Pedio: la più gran parte delle citazioni che di lui ci restano mostrano l'applicazione dell'analogia: si può dire senza tema di errare che il canone fondamentale della sua opera è proprio quello che egli stesso ha formulato a proposito dell'editto degli edili curuli: *quotiens lege aliqua unum vel alterum introductum est bona occasio est cetera quae tendunt ad eandem utilitatem vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri* (D. 1. 3. 13).

Ed applicando questo canone Pedio è riuscito ad elaborare dottrine giuridiche di alto valore.

1) Dottrina della *conventio*

Come già abbiamo veduto, se il ritrovamento della *conventio* quale *genus* che accumuna tutti i negozi bilaterali obbligatori dello *ius civile* è frutto dell'analisi

<sup>14</sup> GELLIO, *N. A.* II, 25: sull'analogia come problema grammaticale VARRONE, *de lingua latina*, X cap. 3-6; cfr. ISIDORO, *orig.* I, 27.

<sup>15</sup> D. 1. 3. 12; 13; 27; 32; C. 1. 17. 2 § 18; sull'impiego dell'analogia nella dialettica cfr. CICERONE, *Topica*, X, 41 segg.

si, l'estensione della disciplina pretoria del *pactum* anche ai negozi di *ius civile* (...*nam et stipulatio que verbis fit nisi habeat consensum nulla est*) è frutto dell'analogia. È questo uno dei casi in cui l'interpretazione analogica trasporta al diritto civile norme del diritto pretorio.

Poiché il *pactum* è, oramai, il fulcro di tutto il diritto pretorio (relativamente ai negozi bilaterali)<sup>16</sup> esso diverrà, analogicamente, anche il fulcro di tutto il diritto civile (relativamente ai negozi bilaterali): ciò determina una valutazione giuridica nuova dei negozi formali bilaterali dello *ius civile*; fra gli elementi essenziali per l'esistenza dei negozi domina ora l'effettiva *voluntas* delle parti; i *verba* non sono ora che una esterna manifestazione di tale *voluntas*; da qui tutto un orientamento nuovo nella interpretazione e nella disciplina di questi negozi.

Diritto civile e diritto pretorio non sono due sistemi separati: sono collegati appunto mediante la *iurisdictio* e mediante l'*interpretatio*: e *iurisdictio et interpretatione* si può procedere a quella integrazione dello *ius civile* che costituisce uno degli scopi precipui del diritto pretorio (...*iuris civilis adiuvandi, vel corrigendi vel supplendi gratia* D. 1. 1. 7 § 1).

Orbene: in questo campo dei negozi giuridici bilaterali l'estensione analogica dei principi pretori allo *ius civile* è opera precipua di Pedio: ed è un'opera che ha avuto una fecondità immensa perché ha causato quella unificazione del sistema contrattuale che doveva condurre alla definizione moderna di contratto.

Questo contributo di Pedio appare tanto più prezioso quando si pensi che neanche Labeone era pervenuto ad unificare tutte le figure di negozi bilaterali fonti di *obligatio*: egli aveva distinto fra *agere*, *gerere* e *contrahere* senza riuscire a scorgere sotto queste tre specie di negozi bilaterali un elemento comune che li unificasse.

ULPIANUS *libro undecimo ad edictum* D. 50. 16. 19 *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur; et actum quidem verbum generale esse, sive verbis «sive litteris» sive re quid agatur, ut in stipulatione «...» vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem; gestum rem significare sine verbis factam.*

Pedio ha in mente proprio questa distinzione di Labeone: l'obbligazione derivante da negozio giuridico bilaterale ha la sua causa o in un *actum* o in un *contractum*: questa distinzione è presupposta e spiega perfettamente l'espressione solo in apparenza imprecisa di D. 2. 14. 1 § 3 ... *ut dicat Pedius nullum esse contractum (= ultro citroque obligatio quae Graeci etc.) nullam esse obligatio-*

<sup>16</sup> Definitive, su questo punto, le tesi di RICCOBONO: esse sono inequivocabilmente suffragate dai testi ciceroniani che pongono in così viva luce questo problema dei rapporti fra *verba* e *voluntas*. Cfr. *De inventione*, II, 42-43 §§ 122 segg.: STROUX, *Summum ius summa iniuria*, in *Annali semin. giur. Palermo*, XII (1929) *passim*.

*nem... sive re sive verbis «sive litteris» fiat (= actum quidem verbum generale esse, sive verbis «sive litteris» sive re quid agatur ut in stipulatione vel numeratione).*

La differenza che c'è fra il pensiero di Labeone e quello di Pedio è evidente: Labeone dà una prima sistemazione dei negozi bilaterali obbligatori: Pedio va oltre; riconduce le due *species* di *actum* e di *contractum* ad un unico *genus*: la *conventio*.

Così è guadagnata, e per sempre, la unificazione del sistema contrattuale ed è posto il fondamento di quella identificazione fra contratto e patto che costituirà una conquista definitiva del diritto moderno<sup>17</sup>.

## 2) *Compromissum* e *iudicium*.

Anche qui lo strumento della costruzione giuridica è stato l'analogia: il pretore aveva disposto che colui che avesse accettato di essere arbitro in un *compromissum* (*receptum arbitrii*) dovesse condurre a termine l'incarico assunto. Ma sorgevano tanti problemi: cosa significa precisamente *recipere arbitrium* (D. 4. 8. 13 § 2)? Quali sono i compiti dell'arbitro? Quali sono i limiti del potere a lui conferiti? Ora tutti questi problemi dipendono, in definitiva, da un problema anteriore che tocca la natura stessa del *compromissum*: cos'è un *compromissum*? Quale ne è la finalità?

La prima osservazione che permette la pratica è questa: il *compromissum* ha le stesse finalità di un *iudicium*: l'unica differenza sta nel fatto che mentre lo *iudicium* è autorizzato dal magistrato ed è costituito innanzi a lui, il *compromissum* è negozio concluso dalle parti senza alcun intervento magistratuale<sup>18</sup>.

La costruzione scientifica e giuridica di questo istituto, dunque, deve avere come punto di partenza l'analogia che esiste fra *compromissum* e *iudicium*: posta questa analogia si comprende perfettamente che le parti col *compromissum* debbano rimettere all'arbitro la decisione della lite in termini analoghi a quelli coi quali le parti la rimettono ad un *iudex* in una *litis contestatio*; e si comprende pure perfettamente come i compiti dell'arbitro siano analoghi a quelli del giudice; come il giudice così anche l'arbitro deve eliminare la controversia a lui sottoposta mediante la sentenza; e come per il giudice così anche per l'arbitro i limiti dei poteri, nell'emettere la sentenza, sono segnati dal negozio delle parti: nell'un caso, dalla *litis contestatio*; nell'altro, dal *compromissum*. Questa costruzione del *compromissum* ricorrendo all'analogia col *iudicium* è dovuta a Pedio? Io lo credo: ne è indice di grande peso la definizione di *recipere arbitrium* (D. 4. 8. 13 § 2); la definizione stessa di *compromissum* riferita da Paolo (D. 4. 8. 1) ha come fonte appunto Pedio.

## 3) Successione a titolo singolare e a titolo universale

ULPIANUS *libro septuagesimo ad edictum* D. 43. 19. 3 § 2. *Si quis ab auctore meo vi aut clam aut precario usus est, recte a me via uti prohibetur et interdictum ei inutile est, quia a me videtur vi vel clam vel precario possidere qui ab auctore*

<sup>17</sup> Basta richiamare l'art. 1098 del nostro codice civile.

<sup>18</sup> LA PIRA, *Compromissum* cit., p. 202.

*meo vitiose possidet. nam et Pedius scribit, si vi aut clam aut precario ab eo sit usus, in cuius locum hereditate vel «bonorum» emptione... successi, idem esse dicendum.*

La comparazione stabilita da Pedio ha una importanza dommatica grande: essa mette sul medesimo piano l'erede (successore a titolo universale) e il compratore (successore a titolo singolare).

Il compratore del fondo, in ordine ai vizi del quasi possesso di un *iter*, di un *actus* o di una *via* e, quindi, in ordine alla richiesta dell'interdetto relativo *de itinere actuque privato* si trova nella stessa situazione giuridica di un erede: ecco la tesi di Pedio.

Come si è giunti a questa comparazione? Per via analogica: per l'erede – e per gli altri successori universali – la questione non presentava difficoltà di sorta: la posizione giuridica dell'erede è quella stessa nella quale si trova il defunto: ma cosa è da dire in caso di vendita, donazione etc. (successione a titolo particolare)? Il compratore può essere considerato come un successore nella posizione giuridica del venditore? Può, quindi, servirsi dei medesimi mezzi giuridici di cui poteva servirsi il venditore? Per potere dare una risposta esauriente non c'è che una via: fare ricorso al concetto di *successio*: trattare il compratore come viene trattato l'erede: *interpretatione suppleri* (D. 1. 3. 13); è la solita strada dell'analogia; e, caso degno di riflessione, chi batte questa strada è, ancora una volta, Sesto Pedio.

La soluzione pediana è tanto più notevole in quanto il problema inverso si era già presentato alla meditazione di Labeone ed era stato già, per altra via, risolto: io posso richiedere l'interdetto *de itinere* anche nei confronti del compratore – nonostante la *prohibitio* – perché durante l'anno non ho usato della *via nec vi nec clam nec precario* (D. 43. 19. 3 pr.). Ma questa soluzione è dogmaticamente poco chiara: perché il compratore deve trovarsi rispetto al terzo, nonostante la *prohibitio*, in una posizione di sfavore? Per dare una risposta che soddisfi le esigenze logiche bisogna fare come Pedio ha fatto: ricorrere al concetto di successione; allora tutto diventa logicamente chiaro, con grande guadagno per la dommatica del diritto.

Chi sa, infatti, quale problema tuttavia dibattuto<sup>19</sup> sia quello relativo alla successione a titolo singolare può misurare il valore di questo contributo di Pedio.

Pedio viene ad ammettere infatti la successione in un singolo rapporto costruendola sul modello della successione universale.

#### 4) Mandato e *negotiorum gestio*:

PAULUS *libro septuagesimo primo ad edictum* D. 44. 4. 5 § 4 *Si servus veniit ab eo, cui hoc dominus permisit, et redhibitus sit domino, agenti venditori de pretio exceptio opponitur redhibitionis, licet iam is qui vendidit domino pretium sol-*

<sup>19</sup> Sempre attuale LONGO, B.I.D.R. 14 e 15 (1902-1903) che nega la classicità della successione a titolo particolare: ma la tesi di Pedio che assimila alla successione universale quella singolare è chiarissima.

*verit... et ideo is qui vendidit agit adversus dominum. eandem causam esse Pedius ait eius, qui negotium nostrum gerens vendidit.*

Un mandatario vende un servo del mandante: il compratore fa la *redhibitio* del servo al *dominus* prima del pagamento del prezzo: all'azione del venditore per ottenere il pagamento del prezzo il compratore oppone fondatamente l'*exceptio redhibitionis*. (Anche se il venditore, per ipotesi, avesse versato al *dominus* mandante l'equivalente del prezzo non ancora incassato). Si domanda: *quid iuris* se la vendita dello schiavo fosse avvenuta senza mandato del *dominus* e il venditore avesse agito soltanto in qualità di gestore? Potrebbero, in questo caso, valere le stesse regole che valgono in caso di mandato? È opponibile qui pure, cioè, l'*exceptio redhibitionis*? La decisione di Pedio è positiva: *eandem causam* (cfr. D. 1. 3. 13.) *esse Pedius ait eius qui negotium nostrum gerens vendidit.*

Perché? La *negotiorum gestio* è istituito analogo al mandato: e allora è possibile estendere alla prima regole che sono proprie del secondo.

6) *Furtum e consilium vel opem ferre:*

D. 47. 2. 50 § 2 ... *Pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse.*

7) Trasferimento di dominio e trasferimento di possesso *iudicii mutandi causa:*

D. 4. 7 § 2. *Pedius libro nono non solum ad dominii translationem hoc edictum pertinere ait, verum ad possessionis quoque: alioquin, cum quo in rem agebatur, inquit, si possessione cessit, non tenebitur.*

L'estensione analogica in questi due casi è evidente: e a proposito della *translatio possessionis iudicii mutandi causa* può dirsi che in essa trova letterale applicazione il principio pediano... *quae tendunt ad eandem utilitatem interpretatione suppleri* (D. 1. 3. 13): perché a che varrebbe l'aver statuito il principio in ordine alla *translatio dominii* se non si provvedesse analogamente per la *translatio possessionis*?

8) Altri casi di estensione analogica in D. 21. 1. 23 § 9; D. 35. 2. 63 pr.

Le conclusioni che si possono trarre da questo capitolo sono fruttuose: in virtù del principio generale dell'analogia – principio formulato per la prima volta da Pedio – vengono accostati e in certa misura disciplinati alla stessa maniera il *pactum* pretorio e i negozi bilaterali dello *ius civile*; lo *iudicium* ed il *compromissum*; la successione nella titolarità di un fondo e la successione universale dell'erede; il mandato e la *negotiorum gestio*; il *furtum* e il *consilium vel opem ferre*; la *translatio dominii* e la *translatio possessionis iudicii mutandi causa*; e altre fattispecie disciplinate l'una analogamente all'altra (D. 21. 1. 23 § 9; D. 35. 2. 63 pr.).

## V.

### INTERPRETAZIONE DEI NEGOZI GIURIDICI

La scienza giuridica non si limita soltanto ad elaborare principii ed a collegarli gli uni agli altri organicamente, in modo da costruire un sistema.

La tecnica del giurista mira alla applicazione di questi principii alle fattispecie che viene continuamente offrendo la vita di relazione. Quale è la disciplina giuridica di una data fattispecie? Quale è, cioè, la norma che dà regola nel caso concreto?

Tutti i problemi giuridici relativi alla applicazione delle norme giuridiche – che sono problemi di interpretazione cfr. D. 1. 3. 13 – si riducono, in ultima analisi, a quest'unico problema: trovare la norma che regola una determinata fattispecie.

Ma per trovare la norma bisogna anzitutto definire la fattispecie.

Le fattispecie possono essere di varia natura: può trattarsi di atti leciti (negozi giuridici), di atti illeciti (delitti), di fatti naturali.

Una sistemazione organica di tutte le fattispecie possibili non c'è ancora, in quest'epoca, nel diritto romano: però non mancano le linee fondamentali di una sistemazione futura: già Labeone (D. 50. 16. 19) ha elaborato il concetto di *negotium* (*gestum, actum, contractum*) dal quale è germogliata la dottrina moderna del negozio giuridico<sup>20</sup>.

Orbene, quando la fattispecie, è appunto, un *negotium* (nel senso labeoniano) il problema che si impone all'interprete è questo: quale è la struttura e quale il regolamento giuridico di questo negozio? Ogni negozio, infatti, ha una sua propria struttura, che lo differenzia dagli altri negozi, e una sua propria regolamentazione giuridica. Ma qui sorgono altri problemi. Chi è che definisce la struttura e la regolamentazione giuridica dei negozi? Poiché i negozi sono, per loro natura, atti compiuti dai privati, sono i privati stessi che costituiscono a loro arbitrio tanto la struttura quanto la regola del negozio? Ovvero tanto l'una che l'altra sono immutabilmente precostituite dall'ordinamento giuridico?

Il diritto romano, nella sua complessa costituzione<sup>21</sup>, presenta tre tipi di negozi:

a) negozi a struttura formale che i privati non possono modificare;

b) negozi a struttura predeterminata (tipica) ma suscettiva di modificazioni (almeno nelle sue linee non essenziali);

c) negozi la struttura dei quali è lasciata alla libera costruzione dei privati.

Nel primo caso la regolamentazione giuridica della fattispecie pende esclusivamente dal diritto obbiettivo: gli effetti del negozio sono predeterminati ed immutabili come la struttura del negozio.

Nel secondo caso la regolamentazione giuridica della fattispecie deriva dal diritto obbiettivo ma può parzialmente derivare anche dalla volontà dei privati.

Nel terzo caso, infine, è lasciata ai privati la facoltà di dare essi una totale regolamentazione al loro negozio (si capisce nei limiti del lecito).

<sup>20</sup> Tutta la dottrina moderna del negozio giuridico come atto del privato è, infine, uno sviluppo di questo concetto labeoniano di *negotium actum, contractum, gestum*.

<sup>21</sup> Si pensi alla stratificazione: *ius civile vetus, ius gentium, ius civile novum, ius honorarium*.

Mutano, è evidente, nei tre casi i canoni di interpretazione del negozio.

Nel primo caso, il giurista constatata l'esistenza di un dato negozio avente una data struttura formale deriva obbiettivamente, dalla norma, gli effetti del negozio<sup>22</sup>.

Nel secondo caso entra in funzione, accanto alla regolamentazione posta dalla norma, la regolamentazione posta dai privati: il giurista allora risale anche alla volontà privata per vedere in che modo è stata modificata la struttura tipica del negozio e quali sono gli effetti che al negozio i privati hanno attribuiti (oltre quelli attribuiti dalla norma)<sup>23</sup>.

Nel terzo caso l'interpretazione del negozio viene desunta esclusivamente dalla volontà dei privati: quale struttura e quale regolamentazione hanno voluto dare i privati al negozio?<sup>24</sup>

L'autonomia privata<sup>25</sup> – cioè la capacità riconosciuta ai privati di regolare a loro arbitrio i loro interessi foggiano come loro aggrada la struttura dei loro negozi – ha, dunque, intensità diversa in diritto romano: essa è esclusa nello antico *ius civile* al quale si riferisce il primo tipo di negozi; si afferma nel nuovo diritto civile fecondato dall'apporto dello *ius gentium* e dalle recezioni del diritto pretorio; è completa nel diritto pretorio nel quale i negozi giuridici bilaterali sono governati dal principio *pacta sunt servanda* (D. 2. 14. 7 § 7 *pacta conventa... servabo*) e quelli unilaterali dal principio che la volontà negoziale del privato – comunque manifestata – deve essere tutelata.

L'evoluzione del diritto<sup>26</sup> ha, dunque, una direzione chiara: si tende a disincagliare sempre più la volontà dal tipo prefisso di negozio – specie se a struttura formale – ed a concedere alla volontà privata la capacità di foggiano essa la struttura e la regolamentazione dei negozi, realizzando così una costante uniformità fra il diritto e la vita.

Orbene: anche su questi problemi, che toccano davvero i punti essenziali del sistema giuridico, porta luce la meditazione del pensiero giuridico di Pedio.

Quanto abbiamo detto relativamente alla *conventio* dimostra una cosa: che nel campo dei negozi giuridici bilaterali il domma della autonomia della volontà è, secondo Pedio, il fulcro del diritto pretorio e, entro certi limiti, dello *ius gentium* e, ormai, dello stesso *ius civile*.

La volontà delle parti può determinare tanto la struttura quanto la regolamentazione dei negozi giuridici più disparati; essa può, altresì, mediante l'inserzione di patti, modificare la struttura di negozi tipici; può produrre, per *con-*

<sup>22</sup> Si pensi alla *mancipatio*, alla *in iure cessio*, alla *stipulatio*, etc.

<sup>23</sup> Si pensi ai patti che possono accedere ad una compravendita.

<sup>24</sup> Si pensi all'ampia zona dei negozi tutelati con *actiones in factum*: in ispecie ai *pacta*.

<sup>25</sup> BETTI, *Diritto romano*, I, p. 197.

<sup>26</sup> IHERING, *Esprit du droit romain*, (trad. Meulenaere) II, p. 27 segg.

*trarius consensus*, la distruzione dei contratti consensuali<sup>27</sup>; e anche dove, come nel caso dei negozi formali dello *ius civile*, essa è ancorata alla forma, non mancano le manifestazioni di questa autonomia: l'interprete è autorizzato a ricercare la *voluntas* di cui i *verba* o le *litterae* non sono, ormai, che l'esterna proiezione. Niente efficacia del negozio – sia pure per via di eccezioni – quando questa volontà manchi o sia viziata.

Lo studio del pensiero di Pedio mostra come anche relativamente al problema della interpretazione dei negozi giuridici sia possibile trovare in questo giurista un certo numero di principi generali capaci di costituire una vera dottrina della interpretazione.

Questi principî sono:

1) il principio della autonomia della volontà dei privati: in virtù di questa autonomia i privati possono costruire, a loro arbitrio, la struttura e la regolamentazione giuridica dei loro negozi (arg. da D. 2. 14. 1 § 3 e D. 2. 14. 7 § 7).

2) Il principio dello scopo (arg. da D. 1. 3. 13) secondo il quale l'interpretazione della volontà negoziale dei privati va fatta avendo riguardo allo scopo (*utilitas*) economico-sociale cui essi mirarono.

3) Il principio dell'analogia secondo il quale l'analogia di scopo assimila un nuovo negozio ad un altro simile già regolato dal diritto civile o pretorio.

L'interpretazione dei negozi, quindi, va fatta *non minus ex verbis quam ex mente convenientium* (D. 2. 14. 7 § 8); va fatta considerando l'*eadem utilitas* (D. 1. 3. 13) e l'*eadem causa* (D. 44. 4. 5 § 4); e va fatta tenendo presente che la struttura del negozio e la regolamentazione di esso *pendet ex domini (convenientium, testatoris ecc.) constitutione* (D. 15. 1. 7 § 3; cfr. D. 3. 5. 5 § 11).

Alla luce di questi principî si illuminano le decisioni contenute in vari testi.

1) Quale è la struttura del negozio di cui si parla in D. 3. 5. 5 § 11?

Qui le parti hanno creato – in diversi momenti e con diversi atti – un negozio complesso: a quale disciplina assoggettarlo? L'*utilitas*, lo scopo, è, in ultima analisi, quello di una *negotiorum gestio*: allora non resta che estendere anche a questo negozio la disciplina del negozio che gli è simile. Così dicasi del negozio prospettato nel § 12.

In questi due testi è esplicitamente dichiarato che la struttura della *negotiorum gestio* si ha soltanto per effetto della ratifica del *dominus: sic ratihabitio constituet tuum negotium quod ab initio tuum non erat sed tua contemplatione gestum* (§ 11).

Solo dove vi è un ostacolo insormontabile frapposto dalla logica dell'ordinamento giuridico la volontà delle parti è incapace di dare una struttura siffatta al negozio (come nel § 13).

<sup>27</sup> D. 2. 14. 7 § 6; D. 2. 14. 58.

Quale è la struttura del *pactum* in D. 2. 14. 7 § 8? *In rem* o *in personam*? Ciò va desunto *ex mente convenientium*: infatti, tante volte, come dice Pedio, *persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur cum quo pactum factum est*.

3) Quale è la struttura del *compromissum* e quali sono i poteri dell'arbitro? Negozio bilaterale – concluso anche con semplice *pactum* – col quale le parti rimettono la loro controversia ad un arbitro: i poteri di costui ed i limiti di questi poteri vanno desunti dallo scopo del negozio ed *ex mente paciscentium* (... *nisi de qua re compromissum est et quatenus compromissum est* D. 4. 8. 32 §§ 15-16).

4) Se il capitano della nave che ha fatto un mutuo *ad reficiendam navem* ha convertito in proprio uso la somma può il mutuante agire contro l'*exercitor* con l'*actio exercitoria*? Bisogna vedere – dice Ofilio e ripete Pedio – lo scopo per il quale il mutuo fu contratto se, cioè, il capitano *hac lege accepit quasi in navem impensurus* ovvero *si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris*: solo nel primo caso in cui il negozio fu sin dall'inizio rivolto ad una *utilitas* dell'*exercitor* sarà possibile al mutuante (nonostante la mutata volontà del capitano) di agire contro l'*exercitor* con l'*actio exercitoria*.

La decisione ha, dunque, per fondamento lo scopo iniziale cui la parti mirarono concludendo il mutuo.

5) In tema di peculio vale il principio secondo cui è normativa la *voluntas domini* o *patris*. Dice Pedio a proposito della possibile concessione di un peculio ad un figlio o ad un servo impubere: – *in hoc totum ex domini constitutione pendet* (D. 15. 1. 7 § 3). Ed è questo un principio che ha applicazione in tanti problemi concernenti il peculio. Quale è, ad esempio, il fondamento della *deductio* dei crediti del padre (o di quelli dei soggetti alla medesima potestà) dal peculio del figlio o del servo? Quello stesso della concessione del peculio: *nam ut... Pedius ait, ideo hoc minus in peculio est, quod domino vel patri debetur, quoniam non est verisimile dominum id concedere servo in peculium habere, quod sibi debetur* (D. 15. 1. 9 § 4). Ancora: può il *dominus*, quando fosse possibile il procedimento concursuale della *tributio*, evitare le molestie di questa procedura abbandonando il peculio (o le merci) ai creditori? *Pedius refert audiendum eum*.

In tutti questi casi la regola viene data dalla volontà del *dominus*: è alla stregua di essa che va commisurata la quantità di peculio concesso ed è ad essa che va ricondotta la scelta fra la *tributio* e l'abbandono del peculio.

6) Quale è il valore giuridico di una dichiarazione fatta dal venditore relativamente alle qualità dello schiavo venduto? Obbliga il venditore a garantire l'esistenza di tali qualità? La decisione pende dallo scopo in vista del quale la dichiarazione fu fatta: *ut enim Pedius scribit, multum interest commendandi servi causa quid dixerit, an vero praestaturum se promiserit quod dixit* (D. 21. 1. 19 pr.): quindi una dichiarazione puramente laudatoria del servo (*veluti si dixerit frugi probum dicto audientem* ecc.) non produce nessun effetto giuridico; con essa il venditore non intese, infatti, di assumere alcuna obbligazione.

7) Il testatore ha disposto un legato di *instrumentum*: ha legato un *aenum*: ora poiché con *aenum* si possono intendere tante cose come fare per precisare l'oggetto del legato? *optimum ergo esse Pedius ait non propriam verborum significationem scrutari, sed in primis quid testator demonstrare voluerit* (D. 33. 7. 18 § 3).

8) Per determinare un *certum* – oggetto di una *stipulatio* – si ricorre al *nomen* ovvero si usa *ea demonstratione quae nominis vice fungitur: nam et Pedius... nihil referre ait, proprio nomine res appelletur an digito ostendatur an vocabilis quibusdam demonstratur* (D. 12. 1. 6).

9) È possibile contrarre una obbligazione uscendo fuori dagli schemi dei contratti *verbis, litteris, re, consensu*? Possono, perciò, le parti creare essi una struttura nuova di contratto? Sì; almeno nei contratti sinallagmatici.

La soluzione è attribuita ad Aristone (D. 2. 14. 7 § 2) giurista di poco posteriore a Pedio: ma è certo che Pedio considerava già la permuta quale contratto che si perfezionava *re* e dal quale nasceva una *obligatio* (D. 19. 4. 1 §§ 2-3).

10) Al medesimo principio della autonomia della volontà va ricondotta la decisione contenuta in D. 13. 5. 3 § 2: purché vi sia una obbligazione – anche se a termine – cui il *constitutum* si riferisce, il *constitutum* è validamente concluso.

11) Nel complicato fr. 83 § 5 D. 45. 1 (PAULUS libro 72° ad ed.) vengono applicati contemporaneamente i tre principi della autonomia della volontà, dello scopo, dell'analogia.

Se si dovesse interpretare la stipulazione secondo i principii rigorosi dello *ius civile* bisognerebbe decidere per l'estinzione dell'*obligatio* per sopravvenuta impossibilità giuridica della prestazione.

Ma una analisi più approfondita della volontà delle parti e dello scopo cui esse mirarono da un lato, e la disciplina di situazioni giuridiche analoghe dall'altro, inducono Pedio a dare una decisione diversa.

«*Pedio tamen contra visum est*», *quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit.*

Quando la prestazione è o torna ad essere possibile il debitore è tenuto ad adempierla.

Qui alla interpretazione fondata sulla antica norma di *ius civile* viene sostituita una interpretazione del negozio desunta appunto dalle finalità che le parti intesero perseguire ponendo in essere la stipulazione.

Alla luce del triplice canone di interpretazione dei negozi giuridici – autonomia della volontà privata, scopo del negozio, analogia con altri negozi – una serie di istituti ricevono una migliore configurazione dommatica: la *negotiorum gestio* e la ratifica; il *pactum in rem* ed *in personam*; il *compromissum*; l'*actio exercitoria*; il *peculium*; l'*actio tributoria*; la dichiarazione del venditore relativa alle qualità del servo venduto; il legato di *instrumentum*; i contratti, in genere, ed i contratti sinallagmatici in specie; il *constitutum*; l'obbligazione (possibilità giuridica della prestazione).

## VI.

## INTERPRETAZIONE DELLA NORMA GIURIDICA

L'interpretazione dei negozi giuridici costituisce un aspetto del più ampio fenomeno della interpretazione della norma giuridica.

Come già si è detto innanzi (cap. V), l'attività tecnica del giurista presenta due aspetti: da un lato, essa edifica la scienza giuridica mediante l'elaborazione ed il collegamento organico dei principî; dall'altro, essa procede alla applicazione di questi principî, così elaborati e collegati, alle fattispecie che la vita di relazione viene continuamente offrendo.

L'una attività è funzione dell'altra.

Ora l'interpretazione della norma fa parte appunto di questo secondo aspetto della attività del giurista: perché interpretare una norma significa in ultima analisi precisare, quando sorgano dei dubbi, *a)* quale è la fattispecie che in astratto la norma prevede; *b)* quale è la sanzione giuridica predisposta dalla norma pel caso che la fattispecie prevista in astratto si verifichi in concreto; *c)* se c'è identità fra la fattispecie prevista in astratto e quella verificatasi in concreto.

L'interpretazione di una norma si esaurisce nella precisazione di questi tre punti.

Fermiamoci al terzo: per rendersi preciso conto di esso bisogna avere presente la struttura della norma; essa consta: *a)* di una fattispecie prevista in astratto; *b)* di una sanzione giuridica pel caso in cui questa fattispecie prevista in astratto si verifichi in concreto.

Cosa fa, quindi, il giurista quando deve applicare una norma ad un caso concreto?

Verifica se la fattispecie concreta è identica a quella prevista in astratto dalla norma: se questa identità è accertata allora la sanzione giuridica predisposta dalla norma viene automaticamente ricollegata alla fattispecie concreta.

Ora avviene spesso che questa identità non è facilmente accertabile: le fattispecie concrete presentano quasi sempre delle varianti che le fanno apparire diverse dalla fattispecie astratta: da qui la necessità di ricercare se questa diversità è apparente o reale e se, quindi, la fattispecie concreta rientra o no negli schemi della fattispecie astratta fissata dalla norma.

Esistono per tale ricerca dei canoni di interpretazione?<sup>28</sup>

Quando il giurista, nonostante l'apparente diversità, afferma l'identità della fattispecie concreta con quella astratta, può egli fondare questa affermazione sopra la solida base di un principio?

Questo principio c'è: è costituito dallo scopo: bisogna vedere se c'è identità di scopo, *eadem utilitas*, dice Pedio (D. 1. 3. 13).

<sup>28</sup> SAVIGNY, *Sistema*, (trad. Scialoja) I, 215 segg.

L'interpretazione della norma deve essere essenzialmente finalistica<sup>29</sup>: applicando la norma al caso concreto realizzo o no lo scopo al quale mira la norma? Ecco la domanda che si pone il giurista.

Per decidere, quindi, se una norma è applicabile ad una fattispecie concreta e se, quindi, questa fattispecie concreta è identica alla fattispecie prevista in astratto dalla norma, bisogna vedere quale è lo scopo – la causa finale cioè – per il quale la norma stessa fu creata (*in omnibus respice finem*, dicevano gli scolastici).

Orbene, c'è una gerarchia di scopi che muovono tutto l'apparato delle norme giuridiche.

1) Anzitutto c'è lo scopo fondamentale – troppo dimenticato da tanti giuristi! – cui tende, in ultima analisi, ogni norma giuridica: ed è l'attuazione della giustizia (D. 1. 1. 1 pr.; D. 1. 1. 10 pr. §§ 1-2) e dell'*aequitas* (nel diritto pretorio in quanto correttivo dello *ius civile* D. 1. 1. 7. 1).

La giurisprudenza romana di questo periodo ha piena coscienza di questa vocazione fondamentale del diritto: *ius est ars boni et aequi* (D. 1. 1. 1 pr.) diceva Celso: il nome stesso di *ius* è derivato da quello di *iustitia* (*est enim a iustitia appellatum* D. 1. 1. 1 pr.). Da qui una conseguenza rilevante: i giuristi possono fondatamente essere considerati veri filosofi e veri *sacerdotes*: *iustitiam namque colimus* – diceva, forse, lo stesso Celso – *et boni et aequi notitiam profitemur... veram nisi fallor philosophiam affectantes* (D. 1. 1. 1 § 1). Da qui ancora la definizione dei compiti della giurisprudenza: *iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniusti scientia* (D. 1. 1. 10 § 2).

Quindi lo scopo ultimo cui tende tutta la tecnica e l'organizzazione positiva del diritto consiste – ma chi ci pensa? – nel realizzare quel *suum unicuique tribuere* (D. 1. 1. 10 pr. § 1) che è l'essenza della giustizia<sup>30</sup>.

2) C'è uno scopo logico-sistematico in virtù del quale una norma giuridica va interpretata in funzione della coerenza logica e sistematica dell'ordinamento giuridico di cui fa parte.

I giureconsulti romani ebbero vivissimo questo senso della coerenza logica del sistema giuridico: i principî giuridici vanno collegati *in unum*: è questa logicità che costituisce la chiarezza e l'ordine nel diritto: e chiarezza e ordine sono essi pure elementi costitutivi del giusto<sup>31</sup>.

3) C'è lo scopo prossimo per il quale la norma è stata o avrebbe potuto essere (analogia) emanata: esso consiste nella tutela di un dato interesse (*utilitas*):

<sup>29</sup> IHERING, *Der Zweck im Recht*, 3<sup>a</sup> ed. 1893, I, p. VII.

<sup>30</sup> Tecnica e giustizia stanno – o almeno dovrebbero stare! – nel rapporto di mezzo a fine. Si leggono sempre con diletto e con profitto le belle opere che ha dedicato allo studio di questo problema così fondamentale il GENY, *Méthode d'interprétation*, etc., 2<sup>a</sup> ed., 1932, vol. II, p. 221 segg. e soprattutto *Science et technique*, vol. IV, tutto dedicato al diritto naturale.

<sup>31</sup> La giustizia è ordine (*τάξις*) dice ARISTOTILE (*Pol. A*, 2, 1253<sup>a</sup>, 9-15) e ripetono gli stoici (CICERONE, *de inv.*, II, 160; *de rep.*, II, 69) e S. TOMMASO (*S. Th.*, I, 21, 1).

ad es. si vuol dar tutela giuridica ai patti, al possesso, alla proprietà, alle disposizioni *mortis causa* etc. Nell'interpretare una data norma l'interprete deve tenere anzitutto presente questo scopo che ha costituito la causa prossima della norma.

Arte, dunque, difficile, quella dell'interprete: arte rivolta a determinare il fine prossimo della norma collegando questo fine nel quadro dei fini più remoti di tutto quanto l'ordinamento giuridico.

Ma definito il fine, resta il processo ulteriore della interpretazione: l'applicazione della norma al caso concreto: e qui sorge il problema della identificazione della fattispecie astratta con quella concreta (v. retro) o quello del contenuto della sanzione giuridica.

Visti alla luce del grande e complesso problema della interpretazione<sup>32</sup> si comprende benissimo il valore che hanno gli strumenti della tecnica giuridica: le definizioni, le divisioni per *genera* e *species*, il collegamento sistematico dei principî, sono tutti strumenti essenziali dell'interpretazione: quanto più vengono affinati questi strumenti di precisione di cui dispone l'arte del giurista tanto più l'interpretazione raggiunge le sue ultime finalità di giustizia.

L'interpretazione di Pedio poggia consapevolmente sopra i principî indicati? Io non dubito di rispondere positivamente: basta da un lato richiamare il principio formulato a proposito dell'interpretazione analogica (D. 1. 3. 13) – e l'analogia è il corollario più importante dell'interpretazione finalistica – e, dall'altro, i criteri di equità e di coerenza sistematica ai quali si ispirano alcune decisioni pediane.

1) Ragioni di equità – che si possono ricondurre al principio della tutela della *dignitas hominum* D. 21. 1. 44 pr. – giustificano alcune eccezioni al divieto per il liberto di chiamare *in ius* il patrono: *nam interdum ex causa famosa, ut Pedius putat, permittere debet patronum in ius vocari a liberto: si eum gravissima iniuria adfecit, flagellis forte cecidit* (D. 2. 4. 10 § 12).

2) La ragione per cui gli edili nel loro editto *noluerunt hominem ei rei quae minoris esset accedere* è ricondotta da Pedio alla dignità della persona umana: *ut ait Pedius propter dignitatem hominum* (D. 21. 1. 44 pr.).

3) Una ragione di equità legittima la dottrina di Pedio relativa alle obbligazioni che nascono in caso di *iniuria* recata ad uno schiavo comune.

L'*actio iniuriarum* che spetta a ciascuno dei condomini (D. 47. 10. 15 § 49) deve essere proporzionata al loro rispettivo diritto di proprietà (*non esse aequum pro maiore parte, quam pro qua dominus est, damnationem fieri Pedius ait* D. 47. 10. 16).

La dottrina di Pedio che commisura la pena al diritto di ciascun condomino si opponeva, forse, alla concezione rigorosa – vigente per altri delitti – della responsabilità solidale a favore dei condomini.

<sup>32</sup> Ricchi di interesse sono, intorno a questo punto, gli insegnamenti di Cicerone (*Topica*, II, 6 segg.; *de inventione*, II, cap. 40 segg.), e, prima di lui, di Aristotile (*Topica*).

4) Ragioni di equità e ragioni di sistematica insieme legittimano la decisione di Pedio relativa alla *bonorum possessio ventris nomine* concessa quando il postumo sia stato diseredato *sub condicione* D. 37. 9. 1 § 5.

Perché i casi sono due: o il postumo è anche istituito sotto condizione contraria, o, se la condizione della diseredazione si verificherà, è preterito: nel primo caso avrà diritto alla *bonorum possessio ex testamento*, nel secondo alla *bonorum possessio ab intestato* (D. 27. 9. 10): per queste ragioni la richiesta della *bonorum possessio ventris nomine* è fondata tanto sui principii quanto sui fini di equità che ispirano tutta questa materia (*Pedii sententiam admittimus existimantis posse ventrem in possessionem mitti*).

5) Fondata sull'equità (*Pedius ait aequum fuisse* ecc.) è la distinzione pediana in tema di responsabilità del compratore che fa la *redhibitio*: si tratta dei danni cagionati al servo dal *procurator* (o dalla *familia*) del compratore D. 21. 1. 25 pr.

Pedio distingue fra danni che sono avvenuti in conseguenza della vendita e danni che sarebbero avvenuti anche a prescindere da essa: per questi ultimi egli opina che debba concedersi al compratore la possibilità di dare a noia il servo che ha prodotto il danno o di cedere le azioni contro il *procurator*.

*Pedius ait aequum fuisse id dumtaxat imputari emptori ex facto procuratoris et familiae, quod non fuit passurus servus, nisi venisset; quod autem passurus erat etiam, si non venisset, in eo concedi emptori servi sui noxae deditioem et ex eo, inquit, quod procurator commisit, solam actionum praestandarum necessitatem ei iniungi* (D. 21. 1. 25 § 4).

6)\* Una ragione sistematica, che costituisce un limite impreteribile della autonomia negoziale delle parti, è quella di cui si parla in D. 3. 5. 5 § 13.

Se io, credendo che un certo edificio faccia parte di una eredità a te devoluta, riparo questo edificio e tu, pur non essendo erede, ratifichi il mio operato posso io agire contro di te con l'*actio negotiorum gestorum*?

La risposta è negativa: la *negotiorum gestio* nasce non fra colui che ha ratificato – e che non è erede – e il gestore, ma fra quest'ultimo ed il vero erede: non basta, quindi, la volontà del gestore e del ratificante perché la *negotiorum gestio* sorga: è necessario che il *negotium gestum* – pure inizialmente alieno §§ 11-12 – possa, secondo i principii, essere considerato, per effetto della ratifica, come negozio di colui che ratifica (come nei §§ 11-12); ora nella fattispecie in esame ciò è impossibile perché il negozio che sorge come negozio a favore del vero erede – in capo al quale si produce immediatamente l'arricchimento causato dai ripari compiuti dal gestore – non potrà mai, per una ragione di principio, diventare negozio del ratificante.

L'autonomia negoziale delle parti trova un limite insuperabile nel principio dell'accessione: *sed non fore ait (Pedius) cum hoc facto meo alter sit locupletatus*

\* N.d.R.: Nell'edizione originale il paragrafo è indicato col numero 5; il riferimento è stato corretto per rispettare la giusta sequenza numerica.

*et alterius re ipsa gestum negotium sit, nec possit, quod alii adquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri.*

7) Un caso analogo, sia pure relativo ad altro settore del diritto privato, presenta D. 21. 1. 23 § 9. Siamo in tema di *redhibitio* di uno schiavo: quale è il contenuto della restituzione? Cosa deve, cioè, restituire il compratore al venditore? Qui la dottrina è tutta pediana: il compratore deve restituire tutto ciò che è a lui pervenuto e anche quello che a lui, per sua colpa, non è pervenuto in conseguenza della compravendita: quindi, tutti gli acquisti fatti dallo schiavo a causa di legati, eredità, donazioni ecc.

Ora proprio a questo punto sorgeva un problema: devono essere restituiti anche quegli acquisti che il venditore, se lo schiavo fosse stato presso di lui, non avrebbe potuto fare (ad es. per deficienza di *testamenti factio* passiva)? E che dire del caso in cui il testatore aveva istituito erede lo schiavo o gli aveva lasciato il legato proprio *contemplatione emptoris*?

Sorge in questa ipotesi un contrasto fra due diversi principii; il principio dell'accessione in virtù del quale con lo schiavo vanno restituiti gli acquisti qualunque ne sia l'origine; il principio della autonomia negoziale dei privati secondo il quale i privati possono porre essi la regola che disciplina i loro negozi giuridici.

La decisione di Pedio è fondata sul primo principio: le ragioni sistematiche hanno prevalso.

Se il compratore vuole trattenere gli acquisti fatti dallo schiavo non faccia la *redhibitio*: se la fa, restituisca gli acquisti che sono un accessorio dello schiavo.

Da questo dilemma non si esce.

La volontà del testatore non ha qui nessuna efficacia circa il destino ultimo della eredità o del legato.

E Pedio rafforza la sua decisione prospettando la fattispecie inversa e dando per essa una decisione analoga.

Cioè: *quid iuris* se il testatore ha istituito lo schiavo, *contemplatione venditoris*? Il compratore è forse tenuto a fare la *redhibitio* per potere così restituire al venditore l'eredità acquistata per tramite dello schiavo?

No: come nella prima ipotesi Pedio aveva deciso *non esse spectandum cuius contemplatione testator servum heredem scripserit...* così nella seconda ipotesi *per contrarium inquit, si contemplatione venditoris institutus proponeretur, tamen dicemus restituere emptorem non debere venditori, si nollet eum redhibere.*

Si dirà: dove va a finire, dunque, il principio della autonomia negoziale dei privati così caro alla tecnica interpretativa di Pedio?

Ora quel principio non è affatto distrutto da questo principio opposto che sacrifica la volontà privata alla coerenza sistematica dell'ordinamento giuridico: il principio della autonomia negoziale dei privati non è isolato: è nel sistema giuridico: la sua applicazione è, appunto, condizionata alla inesistenza di un altro principio che sia in contraddizione logica con esso.

L'autonomia negoziale riconosciuta ai privati, infatti, non è destinata a scardinare la struttura dell'ordinamento giuridico.

C'è una coerenza logica del sistema che deve essere rispettata: perché le esigenze logiche non sono soltanto esigenze formali: sono anche esigenze sostanziali di giustizia e rispondono perciò alle più profonde finalità della norma giuridica.

Che un ordinamento giuridico, infatti, abbia una struttura logica e possieda, perciò, i caratteri della chiarezza e della certezza è cosa di fondamentale importanza per tutti i fini, compresi quelli di giustizia, a cui l'ordinamento stesso tende.

8) Al medesimo principio della certezza dell'ordinamento giuridico è ispirata la dottrina pediana – riferita da Paolo in due testi diversi tratti da due diversi libri D. 8. 2. 33 pr. (*libro secundo ad Plautium*) D. 35. 2. 63 pr. (*libro secundo ad legem Iulia et Papiam*) relativa al valore delle cose (*pretia rerum*).

Quale criterio deve seguire il giurista per computare il valore delle cose e per commisurare ad esso, ad es., una pena, una imputazione nella falcidia ecc.? Bisogna ricorrere ad un criterio subbiettivo – il valore che una cosa, uno schiavo ecc. ha per una persona determinata (es. il danneggiato) – o bisogna, invece, ricorrere ad un criterio obbiettivo, scegliendo il valore di mercato?

La dottrina di Pedio è lucidissima: *pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi*; questo è il criterio che bisogna seguire per determinare il *damnum aquiliano*. Da ciò la conseguenza: *itaque eum qui filium naturalem possidet, non eo locupletiores esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset* (D. 9. 2. 33 pr.).

Su questo medesimo principio si fonda la soluzione della questione proposta in D. 35. 2. 63 pr.

9) Quale è il fondamento della decisione contenuta in D. 4. 2. 14 § 5? Lo scopo cui mira il pretore nel colpire il *metus*: gli effetti prodotti dal *metus* devono essere radicalmente eliminati.

10) Lo stesso principio legittima l'equiparazione, a certi effetti, dell'interdetto e della *exceptio* all'*actio*: cosa vuole il pretore? Concedere l'*actio doli* il meno possibile dato il carattere infamante di essa: dunque, dice Pedio, non concedere l'*actio doli*, quando vi sia la possibilità di richiedere un interdetto o di sperimentare una *exceptio*, significa attuare gli scopi dell'editto.

11) Lo scopo – colpire chi agisce dolosamente – giustifica il principio formulato in D. 6. 1. 7: l'attore che ha vinto contro colui che *se optulit fundi vindicationi* può ancora sperimentare la rivendica contro il possessore.

12) L'analogia di scopo legittima la decisione (v. retro) in D. 4. 7. 4 § 2 relativo all'editto *de alienatione iudicii mutandi causa*.

13) Dallo scopo pel quale è destinato viene definita la posizione giuridica dell'arbitro *ex compromisso* in D. 4. 8. 13 § 2 e D. 4. 8. 32 § 16 (v. retro).

14) Basandosi sullo scopo al quale mira lo *iusiurandum* dell'attore – quello di esonerare dall'onere della prova – si giustifica pienamente la decisione conte-

nuta in D. 12. 2. 30 pr. L'attore che avrebbe potuto agire per *duplum* – in una azione *quae infitiando crescit* – deve ora, agendo in base allo *iusiurandum*, agire per *simplem*. Il compenso sta appunto nell'esonero dall'onere della prova nel quale consiste lo scopo e il vantaggio dello *iusiurandum*.

15) Lo scopo legittima la decisione di D. 13. 5. 3 § 2. A che cosa mira il *constitutum*? A rafforzare una obbligazione, civile o pretoria. Ora questo scopo è raggiunto allorché l'obbligazione esista, ancorché a termine.

16) Lo scopo è la chiave di volta per l'interpretazione del negozio concluso dal capitano della nave (D. 14. 1. 1 § 9).

17) Lo scopo cui sono destinati – essere negoziati – fa rientrare nella categoria di *merx* anche quegli schiavi che normalmente ne sono esclusi: è questa appunto la ragione che giustifica la interpretazione estensiva contenuta in D. 14. 4. 1 § 1.

18) Perché il *dominus* può rinunciare al peculio pur di non subire i fastidi della *tributio*? Perché lo scopo della *tributio*, quello di favorire i creditori, è raggiunto più efficacemente con la cessione del peculio. D. 14. 4. 7 § 1.

19) Perché sono tenuti responsabili con l'*actio de peculio* anche gli impuberi? Perché la struttura e la finalità del peculio rendono automaticamente responsabile il *dominus* anche se impubere. È questa la ragione che induce Pedio a vietare ai pupilli la concessione di peculi ai loro schiavi (*nec tutoris auctoritate* D. 15. 1. 3 § 3).

20) Le stesse ragioni legittimano la decisione di D. 15. 1. 7 § 3: il *dominus* può concedere il peculio anche ad un pupillo: ciò è indifferente ai fini della responsabilità che il *dominus* verrà necessariamente ad assumere per i negozi del pupillo.

21) Perché dando una cosa altrui non ha luogo la conclusione di una permuta? Perché ciò contraddice lo scopo della permuta (D. 19. 4. 1 § 2 § 3).

22) Perché la distinzione fra il reato di furto e quello di alberi furtivamente tagliati? Perché chi taglia *furtim* gli alberi non mira, per questo fatto, a rubare gli alberi tagliati.

23) Perché deve essere considerato sano lo schiavo che ha una mascella (o un occhio etc.) diversa dall'altra?

Perché, nonostante questa apparente infermità, esso riesce a compiere gli uffici al quale è destinato (D. 21. 1. 12 § 1).

24) Tutta la dottrina pediana sulla *redhibitio* è fondata sopra lo scopo cui mira l'editto degli edili: la restituzione dello schiavo e la restituzione del prezzo: questo è il contenuto dell'editto.

E allora le conseguenze sono chiare: si restituisca lo schiavo e ciò che accede a lui o è derivato da lui (D. 21. 1. 23 § 9). Il venditore, in conseguenza, è tenuto al rimborso di quelle spese che la compera dello schiavo ha causate al compratore (D. 21. 1. 30 § 1); il compratore, a sua volta, deve rispondere per la colpa sua o del suo procuratore o della sua famiglia (D. 21. 1. 31 §§ 11-15).

25) Il principio pediano *ea quaecumque post litis contestationem contingunt, arbitrium iudicis desiderant* – formulato a proposito della *redhibitio* di uno schiavo morto dopo la *litis contestatio* – risponde perfettamente alle finalità del processo: una volta fissato il rapporto con la *l.c.* il giudice resta investito del potere di giudicare intorno alla controversia tenendo conto dei fatti che siano sopravvenuti dopo la *l.c.*

## VII.

### CONCLUSIONE

Si può parlare di una marcata personalità scientifica di Sesto Pedio?

Quale è stato il contributo che Pedio ha portato nella ricerca e nel ritrovamento di nuovi principî generali capaci di dare maggiore unità e, quindi, migliore sistemazione e maggiore ampiezza alla scienza del diritto?

Quali sono le dottrine, molte delle quali ancora fondamentali nel diritto privato, che sono legate al suo nome?

Sono problemi ai quali l'indagine che precede ha, mi pare, in certo modo, risposto.

Pedio non ha scritto una trattazione sistematica del diritto pretorio: egli ha continuato la tradizione esegetica – interpretazione dei singoli editti – già iniziata dagli scrittori anteriori – Ofilio, Labeone, Sabino<sup>33</sup> – le opere dei quali egli ha conosciute e meditate.

Ma quale vigoria logica e sistematica in questa interpretazione del diritto pretorio!

Essa poggia saldamente sopra principî formulati ora per via di definizione ora per via di *regulae*: e il ritrovamento e la formulazione di questi principî è frutto di un finissimo lavoro di analisi che se sfugge il più delle volte all'occhio superficiale appare, invece, geniale e fecondo alla approfondita meditazione dello studioso.

Posto davanti all'editto che deve commentare, i problemi fondamentali che si presentano alla mente di Pedio sono questi:

1) di che si tratta? Da qui la necessità di definire *ex novo* o di integrare o correggere definizioni anteriori.

2) Quale è lo scopo cui mira l'editto? Da qui la formulazione di *regulae* che servono di fondamento alla interpretazione (e, quindi, alla applicazione dell'editto al caso concreto).

3) È possibile una estensione analogica dell'editto? Da qui la formulazione di altre *regulae* che assimilano fattispecie analoghe (creando così istituti nuovi)

<sup>33</sup> L'opera di Servio (*libri duo ad edictum* D. 2. 2 § 44), aveva forse carattere sistematico (cfr. CICERONE, *Brutus*, § 152-153).

e la formulazione di un principio generale che legittima l'uso di questa interpretazione analogica (D. 1. 3. 13).

Attraverso questa triplice via il giurista perviene o a dare egli, per la prima volta, la configurazione dommatica di istituti nuovi o a precisare la configurazione di istituti già esistenti e a creare per gli uni e per gli altri dottrine che, per la loro intrinseca solidità, hanno trovato posto, in buon numero, nella dommatica moderna del diritto privato.

Si ricordino infatti:

1) la riduzione di tutti i negozi bilaterali alla categoria unica (*genus*) della *conventio* (frutto di analisi e di estensione analogica del *pactum* pretorio ai negozi dello *ius civile*).

2) La definizione del triplice fondamento della *nunciatio novi operis* (D. 39. 1. 5 § 9); del *receptum arbitrii* (D. 4. 8. 13 § 2); la definizione dello scopo delle controversie possessorie (D. 43. 17. 1 § 4); la definizione di *pactum* e di *pactum in rem* ed *in personam* (D. 2. 14. 1 § 2); la precisazione della definizione di *metus* (D. 4. 2. 7 pr.); il contenuto dell'*arbitrium de restituenda re* in caso di *metus* (D. 4. 2. 14 § 5); la precisazione della definizione di *morbis* (D. 21. 1. 12 § 1); l'estensione del concetto di *vis* in ordine all'*interdictum quod vi aut clam* (D. 43. 24. 1 § 6); la definizione del reato di *arborum furtim caesarum* (D. 47. 7. 7 pr.); la definizione di *compromissum* (D. 4. 8. 1).

3) L'estensione analogica della disciplina pretoria della *conventio* ai negozi bilaterali dello *ius civile* (D. 2. 14. 1 § 3); la costruzione del *compromissum* analogicamente allo *iudicium* (D. 4. 8. 13 § 2); la costruzione della successione a titolo singolare analogamente alla successione ereditaria (D. 43. 19. 3 § 2); l'estensione analogica alla *neg. gestio* di principi relativi al mandato (D. 44. 4. 5 § 4); la costruzione del reato *consilium vel opem ferre*, in ordine al dolo, analogamente al *furtum* (D. 47. 2. 50 § 2); l'estensione analogica al possesso del divieto di alienare il dominio *iudicii mutandi causa* (D. 4. 7. 2): infine il principio generale che legittima questa interpretazione analogica (D. 1. 3. 13).

4) Il principio generale secondo il quale, dopo il riconoscimento dei *pacta* e dei fedecommessi, i privati possono foggare come loro aggrada la struttura e la regolamentazione dei loro negozi (*pacta conventa servabo*): da ciò la conseguenza che l'interpretazione dei negozi giuridici va fatta risalendo alla volontà che li ha creati. Così si chiariscono problemi relativi alla *neg. gestio* ed alla *ratihabitio* (D. 3. 5. 5 § 11); così si differenzia il *pactum in rem* ed *in personam* (D. 2. 14. 7 § 8); vengono definiti i poteri dell'*arbitrator ex compromisso* (D. 4. 8. 32 §§ 15-16); risalendo alla *voluntas* viene affermata o negata la responsabilità dell'*exercitor* nei negozi del capitano della nave (D. 14. 1. 1 § 9); si illuminano problemi relativi al peculio (D. 15. 1. 7 § 3); si differenzia la dichiarazione puramente laudativa da quella che produce effetti giuridici (D. 21. 1. 19 § 2); si definisce il contenuto di un legato (D. 33. 7. 18 § 3); si definisce l'oggetto certo di una *stipulatio* (D. 12. 1. 6); viene definita la possibilità giuridica di una

prestazione (D. 45. 1. 83 § 5); ed è, appunto, ricorrendo al principio che abbiamo chiamato dell'autonomia negoziale dei privati (costruiscano e regolino il negozio come loro aggrada) che si comprende il riconoscimento dei contratti sinallagmatici come fonte di obbligazione (la permuta D. 19. 4. 1 §§ 2-3) e il riconoscimento del *constitutum* come contratto di garanzia (D. 13. 5. 3 § 2).

5) Il triplice canone finalistico della interpretazione della norma giuridica (nel caso nostro, degli editti pretori).

Dal primo canone pendono le decisioni equitative relative al divieto del libero di chiamare in *ius* il patrono (D. 2. 4. 10 § 12); il principio che uno schiavo non può mai essere considerato accessione di una cosa (D. 21. 1. 44 pr.); la ripartizione proporzionale della pena nascente da una *iniuria* recata allo schiavo di più condomini (D. 47. 10. 15 § 49); la concessione della *bon. possessio ventris nomine* al postumo diseredato *sub condicione* (D. 37. 9. 1 § 5); la decisione relativa alla responsabilità del compratore – in caso di *redhibitio* – pei danni cagionati allo schiavo dal suo *procurator* o dalla sua *familia* (D. 21. 1. 25 § 4).

Dal canone d'interp. sistematica deriva la impossibilità di creare una *negotiorum gestio* – nonostante la volontà delle parti – quando si urti contro un principio giuridico che ostacoli insuperabilmente la nascita di questa *neg. gestio* (D. 3. 5. 5 § 13); il medesimo principio ispira, in tema di *redhibitio*, la decisione di D. 21. 1. 23 § 9 che esige, a costo di sacrificare la volontà privata, la restituzione integrale delle accessioni dello schiavo; da ciò anche il criterio oggettivo per conoscere il prezzo in base al quale deve essere valutato il danno aquiliano (D. 9. 2. 33 pr.) o deve farsi la computazione della *falcidia* (D. 35. 2. 63 pr.).

Dal canone di interpretazione finalistica che trae dallo scopo di una norma o di un istituto giuridico il fondamento di decisioni e di dottrine pendono numerosi testi pediani.

In particolare: la dottrina *de restituenda re* in caso di *metus* (D. 4. 2. 14 § 5) e tutte le altre decisioni e dottrine che sono elencate nel capitolo precedente.

Nonostante, dunque, che Pedio non ci abbia dato una trattazione sistematica dell'editto pretorio, pure tutta l'opera sua di interprete è svolta con metodo sistematico: poggia sopra pochi principî generali sapientemente ricercati e formulati: e sul fondamento di questi principî si svolge con coerenza realizzando una mirabile conciliazione fra le esigenze della logica e quelle della giustizia e della pratica.

Le dottrine di Pedio costituiscono un apporto notevole per la dommatica del diritto privato romano e alcune delle più importanti trovano ancora posto nella dommatica del diritto privato moderno<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> La dottrina del contratto, della difesa possessoria, del compromesso, della successione a titolo singolare, della interpretazione analogica e varie altre.



1946



## PROBLEMI DI SISTEMATICA E PROBLEMI DI GIUSTIZIA NELLA GIURISPRUDENZA ROMANA\*

*Auctor, dum penitus inspicit fundamenta structuramque doctrinae Romanorum ad ius civile pertinentis, ostendit probatque eam certa ratione ac via susceptam fuisse, nec non ad artem redactam. Idem plane significat, Romanae iurisprudentiae id unum fuisse propositum, scilicet ut iustitiam consequeretur; quam ut adipisceretur summopere videtur contendisse.*

I. Quali sono questi problemi di sistematica e di giustizia per la soluzione dei quali porta tanta luce la meditazione degli scritti della giurisprudenza romana?

II. Bisognava costituire la scienza del diritto (*ars iuris*); ecco il grande compito che si presentò alla giurisprudenza repubblicana. Con quali strumenti?

Il diritto, si capisce, concepito come norma regolatrice degli interessi privati e pubblici esisteva già prima che sorgesse questo problema della elaborazione scientifica: c'era a Roma come c'era presso gli altri popoli: come c'è, imminente, in qualsiasi società umana (*ubi Societas ibi ius*).

Roma, è vero, ha avuto sin dagli albori della sua vita una speciale vocazione per il diritto: la legislazione decemvirale, la interpretazione della giurisprudenza pontificale, la struttura mirabile dei pochi negozi formali del diritto privato e processuale (si pensi al *nexum*, alla *sponsio*, alla *mancipatio*, ai *modus agendi*), i primi tentativi di una interpretazione scientifica (si pensi ai *tripertita* di Sesto Elio Peto), gli sviluppi della giurisprudenza cautelare, costituiscono una imponente tradizione giuridica che specificano la vocazione, in questo settore del diritto, del popolo e della cultura romana. Ma il problema della vera elaborazione scientifica del diritto si pone quando la diffusione della cultura greca a Roma (II sec. a.C.) aprì agli interpreti gli orizzonti indubbiamente lumino-

\* *Atti del V Congresso nazionale di studi romani (1938)*, a cura di C. Galassi Paluzzi, vol. 5, Istituto di studi romani, Roma 1946, pp. 22-31.

si della sistematica del pensiero greco. A qualunque setta filosofica appartenessero retori, filosofi, matematici, grammatici, ecc., portarono a Roma una cosa che doveva particolarmente colpire il genio ordinato ed ordinatore dei romani: portarono la scienza ordinatrice della mente e delle costruzioni mentali: quella organica dottrina logica della sistemazione (la dialettica in senso aristotelico) che sapeva creare edifici dottrinali a struttura così armonica e così bella da attirare necessariamente l'ammirazione degli intelletti più aperti.

III. Questa architettonica del pensiero ha i suoi strumenti e le sue leggi: come ogni architettonica mira alla creazione di edifici armonicamente costruiti: strutture unitarie, anche se ampie! Si pensi all'*organon* aristotelico: quale meravigliosa unità nella dottrina delle categorie e nell'ampia e perfetta dottrina del sillogismo e della dimostrazione! Il metodo geometrico tutto fondato sugli assiomi e sulla dimostrazione – corpo perfettamente coerente di dottrina – era divenuto – specie per merito di Aristotile – il metodo per definizione scientifico.

Una scienza non si costruisce che ricorrendo a questo metodo sapiente che mette ordine ed armonia in tutte le possibili costruzioni del pensiero.

L'induzione e la deduzione sono le sole vie battendo le quali è possibile pervenire ad una elaborazione scientifica.

Rettorica, grammatica, musica, geometria, metafisica, fisica ecc. si sono elevate per questa via alla dignità di scienza.

Ma percorrere questa via significa usare certi strumenti logici mediante i quali è possibile e l'induzione e la deduzione.

La prima intende a ricercare ed a formulare i principî: unifica l'esperienza cristallizzandola, per così dire, in una formula che tutta la esprime.

Ora una formula è una proposizione: è l'enunciazione di un giudizio: può essere una definizione, una tesi, una ipotesi, un assioma, un postulato; è sopra queste proposizioni – che sono, perciò, principî unificatori ricavati dall'esperienza – che si edifica tutta la costruzione dottrinale: i principî sono come le sorgenti, come i semi; contengono in embrione tutto il sapere che da essi deriva.

Ma lo sviluppo organico di questa costruzione dottrinale suppone una membratura più o meno ampia: è come un albero: c'è il tronco e ci sono i rami!

Per questa membratura non mancano gli strumenti adatti: c'è la *divisio per genera et species*. Così definendo e ponendo i principî, deducendo da essi e sistemando la dottrina che se ne ricava, si viene costituendo quell'edificio scientifico alla costruzione del quale mira ogni vero scienziato.

#### IV. E la scienza giuridica?

Il metodo è tracciato: bisogna ora seguire questa via.

Intanto: quanta esperienza giuridica si è accumulata dalle XII tavole al II secolo a.C.! Strutture familiari ben definite come quelle che presentava, compatte e potenti, la famiglia romana (*proprio iure, communi iure* e gentilizia); istituti

nettamente precisati mediante forme solenni davano inconfondibile chiarezza alle più essenziali relazioni giuridiche: il *nexum*, la *sponsio*, la *stipulatio*, la *mancipatio*, la *in iure cessio*, il testamento, i legati, i cinque *modus agendi*; poi tutta la esperienza ampia e fecondatrice del pretore peregrino. Insomma c'è un materiale giuridico abbondante nel quale bisogna ora mettere ordine.

Bisogna mirare qui pure alla costruzione di una tecnica del diritto. Come?

Il primo passo della ricerca scientifica sta nel porre, mediante l'induzione e il ritrovamento dei principî, le basi dell'edificio.

Perciò definire, precisare, mediante proposizioni, le norme che regolano i rapporti più vari (*regulae*): ecco il primo compito.

Ed ecco infatti con la c.d. giurisprudenza regolare l'alba della scienza giuridica. Con Catone ha inizio questa attività di fondazione che si esplica nella ricerca di definizioni e di regole.

Da questo momento anche i *responsa* assumono un profilo nuovo: si tratta di sussumere un fatto sotto una regola o una definizione; di concludere (*responsum*) argomentando da una definizione o da una regola; è attività squisitamente logica sia pure mirante a finalità concrete di giustizia.

Comincia così la precisazione ed il collegamento degli istituti giuridici: e si vanno creando le categorie fondamentali del sistema del diritto.

La struttura del sistema si delinea sempre più chiara: c'è la *persona*; c'è la *familia* coi suoi rapporti interni; c'è il *dominium* con tutti i diritti che vi si collegano (servitù prediali e personali); c'è l'obbligazione con tutti gli istituti che la precedono, l'accompagnano e la estinguono (le *causae* della *obligatio*, le garanzie, i modi estintivi); c'è la successione ereditaria con gli istituti che le gravitano attorno (il testamento coi legati, le manumissioni, ecc.; la chiamata *ex lege*, ecc.); c'è infine il processo con le sue tappe (che vanno dalla *in ius vocatio* alla *sententia*) e con i suoi istituti (*litis contestatio*, etc.). C'è, insomma, un edificio che viene costruendosi a linee semplici ma potenti: e si tratta di una costruzione che non trova modelli nella storia della cultura.

A questa luce si capisce l'attività sistematica di Q. Mucio Scevola e di Servo Sulpicio Rufo per i quali può dirsi veramente che *fundaverunt ius civile*.

I giuristi posteriori allargarono e migliorarono un edificio, la struttura del quale era già perfetta nelle sue linee essenziali.

V. La scienza giuridica moderna (di diritto privato) non si è potuta mai sostanzialmente staccare e dal metodo inaugurato della giurisprudenza romana e dalle strutture fondamentali dell'edificio giuridico che questa giurisprudenza ha creato!

Non si è potuta staccare e non si potrà mai staccare: perché fino a quando il diritto privato graverà su questi tre fondamenti naturali della convivenza umana – la persona, la famiglia, la proprietà – si ripresenteranno quei rapporti e quegli istituti fondamentali che la giurisprudenza romana ha precisato e defi-

nito per sempre. Certo, la giurisprudenza moderna ha conquistato qua e là alla scienza giuridica principî più unificatori.

Ma questa maggiore coerenza logica e sistematica non ha mutato le linee essenziali del sistema e non è stata sempre una felice conquista per quella giustizia concreta che è, infine, lo scopo unico di tutto l'apparato scientifico del diritto.

I codici si riformano, la legislazione si amplifica, vere rivoluzioni avvengono qua e là, almeno in apparenza, nel campo giuridico; il diritto romano è financo espulso come straniero indesiderato; eppure gli strumenti metodici e le strutture fondamentali che ancora usano questi giuristi in apparenza innovatori sono gli stessi strumenti e le stesse strutture che la sapienza dei giureconsulti romani ha mirabilmente foggiate!

Amore di una tesi? Esaltazione del proprio settore di studi?

Ma, mi si domanda, cosa è mai il codice napoleonico se non Pothier in articoli? E il codice civile tedesco? Non è la traduzione in articoli delle pandette di Windscheid?

E gli sviluppi della dommatica privatistica non hanno i loro semi – e più che i loro semi! – nelle dottrine dei giureconsulti romani?

L'edificio del diritto privato eretto dai romani può essere mutato qua e là nei suoi particolari: ma l'ossatura fondamentale è immutabile.

Le categorie giuridiche sono come le categorie logiche: muteranno solo quando muterà la natura dell'uomo!

E fino ad allora – e pare che non ci sia da attendere poco! – la giurisprudenza scientifica, si voglia o non si voglia (pazienza per gli ignoranti che non ci credono), sarà sempre la giurisprudenza fondata dai romani!

## VI. E i problemi di giustizia?

Anche qui quanti insegnamenti nella meditazione degli scritti della giurisprudenza romana!

Bisogna avere presente, per capire il valore di questa domanda, le tesi del più esagerato tecnicismo giuridico moderno: la scienza giuridica ridotta ad una geometria sociale: il giurista è come un meccanico: mutua certi principî – o li ritrova – e poi limita la sua competenza all'organizzazione logica di questi principî e dei loro corollari. C'è una meccanica giuridica: bisogna fermarsi ad essa.

Da qui costruzioni su costruzioni: principî sopra principî: unità sopra unità: cime sopra cime: tutta la tecnica del giurista ridotta ad uno sforzo di costruzione astratta: più scientifico ciò che è più esteticamente bello ed armonico!

L'ideale del giurista? Il metodo geometrico spinto sino alle sue conseguenze estreme. La posizione metodologica di questa scuola è chiara: noi non ci interessiamo che della norma in quanto fondamento della deduzione: essa per noi è un principio atto a germogliare quella coerenza logica che forma la perfezione di un vero sistema scientifico.

E la valutazione etica, filosofica, sociale della norma? E la sua rispondenza ai fini della giustizia? E l'aderenza, perciò, fra la norma giuridica e la natura umana?

Tutti problemi radicalmente ignorati da questa meccanica giuridica che non conosce altra misura ed altri limiti oltre la misura ed i limiti forniti da una perfetta deduzione e da una perfetta sistemazione logica. Con la scusa che bisogna distinguere le competenze, il giurista si preclude ogni contatto con quel mondo morale e sociale dal quale, in definitiva, la norma deriva ed al quale essa deve ritornare.

Un metodo così fatto non è umano! Qualunque birbonata travestita sotto le spoglie di una norma può essere elevata a principio e può essere così posta a fondamento di un preteso perfetto ordinamento giuridico.

Posti su questo terreno si capisce benissimo come possa essere qualificato quale ordinamento giuridico anche il complesso delle norme che reggono una associazione a delinquere! Vi sono delle norme: il giurista pone tra di esse una gerarchia, fa di esse un tutto sistematico ed ecco un ordinamento giuridico scientificamente perfetto!

VII. Dove sta l'errore di questa concezione? Nell'aver dimenticato il fine al quale è e deve essere necessariamente legata ogni norma ed ogni tecnica giuridica: la giustizia, l'attuazione, cioè, fra gli uomini non di un ordine qualsiasi ma di un ordine giusto.

La visione di questo fine si impone all'attenzione del giurista. Che vale il collegamento razionale e sistematico delle norme se non è chiara la finalità alla quale queste strutture logiche sono destinate?

Bisogna avere l'umiltà necessaria per piegare i propri gusti di simmetria e di bellezza esteriore alle profonde esigenze della società umana.

La società ha bisogno non di un ordine qualsiasi e di una qualsiasi gerarchia: ha bisogno di un ordine umano, buono; di una gerarchia di amore!

Perché mai il giurista dovrebbe essere sordo a queste profonde richieste di amicizia e di bontà? Non è stato detto che il diritto *hominum causa introductum est*? La giustizia non consiste forse in una proporzione che colloca ciascuno al proprio posto? E questa proporzione non trae forse la sua origine dalla profonda natura umana? È vero o no che gli uomini sono veramente gli uni per gli altri, membri solidali di una sola famiglia che deve essere governata dalle norme di una solidarietà amorevole? Ci sono alcuni nuclei permanenti, eterni, attorno ai quali il diritto positivo privato deve gravitare: la persona umana, la parentela, la proprietà (nonostante tutti i suoi limiti derivanti dalla solidarietà sociale), l'obbligazione, la successione. E questi nuclei sono essi stessi governati da una legge superiore: una legge che comanda a ciascuno di amare il fratello come se stesso.

Il diritto positivo non può prescindere da questi nuclei e da questa legge: non è che uno sviluppo e una precisazione di questa grande inclinazione di bontà che Dio ha scritto nel cuore dell'uomo.

So bene l'obiezione che viene fatta: così si rientra in metafisica! Intanto potrei dire: ma come conoscere veramente lo stesso diritto positivo senza conoscere le fondamenta profonde di esso? Un grande giurista è, anzitutto, un uomo che sa collocare nella giusta prospettiva il mondo giuridico che egli studia: sa inquadrare il diritto nel panorama ampio ed unitario delle discipline che studiano l'uomo. Egli prima di essere giurista è uomo e pensatore: e come uomo e come pensatore sa che la conoscenza di qualunque attività umana va fatta scandagliando gli abissi sempre inesplorati dell'anima umana. Quindi: si rientri pure in metafisica, se rientrare in metafisica significa essere consapevoli che la giustizia è una inclinazione naturale che Dio ha posto nel cuore dell'uomo, che il diritto positivo con tutta la sua attrezzatura scientifica ha il solo scopo di rendere più facile e più sicura l'attuazione di questa giustizia.

VIII. E la giurisprudenza romana? Ha qualche cosa da dirci in proposito? Vengono subito alla mente le belle parole di Celso: il diritto è la scienza del bene e del giusto; la giurisprudenza è cognizione di cose umane e divine, scienza del giusto e dell'ingiusto, dice Ulpiano; e non è immeritata la qualifica di sacerdoti data ai giuristi: sono essi, infatti, i cultori della giustizia, i vessilliferi del buono e dell'equo, i giudici del giusto e dell'ingiusto, i rappresentanti, in una parola, della vera filosofia della vita!

Ed essi sanno, in conseguenza, una cosa: che la natura umana è la grande maestra del diritto positivo: c'è un diritto naturale che promana dalla costituzione intrinseca dell'uomo: il diritto positivo per essere giusto – per essere, cioè, conforme alla sua vocazione – deve tendere ad adeguarsi alla natura dell'uomo. In che cosa consiste, infine, l'azione correttiva ed integratrice esercitata dal diritto pretorio e dallo *ius gentium* sullo *strictum ius civile*? Cosa significa questo continuo trionfo dell'*aequitas*?

Non si tratta che di una cosa: di questa progressiva adeguazione del diritto positivo al diritto naturale: il diritto positivo diventa sempre più consapevole della sua vocazione e diviene ad essa sempre più conforme: tutta l'evoluzione del diritto romano è in questo senso: il cristianesimo decisamente lo illumina e lo accelera!

IX. Chi ha presente il panorama intiero del diritto privato romano può misurare il valore di queste affermazioni. Si pensi al progressivo trionfo della parentela cognatizia ed a tutto il nuovo diritto familiare pretorio e civile nuovo; al progressivo trionfo della proprietà bonitaria sul dominio quiritario; alle conquiste della *bona fides* e della *voluntas* nel campo delle obbligazioni e dei contratti; alle dottrine della colpa e del dolo nel campo della responsabilità contrattuale ed extra contrattuale; alla eredità pretorica che viene via a surrogare l'eredità civile; insomma al progressivo trionfo della persona umana in tutti i settori del diritto privato.

L'evoluzione del diritto privato romano è tutta in questa direzione: fare della persona umana – e quindi, della volontà umana – il centro di tutto l'ordinamento giuridico.

Il significato umano di questa evoluzione si comprende benissimo quando si pensi che bisognava reagire all'antico diritto civile nel quale il centro immobile del diritto privato è la *familia* (agnatizia). La persona umana è incapsulata, per dir così, in questa dura crisalide che chiude entro il piccolo ed insuperabile circolo dell'organismo familiare – sotto la dura direzione del *pater* – le preziose ricchezze di tante energie umane!

Bisognava aprire breccie larghe in questo organismo chiuso: fu il compito del diritto pretorio. E così via via, con un ritmo sempre più accelerato – si pensi al divino annunzio di libertà e di amore dell'evangelo! – l'organismo agnazio viene infranto e viene data completa possibilità di espansione alla personalità umana. L'uomo è, ormai, per definizione il soggetto di diritto: restano certi settori ancora oscuri: la schiavitù non è ancora totalmente abolita: ma ormai sono gettate, e per sempre, le fondamenta di un edificio giuridico che ha per base la libertà e la dignità della persona umana.

X. Ma per comprendere la ragione profonda di questa mirabile evoluzione del diritto romano bisogna contemplare l'ampio panorama della cultura greco-latina formatosi a partire dal II secolo a.C. e via via sviluppatosi nei primi tempi del principato.

Senza uno sguardo approfondito a queste grandi correnti di pensiero filosofico che attraversano il mondo latino, la storia del diritto – come quella di tutta la civiltà romana! – resta incomprensibile.

Basti qui mettere in risalto il valore dell'uomo nella concezione stoica e, del resto, già prima in tutta la grande tradizione platonico-aristotelica.

Prima ancora che venisse divinamente rivelato il valore infinito della creatura umana – *ut filii Dei nominemur et sumus!* – le più alte concezioni dello stoicismo avevano posto l'uomo – almeno il saggio – sopra una base sacra.

Si potrebbero qui richiamare le belle espressioni di Cicerone e di Seneca. Non sarebbe forzare i testi se si dicesse che già nell'uno e nell'altro – in Seneca specialmente – domina l'idea che l'uomo è fatto a simiglianza di Dio.

C'è nell'uomo un mondo interiore fatto di intelligenza e di virtù: c'è dentro la coscienza umana una legge divina che spinge verso il bene e ritrae – almeno coi richiami intimi alla santità ed all'amore – dal male.

L'uomo non s'è fatto da sé: la legge morale che lo costituisce ha la sua fonte in Dio: è questa l'origine prima della norma giuridica. Per questo l'uomo non è mai solo: porta nel suo cuore – nelle profondità sante del suo animo – un ospite invisibile ma vero: Dio stesso, lo Spirito Santo che sollecita la coscienza a serbarsi monda dalle colpe e ad elevarsi al Cielo.

Dio è vicino a te, è con te, è dentro di te, dice esplicitamente Seneca.

Le conseguenze di queste concezioni sono grandissime per il diritto: la diversità fra liberi e schiavi diventa una diversità puramente esteriore: *quod ad ius naturale attinet omnes homines aequales sunt.*

Quando si dice diritto naturale si dice, nella concezione degli stoici e dei giuristi romani, un diritto che ha il suo fondamento in questo valore eterno della persona umana!

Si pensi ancora al grande principio della solidarietà umana: siamo membri di un solo organismo, dice Seneca (*membra sumus magni corporis*); siamo come le pietre di una volta: ci sosteniamo tutti gli uni con gli altri!

La giustizia, l'equità, il diritto naturale significano appunto questa visione fraterna della solidarietà fra gli uomini: il diritto positivo deve lasciarsi penetrare da questo lievito rinnovatore: deve tradurre, coi suoi strumenti tecnici, in realtà giuridica questa alta concezione ideale del mondo e della vita.

XI. Tecnica a servizio della giustizia: ecco dunque la formula che esprime il valore permanente – formale e sostanziale – della giurisprudenza romana.

Metodo severo, diciamolo pure geometrico; ricerca di principi e loro intrinseco collegamento; dignità, quindi, di scienza nell'elaborazione giurisprudenziale. Ma tutto questo a servizio di un fine: bisogna attuare nelle relazioni umane – nei limiti del possibile, con tendenza ad un miglioramento progressivo – quell'ideale di giustizia – *constans ac perpetua voluntas ius suum unicuique tribuere* – che costituisce, nonostante tutte le possibili deviazioni, il motore interiore dell'azione umana; l'inclinazione insopprimibile che spinge l'uomo a riguardare nell'altro uomo un fratello e ad attuare con lui una società armonica, fondata sulla giusta proporzionale ripartizione dei beni.

La giurisprudenza romana realizzò pienamente questo ideale? No, senza dubbio: e cosa si dovrebbe dire allora di noi moderni che vantiamo una così grande ed umana tradizione romanistica fecondata dall'apporto di duemila anni di tradizione cristiana? Ma se una realizzazione completa non ci fu – e non ci poteva essere! – non mancò, però, questo lievito ideale che fece del diritto romano un sistema aperto alle concezioni più alte: esso seppe infatti accogliere nel suo seno i germi fecondatori della predicazione cristiana e preparare, così, un sistema giuridico adatto agli ideali anche più audaci della civiltà.

Una cosa, comunque, non potrà mai essere rimproverata ai giureconsulti di Roma (una cosa, che, purtroppo, potrebbe essere rimproverata a tanti giureconsulti moderni): quella di non avere limitato la loro competenza alla elaborazione puramente formale della scienza giuridica: pure essendo essi i fondatori del metodo giuridico non si esaurirono in problemi di pura tecnica: seppero valutare la sostanza del fatto giuridico che veniva alla loro elaborazione: ne videro il profilo umano; furono, insomma, consapevoli di essere sacerdoti di giustizia, portatori di bontà e di solidarietà fraterna fra gli uomini!

XII. Il diritto romano ha, dunque, ancora qualche cosa da dire ai legislatori ed ai giureconsulti di oggi!

Se lo consideriamo sotto l'angolo visuale del metodo e della sistematica esso è ancora – e sarà sempre! – una fonte insurrogabile di insegnamenti.

Leibniz rileva che dopo gli scritti dei geometri greci non conosceva altri scritti così severamente logici come quelli dei giureconsulti romani!

Necessitano i contorni esatti dei fondamentali istituti del diritto privato? L'obbligazione, i contratti, le garanzie personali dell'obbligazione, la proprietà, i diritti reali su cosa altrui, i diritti reali di garanzia, il possesso, la dote, certi fondamentali istituti familiari, la successione ereditaria, ecc.? Tutta, insomma, l'ossatura della sistematica del diritto privato? Ecco il diritto romano con le sue mirabili precisazioni: l'albero dove scorre e scorrerà sempre il diritto privato è stato da lui saldamente costruito.

Si vuole conoscere la metodologia della c.d. costruzione giuridica? Ecco tutto il vasto settore delle *regulae*, delle finzioni, delle induzioni, che fanno risalire a principi generali mercé i quali gli istituti si unificano.

Codificazione e giurisprudenza del diritto privato di tutto l'occidente – checché dicano e facciano in contrario certe tendenze così ingiustamente antiromane! – sono ancora, nella loro sostanza, diritto romano.

E, d'altro canto, ecco i limiti posti ad una elaborazione puramente formale; ecco evitate le esagerazioni di un tecnicismo che vorrebbe fare della scienza giuridica una pura geometria: la tecnica è ancorata ad uno scopo: incide nella immensa massa degli interessi umani: porta ordine, ma ordine giusto, nelle relazioni: affonda, cioè, le sue radici in quel mondo interiore dell'uomo dove regnano la bontà e la giustizia; e cerca di realizzare quanto è possibile – pur con tutti i limiti e le resistenze che offre il mondo esterno – questi ideali di solidarietà e di amicizia che rendono più buona e più pacifica la convivenza fra gli uomini.

Il giurista è anche pensatore: non è solo un tecnico: è un competente anche in fatto di giustizia e di bontà: un vero sacerdote del giusto.

Quanto da meditare anche per noi!

XIII. Vorrei dire ai miei giovani colleghi: – dove miriamo con i nostri studi? Il diritto romano ci interessa davvero come un documento di giustizia degno ancora di essere meditato? Come una luce che può ancora rischiarare settori spesso così oscuri della vita sociale odierna? Ci serve come un contributo amorevole alla comprensione più profonda fra gli uomini?

Se non fossero questi i nostri obbiettivi la nostra opera sarebbe inutile ed egoista: lasciate che i morti seppelliscano i morti!

Ma se un ideale di carità e di luce arde nella nostra anima allora noi potremo ancora indicare alla società moderna, così gravemente malata per avere smarrite le vie della giustizia e dell'amore, questo documento di sapienza sociale, nato da una cultura ricca di ordine e di umanità, e perfezionato dalla sapienza divina della Chiesa di Cristo.



1947



## PREFAZIONE\*

La lettura di questo libro lascia nell'anima una nostalgia benedetta: la nostalgia delle cime! Quali? Le cime della illibatezza, le cime della purità senza ombre, della luce senza macchie: nostalgia di uno stato di innocenza che fa comprendere, in qualche modo, cosa fosse quello splendore interiore che doveva arricchire l'anima del primo uomo, avanti la caduta, e che fu poi, in modo eccelso, la prerogativa essenziale ed unica di Maria!

A questa innocenza, composta miracolosamente dalla grazia, aveva riferimento il Signore quando parlava degli angeli dei fanciulli che guardano sempre il volto del Padre e quando parlava dell'occhio semplice, lampada nella quale si specchia la bellezza e la luce delle anime: ... se il tuo occhio è semplice tutto il tuo corpo sarà luminoso! Ed ad essa si riferiva certamente quando parlava di quella purità di cuore che fa vedere il Signore!

La caratteristica essenziale di Ferrini?

È tutta qui: giovinezza angelicata, come Corsanego la definisce: un miracolo di purità, di luce, di candore: un riverbero di Paradiso fissato con particolare intensità nella mente, nel cuore, nel volto di un uomo!

Scrutate l'anima di Ferrini, il suo «tipo» di preghiera, di meditazione religiosa, di visione personale del cristianesimo: cosa trovate? Questa fondamentale orientazione di un'anima quasi non tocca dal peccato di origine, composta in una armonia soave di tutte le facoltà, capace di sorridere sempre, col sorriso benedetto e meravigliato dell'innocenza, al Signore che interiormente a lei si mostra ed interiormente con lei conversa!

Dalla prima Comunione al sollecito tramonto della vita voi non trovate che questa serenità senza incrinature, quest'alba senza vesperi: una introduzione miracolosa di vita eterna!

\* Prefazione a C. Corsanego, *Contardo Ferrini*, II ed., Libreria Fiorentina, Firenze 1947, pp. 1-4.

Dono di Dio? Si capisce: un miracolo è una vita siffatta: un miracolo non infrequente nella vita dei santi – si pensi a S. Luigi Gonzaga, a Domenico Savio, a S. Teresa del Bambino Gesù ed a tante anime innocenti che profumano la terra di Paradiso – che appartiene a quel «tipo» di miracoli che ha a suo modello, ed in certo modo a sua causa, il vertice di immacolatezza rappresentato da Maria: da questo vertice di bellezza e di luce – capolavoro di natura e di grazia – la grazia si è diffusa in tante anime: e quaggiù questa schiera infinita di anime pure – quelle che seguiranno in Cielo l'Agnello ovunque Egli va – costituisce per le creature attente come una visione anticipata della città eterna.

Ferrini appartiene a questa schiera. Fanno molto all'esterno? No, poco. Il loro apostolato è visibilmente esteso e rumoroso? No, è apostolato silenzioso, minuto, quasi invisibile: si direbbe quasi che la loro azione è priva di effetti: eppure c'è un profumo attorno ad essi che purifica ed attrae: e questo profumo, quando penetra le anime più delicate, misteriosamente le eleva ed a Dio le unisce! È il profumo di Cristo: *bonus odor Christi*.

Ma, dunque, Ferrini cosa fece?

Nulla di straordinario: fu un grande romanista – grande sul serio! –: uno studioso da stare alla pari coi più grandi studiosi del sec. XX: ebbe una attività scientifica di incalcolabile vastità e complessità: un trafficatore accurato dei talenti naturali che Dio gli aveva confidato.

Ma tutto questo – che è titolo sufficiente per rendere storicamente «grande» un uomo – è nulla al cospetto di quell'altra grandezza interiore che la grazia Dio edificò in Lui.

Egli resta soprattutto per questa grandezza di ordine soprannaturale che lo eleva ai vertici immacolati della santità.

E la lezione che Dio ci dà pel tramite di Ferrini?

Una lezione di facile apprendimento: la mensa della grazia, della vita interiore, della preghiera, della purità, della vita celestiale, è mia mensa bandita per tutti: siamo tutti chiamati a rivestirci di questa veste nuziale che ci dà titolo a partecipare al banchetto del Re.

Che la dolce Madre Maria ci ponga nel cuore almeno il desiderio acuto, nostalgico, di questa bellezza intatta che fa esultare di pari esultanza il Creatore e la creatura.

E che la nostalgia di queste cime che la lettura del libro ci lascia nell'animo, sia il richiamo soave di ogni ora del giorno: anche a noi conceda il Signore, come a Ferrini, la grazia di poter dire: Signore mostraci il Padre e ci basterà.

















EDIZIONE NAZIONALE DELLE OPERE DI GIORGIO LA PIRA

— Vol. II.2 —



EDIZIONE NAZIONALE DELLE OPERE DI GIORGIO LA PIRA

— Commissione Ministeriale per l'Edizione Nazionale delle Opere di Giorgio La Pira —

Bruna Bagnato; Pierluigi Ballini; Bruna Bocchini;  
Lucilla Conigliello, *segretaria tesoriera*; Giulio Conticelli;  
Augusto D'Angelo; Ugo De Siervo; Piero Fiorelli;  
Patrizia Giunti; Silvano Nistri; Mario Primicerio;  
Andrea Riccardi; Diana Marta Toccafondi, *presidente*

Hanno fatto parte della Commissione:

Francesco Adorno; Francesco Paolo Casavola;  
Carla Guiducci Bonanni; Fioretta Mazzei;  
Mario Scotti; Antinesca Rabissi Tilli



EDIZIONE NAZIONALE DELLE OPERE DI GIORGIO LA PIRA

— Piano dell'opera —

VOLUME I

*Scritti giovanili*

a cura di Piero Antonio Carnemolla

VOLUME II

*La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*

a cura di Patrizia Giunti

VOLUME III

*Principi contro i totalitarismi e rifondazione costituzionale*

a cura di Ugo De Siervo

VOLUME IV

*La città e la persona umana. Scritti sociali, politici e amministrativi*

a cura di Pier Luigi Ballini, Giulio Conticelli

VOLUME V

*La costruzione della pace. Scritti di politica internazionale*

a cura di Bruna Bagnato

VOLUME VI

*Il credente e la Chiesa. Scritti di vita religiosa ed ecclesiale*

a cura di Bruna Bocchini, Augusto D'Angelo

VOLUME VII

*Indici dell'Edizione Nazionale  
delle Opere di Giorgio La Pira*



EDIZIONE NAZIONALE DELLE OPERE DI GIORGIO LA PIRA

— Vol. II.2 —

# La fondazione romanistica

Scritti di storia e di diritto romano

a cura di  
Patrizia Giunti

Firenze University Press  
2019

La fondazione romanistica : scritti di storia e di diritto romano /  
a cura di Patrizia Giunti; tomo II.1. – Firenze : Firenze University  
Press, 2019.

(Edizione Nazionale delle Opere di Giorgio La Pira ; 2)

<http://digital.casalini.it/9788864538495>

ISBN 978-88-6453-848-8 (print)

ISBN 978-88-6453-849-5 (online PDF)

ISBN 978-88-6453-850-1 (online EPUB)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Lettera Meccanica

Cura e revisione redazionale dei testi: Francesca Rossi

Coordinamento organizzativo ed editoriale: Lucilla Conigliello

Il volume è pubblicato con il finanziamento del Ministero per i Beni e le Attività Culturali –  
Direzione Generale Biblioteche e Istituti Culturali.

♻ L'edizione digitale on-line del volume è pubblicata ad accesso aperto su [www.fupress.com](http://www.fupress.com).

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0  
International (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>). La licenza  
permette di condividere l'opera, nella sua interezza o in parte, con qualsiasi mezzo e formato, e di  
modificarla per qualsiasi fine, anche commerciale, a condizione che ne sia menzionata la paternità  
in modo adeguato, sia indicato se sono state effettuate modifiche e sia fornito un link alla licenza.

© 2019 Fondazione Giorgio La Pira

Pubblicato da Firenze University Press

Firenze University Press  
Università degli Studi di Firenze  
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy  
[www.fupress.com](http://www.fupress.com)

*This book is printed on acid-free paper*  
*Printed in Italy*

## SOMMARIO

– TOMO II. I –

PRESENTAZIONE DELL'EDIZIONE NAZIONALE DELLE OPERE DI GIORGIO LA PIRA	XVII
IL FUTURO DEL PASSATO. GIORGIO LA PIRA E IL DIRITTO ROMANO	XXV
<i>Patrizia Giunti</i>	XXV
1. «La mia vocazione è una sola»	XXV
2. Gli inizi. Da Messina a Firenze. Dalla scrivania alla cattedra	XXXI
3. La svolta del 1934	XLVII
4. Il diritto romano e la vita	LVII
5. La fondazione romanistica	LX
6. «Il futuro ha il volto antico»	LXIII
NOTA INTRODUTTIVA	LXVII

### OPERE DI GIORGIO LA PIRA

1929

Contenuto processuale del Senatus consulto di Augusto ai Cirenei	5
Precedenti provinciali della riforma giustiniana del diritto di patronato	23
La sostituzione pupillare	31

1930

Riflessi provinciali nel diritto tutelare classico romano	107
Frammenti papiracei di un <i>κατὰ πόδα</i> del Digesto	121
Il concetto di legge secondo San Tommaso	137

## 1931

Un registro catastale e un libro processuale dalla Marmarica nel nuovo papiro vaticano	151
---	-----

## 1932

Umberto Ratti (In memoria di)	169
'Compromissum' e 'litis contestatio' formulare	173
La struttura classica del <i>pignus</i>	209

## 1933

La struttura classica della <i>conventio pignoris</i>	231
Rilievi di Meciano sul concetto di <i>hereditas</i>	253
Esegesi del papiro vaticano (Documento della Marmarica)	261
Recensioni (a Ugo Enrico Paoli, <i>Studi di diritto Attico</i> )	287
Un caso di "vadimonium iureiurando" nel papiro vaticano della Marmarica	299

## 1934

Il diritto naturale nella concezione di S. Tommaso d'Aquino	307
La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. I. Problemi generali	321
La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. II. L'arte sistematrice	337

## 1935

La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. III. Il metodo	353
---	-----

## 1936

La genesi del sistema nella giurisprudenza. IV. Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica	381
La <i>stipulatio aquiliana</i> nei papiri	403

## 1938

La personalità scientifica di Sesto Pedio	411
---	-----

## 1946

Problemi di sistematica e problemi di giustizia nella giurisprudenza romana	447
---	-----

1947

Prefazione (a C. Corsanego, <i>Contardo Ferrini</i> )	459
---	-----

– TOMO II.2 –

LA SUCCESSIONE EREDITARIA INTESTATA  
E CONTRO IL TESTAMENTO IN DIRITTO ROMANO

Prefazione	465
------------	-----

PARTE PRIMA – Le vocazioni ereditarie intestate dell'ius civile antico, in quanto fondate sulla costituzione della familia agnatzia	467
---	-----

SEZIONE PRIMA – Natura giuridica della vocazione intestata dei sui ed influenza che essa spiega sulla designazione testamentaria dell'erede	469
---	-----

Introduzione – Significato giuridico dell'onere di istituire o diseredare i sui	469
---	-----

Capitolo I – Fondamento giuridico dell'acquisto ipso iure dell'eredità da parte dei sui	484
---	-----

Capitolo II – Natura giuridica, forme ed effetti della diseredazione	495
--	-----

Capitolo III – Vocazione testamentaria dei sui heredes e assorbimento in essa della loro vocazione intestata	509
--	-----

Capitolo IV – Il principio classico della abstentio e il principio giustiniano della immixtio	518
---	-----

Capitolo V – Istituzione dei sui sotto condizione potestativa	527
---	-----

Capitolo VI – La istituzione e la diseredazione dei postumi	538
---	-----

Capitolo VII – Rapporti tra le vocazioni testamentarie e la struttura dell'organismo familiare	557
--	-----

Capitolo VIII – Effetti della preterizione dei sui	569
--	-----

SEZIONE SECONDA – Le vocazioni intestate dell'antico ius civile considerate in relazione con le vocazioni tutelari	589
--	-----

Introduzione	589
--------------	-----

Capitolo I – Tutela ed hereditas	597
----------------------------------	-----

Capitolo II – Il principio «in legitimis non est successio»	608
---	-----

Capitolo III – In iure cessio tutelae e in iure cessio hereditatis	621
--	-----

Capitolo IV – Ancora dei rapporti fra tutela ed hereditas	634
---	-----

Capitolo V – Orientamento della eredità verso la cognatio e permanenza della fisionomia agnatzia nella tutela	638
---	-----

SEZIONE TERZA – L'ordinamento familiare agnazio come base delle vocazioni intestate di ius civile	642
Capitolo I – La successione dei «sui»	642
Capitolo II – La familia communi iure fondamento della vocazione degli agnati	648
Capitolo III – La successione delle donne	652
Capitolo IV – La successione degli agnati e dei gentili	656
SEZIONE QUARTA – Le vocazioni ereditarie patronali inquadrata nel rapporto giuridico di patronato	660
Introduzione – Il rapporto giuridico di patronato	660
Capitolo I – Le vocazioni intestate del patrono alla eredità del liberto	662
Capitolo II – Rapporti tra la familia del patrono e la familia del liberto	666
Capitolo III – Particolare posizione giuridica della liberta e della patrona	669
Capitolo IV – L'autonomia dei figli del patrono nel rapporto di patronato	671
Capitolo V – La rinuncia al rapporto di patronato in diritto classico e giustiniano	682
Capitolo VI – L'adsignatio libertorum	685
Capitolo VII – Conclusioni della parte prima	704
PARTE SECONDA – Le vocazioni ereditarie intestate del diritto pretorio, dell'ius civile novum e del diritto giustiniano, in quanto fondate sulla parentela naturale	709
SEZIONE PRIMA – Sistema delle vocazioni intestate di diritto pretorio	711
Introduzione	711
Capitolo I – Identità e differenze fra hereditas e bonorum possessio	714
Capitolo II – Influenza della bonorum possessio sulla hereditas	719
Capitolo III – L'edictum successorium	732
Capitolo IV – Ordinamento delle vocazioni intestate nel nuovo sistema successorio	744
SEZIONE SECONDA – Sistema delle vocazioni intestate dell'ius civile novum	761
Introduzione	761
Capitolo I – Senatoconsulto Tertulliano	762
Capitolo II – Senatoconsulto Orfiziano	779
Capitolo III – Riforme postclassiche e riforme giustiniane anteriori alle novelle	783

Capitolo IV – Conclusioni della seconda parte	790
PARTE TERZA – La successione contro il testamento	797
Introduzione	799
SEZIONE PRIMA – La bonorum possessio contra tabulas dei liberi	808
Capitolo I – La classe dei liberi chiamati alla bonorum possessio contra tabulas	808
Capitolo II – La vocazione intestata dei liberi. Influenza che essa spiega sulla designazione testamentaria dell’erede	815
Capitolo III – Influenza della commissio edicti sull’istituzione dei liberi	821
Capitolo IV – Posizione giuridica dei figli dati in adozione istituiti nel testamento del loro padre naturale e concorso tra liberi istituiti e liberi preteriti	827
Capitolo V – Effetto della preterizione dei liberi: la bonorum possessio contra tabulas	833
Capitolo VI – Bonorum possessio contra tabulas e testamento	836
Capitolo VII – De legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita	849
Capitolo VIII – La collazione	863
SEZIONE SECONDA – La bonorum possessio contra tabulas del patrono	869
Introduzione	869
Capitolo I – Presupposti della bonorum possessio contra tabulas del patrono	874
Capitolo II – La posizione giuridica delle persone chiamate alla bonorum possessio contro il testamento del liberto	889
Capitolo III – Legittimazione passiva e cause di esclusione dalla b. p. c. t. del patrono. Atteggiamenti anormali del rapporto di patronato	903
SEZIONE TERZA – La querella inofficiosi testamenti	908
Capitolo I – Rapporti fra l’ordine dei legittimarii e quello dei successibili ab intestato nel diritto classico e postclassico	914
Capitolo II – Presupposti della querella nel diritto classico e in quello postclassico	931
Capitolo III – L’iniuria fondamento giuridico della querella classica e il color insaniae fondamento di quella postclassica	935
Capitolo IV – Legittimazione passiva alla querella	942

Capitolo V – Effetti della querella classica	949
Capitolo VI – La natura della querella postclassica	956
Capitolo VII – Effetti della querella postclassica	964
Capitolo VIII – Ragioni di esclusione dalla querella ed effetti della soccombenza nel giudizio di inofficiosità	970
Capitolo IX – La trasmissione della querella nel diritto classico, postclassico e giustiniano	974
Capitolo X – La querella inofficiosi testamenti nella legislazione giustiniana del codice	984
Capitolo XI – La successione contro il testamento nel diritto giustiniano delle novelle	990
Capitolo XII – Cenni storici sulla querella inofficiosi testamenti, considerata nella sua struttura processuale	1002
APPENDICE ESEGETICA E CASISTICA – La querella inofficiosi testamenti classica e postclassica	1013
Capitolo I – Antinomie delle fonti: presenza di due regimi diversi della querella	1015
Capitolo II – Valore giuridico del color insaniae nel diritto postclassico	1040
Capitolo III – La natura della querella postclassica desunta dalla esegesi del fr. 19 D. 5.2	1048
Capitolo IV – La natura della querella postclassica desunta dall'esegesi dei fr. 17 pr.; 8.8 D. 5.2	1071
Conclusione riassuntiva	1081
Indice delle fonti	1105

## ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO

INTRODUZIONE	1127
IL DIRITTO OBIETTIVO ROMANO	1137
– Ius civile	1138
– Ius gentium	1140
– Ius praetorium	1141
– Ius naturale	1143
– Interpretazione della norma	1145

LA PERSONALITÀ GIURIDICA	1147
– Personalità giuridica o capacità di diritto	1147
A) Status libertatis	1147
B) Status civitatis	1148
C) Status familiae	1149
– La persona giuridica	1151
– Capacità di agire	1153
– La rappresentanza	1154
PRINCIPI GENERALI RELATIVI AI RAPPORTI GIURIDICI	1157
– Dottrina del negozio giuridico	1159
ANALISI DEI RAPPORTI GIURIDICI FAMILIARI	1163
– I quattro fondamentali rapporti familiari	1163
– Quibus modis latini ad civitatem Romanorum perveniunt	1166
– Personae sui iuris et alieni iuris	1168
– Posizione giuridica dei servi	1170
– Posizione giuridica delle persone libere alieni iuris	1170
– Osservazioni conclusive sul diritto familiare	1186
TUTELA E CURA	1191
IL PROCESSO ROMANO	1209
– Natura privatistica del processo ordinario	1210
– La formula. Sua struttura	1220
– Extraordinaria cognitio	1244
– Litis contestatio e compromissum	1246
TEORIA DELLA SUCCESSIONE	1249
– I concetti	1249
– Struttura e funzione della successione	1250
– Principi generali del diritto successorio romano	1251
– Requisiti per la successione ereditaria	1252
– Effetti della successione ereditaria	1253
– Petitio hereditatis	1254
– Bonorum possessio o eredità pretoria	1254
– Il testamento	1255
– Elementi essenziali e accidentali del testamento	1257
– Successione ereditaria intestata	1262
– Successione legittima contro il testamento	1266

POSSESSO E DIRITTI REALI	1269
– Possesso	1269
Struttura	1269
Contenuto	1270
Oggetto del possesso	1271
Alienazione del possesso	1272
Fonti del possesso	1272
Conservazione e perdita del possesso	1274
Tutela del possesso	1274
Ragioni che legittimano la tutela del possesso	1276
– Diritti reali	1276
Diritto di proprietà: <i>dominium ex iure quiritium</i>	1277
Servitù prediali ( <i>iura praediorum</i> )	1305
Servitù personali	1310
Enfiteusi e superficie	1314
Rapporti fra diritti reali e proprietà	1319
– Pegno e ipoteca	1320
– Condominio	1325
RAPPORTI OBBLIGATORI	1331
– Evoluzione del concetto di <i>obligatio</i> e delle fonti obbligatorie	1331
Epoca originaria	1331
Epoca storica	1333
Epoca classica primitiva	1335
Ulteriore sviluppo nell'epoca classica	1336
Epoca postclassica e giustiniana	1337
– Analisi delle fonti obbligatorie	1338
Il <i>contractus</i>	1338
Quasi contratti	1384
Obbligazioni da atto illecito	1389
Quasi delitti	1398
– Modi di estinzione delle obbligazioni	1398
INDICE DEI NOMI DI PERSONA E DEI LUOGHI	1407

LA SUCCESSIONE EREDITARIA INTESTATA  
E CONTRO IL TESTAMENTO IN DIRITTO ROMANO

Vallecchi, Firenze 1930 [= Pubblicazioni della Regia  
Università degli Studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza].



*a Contardo Ferrini che per tutte le vie  
mi ricondusse alla casa del Padre*



## PREFAZIONE

Studiavo la *querella inofficiosi testamenti* e dopo avere proceduto alla separazione e ricostruzione dei due regimi che avevo notato stratificati l'uno sull'altro nelle fonti giustinianee, fui costretto dalla logica stessa dei miei studi a pormi questo problema: quale è la struttura della vocazione ereditaria che la querella mira a tutelare, attuandola anche contro la volontà del defunto? E che rapporto c'è fra questa vocazione necessaria tutelata con la querella e quella parimenti necessaria del *suus*? Si tratta di vocazioni aventi la medesima natura o natura diversa?

Se le due vocazioni hanno natura diversa, la conseguenza che da ciò discende è questa: che esse fanno parte di due sistemi successori essi pure diversi. Ma allora uno studio sulla successione necessaria contro il testamento presuppone, come preliminare, la conoscenza di questi due sistemi, diversi nella loro struttura e nella loro finalità.

Di qui la tripartizione del presente lavoro: 1) una prima parte dedicata alla conoscenza di quel sistema successorio cui appartiene la vocazione del *suus* ed al quale non potrebbe, invece, appartenere una vocazione tutelabile con la querella; 2) una seconda parte dedicata alla conoscenza di quell'altro sistema cui appartiene la vocazione tutelabile con la querella ed al quale, invece, non potrebbe appartenere una vocazione avente struttura identica a quella del *suus*; 3) una terza parte, infine, dedicata allo studio della querella e degli altri due rimedi giuridici (*bonorum possessio contra tabulas* concessa ai *liberi* ed al patrono) con cui vengono tutelate le vocazioni di questo secondo sistema.

Questa la struttura del lavoro: i risultati di esso sono stati brevemente esposti nelle conclusioni parziali delle singole parti ed in quella riassuntiva finale, cui rinvio.

Il titolo, *successione ereditaria intestata e contro il testamento*, promette forse un po' troppo, perché una trattazione completa di queste due forme di successione – specie della prima – non c'è (e non poteva esserci) nel lavoro.

E, infatti, lo scopo precipuo di esso fu quello di separare, con l'applicazione del metodo organico e dommatico insieme, i due sistemi da cui risulta costituita la successione ereditaria classica (prendendo come loro criterio discriminante l'intrinseca esigenza od esclusione della successione contro il testamento) e di approfondire lo studio della successione necessaria.

Riesaminando alla distanza di più di tre anni dalla sua prima stesura questo lavoro, ed assumendo rispetto ad esso l'atteggiamento critico di un estraneo, ho dovuto affermare a me stesso che le tesi centrali, pure viste alla luce di una maggiore maturità, restano tuttavia valide.

Certo, se dovessi procedere ad una nuova stesura del lavoro, pur serbandone inalterate le linee fondamentali, provvederei ad eliminare le sproporzioni e le lacune che esso attualmente, qua e là, presenta, e delle quali chiedo venia.

Un pensiero di viva gratitudine sento il bisogno di rivolgere alla Facoltà giuridica dell'Ateneo fiorentino, tra le pubblicazioni della quale quest'opera appare. Gli incoraggiamenti d'ogni genere da essa ricevuti furono non ultimo motivo dell'alacrità e dell'entusiasmo dei miei studi.

Un pensiero riconoscente rivolgo al ch.mo prof. Filippo Messina-Vitrano, alla cui scuola imparai ad amare quella costruzione complessa ed armoniosa che è la successione romana.

Ed una testimonianza della mia gratitudine profonda sia specialmente in queste pagine resa al mio Maestro, il ch.mo prof. Emilio Betti, dall'opera del quale, buona e sapiente, io appresi cosa mai racchiudesse di profonda intimità e di affettuoso e paziente sacrificio, la dolce parola di Maestro.

E, infine, non sia lasciata senza ricordo quell'interiore serenità che nel lungo periodo della stesura del lavoro la dolce misericordia di Dio fece, quale fiore di celeste fragranza, sbocciare improvvisa nell'anima mia: ore innumerevoli durante le quali la preghiera più viva era congiunta allo studio più intenso, mentre due nomi e due immagini riempivano di cielo l'anima: il nome e l'immagine di Maria, dolcissimo pegno di immortali speranze, il nome e l'immagine di Contardo Ferrini, indicazione sicura della mia strada.

Firenze, Pasqua del 1930.

PARTE PRIMA

LE VOCAZIONI EREDITARIE INTESTATE  
DELL'IUS CIVILE ANTICO, IN QUANTO FONDATE  
SULLA COSTITUZIONE DELLA FAMILIA AGNATIZIA



## SEZIONE PRIMA

# NATURA GIURIDICA DELLA VOCAZIONE INTESTATA DEI SUI ED INFLUENZA CHE ESSA SPIEGA SULLA DESIGNAZIONE TESTAMENTARIA DELL'EREDE

## INTRODUZIONE SIGNIFICATO GIURIDICO DELL'ONERE DI ISTITUIRE O DISEREDARE I SUI

§ 1. Natura dell'onere. Come esso dipenda dalla struttura dell'organismo familiare, che alla morte del paterfamilias porta automaticamente i sui ad occupare il posto di eredi.

§ 2. Valutazione del fr. 11 D. 28.2 e conferma tratta dalla esegesi del fr. 28 pr. D. 28.2 e della c. 4 C. 6.25.

§ 1. Il paterfamilias *non può preterire* gli heredes sui, ma deve o istituirli nel testamento o formalmente diseredarli.

Questo principio, che domina incontrastato nelle nostre fonti, e che, sia pure con funzione diversa, è stato ricevuto dalla stessa legislazione giustiniana – istituzioni, codice e novelle – ha radice nella stessa costituzione della familia romana; esso è l'indice della *necessità* in cui trovavasi il *suus* di divenire ipso iure *heres* del paterfamilias. Alla morte di costui le persone immediatamente soggette alla sua potestà venivano ipso iure ad occupare il posto di eredi. Ciò avveniva non già in virtù di un diritto soggettivo di successione necessaria, che in processo di tempo la giurisprudenza avesse riconosciuto ai sui e che il paterfamilias – pena la nullità del testamento – dovesse o attuare (mediante istituzione) o eliminare (mediante diseredazione), ma a causa della posizione stessa dei sui nell'orbita della familia e in confronto del paterfamilias: quindi per una *necessità giuridica* superiore, indipendente tanto dal volere del paterfamilias quanto dal volere dei sui. È l'ordine stesso delle cose, la stessa struttura organica della familia, che, morto il paterfamilias,

solleva automaticamente al posto di eredi coloro che dianzi erano immediatamente soggetti alla sua potestà<sup>1</sup>.

Questo ordine necessario di cose non esclude, peraltro, la piena libertà di testare del paterfamilias. Soltanto che tale libertà, per esplicarsi validamente, non può in nessun modo da esso prescindere. Se il paterfamilias, testando, non avesse tenuto conto della posizione dei sui, egli avrebbe operato contro i *presupposti stessi della sua libertà di testare*, e avrebbe compiuto un nulla giuridico<sup>2</sup>. Perché i sui, nonostante la preterizione e malgrado la volontà loro e del paterfamilias, erano necessariamente chiamati ad occupare quel posto di heredes dal quale il paterfamilias non aveva provveduto a rimuoverli.

Ond'è che il testamento sarebbe stato nullo non già perché mancante di un requisito formale – come di solito si assume – ma perché le persone con esso designate non avrebbero potuto occupare quel posto di erede che trovavasi *già automaticamente* occupato dai sui.

Pertanto, nell'ipotesi di preterizione, la nullità del testamento non deve essere profilata come garanzia di un diritto di successione contro il testamento – sia pure soltanto formale – riconosciuto ai sui, e, quindi, come prima affermazione di una *successione necessaria contro il testamento*. Né tale nullità va spiegata con la mancanza di un requisito formale del testamento. Essa dipende, inve-

<sup>1</sup> Che alla morte del paterfamilias alcuni effetti giuridici automaticamente si producano nell'ambito della familia, è riconosciuto anche dal FADDA (*Concetti fondam. d. dir. er. rom.*, § 462-463). Così i filii familias diventano necessariamente patresfamilias e assumono la potestas sui loro discendenti. fr. 46 D. 10.2 «quia mortuo patre quaedam filios sequuntur etiam antequam fiant heredes, ut matrimonium, ut liberi, ut tutela»; cfr. 56.2 D. 23.3. Questi effetti, come dice il Fadda, dipendono dalla posizione che la persona ha nella familia. Orbene, tra questi effetti bisogna porre anche l'acquisto della qualità di erede da parte dei sui o degli agnati: perché anche questo acquisto dipende dalla posizione che il chiamato occupa nella familia (cfr. PEROZZI, *Ist.*, II, 360).

Tutto ciò è evidentissimo nella successione tanto intestata, quanto testamentaria (purché non condizionata), dei sui. È evidente ancora nella chiamata del prossimo agnato, il quale non acquista necessariamente – come i sui – la eredità, ma tuttavia è il *solo necessariamente designato* a succedere al defunto. La sua vocazione è organica, perché dipende dalla sua posizione familiare.

Questo organico collegamento tra le vocazioni ereditarie e i posti familiari non appare, invece, nelle chiamate testamentarie. Tuttavia, si tenga presente che, in origine, la designazione testamentaria aveva luogo nell'ambito della familia e mirava a scegliere tra i sui il successore più degno (BONFANTE, *Ist.*, 8<sup>a</sup> ed. 540 n. 2; *Scritti giuridici*, I, 153); 227, n. 1; 245; 487; BETTI, in *Bull. dir. rom.*, 34, 272 sg.).

Tenuto presente l'organico collegamento tra la posizione familiare del suus e la sua vocazione ereditaria, si spiegano tanto la necessità dell'acquisto ereditario da parte del suus, quanto la *originarietà* della sua vocazione.

È evidente, perciò, quanto sia erroneo non considerare il suus come l'heres per eccellenza, come fa, con altri, anche il FADDA (*op. cit.*, § 268).

<sup>2</sup> Cfr. in questo senso PEROZZI, *Ist.*, II, 494: «La successione necessaria formale è mezzo per introdurre la libertà di testare».

ce, dal prodursi di una successione intestata in capo ai sui che sono necessariamente portati dall'organismo familiare<sup>3</sup> ad occupare il posto di eredi, quando la loro vocazione intestata non sia stata né *trasformata* in vocazione testamentaria né *eliminata* mediante diseredazione. Le persone designate nel testamento non potevano, pertanto, acquistare la qualità di eredi, che già ipso iure compete ai sui ad altro titolo (e cioè ab intestato).

Come lucidamente argomenta Trifonino (fr. 28 pr. D. 28.2), per il suus non potevano verificarsi che tre ipotesi: egli doveva necessariamente essere o 1) erede ex testamento, o 2) diseredato, o 3) erede ab intestato. Da queste ipotesi non si usciva: ond'è che quando il suus nel testamento paterno, non fosse stato né istituito né diseredato, ne conseguiva che egli diventava erede ab intestato. La preterizione di un suus rende nullo il testamento non già perché faccia mancare un requisito formale necessario alla sua validità, ma perché una vocazione testamentaria viziata dalla preterizione non impedisce al suus di venire alla successione ad altro titolo, e cioè ab intestato. Potremmo dire, piuttosto, che il testamento è nullo perché, essendo il suus diventato automaticamente erede ab intestato, ricorre qui il principio «nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest»<sup>4</sup>.

Queste considerazioni, che lo studio delle fonti ha in me provocate, permettono di risolvere un problema intorno al quale gli autori si sono affaticati senza molto frutto. Essi si sono chiesti *donde* sorgesse e *come* sorgesse questo che essi chiamano «*obbligo*» del paterfamilias di istituire o di diseredare formalmente i sui heredes<sup>5</sup>. La soluzione di solito accolta afferma che questo obbligo sia sorto ad opera della vetus iurisprudenzia, e sia sorto in funzione di limite della amplissima potestà di testare del paterfamilias<sup>6</sup>. Afferma, perciò, che tale obbligo

<sup>3</sup> L'ARANGIO-RUIZ, *Ist.*, II, 309, parlando della legittima del patrono (bon. possessio partis dimidia) afferma «che essa è fuori dalle esigenze dell'*organismo familiare* propriamente detto». Si argomenta a contrario che è, dunque, una esigenza dell'organismo familiare anche per l'A. R. quella che determina la successione necessaria dei sui.

<sup>4</sup> Sulla regola «nemo pro parte etc.» vedi BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, 140 seg. e passim, *Ist.*, 8<sup>a</sup> ed., 539. Diversamente PEROZZI, *Ist.*, II, 372.

<sup>5</sup> Il GIRARD (*Manuel*, 7<sup>a</sup> ed., 899) ripone nella *comproprietà* «esistente tra i sui ed il paterfamilias» il fondamento della necessità di istituire o diseredare i sui. In tal senso anche: VANGEROW, *Pand.*, § 467; FRANCKE, *Das Recht der Notherben*, 16 seg.; AD. SCHMIDT, *Das formelle Recht der Notherben*, 3 et sg.; HOELDER, *Z. S. St.*, 16 [1895], 277 seg.; FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, § 232; BONFANTE, *Ist.*, 8<sup>a</sup> ed., 609; LONGO, *Bon. possessio* in *Enciclopedia giuridica*, 1237, n. 2; DE FRANCISCI, *Bull. d. rom.*, 23-216, n. 1-4.

<sup>6</sup> L'opinione che considera come introdotto dalla giurisprudenza il cosiddetto «obbligo» di istituire o di diseredare i sui, è prevalente in dottrina. Essa si fonda, comunemente, su un testo di CICERONE, *De oratore*, 1, 38, 175; cfr. FRANCKE, *op. cit.*, p. 16; SCHMIDT, *op. cit.*, p. 3 sg.; FADDA, *op. cit.*, § 232; BONFANTE, *Istituzioni*, 8<sup>a</sup> ed., p. 609, *Scritti giuridici*, I, 379; MÜHLENBRUCH, *Cont. Glück*, § 1421 h, trad. it., vol. 28, p. 420 sg.; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, II, 308, 268; BUCKLAND, *A text book of roman law*, 318; SCHIRMER, *Z. S. St.*,

sia correlativo a un *diritto di successione* dei sui, riconosciuto loro, in processo di tempo, dalla giurisprudenza. Si aggiunge ancora che la successione necessaria dei sui può anche trovare il suo fondamento in una presunta volontà del testatore, in quanto preterì il suus senza volerlo. Queste limitazioni, sia pure di carattere meramente formale, costituirebbero, perciò, la prima manifestazione di una vera e propria *successione necessaria contro il testamento*.

Ma in realtà, né vi era propriamente, nel paterfamilias, un *obbligo* (in senso tecnico) di contenuto alternativo<sup>7</sup> verso il suus, né può parlarsi, correlativamente, di una vera pretesa giuridica da parte di costui ad essere dal paterfamilias istituito o diseredato. Una pretesa il cui soddisfacimento può risolversi a danno del titolare (come nel caso di diseredazione) non è evidentemente una pretesa in senso giuridico.

Deve dirsi, piuttosto, che il testatore, se voleva designare erede soltanto uno o alcuni fra i sui ovvero un estraneo, aveva l'*onere* di provvedere a diseredare gli altri o, rispettivamente, tutti i sui<sup>8</sup>.

L'esigenza di istituire o diseredare i sui procede da una necessità giuridica derivante dalla posizione familiare del suus. È, perciò, una esigenza *originaria ed organica*, che ha base nella stessa costituzione familiare agnaticia e che sta a fondamento di tutto il diritto ereditario. Non si tratta, infatti, di un porta-

1881, 165-180; BRUGI, *Appendice cont. Glück*, § 1605-1606; DERNBURG, *Pandette* (trad. it.), III, § 143 sgg. Anche il PEROZZI crede che la regola «sui aut etc.» sta stata introdotta dalla giurisprudenza (*Ist.*, II, 376): ma ciò, in senso profondamente diverso dal comune. Quest'obbligo sarebbe stato introdotto, secondo alcuni, a salvaguardia del diritto di proprietà che i sui avrebbero avuto sul patrimonio paterno; secondo altri la necessità della istituzione o della diseredazione dei sui sarebbe stata conforme alla stessa volontà del testatore: essa sarebbe stata introdotta per impedire che un suus, cui il testatore non avesse per errore pensato, venisse così, contro la stessa volontà del testatore, escluso dalla sua eredità. A quest'«obbligo» avrebbe riguardo Pomponio, nel fr. 120 D. 50.16, affermando che la latissima potestas del testatore venne via via limitata. Come affermo nel testo, però, la necessità di istituire o di diseredare i sui originaria, e non costituisce in nessun modo un *obbligo* del testatore cui sia correlativo un diritto dei sui. Si tratta di un effetto che necessariamente discende dalla posizione familiare dei sui. Esatte osservazioni in PEROZZI, *Ist.*, II, 486, n. 1.

<sup>7</sup> Di un obbligo alternativo parla l'ARANGIO RUIZ (*op. cit.*, 308); il quale assume che «ai sui heredes è dovuto soltanto il *riguardo formale* di non essere passati sotto silenzio», (pp. 268-269).

<sup>8</sup> La necessità in cui si trova il paterfamilias di istituire o diseredare i sui costituisce un *onere* cui il testatore deve necessariamente sobbarcarsi, *se vuole* che il testamento sortisca pratico effetto. Sul concetto di onere vedi CARNELUTTI, *Lezioni dir. proc.*, II, § 126-127, p. 398; WEISSMAN, *Lehrbuch*, I, p. 12, 113 sgg.; ZITELMANN, *Das Recht des Bürgerl. Gesetzb. I Allgemeiner Teil*, p. 166 sgg.; cfr. BETTI, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, 342 nota a; 349; CARNELUTTI, *Dir. e proc. nella teoria d. obblig.*; *Studi in onore di Chiovenda*, p. 249; I GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage* (1925), p. 335 sgg. Osserva esattamente il PEROZZI, *Ist.*, II, 486, n. 1: «Il nostro principio – sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi – non dipende neppure da tendenza ad evitare un danno patrimoniale al suus: perché il testamento in cui non sia istituito o diseredato non vale neppure se il testatore gli lascia il più cospicuo legato. È evidente che il *motivo del principio è tutto giuridico*».

to storico, né di un primo addentellato della cosiddetta successione necessaria contro il testamento, ma di un principio che è immanente alla originaria struttura della hereditas.

La soluzione del problema sopra enunciato va, perciò, ricercata nella analisi di tale struttura e, quindi, nell'organismo familiare da cui l'esigenza sorse e dal quale la struttura della hereditas venne determinata. Il paterfamilias non ha obblighi cui debba sottostare nello erigere il testamento: il suus non ha diritti che non debbano essere disconosciuti. Non vi è in questione che la possibilità giuridica di testare, di provvedere alla propria successione: e ciò è giuridicamente possibile, solo quando il testatore abbia tenuto conto della successione cui i sui erano necessariamente portati, sia trasformandola in successione testamentaria sia eliminandola mediante diseredazione.

La successione ereditaria romana, infatti, presuppone, da parte del chiamato, l'acquisto di un titolo personale, l'occupazione di un posto: quello di erede. Ora poiché questo posto è automaticamente occupato dal suus – quando il defunto non abbia provveduto a diseredarlo – consegue che questo posto già occupato a un titolo (ab intestato) dal suus, non possa, per la contraddizione che non consente, essere altresì occupato, a titolo diverso (ex testamento), dal designato nel testamento<sup>9</sup>.

È chiaro, adunque, che la posizione del problema adottata dalla dottrina è errata perché fondata su presupposti errati. Invece di ricercare quando e come questo onere del testatore sia sorto, bisognava ricercare la ragione familiare dell'onere stesso: il quale scaturisce dal congegno stesso della successione ereditaria, ed è, quindi, ad essa intrinsecamente immanente.

Di qui scaturisce – come conseguenza delle valutazioni fatte, da un lato, circa l'acquisto automatico del titolo di erede da parte dei sui, e, dall'altro, circa la piena libertà di testare del paterfamilias (libertà resa possibile dalla potestà che egli aveva di diseredare i sui) – la soluzione del problema concernente la prevalenza, nel diritto romano primitivo, della successione testamentaria o di quella intestata.

In realtà anche questo problema, come già il precedente, posto in tali termini, non ha senso nel diritto romano<sup>10</sup>. Non c'è contraddizione, infatti, fra le due specie di vocazioni: nel senso che l'acquisto ipso iure della qualità di erede da parte dei sui, e, quindi, questa apparente prevalenza della successione intestata, non *esclude* la piena libertà del testatore. Si noti, infatti, che, se è vero che i sui acquistavano automaticamente, alla morte del loro paterfamilias, la quali-

<sup>9</sup> BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, 140 seg.

<sup>10</sup> Dice esattamente il BONFANTE (*Scritti*, I, 476): «AmMESSO pertanto che la successione dei figli sia il tipo prevalente di successione, il che è, ripeto, *esatto*, e non per la sola età primitiva, desumerne che il testamentum romano sia posteriore è un'illazione irreflessiva e antiromana».

tà di eredi, e se è vero che questa necessità del loro acquisto è primigenia, perché scaturiente dall'ordinamento stesso della familia, non è men vero che, già nel diritto romano primitivo, a questa necessità si contrappone un istituto giuridico esso pure *primigenio*, diretto a impedire ai sui l'acquisto della qualità di eredi: la *exhereditatio*<sup>11</sup>.

La dottrina che assume la originarietà del testamento non ha tratto dall'istituto della diseredazione tutti gli argomenti che esso porta alla veridicità del suo assunto. Anche per essa la diseredazione, infatti, sarebbe un portato della interpretazione della giurisprudenza, e, quindi, una creazione tarda innestata dai giureconsulti nel sistema successorio romano: anche per essa la diseredazione sarebbe un «aver riguardo», sia pure in modo negativo, al diritto di successione dei sui<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Che la *exhereditatio* sia istituto primigenio, è provato dall'antica costituzione familiare. La quale – secondo quanto ha assunto il BONFANTE (*Scritti giuridici*, I, 115) – non andava frantumata alla morte del *paterfamilias* ma continuava la sua vita sotto la direzione del nuovo *paterfamilias*: l'erede. Vi era, perciò, la *necessità* che tra i sui, naturalmente portati a succedere al loro *paterfamilias*, costui, nel designare il successore, provvedesse in pari tempo ad escludere gli altri sui dalla successione.

<sup>12</sup> BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, p. 15, 108, 109, segg., 115, 116, 153, 245 (...il testamento era nelle origini ...la designazione di uno tra i sui), 325, 476. *Istituzioni*, 8<sup>a</sup> ediz., 539 seg. Mentre concordiamo pienamente col Bonfante – la tesi del quale relativa al contenuto originario della *hereditas* riceve ulteriore conferma dai risultati cui perveniamo con questa trattazione – circa la originarietà della designazione testamentaria (supposto, però, sempre che il designato sia *uno dei sui heredes del testatore*), non possiamo, invece, accettare la tesi, che lo stesso Bonfante sostiene, circa la natura recente della *exhereditatio*. (*Scritti giuridici*, I, 227).

Perché, o si ammette che la *exhereditatio* è originaria ed è coordinata alla *institutio*, e allora si riesce a spiegare perfettamente la originarietà della designazione testamentaria: o, invece, si crede che la *exhereditatio* non è originaria – e ciò in contrasto con la struttura della successione romana – e allora bisogna ammettere una primitiva prevalenza della successione intestata del *suum* su quella testamentaria.

Una cosa è certa: che la successione dei sui (determinata automaticamente dall'organismo familiare) è originaria, come i testi concordemente affermano e la struttura della *hereditas*, in quanto organicamente collegata con la familia, apertamente dimostra. Peraltro, affermare che la successione dei sui sia originaria, non significa affermare la prevalenza della successione legittima su quella testamentaria. E ciò perché il *paterfamilias*, pur adattandosi alle esigenze familiari e pur designando il successore tra i sui, aveva la potestà di escludere gli altri sui mediante diseredazione.

Il Bonfante, forse per reazione alla dottrina avversa alla sua tesi, non ha posto mente alla posizione peculiare dei sui nella familia e ai due effetti (fondamentali nel campo ereditario) che a questa posizione vanno ricondotti:

- 1) l'acquisto necessario della eredità paterna da parte dei sui
- 2) la necessità della loro istituzione o diseredazione.

Come affermo nel testo, il carattere prevalente ed originario della successione del *suus* non costituisce ragione sufficiente per escludere la originarietà della designazione testamentaria (in questo senso, invece, ARANGIO RUIZ, *Le genti e la città*, p. 69); perché, come assume anche il Bonfante, la designazione del successore era fatta tra i sui. Bisogna aggiungere, però,

In realtà, però, la diseredazione è istituto primigenio: almeno tanto primigenio quanto è tale la istituzione di erede<sup>13</sup>. L'una e l'altra rispondono a esigenze identiche, sia pure opposte; l'una e l'altra hanno natura identica, sono soggette a disciplina identica, quantunque sortano effetti opposti: effetti, però, che nella loro opposizione sono *simmetrici* perché dove per l'una si tratta di *attribuire* il titolo di erede (ex testamento), per l'altra si tratta di *rimuovere* questo titolo in capo a chi necessariamente lo *possiede* (ab int.)<sup>14</sup>.

che ciò che rendeva possibile questa designazione, costituendone la condizione preliminare, era la diseredazione degli *altri* sui.

Inaccettabili mi sembrano, perciò, le considerazioni del Bonfante sulla diseredazione dei sui in quanto prodotto della interpretazione giurisprudenziale (*Scritti giuridici*, I, 227; 379).

<sup>13</sup> Un istituto parallelo alla istituzione di erede in quanto *concentrazione* in un suus della qualità di erede, si ha nell'*adsignatio libertorum*. Il paterfamilias assegnava ad uno dei figli che egli aveva sotto la sua potestà i propri liberti (o uno di essi). Quest'assegnazione *concentrava* nell'assegnatario la qualità di patrono che competeva anche agli altri figli. Di questo istituto, che ha una mirabile identità strutturale con l'istituzione di erede, trattiamo più oltre ampiamente. Cfr. § 107 segg.

<sup>14</sup> Cfr. PEROZZI, *Ist.*, II, 360, 371, 486.

Il punto di partenza del Perozzi sta in ciò: che l'eredità deriva da un solo fatto: dalla qualità di figlio (p. 360). Il nome di *heres* esprimeva, secondo il Perozzi, «non il solo fatto della successione, ma anche la qualità di figlio, che sino allora, cioè sino alla legge delle XII tav., ne era il titolo esclusivo». La distinzione fondamentale tra i sui e gli agnati, in ordine alla successione, starebbe in ciò, che i primi, in quanto figli, sono anche eredi, gli altri, perché non figli, non sono neanche eredi. E supposto, come crede il Perozzi, che il testamento fosse destinato a creare un suus al paterfamilias che non avesse figli naturali, la distinzione tra i sui heredes ed agnati o gentili non heredes è netta.

Solo per opera della giurisprudenza sarebbe stata la qualità di erede da quella di figlio (364) e resa così possibile la creazione di eredi che non fossero figli. E allora: mentre in origine eredi erano *soltanto e necessariamente i sui*, successivamente fu possibile che ci fossero *eredi non sui*. Ma ciò fu possibile solo a condizione che il testatore avesse anzitutto provveduto a «spogliare il suus – se c'era – della sua qualità immanente di *heres*» (371). Quanto agli agnati ed ai gentili il padre poteva preterirli, perché questi, non essendo figli, non sono veramente heredes.

«La diseredazione – dice il Perozzi – rappresenta così una transazione fra l'antica eredità collegata al rapporto di figliolanza e la nuova svincolatesene. Il padre potrà far testamento a favore di chiunque quando abbia vinto l'ostacolo dell'*heres* suus o spogliandolo della qualità di erede o lasciandogliela, ma insieme soddisfacendo ad essa coll'istituzione» (371).

Pel Perozzi, perciò, le cose stanno così: in origine eredi erano solo i sui; quando fu ammesso che eredi fossero anche degli estranei, costoro non acquistavano la qualità di erede se di questa non fossero stati spogliati anzitutto i sui cui tale qualità necessariamente competeva. La tesi del Perozzi per spiegare il principio «sui aut instituendi sunt aut exheredandi» è certamente l'unica che individui nettamente la ragione del principio. È esatto che la successione del suus è il tipo originario e prevalente della successione; ed è vero che la diseredazione aveva per oggetto la rimozione, nel suus, della qualità di erede che a lui necessariamente competeva (cfr. BONFANTE, *Scritti*, I, 479). Ma tranne che in questi due punti – i quali possono stare a sé, indipendentemente dal sistema successorio come lo concepisce l'autore – noi non possiamo concordare col Perozzi intorno agli altri principii che, a suo avviso, regolerebbero tutto il diritto ereditario romano.

Infatti la diseredazione è, anzitutto, un istituto essenzialmente extrapatrimoniale, come la istituzione: è soltanto nel diritto postclassico che la sua funzione muta carattere e diventa patrimoniale (c. 3 C. 6.28); il diritto classico e, quindi, il diritto primitivo da cui esso si svolse, non conosceva altra funzione della diseredazione se non quella di rimuovere – nel *suus* che lo possiede – il titolo di erede. È, appunto, per questa sua funzione, che *a*) la diseredazione deve essere formalmente espressa nel testamento (Gai II. 127; § 1 Inst. II. 13), *b*) che essa deve essere pura, cioè non sottoposta a termine o condizione (3.1 D. 28.2; 18 pr. D. 37.4; 3.2 D. 28.2; 69 D. 28.5; 29.10 D. 28.2; 4.2 D. 28.5; 13.2 D. 28.2), *c*) non può essere ristretta, né a singole persone istituite nel testamento, (3.2 D. 28.2), *d*) né può farsi *ex re certa* (19 D. 28.2), e inoltre *e*) deve avvenire *ab omnibus gradibus*. E, probabilmente, è da attribuire a questa sua funzione la giuridica possibilità che essa *precedesse*, nel testamento, la stessa istituzione di erede (3.3 D. 28.2).

Quando passerò a trattare *ex professo* di questo istituto per ricavare dalla analisi dei testi i principi sopra esposti, apparirà ancora più chiaramente questo perfetto *parallelismo* tra istituzione di erede e diseredazione. Si tratta di due istituti, che sorgono contemporaneamente dalla medesima base, che hanno radice in uno stesso ordine di cose, che rispondono ad una identica esigenza. Istituzione e diseredazione sono tra loro concettualmente legate: e se è possibile discernere in uno stesso concetto un *prius* ed un *posterius*, bisogna anzi dire che la diseredazione è, logicamente, preliminare alla istituzione, perché essa ha per scopo di rendere possibile la istituzione<sup>15</sup>. Con la diseredazione, si tratta,

Una tesi simile a quella sostenuta dal Perozzi, sostiene l'ARANGIO RUIZ, *Ist.*, II, 307 segg. 268-269; 274. L'Arangio sostiene, del resto giustamente, che nel diritto romano il punto di partenza del diritto ereditario sia nella posizione del *suus heres* (p. 273). Egli sostiene ancora che in origine fosse esclusa la nomina di un erede testamentario in presenza dei figli. Da questa assoluta originaria impossibilità di testare, il diritto romano sarebbe passato, in epoca non determinabile, a una assoluta libertà di testare. Il ponte di passaggio dall'antica alla nuova concezione – dice l'Arangio – è dato dalla *exheredatio*. «Questa fu dapprima un atto solenne ed autonomo di *spossestamento della qualifica di figlio* e di erede... ma divenne poi, col separarsi delle due nozioni di *filius* e di *heres*, una semplice dichiarazione testamentaria che escludeva i discendenti dall'eredità». Valgano per l'Arangio le osservazioni che abbiamo fatte per il Perozzi; con questo di più: che, secondo la indubbia testimonianza delle fonti e secondo la struttura della *exheredatio* come ci è da esse univocamente presentata, non è possibile ricondurre alla *exheredatio* l'effetto di *spossestamento della qualifica di figlio*. La *exheredatio* è profondamente diversa dalla ἀποκέρυξις. Cfr. ALBERTONI, *L'apokeryxis*, p. 49 seg.; MEIER-SCHÖMANN-LIPSIUS, *Das Attische Recht*, p. 502 segg.; BETTI, *Problemi e criteri metodici*, in *Bull.*, 34, p. 273 sg. (ivi, p. 272-74 è anche una critica dell'ipotesi dell'Arangio).

<sup>15</sup> Sostiene la originarietà della diseredazione il GIRARD, *op. cit.*, 899, 900, n. 2. Egli, fondandosi sull'idea della *comproprietà* familiare, assume che i suoi sono necessariamente domini del patrimonio ereditario, quando non siano allontanati mediante diseredazione dalla eredità. Perché, dice il Girard, la eredità non vada al *suus* è necessario che il padre lo *spogli* della proprietà che a lui compete: questo *atto di espropriazione* è necessario, perché l'eredità sia

infatti, di sgombrare il posto di erede, allontanandone il suus che altrimenti lo occuperebbe ab intestato, per far luogo così al designato nel testamento, al quale la diseredazione apre la via per venire alla eredità<sup>16</sup>.

Se primigenia è, perciò, la istituzione di erede, primigenia deve essere altresì la diseredazione dei sui.

La controversia tra gli scrittori ha origine da una visione unilaterale del problema. La dottrina sostenuta dagli uni argomenta dallo acquisto automatico della qualità di erede da parte dei sui; ma trascura che vi è, correlativa e contemporanea, la amplissima potestas dei testatori di arrestare il funzionamento di questo congegno giuridico mediante la diseredazione.

La dottrina a questa opposta, argomentando, giustamente, dalla univoca testimonianza delle fonti, assume la originarietà del testamento; ma non ferma la sua attenzione su due punti di fondamentale importanza: 1) sul fatto che la originarietà del testamento non esclude il carattere originario della successione dei sui; 2) sulla simmetria della istituzione e della diseredazione, in quanto istituti che vicendevolmente si integrano e si giustificano.

L'errore, nella controversia, sta perciò nella comune unilateralità ed è comune ad ambedue le parti. Ed esso – fatto notevole – conduce gli uni e gli altri ad affermazioni egualmente erranee in un altro campo che, a prima vista, non sembra essere in rapporto con quello su cui la controversia ha luogo: nel campo della successione necessaria contro il testamento.

Infatti, è dottrina comune quella per cui si sostiene che il cosiddetto *obbligo* della istituzione o diseredazione dei sui sia un portato storico, e, comunque, esuli dai problemi di origine, relativi alla successione ereditaria.

Per contro, a me sembra, non per semplice congettura, ma per la testimonianza indubbia delle fonti, che questo che impropriamente si chiama «obbligo» del testatore, sia non già un portato storico e un primo addentellato di successione necessaria, ma un necessario effetto della primitiva struttura ereditaria. L'analisi passionata condotta su questo caratteristico fenomeno, come le nostre

attribuita ad altri. «C'est une expropriation qui a été faite d'abord par le peuple lui même en vertu de son pouvoir législatif, puis par le testateur, quand ce pouvoir lui a été transféré». Perché, dunque, il paterfamilias possa validamente testare deve preliminarmente spogliare il figlio del diritto di proprietà che a lui compete sul patrimonio paterno. Solo dopo compiuta questa espropriazione – mediante diseredazione – sarà possibile procedere alla istituzione dell'erede. E allora appare evidente come l'istituto della diseredazione debba rimontare ad un'epoca antichissima. Le considerazioni del Girard sarebbero esatte solo se fosse vero il loro punto di partenza: cioè il *condominio familiare*. È ben vero che la necessità della istituzione o diseredazione dei sui non è stata introdotta dalla giurisprudenza, bensì è *originaria*: ma ciò è dovuto – come mostro nel testo – alla posizione dei sui e alle esigenze stesse dell'organismo familiare.

<sup>16</sup> Naturalmente quando si tratti di estraneo; perché se designato nel testamento fosse un suus costui verrebbe alla eredità non come erede volontario, ma come erede necessario (Gai II, 157).

fonti ancora compiutamente ce lo mostrano, e, quindi, la intelligenza della funzione e della natura della *exheredatio*, portano viva luce sul problema delle origini.

Risponde al vero, pertanto, così l'acquisto originario *ipso iure* dei suoi come, parimenti, la originaria possibilità di testare. Ammettere l'una e l'altra originarietà non è ammettere una contraddizione. Perché, qui, la contraddizione è evitata dalla presenza di un istituto, esso pure naturalmente originario, che costituisce come il tratto di unione dell'una specie di vocazione con l'altra: la *exheredatio*.

Che questa non sia una vana congettura provano le riflessioni fatte ora ora, e le conclusioni cui porterà l'analisi dei testi più significativi. La testimonianza delle fonti è, qui, sicura ed univoca. Sicura, perché i testi non ci si presentano (e, come vedremo, a ragione) punto alterati dai compilatori. Univoca, perché il principio che il testatore non possa preterire i suoi, ma si trovi nella necessità di istituirli o di diseredarli, è a fondamento di tutto il sistema successorio, e ci si mostra non come una superstruttura aggiunta al sistema mercé una interpretazione equitativa della giurisprudenza, ma proprio come il tratto essenziale del sistema medesimo.

§ 2. Non viene valutato nella sua vera portata un testo (11 D. 28.2) di Paolo che è pure fra i più noti di questa materia. La interpretazione che di esso (e di quello *gaiano* II. 157; *Collatio* 16.3.6; § 2 *Inst.* II. 19) comunemente si dà, consiste nel supporre che i giureconsulti classici, i quali, secondo la dottrina comune, *avevano introdotto* l'onere del testatore di non preterire i suoi, avrebbero voluto giustificare questa restrizione apportata alla antica amplissima libertà del testatore ricorrendo ad una concezione, che, in sé, è davvero antiromana. Essi avrebbero, cioè, fatto leva su un presunto condominio dei figli rispetto al patrimonio familiare, per inferirne il diritto loro di non essere preteriti. Questa concezione sarebbe appunto rispecchiata nel testo di Paolo, dove si accenna a tale condominio.

PAULUS, *libro secundo ad Sabinum*: 11 D. 28.2, P. 1631.

In suis heredibus evidentius apparet continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias [sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit]. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa licet non sint heredes instituti [domini] (heredes tamen) sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare quos et occidere licebat.

GAIUS, II, 157.

Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur: unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum.

Dice Paolo: negli eredi «sui» la successione si configura in tale maniera da sembrare quasi che non ci sia propriamente eredità, ma che si tratti piuttosto della prosecuzione, da parte di costoro, di un dominio già esistente durante la vita del *paterfamilias*. Ora questa è solo una descrizione, non una valutazione giuridica del fenomeno: Paolo e Gaio si fermano cioè sugli effetti esteriori, non sulla causa di esso<sup>17</sup>.

La causa è da ricercare, invece, nella posizione familiare dei *sui heredes*.

L'organismo familiare li solleva automaticamente al posto di eredi del *paterfamilias*: essi subentrano nella sua posizione giuridica per un moto automatico del congegno familiare. E poiché allora non c'è interruzione tra la morte del *paterfamilias* e la sopravvenienza del successore, e poiché questo successore è un *filiusfamilias*, è possibile che appaia all'esterno, nel caso, anziché una *hereditas*, la prosecuzione di un dominio già esistente. È evidente, peraltro, che questa apparenza esteriore del fenomeno è cosa ben diversa dalla vera essenza di esso.

Non è sul condominio che bisogna fermare l'attenzione per spiegare la necessità, per il *paterfamilias*, di istituire o diseredare i *sui*.

Dalle parole stesse dei due giuristi appare, peraltro, come essi fermassero il loro pensiero non tanto sulla idea del condominio, quanto sulla maniera organica in cui si produce la successione dei *sui*. Ed è appunto in questo naturale – epperò necessario – ordine di cose, che essi, in fondo, vedono la causa per cui «*licet non sint heredes instituti, domini [cioè, heredes] sunt*». Probabilmente, il testo avrà subito qualche alterazione da parte dei compilatori o, già prima, da parte degli interpreti postclassici. Paolo, infatti, non avrebbe detto che i *preteriti* sono tuttavia *domini*, ma avrebbe detto che sono tuttavia *heredes*; e l'accento al condominio non doveva superare quella affermazione vaga (... *quasi olim hi domini essent... quodammodo domini existimantur...*) cui egli stesso ricorre nel testo della *Collatio*, e cui Gaio ricorre pure nelle sue istituzioni. Comunque, il significato di questo frammento sta in ciò: che esso ci mostra la situazione peculiare in cui si trovavano i *sui* alla morte del loro *paterfamilias*, e la necessità che vi era di diseredarli qualora il testatore avesse voluto concentrare la chiamata alla eredità su qualcuno dei *sui medesimi*, o deferirla ad un estraneo. Il posto di erede era ipso iure occupato dai *sui* (*ab intestato*) quando il *paterfamilias* fosse morto intestato o li avesse *preteriti*: per impedire questa necessaria occupazione *ab intestato* del posto di erede e, quindi, per renderne possibile la occupazione *ex testamento*, non v'era altro mezzo che la diseredazione.

Le osservazioni fatte ci portano a conclusioni positive e negative insieme. Positive, in quanto esse ci permettono di cogliere gli elementi originali – i più

<sup>17</sup> FRANCKE, *op. cit.*, p. 17; MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, § 1421 h 569; BETTI, *Bull. d. rom.*, 34, 269 n. 4. Il BESELER, *Beiträge zur Kritik d. röm. Rechtsquellen*, 4, 231, ritiene interpolato il fr. 11: ma queste interpolazioni di carattere esclusivamente formale non mutano per nulla i termini della questione che a noi interessa di risolvere.

semplici – della struttura che presenta la successione dei sui; consistenti: *a*) nello acquisto ipso iure della qualità di erede, *b*) nella correlativa possibilità di impedire tale effetto mediante valida diseredazione. Negative, in quanto la diseredazione non appare quale istituto innestatosi in processo di tempo sull'antico tronco della successione ereditaria, e quale prima manifestazione di una successione contro il testamento; risulta, invece, avere base nella stessa necessità da cui promana l'acquisto ipso iure dei sui, e sorgere da una *esigenza* a questo acquisto *antitetica*: la libertà di testare al paterfamilias illimitatamente e originariamente riconosciuta. Segue ancora che, quanto alla dottrina della nullità del testamento per il fatto della preterizione di un suus, non è esatto né sufficiente affermare che il testamento sia nullo per mancanza di un requisito formale, la osservanza del quale sarebbe sorta in funzione di garanzia di un preteso diritto di successione del suus. Bisogna dire, per contro, che questa nullità ha causa nel necessario verificarsi della occupazione ab intestato del posto di erede da parte del suus preterito: la occupazione del posto di erede ad un titolo determinato, esclude, naturalmente, che tale posto possa essere occupato a titolo diverso.

Queste riflessioni, scaturite dallo studio delle fonti, sono specialmente avvalorate dalla esegesi di taluni testi del titolo *de liberis et postumis instituendis vel exheredandis* del libro 28 dei Digesti.

TRYPHONINUS, *libro vicensimo disputationum*; 28 pr. D. 28.2, P. 70.

Filius a patre, cuius in potestate est, sub condicione, quae non est in ipso potestate, heres institutus et in defectum condicione exheredatus decessit pendente etiam tunc condicione tam institutionis quam exheredationis. dixi heredem eum ab intestato mortuum esse quia dum vivit neque ex testamento heres neque exheredatus fuit [herede autem scripto ex parte filio coheres post mortem filii institui potest]<sup>18</sup>.

Il caso è questo: un paterfamilias istituisce ex asse, sotto condizione *casuale*, il suo filiusfamilias in potestate, e lo disereda per il caso che manchi la condizione cui la istituzione è sospesa: bisogna naturalmente supporre che, nell'ipotesi di mancanza della condizione cui la istituzione è sospesa, venga chiamato alla eredità un sostituto.

Intanto, è *principio fondamentale* in questa materia che il filius in potestate debba 1) o essere istituito erede, e perciò essere heres ex testamento, 2) o essere validamente diseredato; quando manchino le prime due ipotesi *deve* di necessità verificarsene una terza, 3) che cioè egli divenga erede ab intestato. Da questo trilemma non si esce: esso, del resto, è la formulazione giuridica di un fenomeno che, come abbiamo visto, ha causa nel congegno familiare. Poiché il suus è necessariamente portato a occupare la posizione giuridica di erede alla morte del suo paterfamilias, non ci sono che due vie per impedire l'attuarsi di

<sup>18</sup> Cfr. FRANCKE, *op. cit.*, 46 sgg.; MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, 569 segg.

questa necessità: e cioè, o la trasformazione in vocazione ex testamento della sua necessaria vocazione ab intestato, o la rimozione di questa necessaria vocazione mediante diseredazione.

Nel caso sottoposto ad esame, il suus fu dal testatore istituito sotto condizione casuale e diseredato in defectum condicionis: mancando la condizione, e quindi la istituzione, il testatore provvide a chiamare alla eredità un sostituto.

1) Se il suus fosse vissuto e la condizione si fosse verificata, egli sarebbe divenuto *erede ex testamento*. Che se la condizione non si fosse verificata sarebbe stato chiamato alla eredità il sostituto e, nel supposto che costui avesse adito l'eredità, la diseredazione del suus avrebbe preso vigore: dunque il suus sarebbe stato validamente *diseredato*.

2) Poiché il suus è morto prima del verificarsi o del mancare della condizione, non si può dire, in tale ipotesi, *né che egli sia stato erede ex testamento*, perché la chiamata testamentaria non si è ancora verificata essendo sospesa al verificarsi di una condizione, *né che egli sia stato diseredato*, perché l'efficacia della diseredazione, essendo questa correlativa alla sostituzione, è sospesa al prendere efficacia della *sostituzione*: la quale, però, nel caso, *non può avere effetto* perché il testamento è caduto al momento della morte del suus.

Quid iuris, allora? Trifonino dice giustamente che il suus, non essendo stato né erede ex testamento né diseredato, divenne necessariamente erede ab intestato. Perché?

a) Si è detto che la ragione sia da ricercare in ciò: che la diseredazione sia da considerare *post mortem* e quindi nulla (vedremo in prosieguo questa ipotesi di exheredatio post mortem: 29.10; 13.2 D. 28.2; 4.2 D. 28.5): dunque il testamento sarebbe nullo ab initio per preterizione di un suus. Ma questa ragione non calza, perché il suus fu diseredato pel caso che non si fosse verificata la condizione della sua istituzione e, se fosse vissuto e la condizione fosse mancata, egli sarebbe stato efficacemente diseredato: il che significa che il testamento non era nullo ab initio.

b) Nè qui può dirsi che la diseredazione sia inefficace perché il suus diseredato è morto prima che essa abbia preso vigore. Conosciamo numerosi testi in cui, in tale ipotesi, la diseredazione è considerata, *e a ragione*, pienamente efficace (es. 9.2 D. 28.2). Dico a ragione, perché in tali casi la efficacia della diseredazione è sospesa, non perché essa sia condizionata, ma in quanto, essendo parte del testamento, essa non può prender vigore se non quando pigli efficacia il testamento in cui è contenuta. Ma, comunque e in qualunque momento essa pigli vigore, la diseredazione viene sempre considerata come disposta incondizionatamente, e retrotrae i suoi effetti al momento stesso della morte. Quando siamo in presenza di una istituzione condizionata e di una diseredazione, e la condizione della istituzione (e, con essa, il prendere vigore della diseredazione) si verifica dopo la morte del diseredato, non può dirsi che la diseredazione, in simile ipotesi, non abbia effetto perché «trova un morto». Infatti, quantunque

la diseredazione sembri prendere vigore dal momento stesso in cui ha effetto la istituzione, tuttavia essa, retrotraendo la sua efficacia, riesce a togliere la qualità di erede al diseredato: e perché questo effetto si produca, è necessario e sufficiente che il suus sia vissuto al momento della morte del testatore.

Concludendo, il fatto che il suus diseredato fosse morto prima che pigliasse effetto la diseredazione non potrebbe giustificare l'acquisto da parte sua della qualità di erede ab intestato: perché la diseredazione, quando sia disposta puramente, in qualunque momento prenda vigore il testamento, esplica i suoi effetti, togliendo al suus la qualità di erede.

La ragione per cui nel caso nostro la diseredazione non ha effetto, è da ricercare in ciò, che essa era qui *concettualmente legata* alla istituzione dello stesso diseredato. La diseredazione era stata disposta pel caso in cui non avesse preso effetto la istituzione per deficienza della condizione cui essa era stata sospesa. Ma con la morte dello istituito la istituzione è caduta, e con la istituzione è caduta anche la diseredazione ad essa coordinata e congiunta.

Si tenga presente questo: la istituzione e la diseredazione vengono qui disposte sotto una stessa condizione quantunque invertita: si possono, perciò, considerare costituenti *un negozio giuridico unico*. Ora perché un negozio giuridico si perfezioni al verificarsi della condizione cui esso è sospeso, è necessario che in tal momento esista la persona in capo a cui esso deve esplicare efficacia.

Se questa persona muore prima del verificarsi della condizione e, quindi, prima che si perfezioni il negozio giuridico condizionato, è chiaro che questo negozio cadrà. Così quando quegli che potrà essere erede o diseredato solo se si verificherà la condizione della istituzione o della diseredazione, muore prima che questa condizione si verifichi, la istituzione e la diseredazione non potranno più avere effetto.

Bisogna, però, tenere fermo che la caduta della diseredazione è conseguente alla caduta della istituzione. Poiché è ormai giuridicamente irrilevante, per la morte dello istituito, che si verifichi o manchi la condizione cui la istituzione era stata sospesa, così è irrilevante che si verifichi la condizione inversa della diseredazione. Il verificarsi di quest'ultima condizione sarebbe rilevante e renderebbe efficace la diseredazione solo se fosse possibile che, ove si verificasse, invece, la condizione contraria, potesse avere efficacia la istituzione. Poiché, per contro, la istituzione non potrebbe avere effetto per la inesistenza dello istituito, per questa ragione non può avere effetto nemmeno la diseredazione.

Cosa avverrà del testamento in cui pure è contenuta una sostituzione? Potrà il sostituto adire la eredità dopo la morte dello istituito? Se l'istituito fosse stato un estraneo, allora il sostituto avrebbe potuto adire senz'altro la eredità: ma qui l'istituito è, invece, il suus e per costui è principio fondamentale (fondato, come abbiamo visto, nel congegno stesso dell'organismo familiare) che debba essere o istituito o diseredato: la mancanza della istituzione e di una efficace diseredazione rende necessariamente nullo il testamento perché, come ab-

biamo visto, in tal caso il designato nel testamento troverebbe occupato il posto di erede dal suus preterito.

Nel caso in esame non c'è, infatti, né una istituzione né una diseredazione. Non c'è istituzione, perché la morte dello istituito ha impedito che essa prendesse efficacia: e non c'è *neanche* diseredazione perché essa era stata eretta nel supposto che il suus non fosse divenuto erede ex testamento per il mancare della condizione apposta alla sua istituzione. Poiché, morto l'istituito, è irrilevante che si verifichi o non si verifichi tale condizione, viene a mancare, in conseguenza, il *presupposto logico* della diseredazione, e, quindi, la diseredazione medesima.

Concludendo: nella ipotesi nostra non vi è né efficace istituzione né efficace diseredazione del suus: e allora la conseguenza è palese: vi è stata, in sostanza, una preterizione. Il testamento inizialmente *iustum* è divenuto ex postfacto *inritum*: perché la morte del suus, facendo venir meno tanto la istituzione che la diseredazione, ne ha determinato la preterizione. Ma se vi ha preterizione, il testamento diventa radicalmente nullo ed è perciò impossibile che si faccia luogo ad una chiamata del sostituto. Il suus morto è, in conseguenza, morto *in qualità di erede ab intestato del padre*<sup>19</sup>.

Il principio concernente la necessità della diseredazione in caso di istituzione sotto condizione casuale, è affermato esplicitamente nella c. 4 C. 6.25 (cfr. 83 D. 35.1; 15 D. 28.7).

*Imp. ALEXANDER A. Aemilio* (4 pr. C. 6.25).

Si pater filium quem in potestate habebat sub conditione quae in ipsius potestate non erat, heredem scripsit nec in defectum eius exheredavit, iure testatus non videtur (a. 224).

La mancanza della diseredazione, in simile ipotesi, determina la radicale nullità del testamento: e ciò, per la ragione che se la vocazione intestata del suus può essere trasformata in vocazione testamentaria, con questa trasformazione non può, però, esserne mutata l'intrinseca natura. Da ciò deriva che il suus istituito sotto condizione casuale, non potendo occupare ex testamento il posto di erede e non essendo, d'altro canto, diseredato, lo occuperà ipso iure ab intestato. Per il suus il dilemma è chiaro quando sia istituito in un testamento: essere

<sup>19</sup> La chiusa «herede autem scripto ex parte filio coheres post mortem filii institui potest» è insitizia. Trattandosi di un coheres, la institutio post mortem f. è assurda. Anziché la parola «institui», ci si aspetterebbe una frase come la seguente: «universam hereditatem iure adcrendi consequi»; ma allora occorrerebbe supporre che il figlio fosse stato istituito «sub condizione quae est in ipsius potestate» e che fosse morto prima del suo verificarsi. Ma Trifonino voleva, forse, dire che la soluzione non muta quando il figlio fosse stato istituito ex parte anziché ex asse. Perché anche in tal caso la vocazione testamentaria del coerede, istituito puramente, non prende efficacia se non quando avesse presa efficacia la istituzione o la diseredazione del figlio che si presupponeva pur sempre istituito sotto condizione casuale. Cfr. 4 pr. D. 28.5. Vedi le varie interpretazioni in MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, 571.

ipso iure erede ex testamento o essere diseredato: quando non si ha né l'un caso né l'altro, si verifica il terzo; cioè egli diviene erede ab intestato.

Una sola eccezione conoscono i romani: la possibilità della istituzione del suus sotto condizione potestativa. Questa possibilità fu ammessa dopo controversie tra i giuristi: essa rappresenta davvero un portato della elaborazione dottrinale diretto ad impedire l'automatica successione dei sui al loro paterfamilias.

### CAPITOLO I FONDAMENTO GIURIDICO DELL'ACQUISTO IPSO IURE DELL'EREDITÀ DA PARTE DEI SUI

§ 3. Egesi dei testi in cui si fa menzione dell'acquisto ipso iure da parte dei sui, tanto ab intestato quanto ex testamento.

§ 4. Rilevanza giuridica della qualità di suus heres nei casi di sospensione della delazione intestata o testamentaria per l'attesa di un postumo. Egesi del fr. 84 D. 29.2.

§ 5. Attribuzione al suus di una bonorum possessio decretale mirante a preservare in lui la qualità di erede necessario.

§ 6. La sospensione delle vocazioni testamentarie e di quelle intestate nel caso della possibile sopravvenienza di un postumo suus preterito, quale indice della necessità della successione dei sui.

§ 7. Attribuzione della bon. possessio decretale anche all'emancipato. Egesi del fr. 4.3 D. 37.4.

§ 8. Considerazioni conclusive sullo stato del diritto nell'epoca classica ed in quella giustiniana.

§ 3. A meglio lumeggiare il necessario subentrare dei sui nella posizione giuridica del loro paterfamilias, è quanto mai utile riportarci ai testi in cui è affermato l'acquisto *ipso iure* della eredità da parte di costoro<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Fondamentalmente errata è la tesi sostenuta dal FADDA (Concetti, § 305-306) per giustificare l'acquisto ipso iure della eredità paterna da parte dei sui. Dopo aver giustificato tale acquisto con l'idea comune del condominio, egli soggiunge, come ulteriore giustificazione, che la necessità dell'acquisto aveva pure fondamento nella volontà paterna. «D'altra parte la podestà paterna, così efficace in vita, deve esplicarsi energicamente anche *post mortem* e deve quindi sembrare ripugnante che un soggetto a podestà possa repudiare l'eredità che gli viene data dal capo di famiglia».

GAIUS II. 157.

... Necessaryi vero ideo dicuntur quia omnimodo sive velint sive nolint tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt (cfr. § 2 Inst. II 19, Ulp. 22.24).

GAIUS, *libro tertio ad legem Iuliam et Papiam*: 14 D. 38.16, P. 471.

In suis heredibus aditio non est necessaria quia statim ipso iure heredes existunt.

ULPIANUS, *libro quinquagesimo ad edictum*: 1.7 D. 29.4, P. 1227.

Qui sunt in potestate statim heredes sunt ex testamento<sup>21</sup>.

*Imp. GORDIANUS A. Florentino militi* (3 C. 6.30).

Si fratris tui filius mortis tempore in patris sui fuit potestate, sive ex asse heres institutus est, etiam clausis tabulis heres potuit existere, sive ex parte, nihilo minus *statim suus heres* ei extitit nec eapropter quod intra paucos dies mortis patris sui concessit in fatum, tu ad eiusdem fratris tui potes accedere successionem (a. 241).

L'imperatore Gordiano, rispondendo a Fiorentino, afferma che, nonostante il figlio (suus) di suo fratello sia morto prima dell'apertura delle tavole testamentarie, tuttavia egli è divenuto statim erede del padre. Cosicché l'eredità è stata già ab intestato acquistata dal suus e non potrebbe, perciò, essere, dopo la apertura del testamento, acquistata dallo zio.

La decisione di Gordiano è una nuova riprova dell'automatica occupazione del posto di erede da parte del suus.

MARCIANUS, § 3 Inst. III, 1.

...Sui autem etiam ignorantur fiunt heredes et, licet furiosi sint, heredes possunt existere... et statim morte parentis quasi continuatur dominium: et ideo nec tutoris auctoritate opus est in pupillis, cum etiam ignorantibus acquiritur suis heredibus hereditas...

I sui occupano il posto di eredi necessariamente e, in conseguenza, etiam ignorantur e senza che sia necessaria l'auctoritas tutoris, quando siano pupilli.

L'acquisto necessario, invece, è un fenomeno dipendente dalla occupazione automatica, da parte del suus, del posto di erede: esso si opera indipendentemente dalla volontà tanto del paterfamilias quanto del suus.

Alla idea del condominio ricorre anche il GIRARD, *Manuel*, 7<sup>a</sup> ediz. 918-890. Il PEROZZI, *Ist.*, II, 356, riconduce la necessità dell'acquisto da parte dei sui al fatto che essi, in origine, erano i soli e necessari eredi del paterfamilias. In tal senso anche ARANGIO-RUIZ, *Ist.*, II, 269-270.

<sup>21</sup> La parte rimanente del testo è interpolata, e risponde ad un principio giustiniano secondo il quale anche i sui debbono adire la eredità compiendo, almeno, atti di gestione. Ne segue, come si afferma nel testo, che i sui non divengono più *statim heredes*. È l'immischiarsi nei beni paterni che genera nel suus la qualità di erede e, quindi, tutti gli effetti che ad essa si ricollegano. Secondo questo principio è stato pure interpolato il fr. 28 D. 42.5 di Giavoleno [...postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati].

Il che si spiega pensando che essi sono portati dallo stesso organismo familiare a subentrare nella posizione giuridica del defunto paterfamilias: e ciò, all'infuori di qualsiasi loro atto di volontà. È naturale, perciò, che sia irrilevante il loro stato mentale: sani di mente, o furiosi o pupilli che siano, essi non possono sottrarsi alla *necessità* di divenire eredi.

A questo proposito, anzi, è il caso di soggiungere che, a rigore, è improprio parlare di *delazione* della eredità nei confronti di un *suus*<sup>22</sup>.

Al *suus* la eredità non viene *deferita* (offerta), come all'estraneo: questo momento della delazione – necessario per gli eredi volontari – non può per lui aver luogo. E non è vero, perciò, che a lui la eredità sia deferita e da lui acquistata nel momento stesso, né che tra il momento della delazione e dell'acquisto vi sia nel *suus* coincidenza. La delazione è, concettualmente, un *prius* rispetto al quale l'acquisto è un *posterius*: si deferisce ciò che non è ancora di nessuno; la delazione suppone sempre sia pure un attimo solo di intervallo dall'acquisto. Ora un *prius* e un *posterius* circa l'acquisto della eredità, pel *suus*, non ci può essere. Dalla morte del padre al subentrare del *suus* nella posizione giuridica di lui, non c'è intervallo alcuno: si tratta di due fatti sincroni (si ricordi il detto «le roi est mort, vive le roi»).

Il *suus*, anche prescindendo dal suo stato mentale o dalla sua qualità di pupillo, diventa di necessità erede del paterfamilias.

§ 4. Questo effetto – che scaturisce necessariamente dai principî – ci è testimoniato ancora da parecchi testi di notevole importanza<sup>23</sup>.

PAPINIANUS, *libro sexto decimo quaestionum*: 84 D. 29.2, P. 244.

Ventre praeterito si filius suus vel emancipatus aut ex heres institutus sit, quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas. sed si vacuo ventre mulier fuit et incerto eo fulius in familia rete-

<sup>22</sup> Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istit.*, II, 270.

<sup>23</sup> PAULUS, *libro quinto decimo quaestionum*: 20 D. 45.3, P. 1396.

Apud Labeonem ita scriptum est: filium et filiam in sua potestate pater intestatus reliquit: filia eo animo fuit semper, ut existimaret nihil ad se ex hereditate patris pertinere: deinde frater eius filiam procreavit et eam infantem reliquit: tutores servo avito eius imperaverunt ut ab eo, cui res avi hereditatis vendiderunt, stipularetur, quanta pecunia ad eum pervenisset: ex ea stipulatione quid pupillae adquisitum sit, peto rescribas. Paulus: est quidem verum bona fide possessum servum ex re eius cui servit stipulatentem possessori acquirere: sed si res, quae ex hereditate avi communes fuerunt in venditione hereditatis venerunt, non videtur ex re pupillae totum pretium *stipulari ideoque utrisque acquiri*.

La fattispecie è chiara: quantunque la figlia si stia «eo animo» «ut existimaret nihil ad se ex hereditate patris pertinere» tuttavia la eredità paterna è stata da essa *necessariamente* acquistata. E, in conseguenza, la stipulatio emptae hereditatis compiuta da un servo ereditario per comando dei tutori della figlia del fratello, che ne era divenuta erede, non appare fatta esclusivamente ex re pupillae; il servo, anzi, utrisque acquirat. La conclusione è logica e procede dai principî: i quali, alla loro volta, esprimono in termini di diritto ciò che di fatto necessariamente si produce. (Su questo testo cfr. CUIACIO XV quaest. Pauli, *Opera*, ed. Prati, vol. 6, p. 823: ma la interpretazione del Cuiacio è errata).

nus vita decessit, *heres fuisse* intellegitur: emancipatus aut ex ter non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnantem sciant. ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? et ideo decreto filio succurrendum est, quia sive frater ei nascatur sive non nascatur, patri heres futurus est. eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est.

Il caso è questo: un testatore istituisce erede un suus (o un emancipato) o un estraneo e preterisce un postumo. Il suus muore prima *a*) che fosse stata accertata la effettiva inesistenza del postumo, ovvero *b*) prima della nascita del postumo. Quid iuris? Il suus sarà divenuto nell'un caso e nell'altro già erede del padre?

La soluzione che il testo ci dà è la seguente:

1) quando il *suus* fosse morto prima che fosse stata conosciuta la *inesistenza* del postumo – incerto eo –, la sua erronea credenza sulla gravidanza della madre non sarebbe stata di ostacolo – come avviene invece per l'emancipato e per l'estraneo – all'acquisto della qualità di erede ex testamento. Perciò, come afferma Papiniano, egli è morto avendo già acquistato la qualità di erede.

La soluzione discende dai principî. Infatti il suus, quando non vi sia un ostacolo il quale sospenda la vocazione ereditaria, come nel caso della preterizione di un postumo (3.9 D. 38.16; 30.1 D. 29.2; 3 [prima parte] D. 5.4; 4.3 D. 37.4), acquista ipso iure la eredità paterna: e questo acquisto si opera da sé, sappia o non sappia, creda o non creda il suus che esso si sia verificato. Nel caso nostro, quantunque il suus avesse opinato che il postumo fosse stato realmente concepito, questa opinione non gli nuoceva; e se egli fosse morto quando ancora non fosse stata conosciuta la effettiva inesistenza del postumo, egli avrebbe già, ciò nonostante, acquistato l'eredità: quindi, avrebbe trasmesso questa ai propri eredi.

Per l'estraneo e per l'emancipato, al contrario, l'acquisto dell'eredità non avrebbe potuto verificarsi se non a condizione che essi avessero creduto alla inesistenza del postumo.

Tutto ciò appare naturale se ci riferiamo ai principî. Poiché per l'emancipato e per l'estraneo l'acquisto della eredità si verifica *mediante un loro atto di volontà*, questo atto non potrebbe essere *serio*, né costituire un *negozio giuridico*, quando venisse compiuto con la coscienza della sua giuridica irrilevanza, della sua mancanza di ogni valore impegnativo.

Infatti, se l'estraneo e l'emancipato credevano alla esistenza di un postumo, essi non potevano attribuire valore ad un atto diretto all'acquisto della eredità, poiché questa, in simile ipotesi, non avrebbe potuto venire *deferita* che al momento della nascita del postumo. Se credevano alla esistenza del postumo essi, per logica necessità, dovevano credere che la eredità non fosse ancora delata – appunto per la preterizione del postumo – e, perciò, che essa non potesse ancora essere acquistata (151 D. 50.16). Un loro atto di volontà in tale stato –

quantunque la loro credenza non avesse rispondenza nella realtà – non sarebbe stato *serio*: perché sarebbe stato compiuto con la perfetta *consapevolezza di compiere un nulla giuridico*. Tale atto di volontà non è, invero, quel negozio giuridico che il diritto richiede perché abbia luogo l'acquisto della eredità: esso porta in se stesso un vizio che lo rende inefficace agli occhi del diritto<sup>24</sup>.

La soluzione, perciò, del fr. 84 pel caso dell'estraneo e dell'emancipato, che credano, sia pure erroneamente, concepito il postumo, è coerente ai principî. E coerente ai principî è la soluzione prospettata pel *suus*. Per costui si prescinde dal suo stato soggettivo (cfr. 31 D. 29.2, 30.6 D. 29.2, 3.10 D. 38.16). E se ne prescinde, perché l'acquisto dell'eredità è per lui non già conseguenza di un atto di volontà, ma effetto che scaturisce dall'indole *necessaria* (non volontaria) della sua successione al *paterfamilias*.

2) Nel caso, invece, in cui il postumo fosse stato realmente concepito e il *suus* istituito nel testamento fosse morto prima della nascita di lui, discende dai principî che egli, quando è morto, non era ancora divenuto erede (a nessun titolo) del padre defunto. Infatti la preterizione del postumo, qui, impedisce la delazione dell'eredità e la *sospende* sino all'epoca della nascita del preterito. Nel frattempo non vi ha, perciò, né delazione ex testamento, né delazione ab intestato.

Ci si potrebbe, qui, domandare come mai non abbia applicazione il principio fondamentale, già notato, onde i *suus* acquistano l'eredità ipso iure e pel fatto solo della morte del loro *paterfamilias*. Sarebbe, forse, tale principio non così saldo e fondamentale come noi opiniamo?

In realtà non si ha qui che un'apparente eccezione al principio: perché, in questa ipotesi, non è già che sia impedito l'acquisto ipso iure dei *suus*, ma è impedita la vocazione alla eredità, che è il presupposto medesimo dell'acquisto. La vocazione è *sospesa* e rimandata all'epoca della nascita del postumo. Ed è solo in questo momento che sarà deciso se la vocazione ereditaria avvenga ex testamento o ab intestato. Quanto ai successibili ab intestato, solo quelli viventi in questo momento saranno chiamati alla eredità del *paterfamilias*<sup>25</sup>.

In un certo senso potrebbe dirsi che le cose si atteggiavano come se il *paterfamilias* fosse morto al momento della nascita del postumo. Si tratta, comunque,

<sup>24</sup> V. per questa dottrina della *serietà* dell'atto di volontà i fr. 22, 23, 30.1-4-8, 32 pr. 1-2, 51, 15, 16, 17 pr. D. 29.2 (cfr. FADDA, *Concetti*, § 385). Al contrario, per quanto concerne i negozi traslativi inter vivos, avvengano essi a titolo di compravendita, o avvengano a titolo di donazione, vale il principio per cui è irrilevante la erronea credenza della parte circa l'esistenza, a torto disconosciuta, di presupposti giuridici del negozio, quali il diritto dell'alienante o la idoneità giuridica della causa: v. per la compravendita 9.4 D. 22.6; 44.4 D. 41.3; per la donazione (fra coniugi) 25; 67 D. 24.1; 3 D. 41.6 (sul fondamento di quest'ultimo fenomeno cfr.: FERRINI, *Pandette*, p. 143 in nota; *Rendimenti Ist. Lomb.*, 20 [1887], fasc. 20; BETTI, *Bull. d. rom.*, 34, 282 sg.; *Istituzioni*, § 50 n. 1; cfr. § 52 in fine; v. anche HENLE, *Lehrb. d. bürg. R.*, I, pag. 227 sg.).

<sup>25</sup> Cfr. 1.8 D. 38.16; 9.2 D. 28.2; 6 pr. D. 28.3.

di una considerazione del postumo (*suus*), che ha base nelle XII tavole (3.9 D. 38.16), e che deriva proprio dalla necessità della vocazione del *suus* (postumo) alla eredità del proprio *paterfamilias*.

Tornando alla 2<sup>a</sup> ipotesi formulata nel testo in esame (fr. 84), bisogna, perciò, dire che se il *suus* muore prima della nascita del postumo egli non acquista la qualità di erede del padre, essendo la vocazione alla eredità di costui tuttavia *sospesa*. Ne segue che il *suus* non trasmette, in tal caso, al suo erede la eredità paterna che egli stesso non ha ancora acquistata.

§ 5. La posizione del *suus* dovette, però, apparire per tempo iniqua: perché se il *suus* fosse vissuto sino alla nascita del postumo, egli sarebbe stato con sicurezza erede (... *quia sive frater ei nascatur sive non nascatur patri heres futurus est...*). Si provvide, perciò, mediante intervento del pretore, ad accordare al *suus*, in tali casi, una *bonorum possessio decretalis*: la cui funzione era diretta ad attribuire *anticipatamente* al *suus* la qualità di erede, che a lui – se fosse vissuto sino alla nascita del postumo – sarebbe stata di necessità attribuita<sup>26</sup>. In questo senso decidono i fr. 4.3 D. 37.4; 30.1 D. 29.2; 3.9 D. 38.16.

La pratica efficacia di questa attribuzione anticipata della qualità di erede, mediante *bon. possessio decretalis*, consiste nel rendere giuridicamente possibile al *suus*, che muore prima della nascita del postumo, la trasmissione della eredità paterna ai propri eredi. Questo privilegio, introdotto pei *sui*, fu esteso, per gli stessi motivi, anche agli emancipati.

L'analisi di questo fr. 84 ha portato esso pure la sua testimonianza intorno all'acquisto *ipso iure* della eredità paterna da parte dei *sui*. E la ragione di que-

<sup>26</sup> Esempio di concessione della *bonorum possessio decretale* ai figli si ha anche nei casi di incertezza circa lo status del loro padre o della loro madre defunti. Poiché durante questo periodo di pendenza è resa impossibile tanto la *petitio bon. possessionis*, quanto la *aditio hereditatis*, è concessa ai figli la *bon. possessio decretale*: mediante la quale essi possono trasmettere ai loro eredi, in caso di morte sopravvenuta durante la pendenza, il diritto di acquistate la eredità paterna o materna: 2.3 D. 38.7; 1.1 D. 38.17 (interp. FERRINI, *Pand.*, § 645 n. 6).

Casi in certo senso analoghi si presentano a proposito della applicazione del Senatoconsulto Silaniano. Ma in questi casi la trasmissione riguarda tutti gli eredi e non soltanto i figli. Cfr. 3.29, 5.1, 2.18 D. 29.5; 4, 3.30.32 D. 29.5. Analoga è altresì la situazione considerata nei fr. 42.3 D. 28.2, 6.1 D. 38.2. Applicazione della *bonorum possessio decretalis* si ha pure a proposito della *bon. possessio Carboniana*: 12 D. 37.10.

Il principio comune che giustifica queste diverse applicazioni della *bonorum possessio decretalis* d'indole provvisoria è questo: che in tutti questi casi l'impedimento giuridico che si opponeva alla vocazione o soltanto all'acquisto della eredità trae origine da una circostanza che successivamente deve essere considerata come non mai esistita. Cfr. LEIST, *Cont. Glück*, 37-38; II-III, 158 seg., 183 seg. Tutto ciò è sicuro, però, solo per diritto giustiniano. Vedi ora SOLAZZI, *Note esegetiche*, Modena, 1928.

sto è in una *necessità* dell'organismo familiare, indipendente da qualsiasi atto di volontà e del testatore e dei sui<sup>27</sup>.

§ 6. La sospensione delle vocazioni ereditarie sino al momento della nascita del postumo, sia che si tratti di vocazioni testamentarie, allorché il postumo sia stato preterito (30.2 D. 29.2), sia che si tratti di vocazioni intestate, è essa stessa, anziché una deroga al principio della necessità dell'acquisto da parte dei sui, un indice caratteristico della sua efficacia. Infatti essa fu introdotta appunto in vista dell'acquisto necessario del *suus concepto* e non ancora nato al momento della morte del paterfamilias.

ULPIANUS, *libro octavo ad Sabinum*: 30.1 D. 29.2, P. 2494.

Quod dicitur: «proximus a filio postumo heres dum mulier praegnans est aut putatur esse, adire hereditatem non potest: sed si scit non esse praegnantem, potest» accipe proximus a ventre, qui *suum heredem* pariturus est. et non solum ad testatos haec verba, verum ad intestatos quoque pertinent.

Questo principio fu introdotto a favore del postumo per i seguenti motivi. Dopo che si affermò il principio «conceptus pro iam nato habetur», fu necessario che il paterfamilias avesse istituito o diseredato nel suo testamento anche il postumo suus. In tal caso non vi sarebbe stata alcuna ragione di sospendere la delazione dell'eredità sino alla nascita del postumo. La ragione c'era, invece, allorché il postumo fosse stato preterito. Poiché, infatti, egli era chiamato necessariamente a succedere al defunto, e questa chiamata era *originaria* e prevalente su tutte le chiamate testamentarie, ne derivava che, fino a quando non si fosse stati certi, con la sua nascita, della sua chiamata, e, quindi, della esclusione delle altre chiamate, ogni chiamata alla medesima eredità veniva *sospesa*. Poiché la vocazione intestata del postumo non era stata né trasformata in vocazione testamentaria né eliminata mediante diseredazione, la efficacia di tutte le altre vocazioni era sospesa al venir meno di essa, ossia al fatto che il postumo atteso non fosse venuto effettivamente in essere.

V'ha dunque un periodo di *sospensione* nella chiamata alla eredità: esso va dalla morte del paterfamilias alla nascita (o mancata nascita) del postumo. In questo periodo non si hanno né vocazioni testamentarie, perché il posto di erede è lasciato libero nell'attesa del postumo cui esso necessariamente pertiene, né vocazioni intestate, perché il testamento non è ancora inefficace e la sua inefficacia potrà sorgere (per revoca automatica) solo quando il postumo atteso nasca effettivamente. Prima di questo momento la presenza del testamento è sufficiente a impedire la delazione della successione ab intestato. Vale in tale caso il principio «quamdiu hereditas ex testamento adiri potest, ab intestato non defertur». (39 D. 29.2).

<sup>27</sup> Sul fr. 84 D. 29.2 cfr. l'ampia esegesi di CUIACIO, *ad leg. 84, Quaest. Pap. XVI* e LEIST, *op. cit.*, p. 152 segg.

La sospensione della delazione della eredità ha perciò causa – nel nostro caso – nella necessità di lasciare libero, in attesa della nascita del postumo, il posto di erede cui il postumo (suus), nè istituito nè diseredato, era necessariamente chiamato.

Abbiamo sin qui prospettata la ipotesi dell'esistenza di un testamento: passiamo ora al caso dell'inesistenza di esso.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad Sabinum*: 3.9 D. 38.16, P. 2528.

Utique et ex lege XII tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit admittitur, si fuerit editus. inde solet remorari insequentes sibi adgnatos, quibus praefertur, si fuerit editus: rell.

Anche in questo caso, in cui è atteso un postumo suus, la eredità non viene deferita ai sequentes (al proximus adgnatus): il motivo è ovvio, se si consideri che il concepito «pro iam nato habetur». Se, però, vi sono dei sui, costoro acquisteranno ipso iure l'eredità, perché, in tale ipotesi, non vi ha ragione di sospendere il loro acquisto sino alla nascita del postumo. Poiché, infatti, i sui qui occupano ab intestato il posto di eredi del loro paterfamilias, e il postumo, nascendo, lo occuperà allo stesso titolo, manca un motivo giuridico che giustifichi la sospensione dell'acquisto.

Il motivo c'era, invece, e decisivo, nel caso della presenza di un testamento. In tale ipotesi neanche i sui istituiti nel testamento avrebbero potuto occupare il posto di eredi al quale erano pure di necessità chiamati. E, infatti, a quale titolo lo avrebbero occupato?

Ex testamento non era possibile, perché la possibilità della nascita del postumo preterito esigeva che si lasciasse libero il posto di erede al quale egli era chiamato necessariamente (e quindi con prevalenza sulle chiamate testamentarie) e a titolo *diverso* (ab intestato). Perciò i sui, istituiti nel testamento, ai quali pure competeva necessariamente la qualità di eredi, non potevano, a titolo di eredi testamentari, acquistare una eredità che già competeva *potenzialmente*, sin dal momento dell'apertura della successione, a titolo diverso (e prevalente), al postumo preterito. Né, tanto meno, era possibile che i sui istituiti nel testamento fossero venuti ab intestato alla eredità. La loro istituzione nel testamento aveva trasformato in testamentaria la loro vocazione intestata (fenomeno di *assorbimento*)<sup>28</sup>, e fino a quando il testamento non fosse stato revocato dalla nascita del postumo, essi non potevano spogliarsi della loro qualità di vocati ex testamento. Ma, come tali, a causa della possibile nascita del postumo e, quindi, della occupazione ab intestato del posto di erede da parte di costui, essi pure erano temporaneamente impediti dall'acquistare (ipso iure) l'eredità paterna.

<sup>28</sup> Sul fenomeno dell'*assorbimento delle vocazioni intestate in quelle testamentarie* vedi quel che ne diciamo innanzi al cap. III.

La sospensione della delazione testamentaria dell'eredità nel caso che si attenda la nascita di un postumo è, dunque, conseguenza del principio della necessaria vocazione dei sui a succedere al loro paterfamilias.

Conseguenza dello stesso principio è, però, anche la *deroga* apportata, per intervento pretorio, alla sospensione della vocazione all'eredità a vantaggio dei sui istituiti nel testamento.

Come abbiamo già visto analizzando il fr. 84 D. 29.2, il suus poteva ottenere dal pretore una bon. possessio decretale, la cui funzione era diretta ad attribuire al suus, *anticipatamente*, la posizione di erede, ma non qualificata. La pratica efficacia di questa bon. possessio consisteva nel rendere possibile al suus, che fosse morto prima della nascita del postumo, la trasmissione ai propri eredi dell'eredità paterna.

Ho detto, però, che questa posizione di erede, che procacciava la bon. possessio decretalis, non era qualificata. E infatti era soltanto ex postfacto, cioè dopo la nascita o mancata nascita del postumo, e quindi dopo che il testamento fosse stato revocato o si fosse definitivamente consolidato, che poteva essere conosciuto il *titolo* (ex testamento o ab intestato) in base al quale il suus già morto – che aveva ottenuto la bon. possessio decretale – era divenuto erede.

§ 7. Il fondamento giuridico di tale bonorum possessio decretalis, cioè di questa attribuzione anticipata e non qualificata del titolo di erede al suus è da ricercarsi in ciò: che il suus, se fosse vissuto sino al momento della nascita del postumo, sarebbe stato *comunque* erede, o ex testamento (se il postumo non fosse nato) o ab intestato. È sulla base di questa posizione di erede, la quale potenzialmente gli competeva prima ancora che se ne conoscesse il titolo specifico, che la bonorum possessio decretalis è dal pretore attribuita al suus. Vale a dire, ciò che qui, ancora, giustifica questo intervento del pretore a beneficio del suus, è la considerazione che il suus ha, nei confronti della eredità paterna, una vocazione necessaria. Quanto abbiamo detto si ricava non solo dal testo di Papiniano già analizzato (fr. 84 D. 29.2), ma ancora da un testo di Paolo.

PAULUS, *libro quadragensimo primo ad edictum*: 4.3 D. 37.4, P. 578.

Si quis eum qui in utero est praetermiserit, etiam nondum nato eo alius qui heres institutus est bonorum possessionem [contra tabulas] admittere potest, quia iniquum est neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu contra tabulas peti potest, nec contra tabulas, quamdiu non nascitur praeteritus: ut et si ante moriatur, bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat. quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede, qui nec hereditatem interim adire potest (cfr. 5 D. 37.4).

La fattispecie è identica a quella prospettata nel fr. 84 D. 29.2. Anche qui il suus o l'emancipatus, istituiti in un testamento in cui sia stato preterito il postumo, non potranno prima della nascita di costui chiedere la bonorum posses-

sio (editale), la delazione della quale, a simiglianza della delazione della eredità, è sospesa sino al momento della nascita del postumo. Per la considerazione, però, che essi comunque diverranno eredi del loro paterfam., il pretore accorda loro una *bon. possessio decretalis*, mediante la quale sarà loro possibile, qualora muoiano prima della nascita del postumo, di trasmettere ai loro eredi la eredità paterna, da loro già, sia pure senza un titolo specifico, acquistata<sup>29</sup>.

La posizione dell'emancipato è, in queste ipotesi, identica a quella del *suus*: essa può, tuttavia, presentarsi diversa in una sola ipotesi.

Quando il *suus* sia istituito *solo* in un testamento in cui sia preterito un postumo, anche allora la delazione dell'eredità è sospesa sino alla nascita di esso. Se, però, il *suus* muoia prima che tale nascita si verifichi, allora il testamento va *destitutum*; e nel momento stesso in cui il *suus* muore si deferisce la successione intestata e il *suus* muore già erede intestato del padre (fr. 16 D. 28.2: 1<sup>a</sup> parte). Cosicché egli trasmette ai propri eredi la parte di eredità che al momento della sua morte egli ha *ipso iure* acquistato. Si intende chiaramente come in questo caso non sia necessaria al *suus* la richiesta della *bon. possessio decretalis*: egli trasmette già *iure civili* l'eredità paterna, che, morendo, egli acquista *ab intestato*.

Diversa sarebbe la posizione dello emancipato in una ipotesi simile. Egli morendo – poiché non è un *suus*, per il quale «*aditio non est necessaria*» – non acquisterebbe la qualità di erede *ab intestato* del suo *paterfamilias*. Infatti per lui si richiede una *aditio* e questa *aditio* può verificarsi solo quando la eredità sia deferita: cioè *dopo* la nascita (o mancata nascita) del postumo. Sorge allora, qui, la necessità per l'emancipato di chiedere quella *bon. possessio decretalis* che gli permetterà di acquistare, sia pure senza titolo specifico, la qualità di erede del suo *paterfamilias*, e di trasmetterla ai propri eredi. Si spiega così perfettamente in chiusa del testo di Paolo «*quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede, qui nec hereditatem interim adire potest*»<sup>30</sup>.

Ho segnalato interpolato «*contra tabulas*» perché a me sembra che queste parole siano state introdotte da qualche interprete che non aveva chiara la di-

<sup>29</sup> Forse interpolato è il fr. 5 successivo.

IULIANUS, *libro vicesimo quarto digestorum*: 5 D. 37.4: P. 377.

Sed et si decesserint antequam peterent bonorum possessionem, non est iniquum praetorem decernere heredibus eorum salvum fore commodum bonorum possessionis secundum tabulas vel contra tabulas.

A tenore di questo frammento bisognerebbe concludere che il diritto di chieder la bonorum possessio *editale* viene trasmesso anche quando il figlio non abbia chiesta la *bon. possessio decretale*.

La soluzione è conforme al principio generale del diritto giustiniano relativo alla possibilità della trasmissione della delazione ereditaria.

<sup>30</sup> Sul fr. 4.3 D. 37.4 vedi la notevole esegesi del LEIST, *op. cit.*, 37-38, II, 153 segg. trad. it. e FRANCKE, *op. cit.*, 91.

stinzione tra la bon. possessio *decretalis*, di cui ivi era solo questione, e la bon. possessio *edictalis*. Quest'ultima è nient'altro che l'eredità pretoria, soggetta a un regime analogo a quello della eredità civile: la prima, invece, è un rimedio provvisorio, accordato a coloro che avevano *astrattamente* la qualità di eredi, e come un effetto anticipato della delazione definitiva della bon. possessio edittale<sup>31</sup>.

L'interprete, non distinguendo tra le due bonorum possessiones, credette che nel caso Paolo si riferisse alla bon. possessio edittale. La distinzione, del resto, non ha più valore per diritto giustiniano: nel quale l'impedimento alla delazione della eredità rappresentato dalla preterizione del postumo ha perduto ormai il significato originario. Tale impedimento, infatti, mentre in diritto classico dipendeva dall'occupazione automatica del posto di erede (ab intestato) da parte del postumo preterito – quando nascesse – e quindi si ricollegava alla impossibilità della coesistenza delle due delazioni (ab intestato ed ex testamento), non può più serbare, in diritto giustiniano, simile significato.

§ 8. Già nel diritto classico, ma specialmente nel postclassico e nel giustiniano, la vocazione dei figli a succedere al loro padre è diventata un vero e proprio diritto soggettivo: diritto che non può più essere disconosciuto e la cui lesione (iniuria) dà luogo ad un'azione di rimozione della lesione medesima (la querella). Posta, invece, in relazione con la struttura *originaria* della successione (che, però, si mantenne anche nel diritto classico e apparentemente anche in quello giustiniano) la chiamata dei sui non costituisce un loro diritto soggettivo: è la struttura stessa della familia che li porta necessariamente ad occupare il posto di eredi del paterfamilias. Orbene, questa necessità, che solleva i sui automaticamente al posto di eredi, non può qualificarsi come diritto soggettivo. Invero, allorché il verificarsi di questa necessità sia impedito da un *atto* dello stesso paterfamilias (la diseredazione) i sui diseredati né vengono alla eredità né dispongono di alcun mezzo per rimuovere la diseredazione. È solo la querella, sorta sulla base di una concezione della successione intestata del tutto diversa da quella originaria, che permetterà la rimozione della diseredazione.

I testi esaminati, concernenti l'acquisto ipso iure dell'eredità paterna da parte dei sui, e quelli relativi alla sospensione della delazione ereditaria a causa della preterizione di un postumo (suus), nonché quelli in cui si fa menzione della bon. possessio *decretale* accordata ai sui heredes sul fondamento della loro potenziale qualità di eredi, dimostrano come il principio secondo cui è disciplinata in tutte le sue parti – e nelle sue deroghe medesime – la successione ereditaria quando ci siano dei sui, si ispiri alla *necessità* della chiamata dei sui a

<sup>31</sup> Il concetto di effetto anticipato o prodromico (su cui v. FERRINI, *Pandette*, p. 171) è applicabile non soltanto alla pendenza della condizione, ma anche agli altri casi di pendenza (cfr. FERRINI, *op. cit.*, p. 137-139; per una applicazione particolare v. BETTI, *Consumzione processuale*, 15 sgg.).

succedere al loro paterfamilias e miri a conciliare questa necessità con la libertà del paterfamilias di disporre a suo talento per dopo la morte.

Automatica necessità pei sui di subentrare nella posizione giuridica del loro paterfamilias defunto da un lato, e libertà illimitata di testare del paterfamilias medesimo dall'altro, costituiscono i due termini fondamentali intorno ai quali gravita la disciplina giuridica della successione ereditaria. Si tratta di due termini che, per quanto antitetici, sono perfettamente conciliabili. E la conciliazione loro, mirabilmente raggiunta dai Romani, costituisce il fulcro sul quale si fonda la dottrina della institutio e della exhereditatio dei sui e dei postumi.

Ecco gli elementi che si offrivano all'elaborazione dottrinale: *a)* i sui erano necessariamente portati a subentrare nella posizione giuridica del loro paterfamilias al momento della morte; *b)* il paterfamilias poteva però a suo arbitrio disporre per dopo la morte, designando un erede nel testamento e provvedendo a rimuovere nei sui la qualità di eredi mediante diseredazione; *c)* naturalmente, però, la conciliazione tra le due antitetiche esigenze doveva avvenire in guisa tale da attuare il principio della unicità della delazione: vale a dire, non poteva avvenire che si avverasse per una parte vocazione ab intestato, per l'altra vocazione ex testamento.

Tutto lo sforzo della dottrina mirò appunto a tradurre in termini giuridici questi elementi concreti e ad organizzare in un corpo coerente di principî le norme che li dovevano regolare.

## CAPITOLO II

### NATURA GIURIDICA, FORME ED EFFETTI DELLA DISEREDAZIONE

§ 9. La diseredazione, come correlativa e logicamente anteriore alla istituzione di erede; quindi originaria al pari di questa.

§ 10. Requisiti di una valida diseredazione. Invalidità di una diseredazione *a)* ab unius persona, *b)* subordinata all'evento dell'adizione, *c)* ex re certa, *d)* sotto condizione (apparente eccezione), *e)* disposta post mortem filii.

§ 11. Valore giuridico della solennità con cui la diseredazione deve essere disposta.

§ 12. Effetti della diseredazione in capo al diseredato e ai suoi discendenti.

§ 13. Efficacia della diseredazione nei singoli gradi di vocazione testamentaria.

§ 9. La successione ereditaria nella sua struttura originaria ha necessario ed esclusivo riferimento ai sui. E la identità di struttura delle due specie di successione – la intestata e la testamentaria – si manifesta, come vedremo, nelle esi-

genze identiche che esse presentano, e nel parallelismo di disciplina e di evoluzione che tali esigenze dimostrano.

Punto fondamentale comune alle due specie di successioni è che i sui sono eredi *statim e necessariamente*. Partendo da questo punto è possibile analizzare i rapporti tra l'una e l'altra successione; tenendo presente che l'istituto che costituisce il tratto di unione è la *exheredatio*<sup>32</sup>.

Già nelle osservazioni introduttive lo scopo di questo istituto è stato individuato. Se la successio è, per eccellenza, quella dei sui, se, d'altro lato, la libertà del testatore non ha limiti, la conciliazione di queste due esigenze non può aversi che nella *exheredatio*: la quale, adunque, è contemporanea e correlativa alla libertà di testare.

Una cosa, infatti, è certa: ed è che quanto lontano si spinge il sorgere dell'istituzione di erede, tanto lontano si spinge anche il sorgere della diseredazione. La quale è, anzi, premessa logica della istituzione: è essa, infatti, che, impedendo ai sui esclusi la necessaria occupazione ab intestato del posto di erede, rende possibile al designato la occupazione di esso in base al testamento.

Gli elementi *certi* che le fonti ci presentano sono: *a*) che la successio è per eccellenza quella dei sui, i quali subentrano necessariamente nella posizione giuridica del loro *paterfamilias*, *b*) che questa successio può attuarsi anche mediante testamento, *c*) che essa può essere impedita soltanto dalla diseredazione.

Sul primo punto non v'ha dubbio. Quando ci sono dei sui, essi sono automaticamente sollevati, dopo la morte del *paterfamilias*, al *posto* di eredi: è questa la ragione del loro acquisto necessario. Ora la successio per eccellenza è proprio questa: ed essa costituisce anzi, almeno in origine, l'unica successio praticata.

Tale successione, peraltro, può avvenire in base alla designazione del *paterfamilias* (*ex testamento*): ma questa designazione non potrebbe mutarne la natura. Il che vedremo studiando il fenomeno dell'assorbimento della vocazione intestata dei sui nella vocazione testamentaria.

Abbiamo pure messo in rilievo come la diseredazione miri ad impedire il necessario verificarsi della successione dei sui e come, quindi, costituisca il presupposto fondamentale della libertà di testare. Essa è, pertanto, come il preambolo della successione testamentaria: onde per chi sostiene la originarietà della designazione testamentaria dell'erede, sarebbe contraddittorio non ammettere la contemporanea originarietà della diseredazione.

<sup>32</sup> Rimandiamo, per le varie opinioni in proposito, a ciò che dicemmo nella introduzione (note al § 1). Notiamo questa frase del PEROZZI (*Is.*, II, 360): «L'eredità deriva da un solo fatto: dalla qualità di figlio». Anche l'ARANGIO-RUIZ (*Is.*, II, 269-270) afferma che «l'erede per antonomasia... è il suus». E il BONFANTE (*Scritti*, 227 n. 1; 487): «l'erede testamentario è quasi sempre il figlio o il nipote».

Passeremo ora allo studio di quest'istituto: vedremo come esso ci appaia preordinato ad eliminare la successione necessaria dei sui, al fine di rendere possibile quella di colui o di coloro che il testatore ha designato.

La diseredazione, naturalmente, deve essere fatta nel testamento: essa precede logicamente l'istituzione di erede, e mira a renderla giuridicamente possibile.

ULPIANUS, *libro primo ad Sabinum*: 3.3 D. 28.2, P. 2433.

Ante heredis institutionem exheredatus ab omnibus gradibus summotus est.

ID. 1 pr. D. 28.5, P. 2431.

Qui testatur ab heredis institutione [plerumque] debet initium facere testamenti, licet etiam ab exheredatione, quam nominatim facit; nam divus Traianus rescripsit posse nominatim etiam ante heredis institutionem filium exheredari.

La possibilità di far precedere la diseredazione alla istituzione è un indice non trascurabile per la nostra tesi: la diseredazione, che precede *logicamente* la istituzione, può precederla anche *materialmente* nel testamento. Essa, in tal caso, ha per effetto di escludere il diseredato da tutti i gradi disposti nel testamento. La diseredazione disposta all'inizio del testamento priva definitivamente il suus della qualità di erede necessario e, quindi, elimina per *tutti i gradi* testamentari la possibilità che taluno di essi possa essere infirmato da preterizione.

È principio, infatti, che la diseredazione debba essere disposta in tutti i gradi delle vocazioni testamentarie: questa necessità può essere superata solo mediante «exhereditatio ante heredis institutionem». La quale ha questo significato: che il paterfamilias esclude con essa definitivamente dalla successione il suus diseredato.

È proprio in questa ipotesi che può dirsi senza alcuna riserva che la diseredazione – come dicono le fonti (9.2 D. 28.2) – *abscedit ius filii*, cioè che essa impedisce la successio del suus, la quale altrimenti necessariamente si verificherebbe.

L'istituzione di erede è, per definizione, *initium et caput totius testamenti*. Se i giuristi sentirono il bisogno e videro la giuridica possibilità di iniziare con la diseredazione il testamento, questo fatto non dovette, ai loro occhi, essere privo di giustificazione. E quale giustificazione più propria di questa, che, cioè, se è vero che la istituzione è la base del testamento, la diseredazione ne è, tuttavia, il presupposto inderogabile?

§ 10. Certamente coi due soli testi citati non è possibile provare compiutamente la nostra tesi: ma altri testi di sostanziale importanza vengono ancora ad illuminarla.

ULPIANUS, *libro primo ad Sabinum*; 3.2 D. 28.2, P. 2433.

Filius inter medias quoque heredum institutiones recte exheredatur et erit a toto gradu summotus, nisi forte ab unius persona eum testator exheredaverit: nam si hoc fecit, vitiosa erit exhereditatio: quemadmodum si ita

eum exheredaverit «quisquis mihi heres erit filius exheres esto»: nam, ut Iulianus scribit, huiusmodi exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum summotum, quod est impossibile.

Il testo afferma che: 1) è impossibile, perché contraddittoria, una exheredatio ab unius persona, 2) è impossibile una exheredatio post aditam hereditatem. Perché?

a) Per spiegarci la prima delle due affermazioni dobbiamo ricordare ciò che abbiamo detto circa lo scopo e la natura della exheredatio: essa è diretta a togliere la qualità di eredi ai sui, che necessariamente la possiedono.

Ora questo effetto della exheredatio non potrebbe, per la contraddizione che non consente, prodursi soltanto nei confronti di *uno* solo o di più degli eredi istituiti nel medesimo grado.

È concepibile, sì, che i sui possano essere diseredati in un grado e non esserlo in un altro: i vari gradi testamentari hanno, difatti, una loro autonomia quasi *testamenti diversi*; ed è a causa di questa autonomia che la exheredatio disposta in un grado non si intende riferita anche al grado od ai gradi successivi. La exheredatio si comunica a tutti i gradi solo quando sia disposta allo inizio del testamento; e ciò perché i vari gradi testamentari, quantunque tra loro autonomi, si ricongiungono in quella unità rappresentata dal testamento nella sua interezza, come negozio giuridico oggettivamente complesso.

È naturale, perciò, che una exheredatio disposta prima dei gradi (ante heredis institutionem) valga per tutti. Ma come sarebbe concepibile che, entro un grado testamentario, si possa diseredare un suus in confronto di un istituito senza diseredarlo in confronto dell'altro? Il suus o è diseredato o non lo è: se lo è, egli viene escluso dalla eredità; se non lo è, egli è già automaticamente erede. Quale l'effetto di una exheredatio ab unius persona? La risposta è facile: non esiste in tal caso una exheredatio e, in conseguenza, non è stata rimossa nel suus la qualità di erede (ab intestato) che necessariamente gli compete: il testamento è, in tale ipotesi, giuridicamente *inesistente*.

b) Passiamo a giustificare la seconda affermazione nel testo contenuta. Perché non è valida una exheredatio *post aditam hereditatem*? La risposta può trovarsi solamente in ciò: che la exheredatio, essendo logicamente anteriore alla institutio, non può dal testatore essere concepita come posteriore alla istituzione e da essa condizionata: e ciò, ancorché, in fatto, l'efficacia giuridica della exheredatio, supponendo la adizione dello istituito, sia, per ciò stesso, dipendente dalla efficacia della institutio.

Gli scrittori vedono in ciò una estrema sottigliezza, priva di qualunque valore giuridico<sup>33</sup>: chi guardi, però, la exheredatio sotto il profilo da noi studiato, non può non accorgersi che qui non siamo in presenza di una disposizione di

<sup>33</sup> FRANCKE, *op. cit.*, p. 64; MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, 28, p. 600 trad. it.

carattere meramente formale. È una necessità logica quella che spinge Giuliano a decidere in tal senso: necessità logica, che non poteva essere trascurata. Il pensiero di Giuliano, invero, è questo: se la *exheredatio* deve togliere al *suus* la qualità di erede, che egli necessariamente possiede (*ab intestato*), al fine di rendere possibile l'attribuzione di questa qualità ad un estraneo o di mantenerla soltanto in un altro *suus*, se, dunque, l'*exheredatio* è il presupposto logico del testamento (e perciò della *institutio*), come si può logicamente farla dipendere dalla *aditio*? Se il testatore vuole che il figlio sia *diseredato post aditam hereditatem*, egli vuole un fatto impossibile: infatti, *fino al momento della adizione il figlio non sarebbe diseredato e, perciò, sarebbe erede ab intestato*. Ma se la eredità è, sia pure per un solo momento, validamente acquistata *ab intestato*, non è più possibile che si faccia luogo all'acquisto di essa *ex testamento*.

Il principio che anima la nostra indagine, che cioè il *suus* sia *ipso iure* erede (*ab intestato* o *ex testamento*) alla morte del suo *paterfamilias*, aveva un valore più profondo di quello che comunemente ad esso si attribuisce: esso rispecchiava un «moto automatico» dell'organismo familiare. Ed era allora naturale che i giuristi non potessero pensare che la *exheredatio*, la quale doveva impedire siffatto «moto», e, quindi, doveva essere proprio come l'elemento introduttivo della successione testamentaria, potesse essere, invece, espressamente subordinata al verificarsi della successione testamentaria medesima. Come può attuarsi quest'ultima quando il posto di erede è già occupato *ab intestato* dal *suus*, non *ancora* *diseredato*?

È vero che l'efficacia della *exheredatio* dipendeva dall'efficacia dell'*institutio*: essendo, infatti, contenuta in un testamento poteva prendere effetto solo quando l'eredità fosse stata adita in base al medesimo. Ma è ben altra cosa questa necessaria dipendenza giuridica da quella subordinazione logica (a mo' di condizione) che sia espressamente voluta: quest'ultima importerebbe, invero, una contraddizione e, in conseguenza, la inefficacia della disposizione (cfr. 77 D. 50.17).

POMPONIUS, *libro septimo ad Quintum Mucium*: 69 (68) D. 28.5: P. 253.

Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac condicione 'si Titius in Capitolium ascenderit', quamvis non alias heres esse possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in Capitolium, et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii: quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio. atquin si quis ita scripserit «si Titius voluerit, Sempronius heres esto», non valet institutio: [quaedam enim in testamento si exprimantur, effectum nullum habent... et momentum aliquod habebunt]. sic enim filii *exheredatio* cum eo valet, si quis heres existat: et tamen nemo dubitat, quin, si ita aliquis filium *exheredaverit*: 'Titius heres esto: cum heres erit Titius, filius *exheres* esto', nullius momenti esse *exheredationem*.

Dunque, altro è sospendere l'istituzione di erede al verificarsi di un fatto, l'adempimento del quale è in potestà di un terzo, altro è istituire erede uno, se un altro vorrà. La distinzione sembra solo formale, ma non lo è. Infatti nel primo caso la nomina dello erede riposa esclusivamente nell'atto di volontà del testatore e la

condizione cui essa è sospesa è considerata come una modalità di questo atto di volontà: nel secondo caso, invece, la volontà di Tizio avrebbe partecipato essa stessa alla nomina dell'erede («si Titius voluerit, Sempronius heres esto») e questo, naturalmente, ripugnava alla concezione romana dell'institutio heredis siccome atto di autonomia del testatore. Sono, queste, sottigliezze? No, certamente: quando si consideri, in specie, che i giuristi romani sentirono vivissimamente le esigenze logiche derivanti, nel caso, dal congegno dell'institutio heredis e della exhereditatio.

In merito a quest'ultima, Pomponio propone, infatti, una questione analoga. Ricorre qui la stessa ipotesi decisa da Giuliano (3.2 D. 28.2). Ha valore una exhereditatio così disposta: «cum heres erit Titius, filius exheres esto»? No, certamente (nullius est momenti): e perché? Perché la exhereditatio non può essere condizionata dal verificarsi di un evento, a rendere possibile il quale essa è, anzi, diretta e rispetto al quale essa è, perciò, logicamente anteriore. Se qualcuno obiettasse che la «exhereditatio cum eo valet, si quis heres existat», bisognerebbe rispondere che questa necessaria dipendenza di carattere giuridico, derivante dal fatto che la diseredazione è disposta in un atto giuridico complesso, il testamento, non può, peraltro, mutare la natura e la finalità di essa. Questa natura e questa finalità richiedono che la exhereditatio sia concepita dal testatore come logicamente anteriore alla istituzione e come suo presupposto fondamentale<sup>34</sup>.

I testi analizzati mostrano, dunque, che la exhereditatio precede logicamente la heredis institutio: e la ragione di questa sua precedenza logica non può trovarsi che nella struttura originaria della successione dei sui, come l'abbiamo sopra delineata. Ancora, essi ci mostrano che non è vana congettura il pensare la exhereditatio come un istituto altrettanto originario quanto la institutio, che essa mira a rendere possibile.

La exhereditatio non può essere disposta in confronto di alcune persone soltanto tra quelle istituite nel testamento.

Già abbiamo visto (3.2 D. 28.2) e spiegato (sub *a*) la ragione di questa impossibilità. Essa è altresì attestata da

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 8.3 D. 37.4: P. 1105.

Si ab uno ex heredibus sit filius exheredatus (l'emancipato) Marcellus libro nono digestorum scribit filium non videri exheredatum: idcirco contra tabulas bonorum possessionem peti posse contra utrumque heredem.

<sup>34</sup> Le parole del testo messe tra parentesi [ ] a me sembrano interpolate. Ne è indice la inutilità della loro presenza: indice, ancora, rilevante è la loro forma tutt'altro che classica. Ma soprattutto decisiva è la sostanza del pensiero con essa enunciato. Vi si esprime, infatti, l'antitesi fra dichiarazione *espresa* e dichiarazione *tacita* di volontà: antitesi che, così formulata, è di conio prettamente bizantino (v. in proposito KOSCHAKER, *Bedingte Novation und Pactum im röm. Recht*, estr. p. 35 sgg.; 40 sg.). Interpolate in omaggio a tale antitesi sono, oltre le parole «id est quae *tacite* inesse videantur», nel fr. 99 D. 35.5 (KOSCHAKER, *l. cit.*, 35 n. 5), anche le parole «*tacite*» e «*aperte*» (in luogo di «*verbis*») nel fr. 77 D. 50.17 (cfr. BETTI, *Dir. rom. e dogm. od.*, 38 n. 3).

Senza il ricorso alle considerazioni da noi fatte intorno alla *exhereditio*, la decisione di Marcello non sarebbe giustificata. Il figlio, diseredato in confronto di uno solo degli eredi istituiti, *non è diseredato*: e non è diseredato, perché se, comunque, gli è possibile di acquistare necessariamente ab intestato l'eredità del suo *paterfamilias*, questo acquisto non può avere valore parziale, ma abbraccia necessariamente tutta quanta la eredità. Eredi si è o non si è. In contrapposto, si è o non si è diseredati. Una condizione intermedia tra questi termini opposti non è concepibile.

c) Dalle stesse ragioni scaturisce un'altra caratteristica della *exhereditio*: essa non potrebbe farsi relativamente a una *cosa determinata* (*ex certa re*).

PAULUS, *libro primo ad Vitellium*: 19 D. 28.2: P. 2062.

Cum quidam filiam ex asse heredem scripsisset filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit «et in cetera parte exheres mihi erit», et quaereretur an recte exheredatus videretur, Scaevola respondit non videri, et in disputando adiciebat ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae [benigne] acciperetur [: *exheredationes autem non essent adiuvandae*].

Ormai la esegesi del testo è piana: la *exhereditio* non è istituto *patrimoniale*, come non è patrimoniale la *institutio heredis*: infatti con l'una e con l'altra si tratta solo della attribuzione o della rimozione di un titolo (quello di erede) dal quale discendono poscia anche effetti patrimoniali. Ha valore una *institutio ex re certa*? La storia di questo istituto può delinearci così: in origine tale istituzione non dovette aver valore; poscia ebbe valore «*detracta rei mentione*»; più tardi ancora, la cosa in questione fu attribuita officio iudicis (cfr. 1.4 D. 28.5, 35 pr. 1-2 D. 28.5, etc.).

Quanto alla *exhereditio*, sia in origine che in prosieguo, essa non poté mai essere disposta *ex re certa*: essere diseredati da una cosa non significa essere diseredati: e allora, se il suus non è diseredato, egli è erede ab intestato. Il rimedio della detrazione della menzione della cosa non poteva poi, qui, essere applicato, e per varie considerazioni: non ultima quella che presto la *exhereditio* apparve odiosa (e quindi non adiuvanda) in quanto ebbe di mira la esclusione del suus dal *patrimonio* del testatore.

Ho detto che la *exhereditio* non aveva carattere patrimoniale. Infatti essa mirava solo a garantire la libertà di testare del *paterfamilias*; ma i figli diseredati non erano per questo esclusi dai benefici economici della eredità: di solito, anzi, i testatori li onoravano di legati e di fedecommessi (come nella ipotesi che analizziamo).

La parte finale del testo mi sembra insitizia, per ovvie ragioni.

d) La diseredazione deve essere *pura*: cioè essa non può essere soggetta né a termini né a condizioni.

ULPIANUS, *libro primo ad Sabinum*: 3.1 D. 28.2: P. 2433.

Pure autem filium exheredari Iulianus putat.

HERMOGENIANUS, *libro tertio iuris epitomarum*: 18 pr. D. 37.4: P. 58.  
 Sub condicione exheredatus contra tabulas bonorum possessionem petet, licet sub condicione heres institutus a contra tabulas bonorum possessione excludatur. certo enim iudicio liberi a parentium successione removendi sunt.

Si è cercata la giustificazione di questo principio richiamandosi alla disciplina degli actus legitimi (77 D. 50.17). Dire, però, che la exhereditatio non sopporta termini né condizioni, ma deve essere disposta *pure*, perché è un actus legitimus, non è dare una risposta. Dire, inoltre, che ciò sia richiesto dalle esigenze formali del testamento non significa spiegare l'origine di tali esigenze<sup>35</sup>.

Se ci riportiamo alle nostre considerazioni, noi diremo: il suus diseredato sotto condizione non è diseredato fino a quando la condizione non si sia verificata: nel frattempo cosa sarà di lui? Sarà erede ex testamento? No, perché egli non è neanche istituito. Sarà diseredato? No, perché la diseredazione è sospesa ad una condizione. E allora sarà necessariamente erede ab intestato. Quando si verificherà la condizione cui la exhereditatio è sospesa, potrà, forse, essere rimossa nel figlio la qualità di erede? Potrà, cioè, aver luogo la delazione della eredità ex testamento? No, certamente: perché ormai la eredità è *stata acquistata* da lui ad altro titolo (ab intestato), e questo acquisto esclude definitivamente che la eredità possa deferirsi ad altri (semel heres semper heres), a titolo diverso (nemo pro parte testatus etc.).

E allora, quando si dice che la exhereditatio deve essere pura, se si vuole che il testamento abbia vita, non ci si deve riferire a requisiti formali che, solo perché tali, siano inderogabili. Questa formalità, invero, rispecchia una esigenza concreta, nella quale ha fondamento la necessità che la diseredazione sia pura. È il funzionamento concreto della successione, che spiega questi fenomeni apparentemente insignificanti.

Analizziamo il fr. 18 pr. di Ermogeniano. Si fa l'ipotesi di un *emancipato* diseredato sotto condizione: egli potrà chiedere la bon. possessio contra tabulas, quantunque egli non potrebbe chiederla se fosse istituito sotto la stessa condizione.

Questo testo, apparentemente semplice, ci apparirà ricco se tenteremo di rifare la genesi del pensiero del giurista. Perché egli sente il bisogno di ricorrere al parallelo della istituzione?

Qui si tratta di un emancipato: costui doveva essere (per effetto dello intervento pretorio, mediante la finzione di rescissione della capitis deminutio) o

<sup>35</sup> Cfr. FRANCKE, *op. cit.*, p. 62 segg.; MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, § 1421 h 592 segg. La necessità che la diseredazione debba disporsi puramente e che essa non sopporti termini né condizioni e che non possa disporsi post mortem, è ricondotta, di solito, a ragioni di carattere esclusivamente formale. Il PEROZZI, *Ist.*, II, 488 seg., riconduce tale necessità al «favore per la preterizione».

istituito erede dal suo paterfamilias o diseredato, come se fosse stato in potestate del testatore. La diseredazione, per le ragioni vedute, non può farsi sotto condizione: se è disposta sotto condizione, poiché essa non ha valore, il testamento è nullo (quando si tratti di sui) o per lo meno può essere reso inoperoso (specialmente ove trattisi di emancipati) con la bonorum possessio contra tabulas<sup>36</sup>.

Ermogeniano, dopo aver detto che l'emancipato diseredato sotto condizione può chiedere la b.p.c.t., afferma che ciò non avverrebbe nel caso di istituzione condizionale. Dove la ragione della differenza? Ecco: la istituzione del figlio, sia pure condizionale, ne assorbe la vocazione intestata: ond'è che «quamdiu potest ex testamento adiri hereditas ab intestato non defertur» (39 D. 29.2). La diseredazione sotto condizione *non è diseredazione*, perché nel frattempo essa non potrebbe impedire l'attuazione della vocazione intestata di chi è così diseredato.

L'istituzione condizionale, invece, è una valida istituzione: essa assorbe in sé la vocazione intestata dello istituito. Vocazione, che non potrebbe liberarsi dal testamento in cui è assorbita, se non quando – essendo il figlio solo istituito nel testamento e trattandosi di condizione che moriente eo impleri non potest – venga meno, pel mancare della condizione, la possibilità che l'eredità venga adita ex testamento (39 D. 29.2). La differenza fra le due soluzioni è chiara: nell'un caso è possibile chiedere la bon. poss. c. t., perché realmente non c'è stata diseredazione e, quindi, la vocazione intestata del figlio, non essendo stata eliminata, può avere attuazione: nell'altro caso non è possibile chiedere la b. p. c. t., perché la istituzione, sia pure condizionale, ha assorbito in sé la vocazione intestata del figlio istituito.

La giustificazione addotta da Ermogeniano non è la più adatta a spiegare la soluzione. Non è una questione di certezza, quella cui devesi avere riguardo: si tratta piuttosto dell'essere o non essere della exhereditatio stessa. Questa è, *solo quando sia stata eretta puramente e semplicemente*.

Una sola eccezione, del resto apparente, conoscono le nostre fonti: essa ci è attestata da Trifonino nel fr. 28 pr. D. 28.2 esaminato. Una diseredazione condizionale è possibile solo quando essa sia coordinata ad una istituzione sospesa alla condizione contraria. Infatti, l'impossibilità dell'apposizione di una condizione alla exhereditatio non deriva dalla natura formale di essa. Tale impossibilità scaturisce, come abbiamo visto, dal fatto che il suus diseredato sotto condizione diverrebbe nel frattempo erede ab intestato, impedendo così definitivamente la delazione dell'eredità ex testamento. Quando, però, vi sia la istituzione del suus sotto condizione casuale, allora la diseredazione condizionale è concepibile e raggiunge il suo scopo.

<sup>36</sup> Sulle condizioni di legittimazione alla bonorum possessio contra tabulas cfr. più oltre, parte III, sez. 1<sup>a</sup>, cap. 1<sup>o</sup>.

Abbiamo già visto (§ 2) come il *suus* possa essere istituito sotto condizione casuale solo quando sia stato diseredato per il caso di mancanza della condizione. In questo caso si ha che:  $\alpha$ ) la diseredazione avrà effetto solo al verificarsi della condizione cui essa è sospesa,  $\beta$ ) ma nel frattempo il *suus* non potrà occupare ab intestato il posto di erede, perché a ciò osta la sua *istituzione nel testamento*,  $\gamma$ ) onde, quando si verificherà la condizione della diseredazione, sarà con essa validamente rimossa nel *suus* la qualità di erede ab intestato: qualità, che a lui necessariamente competerebbe solo dal momento in cui fosse venuta meno la istituzione per deficienza della condizione.

Tutto questo ci mostra il vero significato del principio che la diseredazione deve essere disposta puramente: questo principio non deriva da una esigenza di carattere formale (come per gli *actus legitimi*), ma sorge dalla struttura della successio e ne è, al tempo stesso, un indice molto importante.

e) Dalle stesse esigenze deriva un altro principio: che la *exheredatio* non può essere disposta *post mortem filii*.

IULIANUS, *libro vicesimo nono digestorum*: 13.2 D. 28.2: P. 421.

Testamentum quod hoc modo scribitur: 'Titius post mortem filii mei heres esto: filius exheres esto' nullius momenti est, quia filius post mortem suam exheredatus est: quare et contra tabulas paternorum libertorum huiusmodi filius bonorum possessionem accipere poterit.

Anche qui le ragioni sono palesi: diseredare il *suus* post mortem equivale a non diseredarlo nel frattempo: e nel frattempo – cioè durante la sua vita – egli sarà erede ab intestato. E allora, apertasi la successione a un titolo, non sarà più possibile che venga aperta a titolo diverso. La successione testamentaria è possibile quando non vi sia già successione intestata. Per impedire quest'ultima, la diseredazione deve essere disposta in maniera da spiegare la sua efficacia dal momento stesso della morte del testatore.

Poiché il *suus* succede ipso iure, la diseredazione deve impedire questa successione nel momento in cui essa necessariamente si produce: se, invece, la diseredazione deve avere efficacia solo in un momento successivo, essa non è più atta ad impedire il verificarsi della successio del *suus*, il quale, allora, acquisterà ab intestato l'eredità.

In tal caso il testamento è *nullius momenti*: ed è tale non per un vizio di forma, ma perché mancano i presupposti stessi della sua esistenza.

Nel testo Giuliano argomenta dalla inesistenza del testamento per indurne che, dunque, il figlio diseredato, poiché, in realtà, non è diseredato, potrà chiedere la *bonorum possessio contra tabulas libertorum paternorum*<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> La induzione giuliana si riconduce a una dottrina, propria di Giuliano, in base alla quale i figli diseredati di un patrono non potevano chiedere la *bonorum possessio contra tabulas libertorum paternorum*. Prima di Giuliano, però, secondo le attestazioni di Gaio (3.58), la diseredazione non influiva sul diritto di patronato del figlio diseredato. V. più oltre Sez. IV, cap. IV, § 104).

ULPIANUS, *libro quarto ad Sabinum*: 4.2 D. 28.5: P. 2453.

...nec necessariam a substituto filii exheredationem, cum et si fuerit facta frustra est: [post mortem enim filii facta est, quam inutile, esse alias ostendimus...].

Esamineremo questo testo di Ulpiano nel cap. V, al § 22, e vedremo che le parole chiuse tra parentesi vanno considerate come glossema: esse, tuttavia, ci sono utili perché parlano della invalidità di una exhereditatio post mortem.

SCAEVOLA, *libro sexto quaestionum*: 29.10 D. 28.2: P. 157.

[In omnibus his speciebus illud servandum est], ut filius dumtaxat, qui est in potestate [ex aliqua parte] sit heres institutus: nam frustra exheredabitur post mortem suam...

Le ragioni di tale inefficacia ci sono ormai chiare: esse discendono dalla struttura della successio dei sui.

Le parole messe tra parentesi sono forse interpolate.

§ 11. Non priva di significato è la necessità che la diseredazione sia disposta con parole solenni: si tratta di una esigenza analoga e parallela a quella dell'istituzione di erede che deve pure farsi secondo una formula determinata. La diseredazione è, infatti, opposta, ma simmetrica, alla istituzione.

GAIUS II, 127.

Sed si quidem filius a patre exheredetur, nominatim exheredari debet: alioquin non videtur exheredari. nominatim autem exheredari videtur, sive ita exheredetur «*Titius filius meus exheres esto*», sive ita «*filius meus exheres esto*» non adiecto proprio nomine (cfr. § 1 Inst. 2.13).

Esattamente dice lo Scialoia<sup>38</sup> che la formula «*Titius ex-heres esto*» significa «Tizio perda la qualità di erede».

Il suus, per essere diseredato, doveva sentirsi tolta la qualità di erede, che egli già possedeva, indipendentemente dalla volontà del testatore, alla morte di lui. Come per attribuire la qualità di erede bisognava ricorrere a una formula determinata, così alla formula opposta bisognava ricorrere per togliere questa qualità. Le Pandette ci mostrano numerosi testi in cui la esigenza della forma della exhereditatio si fa via via meno rigida. Man mano che l'originario valore extrapatrimoniale della diseredazione vien meno, viene meno il rigore della forma. Con Giustiniano il «*nominatim exheredari*» ha un significato profondamente diverso dal primitivo: significa «chiaramente» diseredare. Esso pone una esigenza di chiarezza nella manifestazione di volontà; laddove inizialmente il *nominatim* significò «secondo la formula» mediante, cioè, quell'unica formula riconosciuta efficace per togliere ad un suus la qualità di erede.

<sup>38</sup> SCIALOIA, *Diritto ered. rom.* Lezioni 1915, pag. 41.

IUSTINIANUS *A. Iuliano pp.* (c. 3 C. 6.28).

Si quis filium proprium ita exheredaverit: 'ille filius meus alienus meae substantiae fiat', talis filius ab huiusmodi verborum conceptione non praeteritus, sed exheredatus intellegatur. cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat (a. 531).

Per Giustiniano la diseredazione non è che una esclusione del diseredato dai beni del diseredante: essa non ha più lo scopo originario: quello di impedire la successio necessaria del suus. Questa concezione della successio è sparita già nel diritto postclassico: essa venne meno col venir meno della familia agnatzia. E l'affermazione giustiniana, ripetuta ancora nelle Novelle, che i sui debbano essere istituiti o diseredati ha un significato ben diverso da quello primitivo. Si tratta non già di una esigenza organica derivante dalla struttura della familia, ma di una mera esigenza sociale avente la sua origine nella idea che i figli sono gli eredi naturali dei loro genitori. La violazione di questa regola non importa, peraltro, *inesistenza giuridica del testamento*: e ben a ragione: la inesistenza si verificava in diritto classico perché la preterizione del suus determinava di necessità la vocazione intestata del preterito all'eredità. Il che non è più nel diritto giustiniano.

Giustiniano ha solo usato le tradizionali denominazioni: ma bisogna ben guardarsi dall'attribuire loro il significato che avevano nel diritto classico e in quello antico.

§ 12. Abbiamo sinora sempre affermato che la diseredazione aveva lo scopo di impedire che i sui subentrassero necessariamente nella posizione giuridica del loro paterfamilias defunto. Ma quali erano, oltre questo, gli effetti giuridici della diseredazione? Forse che mediante la exheredatio (come avveniva nella ἀποκέρυξις greca) veniva tolta al diseredato la qualità di figlio? No: il diritto romano non conosce questo effetto; la exheredatio non ha altro effetto che quello di porre nel nulla l'ius filii, *in quanto è operativo agli effetti della successione*. In questo senso Paolo dice che «ius filii abscisum est».

PAULUS, *libro primo ad Sabinum*: 9.2 D. 28.2: P. 1601.

Si filium exheredavero nepotemque ex eo praeteriero et alium heredem instituero et supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum Iulianus et Pomponius et Marcellus aiunt. diversumque est, si in hostium potestate filius sit et decesserit in eodem statu: rumpit enim his casibus nepos testamentum, quod moriente avo filii ius pependerit, non abscisum ut superiore casu fuerit, rell.

La fattispecie è chiara: Tizio ha in potestà un figlio ed un nipote ex eo: disereda il figlio, preterisce il nipote, e istituisce erede un estraneo: il figlio diseredato muore dopo il padre, ma prima che la eredità sia stata adita dallo erede istituito. Si domanda: la preterizione del nipote può, in simile caso, rendere inefficace il testamento? Cioè: il nipote acquista la qualità di suus heres? La soluzione è negativa.

La preterizione del nipote non rende inefficace il testamento, perché il nipote non acquista la qualità di *suus heres* dell'avo. Non l'acquista perché il padre, che era sotto la immediata potestà dell'avo, era morto dopo l'avo: del quale egli soltanto era stato, perciò, *suus*. Né la circostanza che il padre (diseredato) era morto *prima dell'adizione* dell'erede istituito faceva acquistare al nipote la qualità di *suus*: la diseredazione, infatti, appena adita la eredità, retrotraeva i suoi effetti sino alla morte e impediva così al nipote di acquistare la qualità di *suus* dell'avo. Per acquistare tale qualità egli avrebbe dovuto, infatti, *succedere in locum patris*, subentrando *nell'ius succedendi* del padre suo. Orbene proprio questo *ius succedendi* era stato 'abscisum' e, pertanto, non poteva più esser luogo ad un subentrare in esso. La diseredazione recide questo diritto: *essa nuoce tanto al diseredato quanto ai suoi discendenti*, determinando una rottura nel rapporto giuridico successorio tra il diseredante e il diseredato e suoi discendenti. Poiché, adunque, non è possibile una successio del nipote in *locum filii* essendo stato *abscisum*, mediante *exhereditatio*, lo *ius (successionis) filii*, il nipote non potrà acquistare la qualità di *suus* dell'avo, e non potrà, perciò, determinare la revoca automatica del testamento in cui egli è stato preterito.

Diversa è la soluzione se, mantenendo la fattispecie, si consideri il figlio non più come diseredato ma come prigioniero. In tal caso, quando il prigioniero sia morto in prigionia dopo il padre, ma prima dell'adizione dell'eredità, il nipote *ex eo*, preterito, *succedendo in locum patris*, acquista la qualità di *suus* dell'avo, e ne rende, così, inefficace il testamento.

In questa ipotesi la successio in *locum* si verifica necessariamente. È vero che il figlio che si trovi in prigionia può essere preterito impunemente (fr. 31 D. 28.2). Il suo *ius successionis*, però, non si estingue per effetto della prigionia, come con la *exhereditatio*. Onde, se il figlio prigioniero preterito muore dopo il padre, ma prima dell'adizione dell'eredità, si opera retroattivamente (sino al momento della caduta in prigionia) un subentrare del nipote in *locum patris*, e, perciò, una *agnatio postumi* che determina la revoca automatica del testamento<sup>39</sup>.

La diversità delle due soluzioni pone in evidenza i tratti caratteristici della diseredazione. La quale è ben definita, nel testo, come *abscisio* dell'*ius successionis* del diseredato, epperò come rottura della relazione giuridica che lo univa – in una con i suoi discendenti – all'ascendente comune.

ULPIANUS, *libro decimo ad Sabinum*: 6 pr. D. 28.3: P. 2505.

Si quis filio exhereditato nuru praegnate relicta decesserit et extraneum sub condicione instituerit et pendente condicione post mortem patris [vel] deliberante herede instituto de adeunda hereditate exhereditatus filius decesserit et nepos fuerit natus, an rumpat testamentum? et dicemus

<sup>39</sup> Cfr. 7 D. 38.6. Sugli effetti della morte in prigionia v. MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, I, 130-134 segg. V. inoltre RATTI, *Studi sulla captivitas*, *BIDR*, 1926, 105 segg., e *RISG*, 1927, p. 5 segg., 37 segg.

testamentum non rumpi, cum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecedebat. rell.

La ragione vera della soluzione non sta tanto nella *precedenza* quanto nella *abscisio* del diritto del diseredato. Poiché non poteva aver luogo una successione del nipote in locum patris, il testamento non poteva subire una revoca per preterizione del nipote.

Id. fr. 6.1 D. 28.3.

Sed si pater eius, qui mortis avi tempore in utero fuit, apud hostes erat, nepos iste patre in eadem causa decedente post mortem avi succedendo testamentum rumpet, quia supra scripta persona ei non obstat: nec enim creditur in rebus humanis fuisse, cum in ea causa decedat, quamquam captivus reversus patris sui iniustum faceret testamentum in eo praeteritus.

Questi due testi (6 pr. e 6.1 D. 28.3) riproducono esattamente le situazioni analizzate nel fr. 9.2 e confermano ancora una volta gli effetti della diseredazione. Essa è concepita dai giureconsulti romani come vera recisione dell'*ius successionis* del diseredato e dei suoi discendenti<sup>40</sup>.

Sarà utile porre a confronto *exhereditatio* ed *emancipatio*. La diseredazione recide, è vero, l'*ius successionis* del diseredato rompendo, così, il rapporto giuridico successorio che intercedeva tra il diseredante e il diseredato e i suoi discendenti. Il diseredato, però, rimane nella posizione di *filius*, ostacolando così ai propri figli (nipoti dell'avo) la assunzione sotto la immediata potestà dell'avo. È questa la ragione per cui la diseredazione nuoce necessariamente ai discendenti del diseredato. L'emancipazione, invece, *esclude* l'emancipato dalla famiglia. Al posto di costui subentrano i suoi discendenti che assumono, pertanto, la qualità di *sui del paterfamilias*. Se, dunque, nella ipotesi del fr. 9.2 (o 6 pr.) introducessimo una variante, nel senso che diseredato fosse stato un figlio emancipato, non si sarebbe potuto parlare di «abscisio» e di nocimento della diseredazione anche ai nipoti in potestà.

§ 13. Abbiamo già detto che la diseredazione del *suus*, perché abbia valore per tutti i gradi del testamento, deve essere disposta «ante heredis institutionem» o ripetuta nei singoli gradi.

Secondo una costituzione di Severo e Antonino (c. 1 pr. C. 6.28) la diseredazione disposta post omnes heredum gradus ha valore in confronto di tutti i gradi del testamento. La pratica escogitò varie maniere di disporre la diseredazione<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Sulla genuinità del fr. 9.2 da «quod moriente» a «fuerit» potrebbero essere avanzati dei dubbi: non mi pare, però, che vi sia ragione per non attribuire a Paolo tale parte del testo. Quand'anche non dovesse considerarsi pauliana, bisognerebbe dire che si tratta di una glossa di importanza notevole, perché esprime esattamente e vivamente il pensiero dei giuristi classici sul valore giuridico della *exhereditatio*. Cfr. RATTI, *op. cit.*, *BIDR*, 1926, p. 135-136.

<sup>41</sup> 3.2 D. 28.2; 3.3 eod., 3.5 eod., *disered. inter medias institutiones, inter duos gradus etc.*

A noi interessa fissare, a proposito di questi varî modi di diseredazione, il seguente principio: *la diseredazione, per essere efficace, deve poter impedire la successione necessaria del suus*. Per raggiungere tale scopo la diseredazione, non disposta ante heredis institutionem o alla fine del testamento, deve essere ripetuta in tutti i gradi del testamento<sup>42</sup>.

Quando la diseredazione sia disposta solo nel secondo grado, «Sabinus et Cassius et Iulianus putant perempto primo gradu testamentum ab eo gradu exordium capere unde filius exheredatus est» (3.6 D. 28.2).

Vedremo, a proposito della exhereditatio dei postumi, (più oltre, cap. VI § 28 sgg.), come questo principio non abbia, in quella ipotesi, applicazione: ma vedremo anche come questa diversità non sia indice di una diversa struttura della successio (5 D. 28.3).

Abbiamo già notato che mentre la istituzione in un grado del testamento assorbe definitivamente la vocazione intestata del suus istituito, non altrettanto è a dirsi per la eliminazione dell'ius successionis mediante exhereditatio: questa ha effetto solo rispetto al grado in cui è disposta. Tale fenomeno è da riportare all'idea onde pei romani i varî gradi di un testamento avevano una propria autonomia, quasi testamenti separati (8 D. 28.2).

Anche queste disposizioni, apparentemente formali, trovano la loro giustificazione nel congegno della successione dei sui: in fondo a tutte le disposizioni, di cui sono così ricchi gli istituti che andiamo esaminando, il principio che la successione dei sui sia la «prima causa» (Gai II, 157), ed il fondamentale paradigma della successione, è di indubbia evidenza.

### CAPITOLO III

#### VOCAZIONE TESTAMENTARIA DEI SUI HEREDES E ASSORBIMENTO IN ESSA DELLA LORO VOCAZIONE INTESTATA

§ 14. Assorbimento delle vocazioni intestate nelle vocazioni testamentarie: la vocazione testamentaria del suus assume lo stesso carattere necessario della vocazione intestata.

§ 15. Egesi dei fr. 16 D. 28.2, 14.1 D. 28.2, 43.2 D. 28.6, 3.6 D. 28.2.

§ 16. Trasformazione della vocazione necessaria dei sui in volontaria nel solo caso che essi siano istituiti sotto condizione potestativa.

<sup>42</sup> 8.1 D. 37.4 Aliqua parte tabularum exheredem scribi non sufficit...

§ 14. Abbiamo talvolta parlato, nel corso di queste indagini, di trasformazione in vocazioni testamentarie delle vocazioni intestate dei sui istituiti nel testamento paterno. Abbiamo anzi accennato, a tale proposito, alla parola tecnica con cui noi intendiamo esprimere questo fenomeno: *assorbimento* delle vocazioni intestate in quelle testamentarie. Il principio può esprimersi così: quando un testatore istituisca nel proprio testamento coloro che, se egli fosse morto intestato, sarebbero venuti alla sua eredità, la vocazione intestata di costoro si trasforma in vocazione testamentaria e opera nei modi e dentro i limiti di questa. Ciò si può esprimere brevemente dicendo che la vocazione ex testamento *assorbe* quella ab intestato<sup>43</sup>.

Il principio dell'assorbimento ha particolare importanza, perché esso spiega una serie di fenomeni che specialmente ci si presenteranno allorché tratteremo della successione necessaria contro il testamento e, perciò, della efficacia del testamento contro cui il legittimario agisce. Vedremo allora come siano proprio dovuti all'assorbimento della vocazione intestata degli istituiti nella vocazione testamentaria, due effetti che, senza il ricorso a tale principio, non troverebbero spiegazione alcuna. E, infatti, da un lato, i casi di validità parziale di un testamento sono quasi tutti dovuti al fatto che il testamento, avendo in sé trasfusa alcune vocazioni intestate, ha per ciò stesso acquistata una solidità che gli permette di non cadere interamente di fronte all'azione rescindente dei legittimari. E, d'altro lato, l'impossibilità per i successibili ab intestato, istituiti nel testamento e che avessero già acquistato la eredità a tale titolo, di acquistarla ancora a titolo diverso (ab intestato), ha causa nella avvenuta trasformazione della loro vocazione; la quale non può più avere efficacia se non nei limiti e nei modi della chiamata testamentaria.

Nell'ambito dei rapporti tra successione testamentaria ed intestata il principio dell'assorbimento è particolarmente notevole in quanto *indice* di quella originaria conciliazione tra le due successioni, per cui la libertà dei testatori, pur essendo illimitata, aveva però per suo naturale confine l'ordinamento stesso della famiglia.

L'heres per eccellenza è il suus, e la sua designazione nel testamento non elimina, ma *trasforma* la sua vocazione: ne muta unicamente il titolo. La sua vocazione necessaria esplica ancora, pure trasformata in testamentaria, i suoi originari effetti, palesa le sue caratteristiche, sia pure nei limiti e nei modi della chiamata testamentaria in cui si è trasformata.

<sup>43</sup> Di questo interessantissimo fenomeno, al quale nessun autore ha mai avuto riguardo, trattiamo ampiamente a proposito della ricostruzione del fr. 19 D. 5.2, in sede di querella inofficiosi testamenti. I testi ivi richiamati sono: 14 pr. D. 37.4, 15.2 D. 37.5, 16 pr. D. 5.2, 19 D. 5.2, 50 pr. D. 38.5 ed altri. Il concetto di *assorbimento* è alquanto diverso da quello di novazione e, in ogni caso, più comprensivo e di applicazione più estesa. V. un caso di assorbimento in BETTI, *Per una costruzione giuridica della cosiddetta consunzione processuale* (1919), p. 6 sgg.; 21 sgg., cfr. anche BETTI in *Riv. dir. comm.*, 1927, II, 374.

Il testamento muta il titolo della successione ereditaria, ma non contraddice a quell'organica necessità donde scaturisce la successione necessaria dei sui. Esso, anzi, accoglie in sé e riconosce questo meccanismo naturale; lo rispecchia, se ne lascia modellare, e ne manifesta, attraverso il suo contenuto fondamentale (la istituzione di erede), le salienti caratteristiche. Infatti il *suus*, quando sia designato nel testamento, succede al *paterfamilias* sempre in virtù di quella primigenia necessità che il testamento non ha eliminato (e non lo poteva), ma ha in sé accolto come suo *elemento*.

Che cosa significa, infatti, il principio che pel *suus* non si richiede adizione, se non che la vocazione intestata di lui non è stata eliminata, ma opera – sia pure entro i limiti e nei modi della chiamata testamentaria – i suoi effetti caratteristici? Chiamata testamentaria e chiamata intestata, nei sui, non sono che due modi di essere di un medesimo fenomeno.

In questa parte della trattazione relativa ai rapporti tra successione testamentaria e successione intestata, noi abbiamo avuto e avremo ancora esclusivo riguardo ai *sui*. Perché, in realtà, è nei riguardi di costoro che le due specie di successione ci mostrano le loro profonde somiglianze. Perché è proprio dalla successione dei sui – succedano essi ab intestato o ex testamento – che la successione romana trae gli elementi della sua struttura: struttura conservatasi in tutto lo svolgimento del diritto ereditario romano. Anche quando, infatti, fu ammessa la chiamata di estranei, la «prima causa» (Gai II, 157) nella successione fu sempre quella dei sui e fu sempre necessario provvedere anzitutto alla loro istituzione o diseredazione.

Rimanendo, dunque, nell'ambito della istituzione dei sui, noi vediamo trasferita nel testamento la disciplina naturale – necessaria – della loro chiamata. Vediamo anche qui come la ragione profonda della successione del *suus* istituito stia pur sempre in quel naturale movimento dell'organismo familiare che *solleva* il *suus* alla posizione di *heres* del *paterfamilias*. Solo, però, che qui questo processo naturale si opera attraverso un negozio giuridico (il testamento) e, quindi, si assoggetta esso medesimo alla disciplina giuridica che regola questo negozio.

All'analisi del giurista la chiamata testamentaria del *suus* lascia, in conseguenza, intravedere i suoi elementi propriamente testamentari e quelli originari intestati.

L'acquisto ipso iure – e il conseguente rimedio pretorio dell'*ius abstinendi* – appartiene a questi ultimi elementi. Ad essi appartiene pure la sospensione della delazione dell'eredità ex testamento nel caso della preterizione di un postumo. D'altro canto, la vocazione testamentaria impedisce, in quest'ultima ipotesi, il verificarsi dello acquisto ipso iure da parte dei sui *istituiti*. Tale acquisto non può avvenire perché la loro vocazione intestata è stata assorbita nella vocazione testamentaria e non può ormai avere effetto che a questo titolo e nei limiti e nei modi di esso.

E poiché, nel caso, le vocazioni testamentarie sono *solo sospese* ma *non annulate*, anche le vocazioni intestate in esse assorbite vengono sospese sino a quando non sarà certo, o che esse siano nuovamente liberate dal testamento, in cui erano state costrette, a causa del venir meno di esso per la nascita del postumo, o che esse conseguano definitiva efficacia solo attraverso il testamento, consolidatosi per la mancata nascita del postumo atteso.

In questo stato di sospensione può avvenire financo che il suus muoia senza avere acquistato l'eredità paterna. È forse questo un fatto che contraddica a quella *necessità* della successio dei sui, alla quale ci riferiamo come a principio fondamentale? No: qui siamo in presenza di un effetto caratteristico che risulta dalla combinazione dei due principî della *necessità dell'acquisto*, e *dell'assorbimento*. Senza questa visione le soluzioni dei testi in cui dell'effetto stesso è fatta menzione, rimangono oscure e ingiustificate.

§ 15. AFRICANUS, *libro quarto quaestionum*: 16 D. 28.2; P. 25.

Si filius heres institutus sit omissio postumo filioque substitutus nepos ex eo sit, si interim moriatur filius, postumo non nato nepotem tam patri quam avo suum heredem futurum. quod si nemo filio substitutus sit et solus ipse institutus sit, tunc quia eo tempore, quo is moriatur, certum esse incipit neminem ex eo testamento heredem fore, ipse filius intestato patri heres existet: sicut evenire solet, cum sub ea condicione, quae in ipsius potestate erit, filius heres institutus, prius quam ei pareret, moriatur.

Si suppose che un testatore istituisca erede un suus e preterisca un postumo, e che: *A*) allo istituito sostituisca il proprio figlio, ovvero *B*) non disponga alcuna sostituzione, e lo istituito muoia – in ambedue le ipotesi – prima della nascita del postumo<sup>44</sup>.

Esaminiamo la soluzione del primo caso e i principî su cui si fonda (*A*).

Il figlio istituito (suus), che muore prima della nascita del postumo, non può essere divenuto né erede ex testamento né erede ab intestato. *a*) Non può essere divenuto erede ex testamento, perché la delazione dell'eredità ex testamento è sospesa a causa della preterizione del postumo; vale in questo caso il principio «quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas» (fr. 84 D. 29.2). Questa sospensione ha causa nella necessità che il postumo preterito, nascendo, diventi erede (ab intestato) del paterfamilias defunto; cioè, tale sospensione dipende da quello che brevemente abbiamo chiamato il principio dello acquisto necessario. *b*) Non può essere divenuto erede ab intestato, perché la vocazione intestata del suus è stata assorbita nella vocazione testamentaria: dunque fino a quando siano o possano essere efficaci le vocazio-

<sup>44</sup> Nel testo è presupposto che il postumo *nasca realmente* dopo la morte dell'istituito: è erronea, perciò, la interpretazione dei Basilici secondo la quale il postumo non sarebbe, nella ipotesi, nato.

ni ex testamento, in cui le vocazioni intestate sono state trasformate, queste ultime non possono avere efficacia *autonoma*: vale a dire nel frattempo i suoi *non potrebbero essere eredi ab intestato*.

Ecco perciò un caso in cui i due principî, dell'acquisto necessario e dell'*assorbimento*, si intrecciano, e la loro unione dà luogo ad un effetto caratteristico: la esclusione del suus, istituito nel testamento in cui fu preterito un postumo, dalla eredità del suo paterfamilias.

All'acquisto di questa eredità come erede ab intestato osta, infatti, il principio dell'assorbimento; all'acquisto di essa come erede testamentario osta il principio della *necessità* dell'acquisto: cosicché il suus, morto in un periodo in cui i due principî svolgono la loro influenza antitetica, nel senso di sospendere entrambe le vocazioni, non può pervenire all'eredità paterna!

Abbiamo, però, presupposto che nel testamento fosse contenuta una sostituzione. È, infatti, in virtù di questa sostituzione che il testamento resta valido impedendo, in conseguenza, la delazione dell'eredità ab intestato (quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur: fr. 39 D. 29.2). Il testamento, infatti, nel caso nostro, quantunque non possa ancora costituire la base di una efficace adizione dell'eredità, è, tuttavia, in tale stato da render possibile, a suo tempo (ove venga meno l'impedimento che sospende la delazione ereditaria), tale adizione.

Questa validità del testamento è dovuta, nel caso nostro, in cui è mancato l'istituito, alla presenza del sostituto. La sostituzione renderà possibile, infatti, se il postumo non nascerà, la definitiva efficacia del testamento. La validità di questo si manifesta non già nell'*attuale* vigore delle vocazioni che da esso procedono, ma nella possibilità che tali vocazioni divengano definitive quando il postumo atteso non nasca.

Nel testo è, invece, presupposto che il postumo nasca. Quid iuris?

Il testamento viene automaticamente revocato, e la revoca ha effetto *ex nunc*. Vale a dire non viene distrutta l'efficacia che il testamento ha esplicato nel frattempo – sia pure in senso negativo con l'impedire il prodursi di un effetto che altrimenti si sarebbe prodotto (la vocazione intestata del suus morto). È solo da questo momento che ha luogo la delazione dell'eredità ab intestato, alla quale saranno perciò chiamati i successibili viventi al momento della revoca del testamento (cfr. 9 2 in fine D. 28.2).

Nel caso nostro saranno eredi ab intestato:

1) il postumo ora nato, 2) il nipote che è subentrato in locum patris.

Il nipote, perciò, sarà doppiamente erede (tam avo quam patri): sarà, cioè, erede dell'avo, al quale succede come suus, essendo venuto meno il padre che lo precedeva nella soggezione alla potestà, ed erede del padre, morto egli pure intestato.

L'analisi di questo testo è, dunque, fruttuosa: essa prova l'esistenza dei due principî (dell'acquisto necessario e dello assorbimento) e ce ne mostra gli effetti. Anzi, ci mostra un effetto prodotto dalla contemporanea, per quanto antite-

tica, efficacia di essi, la quale dà luogo alla figura caratteristica di un atto giuridico (il testamento), la cui *definitività* non si è ancora verificata, e che produce tuttavia effetti definitivi. Qui, infatti, il testamento, quantunque abbia giuridica consistenza e, perciò, operi determinati effetti, non è però, ancora, un atto giuridico per se stesso definitivamente efficace. Tuttavia esso, nella nostra ipotesi, a cagione della contemporanea efficacia dei due principî antitetici, produce effetti aventi valore definitivo. La sola esistenza, infatti, del testamento è stata sufficiente a determinare l'*assorbimento* della vocazione intestata del figlio istituito nella vocazione testamentaria: e quest'effetto ha avuto valore definitivo perché, anche quando il testamento è venuto meno per la nascita del postumo, la vocazione intestata del figlio istituito già morto, non ha più potuto risorgere.

Esaminiamo ora la soluzione del secondo caso e i principî su cui si fonda (B):

Nella seconda ipotesi, in cui cioè il figlio sia egli solo istituito nel testamento, morendo l'istituito il testamento viene per ciò stesso a perdere qualsiasi efficacia e, in conseguenza, esso non è più di ostacolo alla vocazione dell'eredità ab intestato. La sospensione di tale vocazione, infatti, nel primo caso, aveva ragione nel principio «*quamdiu potest ex testamento adiri hereditas ab intestato non defertur*». Ma qui, con la morte dell'istituito, la delazione ex testamento non è più possibile perché il testamento è, con la morte dell'istituito, caduto nel nulla.

Ne segue che chiamato ab intestato sarà lo stesso *suus* istituito. Qui l'assorbimento non può esplicitare nessuna efficacia perché, essendo caduto il testamento, è caduto altresì ogni effetto che su di esso si fondava<sup>45</sup>.

Esaminiamo, ora, la variante introdotta al fr. 16 D. 28.2 nel senso che il postumo atteso non nasca.

I due casi sopra prospettati hanno qui identica soluzione: infatti, se il postumo non è nato, ciò significa che il *venter era vacuus*, e se il *venter* era *vacuus*, il figlio istituito nel testamento divenne ipso iure erede ex testamento del testatore (fr. 84 D. 29.2, 30.6 D. eod., 3.10 D. 38.16).

Quest'acquisto ipso iure del *suus* istituito, quando il *venter* sia *vacuus*, abbiamo visto come debba ricondursi alla natura necessaria della sua vocazione intestata. Abbiamo visto come diversamente vanno le cose per un estraneo: contrasto, questo, che ancora una volta, ci permette di concludere che l'assorbimento della vocazione intestata nella vocazione testamentaria del *suus* non ne muta tuttavia la natura: la quale si mantiene inalterata entro la sfera e nei limiti della vocazione testamentaria in cui essa si è trasfusa.

AFRICANUS, *libro quarto quaestionum*: 14.1 D. 28.2: P. 25.

Quod vulgo dicitur, eum gradum a quo filius praeteritus sit non valere, non usquequaque verum esse ait: nam si primo gradu heres institu-

<sup>45</sup> Cfr. sul fr. 16 D. 28.2 la ampia esegesi di CUIACIO, *Ad Africanum Tractatus IV*; FRANCKE, *op. cit.*, p. 87 segg.

tus sit filius non debere eum a substitutis exheredari: ideoque si filio et Titio heredibus institutis Titio Maevius substitutus sit, omittente Titio hereditatem Maevium eam adire posse, quamvis filius secundo gradu exheredatus non sit.

Nel testo si afferma che l'istituzione del suus nel primo grado rende ormai irrilevante la diseredazione nei gradi ulteriori.

Tale affermazione discende dal principio dell'assorbimento. Infatti una volta che con la istituzione sia stata trasformata in testamentaria la vocazione intestata del suus, è un controsenso diseredare nei gradi ulteriori il figlio istituito. La diseredazione mira a rimuovere nel figlio la qualità di erede ab intestato che a lui necessariamente pertiene: ora cosa si ha da rimuovere allorché la qualità di erede ab intestato del suus è stata assorbita nella vocazione testamentaria? Quando il suus è stato istituito nel testamento paterno, non ha più senso disporre una diseredazione a suo carico.

Si tenga, del resto, presente che il suus istituito nel testamento diventa *statim* erede, e acquista necessariamente l'eredità paterna.

Solo in due casi questo acquisto immediato non si verifica:

- 1) nel caso di sospensione della delazione testamentaria dell'eredità per la possibile nascita di un postumo preterito (caso già studiato),
- 2) nel caso di istituzione sotto condizione potestativa.

Nel primo caso, però, l'eccezione è solo apparente perché si tratta di una semplice *suspensione* nella vocazione ereditaria: onde, quando la ragione di essa sarà venuta meno, le cose si svolgeranno, come se non ci fosse stato ostacolo alcuno. È quindi contraddittoria, qui, una diseredazione fatta nei gradi successivi a quello in cui il suus stesso fu istituito.

Nel secondo caso la diseredazione, per la ipotesi che il figlio istituito non adempisse la condizione, e, quindi, non divenisse erede, sarebbe, come dicono le fonti, inutilmente fatta (...opinamur igitur filium, si sit institutus sub ea condicione (quae) sit in eius potestate, non indigere exheredatione a sequentibus gradibus... Ulpiano, 4.2 D. 28.5).

Nel testo di Africano, adunque, viene esattamente deciso che possa aver luogo la sostituzione, ancorché possa sembrare a prima vista che in questo 2° grado del testamento il figlio sia stato preterito.

PAULUS, *libro nono quaestionum*: 43.2 D. 28.6: P. 1356.

Lucius Titius, cum haberet filios in potestate, uxorem heredem scripsit et ei substituit filios: quaesitum est an institutio uxoris nullius momenti sit eo, quod ab eo gradu filii non essent exheredati. Respondi eum gradum a quo filii praeteriti sint, nullius esse momenti et ideo, cum idem substituti proponantur, ex testamento eos heredes exstitisse videri, scilicet quia non totum testamentum infirmant filii, sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit, sicut responsum est, si a primo sit filius praeteritus, a secundo exheredatus: nihil autem interest, qua ratione se-

cundi heredis institutio valeat, utrum quia ab eo filius exheredatus est an quia ipse filius substitutus est.

La soluzione di Paolo è qui coerente ai principî ed è, essa pure, fondata sullo assorbimento della vocazione intestata dei sui nella vocazione testamentaria. Che questa vocazione, poi, proceda dal primo o dal secondo grado è irrilevante: nel senso che, quantunque il testamento sia nullo nel primo grado in cui i sui sono stati preteriti, è però valido nel secondo grado in cui essi sono stati istituiti.

Si potrebbe osservare che la preterizione nel primo grado ha determinato l'acquisto ipso iure ab intestato dell'eredità paterna da parte dei sui preteriti. In realtà, però, questo acquisto non ha potuto aver luogo, perché la vocazione intestata dei sui è stata dal paterfamilias trasformata in vocazione testamentaria: e questa trasformazione, sia pure avvenuta nel secondo grado, è *originaria*; vale a dire, sta alla base della successione che qui deve essere deferita, e qualifica come testamentaria la vocazione. La preterizione nel primo grado non ha altro effetto che quello di far considerare nullo il primo grado medesimo, e di considerare testamento soltanto il secondo grado e le disposizioni in esso contenute.

Nel caso di Paolo, infatti, il primo grado, in cui era stata istituita la madre, è nullius momenti e il testamento piglia effetto dal secondo grado in cui sono stati istituiti i sui, nel primo preteriti. Le stesse considerazioni valgono, naturalmente, per la diseredazione: la quale, sia pure *eliminandola*, ha per effetto di impedire l'efficacia ipso iure della vocazione intestata dei sui, al pari della istituzione.

PAPINIANUS, *libro duodecimo quaestionum*: 76 D. 28.5: P. 216.

Si filius substituatur ei, a quo praeteritus est, non ut intestati patris, sed ex testamento habebit hereditatem, quoniam et quolibet alio substituto, si fuisset ab eo exheredatus, inde testamentum inciperet (valere), ubi filius esset exheredatus.

Il testo di Papiniano riproduce esattamente la fattispecie precedente di Paolo: anche qui il suus è preterito nel primo grado e sostituito nel secondo. Qui pure, perciò, ha luogo l'assorbimento della vocazione intestata del suus in quella testamentaria: è a causa di questo assorbimento (il quale, come ho detto, è *originario*) che la preterizione nel primo grado non determina la successione intestata dei sui al loro paterfamilias. Anche qui viene ripetuto il parallelo tra la istituzione e la diseredazione.

ULPIANUS, *libro primo ad Sabinum*: 3.6 D. 28.2: P. 2433.

Si ita testatus sit paterfamilias, ut a primo quidem gradu filium praeteriret, a secundo solo exheredaret, Sabinus et Cassius et Iulianus putant perempto primo gradu testamentum ab eo gradu exordium capere, unde filius exheredatus est: [quae sententia comprobata est].

I tre testi sono concordi nell'indicare un effetto comune all'istituzione e alla diseredazione quando siano fatte nel *secondo* grado: tanto l'una che l'altra impediscono la caduta totale del testamento – epperò l'acquisto ab intestato dell'eredità da parte dei sui – perché, come i testi si esprimono, ab eo

gradu (cioè dal secondo) exordium capit testamentum unde filius exheredatus vel institutus est.

Il principio dell'*assorbimento*, è, dunque, manifesto nei testi che abbiamo esaminati: per esso viene mutato il titolo della successione necessaria dei sui al loro paterfamilias. La vocazione intestata di costoro, però, sia pure assorbita in quella testamentaria e costretta entro i limiti di questa, non muta la sua natura: ed è infatti noto come il suo effetto caratteristico – la necessità della successione – si manifesti integralmente anche nell'ambito della chiamata testamentaria<sup>46</sup>.

§ 16. In una sola ipotesi, l'assorbimento *muta* la natura della vocazione dei sui impedendone così la manifestazione saliente: quella del loro acquisto ipso iure. Questa ipotesi si verifica allorché il suus sia istituito sotto *condizione potestativa*. In questo caso il suus perde la qualità di *erede necessario* che gli è propria, per diventare *erede volontario*: come tale, ancorché non divenga erede ex testamento, non ha bisogno di essere diseredato. Perciò, non si avvera in questa ipotesi, per lui, il *trilemma* posto da Trifonino: che cioè, se non è erede ex testamento né diseredato, egli debba essere erede ab intestato.

Che questa eccezione apportata al principio dell'acquisto necessario dei sui non sia originaria, è facile intendere. Essa, anzi, contraddice alla originaria struttura della successione dei sui, concepita come occupazione automatica, da parte loro, del posto di erede. Probabilmente essa fu introdotta proprio per derogare a quest'*ordine necessario di cose* i cui effetti erano alle volte molto dannosi pel figlio, che ad esso era irrimediabilmente soggetto.

La non originarietà di tale eccezione risulta inoltre chiaramente dai testi: infatti, i frammenti delle Pandette in cui si fa menzione della condizione potestativa, accennano a una controversia agitata tra i giuristi in ordine all'apponibilità di simile condizione alla istituzione dei sui. Meciano (87 D. 28.5) afferma che ai suoi tempi era ormai indubbio che una condizione potestativa potesse essere apposta all'istituzione di un suus. Ulpiano dice che «inter omnes constat» che il suus possa essere istituito sotto una condizione siffatta.

La struttura della successio non poteva essere modificata ad arbitrio dal testatore: al quale, se era riconosciuta ampia libertà di *scelta* fra i sui, non era permesso di derogare al modo in cui la loro successione si operava. L'introduzione dell'istituzione condizionale rappresenta, invece, una deroga al *modo* di prodursi della successione dei sui. Essa apporta una modificazione essenziale nella struttura di tale successio, perché riesce a superare la sua caratteristica principale – l'acquisto necessario – e a trasformare il suus in un *vero erede volontario*. Ne segue che non potrà più verificarsi, per il suus istituito sotto condizione potestativa, l'ac-

<sup>46</sup> Naturalmente le cose dette valgono, tanto pei sui nati quanto per i postumi. La necessità di istituire o di diseredare costoro procede dalle medesime ragioni da cui procede la necessità della istituzione o diseredazione dei sui già nati.

quisto ipso iure dell'eredità paterna. E, naturalmente, egli potrà, se vuole, evitare di divenire erede ex testamento, senza per questo diventare erede ab intestato<sup>47</sup>.

Ma prima di passare a trattare della istituzione dei sui sotto condizione potestativa, conviene rifarsi un passo indietro per considerare quell'istituto classico che storicamente la precede – vale a dire, l'*abstentio* – e le alterazioni da essa subite nel diritto giustiniano.

#### CAPITOLO IV IL PRINCIPIO CLASSICO DELLA *ABSTENTIO* E IL PRINCIPIO GIUSTINIANO DELLA *IMMIXTIO*

§ 17. Funzione dell'*abstentio*: eliminazione degli effetti patrimoniali dell'acquisto ipso iure.

§ 18. Innovazione giustiniana della *immixtio*: per divenire eredi ex testamento i sui devono compiere atti di gestione del patrimonio ereditario.

§ 19. Interpolazione secondo questo principio dei fr.: 1.7 D. 29.4; 28 D. 42.5; 38 D. 29.2; 41 D. 29.2; 40 D. 29.2; 28 (27) 3 D. 36.1.

§ 17. L'istituzione condizionale dei sui presuppone il pieno sviluppo della *abstentio*<sup>48</sup>. Quando il bisogno d'impedire l'acquisto ipso iure dell'eredità fu maggiormente sentito e, d'altro canto, l'*abstentio* non apparve compiutamente adatta ad eliminare *tutti* gli effetti dell'acquisto medesimo, la giurisprudenza dovette escogitare questo rimedio dell'istituzione condizionale con cui si impediva la necessità dell'acquisto lasciandolo dipendere dall'arbitrio del suus istituito. La differenza tra le due situazioni è evidente. Perché, mentre con l'*abstentio* – in quanto istituto di diritto pretorio – non era possibile eliminare nel suus la qualità – necessariamente acquistata – di erede civile, e non erano eliminabili alcuni effetti che si operavano ipso iure – p. es. l'efficacia delle manomissioni, delle sostituzioni, delle tutele etc. – con l'istituzione condizionale veniva sospeso l'acquisto della qualità di erede e, quindi, differita l'efficacia del testamento

<sup>47</sup> Il FADDA (Concetti, § 306), a proposito degli effetti della istituzione dei sui sotto condizione potestativa, riconduce tali effetti alla *volontà* paterna. Ad essa, come abbiamo veduto, egli riconduce anche la *necessità* dell'acquisto dell'eredità paterna da parte dei sui.

Noi, peraltro, dobbiamo respingere questa idea; così l'acquisto necessario come quello volontario sono fenomeni giuridici al cui prodursi non concorre per nulla (almeno come causa immediata e fonte regolatrice del modo di successione) la *volontà* paterna.

<sup>48</sup> Il FADDA (*op. cit.*, § 307) ritiene, invece, che l'istituto dell'*abstentio* sia posteriore all'introduzione dell'istituzione condizionale.

sino all'epoca dell'adempimento della condizione. Questa differenza tra i due istituti e il vantaggio – oltre l'equità – che il secondo presentava rispetto al primo dovevano pienamente giustificare l'introduzione di questo rimedio, che, senza distruggere la struttura originaria della successio dei sui e senza abolire l'abstentio, riusciva a far dipendere solo dalla volontà del suus l'acquisto dell'eredità paterna e, con esso, gli effetti a questo acquisto conseguenti.

Che l'istituzione condizionale stia in rapporto di derivazione con l'abstentio non è detto esplicitamente in nessun testo. Ma la funzione dei due istituti è più che sufficiente a dimostrare tale rapporto. Se l'abstentio fu introdotta per ovviare agli inconvenienti derivanti dall'acquisto necessario della eredità paterna da parte dei sui, e se tali inconvenienti non potevano, peranco, essere tutti rimossi con questo istituto di diritto pretorio, è naturale che si facesse ricorso a un istituto che li eliminasse totalmente. E quale altro istituto le fonti ci presentano, che abbia tale funzione, se non l'istituzione del suus sotto condizione potestativa? Certamente, anche qui, come in ogni parte del diritto romano, nessuna legge introdusse esplicitamente questo rimedio: fu l'opera sapiente della giurisprudenza ad introdurlo man mano nel sistema ereditario.

Ad avvalorare queste considerazioni, non è senza utilità fare ricorso ai testi in cui è menzione e dell'*ius abstinenti* e degli effetti che da esso derivano.

GAIUS II, 158.

Sed his (scilicet suis) praetor permittit abstinere se ab hereditate...

Che i sui avessero l'*ius abstinenti* è attestato in molti testi delle nostre fonti<sup>49</sup>.

È caratteristico il modo di esprimersi di Giuliano: egli afferma che il pretore, concedendo ai sui l'*ius abstinenti*, si comporta come in presenza di *eredi voluntari*.

IULIANUS, *libro trigesimo sexto digestorum*: 89 D. 30: P. 519.

... Praetor enim permittendo his qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna, manifestum facit (idem) ius se in persona eorum tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuissent.

Con l'abstentio si mira ad ovviare, nei limiti consentiti all'attività del pretore, agli effetti dell'acquisto ipso iure. Concedendo l'abstentio, il pretore pone il suus – dal punto di vista del diritto pretorio – nella stessa posizione di un erede volontario: vale a dire, egli lo libera dalle azioni ereditarie attive e passive alle quali, a causa della sua necessaria qualità di erede, egli è attivamente e passivamente legittimato<sup>50</sup>. L'abstentio elimina, in certa misura, gli effetti patrimoniali

<sup>49</sup> Fr. 57 D. 29.2, 1.7 D. 29.4, 28 D. 42.5, 89 D. 30, 2.8 D. 38.17, 6 pr. D. 11.7, etc. V. LENEL, *Edictum*<sup>3</sup> p. 418.

<sup>50</sup> Per contro, quando l'erede sia stato violentemente costretto ad adire, il pretore gli dà la *facultas abstinenti* che cancella in lui la qualità di heres. Cfr. 85 D. 29.2; 21-5 D. 4.2; su cui v. SCHULZ, *Z. S. St.*, 43 (1922), p. 178 seg.

li della successione del suus (sia ex testamento che ab intestato). Ma l'intervento del pretore non può spingersi sino a cancellare la qualità di heres del suus, e, perciò, ad impedire certi effetti ad essa collegati.

È noto, infatti, come, per il fatto solo che il suus istituito nel testamento paterno esista, il testamento prende vigore ipso iure e, malgrado l'abstentio del suus, hanno efficacia alcune disposizioni in esso contenute. Ricorre qui il fenomeno, frequente in questa materia, specialmente nella bon. poss. c. tab., di un negozio giuridico efficace iure civili e inefficace iure praetorio. Ond'è che il suus astenutosi non è considerato dal pretore *heredis loco* (12 pr. D. 11.1). L'abstentio viene attuata con la denega delle azioni a colui che si astiene (99 D. 29.2). Epperò, ripetiamo, se il pretore considera il suus astenutosi *come un erede volontario* che non abbia adito l'eredità, questa *finzione* pretoria non può impedire certi effetti che si operano sul terreno del ius civile. Il suus, infatti, divenne erede: qualità, questa, di cui non può essere spogliato: e, in conseguenza, non possono distruggersi gli effetti che si produssero ipso iure con l'acquisto necessario dell'eredità.

ULPIANUS, *libro quinto fideicommissorum*: 30.10 D. 40.5: P. 1893.

Sed et si suus heres se abstinerit... non est sine herede qui suum heredem habet licet abstinentem se.

Appunto dal principio che chi ha un suus heres non è senza erede, quantunque il suus si sia astenuto, deriva l'efficacia: *a*) delle sostituzioni pupillari disposte nel testamento (12 D. 28.6, 41 D. 29.2, 28 D. 42.5), *b*) dei fedecommissi universali (27.3 D. 36.1 interp.), *c*) delle manomissioni dirette (32 D. 40.4), *d*) delle manomissioni fedecommissarie (30.10 D. 40.5).

L'abstentio non può, adunque, né spogliare il suus della qualità di erede, né eliminare gli effetti che ho elencati: essi si producono necessariamente per il fatto solo della esistenza di un suus heres<sup>51</sup>.

§ 18. Debbo qui trattare, sia pure sommariamente, di un problema del quale già feci cenno in precedenza. A proposito, cioè, dell'acquisto ipso iure della qualità di erede da parte del suus, è noto che tale acquisto si produce alla stessa guisa tanto allorché il suus venga ab intestato alla eredità, quanto allorché ci venga ex testamento.

L'acquisto della qualità di erede, nel suus, avviene *necessariamente e indipendentemente* da un suo atto di volontà o di immistione negli affari ereditari. Questo principio, provato ad un tempo dalla struttura della successio dei sui e dalla documentazione che ce ne porgono i testi<sup>52</sup>, è stato modificato dai com-

<sup>51</sup> Altro effetto è il permanere nel suus astenutosi dello ius sepulchri. Cfr. FADDA, *op. cit.*, § 310 § 461; BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, 236.

<sup>52</sup> GAIO 2.157, I 2.19.2, Ulp. 22.24, 14 D. 38.16, 1.7 D. 29.4 (prima parte), 32 D. 29.2, 28 D. 42.5 (tolto l'insitizio «postquam...hereditati») c. 3 C. 6.30, I 3.1.3, 84 D. 29.2, 60.6 D. 29.2, 3.10 D. 38.16, etc. 20 D. 45.3, 12 D. 28.1, 63 D. 29.2, 11 D. 28.2, 2.4 - 10.1 D. 28.6.

pilatori nel senso che i sui non diventino *eredi ex testamento* se non dopo che si siano *immischiati* nell'eredità paterna. La concezione giustiniana della successione, quale acquisto di una universitas di esclusivo contenuto patrimoniale, non poteva naturalmente comportare un principio secondo il quale, nonostante che il suus si fosse *completamente* astenuto dall'eredità paterna, egli rimanesse tuttavia erede e da questa sua qualità procedessero vani effetti, quali la validità delle sostituzioni e delle manomissioni. Per giustificare questi effetti i compilatori introdussero nei testi, in cui si faceva parola soltanto dell'*abstentio*, il *presupposto della gestione ereditaria*. Ciò vuol dire che gli effetti, i quali, malgrado l'*abstentio*, continuavano a verificarsi perché procedenti da un testamento iure civili valido, vennero, invece, considerati *come causati dagli atti di immistione* dal suus compiuti<sup>53</sup>. Essi, quindi, a mente dei compilatori, non erano riconducibili a quella qualità di erede che in diritto classico al suus necessariamente ed immediatamente compete.

§ 19. ULPIANUS, *libro quinquagesimo ad ed.*: 1.7 D. 29.4: P. 1227.

Qui sunt in potestate *statim heredes sunt ex testamento*, nec quod se abstinere possunt quicquam facit. [quod si postea miscuerunt (se) ex testamento videntur heredes: nisi si abstinerint quidem se testamento, verum ab intestato petierint bonorum possessionem: hic enim incident in edictum]<sup>54</sup>.

La contraddizione del testo è palese: o i sui sono *statim heredes ex testamento*, come dichiara esattamente il principio del fr. o non lo sono. Com'è attualmente redatto, il testo è contraddittorio. E la contraddizione si spiega tenendo presente che le parole da me chiuse tra parentesi sono insitizie: con esse i compilatori introducono il principio che la qualità di erede, anche pei sui, si acquista solo mediante il compimento di qualche atto di gestione. Si tenga presente, tra l'altro, che era inconcepibile pensare all'applicazione dell'editto «si quis omissa causa testamento etc.» nei riguardi dei sui, perché costoro diventavano *statim heredes ex testamento*, indipendentemente da ogni loro atto di volontà.

Come, dunque, avrebbero potuto essi stessi mutare il titolo della loro vocazione, che già indelebilmente era stato loro impresso, venendo ab intestato all'eredità del loro *paterfamilias*?

<sup>53</sup> Quanto alla *immixtio* il Fadda dice: «quel che è l'aditio o la pro herede gestio per l'estraneo, è l'*immixtio* per il suus» Questa affermazione è vera solo per diritto giustiniano. E solo per diritto giustiniano può valere l'altra affermazione concernente la delazione successiva dell'eredità quando il suus si sia da essa astenuto (*Concetti*, § 309).

<sup>54</sup> L'inciso «quod... heredes» era stato considerato quale glossa dal Lenel, *Pal.* 1227. L'altro inciso «nisi si abstinerint...» era stato già considerato insitizio, per altri motivi, dall'Albertario. Però tutto il periodo [quod si... incident in edictum] è interpolato secondo il nuovo principio della *immixtio*, in base al quale furono interpolati gli altri frammenti che esaminiamo.

LAVOLENUS, *libro primo epistularum*: 28 D. 42.5: P. 75.

Paterfamilias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset, substituit heredem: is filius paterna hereditate se abstinuit – ideoque bona patris venierunt: postea filio hereditas (aliunde) obvenit, qua adita decessit (scil. ante pubertatem) rell.

Si domanda: se, come è naturale e come il testo afferma, i creditori paterni non avevano alcuna azione contro il pupillo che si era astenuto dall'eredità paterna, e se, quindi, i creditori non avevano azione sui beni del pupillo, che ora, in seguito al verificarsi della sostituzione, passano al sostituto, avranno essi, forse, contro il sostituto quell'azione che non avevano contro il pupillo?

La soluzione è positiva: creditoribus patris in substitutum, qui hereditatem adiit, actio dari debet.

La ragione della soluzione sta in ciò, che il sostituto pupillare, in questo caso (che è il normale), è non solo erede del pupillo *ma anche e anzitutto erede dello stesso paterfamilias*.

Il testo, che è, quanto alla forma, perfetto e, quanto al contenuto, organico e coerente, presenta a un certo punto una disarmonia tanto grammaticale quanto logica. Mi riferisco all'insizio [postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati] che già Fabro aveva proposto di cancellare.

La ragione di quest'aggiunta è introvabile, se non si ricorre al principio giustiniano dell'immixtio: i compilatori vollero qui far dipendere dall'effettiva gestione del patrimonio ereditario gli effetti derivanti da un testamento in cui era istituito un suus astenutosi.

E il caso si presentava propizio per la introduzione di tale principio.

Infatti qui bisognava giustificare: 1) perché avesse effetto la sostituzione eretta in un testamento in cui era istituito un suus astenutosi 2) perché il sostituto fosse obbligato a pagare i debiti paterni, quantunque non avesse ricevuto alcunché del patrimonio del padre, consistendo il patrimonio pupillare, ereditato dal sostituto, in beni pervenuti al pupillo esclusivamente ex adventicio. E allora non v'era occasione migliore per introdurre il principio della immistione a giustificare l'uno e l'altro effetto. I compilatori, infatti, aggiungono malamente, nel caso un presupposto che la fattispecie stessa del testo respinge: cioè essi suppongono che l'astensione del pupillo sia avvenuta «postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati».

Così la giustificazione è trovata. È vero che il pupillo si astenne, ma la sua astensione fu posteriore all'immistione; in virtù della quale egli era divenuto erede ex testamento (cfr. 1.7 D. 29.4... *si postea miscuerunt se ex testamento videntur heredes...*).

Il principio giustiniano può formularsi così: affinché i sui possano considerarsi eredi ex testamento è necessario che essi compiano atti di immistione. L'immischiarsi nel patrimonio ereditario ha, per essi, valore di adizione e cioè di un atto al quale è sospeso l'acquisto della qualità di erede. Per contro, la loro astensione ha un valore solo negativo, in quanto con essa si esprime la volontà di non divenire eredi.

Come si vede, i principi di diritto civile – a loro volta radicati nella costituzione della famiglia – sono qui completamente obliterati. Ed è naturale che i compilatori sentano, ormai, il bisogno di interpolare, secondo le loro nuove vedute, i testi in cui si fa menzione dell'acquisto necessario dei sui.

ULPIANUS, *libro quadragesimo tertio ad edictum* 38 D. 29.2: P 1154.

Si duo sint necessarii heredes, quorum alter se abstinuit, alter (non), [postea quam prior abstinuit immiscuit se], dicendum est hunc non posse recusare, quo minus tota onera hereditaria subeat. [qui enim scit aut scire potuit illo abstinente se oneribus fore implicitum, ea condicione adire videtur].

Il caso è questo. Vi sono due sui, uno dei quali si astiene: costui, perciò, non sarà più, iure praetorio, né attivamente né passivamente soggetto alle azioni ereditarie. L'altro suus, del quale nel testo non è detto che si sia astenuto, sarà naturalmente ipso iure legittimato alla totalità delle azioni ereditarie. Questo effetto non è *conseguente* alla sua immistione, ma scaturisce da una necessità giuridica alla quale il suus non può sottrarsi: non gli resta (per evitare questo effetto) che esercitare l'*ius abstinendi* già usato dal fratello.

Non vi era, pertanto, motivo che Ulpiano avesse fatto dipendere da un atto di immistione il trasferimento degli oneri ereditari dall'uno all'altro suus. Questo motivo vi era, invece, pei compilatori; i quali, attribuendo all'immistione un vero e proprio valore di *adizione*, ad essa ricollegavano gli effetti dell'acquisto ereditario. Secondo la loro concezione, infatti, con l'immistione avvenuta dopo che l'altro si era astenuto, il suus intese accettare l'eredità nella sua interezza e, perciò, intese assoggettarsi a tutte le conseguenze di questa accettazione.

Che poi la parte finale del testo sia interpolata non è chi non veda, sol che fermi l'attenzione sulla parola *adire*. I classici avrebbero detto *adire* per indicare l'accettazione del suus? Ma il suus è heres indipendentemente da ogni adizione, è heres necessarius. Sono, invece, i compilatori che, non intendendo, ormai, più il modo di operare della originaria successio romana, e perciò riconoscendo il concetto di heres necessarius, ricollegano l'acquisto della qualità di erede (anche per suus) soltanto a un atto di adizione.

IULIANUS, *libro vigesimo sexto digestorum*: 41 D. 29.2: P. 399.

Filius, qui se paterna hereditate abstinuit, [si] exheredati fratris [hereditati se immiscuerit et pro herede gesserit,] poterit ex substitutione hereditatem optinere.

Le interpolazioni notate appaiono evidenti se si considera quanto segue. Nella sostituzione pupillare bisogna specialmente distinguere due diverse specie: *a*) la sostituzione *tipica*, che si ha quando il testatore nomina un sostituto al pupillo già divenuto suo erede, *b*) la sostituzione *recente*, che si ha quando la sostituzione è fatta per un figlio impubere diseredato.

Nelle due specie di sostituzione bisogna distinguere secondo che sostituto sia un suus istituito nel testamento paterno, ovvero un estraneo (alla condizione del quale è, naturalmente, identica quella dell'emancipato).

Quando si tratti di sui sostituiti al loro fratello, *suus* egli pure, con loro coistituito o diseredato, vale il principio che il sostituto, erede necessario del padre, è altresì erede necessario dello impubere (10.1 D. 28.6). Ciò importa che ai fini dell'acquisto dell'eredità non sarà richiesto, pel *suus* istituito e sostituito al pupillo, *nessun atto di adizione*: né nei confronti dell'eredità paterna, né nei confronti dell'eredità pupillare. Ne segue pure che l'astensione dall'eredità paterna, non importerà impossibilità di acquistare quella pupillare, perché l'astensione non annienta il testamento in cui il *suus* (erede necessario) è istituito e sostituito. Dopo queste premesse esaminiamo il testo di Giuliano.

Vi ha ivi un *suus* istituito nel testamento e sostituito al fratello impubere diseredato. Il *suus* si astiene dall'eredità del padre: potrà, ciò nonostante, acquistare l'eredità dell'impubere? La risposta non può essere dubbia: malgrado l'astensione dalla eredità paterna il *suus* acquisterà, e necessariamente, l'eredità dell'impubere. Per acquistare tale eredità sarà necessario, per diritto classico, alcun atto di adizione? No, perché il sostituto è, qui, erede necessario del pupillo. Sarà, invece, tale atto necessario, per diritto giustiniano? Sì, perché *ormai* l'acquisto ereditario del *suus* non è fatto dipendere da una esigenza dell'organismo familiare, ma dalla chiara volontà del *suus* di *adire* l'eredità deferita-gli. E allora la menzione di atti d'immistione, irrilevante per diritto classico, ha valore fondamentale per diritto giustiniano. Le interpolazioni da me segnate credo, perciò, debbano riuscire evidenti.

La ratio dubitandi del testo sta in ciò: che se, invece di un *suus* sostituito all'impubere diseredato, si fosse trattato di un estraneo istituito ex asse, questi non avrebbe potuto acquistare l'eredità del pupillo se avesse ripudiata quella paterna. Con tale ripudio, infatti, il testamento sarebbe andato deserto e sarebbe perciò caduta anche la sostituzione in esso contenuta. Diversamente, invece, sarebbero andate le cose se il sostituto ripudiante l'eredità paterna avesse avuto dei coeredi che avessero adita tale eredità.

Si tenga ancora presente una differenza notevolissima tra la sostituzione pupillare tipica e quella del diseredato. Mentre nella prima è giuridicamente impossibile, pel sostituto che sia al tempo stesso istituito, ripudiare la eredità paterna e accettare quella pupillare, questa giuridica impossibilità non vi è per la seconda. Per la efficacia di questa, infatti, è necessario e sufficiente che il testamento paterno abbia preso piena efficacia per effetto dell'adizione<sup>55</sup>.

La ragione della diversità è da ricercare in ciò che chi è sostituito al pupillo *istituito* è, al tempo stesso, ex substitutione, erede del pupillo ed erede del padre; laddove chi è sostituito al pupillo *diseredato* è *solo* erede del pupillo. Nel primo caso non potrebbe il sostituto ripudiare l'eredità paterna e accettare quella pupillare, attraverso la quale la paterna è *nuovamente deferita*. Nel secondo caso,

<sup>55</sup> Cfr. pel primo caso 10.2, 10.3 D. 28.6; pel secondo caso 10.4 D. 28.6.

invece, il ripudio dell'eredità paterna, purché non importi caduta del testamento, non pregiudica la possibilità di accettare quella pupillare. Naturalmente, queste considerazioni hanno valore solo per gli estranei. Nei riguardi dei sui, invero, i termini di ripudio e di accettazione non hanno, per diritto civile, alcun significato, essendo i sui, in ogni caso, necessariamente eredi tanto del padre come del pupillo.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte possiamo intendere il valore di un testo profondamente modificato dai compilatori.

ULPIANUS, *libro quarto disputationum*: 40 D. 29.2: Iulianus, P. 399.

Quaesitum est, an, [licet quis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat vel faciat, an] (filius qui se paterna hereditate abstinuit) creditoribus paternis cogatur respondere[: ut puta] si impuberi fuerit substitutus. in qua specie Iulianus libro vigesimo sexto digestorum scripsit [incidere eum in edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati] (filium cogendum esse creditoribus paternis respondere). [nam qui iudicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quicquam consequi]. sed Marcellus eleganter distinguit multum interesse, utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento an ex parte, ut, si ex [parte] (asse), potuerit [sine metu] remota patris successione impuberis hereditatem amplecti.

Il testo nella sua formulazione classica doveva prospettare il seguente caso. Un testatore istituisce erede due sui, all'uno dei quali, impubere, sostituisce l'altro. Il sostituto si *astiene* dall'eredità paterna, ma non da quella pupillare. Sarà costui tenuto verso i creditori paterni? La risposta non può non essere positiva se si tiene presente che il sostituto è, come tale, *erede del pupillo ed erede del padre*. Dunque se, qui, il suus si astenne dalla primitiva vocazione ereditaria (ex institutione), ma non si astenne dalla successiva vocazione (ex substitutione), sul fondamento di questa seconda vocazione potranno i creditori paterni rivolgersi contro di lui.

Il fondamento giuridico, dunque, dell'azione dei creditori sta in ciò: che il suus è erede necessario del padre e del pupillo; necessità, questa, che opera indipendentemente dalla volontà paterna. Vale a dire: non è già sulla base di questa volontà che l'azione può essere ai creditori accordata.

Tutto ciò per diritto classico. E per diritto giustiniano?

Ecco: se – dicono i compilatori introducendo nel testo il principio della immistione – il figlio si è immischiato nell'eredità del pupillo e questa immistione gli ha procacciato un lucro, quantunque dalla eredità paterna egli non abbia tratto vantaggio alcuno (nihil paternae hereditatis attingit), tuttavia, poiché è sempre *propter patris voluntatem* che egli, come sostituto, acquista ora il patrimonio del pupillo, ne segue che sulla base di questa volontà egli può essere convenuto dai creditori paterni.

I compilatori, anzi, vanno più in là e considerano l'immistione nel patrimonio pupillare – allorché il filius sostituto si era già *astenuito* dalla eredità pater-

na – come un vero e proprio acquisto fatto in frode del testamento paterno ed *estendono* a questo caso l'applicazione dell'editto *si quis omissa causa testamenti*.

Che qui non potesse essere parola – per parte di Giuliano – della applicazione di tale editto non è chi non veda, quando si pensi che il *suus* acquistava necessariamente *ex testamento* ambedue le eredità.

Né è a negarsi, come si è fatto, avversando l'opinione di Cuiacio, che qui si tratti dell'editto «*si quis omissa causa etc.*». Di quale altro editto potrebbe, infatti, discutersi?

Noi conosciamo già l'interpolazione introdotta nel fr 1.7 D. 29.4: anche colà abbiamo visto come i compilatori ammettano l'estensione dell'editto «*si quis omissa etc.*» nei confronti del *suus* istituito nel testamento paterno che, astenutosi *ex testamento*, avesse chiesto la *bon. possessio ab intestato*. In questo fr. che esaminiamo non si ha che la riproduzione della interpolazione del fr. 1.7. A me pare che la prospettata ricostruzione del testo debba pure riuscire convincente.

Quanto all'ultima parte del testo è da cambiare «parte» in «asse» per la seguente ragione. Quando il *suus* è istituito *ex asse* e sostituito al pupillo, ciò significa che quest'ultimo è stato dal padre diseredato: ma se egli è stato diseredato, il suo sostituto sarà *esclusivamente* (*ex substitutione*) erede suo, non anche del *paterfamilias*. Dalla sostituzione, qui, non scaturirà (come nella sostituzione pupillare tipica) una doppia qualità di erede pel sostituto: cioè quella di erede del padre e quella di erede del pupillo; ma il sostituto sarà solo – *ex substitutione* – erede del pupillo. Come tale egli non potrà, però, essere tenuto verso i creditori paterni (pel fatto nuovo della verificatasi sostituzione)<sup>56</sup>.

Che se, invece, il *suus* era istituito *ex parte* e nella parte rimanente era istituito il suo fratello *impubere* al quale egli era sostituito, poiché qui, *ex substitutione*, il sostituto acquista *nuovamente*, con la qualità di erede del pupillo, *anche* la qualità di erede del padre, ne segue che *risorge*, su questo fondamento, il diritto dei creditori paterni contro di lui.

Come spiegare l'interpolazione? Forse è necessario ricorrere alla mentalità semplicistica del compilatore: il quale avrà fatto, su per giù, un ragionamento *a maiori*. È impossibile che, nel caso, sia responsabile in confronto dei creditori paterni il *suus* (sostituto) istituito *ex parte* e non sia responsabile quello istituito *ex asse*. E pensando ad un materiale equivoco di Marcello il compilatore invertì, probabilmente, i due termini!

Il testo così rifatto acquista significato e, come vedremo, impedisce quelle antinomie che sembravano insuperabili nel campo della sostituzione pupillare<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> La completa intelligenza delle interpolazioni segnalate suppone una revisione critica ed approfondita degli altri testi della sostituzione pupillare. Revisione, che mi propongo di fare o nell'appendice di questo libro, o in uno studio separato.

<sup>57</sup> Intorno ai fr. 28 D. 42.5, 38 D. 29.2, 41 D. 29.2, 40 D. 29.2, esaminati, e ancora sui fr. 42 D. 29.2 e 12 D. 28.6 che sono collegati ai primi, sono sempre fondamentali le osservazioni

IULIANUS, *libro quadragesimo digestorum*: 28 (27).3 D. 36.1: P. 569.

Si pater filium quem in potestate habebat, heredem scripserit et ab eo petierit, ut hereditatem Sempronio restitueret, isque suspectam sibi esse dicet, poterit ex senatus consulto (Pegasiano) hereditas restitui. quare [et si non immiscuerit se hereditati, nihilo minus] actiones quae ei et in eum competeabant, ad Sempronium transferentur.

La interpolazione notata si fonda sulle medesime ragioni ora vedute. Per i compilatori, abbiamo già detto, la qualità di erede del suus derivava soltanto dalla sua effettiva immistione nel patrimonio ereditario: dunque le azioni ereditarie, attive e passive, gli competeavano solo dopo che egli fosse divenuto erede mediante il compimento di atti di gestione. Nel testo si suppone che il suus si sia astenuto dal patrimonio paterno. Non avendo compiuto atti di gestione, egli, giusta la concezione dei giustinianeî, non può essere considerato erede né costretto a restituire un'eredità che, secondo loro, egli non ha *adito*. L'interesse del terzo è qui, però, talmente prevalente da indurre i compilatori ad ammettere una restituzione ex senatus consulto Pegasiano anche in virtù di un testamento in base al quale l'eredità non sia stata peranco *adita* (et si non immiscuerit se hereditati)<sup>58</sup>.

Possiamo, perciò, concludere che il *principio dell'immistione* è stato senza dubbio introdotto dai compilatori allo scopo di trasformare il suus in erede volontario; l'immistione è infatti, pei giustinianeî, nient'altro che la forma di adizione dell'eredità propria del suus.

## CAPITOLO V

### ISTITUZIONE DEI SUI SOTTO CONDIZIONE POTESTATIVA

§ 20. Effetto dell'istituzione dei sui sotto condizione potestativa: trasformazione di costoro in eredi volontari. Egesi dei fr. 70 D. 28.5; 87 (86) D. 28.5, e indagine dei rapporti tra abstentio, istituzione sotto condizione potestativa e *immixtio giustiniana*.

del CUIACIO (Opp. vol. 4° lib. XXVI *Dig. Salvii Juliani*). Quanto, poi, al tema della sostituzione pupillare cfr. COSTA, *Bull. d. rom.*, 1894, 6, p. 240 sgg. Per quanto non possa dubitarsi di talune osservazioni del Costa, tuttavia, poiché egli si fonda sui testi da noi esaminati ritenendoli genuini, è chiaro che le sue conclusioni vanno in parecchi punti rivedute. Cfr. ora la nostra *Sostituzione Pupillare* in Studi Bonfante, Vol. III, p. 329 segg.

<sup>58</sup> L'interpolazione ha tratto in errore il Mommsen, il quale, giustamente secondo il *principio giustiniano*, vorrebbe inserire nel testo la menzione che il pretore abbia prima costretto il suus a «miscere se hereditati et sic restituere».

§ 21. L'autonomia del testamento come base della istituzione condizionale dei sui.

§ 22. Ulteriore indagine intorno all'istituzione dei sui sotto condizione potestativa e all'influenza dell'assorbimento. Esegesi dei fr. 12 D. 28.7; 4 pr. D. 28.5; 6 pr. D. 28.5; 5 D. 28.5; 1.8 D. 38.16.

§ 23. Possibilità, conseguente all'istituzione sotto condizione potestativa, di sostituire altri al suus istituito. Rapporti tra la sostituzione volgare, l'istituzione dei sui sotto condizione potestativa, e il principio vigente nelle vocazioni intestate «in legitimis non est successio».

§ 20. In diritto classico il suus acquista ipso iure l'eredità; gli effetti patrimoniali dell'acquisto possono, in parte, eliminarsi mediante l'abstentio. La necessità, comunque, di ricorrere all'abstentio e la eliminazione soltanto parziale degli effetti patrimoniali dell'acquisto dovettero – come abbiamo già detto (§ 16) – indurre la giurisprudenza a permettere l'istituzione del suus sotto condizione potestativa.

I sui istituiti sotto condizione potestativa non acquistano più *necessariamente* l'eredità del loro paterfamilias: ma il testamento conferisce ad essi un potere giuridico (diritto soggettivo), l'esercizio del quale è, come quello di ogni diritto privato, lasciato al loro arbitrio. Anche nell'istituzione condizionale si opera l'assorbimento della vocazione intestata del suus in quella testamentaria. Ma l'assorbimento, qui, *muta* la natura della vocazione assorbita, impedendone la manifestazione saliente: l'acquisto necessario dell'eredità<sup>59</sup>. Esaminiamo i testi.

PROCLUS, *libro secundo epistularum*: 70 (69) D. 28.5: P. 4.

... quod si hi ex numero necessariorum heredum essent, tum id non frustra adiectum esse (cioè la condizione «si volet») et non solum figuram, sed vim quoque conditionis continere: dicerem tamen, si uterque heres esse vellet, utrumque heredem esse.

La prima parte del testo, qui omessa, afferma che la condizione «si volet» apposta all'istituzione di un erede estraneo è «supervacua»: «id enim», soggiunge Proculo, «etiam ea non adiecta futurum fuit, ut, uter vellet heres esset, uter nollet heres non esset». Questo, però, non può ripetersi per i sui: perché, quando simile condizione «si volet» è apposta all'istituzione di un erede necessario, allora essa non solo non è supervacua, ma anzi ha intiero il significato ed il valore di una condizione (vim condicionis continere).

La ragione di ciò è palese: la condizione «si volet» ha l'effetto di *impedire* al suus istituito l'acquisto ipso iure dell'eredità paterna. Non solo; ma poiché l'acquisto dipende ormai da un suo atto di volontà ed è, per questo mez-

<sup>59</sup> Per l'istituzione dei sui sotto condizione potestativa cfr. FRANCKE, *op. cit.*, p. 44 seg.; MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, p. 554 segg.; FADDA, *Concetti*, § 306; e per una critica dei testi relativi cfr. BESELER, *Z. S. S.*, 45, 259-262.

zo, eliminata l'originaria necessità dell'acquisto medesimo, se la condizione non sarà adempiuta e il suus non diverrà erede ex testamento, non sarà necessaria – come nel caso della condizione casuale – una diseredazione per impedire che l'acquisto stesso si operi ab intestato. Quest'ultimo effetto non potrà più verificarsi, perché la vocazione testamentaria ha ormai assorbito quella intestata: questa non può più avere autonoma efficacia, ma può operare solo nei limiti e nei modi di quella.

Trattandosi di condizione potestativa, essa, di solito, può essere adempiuta anche *moriente instituto*: onde la chiamata testamentaria è suscettiva di attuazione sino al momento della morte del chiamato. In conseguenza, sino a questo momento, essa contiene in sé, trasformata, la vocazione intestata del chiamato: e fino a quando la chiamata testamentaria può attuarsi, la vocazione intestata non può avere autonoma efficacia. Solo il momento della morte, facendo cadere la chiamata testamentaria, tornerebbe a rendere a quella intestata la propria autonomia: ma morto il vocato, non può più sorgere in capo a lui neppure una vocazione ab intestato<sup>60</sup>.

Adunque, la condizione potestativa tramuta in volontario l'erede necessario: pel quale, perciò, se non diventa erede ex testamento, non si richiede una diseredazione che ne impedisca la chiamata ab intestato.

MAECIANUS, *libro septimo fideicommissorum*: 87 (86) D. 28.5: P. 34.

Iam dubitari non potest suos quoque heredes sub hac condicione institui posse, ut, si voluissent, heredes essent, si heredes non essent, alium quem visum erit eis substituere; negatumque hoc casu necesse esse sub contraria condicione filium exheredare, primum quia tunc tantum id exigere-tur, cum in potestate eius non esset, an heres patri existeret, [expectantis extrinsecus positae condicionis eventum,] deinde quod, etsi quacumque posita condicione deberet filius sub contraria condicione exheredari, in proposito ne possibilis quidem repperiri posset, certe, si verbis exprimeretur inepta fieret: huic enim condicioni 'si volet, heres esto' quae alia verba concipi possunt quam haec «si nolet heres esse, exheres esto»? quod quam sit ridiculum, nulli non patet. [non ab re autem hoc loco velut excessus hic subiungitur] suis ita heredibus institutis «si voluerint heredes esse» non permittendum amplius abstinere se hereditate, cum ea condicione instituti iam non ut necessarii, sed sua sponte heredes extiterint. rell<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> In questo senso decide Papiniano nell'interessantissimo fr. 28 D. 28.7. Vedi in senso almeno apparentemente diverso Africano fr. 16 (in fine) D. 28.2.

<sup>61</sup> Il BESELER, *Z. S. S.*, 45, 260 sgg., ritiene che il passo genuino cominciasse da «suis ita heredibus» e che la chiusa «sed et ceteris» affermasse il contrario. Quest'ultima artificiosa congettura appare priva di ogni fondamento. Quanto al primo punto, il B. non tenta neppure la dimostrazione, eccetto che pel «non ab re». Tutto al più gli si può concedere che qualche frase sia insitizia.

Meciano ci insegna chiaramente che l'istituzione dei sui sotto condizione potestativa non è originaria, ma anzi essa fu resa possibile solo attraverso una laboriosa elaborazione della dottrina: elaborazione, peraltro, non priva di dissensi, ma già definitiva ai tempi del giurista.

Quale la natura e il significato di tali dissensi? Possiamo indovinarli: il *suus* era di necessità erede del *paterfamilias* (ab int. o ex test.) quando non fosse diseredato. Questa necessità scaturiva da un ordine naturale ed insuperabile di cose. Poiché con la istituzione condizionale si trattava di derogare a quest'ordine di cose, l'ammissibilità di essa non poteva essere accolta senza contrasti. Si trattava, infatti, di stabilire una decisiva prevalenza della volontà, tanto del *paterfamilias* testatore quanto del *suus* istituito erede, sul naturale prodursi della successione.

La vocazione intestata del *suus* era perciò non solo *transformata* in vocazione testamentaria, ma altresì *mutata* nella intrinseca natura. La qual cosa importava che fosse ormai priva di senso la diseredazione, non tanto per riflesso che essa sarebbe stata ridicola, quanto perché non ci sarebbe stato ormai da eliminare la vocazione di un *suus* che, a causa della istituzione condizionale, era stato mutato in erede volontario.

Tutto questo non avveniva nel caso di istituzione sotto condizione casuale (*expectantis extrinsecus positae condicionis eventum* è forse gloss.).

Il *suus* *doveva* in tal caso essere erede: non divenendo erede ex testamento, lo diveniva di necessità ab intestato. La diseredazione sola poteva salvare le vocazioni testamentarie con l'eliminare quella intestata del *suus*<sup>62</sup>.

L'ultima parte del testo mostra come l'istituzione sotto condiz. potestativa venisse introdotta per eliminare l'*abstentio*: poiché lo scopo di quest'ultima è quello di rendere volontario iure praetorio quegli che è erede necessario per diritto civile, è naturale che ad essa non si debba più ricorrere allorché l'erede necessario sia stato mutato, sul terreno dello stesso ius civile, in erede *volontario*.

§ 21. Questa tendenza a trasformare in volontario l'erede necessario istituito nel testamento ha, come abbiamo visto, compiuta attuazione nel diritto giustiniano con la introduzione del principio della *immixtio*. Si tratta di una tendenza che si manifesta anzitutto con la concessione dell'*abstentio* ad opera del pretore: tendenza, che viene poscia proseguita dallo ius civile con l'ammettere l'istituzione sotto condizione potestativa e che, infine, si estende a tutti i casi di istituzione nel diritto giustiniano. Il quale formula un principio generale sconosciuto ai classici. Sappiamo, infatti, che, per esso, i sui istituiti nel testamento non sono eredi ipso iure, ma *divengono* eredi solo mediante un atto di gestione equivalente ad una vera e propria adizione.

<sup>62</sup> Cfr. 83 D. 35.1, 15 D. 28.7, 4 pr. C. 6.25, 20.4 D. 33.2.

La causa che fa sorgere questa tendenza *soltanto* nel campo delle successioni testamentarie e non anche in quelle intestate, noi l'abbiamo già indicata. L'acquisto ipso iure dei sui istituiti nel testamento paterno dà luogo ad una serie di effetti ai quali il suus è inderogabilmente soggetto. D'altro lato il testamento tende naturalmente ad acquistare sempre maggiore autonomia: vale a dire, esso tende a diventare la fonte giuridica unica di *tutti* quanti gli effetti della delazione ereditaria. Sino a quando i sui, ancorché istituiti nel testamento, acquistavano l'eredità ipso iure per una ragione indipendente dalla chiamata testamentaria – perché tale acquisto procedeva da una necessità che non aveva la sua causa nel testamento – l'autonomia del testamento non poteva dirsi compiuta. Essa, infatti, era limitata da un elemento eterogeneo, i cui effetti non avevano la loro fonte nel testamento.

Quando parliamo di testamento noi, già per diritto classico, intendiamo non solo l'atto con cui viene nominato un erede, ma anche l'atto nel quale sono erette altre disposizioni a vantaggio di terzi. Il testamento è, ormai, la base di una serie di rapporti la cui efficacia è, però, sospesa all'efficacia dell'istituzione di erede, «caput et fundamentum totius testamenti». Orbene: la successione testamentaria suppone due atti di volontà: dall'una parte quello del testatore, dall'altra quello dell'erede. Senza questo atto ulteriore, dal quale il primo deve prendere vigore, senza l'assentimento del designato alla designazione, il rapporto di successione testamentaria non si realizza, o, almeno, ripugna che si realizzi. E, quando, come nel caso dei sui, essa, per ragioni diverse, si attua senza il consenso del designato che è, aliunde, erede per necessità, i classici trovano già in questo fenomeno una anomalia ed una incoerenza rispetto al normale funzionamento della delazione testamentaria.

Essere erede ex testamento importa assumere una serie di oneri non solo rispetto ai creditori ereditari ma altresì in confronto di coloro cui il testatore ha avuto riguardo. In base al testamento, infatti, vengono in essere una serie di rapporti che soltanto nel testamento possono essere disposti. Ora, se tutto ciò è giustificato quando alla successione testamentaria l'erede sia venuto per libero assentimento, questa giustificazione non c'è quando egli è divenuto erede senza suo consenso, o, anzi, addirittura suo malgrado.

Ecco allora i giuristi alla ricerca di un mezzo onde superare quest'anomalia: prima agisce il pretore, e l'*abstentio* viene introdotta per annullare gli effetti patrimoniali dell'acquisto necessario. Ma questo espediente non soddisfa. Si va più oltre con la introduzione di un mezzo di ius civile: l'istituzione condizionale. Più oltre i classici non andarono. Vi andarono i giustinianeî: dai quali l'immistione dei sui nel patrimonio ereditario fu considerata come presupposto indispensabile per l'acquisto della qualità di eredi.

Queste esigenze, così vive nella successione testamentaria, non si fecero sentire, e a ragione, in quella intestata. Qui, infatti, l'acquisto necessario veniva pienamente eliminato – nei suoi effetti – dall'*abstentio*. Qui non operano

le ragioni dei terzi (legatari, schiavi liberati, fedecommissari, sostituti pupillari etc.) che operano, invece, nella successione testamentaria e che sono la vera causa per cui furono introdotti l'istituzione condizionale, prima, e il principio della immixtio, dopo.

È questo anche il motivo per cui, nella successione intestata, i giustiniani non sentirono il bisogno di interpolare i testi ove si fa menzione dell'acquisto ipso iure dei sui, introducendovi il principio della immistione (14. D. 38.16, 3 I 3.1).

Nella successione testamentaria tale principio ha una funzione utile: quella di impedire il verificarsi di un effetto che altrimenti si produrrebbe: il vigore del testamento (e, quindi, delle disposizioni in esso contenute) quando l'erede necessario non si immischi nel patrimonio paterno. Nella successione intestata il principio della immistione sarebbe inutile, perché inutile è in essa, in fondo, anche quello dell'acquisto necessario. Se è vero, infatti, che i sui acquistano necessariamente, essi possono, però, astenersi dall'eredità, e tale astensione determina, dopo che per la prevalenza del sistema pretorio fu ammessa l'applicazione dell'edictum successorium, la chiamata successiva di coloro che, nell'ordine dei vocati, vengono dopo colui che si astiene. *Il principio dell'immistione è dunque proprio della successione testamentaria*: ed è questo il motivo che giustifica la sua presenza solo in questo campo.

Una conclusione scaturisce da queste premesse. Ed è che la struttura originaria della successio, mentre si mantiene inalterata nella successione intestata (dei sui), va, via via, mutandosi in quella testamentaria. Lo studio delle fonti ci ha permesso e ci permetterà ancora di vedere le tappe di questa graduale trasformazione. La causa di questo mutamento è stata indicata: essa ha, al tempo stesso, un valore teorico e pratico perché mira ad assidere su basi proprie il testamento e a fondare perciò i rapporti da esso procedenti sopra un atto di volontà dell'istituito; atto diretto ad assumere liberamente la qualità di erede.

Ma attraverso e nonostante tali trasformazioni, l'antica struttura della successio è pur sempre manifesta. Essa appare, del resto, intiera nella istituzione incondizionata dei sui: per costoro, infatti, vale sempre il principio dell'acquisto ipso iure.

§ 22. Sotto questo profilo i testi che abbiamo esaminato e che esamineremo, relativi all'istituzione condizionale dei sui, ci si mostrano ricchi di valore storico e giuridico insieme.

HERMOGENIANUS, *libro tertio iuris epitomarum*: 12 D. 28.7: P. 67.

Verba haec: Publius Maevius, 'si volet, heres esto' in necessario conditionem faciunt, ut, si nolit, heres non existat rell.

Tale condizione che, apposta alla istituzione di un estraneo sarebbe inutile, assume invece carattere di vera condizione quando sia apposta alla istituzione di un suus.

ULPIANUS, *libro quarto ad Sabinum*: 4 pr. D. 28.5: P. 2453.

Suus quoque heres sub condicione heres institui potest: sed [excipiendus est] filius[, quia] non sub omni condicione [institui potest] et quidem sub ea condicione, quae est in potestate ipsius, potest: de hoc enim inter omnes constat. Sed utrum ita demum institutio effectum habeat, si paruerit condicioni an et si non paruerit et decessit? Iulianus putat filium sub eiusmodi condicione institutum [etiam] si condicioni non paruerit, summotum esse, et ideo si coheredem habeat ita institutus, non debere eum expectare, donec condicioni pareat filius, cum [et] si patrem intestatum faceret non parendo condicioni, procul dubio expectare deberet, quae sententia probabilis mihi videtur [ut sub ea condicione institutus, quae in arbitrio eius sit, patrem intestatum non faciat: gloss.].

Il testo, quantunque di forma non impeccabile, è tuttavia sostanzialmente classico<sup>63</sup>. In esso si pone questo problema: il filius suus istituito sotto condizione potestativa, se non adempia la condizione, determina, forse, la successione intestata del suo paterfamilias? Si risponde che quando vi siano coeredi o sostituti non la determina.

La ratio dubitandi sta in ciò: che il suus, essendo erede necessario, dovrebbe o essere erede ex testamento – ove adempia la condizione – o essere erede ab intestato.

La ratio decidendi sta in ciò, che il suus istituito sotto condizione potestativa viene considerato come erede volontario. Ne segue che egli sarà erede soltanto se vorrà, se cioè adempirà la condizione cui la sua istituzione è sottoposta. Altrimenti, no.

L'istituzione, in questo caso, *ha effetto* per se stessa, sia o non sia adempiuta la condizione ad essa apposta: vale a dire, essa assorbe in sé la vocazione intestata del suus e definitivamente la trasforma in vocazione testamentaria. È solo a questo titolo, ormai, che il suus potrà venire all'eredità. È per questo che, anche non adempiendo la condizione, egli non provoca la successione intestata; ciò quando vi siano dei coeredi dall'adizione dei quali il testamento prenda vigore.

Il pensiero di Giuliano può essere così espresso. Posto che vi siano un suus istituito sotto condizione potestativa e un coerede istituito puramente, se il suus fosse erede necessario, se egli, cioè, dovesse divenire *comunque* erede del paterfamilias defunto, l'efficacia del testamento e, quindi, nel caso, della chiamata del coerede, sarebbe sospesa sino a quando non si fosse certi che il suus, adempiuta la condizione e divenuto heres ex testamento, non potesse più occupare ab intestato il posto di erede. Se dunque, per ipotesi, l'*assorbimento* non avvenisse pel fatto solo della istituzione, ma fosse sospeso al prender vigore di essa, sino

<sup>63</sup> Ciò sia detto contro il BESELER, *Z. S. S.*, 45, 260: il cui tentativo di emendazione non sembra riuscito. Quanto al § 1, esso è certo interamente insitizio.

a tale momento non si potrebbe far luogo alla chiamata del coerede. Però è da dire che l'*assorbimento* si verifica pel fatto solo dell'istituzione e, quindi, indipendentemente dall'effettivo attuarsi dell'istituzione medesima. Pertanto «*institutio effectum habet*», come dice il testo, tanto se il figlio istituito abbia adempiuto la condizione quanto se non l'abbia adempiuta. Poiché si è verificato l'assorbimento, è stata eliminata la eventualità che il suus, la cui vocazione intestata è stata assorbita nella vocazione testamentaria, possa occupare ab intestato il posto di heres. Ne segue, allora, che, non essendoci motivo per sospendere la delazione testamentaria, il coerede potrà, nella ipotesi nostra, adire l'eredità senza attendere che l'adisca anzitutto il suus istituito sotto condizione potestativa<sup>64</sup>.

Il testo presenta particolare interesse per la dottrina dell'assorbimento. Esso ci insegna: *a*) che fino a quando non si sia verificato l'assorbimento della vocazione intestata del suus, l'eredità non viene deferita ex testamento, *b*) che questo assorbimento – quando il suus sia istituito sotto condizione potestativa – si verifica pel fatto solo dell'istituzione, indipendentemente dall'adempimento della condizione ad essa apposta, *c*) che il verificarsi dell'assorbimento pel fatto solo dell'istituzione, indipendentemente dall'adempimento della condizione ad essa apposta, mentre impedisce che il suus possa occupare ab intestato il posto di erede, sospende in lui, d'altro lato, l'acquisto della qualità di erede ex testamento all'adempimento della condizione. Muta cioè in erede volontario l'eredità necessario.

Il testo ha un notevole valore storico, perché esso è come diretto a superare una ragione di dubbio e una causa di controversia, la cui eco ancora troviamo nella formulazione medesima del pensiero giuliano.

ULPIANUS, *libro quarto ad Sabinum*: 6 pr. D. 28.5: P. 2453.

Sed si conditioni dies sit adiectus, ut puta: 'si Capitolium intra dies triginta ascenderit', tantundem potest dici: ut, si non paruerit conditioni, substitutus possit admitti filio repulso, consequens est sententiae Iuliani et nostrae.

Qui alla condizione potestativa è stato apposto un dies entro cui deve essere adempiuta: pel caso di mancato adempimento della condizione – e, quindi, pel caso che l'istituzione non venga in essere – è disposta una sostituzione. Si può ad essa far luogo quando il suus non voglia diventare erede ex testamento? Sì, certamente. La ragione giuridica di questa possibilità è proprio da ricercare nell'*assorbimento*: per esso, la vocazione intestata del suus è stata trasformata in vocazione testamentaria, ed è stata perciò eliminata una causa la cui sola presenza avrebbe reso impossibile l'esistenza di un testamento<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Diversa sarebbe la soluzione se si trattasse, invece, di condizione casuale. In tal caso l'adizione del coerede non può avvenire prima che il suus o sia divenuto heres ex testamento o sia stato già diseredato.

<sup>65</sup> Senza fondamento il BESELER, *Z. S. S.*, 45, 260 vorrebbe far dire al fr. genuino il contrario di quel che ora dice.

ULPIANUS, *libro quarto ad Sabinum*: 4.2 D. 28.5: P. 2453.

Sed et si filio sub condicione, quae in eius est potestate, herede instituto nepos sit substitutus sive extraneus, puto vivo filio non exstaturum heredem substitutum, post mortem vero exstaturum, nec necessariam a substituto filii exheredationem, cum et si fuerit facta, frustra est: [post mortem enim filii facta est, quam inutilem esse alias ostendimus rell.: gloss.].

Le condizioni potestative sono di due specie:

- 1) tali che possono adempiersi pur sempre finché il figlio viva,
- 2) tali che non possono più adempiersi già prima che egli muoia.

Ulpiano parla di una condizione della prima specie: è naturale che, in tale ipotesi, si possa far luogo alla sostituzione solo dopo la morte dell'istituito che non adempì la condizione. Quanto alla menzione della exhereditio, essa è senza valore. Ed è erronea la giustificazione datane (se pure è di Ulpiano, cosa che io non credo), che la diseredazione qui sia inutile perché fatta post mortem. La causa dell'inutilità della diseredazione è da ricercare altrove: è l'assorbimento che, eliminando la vocazione intestata del suus col trasformarla in testamentaria, rende inutile la diseredazione. Infatti, quale sarebbe la sua utilità, dacché il suo effetto caratteristico, la eliminazione della qualità di erede necessario nel suus, non può più prodursi, per essere stata questa qualità del suus eliminata mediante l'istituzione condizionale? Propenderei per considerare l'ultima parte del testo come un chiarimento scolastico di un glossatore pregiustiniano.

Quanto al problema se, nonostante che il figlio non sia diventato erede ex testamento, si possa far luogo alla sostituzione, esso va affermativamente risolto sulla base della dottrina dell'assorbimento.

Un effetto caratteristico di questo fenomeno si ha in ciò: che il figlio, istituito sotto una condizione potestativa che non sia stata da lui adempiuta, viene escluso dalla successione intestata del testatore, determinata appunto dalla caduta del testamento per il mancare della condizione cui l'istituzione di erede era sospesa. Dove la base giuridica di questa soluzione? Certamente essa risiede nell'*assorbimento*. Il testamento, quantunque non abbia presa efficacia, è stato tuttavia validamente eretto ed ha avuto vigore fino al momento della sua caduta: la sua sola esistenza ha non solo impedito la delazione ab intestato dell'eredità, ma è stata sufficiente a determinare l'assorbimento della vocazione intestata del suus istituito. Ond'è che la chiamata alla successione intestata non retroagisce sino al momento della morte del testatore, ma si opera *ex nunc*, perché sino a questo momento il testamento è stato indubbiamente in vita. Naturalmente, il figlio istituito sotto condizione potestativa e morto senza averla adempiuta, verrà escluso dalla successione intestata che a causa della caduta del testamento verrà ora deferita.

*Apud* IULIANUM, *libro XXIX digestorum Marcellus notat*: 5 D. 28.5: P. 425.

Si eiusmodi sit condicio, sub qua filius heres institutus sit, ut ultimo vitae eius tempore certum sit eam existere non posse et pendente ea de-

cedat, intestato patri heres erit, veluti 'si Alexandriam pervenerit, heres esto': quod si etiam novissimo tempore impleri potest, veluti 'si decem Titio dederit, heres esto', contra puto.

La decisione giuliana ha riguardo ad una condizione potestativa che non possa più adempiersi moriente filio, perché è *certo* che, allorché il figlio sta per morire, la condizione «si Alexandriam pervenerit» non potrà più essere adempiuta (cfr. 28 D. 28.7: superior species condicionis).

Se è certo che la condizione è definitivamente mancata, è certo altresì che la istituzione, cui la condizione era apposta, non potrà più venire in essere ed è certo ancora che il testamento – qualora non vi sia né un coerede né un sostituto – andrà deserto. Ora è in questo momento che ha luogo la caduta di esso e, con la sua caduta, l'apertura della successione intestata. Chi sarà chiamato a questa successione? Naturalmente anzitutto lo stesso figlio, che non è ancora morto quando si verifica la caduta del testamento (filius intestato patri heres erit). Se poi si fosse trattato di una condizione potestativa che si sarebbe potuta adempiere anche *moriente filio* – per es. si Titio decem dederit – allora l'adempimento della condizione sarebbe divenuto impossibile solo con la morte dello istituito, e solo in questo momento il testamento sarebbe andato deserto. E poiché solo in questo momento sarebbe stata deferita l'eredità ab intestato, alla successione non sarebbe venuto il figlio istituito sotto condizione e morto prima della delazione intestata della eredità<sup>66</sup>.

ULPIANUS, *libro XII ad Sabinum*: 1.8 D. 38.16: P. 2512.

Sciendum est nepotes... posse suos heredes existere quamvis successio in suis heredibus non sit... (ut puta)... si filius ex asse sub condicione quae fuit in arbitrio ipsius, vel nepos sub omni institutus non impleta condicione decesserint: nam dicendum erit suos posse succedere...

L'ipotesi prospettata nel testo suppone l'istituzione di un suus sotto una condizione potestativa che possa essere adempiuta anche *moriente filio*. Ne segue che l'inefficacia del testamento sopravviene solo post mortem filii e solo allora viene deferita la successione intestata. Chi sarà ad essa chiamato? Non il figlio, già morto al momento di tale chiamata, ma i nipoti che vengono così a trovarsi nella posizione di sui.

Il testo ulpiano mi sembra assai notevole ai fini dell'esame del rapporto intercedente tra il principio «in legitimis non est successio», che vige per le vo-

<sup>66</sup> Situazioni analoghe abbiamo già visto analizzando il fr. 16 D. 28.2 di Africano (Giuliano) dove, alla fine del testo, viene portata ad esempio la ipotesi in cui il figlio istituito erede sotto una condizione potestativa che non possa più essere adempiuta *moriente eo* viene, a causa della caduta del testamento, ab intestato alla eredità del proprio paterfamilias (ipse filius intestatus patri heres existet... cum sub ea condicione, quae in ipsius potestate erit, filius heres institues, prius quam ei pareret, moriatur). Cfr. anche 28 D. 28.7 – di cui la emendazione proposta dal BESELER, *l. cit.*, 261, non ci pare assolutamente accettabile.

cazioni intestate, e l'ammissibilità della sostituzione (volgare) nelle vocazioni testamentarie.

§ 23. Sostituzione volgare, istituzione condizionale (sotto condizione potestativa) dei sui, e inammissibilità di successive delazioni nelle vocazioni ab intestato, non sono fenomeni che stiano tra loro senza rapporto. È il caso di esaminarlo.

Punto di partenza è la originaria struttura della successio dei sui, identica tanto in quella intestata quanto in quella testamentaria.

Sappiamo che la successione dei sui si operava necessariamente, quasi per un moto dell'organismo familiare. Questa necessità si manifestava anche quando il suus fosse stato istituito nel testamento. Abbiamo assunto, d'altro canto, che in origine il testatore sceglieva l'erede tra i sui.

Posti questi principî possiamo rispondere al seguente problema: era ammissibile, in origine, nella successione testamentaria, una sostituzione volgare? No, certamente: perché, se eredi erano i sui, se i sui erano tali necessariamente, non era possibile sostituire loro qualcuno pel caso che non divenissero eredi. Tutto ciò è evidente.

Passiamo alle successioni intestate: conosciamo il principio «in suis (legitimus) non est successio»: quale la ragione giuridica di esso? Essa appare evidente se si pensi che i sui sono eredi statim: ora se essi sono eredi – e non possono non esserlo – come potrebbero essere chiamati *altri* in loro vece? Anche questo è chiarissimo.

Accostiamo i due risultati: sono identici, perché sono effetti procedenti da una stessa causa.

Seguiamo, ora, l'evoluzione di queste situazioni originarie.

a) Nella successione testamentaria.

Quando cominciò ad essere designato heres un estraneo non si ebbe difficoltà ad ammettere la sostituzione (volgare) pel caso che egli non adisse. Non così quando l'heres fosse un suus: allora ostava l'antica impossibilità: e la maniera di superarla consiste proprio nella istituzione condizionale. Mutando in volontario l'erede necessario, l'antica struttura della successio dei sui venne superata: fu dunque possibile sostituire un terzo al filius. Il che potrebbe esprimersi così: fu ammessa nella successione testamentaria la delazione successiva, anche in presenza di sui.

b) Nella successione intestata.

Come venne superato nella successione intestata il principio «in legitimis non est successio»? Nel campo delle successioni testamentarie abbiamo visto la maniera del suo superamento. Nelle vocazioni intestate venne esso pure superato in seguito alla prevalenza del sistema successorio pretorio su quello civile: il pretore, infatti, ammise la delazione successiva. La quale fu ammessa altresì dall'*ius civile novum* (senato cons. Tertulliano ed Orfiziano). Ciò che rese possibile questo superamento fu poi, anche qui, il mutamento degli eredi necessari in eredi volontari. Anche qui il suus venne considerato come erede volontario.

Ancora una volta, dunque, successione intestata e successione testamentaria mostrano all'origine identica struttura e medesime esigenze: e nel corso dell'evoluzione è possibile vedere come queste esigenze vadano via via modificandosi secondo i bisogni e i modi loro propri.

A noi, intanto, interessa affermare che l'istituzione condizionale dei sui è, in fondo, il modo di superare l'impossibilità della delazione successiva nella successione testamentaria quando (come si usava, in origine) istituiti nel testamento fossero dei *sui*.

Nelle successioni intestate un parallelo civile dell'istituzione condizionale non c'è. C'è, però, il parallelo pretorio: infatti, l'abstentio del suus permette la delazione successiva dell'eredità (fr. 22, 8 D. 38.17, etc.).

Abbiamo così ampiamente esposto la *dottrina dell'assorbimento* nelle sue due manifestazioni: l'assorbimento che non muta la natura della vocazione necessaria dei sui, e quello che muta questa natura, trasformando in erede volontario l'erede necessario istituito nel testamento. Quest'ultima parte è stata illustrata da numerosi testi, ai quali restano ancora da aggiungere un testo di Papiniano (28 D. 28.7) e inoltre i fr. 20 D. 28.2, 1.8 D. 29.4, fr. 11 D. 28.7, fr. 3 D. 28.7, c. 4.5 C. 6.25, e i fr. 15 D. 27.7 e 83 D. 35.1 relativi però, questi ultimi, all'inapponibilità di condizioni casuali nell'istituzione dei sui.

## CAPITOLO VI

### LA ISTITUZIONE E LA DISEREDAZIONE DEI POSTUMI

§ 24. Varie categorie di postumi e ragione della necessità di istituirli o diseredarli.

§ 25. Figli postumi: *a)* legittimi, *b)* velleiani.

§ 26. Nipoti postumi: il sorgere delle singole categorie.

§ 27. Carattere non originario della possibilità d'istituire o diseredare i postumi.

§ 28. Causa della necessità d'istituire o diseredare i nipoti postumi: essi subentrano nel posto di suus già occupato dall'ascendente che li precedeva nella soggezione alla potestà del paterfamilias. Identità strutturale di questa successio dei nipoti in locum patris con la successio ereditaria dei sui. Esegese del fr. 13 D. 28.3.

§ 29. Postumi *c)* aquiliani e *d)* quasi aquiliani. Esegese e ricostruzione del fr. 29 pr. - § 8 D. 29.2 di Scevola.

§ 30. Postumi velleiani e *e)* quasi velleiani. Esegese e ricostruzione del fr. 29 § 11 - § 15 D. 29.2.

§ 31. Effetto generale della preterizione dei postumi: il testamento non è nullo ipso iure, ma viene automaticamente revocato per la sopravvenienza del postumo. Eseggesi dei fr. 3.3, 5, 3.6, 4 D. 28.3; 14 pr. D. 28.2; 19 pr. 2 D. 28.3.

§ 32. Effetti specifici della preterizione di un postumo o di un suus già nato, premorto al testatore: ragione giuridica della nullità del testamento.

§ 24. La successio, come abbiamo veduto, è per antonomasia quella dei sui: quando vi si voglia derogare, con la esclusione di un suus dall'eredità, non sono mai troppe le cautele di cui bisogna circondare il testamento affinché abbia giuridica esistenza. Riprova di ciò ci porgono le norme che disciplinano la *successione dei postumi*<sup>67</sup>.

La successio dei postumi al loro paterfamilias, quale i testi ce la mostrano, è identica a quella dei sui. In conseguenza, anche per essi era necessario che venissero o istituiti o diseredati. La possibilità d'istituire o diseredare i postumi non è certamente originaria, ma è frutto dell'interpretazione della giurisprudenza.

Il principio che i sui debbano essere o istituiti o diseredati – per le ragioni già da noi esaminate (§ 1 e 3) – concerne non solo coloro che già siano soggetti immediatamente alla potestà del testatore al momento della confezione del testamento, ma anche:

a) coloro – figli – che siano stati concepiti al momento della confezione del testamento (successivamente poterono essere istituiti o diseredati anche quelli che fossero stati concepiti solo al momento della morte del testatore) ma che siano nati dopo la morte del testatore; per modo che, se il paterfamilias fosse stato vivo, sarebbero ricaduti sotto la sua potestà (postumi legittimi);

b) coloro – nipoti – già concepiti al momento della morte del testatore, i quali, per la premorienza del loro padre al paterfamilias comune (avo), ricadrebbero, se l'avo fosse in vita, sotto la potestà di lui (postumi aquiliani);

c) coloro (figli o nipoti) che, nascendo dopo la confezione del testamento, diventino immediatamente sui del testatore (postumi velleiani);

d) coloro (nipoti) già nati al momento della confezione del testamento, ma diventati sui del testatore solo dopo la confezione di esso, per la premorienza delle persone intermedie che li precedevano nella soggezione alla potestà (postumi quasi velleiani);

e) coloro (nipoti) nati dopo la confezione del testamento ma diventati sui heredes prima della morte del testatore a causa della premorienza delle persone che li precedevano nella soggezione a potestà (postumi giuliani).

<sup>67</sup> La disciplina giuridica della successione dei postumi è molto complessa: essa, peraltro, è pochissimo studiata. Cfr. FRANCKE, *op. cit.*, p. 19 segg., MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, 437 segg.; per ciò che concerne il principio «conceptus pro iam nato habetur» vedi ALBERTARIO, *Bull. dir. rom.* 33 [1923], p. 1-49.

Tali categorie furono create dalla giurisprudenza, a ciò spinta non da soli motivi di equità ma da esigenze costruttive.

La giurisprudenza, infatti, analizzando il rapporto di potestà, venne a scoprire man mano nuove forme della sua manifestazione. È da questo progressivo ampliamento dei confini del rapporto di potestà che deriva il progressivo estendersi del concetto di *suus* ai postumi, propri o *ex filio*, nati avanti o dopo la confezione del testamento.

Ampliato il concetto di *suus*, l'onere dell'istituzione o diseredazione dei *suus* subisce una estensione correlativa a quest'ampliamento. Ed ecco allora sorgere le infinite cautele di cui è necessario circondare il testamento, affinché non venga revocato (*ruptum*) per effetto della sopravvenienza di postumi.

Non è, però, chi non si accorga che tutta la disciplina della successione dei postumi è una conseguenza necessaria dell'estensione, fatta a loro, del concetto di *sui*. Se sono *sui*, essi vengono automaticamente sollevati al posto di *heredes*, e la necessità della loro successio non può essere disconosciuta dal testatore.

È bene soggiungere che la preterizione del postumo non rende nullo ab initio il testamento. Il testamento, in tal caso, è valido; solo che, con la nascita del postumo, esso subisce una revoca automatica. Non vi è nullità iniziale, perché ancora non c'è un *suus* preterito. Vi è inefficacia sopraggiunta, perché, quando, con la nascita del postumo, la preterizione si avvera, la successione testamentaria è resa impossibile (cfr. Gaio 2.131).

#### § 25. *Figli postumi (legittimi).*

I figli già concepiti alla morte del *paterfamilias* hanno, nei riguardi della successione, una posizione identica a quella che hanno i *sui* già nati. La necessità della loro successione, sia pure ritardata sino al momento della nascita, impedisce la delazione dell'eredità in base ad un testamento nel quale essi non siano stati né istituiti né diseredati, e, in caso di mancanza del testamento, impedisce la delazione dell'eredità ab intestato all'ordine successivo.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad Sabinum*: 3.9 D. 38.16: P. 2528.

Utique et ex lege XII tab. ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit admittitur, si fuerit editus, inde solet remorari insequentes sibi adgnatos, quibus praefertur, si fuerit editus: [inde... sunt] ut puta rell.

IULIANUS, *libro LIX digestorum*: 6 D. 38.16: P. 741.

...quia lex XII tab. eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit.

I concepiti sono, perciò, trattati in tutto e per tutto come se fossero già nati al tempo della morte del loro *paterfamilias*. Essi debbono essere istituiti o diseredati (Gaio 2.130, Ulpiano 22.19). La diseredazione deve, naturalmente, avvenire *nominatim*, vale a dire mediante la formula appositamente escogitata: «*quicumque mihi filius genitus fuerit exheres esto*» (Gaio 2.132). Del resto val-

gono per la diseredazione come per la istituzione dei (sui) postumi, tutte le regole che valgono per i sui già nati.

Ciò che giustifica questa posizione dei postumi è, naturalmente, il rapporto di potestà in cui essi si trovano (o si troverebbero), nascendo, col loro *paterfamilias*. È infatti questo rapporto che determina automaticamente il sollevarsi del postumo (*suus*) al grado di erede.

ULPIANUS, *libro nono ad Sabinum*: 12 D. 28.2: P. 2503.

Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe... si nascatur in potestate.

I figli postumi del testatore, già concepiti al momento della confezione del testamento o, dipoi, al momento della sua morte, debbono essere o istituiti o diseredati nel testamento paterno, se si vuole che questo abbia pratico effetto.

ULPIANUS, *libro tertio ad Sabinum*: 3 pr. D. 28.3: P. 2446.

Postumi... nominatim exheredandi sunt, ne testamentum adgnascendo rumpant.

La loro diseredazione può anche avvenire ante *heredis institutionem* vel *inter medias heredum institutiones*, vel *inter gradus*. Infatti «*idem in postumo quod in filio servandum, nec ratio diversitatis reddi potest (3.2 D. 28.3)*».

La necessità della istituzione o della diseredazione non venne limitata ai postumi legittimi – figli nati dopo la morte del testatore – ma fu estesa, logicamente, ai discendenti divenuti sui dopo la confezione del testamento per la premorienza di un discendente intermedio. La facoltà di istituire o diseredare costoro fu introdotta con la *lex Iunia Vellea* (28 d.C.).

Prima di questa legge non vi era modo di salvare dalla revoca un testamento, quando, dopo la sua confezione, fosse sopravvenuto un *suus* al testatore. Questo fatto è ancora un indice della *necessità* della successione dei sui. Il testamento in cui non era stato possibile prendere in considerazione il *suus* che fosse per sopravvivere, cadeva per la sopravvenienza di questo *suus*: il testatore avrebbe dovuto rifare il testamento, se non avesse voluto morire intestato.

Quando con la *lex Vellea* fu concesso di istituire o diseredare i sui sopravvenuti, il testatore poté disporre una istituzione che avesse valore tanto pel caso che il postumo fosse nato dopo la sua morte (postumo legittimo), quanto pel caso che egli fosse nato prima (postumo velleiano)<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> POMPONIUS, *libro primo ad Sabinum*: 10 D. 28.2: P. 388.

[Commodissime] is qui nondum natus est ita heres instituitur: 'sive vivo me sive mortuo natus fuerit, heres esto', aut etiam pure neutrius temporis habita mentione. Si alteruter casus omissus fuerit, eo casu, qui omissus sit, natus rumpit testamentum, quia hic filius, nec sub conditione quidem scriptus heres intellegitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento adprehensus.

La seconda parte del testo contempla la ipotesi di una istituzione concepita in relazione ad un caso solo (per es. si *filius vivo me natus fuerit*): è naturale che se il figlio nasce «in hunc

§ 26. *Nipoti postumi.*

La categoria dei postumi aquiliani – figli di figli premorti al testatore, nati dopo la morte di costui, ma già concepiti al momento della sua morte – e le categorie dei postumi velleiani, quasi velleiani e giuliani, ci vengono descritte in un lungo e difficile frammento di Scevola (libro sexto quaestionum): 29 D. 28.2.

Il testo è a noi giunto profondamente guasto; non tanto, però, che non si possa ricostruire nei suoi tratti fondamentali e negli stessi suoi particolari<sup>69</sup>.

§ 27. La esigenza d'istituire o diseredare i postumi deriva da ciò: che essi nascendo acquistano necessariamente la qualità di sui.

Il fatto che questa esigenza non sia originaria – come lo è pei sui già nati – si spiega:

a) pei postumi legittimi ed aquiliani (cioè nati dopo la morte del testatore), tenendo presente che la successione di costoro – e quindi la loro qualità di sui – non è originaria, ma è introdotta dalla giurisprudenza ad similitudinem fi-

casum qui non est testamento adprehensus» la istituzione non avrà in questa ipotesi effetto alcuno. Pongo tra [ ] il «commodissime» perché esso non è certamente di Pomponio.

<sup>69</sup> La Glossa lo dice «difficilis re et fama». Credo sia opportuno per la intelligenza di esso che io trascriva qui l'introduzione che a tale testo fa la Glossa.

«Antiquis temporibus testamenta per filios rumpebantur; et aliquando ita quod nulla erant ipso jure, puta si filius esset praeteritus, qui jam erat natus: aliquando aliqua erant testamenta ab initio, et postea rumpebantur, puta si nondum natus praeteriebatur, et postea nascebatur: circa quos instituendos satis per antiquos sapientes provisum erat [figli postumi]. Sed quia periculum erat in praetereundis nepotibus, in quibus non erat provisum, ideo Gallus dat consilium ut ipsi debeant institui ab avo si nascantur mortuo patre et avo [nipoti postumi «aquiliani»], cuius consilium Scaevola supplevit dicendo idem in pronepote, et dicendo idem si pater non moriatur, sed emancipetur, vel deportetur. Sic ergo Gallus providet circa eos, qui mortuo patre et avo nascuntur: sed non providet eis qui nascuntur vivo patre et avo, post testamentum avi, vel qui nascuntur vivo avo et mortuo iam patre: sed postea venit Velleius et providet eis et primo in iis qui nascuntur post testamentum avi vivo avo mortuo iam patre [nipoti postumi velleiani] et hoc casu sive mortuus sit iam pater tempore testamenti avi, sive non, sed post factum testamentum moriatur. Et hoc erit primum caput legis Vellaeae. Item providet lex Vellaea in eis qui nascuntur ante testamentum avi vivo avo et patre nepotis [nipoti postumi quasi velleiani] idest filio avi. Et timor est ne solo instituto filio tollatur de medio filius in vita et sic nepos efficiatur proximus avo, sicque rumpat testamentum avi inveniens se ab eo praeteritus; ideo qualiter institui possit nepos, consilium (lex) dedit, et hoc est secundum caput legis Vellaeae. Sed quia repertus fuit quidam casus valde difficilis, qui neque primo neque secundo capite legis Vellaeae continebatur, neque etiam Galli consilio, scilicet in eo nepote qui post testamentum nascitur vivo adhuc filio, qui postea de medio tollitur [nipoti postumi giuliani], ideo Julianus commixtis capitibus legis Vellaeae, consilium dedit: et ita nullus casus in hac lege relinquitur intactus circa nepotes per avum instituendos».

La Glossa disegna accuratamente e succintamente le varie fasi nella estensione della possibilità di istituire o diseredare i postumi. Dalla prima fase – relativa ai postumi legittimi – si passa alle successive con la introduzione della formula di Gallo Aquilio, coi due capitoli della legge Velleia e con la interpretazione di Giuliano: così sono toccati tutti i casi «circa nepotes per avum instituendos».

liorum (in origine, non doveva essere concepibile altra successione oltre quella dei sui viventi);

b) pei postumi velleiani, quasi velleiani e giuliani, cioè per tutti coloro che fossero divenuti sui dopo la confezione del testamento, pel fatto che il testatore avrebbe potuto rifare il testamento, se non avesse voluto morire intestato. Solo in processo di tempo fu sentito il bisogno di tener saldo il testamento una volta fatto, istituendovi o diseredandovi i sui che fossero per sopravvenire dopo la sua confezione, vivente ancora il testatore. Orbene, il punto sul quale dobbiamo soffermarci è il modo con cui i postumi occupavano il posto di suus: modo perfettamente parallelo a quello onde i sui occupavano il posto di eredi.

§ 28. A proposito dei nipoti postumi bisogna tener presente che essi diventano sui dell'avo subentrando al proprio padre, che già li precedeva nella soggezione alla potestà del paterfamilias. Quando per una ragione qualunque, il padre, in vita del paterfamilias, esca dalla potestà di costui, ciò fa subentrare nel suo posto il figlio (nipote). Le fonti indicano questo fenomeno con l'espressione «successio in locum»: e si tratta, infatti, di una successio in senso proprio, di un subentrare in una posizione giuridica già da altri occupata. Cosicché, anche se i figli del figlio uscito dalla potestà siano molti, essi subentreranno collettivamente nel posto del padre loro. C'è un locus, una posizione giuridica, nella quale essi necessariamente subentrano; e ciò, per una ragione inerente all'organismo familiare. Questa successio dei nipoti in locum patris ha una struttura formale identica a quella della successio ereditaria dei sui: l'una e l'altra portano i successibili a subentrare necessariamente nel posto dell'ascendente. È diversa, però, la qualificazione specifica delle due successioni: manca nell'altra il nesso di derivazione caratteristico della successio ereditaria. Ma il *modo di operare* – cioè il necessario subentrare nella posizione giuridica (succedere in locum) già occupata dall'ascendente – è nelle due successioni perfettamente identico.

Lo studio della successio dei nipoti in locum patris porta viva luce alla conoscenza della successione ereditaria. Si può benissimo, infatti, data l'identità strutturale dei due istituti, argomentare dall'uno per conoscere più compiutamente l'altro.

Noi abbiamo detto, e anche provato, che i sui succedevano necessariamente al loro paterfamilias. Essi, alla morte di costui, venivano a subentrare nella posizione giuridica già da lui occupata: e ciò, per una necessità inerente all'organismo medesimo della familia.

Anche pei nipoti che subentrino in locum patris ha luogo la stessa necessità: è necessario, infatti, che, mancando colui che li procedeva nella soggezione alla potestà, essi vengano portati dallo stesso organismo familiare a subentrare nel posto di lui. Essi non potrebbero impedire il verificarsi di questo effetto, più di quello che il suus possa impedire il necessario acquisto dell'eredità pa-

terna. Sono fenomeni identici, i quali ci mostrano la identità di struttura formale delle due forme di successio.

GAIUS, *libro secundo institutionum*: 13 D. 28.3. Cfr. GAI II, 133.

Postumorum loco sunt et hi, qui in sui heredis loco succedendo quasi adgnascendo fiunt parentibus sui heredes. ut ecce si filium et ex eo nepotem neptemve in potestate habeam, quia filius gradu praecedit, is solus iura sui heredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint: sed si filius meus vivo me morietur, aut qualibet ratione exeat de potestate mea, incipit nepos neptisve *in eius locum succedere* et eo modo iura suorum heredum quasi adgnatione nanciscuntur. ne ergo eo modo rumpat mihi testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere vel exheredare nominatim debeo, ne non iure faciam testamentum, ita et nepotem neptemve ex eo necesse est mihi vel heredem instituere vel exheredare, ne forte me vivo filio mortuo succedendo in locum eius nepos neptisve quasi adgnatione rumpat testamentum: idque lege Iunia Vellaea provisum est (cfr. § 2 Inst. II, 13).

Tutta la dottrina dell'onere d'istituire o diseredare i postumi ha, del resto, come suo fondamento questo succedere dei nipoti nel *postò di suus* già occupato dal padre, che li precedeva nella soggezione alla potestà dell'avo paterfamilias<sup>70</sup>.

#### § 29. Postumi aquiliani.

Sono i nipoti, il cui padre è premorto all'avo, concepiti al momento della morte del testatore (avo). Per la premorienza del padre loro, essi subentrano nel posto di suus già da costui occupato: divengono, perciò, sui, e come sui debbono essere o istituiti o diseredati. La formula della loro istituzione fu escogitata da Gallo Aquilio.

SCAEVOLA, *libro sexto quaestionum*: 29 pr. D. 28.2: P. 157.

Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: 'si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunt'<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> Al succedere dei nepotes in locum patris pone mente anche il COLI, *Sviluppo delle forme di legato*, p. 34 segg. Non accogliamo, però, le argomentazioni che egli trae da ciò contro la teoria del Bonfante. È vero che nella familia la successione del capo è preordinata in modo necessario dalla struttura stessa dell'organismo familiare: ed è vero che vi ha in essa una gerarchia che ne costituisce l'ossatura fondamentale e che tale gerarchia è – in certi limiti – inviolabile. Ma, appunto, il paterfamilias vi si conforma concentrando in uno dei sui la qualità di erede e spogliandone gli altri col diseredarli. Di tale concentrazione abbiamo ancora in epoca storica un mirabile esempio nell'adsignatio libertorum (cfr. più oltre § 107 segg.).

<sup>71</sup> Ecco cosa dice il LENEL, *Pal.*, 157 di questo testo di Scevola. Palam est permulta in hoc fragmento abhorreere ab illa, quae Scaevolae esse solet, elegantia et perspicuitate, nec dubito quin hic tractatus partim a compilatoribus, partim ab antiquiore

In questo modo i nipoti, qualora divenissero sui per la premorienza del loro padre, non producevano la revoca del testamento dell'avo in cui essi si trovavano istituiti in previsione di tale ipotesi.

Tale istituzione aveva valore ancorché nella formula non fosse stata fatta menzione della morte del figlio (§ 1 eod.). Naturalmente la possibilità dell'istituzione di erede doveva essere estesa anche al pronipote e agli altri discendenti.

§ 2, eod. *Idem credendum est Gallum existimasse et de pronepote, ut dicat testator: 'si me vivo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos' et cetera.*

Si suppone, in questo paragrafo, che il figlio fosse già morto all'epoca della confezione del testamento e che già il nipote fosse succeduto nel posto di lui. Nel caso in cui il figlio fosse vivo, ma il nipote fosse, invece, già morto all'epoca della confezione del testamento, allora si aveva esclusivo riguardo al pronepote per il caso che venisse a subentrare in *locum filii*.

§ 3, eod. *Sed et si vivo filio iam mortuo [pro] nepote cuius uxor praegnans esset, testamentum faceret, potest dicere: 'si me vivo filius decedat, tunc qui pronepos'.*

La formula aquiliana può avere applicazione anche quando nipote e figlio muoiano vivo testatore.

§ 4, eod. *Num si et filius et nepos vivat, concip[ere] (i) (possit) 'utrisque mortuis vivo se, tunc qui pronepos nasceretur'? quod similiter admittendum est, ita sane, si prius nepos, deinde filius decederet, ne successione (scil. in locum filii) testamentum rumperetur<sup>72</sup>.*

I casi riferiti, ai quali si applica la formula aquiliana, hanno riguardo esclusivo all'ipotesi che il suus sia premorto all'avo. La giurisprudenza estese, per analogia, l'applicazione di questa formula ai casi in cui il suus non fosse premorto all'avo, ma fosse uscito dalla potestà di lui.

§ 5, eod. *Et quid si (non) tantum in mortis filii casum conciperet? quid enim si aquae et ignis interdictionem pateretur? quid si nepos, ex quo pronepos institueretur, ut ostendimus, emancipatus esset? [hi enim casus et omnes, ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinent ad legem Vellaeam: sed ex sententia legis Vellaeae et haec*

quodam librario vel interprete cum mutilatus tum ineptis additamentis depravatus sit, ita ut de restituendis ICTi verbis iam videatur esse desperandum.

Nel corso dell'esegesi, che di questo frammento faremo, proporremo delle modificazioni suggeriteci dal sistema stesso della successione dei postumi. Si tengano, del resto, presenti le emendazioni proposte dal LENEL (*Pal.*, 157): vedi anche BESELER, *Beiträge*, 4.204, 3.32, 3.87. Per l'esegesi e la ricostruzione dogmatica, vedi FRANCKE, *op. cit.*, p. 19 segg., MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, 437 segg.

<sup>72</sup> La necessità che muoia prima il nipote e poscia il figlio, sorge da ciò che il testo suppone che il figlio sia stato istituito e non invece il nipote. Se il figlio morisse prima, si verificherebbe una successio del nipote nel suo locus e, quindi, la revoca del testamento per la preterizione di quest'ultimo.

omnia admittenda sunt, ut] ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint.

Se il *suus*, dopo la confezione del testamento dell'avo, fosse stato interdetto o emancipato e avesse perciò lasciato vuoto il suo posto sarebbe in esso subentrato il *sequens* (figlio o nipote). Queste ipotesi non contemplate originariamente nella formula di Gallo Aquilio, vi furono, però, introdotte in prosieguo. Questi casi perciò non sono – come dice il testo – ‘*admittenda ex sententia legis Vellaeae*’: non è sulla base di questa legge che essi sono stati ammessi, ma sulla base dell'analogia che essi presentano con la ipotesi della morte contemplata nella formula aquiliana<sup>73</sup>.

I paragrafi 6, 7, 8, 9, 10 contemplano alcune ipotesi, notevolmente alterate, alle quali si vuole pure estendere la formula aquiliana. Questa formula ha riguardo, come abbiamo visto, ai nipoti nati dopo la morte dell'avo da figli premorti. Ora che cosa è a dire di nipoti nati durante la vita dell'avo e del padre, ma divenuti *sui* solo dopo la morte dell'avo?

§ 6, eod. *Quid si qui filium apud hostes habebat testaretur? quare non induxere, ut, si antea filius quam ab hostibus rediret quamvis post mortem patris decederet, tunc deinde nepos [vel] etiam adhuc illis vivis (natus) post mortem [scilicet] (tamen) avi [nascetur] (suus existeret), non rumperet?*

Cioè: perché non estendere la formula aquiliana anche al caso in cui il nipote, quantunque nato vivo avo et patre, diventi *suus* dopo la morte dell'avo? Nel caso c'è un figlio in prigionia. Il nipote ex eo non ne occupa il posto fino a tanto che il prigioniero viva: ma quando il prigioniero muore, allora egli viene considerato come morto al tempo della sua caduta in prigionia ( *fictio legis Corneliae*). Solo in questo momento il nipote occupa il posto di *suus* già occupato dal prigioniero morto. Nella fattispecie del § 6 il nipote, quantunque nato viventi il padre e l'avo, è divenuto *suus* solo dopo la morte dell'avo (*suus extitit post mortem avi*). Può in tal caso aversi applicazione della formula di Aquilio? Questa formula richiede: *a*) che il figlio muoia vivo avo, *b*) che il nipote nasca post mortem avi. Ricorrono qui questi elementi? Può dirsi che ricorrono. Infatti: 1) il figlio prigioniero, quantunque realmente morto dopo il padre, è considerato morto al momento della caduta in prigionia; 2) il nipote, quantunque realmente nato vivo avo et patre, diventa, tuttavia, *suus heres post mortem avi*. Sulla base di queste considerazioni può anche qui applicarsi la formula di Aquilio<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Io credo che la parte finale del testo «*hi... sint*» creduta giustiniana dal Fabro, debba piuttosto considerarsi, almeno sino a «*sunt*», quale glossa introdotta a chiarimento (sia pure errato) della estensione a queste ipotesi della formula di Aquilio. Cfr. LENEL, *Pal.*, 157 § 5. Nel testo ho premesso «non» a tantum, perché lo richiedeva il senso della domanda posta dal giurista.

<sup>74</sup> Il testo è da me corretto secondo questa interpretazione. Cfr. *Pal.*, 157 § 6.

Una fattispecie analoga, in cui trovano applicazione considerazioni consimili, è quella prospettata al § 7.

§ 7, eod. (Quid) si eius, qui filium habeat et nepotem ex eo instituat, nurus praegnas ab hostibus capta sit ibique vivo (patre et avo) pariat, mox [ille] (nepos) post mortem patris atque avi redeat (?) [utrum – non rumpere].

Anche qui è possibile una interpretazione estensiva della formula aquiliana: infatti *a)* il padre è morto vivo avo, come si desume dal testo, nel quale è supposta la morte del padre come precedente quella dell'avo; *b)* il nipote, quantunque realmente nato in prigionia viventi il padre e l'avo, tuttavia, per una finzione opposta a quella della Lex Cornelia, deve considerarsi come nato al momento del suo ritorno. E allora ricorrono qui pure i due requisiti richiesti per l'applicazione della formula di Aquilio.

Le stesse considerazioni valgono nel caso del pronipote: in tale caso si suppone che il figlio dell'avo sia morto prima della confezione del testamento e che il nipote abbia già acquistata la qualità di suus dell'avo.

[Quod] (idem) quaerendum est, si iam mortuo filio pronepotem instituat (et pronepos apud hostes vivo patre atque avo natus, mox) redeat (utroque) mortuo [sed cum – escludatur]<sup>75</sup>.

§ 30. La seconda parte del testo passa a trattare della Lex Vellaea.

§ 11, eod. Nunc de lege Vellaea videamus. Voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum.

Possono, perciò, essere istituiti in base a questa legge: 1) i figli che nasceranno vivo patre, 2) i nipoti procreati da un figlio già morto al momento della confezione del testamento, e che nasceranno vivo avo.

La legge ha però ancora riguardo 3) ai nipoti che nasceranno vivo avo da un figlio vivente al momento della confezione del testamento, ma che venga a morire prima della nascita del nipote.

§ 12, eod. Et videtur primum caput eos spectare, qui, cum nascerentur, sui heredes futuri essent. [et rogo] (quid), si filium habeas et nepotem nondum natum [tantum] ex eo heredem instituas, filius decedat, mox vivo te nepos nascatur? [ex verbis] dicendum est non rumpi testamen-

<sup>75</sup> La menzione della lex Vellaea non mi sembra originaria in queste ipotesi: è probabilmente frutto di glosse intercalate nel testo, il quale presenta alterazioni gravissime. A me sembra che esso nella prima parte (pr. 1-10) doveva solo contenere: 1) la formula aquiliana, 2) la menzione dei casi ai quali essa doveva essere estesa e che non rientravano nella lettera della formula. Nella seconda parte (11-16) il testo doveva contenere le disposizioni della lex Vellaea e la estensione di queste disposizioni a ipotesi non contemplate nella lettera della legge. Sono perciò *glosse*, nella prima parte, tutte le aggiunte in cui si prospetta una questione di confini tra formula aquiliana e lex Vellaea. Il § 8, anch'esso molto alterato, vuole in fondo confermare il principio esposto nei §§ 6 e 7: cioè può essere istituito (o diseredato) il nipote nato vivo patre et avo ma divenuto suus heres post mortem avi.

tum, [ut non solum illud] (cum lex) primo capite notaverit, [si] nepo[s] (tem), (non solum si) [qui] eo tempore instituat, quo filius non sit, (testamentum non rumpere), verum et si vivo patre [nascatur] (instituat): (non enim tempus quo nepos instituitur inspicitur, sed) [quid... tempus] quo nascitur. nam [etsi] ita verba sunt: 'qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit' et cetera<sup>76</sup>.

Il secondo capitolo della lex Velleia ha riguardo al caso '... si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit'. Quando un suus heres, vivente il paterfamilias, cessa di essere tale (per morte, capitis deminutio etc.) subentrano nel suo posto coloro che vengono, nel rapporto di soggezione al comune paterfamilias, immediatamente dopo di lui. La legge ha riguardo a coloro che siano già in vita al momento della confezione del testamento (postumi quasi velleiani), ma che ancora siano preceduti da altri nella soggezione alla potestà del paterfamilias.

Con riferimento a quanto si era esposto nel paragrafo precedente, nel § 13, si pone ora in rilievo che, nonostante i sui postumi siano nati vivente patre, essi possono essere istituiti in base al secondo capitolo della lex Velleia.

§ 13, eod. Etiam si [vovente] parente vivo nascantur (nepotes) [sequenti parte] succedentes in locum liberorum (lex) (posteriore capite) non vult (eos, si instituti sint vel exheredati,) rumpere testamentum; [et ita interpretandum est] ut, si et filium et nepotem et pronepotem habeas, mortuis utrisque pronepos institutus succedens in sui heredis locum (testamentum) non rampat, [et bene verba se habent, 'si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit' ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquili sententia diximus: nec solum, si nepos vivo patre decedat, nec succedens pronepos avo mortuo rumpat, sed et si supervixit patri ac decedat dummodo heres institutus sit aut exheredatus]<sup>77</sup>.

Il § 14 prospetta la stessa ipotesi già esposta nel § 6, al quale rimando per l'analisi e la soluzione della medesima.

<sup>76</sup> Quantunque le profonde alterazioni che questo fr. di Scevola presenta facciano disperare di una ricostruzione esatta della sua formulazione originaria, a me sembra tuttavia che non sia arbitraria la ricostruzione del § 12 come io la presento. La lezione attuale è contraddittoria ed illogica: può, però, essere anche accettata la emendazione proposta dal Mommsen. Scevola, interpretando la legge, ha notato come ricada sotto di essa il caso da noi prospettato in questo § 30 sub 3.

<sup>77</sup> Anche questo paragrafo è alterato dalla stessa mano che alterò gli altri paragrafi: chiaro è poi il glossema [et bene... aut exheredatus] che riporta, come commento al secondo capitolo della legge Velleia, quelle stesse considerazioni esposte nel § 5 [hi enim casus etc...] e nel § 4 [ita sane... rumpetur]. Il senso della glossa è il seguente: il presupposto richiesto per l'applicazione del 2° capo della legge Velleia – cioè 'si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit' – è quello stesso che si richiede nell'applicazione estensiva della formula di Gallo Aquilio, come si è già visto (§ 5-6). Nel caso presente poi il pronipote istituito erede succedendo in locum non produce la revoca del testamento, sia che il proprio padre (nipote) sia premorto al padre (figlio dell'avo), sia che, invece, egli sia morto dopo il padre (supervixit patri).

§ 14, eod. Videndum, num hac posteriore parte 'si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi eius' et cetera 'in locum suorum sui heredes succedunt', possit interpretatione induci, ut, si filium apud hostes habens nepotem ex eo heredem instituas, non tantum si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem, antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo (nepos testamentum) non rumpet: [nihil enim addidit, quo significaret tempus; nisi quod, licet audenter, possis] (potes enim) dicere vivo patre [hunc] (filium) suum heredem esse desisse [licet post mortem decedat] quia nec redit nec potest redire.

Analizzando il § 6 abbiamo già visto le ragioni per cui il nipote, figlio di un figlio prigioniero, subentrava nel posto del proprio padre (suus). Questo paragrafo ci porge una ragione ancora più probante: il nipote, in realtà, nel caso in esame, si considera aver occupato il posto del padre già prima che costui sia morto. Del prigioniero che muore in prigionia, poiché nec redit nec potest redire, può dirsi che abbia cessato di essere suus heres già durante la vita del paterfam. Si tratta di una interpretazione estensiva fondata sulla dottrina della retroattività<sup>78</sup>.

Ed eccoci, infine, ai postumi cosiddetti giuliani (§ 15 eod.).

Il testo è largamente alterato, ma il suo significato è il seguente.

Nel caso che un nipote fosse nato dopo la confezione del testamento, vivente patre, e fosse divenuto suus heres prima della morte dell'avo, non poteva aver luogo l'applicazione della lex Vellaea, né ex primo né ex secundo capite. Non poteva applicarsi il primo capo della legge, perché esso aveva riguardo a coloro che nascendo divenivano sui statim. Non poteva applicarsi il secondo capo, perché questo aveva riguardo a coloro che fossero già nati al momento della confezione del testamento, ma che fossero divenuti sui prima della morte del testatore. Giuliano, allora, commixtis capitibus legis, ha esteso l'applicazione della lex Vellaea anche ai postumi nati dopo la confezione del testamento e divenuti sui prima della morte del testatore. Con la quale interpretazione analogica egli ha creato, in realtà, una nuova classe di postumi.

Il testo di Scevola è molto interessante perché, attraverso le ipotesi in esso contemplate, permette di studiare le varie forme di attuazione della *successio* dei nipoti *in locum suorum*. Esso ci dà modo di analizzare questo importante fenomeno giuridico che ha luogo anche nella successione ereditaria. Il «succedere in locum» è, infatti, la sostanza medesima della successione ereditaria. *Successio in locum sui* e *successio in locum patrisfamilias* si attuano alla stessa guisa: l'una e l'altra fanno subentrare in una posizione giuridica già occupata da altri.

La conclusione che si trae dal testo di Scevola può esprimersi con Ulpiano in questo modo (6.4 D. 28.3):

<sup>78</sup> Sulla quale v. MITTEIS, *Röm. Privatr.*, I, 130 sgg.

Quocumque autem modo parentes praecedentes in potestate esse desiderint, succedentes liberi, si fuerint instituti vel exheredati, non rumpunt testamentum. et rell.

§ 31. I postumi che diverranno sui debbono, dunque, essere, per le ragioni note, o istituiti o diseredati: la loro preterizione, per le stesse ragioni esposte a proposito dei sui già nati, rende impossibile l'esistenza del testamento. Vi ha, però, pei postumi, questa particolarità; che il testamento è in origine iure factum: è solo con la nascita del postumo che si produce la preterizione e, quindi, la nullità del testamento in cui il postumo sia stato preterito.

ULPIANUS, *libro tertio ad Sabinum*: 3.3 D. 28.3: P. 2446.

Ex his apparet aliam causam esse filiorum superstitum, aliam posteriorum: illi iniustum faciunt, hi rumpunt, illi semper, hi, si nascantur nec inveniunt se exheredatos.

Il fatto che il testamento in cui sia preterito un postumo è valido fino a quando non venga revocato per la nascita del postumo, laddove il testamento in cui sia preterito un suus vivente è nullo ipso iure, determina, in ragione di questa diversità, alcuni effetti diversi. In particolare noi abbiamo visto che la preterizione di un suus a primo gradu, seguita da diseredazione a secundo gradu, non determina la nullità del testamento. Il quale, anzi, ab eo gradu exordium capit, unde filius exheredatus est (3.6 D. 28.3, 76 D. 28.5).

Questo stesso principio non può ripetersi per un caso simile, che sia relativo ad un postumo. Perché? Ecco: il testamento, sino alla nascita del postumo, è valido: solo la nascita del postumo ne determina la revoca. Ora questa revoca non si arresta al primo grado in cui il postumo è preterito, ma si comunica all'intero testamento. Se nel primo grado non è disposta la exhereditatio del postumo, la caduta dell'intero testamento non può essere evitata in nessun modo.

È però da tenere presente che in tanto si può parlare di revoca, in quanto il primo grado del testamento sia valido e, quindi, possa essere revocato. Se, invece, il primo grado (a quo postumus exheredatus non est) è diventato inefficace per deficienza della condizione apposta all'istituzione, e, in conseguenza, ha avuto luogo la sostituzione (a quo postumus exheredatus est), il testamento non può più essere revocato.

ULPIANUS, *libro tertio ad Sabinum*: 5 D. 28.3: P. 2446.

Nam et si sub condicione sit heres institutus quis, a quo postumus non est exheredatus, tamen pendente condicione rumpitur gradus, ut et Iulianus scripsit: sed et si sit ei substitutus quis, etiam deficiente condicione primi gradus non admittetur substitutus [a quo scilicet postumus exheredatus non est]. puto igitur [existente] (pendente) quidem condicione primi gradus postumo potius locum fore: post defectum autem condicionis natus postumus gradum non rumpit, quia nullus est. rumpendo autem testamentum sibi locum facere postumus solet [, quamvis filius se-

quentem gradum, a quo exheredatus est, patiatur valere]. sed si a primo gradu praeteritus, a secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis vixit, totum testamentum ruptum est: nam tollendo primum gradum sibi locum faciet.

La fattispecie è questa: Tizio istituisce erede sotto condizione un estraneo, al quale sostituisce un terzo; preterisce un proprio postumo, diseredandolo nel secondo grado. Il postumo nasce: *a)* pendente condizione, *b)* post defectum condicionis.

*Nel primo caso* (che, cioè, il postumo nasca pendente condizione) il postumo revoca il primo grado; onde, ancorché successivamente la condizione dell'istituzione manchi, non si può più far luogo alla sostituzione. Perché? Perché il postumo nascendo rimuove il grado in cui è preterito e fa posto a se stesso: acquisita, infatti, ab intestato la eredità del paterfamilias, impedendone così la eventuale delazione ex testamento al sostituto. Né importa che la istituzione sia ancora in sospeso. Il postumo, nascendo, non si trova diseredato: egli perciò occupa ab intestato il posto di heres del paterfamilias.

*Nel secondo caso* (quando, cioè, il postumo nasca post defectum condicionis) si ha che il primo grado, in cui il postumo era stato preterito, era già caduto prima della nascita del postumo, e si era già fatto luogo al secondo grado, in cui il postumo era stato diseredato. Sarà, dunque, impossibile dire che il postumo revochi il testamento: perché il primo grado, in cui egli era stato preterito, era già caduto nel nulla (post autem defectum condicionis natus postumus gradum non rumpit, *quia nullus est*).

Perché di revoca di un testamento, o di un grado testamentario, possa parlarsi, è necessario che il testamento o il grado testamentario che debbono essere revocati, abbiano giuridica consistenza. Nel primo caso questa giuridica consistenza c'era: il primo grado era, infatti, valido, quantunque la sua efficacia definitiva fosse tuttavia sospesa ad una condizione. Nel secondo caso, invece, il primo grado era divenuto ormai inefficace e non poteva, perciò, venire in rilievo il fatto che il postumo fosse stato in esso preterito.

Una ipotesi analoga fa la seconda parte del testo: se il postumo sia stato preterito nel primo grado e diseredato nel secondo, ancorché gli istituiti in primo grado non abbiano adita l'eredità, purché, però, siano stati in grado di adirla ancora all'epoca della nascita del postumo (si eo tempore (postumus) nascatur, quo aliquis ex institutis vixit), non si farà luogo alla sostituzione perché in tal caso «totum testamentum ruptum est». Il primo grado è, infatti, ancora *validamente* disposto: il che è sufficiente per dare giuridico rilievo alla preterizione del postumo. Si potrà dire, infatti, che in questo caso il postumo, nascendo, rimuove il primo grado e con la rimozione del primo grado «sibi locum facit».

Se, invece, il postumo, nascendo, non trovasse in vita alcuno degli istituiti nel primo grado, allora il primo grado sarebbe già divenuto inefficace pri-

ma della sua nascita, e, in quanto inefficace, non sarebbe possibile provocarne la revoca<sup>79</sup>.

La preterizione del postumo in un grado testamentario infirma, senza rimedio alcuno, il grado medesimo al punto da non fargli riacquistare efficacia neanche con la morte del postumo preterito.

ULPIANUS, *libro tertio ad Sabinum*: 3.6 D. 28.3: P. 2446.

Licet autem postumus praeteritus adgnascendo rumpat, tamen interdum evenit, ut pars testamenti rumpatur: ut puta si proponas a primo gradu postuum exheredatum, a secundo praeteritum: nam hic primus gradus valet, secundus ruptus est.

Il significato di questa invalidità del secondo grado appare quando si verifichi il seguente caso:

ULPIANUS, *libro quarto disputationum*: 4 D. 28.3: P. 82.

(postumo defuncto, qui secundo gradu praeteritus est,) [denique et] deliberantibus primo gradu scriptis heredibus, qui secundo gradu scripti sunt heredes optinere hereditatem non possunt: gradu enim rupto et infirmato amplius hereditas inde optineri non potest.

La fattispecie è chiara: il postumo è stato diseredato nel primo grado e preterito nel secondo. Il postumo muore mentre gli istituiti nel primo grado deliberano de adeunda hereditate. Poscia essi ripudiano la eredità.

Si farà luogo al secondo grado, nel quale il postumo, già morto, è stato preterito? No, certamente: si aprirà, invece, la successione intestata.

AFRICANUS, *libro quarto quaestionum*: 14 pr. D. 28.2: P. 25.

Si postumus a primo gradu exheredatus, a secundo praeteritus sit, quamvis eo tempore nascatur, quo ad heredes primo gradu scriptos pertinet hereditas, secundum tamen gradum vitari placet ad hoc, ut praetermittentibus institutis ipse heres existat. immo et si defuncto eo heredes

<sup>79</sup> Le frasi messe tra parentesi sono da considerarsi quali glosse introdotte nel testo per chiarirne la portata. Errata è però la prima (come già segnalò il Mommsen): perché il sostituto cui allude Ulpiano non è quello «a quo postumus exheredatus non est» ma quello «a quo postumus exheredatus est». E proprio questo era il contrasto che bisognava mettere in rilievo.

Il secondo glossema, invece, è esatto: esso indica il differente trattamento che si sarebbe usato, nel caso, per filius. Il filius preterito nel primo grado e diseredato nel secondo, è validamente diseredato; perché il testamento piglia efficacia dal secondo grado. La differenza, però, non è senza ragione. Quando si tratta della preterizione di un postumo, il testamento è provvisoriamente efficace: quindi il postumo nascendo lo infirma, e, naturalmente, lo infirma nel primo grado in cui egli è stato preterito. Quando, invece, preterito è il suus vivente, la preterizione importa originaria inesistenza del testamento in cui egli è preterito, o, nel caso che ci sia una diseredazione nel secondo grado, originaria inesistenza del solo primo grado del testamento.

Infine ritengo opportuno di mutare in «pendente» «esistente» perché le ipotesi che nel testo si fanno sono relative 1) alla pendenza della condizione, 2) all'antecedente deficienza della medesima. Nel caso di adempimento della condizione non c'era, infatti, dubbio alcuno che il postumo potesse revocare il grado testamentario cui la condizione era stata apposta.

instituti omiserint hereditatem, non posse substitutos adire. itaque et si a primo gradu exheredatus, a secundo praeteritus, a tertio exheredatus sit et viventibus primis et deliberantibus decedat, quaeri solet omittentibus primis aditionem utrum ad eos, qui tertio gradu scripti sint, an potius ad legitimos heredes pertineat hereditas. quo et ipso casu rectius existimari putavit (Iulianus) ad legitimos eam pertinere: nam et cum duobus heredibus institutis et in singulorum locum facta substitutione a primis exheredatus postumus, a secundis praeteritus fuerit, si alter ex institutis omiserit, quamvis postumus excludatur, non tamen magis substitutum admitti<sup>80</sup>.

Giuliano pone, qui, sotto due aspetti diversi, un caso di preterizione di un postumo «a secundo gradu».

1) Il postumo nasce quando ancora i primi istituiti deliberano «de adeunda hereditate»: poscia essi rinunziano. Non si farà luogo alla sostituzione, ma lo stesso postumo diverrà erede (ipse heres existat).

2) Ancorché il postumo muoia prima della rinunzia dei primi istituiti, tuttavia non si potrà passare al 2° grado, la cui inefficacia è insanabile. E allora si aprirà la successione intestata, alla quale saranno chiamati gli eredi legittimi del defunto.

Viene poscia prospettato il caso di un postumo preterito nel secondo grado, ma validamente diseredato nel primo e nel terzo grado. Se il postumo muore deliberantibus primis, e poscia costoro rinunziano, si farà luogo al terzo grado (il secondo non potendo venire in essere perché infirmato dalla preterizione del postumo) o si farà luogo piuttosto alla successione intestata? La soluzione è per quest'ultima, e bene a ragione.

La validità del secondo grado costituisce il presupposto per la validità dei gradi ulteriori: se esso è infirmato, si fa luogo alla delazione dell'eredità ab intestato non essendo possibile passare al terzo grado.

Nel testo viene prospettata, infine, una terza ipotesi.

Che il testatore istituisca due eredi disponendo la sostituzione in singulorum locum: disereda il postumo a primo gradu, lo preterisce a secundo. Se uno degli istituiti non adisce l'eredità, si dovrebbe far luogo alla sostituzione: ma questa è nulla, perché in essa non è stato diseredato il postumo. E allora? Per diritto di accrescimento, tutta l'eredità apparterrà al coerede che adisce. Quantunque il postumo sia pur sempre escluso, tuttavia il sostituto non verrà all'eredità. Ciò che determina la esclusione del postumo dall'eredità è l'ius adcrendi. Se esso non avesse luogo, come nel caso in cui sia necessario passare alla sostituzione, allora, non potendo aver effetto la sostituzione viziata dalla preterizione del po-

<sup>80</sup> Cfr. MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, § 1421 h, p. 616 segg.; CUIACIO, *Ad Africanum Tractatus IV*.

stumo, non avrebbe neanche effetto l'istituzione del coerede disposto ad adire. È questo il caso del fr. 19 pr. D. 28.3<sup>81</sup>.

§ 32. Un problema che si presenta a questo punto è il seguente: quale è il fondamento giuridico della nullità del testamento (o del grado testamentario) in cui è preterito un suus (nato o postumo), quando costui sia già morto nel momento in cui si verifica la preterizione? La risposta non sarebbe difficile se la preterizione si verificasse durante la vita del preterito: diremmo che il suus preterito occupa ipso iure, ab intestato, il posto di heres: ond'è che l'acquisto della eredità a un titolo, impedirebbe un acquisto ulteriore a titolo diverso. Ma quando il suus è, o premorto al testatore, o morto prima che si sia verificata la sua preterizione, non si può più parlare di acquisto dell'eredità ab intestato da parte di costui.

<sup>81</sup> SCAEVOLA, *libro sexto quaestionum*: 19 pr. D. 28.3: P. 158.

Si ego et Titius instituti simus et a nobis postumus exheredatus sit, a substitutis nostris non sit exheredatus, Titio defuncto ne ego quidem adire potero: iam enim propter instituti personam, a quo postumus exheredatus est, in cuius locum substitutus vocatur, a quo postumus exheredatus non est, ruptum est testamentum.

I due istituiti debbono adire insieme l'eredità: se uno di loro non adisce, neanche l'altro può divenire erede. Siccome, infatti, mancando uno dei due istituiti, si dovrebbe far luogo alla sostituzione, siccome, d'altro canto, ad essa non può farsi luogo perché il secondo grado è infirmato, non si può neanche far luogo all'istituzione. Il vizio della sostituzione si comunica, in tale ipotesi, all'istituzione. Lo dice lo stesso Scevola al § 2.

In prima tamen specie et si vivat Titius, neque ego sine illo neque ipse sine me adire poterit, quia incertum est, an adhuc altero omittente rumpatur testamentum: itaque simul adire possumus. In questo caso, diversamente dal precedente, non ha luogo accrescimento a favore dell'istituito che ha adito: l'accrescimento è espressamente impedito dall'esistenza della substitutio in singulorum locum.

Il testo di Scevola è, certamente, in contrasto con quello di Africano. Per superare l'antinomia potrebbe anche ammettersi la interpretazione di Cuiacius secondo la quale Africano avrebbe del pari escluso nella sua ipotesi il verificarsi dell'accrescimento. Secondo questa opinione è, però, da intendere l'inciso «quamvis postumus excludatur» nel senso che il postumo sia già morto e che all'eredità ab intestato vengano gli altri successibili dopo il postumo. Può anche pensarsi che il giurista avesse in mente una fattispecie diversa, nella quale la sostituzione dovesse prevalere sull'accrescimento perché la chiamata dei primi istituiti non aveva, propriamente, carattere congiuntivo (si pensi ad institutiones ex re certa).

Quando sostituiti siano gli stessi istituiti allora la mancata adizione dell'uno determina accrescimento a favore dell'altro.

§ 1. Sed si ego et Titius invicem substituti simus, quamvis in partem substitutionis exheredatus non sit, mortuo vel repudiante Titio me posse adire puto et ex asse heredem esse.

In tal caso la *substitutio in singulorum locum* non è fatta per escludere l'accrescimento a favore di uno degli istituiti, perché anzi sostituiti sono gli stessi istituiti. L'accrescimento, qui, si verifica necessariamente: colui che adisce l'eredità, non l'acquista partim iure institutionis e partim iure substitutionis, ma tutta iure institutionis. È solo il primo grado che ha rilievo. Esso è validamente disposto: né il secondo grado può, qui, comunicare al primo il vizio che intrinsecamente lo infirma.

È questo un punto in cui Sabiniani e Proculiani si trovarono fortemente in dissenso (Gai II, 123)<sup>82</sup>.

Il problema va risolto tenendo presente il principio secondo cui il testamento deve fedelmente rispecchiare l'organismo familiare con l'aver riguardo a tutti i sui viventi – o già concepiti – al momento della sua confezione; e con l'aver riguardo a coloro che potranno divenire sui del testatore, avanti o dopo sua la morte, *subentrando nel posto* dei loro ascendenti premorti o usciti dalla potestà.

È questo il fenomeno che ci presentano alcuni testi tra cui quello già esaminato di Africano e quest'altro di Pomponio.

POMPONIUS, *libro primo ad Sabinum*: 8 D. 28.2: P. 384.

Si Primo herede instituto filium exheredavero, a Secundo autem substituto non exheredavero et, dum pendet, an prior aditurus sit, filius decesserit, (deinde Primus quoque antequam adiret decesserit), secundum sententiam qua utimur non erit Secundus heres quasi ab initio inutiliter institutus, cum ab eo filius exheredatus non sit. quod si in postumo filio idem acciderit, ut natus vivo patre (moriatur, deinde ante aditionem is Mo.) a quo exheredatus sit moriatur, eadem dicenda erunt de substituto, quoniam cum est natus filius, loco eius est, qui superstes est<sup>83</sup> (cfr. 1.8 D. 38.16).

Nella seconda parte del testo si vuol dire che il postumo diseredato nel primo grado e preterito nel secondo, ancorché muoia avanti che il primo grado vada deserto, costituisce tuttavia ostacolo insuperabile alla chiamata del sostituto. Il secondo grado, infatti, è viziato dalla preterizione del postumo e questo vizio non è sanato neanche dalla morte del preterito.

Le stesse considerazioni sono da fare relativamente alla prima parte del testo: ivi si prospetta la ipotesi di un figlio (suus) diseredato nel primo grado e preterito nel secondo: il figlio muore prima della adizione della eredità da parte dell'istituito: il quale, peraltro, non adisce. Si farà luogo alla sostituzione? No, certamente: perché il secondo grado è nullo. Si procederà, dunque, alla successione intestata.

La nullità del secondo grado, in queste due ipotesi, come nelle ipotesi del fr. 14, non può dirsi abbia causa nell'occupazione necessaria, ab intestato, del posto di heres da parte del preterito. Costui, infatti, all'epoca della sua morte, non poteva ancora considerarsi come preterito. Quando la preterizione si verifica, e quando, perciò, sarebbe possibile la occupazione ab intestato del posto di heres, il suus preterito è già morto.

<sup>82</sup> Cfr. MITTEIS, *Röm. Privatr.*, I, 243.

<sup>83</sup> La seconda parte del testo è certamente guasta: e le alterazioni sono costituite da glosse intercalate nel testo.

La ragione della nullità sta pur sempre nel principio che i sui debbono essere istituiti o diseredati: e ciò per due motivi: 1) al fine della conformità del testamento con l'organismo familiare che deve in esso essere riflesso, 2) per impedire l'occupazione necessaria, ab intestato, del posto di heres da parte del preterito.

Normalmente, la nullità è causata dall'azione contemporanea di queste due esigenze: ma essa ha luogo anche quando, come nei casi esaminati, l'occupazione ab intestato del posto di erede non possa verificarsi per la morte del preterito.

In questa ipotesi la nullità si fonda esclusivamente sulla difformità del testamento dall'organismo familiare.

Si spiega in questo modo il fatto che ancorché il figlio – nel fr. di Pomponio – sia morto, non è tuttavia possibile passare al secondo grado in cui egli è stato preterito. La preterizione rende nullo questo secondo grado epperò, nel caso, tutto il testamento. Chi saranno i chiamati alla successione intestata? Coloro che sono prossimi al defunto nel momento in cui il testamento va deserto. Sino a questo momento il testamento ebbe validità: ed è questa la ragione per cui il figlio diseredato, morto prima che il testamento fosse andato deserto, non acquistò egli stesso, ab intestato, l'eredità del suo defunto paterfamilias. Poiché il testamento era stato validamente disposto e, quindi, l'eredità poteva in base ad esso essere adita, era per ciò stesso esclusa la possibilità di una occupazione ab intestato del posto di heres. Questa possibilità poi, nel caso, era eliminata direttamente dalla diseredazione disposta dal testatore nei confronti del figlio.

Queste conclusioni non contraddicono al principio che noi abbiamo posto a fondamento di questa trattazione: che cioè, come dice Trifonino, il suus debba essere, o *a*) erede ex testamento, o *b*) diseredato, o *c*) erede ab intestato (28 pr. D. 28.2).

Il suus qui è *diseredato*: e questa diseredazione, fino a quando il testamento non perda la sua efficacia, impedisce al diseredato di occupare il posto di erede del suo paterfamilias. E quantunque la diseredazione venga meno per la caduta del testamento, questa non è retroattiva, ma si produce ex nunc: onde gli effetti sino ad ora da esso derivati non vengono annullati. In particolare, non viene rimossa l'efficacia esplicita dalla diseredazione in esso disposta.

Il suus, quindi, morì senza essere divenuto erede ab intestato: ma la mancanza di una valida diseredazione nel secondo grado viziò irrimediabilmente il testamento in questo grado. E quando si trattò – come nei fr. di Africano e di Pomponio – di passare alla sostituzione per il venir meno dei primi istituiti, si determinò invece l'apertura della successione intestata del defunto.

Abbiamo già visto come la successio dei nipoti nel posto di coloro che li precedevano nella soggezione alla potestà del comune paterfamilias sia un fenomeno strutturalmente identico alla successio dei sui nella posizione giuridica del loro paterfamilias defunto. La differenza tra i due fenomeni sta solo nella diversità dei posti che vengono, sia pure alla *stessa maniera*, occupati. Può dir-

si, però, che nell'un caso e nell'altro *ordine quodam naturali* viene acquistata la qualità di *suus* e di *heres*. Morto il *paterfamilias*, il *suus* subentra ipso iure nella posizione giuridica di lui. Venuto meno colui che lo precedeva nella soggezione al comune *paterfamilias*, il *sequens* ne occupa ipso iure il posto in famiglia. Sono fenomeni che si producono *naturalmente*, in virtù di un ordine naturale e inderogabile di cose.

Il paradigma della successio dei sui già nati è questo:

Il posto di erede del *paterfamilias*, avente dei figli in potestate, sarà da costoro occupato *naturalmente* quando non siano stati diseredati.

Quello dei postumi è quest'altro:

Il posto di *heres* del *paterfamilias*, quando ci siano dei postumi che non siano stati diseredati, verrà occupato *naturalmente* da costoro al momento della loro nascita.

Su questi due tipi fondamentali è stata modellata la successione dei sui sopravvenuti per arrogazione, adozione o ritorno dalla prigionia, e delle altre categorie di postumi.

C'è un ordine naturale di cose cui il testatore deve conformarsi: ecco il presupposto inderogabile della possibilità di testare. Se quest'ordine è trascurato, non può esistere testamento.

## CAPITOLO VII

### RAPPORTI TRA LE VOCAZIONI TESTAMENTARIE E LA STRUTTURA DELL'ORGANISMO FAMILIARE

§ 33. Il testamento deve in sé rispecchiare la costituzione del gruppo familiare. Perfetta correlazione fra organismo familiare e testamento in diritto classico. Egesi del fr. 29.1 D. 28.2.

§ 34. Quando nella familia sopravvenga una modificazione (per adozione, arrogazione, nascita di sui) che non fu contemplata nel testamento, questo è ipso iure revocato, perché non più conforme all'organismo familiare.

§ 35. Nel testamento possono esser contemplati (in diritto classico) solo i posti di sui esistenti al momento della sua confezione, non anche quelli che sopravvivono dopo. Egesi di Gai II, 138; II, 140; fr. 8 pr.-1 D. 28.3.

§ 36. Diverso principio giustiniano: interpolazione del fr. 18 D. 28.3.

§ 37. Conferma di questa interpolazione, tratta dai fr. 23 pr.-1 D. 28.2; 8.7 D. 37.4; 8.9 D. 37.4; 8.8 D. 37.4.

§ 38. Errore comune della dottrina la quale si fonda sul fr. 18 D. 28.3. Egesi di Gai II, 143; ragioni esegetiche e teoriche della nostra tesi.

§ 39. Presupposto che rende possibile e necessario istituire o diseredare i postumi: che essi, nascendo, vengano ad occupare un posto di *suus* esistente al momento della confezione del testamento.

§ 40. Conclusione.

§ 33. Sulla necessaria conformità del testamento con l'organismo familiare ha fondamento la dottrina dei requisiti formali (intrinseci), necessari all'esistenza del testamento.

Il testamento non è un qualsiasi negozio giuridico lasciato all'arbitrio del testatore. Esso non è un *atto patrimoniale* che interessi unicamente colui che lo compie. Il testatore non agisce per un suo interesse privato, ma in vista di un interesse pubblico, e nella sua qualità di *paterfamilias* (testamenti *factio non privati sed publici iuris est*; 3 D. 28.1). E questo interesse pubblico è precisamente l'interesse della *FAMILIA*. C'è un aggregato di persone organizzato ad unità e che fa capo al *paterfamilias*: c'è un organismo che ha una struttura ben netta, già sin dall'epoca più remota. Ebbene il testamento, la cui finalità, per lo meno nella sua funzione originaria, è quella di *perpetuare* il gruppo familiare, non può prescindere dalla struttura che il gruppo medesimo presenta; deve, anzi, rispecchiarla e su di essa modellarsi: deve portarne in sé riflesses le caratteristiche salienti. Organismo familiare e testamento sono termini indissolubilmente legati: *quando questo legame sia disciolto non si ha più testamento*. Cosa, questa, che avviene nel così detto testamento militare.

Ecco, adunque, la ragione dell'esigenza che tutte le modificazioni verificantesi nell'ambito dell'organismo familiare abbiano la loro immediata e necessaria risonanza nel testamento. Adozione, arrogazione, ritorno dalla prigionia, nascita di un *suus*, ritorno in potestà dopo la seconda, manomissione, e, insomma, tutti gli eventi che determinano la creazione di nuovi posti di *sui* nella famiglia, influiscono immediatamente e necessariamente sull'esistenza medesima del testamento. Perché? La causa sta nel legame che unisce il testamento alla costituzione familiare: modificata quest'ultima, deve di necessità essere modificato anche il primo.

La dottrina dei requisiti formali (intrinseci) del testamento appare ora in tutta la pienezza del suo significato.

Luce notevole sulla tesi da noi avanzata porterà l'analisi di questo testo.

TRYPHONINUS, *libro vicensimo disputationum*: 28.1 D. 28.2: P. 70.

Filius familias miles de castrensi peculio fecit testamentum habens filium in eiusdem potestate. cum militare desisset, patre eodemque avo defuncto quaesitum est, an rumpetur eius testamentum. non quidem adoptavit, nec hodie ei natus est filius nec priore subducto de potestate suo herede ulterior successit in proximum locum: sed tamen in potestate sua habere coepit, quem non habebat simulque *paterfamilias* factus est et filius sub eius reccidit potestate: rumpetur ergo testamentum. sed si he-

res sit institutus vel exheredatus iste eius filius, non rumpitur, quia nullo circa eum novo facto, sed ordine quodam naturali nactus est potestatem.

Ecco il caso. Un *filiusfamilias* militare – che ha un figlio soggetto alla potestà dello stesso *paterfamilias* – dispone per testamento (così detto testamento) del suo *peculio castrense* senza aver riguardo al proprio figlio. Si sa che i militari avevano la più ampia libertà di disporre *mortis causa*: libertà, del resto, giustificata da ciò, che in realtà queste loro disposizioni *mortis causa non erano testamento* e non miravano, perciò, a predisporre una successio in senso tecnico (successio in locum defuncti).

Avviene che il figlio testatore  $\alpha$ ) cessa di essere milite e  $\beta$ ) diventa *sui iuris* a causa della morte del proprio padre. Il fatto che egli abbia cessato di essere milite ha convertito in un vero testamento civile il testamento disposto in militia. Il fatto che sia divenuto *sui iuris* ha fatto cadere sotto la sua diretta potestà il proprio figlio, che, prima, come nipote, era assoggettato alla potestà dell'avo.

Naturalmente l'essere divenuto *sui iuris* – *paterfamilias factus* – è stato ciò che ha reso giuridicamente possibile la trasformazione in civile del suo testamento militare. Infatti un *filiusfamilias* non avrebbe potuto fare testamento: può testare solo il *paterfamilias*, perché egli solo è chiamato naturalmente a compiere atti che, come il testamento, hanno riguardo alla familia come tale (6 pr. D. 28.1).

Poiché, adunque, il *filiusfamilias* è divenuto *paterfamilias*, le disposizioni *mortis causa*, da lui fatte in ordine al *peculio castrense*, assumono la veste di un vero e proprio testamento. È valido questo testamento? È, cioè, conforme alla struttura della familia alla quale esso deve avere riferimento? Nel caso nostro questa conformità non c'è: il testatore, infatti, ha preterito il proprio figlio sul quale, alla morte dell'avo, «ordine quodam naturali nactus est potestatem». Dunque: le disposizioni *mortis causa* del *filiusfamilias* militare divengono testamento solo quando sia morto il *paterfamilias* alla cui potestà egli era soggetto. Morto costui, infatti, il figlio stesso diventa *paterfamilias* e viene così ad avere sotto la sua potestà il proprio figlio (*simulque paterfamilias factus est et filius sub eius reccidit potestate*): poiché, intanto, il testamento non ha riguardo a questo figlio (*suus*), non c'è concordanza tra testamento e familia. Il che significa che il testamento non è stato disposto secondo le esigenze familiari.

Il giurista al problema «*an rumpetur eius testamentum*» risponde che sono intanto da escludere le cause più comuni di revoca: infatti 1) né il testatore adottò altro figlio, 2) né a lui nacque altro figlio, 3) né un nipote, «*priore subducto de potestate suo herede, successit in proximum locum*».

La causa di revoca del testamento sta, invece, in ciò che «*in potestate sua habere coepit, quem non habebat*» e che ciò avvenne nel momento stesso in cui egli divenne *paterfamilias* (*simulque paterfamilias factus est, et filius sub eius reccidit potestate*). Come evitare la revoca del testamento? Mediante istituzione o diseredazione del figlio. Tanto l'una quanto l'altra sarebbero state efficaci, perché il figlio era caduto in potestà del padre, non per un fatto nuovo rispetto

all'organismo familiare (adozione, arrogazione, conventio in manum), ma per un certo ordine naturale di cose a tale organismo immanente (quia nullo circa eum novo facto, sed ordine quodam naturali nactus est potestatem)<sup>84</sup>.

§ 34. Sorge a questo punto il problema relativo alla sorte del testamento, quando, dopo la sua confezione, sopravvengano, *per un fatto nuovo*, (adozione, arrogazione, conventio in manum etc.) altri sui al testatore. C'è modo di salvare il testamento istituendo o diseredando coloro che il testatore vorrà poscia adottare o arrogare? Questo problema può tradursi in quest'altro: quali sono i presupposti necessari affinché la istituzione e la diseredazione dei sui esplicino il loro pieno effetto, quello, cioè, di assorbire o di eliminare la vocazione intestata di costoro? Il presupposto inderogabile è che i sui istituiti o diseredati abbiano già *posto* nella familia; che l'istituzione o la diseredazione, cioè, abbiano riguardo a coloro che occupano posti di sui già esistenti al momento della confezione del testamento. Questi posti esistono non solo quando i sui siano già nati, ma anche quando siano soltanto concepiti. Il concepimento determina il sorgere di un nuovo posto di suus nella familia<sup>85</sup>.

Tutta la complessa disciplina della sopravvenienza di sui dopo la confezione del testamento – postumi velleiani, quasi velleiani, giuliani – suppone sempre questo: *che i postumi subentrino in un posto di suus già esistente al tempo della confezione del testamento*. Ecco perché i postumi nipoti (velleiani etc.) possono essere efficacemente istituiti o diseredati: perché essi subentrano in un posto di suus già esistente quando il testatore fece testamento.

Abbiamo detto che testamento e familia sono termini indissolubili. Il testamento deve riflettere in se stesso, come uno *specchio*, la costituzione della *familia*. Esso deve avere riguardo a tutte le posizioni di sui esistenti al momento in

<sup>84</sup> Sul fr. 28.1 D. 28.2 cfr. BESELER 3, 51. Ma l'inciso «non quidem... testamentum» non è inutile parafrasi.

<sup>85</sup> Il problema concernente la istituzione dei postumi ha dato luogo a notevoli controversie. Col FADDA (*Concetti*, § 117) noi riteniamo che il postumo potesse essere istituito solo se concepito al momento della formazione del testamento. Questa tesi sembra suffragata da Ulpiano XXII, 19 e dalle espressioni del Tipucito. Quanto a quest'ultimo, però, il FERRINI (*Legati*, 132) afferma che non bisogna di esso fidarsi soverchiamente. Il Fadda, peraltro, assume che all'originaria impossibilità di istituire le persone non ancora nate si sia, per i sui, doppiamente derogato. Prima, ammettendo la validità dell'istituzione dei postumi sui, purché concepiti nel momento della confezione del testamento; poi, ammettendo che fosse valida l'istituzione di un postumo purché concepito nel momento della morte del testatore. Quanto ai *motivi* per cui l'ius civile accordò la capacità di succedere al postumus suus e a nessun altro, sono esatte le considerazioni dell'ALBERTARIO (*Conceptus*, *Bull. d. rom.*, 33, 14). Il quale assume, col Cuq, che la successione del postumus suus fu prestissimo riconosciuta per impedire l'estinguersi del culto domestico e per eliminare gli agnati. Sull'antico divieto di istituire le persone incerte e, per conseguenza, i non concepiti, cfr. BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, 143, n. 2.

cui è redatto. Non potrà, però, avere riguardo, altresì, alle *nuove posizioni di sui* che in prosieguo possano sopravvenire nella familia.

È questo anche il significato dell'espressione di Trifonino: da essa si argomenta che sarebbe inutile l'istituzione o la diseredazione di colui che non sia già suus al momento della confezione del testamento, o che non possa divenir tale subentrando in un posto di suus già esistente in tal momento.

Ritorniamo, con questi concetti, al testo di Trifonino. Poniamo che ivi si dicesse essere stato il figlio contemplato nel testamento: avrebbe avuto valore la sua istituzione o diseredazione al fine di prevenire la revoca?

La ratio dubitandi è che il testamento fu fatto mentre il nuovo paterfamilias era filiusfamilias e quando non poteva, perciò, avere sui.

La ratio decidendi è che qui c'è un fenomeno di *conversione di un negozio giuridico*. Le disposizioni, erette durante la milizia, divengono testamento solo *dopo* che il figlio divenga sui iuris: si considera che egli abbia fatto testamento solo in questo momento. Orbene: in questo momento il proprio figlio aveva assunto, rispetto a lui, la *qualità di suus*. Esisteva dunque, una posizione di suus alla quale il testatore non solo poteva, ma doveva avere riguardo.

§ 35. Possiamo ora formulare il seguente principio: *il paterfamilias deve aver riguardo, nel suo testamento, alle posizioni di sui heredes esistenti nel momento in cui egli testa: non può, invece, avere riguardo a quelle che potessero successivamente sorgere ex novo nella familia. Quando tali nuove posizioni sorgano, il testamento non è più conforme alla costituzione della familia e viene, perciò, revocato ipso iure.*

GAIUS, II, 138.

Si quis post factum testamentum 1) adoptaverit sibi filium... omnimodo testamentum eius rumpitur quasi agnatione sui heredis, 2) idem iuris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quae in manu fuit nubat: nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua, 3) (§ 141) filius quoque, qui ex prima secundave mancipatione manomititur, quia revertitur in potestatem patriam, rumpit ante factum testamentum, 4) (§ 142). simile ius olim fuit in eius persona, cuius nomine ex senatusconsulto erroris causa probatur. rell.

ULPIANUS, *libro undecimo ad Sabinum*: 8 pr. 1 D. 28.3: P. 2510.

Verum est adoptione vel adrogatione filii filiaeve testamentum rumpi. [quoniam sui heredis agnatione solet rumpi]. filia cum emancipatur vel nepos, quia una emancipatione exeunt de potestate, testamentum non rumpunt.

In queste ipotesi – adozione, arrogazione, conventio in manum, ritorno in potestà del figlio ex prima secundave mancipatione, assunzione in potestà ex senato consulto, nascita di un figlio (suus) non ancora concepito al momento della confezione del testamento –, poiché nel momento della confezione del te-

stamento non esiste una posizione di *suus*, non si può di essa tenerne conto – mediante istituzione o diseredazione – nel testamento medesimo.

GAIUS, II, 140.

Nec prodest, sive haec sive ille qui adoptatus est in eo testamento sit institutus institutave: nam de exheredatione eius supervacuum videtur quaerere, cum *testamenti faciendi tempore suorum heredum numero non fuerit*.

La diseredazione, come l'istituzione, sarebbe *supervacua*, perché, come dice Gaio, né la prima eliminerebbe, né la seconda assorbirebbe una posizione di *suus* che al tempo della confezione del testamento ancora *non era*.

Nel testo di Ulpiano pongo tra parentesi le parole «*quoniam etc.*» perché esse mi sembrano non conformi al pensiero del giurista: invero mentre esse, così come sono attualmente nel testo, costituiscono una inutile quanto imprecisa (*solet rumpi*) ripetizione del principio, originariamente dovettero contenere una giustificazione di ciò, che anche istituiti o diseredati coloro che vengono poscia arrogati o adottati, la loro istituzione o diseredazione non salva dalla rottura il testamento.

§ 36. Questo principio, perfettamente conforme alle esigenze del sistema successorio classico, non fu più mantenuto dall'imperatore Giustiniano. Di esso, infatti, non è più fatta menzione esplicita in alcun testo delle fonti: anzi viene affermato il principio opposto in un fr. interpolato di Scevola.

SCAEVOLA, *libro quinto quaestionum*: 18 D. 28.3: P. 152.

Si qui heres institutus est a testatore adrogetur [potest dici satis ei factum, quia et] (...) antequam adoptetur institutio ut in extraneo locum habebat.

Dopo quello che abbiamo detto risulta evidente l'interpolazione segnata. Scevola non poteva affermare che sia efficace l'istituzione (o diseredazione) di colui che poscia venga arrogato. L'istituzione precedente, in tal caso, non può assolutamente salvare il testamento. Né giova, dice Gaio, che colui che venga adottato sia già stato «in eo testamento institutus»<sup>86</sup>.

Giustiniano non intendeva più il principio della conformità del testamento con l'organismo agnatizio (posto di *sui etc.*). Per lui non v'era che una questione di volontà: volle il testatore istituire questo nuovo *suus*? Sì, tanto che egli lo aveva già prima istituito. Ebbene, allora il testamento non deve venire revocato.

Noi abbiamo potuto conoscere il principio classico sia in quanto l'abbiamo derivato dal sistema successorio, sia in quanto ne abbiamo trovata espressa testimonianza in Gaio. Ma testimonianza ce ne ha ancora dato implicitamente Trifonino in un testo nel quale si applica questo importante principio. Testimonianza ci porgerà ancora un testo di Papiniano. Se mi si domandano

<sup>86</sup> Il testo doveva originariamente dire «*tamen testamentum rumpitur*» e aggiungere che l'istituzione non poteva impedire la revoca del testamento. Una restituzione esatta delle parole originarie non è possibile darla: ma il pensiero in esse espresso doveva e poteva essere solamente questo.

le ragioni che trattennero i compilatori dall'interpolare questi altri due testi, risponderò che essi non furono interpolati perché il principio classico non è ivi espresso chiaramente (come lo era nel testo di Scevola), ma si lascia dedurre da una analisi alla quale, certamente, i compilatori non potevano dedicarsi.

§ 37. PAPINIANUS, *libro duodecimo quaestionum*: 23 pr., § 1 D. 28.2: P. 215.  
Filio, quem pater post emancipationem a se factam iterum adrogavit, exheredationem antea scriptam nocere dixi. rell.

§ 1. Si Titius heres institutus loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo, qui heres invenitur.

La decisione contenuta nella prima parte del testo è conforme ai principî: la diseredazione è efficace perché il figlio emancipato e poscia arrogato non viene considerato come occupante *ex nunc* il posto di suus; piuttosto egli è considerato come *ritornato* (redditus) ad occupare il posto di suus già lasciato vacante in seguito all'emancipatio. È una situazione analoga a quella che si verifica per il prigioniero che ritorna: anche a costui nuocerebbe, infatti, la exhereditatio disposta dal suo paterfamilias. Non si tratta adunque di *fatti nuovi*, di posizioni assolutamente nuove di sui, ma di rioccupazione di posti di sui già esistenti: e allora è giuridicamente efficace tanto l'istituzione quanto la diseredazione di questi *ritornati*.

Interesse maggiore presenta il § 1.

La fattispecie è questa: Caio ha un figlio (suus) in potestà e lo disereda, istituisce erede un estraneo, che poscia adotta *loco nepotis*. Dopo questa adozione il suus diseredato muore, prima della morte del suo paterfamilias: il nipote, naturalmente, succedit in locum patris sui. Il testamento si rompe? La ratio dubitandi è data dal fatto che il testamento dovrebbe cadere agnazione sui heredis: né dovrebbe aver valore l'istituzione di questo nuovo suus disposta in un'epoca in cui egli era estraneo. La ratio decidendi è data dal fatto che questo nuovo suus era stato adottato *loco nepotis*: quando egli diventa suus, non diventa tale in virtù di una posizione *nuova* di suus, non esistente, quindi, al momento della confezione del testamento. Egli diviene suus subentrando nel posto già occupato dal figlio morto; posto il quale esisteva già in quel momento.

Il testo di Papiniano ci dà, adunque, una riprova di quanto noi abbiamo affermato. Per diritto classico esso significa che possono essere istituiti o diseredati soltanto i sui che esistano quando il testamento è disposto; per diritto giustiniano esso significa che il testamento non cade quando siano istituiti o diseredati i sui, ancorché non esistenti al momento della sua confezione.

Un testo parallelo a quello di Papiniano è quest'altro di Ulpiano.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 8.7 D. 37.4: P. 1105.

Si quis emancipatum filium exheredaverit eumque postea adrogaverit, Papinianus libro duodecimo quaestionum ait iura naturalia in eo prevalere: idcirco exheredationem nocere.

La giustificazione giuridica dell'efficacia della *exhereditio* è da ricercare non tanto in una prevalenza degli *iura naturalia*, quanto nel fatto che l'emancipato adottato non viene ad occupare un posto nuovo nella famiglia, ma rioccupa il posto già rimasto vacante a causa dell'emancipazione. L'arrogazione ripone il figlio nella stessa posizione giuridica in cui egli si trovava prima dell'emancipazione. È questa la ragione onde è possibile istituire o diseredare un figlio già emancipato e poscia rientrato in famiglia mediante *adoptio* (o *adrogatio*)<sup>87</sup>.

Le stesse considerazioni valgono per il prigioniero.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 8.9 D. 37.4: P. 1105.

Postliminio autem reverso filio dicendum est exheredationem ante factam nocere.

Il figlio caduto in prigionia poteva essere impunemente preterito: infatti il prigioniero è considerato, in certo modo, come morto (31 D. 28.2). Ma se egli ritorna dalla prigionia il testamento in cui è stato preterito viene revocato.

Si tratta di una *posizione nuova di suus* che venga a crearsi col ritorno del prigioniero? No: il prigioniero, tornando, rioccupa la stessa posizione di *suus* che già occupava prima che fosse caduto in mano dei nemici: e appunto perché non si tratta di *posizione nuova* egli può essere dal testatore o istituito o diseredato. Istituzione e diseredazione disposte in capo al prigioniero, pel caso del suo ritorno, sono perfettamente efficaci al fine di impedire la revoca del testamento. Tutto questo non può, invece, ripetersi per l'estraneo: costui, ancorché sia istituito nel testamento o diseredato, se venga poscia arrogato, rompe il testamento.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 8.8 D. 37.4: P. 1105.

Sed in extraneo Marcelli sententiam probat (Papinianus) ut exhereditio ei adrogata postea non noceat.

V'è qui la ripetizione di quanto espone Gaio: che, cioè, la *exhereditio* è, in tal caso, *supervacua*: ed è tale perché l'arrogato non subentra in un posto di *suus* esistente quando il testamento fu redatto, ma diviene *suus ex nunc*: è per questo che l'istituzione e la diseredazione disposte *prima* non possono esplicare effetto alcuno.

<sup>87</sup> È da notare che la soluzione papiniana supera qui la originaria inefficacia dell'istituzione o diseredazione di un estraneo, poscia adottato. L'emancipato è, infatti, *iure civili* un estraneo: dunque la diseredazione disposta contro di lui non dovrebbe avere effetto quando egli venisse successivamente arrogato: dovrebbe, cioè, avere qui applicazione il principio esposto da Gaio. In che modo questo principio viene superato? È attraverso l'idea che l'emancipato mantiene, nonostante l'emancipazione, gli *iura naturalia* di figlio che si riesce a superare la sua estraneità civile. È vero che egli è un estraneo, ma quando ritorni in famiglia egli non vi entra con una personalità giuridica nuova: riacquista, piuttosto, la sua antica qualità di *suus* del *paterfamilias* (non *translatus sed redditus videtur*). Ecco la via onde si riesce a superare il rigoroso principio di *ius civile*: in base all'idea che l'emancipato è pure un figlio naturale, si considera che la sua entrata in famiglia mediante adozione non determini il sorgere di una *posizione nuova di suus*.

Il principio fondamentale che presiede alla valida confezione del testamento romano sta in ciò: che il testamento, dovendo, per una necessità immanente all'organismo agnatizio, rispecchiare in sé la struttura di tale organismo, deve avere riguardo ai rapporti giuridici di soggezione alla patria potestà (posti di sui) *esistenti al momento in cui il testamento è redatto*.

Da questo principio discende: *a*) che possono essere istituiti (o diseredati) non solo i sui viventi (o già concepiti) al momento della confezione del testamento, ma anche i non ancora concepiti purché nascendo subentrino in un posto di suus già esistente quando il testamento venne redatto; *b*) che se, invece, dopo la confezione del testamento venisse a crearsi un rapporto nuovo di suità, questo mutamento nella familia opererebbe ipso iure i suoi effetti sul testamento, determinandone la revoca. Questi effetti non possono essere eliminati da un'anticipata istituzione o diseredazione di coloro che diverranno, *ex novo*, per un atto di arrogazione o di adozione etc., sui del paterfamilias dopo la confezione del testamento.

§ 38. La dottrina comune, ingannata dal testo interpolato di Scevola (fr. 18) e non valutando nella loro vera portata i testi di Papiniano e di Trifonino, assume, invece, che potessero efficacemente istituirsi, e non, però, diseredarsi, coloro che divenissero poscia, per arrogazione etc., sui del paterfamilias<sup>88</sup>. Essa crede, cioè, che il testatore possa avere riguardo nel suo testamento anche alle posizioni di sui non esistenti nel momento in cui egli testa.

Ora questa opinione è da respingere nettamente: essa trascura la testimonianza esplicita di Gaio, e si fonda sul testo di Scevola che è, senza dubbio alcuno, interpolato. Essa rivela la mancanza di una visione sistematica dei rapporti tra la successione romana e l'organismo agnatizio. Gaio, del resto, esplicitamente afferma (II, 138-143) che nei casi di adozione, di conventio in manum, di ritorno in potestatem del filius qui ex prima secundave mancipatione manumittitur, di riconoscimento della potestà paterna ex senatusconsulto, cioè in tutti i casi di creazione di una posizione giuridica nuova di suus dopo la confezione del testamento, il testamento *omni modo rumpitur*: né giova che quegli che viene adottato etc. sia già stato nel testamento istituito o diseredato: tale istituzione o diseredazione non giova perché – come dice Gaio – l'istituito (o il diseredato) *testamenti faciendi tempore suorum heredum numero non fuerit*. Quale è il significato di questa giustificazione? Non altro che questo: che il testamento non poteva riflettere, quando fu redatto, rapporti di suità non ancora esistenti. Sopravvenendo, questi rapporti venivano a modificare l'organismo familiare e, per ciò stesso, revocavano il testamento che di tale organismo doveva essere lo specchio fedele.

<sup>88</sup> Cfr. GIRARD, *Manuel*, 7<sup>a</sup> ed., 905; PEROZZI, *Ist.*, II, 487 n. 1; FRANCKE, *op. cit.*, pp. 41-43; MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, p. 504 segg.

È interessante la seguente considerazione di Gaio a proposito del figlio che ex senatusconsulto sia riconosciuto quale suus del proprio padre dopo la morte di costui.

GAIUS, II, 143.

Nunc vero ex novo senatus consulto, quod auctore divo Hadriano factum est, si quidem vivo patre causa probatur, aequae ut olim omni modo rumpit testamentum; si vero post mortem patris, praeteritus quidem rumpit testamentum, si vero heres in eo scriptus est vel exheredatus, non rumpit testamentum; ne scilicet *diligenter* facta testamenta *rescinderentur eo tempore, quo renovari non possent*.

Dunque il figlio, il quale, erroris causa probata, fosse venuto in potestà del padre dopo la confezione del testamento, infirmava in ogni modo il testamento stesso, ancorché egli fosse stato in esso istituito o diseredato. Solo con un senato consulto dell'epoca di Adriano si dispose che nel caso in cui la probatio causae fosse avvenuta *post mortem patris*, venisse salvato il testamento in cui il figlio fosse stato istituito o diseredato.

La ragione di questa deroga al principio di ius civile è dettata da motivi di equità: si stima iniquo annullare un testamento diligentemente redatto, quando non sarebbe più possibile una nuova confezione di esso. Questa deroga, peraltro, dà maggior luce al principio: il quale ebbe, perciò, piena attuazione all'epoca di Gaio.

Ebbe tale principio valore anche nel periodo giustiniano? La risposta non può essere dubbia: no. E ciò ci è dimostrato da una doppia serie di ragioni: 1) esegetiche, 2) teoriche. Le une sono tratte da osservazioni esegetiche sulle fonti, le altre discendono dai principî nuovi che regolano la successione nell'epoca giustiniana.

Le ragioni esegetiche possono così riassumersi:

a) Le istituzioni giustiniane omettono di proposito di riferire i paragrafi 138-143 del libro II delle istituzioni gaiane: cioè omettono proprio i casi in cui si applica il principio della revoca del testamento per il sorgere di una posizione nuova di suus nella familia. Ora questa omissione non può essere priva di valore: essa significa, infatti, che il principio non aveva più applicazione nel diritto giustiniano.

b) Del principio non è fatto cenno in nessun frammento dei *Digesti*. Anzi in un testo (quello di Scevola) viene affermato un principio opposto a quello gaiano: e lo stesso principio sembrerebbero affermare altri due testi: quello di Trifonino e quello di Papiniano. Noi però abbiamo visto che tanto il testo di Trifonino quanto quello di Papiniano si ispirano al principio classico, e abbiamo visto pure che è interpolato il testo di Scevola.

Le ragioni teoriche possono ricondursi a quest'unica: il testamento non è più, in diritto giustiniano, come in diritto classico, il riflesso fedele dell'organismo agnazio. Non vi è più, già nell'epoca postclassica, una *gerarchia agna-*

*tizia*, fondata sui rapporti di potestà, le cui modificazioni si ripercuotano necessariamente nel testamento. Non si comprende, perciò, più, in diritto giustiniano, perché non debba essere efficace l'istituzione di un estraneo divenuto poscia *suus* mediante adozione o arrogazione. Il fatto che sia venuta meno quest'esigenza è indice eloquente della mutata concezione su cui si fonda la successione ereditaria.

§ 39. Siamo ora in grado di risolvere il problema relativo alla possibilità dell'istituzione dei postumi non ancora concepiti al momento della confezione del testamento. Per diritto classico più antico, anche dopo che fu ammessa la possibilità di istituire i non concepiti, possiamo dire che quei non concepiti, i quali venendo concepiti e nascendo occupano una posizione *nuova* di *suus*, non possono essere istituiti nel testamento: almeno nel senso che la loro istituzione non salva dalla revoca il testamento quando essi nascano. Quest'affermazione si desume, per analogia, dai casi simili di sopravvenienza di *suus* esposti da Gaio. Quando, invece, i non concepiti, venendo concepiti e nascendo, occupano un posto di *suus* esistente al momento della confezione del testamento, la loro istituzione è allora efficace ed impedisce la revoca del testamento in cui sono istituiti (o diseredati).

È su questo concetto che si basa la disciplina dell'istituzione e diseredazione dei postumi. È il caso di esaminare, sotto questo profilo, i casi contenuti nelle singole categorie.

A) *Postumi legittimi*, cioè figli del testatore che nasceranno dopo la sua morte. È solo efficace l'istituzione di coloro che siano già concepiti al momento della confezione del testamento: il concepimento, infatti, fa sorgere il posto di *suus* nella familia<sup>89</sup>.

B) *Postumi (nipoti) aquiliani*. Non interessa che essi siano concepiti al momento della confezione del testamento: essi, infatti, nascendo occuperanno non un posto nuovo di *suus*, ma quello lasciato vacante dal loro padre, premorto al testatore: e questo posto *esisteva già in quel momento*. Naturalmente di questo posto, in quanto occupato dal figlio, il testatore aveva dovuto tener conto istituendo il figlio stesso, a lui poscia premorto (cfr. 29.10 D. 28.2).

<sup>89</sup> La nostra regola, secondo la quale non è efficace, al fine di salvare dalla revoca il testamento, l'istituzione o la diseredazione di coloro che nascendo occuperanno un posto nuovo di *suus*, sembra subire eccezione per i postumi legittimi.

Risulta da vari frammenti – 4, 5, 6, 28.3, 9 pr., 9.3, 9.4 D. 28.2 – che potevano essere efficacemente istituiti o diseredati i figli che nascessero dopo la morte del testatore, quantunque non ancora concepiti al momento della confezione del testamento.

Se i testi non sono alterati a tenore delle riforme giustiniane in questo campo (§ 27 Inst. II, 20, c. 1 C. 6.48), può dirsi che questa eccezione fu introdotta nel tardo diritto classico per motivi evidenti di equità.

Le stesse considerazioni valgono per il caso che il padre non premuova al testatore, ma esca in altro modo dalla sua potestà: anche in questa ipotesi il nipote che nascerà post mortem avi occuperà un posto di suus esistente quando il testamento fu redatto.

C) *Postumi velleiani*. I casi sono tre: *a)* o si tratta di figli postumi del testatore che nasceranno vivo patre e allora è necessario che siano concepiti nel momento in cui il testamento è eretto (ma a questa regola si derogò più tardi); *b)* o si tratta di figli di figli morti prima della confezione del testamento, che nasceranno vivo avo, e anche in questo caso è necessario che siano già concepiti: nelle due ipotesi, infatti, essi nascendo occuperebbero, se non fossero già concepiti, un posto nuovo di suus e infirmerebbero così il testamento in cui pure fossero stati contemplati; *c)* o si tratta di figli di figli vivi al momento della confezione del testamento, che nasceranno però *vivo avo* ma *mortuo iam patre*, e allora non interessa che essi siano già concepiti nel momento in cui il testamento è eretto: infatti, nascendo, essi occuperanno il posto di suus che già occupava il loro padre: posto che esisteva quando il testamento fu disposto.

D) *Postumi quasi velleiani*. Sono coloro che succedono *in sui heredis locum* dopo la confezione del testamento, ma ancora *vivo avo*.

Perché l'istituzione o diseredazione di costoro è efficace? Cioè impedisce che il testamento venga revocato? La ragione sta in ciò: che essi, succedendo *in locum suorum heredum*, occupano, nella familia un posto di suus che già esisteva quando il testamento venne redatto.

L'assunzione della qualità di sui da parte di questi postumi non determina la creazione di un rapporto nuovo di soggezione, e, quindi, una modificazione nell'organismo familiare: essi, invece, subentrano in una posizione giuridica che già esisteva – e della quale il testatore tenne già conto – quando il testamento venne eretto.

E) *Postumi giuliani*. Anche costoro, nati *vivo patre et avo* e diventati sui heredes prima della morte dell'avo, subentrano in un posto di suus esistente al momento della confezione del testamento: possono, perciò, essere efficacemente istituiti o diseredati. Anche per costoro è irrilevante che siano stati o no concepiti al momento della confezione del testamento: e tale irrilevanza ha causa nel fatto che il posto di suus che essi occuperanno nascendo, non sarà un posto nuovo, ma quello stesso già occupato dal loro padre che li precedeva in potestà.

F) *Postumi sopravvenuti per adozione, arrogazione etc.* (Gai II, 138-143). Poiché, come abbiamo detto, essi fanno sorgere posti nuovi di sui nella familia, il testatore non può ad essi aver riguardo, e il testamento viene, perciò, irrimediabilmente revocato.

§ 40. Risulta da quest'esame che il principio fondamentale su cui poggia la disciplina dell'istituzione e della diseredazione dei postumi è quello dell'esistenza di un posto di suus al momento della confezione del testamento. È a questo

principio che bisogna fare ricorso quando si voglia sapere se sia o meno efficace l'istituzione o la diseredazione di un *suus* che possa sopravvenire nella famiglia dopo la confezione del testamento.

## CAPITOLO VIII EFFETTI DELLA PRETERIZIONE DEI SUI

§ 41. Condizione giuridica del testamento in cui sia stato preterito un *suus*, in diritto classico e in diritto giustiniano.

§ 42. In diritto classico il testamento era nullo *ipso iure*, né poteva costituire la base di una *bon. possessio sec. tabulas*. Egesi dei fr. 1 D. 28.3; Gai II, 118-122; 30 D. 28.2; Ulp. XXII, 16; 31 D. 28.2; 32 D. 28.2; 1.9 D. 38.6; c. 2 C. 6.28; c. 1 C. 6.29; c. 2 C. 6.29.

§ 43. In diritto giustiniano il testamento non è più nullo *ipso iure*; e, nella misura in cui vi siano istituiti altri successibili *ab intestato*, esso resta in vigore «quasi *voluntas intestati*»: c. 21. 5 C. 6. 23 (Teodosio).

§ 44. Egesi della c. 21. 3-5 C. 6.23, e dei seguenti testi interpolati: 2 D. 28.3; 12 pr. D. 28.3; 17 D. 28.3; 7 D. 28.2 (interpretazione dei Basilici) 12.1 D. 37.4; 15 pr. D. 37.5; 16 D. 37.5.

§ 45. Conclusioni.

§ 41. All'inizio di questa trattazione abbiamo affermato e dimostrato che la preterizione del *suus* rendeva necessariamente inesistente il testamento in cui il *suus* era stato preterito. A causa della preterizione, infatti, non poteva venire in essere il *caput* del testamento; vale a dire la nomina dell'erede: infatti il posto di erede era già, ad altro titolo, necessariamente occupato dal *suus* che non era stato né diseredato né istituito.

La nullità di tale testamento, adunque, è da ricercare non già nella mancanza di un requisito formale richiesto per la sua validità, ma nella mancanza di un presupposto impreteribile perché ci sia designazione d'erede: l'istituzione o diseredazione dei *sui*. Quando un testamento è nullo per preterizione di un *suus* si considera anche come giuridicamente inesistente: il che importa che in base ad esso non può essere chiesta neanche una *bonorum possessio*<sup>90</sup>. Tutto ciò per diritto classico. Per diritto giustiniano?

<sup>90</sup> Vedi ciò che diciamo al § 42.

La risposta è chiara. I figli non succedevano più ai loro padri per una necessità intrinseca dell'organismo familiare; essi, quindi, non occupavano ipso iure, ab intestato, il posto di eredi, impedendo così l'occupazione di questo posto da parte degli eredi istituiti nel testamento. Non c'era più, perciò, ragione di considerare *inesistente* un testamento in cui il suus fosse stato preterito.

D'altro canto l'impossibilità della duplice vocazione non ha più significato: inoltre, il testamento non ha più quella struttura unitaria incardinata sull'istituzione di erede, che esso aveva in diritto classico. Il testamento giustiniano è un *complesso* di atti giuridici tra loro solo esternamente, non anche intrinsecamente uniti.

Si tenga ancora presente che il diritto giustiniano è animato da una tendenza ripetute volte affermata nelle costituzioni di Giustiniano: quella di tenere ferma in tutti i modi la volontà dei testatori (c. 30.31.32 C. 3.28).

Per tutte queste ragioni non potevano i compilatori lasciare che il principio dell'inesistenza di un testamento, contenente la preterizione di un suus, apparisse compiutamente nei Digesti. Certamente essi pure ammisero che al suus preterito toccasse ab intestato, senza onere alcuno, l'eredità del suo paterfamilias: ma se mantennero il principio in confronto del suus preterito, non lo mantennero, e non potevano mantenerlo, in confronto degli altri chiamati all'eredità. In fondo, pei compilatori, diversamente che pei classici, *c'era pur sempre un testamento*: esso poteva essere annullato solo dal suus preterito. Ma questa nullità non era intrinseca, oggettiva, del testamento: il testamento era solamente annullabile: il che costituiva pel figlio preterito una valida tutela del suo diritto<sup>91</sup>.

È appunto per questa mutata concezione che i compilatori non ebbero difficoltà ad ammettere: 1) che potessero avere valore i legati lasciati in un testamento in cui era stato preterito un suus, astenutosi dall'eredità (fr. 17 D. 28.3); 2) che potessero essere chiesti i legati contro l'emancipato istituito in base ad un testamento in cui fosse stato preterito un suus, non astenutosi dall'eredità, ma che anzi chiedesse la b. possessio intestati (fr. 16 D. 37.5, fr. 15 pr. D. 37.5); 3) che potesse, perciò, chiedersi una bon. possessio contra tabulas anche in presenza di un testamento siffatto; 4) che avesse valore il testamento, quantunque vi fosse stato preterito il suus premorto al testatore, quando in esso fossero stati istituiti coloro che sarebbero stati chiamati ab intestato all'eredità del testatore. Questo principio deriva da una costituzione di Teodosio (c. 21.5 C. 6.23): in base ad essa furono interpolati i fr. 12 pr. D. 28.3; 2 D. 28.3 e 12.1 D. 37.4.

Queste affermazioni, così per il diritto classico, come per quello giustiniano, vanno provate alla luce dell'esegesi: anche per la considerazione che

<sup>91</sup> Nel diritto delle novelle (115) il testamento in cui è preterito il suus è solo parzialmente annullabile: in ciò, precisamente, che attiene alle istituzioni.

esse sono quasi tutte nuove e perché esse mostrano interpolati testi finora ritenuti genuini.

§ 42. La preterizione del suus, per le ragioni esposte, rendeva impossibile, in diritto classico, l'esistenza giuridica del testamento.

PAPINIANUS, *libro primo definitionum*: 1 D. 28.3: P. 40.

Testamentum aut non iure factum dicitur ubi solemnia iuris defuerunt: aut *nullius esse momenti*, cum filius qui fuit in patris potestate praeteritus est: rell.

La distinzione è posta nettamente nel testo: è non iure factum il testamento in cui mancano i solemnia iuris (es. la mancipatio familiae); tuttavia, quantunque iure civili invalido, il testamento, se sia septem signis signatum, è in tal caso valido iure praetorio e può fondare una efficace bonorum possessio (cum re, dopo il rescritto di Antonino Pio). Tutto ciò, invece, non può ripetersi per il testamento in cui sia stato preterito un suus: esso è *nullius momenti* e quindi inefficace anche ai fini di una bonorum possessio cum re.

La testimonianza di Gaio è esplicita: egli afferma (II, 118-122) che la bonorum possessio secundum tabulas – quando il testamento fosse stato septem signis signatum – poteva essere chiesta solo quando un testamento fosse stato privo dei requisiti dell'auctoritas tutoris (per quello delle donne), o allorquando «familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit». Questa bonorum possessio fu nei primi tempi sine re, perché l'eredità poteva essere rivendicata da colui «ad quem ab intestato iure legitimo pertinebat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius».

Un rescritto di Antonino Pio, peraltro, permise a coloro che «secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierunt», di potere «adversus eos qui ab intestato vindicant hereditatem defendere se per exceptionem doli mali». Il rescritto di Antonino Pio ebbe riguardo ai testamenti dei maschi e delle femmine, quando il testatore «familiam non venierint, aut nuncupationis verba locutus non sit»: ebbe riguardo altresì a quei testamenti disposti senza la tutoris auctoritas, quando tutore non fosse stato né quello legittimo, né il patrono (Gai II, 118.122).

Dal testo gaiano si ricava: *a*) che la bon. possessio c. re in base a un testamento iure civili invalido era concessa solo quando il testamento mancasse di un requisito *formale esteriore*, la cui mancanza non infirmava il contenuto medesimo del testamento; *b*) ché solo a questi casi di Con. (*b*) possessio sec. tabulas ebbe riguardo il rescritto di Antonino, in base al quale la bon. possessio divenne cum re e, quindi, efficace anche di fronte agli eredi civili.

Si noti, perciò, che Gaio non comprende nei casi sopra menzionati, di testamenti non disposti secondo le regole dell'ius civile, ma che possano essere confermati iure pretorio, il caso di un testamento in cui sia stato preterito il suus. Di questa ipotesi egli tratta successivamente – § 123 – per affermare che:

«qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet: alioquin si eum silentio praeterierit, *inutiliter* testabitur» et rell.

In questa parte della sua esposizione, Gaio tratta della necessità dell'istituzione dei sui (123-129), dei postumi, di quelli che sono postumorum loco (130-134), e dei sui sopravvenuti per adozione o arrogazione. Tratta ancora della revoca del testamento precedente quando ne sia disposto uno posteriore iure factum (144), e, infine (145-146), della caduta del testamento (*irritum fieri*) quando «is qui fecerit testamentum capite deminutus sit».

In tutte queste ipotesi il testamento è *nullo intrinsecamente*: è oggettivamente viziato e non può in nessun modo essere sanato.

In questi casi non esistono, almeno giuridicamente, delle tavole testamentarie: ed è per questo che esse non possono costituire il fondamento di una bonorum possessio efficace.

Infatti, quantunque Gaio affermi che «non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta quae vel ab initio non iure facta sunt vel iure facta postea irrita facta aut rupta sunt» e che «si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere» tuttavia egli non dice che sia stata estesa a questi casi l'applicazione del rescritto di Antonino Pio.

Perché essi furono esclusi dal rescritto? Perché quantunque, per considerazioni di ordine pratico, fosse concessa la bon. possessio sec. tabulas agli eredi istituiti in tali testamenti, e quantunque questa bon. possessio potesse magari divenire cum re quando non vi fosse un heres civilis (ab intestato o ex testamento) che togliesse i beni ereditari ai bonorum possessores (148-149), tuttavia era sempre vero che *giuridicamente* (se non di fatto) *le tabulae testamenti non esistevano*. Mentre, dunque, si comprende che il rescritto di Antonino Pio abbia potuto permettere agli eredi istituiti in un testamento mancante di requisiti formali esteriori di ottenere una bon. possessio efficace in confronto degli stessi eredi civili, sanando così, iure praetorio, un vizio formale del negozio giuridico (testamento), non si sarebbe, invece, compresa l'applicazione di tale rescritto anche nelle ipotesi da Gaio ulteriormente elencate. In tali casi il testamento è privo di qualsiasi giuridica consistenza.

Infatti: *a*) la preterizione del suus, dei postumi, dei quasi postumi, importava, come sappiamo, inesistenza del testamento; *b*) la revoca del testamento precedente mediante testamento posteriore iure factum poneva nel nulla il testamento revocato; *c*) la capitis deminutio del testatore faceva ipso iure cadere il testamento in precedenza redatto.

In tutte queste ipotesi vi è di comune questo: che il testamento è giuridicamente inesistente. E, in conseguenza, esso non può, per opera di un rescritto, ricevere convalida.

Le ragioni della inesistenza del testamento, in tali casi, noi le conosciamo: 1) nel primo caso, non c'era testamento perché il suus aveva occupato ab inte-

stato il posto di erede; 2) nel secondo caso, il primo testamento era stato posto nel nulla per atto dello stesso testatore; 3) nel terzo caso, non c'era testamento perché la *capitis deminutio*, facendo perdere al testatore la qualità di *paterfamilias*, gli faceva perdere ancora la *testamenti factio*.

In tutti questi casi un testamento, nel senso tecnico della parola, non esisteva. Né contraddiceva a tale inesistenza il fatto che in base ad esso potesse essere chiesta una *bonorum possessio*: si trattava pur sempre di una *bonorum possessio sine re*, a rimuovere la quale avrebbero potuto agire gli eredi civili. Ma il *testamento come tale* non aveva alcun giuridico rilievo.

Contro di esso non poteva essere chiesta una *bon. possessio* (*contra tabulas*); anche chiesta ed ottenuta, ciò che si sarebbe, in realtà ottenuto, sarebbe stata una mera *bon. possessio intestati*.

E, infine, non potevano essere chiesti i legati, o esser fatte valere le libertà in tale testamento disposte.

Poiché il testamento era giuridicamente inesistente non potevano da esso discendere gli effetti che discendono da un testamento valido.

Torniamo ora alla nostra tesi: noi abbiamo assunto, e vogliamo ora provarlo esegeticamente, che il testamento in cui fu preterito un *suus* è giuridicamente inesistente. La ragione di questa inesistenza sta in ciò, che il *suus* preterito occupa *ipso iure*, ab intestato, il posto di erede.

GAIUS, *libro septimo decimo ad edictum provinciale*: 30 D. 28.2: P. 300.

Inter cetera, quae ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale ius est de liberis heredibus instituendis vel exheredandis, ne praeteritis istis rumpatur testamentum: namque filio qui in potestate est praeterito *inutile* est testamentum (cfr. Gai II, 123).

ULPIANUS, XXII, 16.

Ex suis heredibus filius quidem neque heres institutus neque nominatim exheredatus non patitur valere testamentum (cfr. pr. Inst. II, 13).

Il principio è nettamente affermato nelle fonti. Ancora:

PAULUS, *libro secundo ad Sabinum*: 31 D. 28.2: P. 1626.

Dum apud hostes est filius, pater iure fecit testamentum et recte eum praeterit, cum, si in potestate esset filius, nihil valiturum esset testamentum.

Dunque il testamento in cui è preterito il figlio prigioniero è valido, mentre sarebbe *assolutamente nullo* se il figlio preterito fosse stato in potestà.

MARCIANUS, *libro secundo regularum*: 32 D. 28.2: P. 226.

Si filio emancipato exheredato is qui in potestate est praeteritus sit, ipse quidem emancipatus si contra tabulas petat, nihil agit, ab intestato autem et *suus* et emancipatus veniet.

In confronto di un testamento *nullo* non ha senso chiedere la *bon. poss. c. t.* Questa *bonorum possessio* suppone, come vedremo, la esistenza di un valido testamento *ex quo hereditas adiri potest*: ora nella ipotesi nostra il testamen-

to mancava addirittura. Dunque, la bon. possessio chiesta ed ottenuta dall'emancipato diseredato è una bon. possessio intestati.

ULPIANUS, *libro quadragesimo quarto ad edictum*: 1.9 D. 38.6: P. 1196.

Si emancipatus filius exheres fuerit, is autem qui in potestate fuerat praeteritus, emancipatum petentem ab intestato bonorum possessionem unde liberi tueri debet praetor usque ad partem dimidiam, perinde atque si *nullas tabulas pater reliquisset*.

Il testo di Ulpiano fa perfetto riscontro con quello di Marciano.

La preterizione del suus determina l'apertura della successione intestata «atque si nullas tabulas pater reliquisset»; e ciò, perché le tavole testamentarie non hanno nessuna giuridica consistenza.

*Imp.* ALEXANDER A. *Heraclidae* c. 2 C. 6.28.

Si avus tuus, qui patrem tuum et novercam aequis portionibus heredes instituit, cum te quoque haberet in potestate, testamento nominatim non exheredavit, mortuo patre tuo vivo avo sine impedimento legis Vellaeae succedendo in patris tui locum rupisti avi testamentum et ad te hereditas eius tota pertinuit (a. 225).

Ecco un caso interessante di revoca del testamento per preterizione di un suus: si tratta di un nipote già vivo al momento della confezione del testamento, che divenne suus ante mortem testatoris a causa della morte del padre che lo precedeva nella soggezione alla potestà dell'avo. Morto il padre il nipote subentra nella posizione di lui, occupando così il posto di suus che il padre già occupava in familia. Poiché, però, questo suus, divenuto tale dopo la confezione del testamento, non era stato né istituito né diseredato (dopo la permissio della lex Vellaea, 2° cap.) il testamento viene revocato e l'eredità viene per intero devoluta, ab intestato, al preterito.

La costituzione di Alessandro ci porge un esempio notevole di successio in locum patris, cioè di una successione in un posto di suus già esistente al momento della confezione del testamento.

*Imp.* ANTONINUS A. *Brittiano*: c. 1 C. 6.29.

Si post testamentum factum, quo postumorum suorum nullam mentionem testator fecit, filiam suscepit, intestato vita functus est, cum agnatione postumae cuius non meminit testamentum ruptum sit: ex rupto autem testamento *nihil deberi neque peti posse* explorati iuris est. (a. 213).

Antonino afferma qui chiarissimamente il principio: un testamento in cui è stato preterito un postumo è nullo e in base ad esso nihil deberi, neque peti posse.

*Imp.* DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. *Sotericho*: c. 2 C. 6.29.

Uxor abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero praeterito, quamvis natus ilico decesserit, non restitui ruptum iuris evidentissimi est.

Se il postumo preterito non venga in essere, per aborto della moglie, allora il testamento non solvitur (nota la espressione: non si dissolve): se, invece, egli

nasca e viva, sia pure un solo attimo, il testamento viene revocato e non può essere in nessun modo tenuto in vita (non restitui ruptum).

Il principio della nullità del testamento quando vi sia preterito un *suus* è, dunque, chiaramente attestato dalle fonti: la ragione di questa nullità è stata già da noi indicata: essa risiede in ciò, che non può essere deferita ex testamento una eredità, che, per effetto della preterizione, viene ipso iure acquistata ab intestato dal *suus* preterito.

§ 43. A questo punto sorgono spontanee queste domande: quale è il valore giustiniano di questo principio? Subì esso qualche deroga? E queste deroghe furono causa di interpolazioni nei testi?

Anche in diritto giustiniano la preterizione di un *suus* importa nullità del testamento in cui egli è preterito. Lo afferma Giustiniano tanto nelle Istituzioni (pr. Inst. II, 13) quanto nella c. 4.6 C. 6.28.

... Sancimus itaque, ... ut et ipsa (cioè la figlia non nominatim diseredata) si fuerit praeterita, ad instar filii emancipati vel sui vel testamentum *ipso iure evertat* vel per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur.

Si intende, però, che il principio non si fonda più sulla *costituzione della familia agnatzia*, come in diritto classico. Per Giustiniano i figli, le figlie e i nipoti debbono essere istituiti o diseredati nominatim per una ragione diversa: e cioè perché essi hanno un *diritto soggettivo* di succedere ai loro genitori: diritto, questo, che deve essere *attuato mediante istituzione*. Possono, è vero, essere diseredati: ma con la diseredazione non si tratta più di impedire una successione che altrimenti di necessità si verificherebbe. La diseredazione, invece, impedisce ora l'attuazione del diritto soggettivo dei figli rispetto all'eredità dei loro genitori, quando vi sia una *causa* che *giustifici* quest'esclusione.

Pertanto non ripugna alla concezione giustiniana che anche un testamento in cui sia stato preterito un *suus* possa produrre effetti giuridici: un testamento siffatto non poteva più considerarsi giuridicamente inesistente. Infatti non avevano più alcun vigore le esigenze familiari che producevano quest'inesistenza e perciò il testamento era solo *annullabile*<sup>92</sup>. Quando, adunque, ricorressero delle condizioni particolari un testamento siffatto poteva essere mantenuto in vita<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> Si potrebbe del resto pensare a configurare l'inefficacia del testamento viziato da preterizione, come un caso di nullità relativa: nullità, cioè, posta a garanzia di determinati interessi (quelli dei figli preteriti) e soggetta, di conseguenza, a venir meno col venir meno di essi. Sulla nullità relativa vedi MITTEIS, *Römisches Privatrecht*.

<sup>93</sup> Pel diritto delle novelle, infatti, (nov. 115 cap. 3) la preterizione o la ingiusta diseredazione del figlio rendeva possibile, una azione (querella inofficiosi testamenti) di costui contro il testamento, diretta a rescindere le *istituzioni di erede*: rimanevano salve, invece, le altre disposizioni.

La deroga fondamentale apportata al principio fu questa: che quando in un testamento *imperfectum*, per esempio perché in esso era stato preterito un suus, fossero stati istituiti altri successibili ab intestato di pari grado, il testamento restava in vita quasi «voluntas intestati» e potevano essere chiesti i legati in esso disposti. Questa deroga fu introdotta sotto l'influsso di un principio espresso, per la prima volta, in una costituzione di Teodosio; la c. 21.5 C. 6.23<sup>94</sup>.

§ 44. Studiamo ora il valore giuridico del principio teodosiano e vediamo l'applicazione che di esso fu fatta nei testi sopra citati.

*Impp. THEODOSIUS et VALENTINIANUS AA. Florentio pp.: c. 21.3-5 C. 6.23.*

§ 3. Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus.

§ 3<sup>a</sup> Si vero in huiusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est eam voluntatem, quantum ad illam dumtaxat permixtam personam pro nullo haberi, sed liberis ad crescere.

§ 5. Si quis autem testamento iure perfecto postea ad aliud pervenerit testamentum, non alias quod ante factum est infirmari decernimus, quam id, quod secundum facere testator instituit, iure fuerit consummatum, nisi forte in priore testamento scriptis his, qui ab intestato ad testatoris hereditatem successionemve venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur, eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento secundam eius voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem intestati valere sancimus.

Dunque la costituzione teodosiana stabilisce:

a) al § 3 e 3<sup>a</sup> che un testamento imperfetto non ha valore, se non quando in esso siano istituiti *i figli* del testatore: tanto che se coi figli si trova istituito anche un estraneo, in confronto di costui il testamento non avrà valore, e la sua porzione si accrescerà alle quote dei figli; b) al § 5 che un testamento postero-

<sup>94</sup> In base a questa deroga furono interpolati i fr.:

2 D. 28.3 – Interpolazione notissima. Cfr. ALBERTARIO, *Costruzione nisi... tamen* 16

12 pr. D. 28.3 – [idem et circa... possit]. Cfr. le nostre considerazioni. Cfr. BESELER, 3.51.

17 D. 28.3 – Interpolazione desunta dal confronto con *Pap. Resp.* FERRINI, *B.I.D.R.* 14, 219.

15 D. 37.5 –

16 D. 37.5 –

21.1 D. 37.4 –

Sul fr. 15 pr. il BESELER, 3.63 – 3.30 ha avanzato dubbi di carattere meramente formale: l'interpolazione va, invece, ricondotta alla concezione che sta a base del nuovo sistema ereditario. Ciò valga anche per il fr. 12 D. 28.3 e pel fr. 17 D. id.: mentre le interpolazioni sono state ivi desunte da ragioni formali, le ragioni sostanziali vanno ricercate nella applicazione del nuovo principio onde il testamento in cui è stato preterito un suus, ma in cui pure è stato istituito un altro suus, può serbare parziale validità.

7 D. 28.2 – Quest'ultimo testo non è interpolato: ma il suo valore giustiniano è altro da quello classico: ché presso i giuristi bizantini esso ebbe un significato diverso, nel senso che anche ad esso fu riferita l'applicazione della deroga sopra accennata. Cfr. 1.7 *Bas.* 35.8.

re *imperfetto* revoca il precedente perfetto quando in questo testamento imperfetto siano istituiti gli stessi successibili ab intestato del testatore, non istituiti, invece, nel primo testamento perfetto; c) la giustificazione giuridica della consistenza di un testamento siffatto, viene cercata in ciò: che esso si converte in un codicillo ab intestato di cui sono gravati i chiamati all'eredità del defunto – ... non quasi testamentum, sed *quasi voluntatem intestati valere sancimus*. –

Orbene: la costituzione teodosiana non si riferisce unicamente al testamento imperfetto per mancanza delle esterne formalità (es. l'apposizione dei sette sigilli), ma a tutte le specie di testamento imperfetto: si comprende, quindi, anche il caso di preterizione di un *suus*. Ciò è poi evidente per diritto giustiniano: i compilatori, infatti, interpolarono in tal senso, sotto l'ispirazione della costituzione teodosiana, parecchi testi classici (fr. 2; 12 pr.; 17 D. 28.3; 12.1 D. 37.4). Se ci volgiamo allora al classico testamento romano possiamo misurare, dalla portata di questa costituzione, quale profondo mutamento si sia verificato nel diritto successorio.

La preterizione del *suus*, in diritto classico, non lede affatto un diritto del *suus*; e ciò perché un diritto di costui propriamente non c'era: essa, per contro, determinava l'occupazione ab intestato della posizione di *heres* da parte del *suus* preterito, impedendo così la occupazione di essa al designato nel testamento.

La preterizione del figlio, in diritto giustiniano, invece, lede il diritto soggettivo che costui ha, ormai, di non essere preterito, e rende per questo annullabile il testamento: quando, peraltro, nel testamento stesso siano istituiti successibili ab intestato di pari grado, il testamento rimane pienamente valido e rimangono, perciò, valide le altre disposizioni nel testamento contenute. Tutto ciò è chiaro per il diritto delle novelle: esso fu preparato dalla concezione teodosiana, secondo la quale, in simile ipotesi, il testamento si considerava come volontà *intestati*.

Che i codicilli ab intestato fossero possibili già prima della costituzione teodosiana ci è testimoniato da un numero notevole di testi<sup>95</sup>.

Ciò che è peculiare, però, in questa costituzione, è l'introduzione del principio della validità di un testamento imperfetto (*irritum, iniustum, ruptum* etc.) quando siano in esso istituiti gli stessi successibili ab intestato del defunto. Questa validità, poi, viene giustificata con *l'idea dei codicilli ab intestato* già conosciuta dagli stessi giuristi classici.

I quali, peraltro, non giunsero mai ad attribuire qualsivoglia valore ad un *testamento nullo* (per preterizione di un *suus*, o per le altre cause che producevano la intrinseca nullità del testamento).

Il principio introdotto da Teodosio è, dunque, nuovo: esso venne accolto da Giustiniano ed in conformità di esso furono interpolati alcuni testi delle Pandette.

<sup>95</sup> 13 D. 5.2, 3 D. 29.1, 41.3 D. 28.6, c 8. 1<sup>a</sup> C. 6.36, 8.1 D. 29.7, 16 D. 29.7, etc.

ULPIANUS, *libro secundo ad Sabinum*: 2 D. 28.3: P. 2439.

Tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius [rite perfectum (iure factum) est, nisi [forte] posterius [vel] iure militari sit factum [vel in eo scriptus est qui ab intestato venire potest]: tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur<sup>96</sup>.

Il testo è stato mutato secondo le nuove esigenze<sup>97</sup>.

A queste medesime esigenze si ispira una duplice serie di interpolazioni che presenta il seguente testo di Ulpiano.

ULPIANUS, *libro quarto disputationum*: 12 pr. D. 28.3: P. 83.

Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit: [licet iuris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen] si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest remque obtinebit, ut et divus Hadrianus et imperator noster rescripserunt, [idcircoque legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi idem et circa iniustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit].

La prima interpolazione, notata dal Ferrini (*Bull. dir. rom.* 14, 219) è ricca di valore: essa ci mostra come pei giustinianeî sia una vana «subtilitas» la nullità del testamento in cui sia stato preterito un postumo suus premorto al testatore.

La seconda interpolazione, notata dal Beseler (3-51), è abbastanza evidente.

La terza interpolazione è molto interessante perché ci mostra un'applicazione del principio introdotto con la costituzione teodosiana. I compilatori affermano che una bonorum possessio data agli eredi istituiti in un testamento *nullo* possa essere efficace quando costoro siano gli stessi successibili ab intestato del testatore. E non solo essi possono, ma anzi *devono* chiedere la bon. possessio secundum tabulas: perché nei loro confronti il testamento è valido tanto che «legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi»<sup>98</sup>.

Questa necessità è esposta chiaramente nel seguente testo interpolato di Papiniano.

PAPINIANUS, *libro quinto responsorum*: 17 D. 28.3 cfr. *Resp. Pap.* 5.14: P. 527.

Filio praeterito qui fuit in patris potestate neque libertates competunt neque legata praestantur; si(ve) praeteritus fratribus partem hereditatis

<sup>96</sup> Che siano interpolati «vel in eo...potest» e «vel» premesso a «iure militari» non è chi non veda se confronta queste parole con la c. teodosiana. Cfr. LENEL, *Pal.*, 2439. Io credo interpolato anche il «rite» e il «forte»: cioè, del resto, per ragioni solo formali.

<sup>97</sup> Lo scoliaste dei Basilici (39, 2, 2, sch. c. v. 277) richiama, a conferma del principio espresso nel testo, a GAIO, 12 D. 37.4, che vedremo essere interpolato, e alla costituzione di Teodosio (scolio c. V. 277).

<sup>98</sup> Cfr. le interessanti considerazioni dello scoliaste dei Basilici ad XII *Bas.* 39.2.

avocavit [: quod] si(ve) bonis se patris abstinuit [, licet subtilitas iuris re-fragari videtur attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur].

L'interpolazione «licet... tuebitur», già vista dal Ferrini in base al raffronto col testo corrispondente (5.14) dei *Responsa papiniani*, ci dimostra, come notai a proposito dell'interpolazione di identica natura del fr. 12, quanto fosse mutata la concezione giustiniana in ordine agli effetti della preterizione di un *suus*: la nullità del testamento era considerata non come conseguenza del modo organico di prodursi della successione del *suus*, ma come un effetto derivante da una estrema *subtilitas iuris*, avente causa nella mancanza di un requisito meramente formale.

La fattispecie prospettata nel testo è la seguente: un *paterfamilias*, avente tre figli in potestà, ne istituisce due nel suo testamento, e preferisce il terzo. Questione: avrà valore un testamento siffatto? Avranno vigore i legati e le manomissioni in esso disposti?

La soluzione è diversa per diritto classico e per diritto giustiniano.

Per diritto classico il testamento è inesistente e perciò «neque libertates competunt neque legata praestantur», tanto se il preterito non si sia astenuto dall'eredità paterna, quanto se si sia astenuto. Su questa soluzione classica non può esserci dubbio alcuno<sup>99</sup>.

Per diritto giustiniano, invece, bisogna distinguere.

Se il *suus* preterito fosse premorto al testatore allora, in conformità a quanto dicono i compilatori nella *lex 12* citata, poiché nel testamento erano istituiti gli stessi successibili *ab intestato* del defunto, il testamento, secondo i nuovi principî, sarebbe stato valido: sarebbero stati perciò validi tanto i legati quanto le manomissioni. Ma qui il *suus* è in vita: come risolvere? Il testo stesso porge, senza volerlo, quasi un addentellato alla soluzione: esso afferma che è irrilevante – agli effetti della preterizione – che il *suus* preterito si sia o non si sia astenuto dalla eredità. I compilatori, invece, mettono in rilievo questa circostanza, e ragionano a questo modo.

Se il *suus* si astiene dall'eredità le cose si configurano, in certo modo, come se egli fosse premorto al *paterfamilias*. E allora può benissimo avere, in tal caso, applicazione la soluzione già affermata nel fr. 12: cioè, poiché nel testamento sono istituiti gli stessi successibili *ab intestato*, poiché, d'altronde, il *suus* non agisce contro il testamento per chiedere la sua parte di eredità, il testamento può considerarsi valido. Perciò, quantunque alla stregua del diritto formale degli antichi esso sia nullo, tuttavia, nel caso concreto, può, in base ad esso, accordarsi protezione – *ex bono et aequo* – ai legatari e ai manomessi.

La lezione «si(ve)... si(ve)» che io propongo, con la esclusione «quod», mi sembra l'unica possibile per dare al testo il suo vero significato. Conferma del-

<sup>99</sup> FERRINI, *B.I.D.R.*, 14, 217.

la nostra tesi ci viene ancora dalla interpretazione che di un testo classico delle Pandette danno i Basilici.

PAULUS, *libro primo ad Sabinum*: 7 D. 28.2: P. 1600.

Si filius qui in potestate est praeteritus sit et vivo patre decedat, testamentum non valet nec superius rumpetur [, et eo iure utimur].

Il senso del testo è chiaro: in esso si afferma che un testamento in cui sia preterito un suus, anche premorto al testatore, è nullo e che, come tale, esso non può revocare, se c'è, un testamento precedente iure factum. Queste affermazioni sono in perfetta coerenza coi principî classici.

L'interpretazione giustiniana di questo fr., invece, come risulta dai Basilici (35, 8, 7) fu ben diversa. Esso, secondo i Basilici, conterrebbe queste altre affermazioni: *a)* che un testamento in cui sia stato preterito un suus, premorto al testatore, non vale; *b)* che questa invalidità, però, è sanata quando in tale testamento, fatto prima della morte del preterito (ή προγενομένη διαθήκη), sia istituito un altro figlio del testatore (έχουσα τόν υἱόν κληρονόμον).

L'Heimbach (III, 558) traduce così:

<p>Ἐάν υἱὸς ἀμνημόνευτος ἐσθῆ, οὐκ ἔρρωται ἡ διαθήκη, κἄν πρὸ τοῦ πατρὸς ἀποθάνη, οὔτε ῥήγνυται ἡ προγενομένη, ἔχουσα τὸν υἱὸν κληρονόμον.</p>	<p>Si filius praeteritus sit, testamentum non valet, licet ante patrem decesserit, nec quod prius factum est, rumpitur, si filius heres in eo institutus sit.</p>
--	---

Il testo sembra, invece, doversi intendere così:

Si filius praeteritus sit, testamentum non valet, licet ante patrem decesserit, (tamen idem testamentum, ante mortem filii factum – ἡ προγενομένη –) non rumpitur si in eo (alius) filius institutus sit.

Secondo la versione dello Heimbach il senso del testo resta oscuro: la versione che propongo lo rende significativo: esso viene così ad esprimere il principio teodosiano accettato e prediletto dai compilatori.

Eccoci, qui, innanzi a un caso non frequente di interpretazione secondo i principii giustiniani di un testo in sé perfettamente classico. Il fr. di Paolo è, in verità, genuino ed è coerente ai principii classici: ma esso assunse, pei giuristi bizantini e, quindi, anzitutto pei compilatori, un senso conforme alla loro nuova concezione.

Il valore giustiniano del fr. 7 D. 28.2 è perciò conforme a quello che per Giustiniano hanno i fr. 12 pr. e 17 D. 28.3.

GAIUS, *libro quarto decimo ad edictum provinciale*: 12.1 D. 37.4: p. 283.

Si prius testamentum extet iure factum, quo filius exheredatus est, sequens [imperfectum] (non iure factum), in quo praeteritus sit filius, posteriore testamento praeteritus (non) recte petet bonorum possessionem [si remoto quoque filio potiores sunt in ea hereditate posteriore testa-

mento scripti heredes: et ita ius habet, ut, cum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, amoto filio possit optinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem, si vero ille non possit optinere hereditatem, filius quoque excludatur].

La fattispecie è la seguente: Tizio disereda nel primo testamento, iure factum, il proprio figlio (suus). Fa, poscia, un testamento ulteriore imperfetto, in cui preterisce il figlio. Questione: il figlio potrà chiedere, in base al secondo testamento, la bonorum possessio contra tabulas?

La soluzione è diversa per diritto classico e per diritto giustiniano.

Per diritto classico: poiché il secondo testamento non ha potuto revocare il primo, questo è efficace e, quindi, il figlio, ivi diseredato, non potrà chiedere la bonorum possessio contra tabulas: egli non potrà, infatti, fondarla sul secondo testamento che è *giuridicamente irrilevante*.

Per diritto giustiniano la soluzione è diversa.

La costituzione teodosiana, infatti, afferma esplicitamente che quando il posteriore testamento imperfetto contenga l'istituzione degli stessi successibili ab intestato del testatore, allora viene *revocato* il primo testamento perfetto.

Nel caso prospettato da Gaio non era detto chi fossero gli istituiti nel secondo testamento: ciò, del resto, era irrilevante per i classici. Diviene invece rilevante per i giustiniani: i quali pongono nel testo di Gaio quest'aggiunta: quando nel testamento posteriore imperfetto siano istituiti i successibili ab intestato del testatore, immediatamente seguenti al figlio preterito nell'ordine successorio, allora il testamento posteriore imperfetto revoca il primo iure perfectum.

E allora i casi sono due: o il figlio preterito si astiene dall'eredità o la rivendica: nel primo caso l'eredità resterà agli eredi testamentari; nel secondo caso, invece, essa andrà al suus preterito.

Qui appare ancora una volta la concezione giustiniana: un testamento in cui è preterito un suus non è intrinsecamente inesistente, ma può, quando ricorrano delle condizioni (istituzione dei successibili ab intestato del testatore), avere efficacia<sup>100</sup>.

PAULUS, *libro quadragésimo primo ad edictum*: 15 pr. D. 37.5: P. 581.

Is qui in potestate est praeteritus legata non debet praestare, etsi contra tabulas bonorum possessionem petierit, quia et non petita bonorum pos-

<sup>100</sup> Questo testo ha affaticato sempre gli scrittori: ma a me non pare possa esservi dubbio sul suo significato giustiniano. I compilatori tolsero «non» che era premesso a «recte», e aggiunsero tutta la parte «si remoto... excludatur». Aggiungo, a meglio confermare l'interpolazione, che il testo corrispondente dei Basilici (l. 11 *Bas.* 40.30) anziché riprodurre tutto il testo gaiano, ne riproduce unicamente la seconda parte (§ 1): è essa, infatti, che preme ai giuristi bizantini. E lo scolio (Sch. 1 V 314) a questa legge, rimanda al fr. 2 D. 28.3 esso pure, come questo di Gaio, interpolato secondo i nuovi principi. È naturale: l'applicazione di un principio in un caso, richiama l'applicazione parallela che di esso si è fatta in un caso simile. Cfr. BETTI, *Dogm. od.*, p. 44 n. 2.

sessione intestati hereditatem optineret: [nec enim exceptio doli mali huic nocet et absurdum est eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit, cum et sine hac hereditatem habiturus sit suo iure] unde si duo praeteriti sunt, emancipatus et is qui in potestate est, [quidam] nec emancipatum praestare debere legata existiman[t] (dum est), quia effectu fratris aufert partem dimidiam, cum et si hic non peteret, suus solus rem habiturus esset – quid [ergo est? ubi] (si) praeteritus sit suus, [verius est quod dictum est: ubi] (emancipatus) vero scriptus [est] (heres) [et voluntatem patris habet] (hereditatem adeat?) (Emancipatus non) [debet] tene[ri] (tur) legatariis [etiamsi omiserit bonorum possessionem]<sup>101</sup>.

Nel testo si prospettano le seguenti ipotesi: 1°) che ci sia un suus praeterito, 2°) che ci siano un suus e un emancipato praeteriti, 3°) che ci sia un suus praeterito e un emancipato istituito. (Questa terza ipotesi è quella che sorge dalla ricostruzione del frammento).

Il problema che viene posto in relazione ai tre casi è il seguente: cosa sarà dei legati disposti nel testamento, quando *a*) il suus chiedi la bonorum possessio contra tabulas, *b*) quando la chiedano il suus e l'emancipato praeteriti, *c*) quando la chieda il solo suus praeterito e l'emancipato, invece, adisca l'eredità paterna ex testamento.

La soluzione è diversa per diritto classico e per diritto giustiniano.

Per diritto classico valgono i seguenti criteri.

Ad *a*). Ancorché il suus, formalmente, abbia chiesto la b. p. c. t., tuttavia, sostanzialmente, egli otterrà una b. p. intestati: onde non sarà costretto a prestare i legati a chicchessia. Del resto la sua preterizione aveva posto nel nulla il testamento, in base al quale «neque libertates competunt, neque legata praestantur». Come dice Paolo il suus «et non petita bonorum possessio intestati hereditatem optineret».

Ad *b*). Anche qui, ancorché *formalmente* venga chiesta la bon. possessio c. t., *in realtà* ciò che si ottiene è la bon. poss. intestati. I legati non saranno prestati né dal suus né dall'emancipato, e ciò per due ragioni: anzitutto per la considerazione generale che il testamento in cui essi sono disposti è nullo a causa della preterizione del suus, poscia per la considerazione, particolare all'emancipato, che costui effectu fratris aufert partem dimidiam<sup>102</sup>. Noto, qui, che i giustiniani hanno introdotto un «quidam» con cui rendono dubitativa una soluzione sulla quale non poteva, in diritto classico, esserci dubbio di sorta.

<sup>101</sup> Il BESELER (3.30) ha ritenuto interpolato «nec... iure» «quid et segg.». Naturalmente le ragioni che spingono il Beseler a segnare tali interpolazioni sono meramente formali. Io credo che «nec... iure» sia una glossa, perché essa, in fondo, riafferma il principio già affermato da Paolo; e ritengo, come ho segnato nel testo, che l'interpolazione giustiniana sia più estesa e più profonda di quello che il Beseler non supponga.

<sup>102</sup> Forse questa considerazione è giustiniana.

Ad *c*). La terza ipotesi è stata da me ricostruita conformemente alla struttura del testo. Infatti le tre ipotesi in esso prospettate hanno un elemento fondamentale comune; la preterizione di un *suus*. A questo elemento comune si aggiungono due varianti: 1°) che col *suus* sia preterito anche un emancipato, 2°) che l'emancipato sia istituito e adisca l'eredità. In questa ultima ipotesi cosa è a dirsi per diritto classico? Bisogna dire, naturalmente, che l'adizione è nulla, essendo nullo il testamento, e che, perciò, neanche qui l'emancipato può essere costretto a prestare i legati.

Per diritto giustiniano, invece, le soluzioni sono diverse. Infatti:

Ad *a*. I legati non saranno prestati: e ciò non tanto perché il testamento sia inesistente, quanto perché il padre col preterire il figlio escluse, per ciò stesso, che egli fosse gravato di oneri ab intestato. Diversamente avviene per diritto delle novelle: secondo il quale, per espressa statuizione della legge, i legati, in tal caso, sarebbero stati prestati.

Ad *b*. Quando la *bon. possessio* era chiesta tanto dal *suus* quanto dall'emancipato – tutti e due preteriti – in diritto giustiniano, diversamente dal classico, sorse dubbio circa l'efficacia dei legati, almeno nei confronti dell'emancipato.

In diritto giustiniano, infatti, era controverso (*quidam existimant*) se in tale caso l'emancipato dovesse prestare i legati.

Ad *c*. In questo caso i principii giustiniani sono assolutamente diversi dai classici. Quando l'emancipato istituito nel testamento paterno, in cui pure era stato preterito un *suus*, adisce l'eredità, non vi può essere dubbio che egli debba prestare i legati. Ormai l'adizione non è considerata nulla, perché non è nullo il testamento in base al quale essa viene compiuta.

Del resto qui ricorre l'applicazione del *principio teodosiano*: poiché nel testamento in cui è stato preterito il *suus*, è tuttavia istituito l'emancipato, cioè un successibile ab intestato del testatore, il testamento imperfetto si consolida, e pigliano effetto le disposizioni in esso contenute.

È questa la ragione da cui l'interpolazione scaturisce.

Leggendo il testo come si presenta attualmente nel Digesto sembrerebbe che «scriptus est» abbia riguardo al *suus* e non, come io dico, all'emancipato. La parola «emancipatus» probabilmente venne omessa dal copista. Infatti, che senso avrebbe porre la questione intorno alla sorte dei legati quando il *suus* è istituito? Se il *suus* è istituito, non c'è più questione di sorta: la questione sorge, invece, quando egli è preterito e sia istituito l'emancipato, il quale adisca. In questo caso alla soluzione classica, secondo la quale, nonostante quest'adizione, l'emancipato non doveva prestare i legati, viene sostituita quella giustiniana, ispirata ai principii nuovi. I legati debbono essere prestati dall'emancipato, perché costui «*voluntatem patris habet*» (nota questa espressione usata in sostituzione di *aditio*).

L'ultimo inciso «*etiamsi omiserit bonorum possessionem*» significa che i legati debbono, nel caso, essere prestati quantunque l'emancipato abbia omissa la *petitio bon. poss. c. t.*, limitandosi ad adire l'eredità paterna.

Conferma di queste conclusioni ci porge un testo di Ulpiano, esso pure interpolato, secondo gli stessi principi, dai compilatori.

ULPIANUS, *libro quarto disputationum*: 16 D. 37.5: P. 76.

Si duo proponantur esse unus in potestate praeteritus, alius emancipatus institutus, apparet commissum esse edictum per eum, qui in potestate est: et si ambo petissent contra tabulas bonorum possessionem, is qui in potestate mansit, cum rem ab intestato habeat, non praestabit liberis et parentibus legata, emancipatus vero [numquid] nec ipse praestat, quia ei rem aufer[re]t qui prestaturus non erat, si solus esset [?] [sed verius est vel hunc saltem debere liberis et parentibus praestare legata, proinde si contra tabulas non accepit, dicendum est tuendum eum in partem et utique liberis parentibusque legata praestaturum, sed an et omnibus dubito: tamen quia piena fruatur voluntate, plenum et obsequium praestare testatoris iudicio pro sua parte debet.]

Il testo prospetta una ipotesi identica alla terza ipotesi, da me ricostruita, del fr. 15 esaminato.

Se ci sia un suus preterito e un emancipato istituito, e tutti e due, *commissio per suum edicto*, chiedano la bon. poss. c. t., cosa avverrà dei legati disposti nel testamento? Debbono essere prestati dall'emancipato? E se sì, in che misura?

In diritto classico, poiché il testamento è nullo, sono nulli anche i legati in esso disposti: l'emancipato, perciò, non dovrà comunque prestarli e a *nessuno*.

Per diritto giustiniano, invece, viene in applicazione il principio teodosiano. Qui, infatti, nel testamento imperfetto per preterizione di un suus è istituito un figlio del testatore (l'emancipato). I casi sono due:

1) o l'emancipato chiede la bon. poss. c. t., 2) o non la chiede e anzi adisce l'eredità. La decisione giustiniana è la seguente: nel primo caso egli sarà obbligato a prestare i legati solo *exceptis personis*, nel secondo caso «quia piena fruatur voluntate, plenum et obsequium praestare testatoris iudicio pro sua parte debet».

Dopo quello che abbiamo veduto sui nuovi principi giustiniani, credo che debbano apparire molto evidenti le interpolazioni segnalate nel testo.

Il pensiero classico e il pensiero giustiniano vengono, nel testo, nettamente individuati: pei classici l'emancipato non doveva, comunque, e a nessuno, prestare i legati (*nec ipse praestat*): per i compilatori, invece, i legati dovevano essere prestati e per un doppio ordine di motivi: 1) sulla base del principio teodosiano, 2) in omaggio alla volontà del defunto, riconosciuta dall'emancipato mediante l'adizione<sup>103</sup>.

<sup>103</sup> FRANCKE, *op. cit.*, 72 segg.; MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, 524 seg., 541 segg. Si comprende, però, che, dato il diverso punto di vista, i risultati cui io pervengo sono diversi da quelli cui perviene, col Francke e col Mühlenbruch, la dottrina comune.

Gli autori, comunemente, credono genuini la maggior parte dei testi che ho segnalati come interpolati.

Nei limiti in cui può avere un certo interesse, a conferma delle cose dette, noto qui le coincidenze di forma che presentano i testi analizzati, nella parte notata come interpolata.

- 12 pr. D. 28.3 [*licet iuris scrupolositate, nimiaque subtilitate, testamentum ruptum videatur attamen,*]  
 17 D. 28.3 [*licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur*]  
 2 D. 28.3 [*vel in eo scriptus est qui ab intestato venire potest*]  
 12 D. 28.3 [*idem et circa iniustum et irritum testamentum erit dicendum si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit*]  
 12.1 D. 37.4 [... si remoto quoque filio potiores sunt in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes...]  
 15 pr. D. 37.5 [... quidam... *verius* quod dictum est... et *voluntatem* patris habet...]  
 16 D. 37.5 [*numquid... sed verius est... quia piena fruatur voluntate plenum et obsequium praestare testatoris iudicio pro sua parte debet*]

§ 45. Possiamo riassumere come segue le nostre conclusioni.

La trattazione svolta intorno alla necessità che i sui (e i postumi) vengano istituiti o diseredati nel testamento paterno è valsa ad individuare chiaramente la causa di tale necessità.

Questa causa è costituita dall'organismo familiare. Esaminandone, infatti, il congegno, vediamo: α) che l'ossatura di tale congegno è costituita dal vincolo di potestà che assoggetta tutti i membri della familia all'autorità del suo capo; β) che, però, tale assoggettamento si realizza attraverso una serie di rapporti di soggezione gerarchicamente disposti e che culminano in quello immediato fra il paterfamilias ed i sui. Morto il paterfamilias, si verifica nella familia, per una specie di scatto automatico, una serie di successioni delle quali la più caratteristica ed appariscente è quella che si suole chiamare ereditaria. Avviene, infatti, che i sui succedano al paterfamilias, i nipoti ai sui, i pronipoti ai nipoti etc.: tutte codeste successioni hanno un carattere comune: quello di essere necessariamente determinate dall'organismo familiare. Il *contenuto* di tali successioni è, naturalmente, la potestà, sia in quanto si tratti di assumere quella che già esercitava il paterfamilias (successione ereditaria), sia in quanto si tratti di sottostarvi nell'ambito della familia (altre successioni interne). Ciò conferma ancora una volta l'idea intuita e magistralmente sostenuta dal Bonfante. Quanto al *titolo* che giustifica tali successioni noi possiamo senz'altro escludere che si tratti di *un diritto soggettivo individuale* dei successibili: è la loro posizione rispetto all'organismo familiare cui appartengono, quella che provoca automaticamente la loro successione (cfr. §§ 1, 28).

La concezione di un diritto individuale non familiare ripugna alla struttura medesima della successio civile. La quale si opera in virtù di una *necessità* direi quasi meccanica, immanente all'organismo familiare cui appartengono, in rapporto di immediata dipendenza, paterfamilias e sui.

È perciò una *esigenza familiare* operante (in mancanza di diseredazione) con la forza di una *necessità giuridica, non già un diritto soggettivo individuale* dei sui quello che fa succedere costoro nella posizione giuridica del paterfamilias. Anche per la successione degli agnati si affaccia spontanea come vedremo, non l'idea di un diritto soggettivo individuale, ma l'idea di una necessità giuridica (§§ 61 segg).

L'idea di diritti soggettivi individuali di contenuto esclusivamente patrimoniale spettanti ai prossimi parenti in virtù del vincolo di sangue – idea straniera all'antico ius civile – sorge per la prima volta sul terreno del diritto pretorio e si attua compiutamente attraverso l'ius civile novum e il diritto giustiniano del codice e delle novelle (§ 121).

Il fatto che i sui succedevano necessariamente al paterfamilias e la considerazione che questa necessità non significava affatto un loro diritto soggettivo individuale spiegano l'onere che aveva il paterfamilias, se voleva testare validamente, di istituire o diseredare i sui, e spiegano altresì la illimitata facoltà che egli aveva di diseredarli (§ 1).

Mediante l'istituzione il paterfamilias si conformava alla esigenza familiare della successio dei sui: la vocazione dei quali egli trasformava, così, da intestata in testamentaria. Mediante la diseredazione egli eliminava la necessità giuridica della successio dei sui che diseredava e per tal modo provvedeva o a *concentrare* la vocazione in uno solo dei sui, o, addirittura, a conferirla ad un *estraneo*.

L'onere, adunque, che aveva il paterfamilias d'istituire o diseredare i sui, era il riflesso della necessità, in cui questi si trovavano, di succedere al loro paterfamilias. E come questa necessità non deriva da un diritto soggettivo individuale, ma da una esigenza familiare, così non può neanche dirsi che quell'onere costituisca in senso tecnico un obbligo del paterfamilias. Esso è soltanto un presupposto inderogabile della validità del testamento in quanto questo deve riflettere in se stesso, come uno specchio, la costituzione della familia (§ 33).

La dottrina comune allorché ha creduto di ravvisare in questo fenomeno una forma di successione necessaria contro il testamento, è caduta non tanto in un errore di formulazione del fenomeno, quanto in un fondamentale errore di concetto attinente alla natura stessa della successio tipica romana. Perché, affermare che i sui hanno *diritto* ad essere istituiti o *diseredati* – a prescindere dall'assurdità di un «diritto» alla diseredazione – significa non avere veduto la vera fisionomia della loro successione ereditaria. A delineare tale fisionomia ha mirato, appunto, la precedente trattazione. La quale, finora, ha avuto riguardo esclusivo alla successio dei sui, quale appare attraverso il testamento, e negli effetti che determina nella vita di questo. A proposito dei quali è da dire che vi

è parallelismo tra la disciplina giuridica del testamento e la successione dei sui, e che il parallelismo permane, sia pure con una portata essenzialmente diversa, anche nella nuova successione parentale.

Tale parallelismo può essere espresso così: il testamento *non può prescindere dalla familia* ma deve anzi riferirvisi. Senonché tale riferimento ha natura profondamente diversa secondo che si tratti della familia agnatzia o, nel diritto nuovo, di quella cognatzia.

Nei riguardi della familia agnatzia il riferimento consiste in ciò: che il testatore deve prendere posizione di fronte all'esigenza familiare della successione dei sui. Egli non può ignorare tale esigenza, ma deve o positivamente *conformarvisi*, istituendo erede il suus, o formalmente *contraddirvi*, diseredandolo. La preterizione del suus renderebbe giuridicamente *inesistente* il testamento.

Nei riguardi della famiglia naturale il riferimento consiste, per contro, in ciò: che il testatore è obbligato a soddisfare il *diritto soggettivo* dei prossimi parenti: diritto che loro spetta in virtù dei loro vincoli di sangue.

Alla *necessità* giuridica della successione dei sui, che non siano stati diseredati, subentra, ora, un *diritto* incondizionato dei prossimi parenti del proprio congiunto. Non più inesistenza giuridica del testamento, per mancata osservanza di una esigenza immanente alla costituzione della familia, ma *rescindibilità* di esso per iniziativa dei legittimari, il cui diritto sia stato leso dal testatore con la preterizione o con una ingiusta diseredazione, o, in genere, col mancato lascito di una porzione di beni (§§ 154, 156).

Di qui le due grandi partizioni in cui va divisa la trattazione della successione intestata e, parallelamente, quella de' suoi effetti sul testamento.

Sorgono così quattro grandi partizioni:

1) Successione intestata secondo lo ius civile (vetus) determinata da una esigenza intrinseca all'organismo agnatzio.

2) Successione intestata secondo il diritto pretorio e l'ius civile novum, determinata da un diritto soggettivo dei prossimi parenti.

3) Influenza che la vocazione intestata dei sui spiega sulla designazione testamentaria dell'erede (istituzione e diseredazione dei sui).

4) Successione legittima contro il testamento causata dalla lesione del diritto soggettivo dei prossimi parenti.

È naturale che nei riguardi dei sui non possa parlarsi di successione necessaria contro il testamento. Perché essi o sono eredi ab intestato (in mancanza del testamento oppure per nullità di esso) o lo sono ex testamento. Non potrebbero essere eredi in contrasto con un testamento valido. Infatti quando siano preteriti essi diventano eredi ab intestato del loro paterfamilias. Di successione contro il testamento può solo parlarsi nei riguardi dei successibili di diritto pretorio o di diritto civile nuovo; in quanto costoro possono essere veramente in grado di attuare il loro diritto soggettivo in opposizione con un testamento valido.

Da un punto di vista rigidamente sistematico questo lavoro avrebbe dovuto iniziarsi con lo studio sulla natura giuridica della vocazione *intestata* dei sui secondo lo *ius civile*, e avrebbe dovuto seguire la quadripartizione segnata.

Ma al fine di una più netta visione dei rapporti tra organismo familiare e successio, l'aver premesso la trattazione intorno alla vocazione testamentaria dei sui, mi pare sia riuscito di grande utilità. Gli effetti che la *necessità* della successione dei sui spiega sulla designazione testamentaria dell'erede, pone in piena luce la causa da cui quella necessità procede.

Abbiamo esaminato partitamente gli effetti della istituzione, quelli della diseredazione e quelli della preterizione dei sui, in essi compresi anche i postumi. Nello svolgimento del nostro pensiero, scaturito da una sistemazione coerente e da una ampia esegesi delle fonti, abbiamo potuto coordinare in sistema armonico i principî classici. Le disarmonie incontrate le abbiamo ricondotte ad un sistema diverso dal classico, che sorge già nel diritto postclassico ed ha pieno vigore in quello giustiniano. Così ci è stato possibile ricostruire ad un tempo il sistema classico e quello giustiniano come anche notarne i rapporti<sup>104</sup>.

Nel corso ulteriore della trattazione vedremo che dal sistema successorio classico non si va come per un salto a quello giustiniano: tutta l'attività creatrice del pretore ne è anzi come una grande introduzione. Si dovrà infatti distinguere:

- a) un sistema di *ius civile vetus*,
- b) un sistema di diritto pretorio,
- c) un sistema di *ius civile novum* conforme a quello pretorio (sen. cons. Tertulliano ed Orfiziano),
- d) un sistema di diritto postclassico,
- e) infine il sistema giustiniano del codice e specialmente quello delle *novelle*<sup>105</sup>.

<sup>104</sup> Sui rapporti fra l'idea richiamata all'inizio di questo § 45 e l'altra della *familia* organismo politico, sostenuta anche dallo SCIALOJA, v. BONFANTE, *Istituzioni* (8ª ed.), 525 n. 2 e *Scritti giuridici vari* I, 105-109.

<sup>105</sup> Al termine della nostra ricerca sulla successione dei sui non possiamo non richiamare il libro del WOESS, *Das röm. Erbrecht und die Erbanwärter*, Berlin, 1911, che nelle pag. 138-177 si occupa pure della successione dei sui e del principio fondamentale *sui aut instituendi sunt aut exheredandi*. Ma il W. parte da concezioni del tutto diverse dalle nostre che lo portano a conclusioni inconciliabili con le nostre. Peraltro, il W., come egli stesso dichiara nella introduzione, non intende muoversi su un campo strettamente giuridico (teoretico), ma piuttosto su quello delle sociali costumanze (pratico).

## SEZIONE SECONDA

LE VOCAZIONI INTESTATE DELL'ANTICO IUS CIVILE  
CONSIDERATE IN RELAZIONE CON LE VOCAZIONI TUTELARI

## INTRODUZIONE

§ 46. Presupposti della successio originaria: *a)* un paterfamilias defunto; *b)* un paterfamilias chiamato a continuarne la familia, subentrando nel governo di essa. Onde non è vera successione quella della donna o alla donna; ne è tale quella degli agnati, nei quali la familia non viene continuata, ma assorbita.

§ 46. La successio, nella sua fisionomia tipicamente romana, suppone due elementi: un paterfamilias defunto e un altro paterfamilias suus o anche estraneo designato nel testamento, che sia chiamato a succedere nella posizione giuridica del primo<sup>1</sup>.

Perché si realizzi il concetto di successio è necessario, insomma, che venga mantenuta in vita la posizione giuridica (*ius*) del paterfamilias defunto me-

<sup>1</sup> Il FADDA (*Concetti*, § 85) ammette che soltanto il paterfamilias poteva in Roma avere eredi. Ma non giunge sino ad ammettere che per la donna, almeno in origine, non potesse parlarsi di successione.

Anzi egli ammette (§ 90) che la donna abbia la testamenti factio, in ordine alla quale la tutoris auctoritas avrebbe solo valore integrativo.

Criticando l'opinione del Bonfante, secondo la quale l'incapacità del filiusfamilias di avere eredi sia da riportare al fatto che egli non è *sovrano*, ma suddito nella familia, il Fadda dice che «a questa stregua si sarebbe dovuta aspettare l'incapacità della donna sui iuris, la quale, invece, può testare, come in genere può avere eredi» (§ 91).

L'osservazione del Fadda è esatta; e, invero, *realmente*, in origine, neanche la donna poteva avere successori, come si afferma nel testo. Il Fadda, peraltro, dice esattamente: «Credo che tanto la capacità della donna, quanto l'incapacità del figlio si spieghino riferendosi ad un'epoca in cui il gruppo familiare aveva perduto il carattere politico e la successione si avviava ad concetto patrimoniale.». Anche il BONFANTE, però, – *Scritti giuridici*, I, 228 – argomentando dal fatto che le donne nel diritto romano non sono tutrici, ammette che le donne anticamente non erano chiamate all'eredità. Diversamente PEROZZI, *Ist.*, II, 367, 469.

dante il subentrare in essa (successio in ius, in locum) di una persona designata nel testamento o automaticamente sollevata dallo stesso organismo familiare al posto di heres (suus.)

L'idea dalla quale bisogna partire è quella, fondamentale, intuita dal Bonfante: che la successione al paterfamilias defunto, – come lascia argomentare l'analisi della struttura della successio tipica – sia essenzialmente acquisto di un titolo (quello di heres) che legittimi a succedere nella posizione giuridica del paterfamilias, in quanto preposto al reggimento della familia, ed abbia per scopo la perpetuazione di essa<sup>2</sup>.

Il fatto che già in tempi storici a questa struttura della successio non corrisponda una funzione adeguata<sup>3</sup>, non costituisce un motivo per respingere quell'idea: ad essa noi dobbiamo pure sempre ricorrere perché essa soltanto getta luce su gli istituti successori del diritto romano.

Fermo questo punto noi dobbiamo, peraltro, giustificare quanto abbiamo affermato: che cioè la successio, nella sua fondamentale struttura, supponga il subentrare di un paterfamilias nella posizione giuridica di un altro paterfamilias defunto.

Quando, cioè, noi ci troviamo in presenza di un fenomeno di successione, per vedere se si tratti della tipica successio romana dobbiamo porci questo problema: c'è, nel caso, la successio di un paterfamilias (suus o estraneo) nel posto di un altro paterfamilias defunto?

Il successore per eccellenza nel posto del paterfamilias è il suus pubes, succeda ab intestato, o, come è più congruente per le origini, succeda per designazione del defunto. Morto il paterfamilias egli diventa contemporaneamente *sui iuris* (paterfamilias) ed heres. Egli è il vero *continuatore* della familia, nel reggimento della quale succede al paterfamilias.

Quando il defunto non sia un paterfamilias, o quando a lui non succeda un paterfamilias, il rapporto di successione che *di fatto si attua* non è quel peculiare rapporto di successione, *consistente nel subentrare nella potestas*: e si può, in questa ipotesi, affermare che questo rapporto *anomalo* di successione *non è originario*, ma *derivato*. Il punto su cui fermo l'attenzione è la successione della donna e alla donna, e, per altre considerazioni, la successione degli agnati e del patrono.

<sup>2</sup> Alla tesi del BONFANTE aderisce anche FADDA, *Concetti*, P. I, 2, § 18.

Il concetto genuino della *successio* è inerente – come dice il BONFANTE, *Scritti*, I, 252 – nel modo più stretto ed esclusivo al trapasso di funzioni e poteri.

<sup>3</sup> BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, 129 segg., 503 segg. Accettiamo integralmente la tesi del Bonfante relativa al metodo di studio degli istituti giuridici. E siamo con lui concordi – perché lo studio delle fonti ce ne ha dato la prova – nell'affermare che i principi fondamentali della successione romana mostrano «una perfetta corrispondenza coi principi che regolano la successione nella sovranità» e che essi «ad ogni modo, non si accordano con una mera trasmissione patrimoniale» (p. 505).

Poiché la donna non era *paterfamilias* essa non poteva succedere, nel senso vetusto della parola, ad un *paterfamilias* defunto. Inversamente, la successione ad una donna non realizzava una vera successio.

Quest'affermazione, che sembra a prima vista arbitraria, è, invece, frutto di una accurata disamina delle fonti e risponde perfettamente ai principi fondamentali che disciplinano la successione ereditaria romana (di *ius civile*). Soccorre qui, a darci lume, l'istituto della tutela. L'accostamento della tutela alla *hereditas* porta a risultati sorprendenti e permette di affermare che non è infondata la tesi secondo cui erede e tutore erano in antico una sola persona<sup>4</sup>.

Facciamo l'ipotesi di un *paterfamilias* che, morendo, abbia in potestà soltanto una *filia sua*. Secondo i principi comuni si dirà che costei succederà – *ipso iure* – al proprio *paterfamilias* (Gai III, 1-8). Orbene quest'affermazione non è esatta perché non può dirsi che nel caso concreto si sia realizzata una vera successio. Infatti la *sua*, non essendo *paterfamilias*<sup>5</sup>, non può subentrare nel posto del proprio *paterfamilias* defunto al fine di continuarne la potestà sulla *familia*.

ULPIANUS, *libro quadragésimo sexto ad edictum*: 195.5 D. 50.16: P. 1203.  
Mulier autem familiae suae et caput et finis est.

GAIUS, *libro decimo ad legem Iuliam et Papiam*: 13 D. 38.16: P. 460.

Nulla femina aut habet suos heredes aut desinere habere potest propter capitis deminutionem.

GAIUS, III. 51.

... nunquam enim sicut supra diximus, feminae suum heredem habere possunt.

Dal fatto che la donna non è *paterfamilias*, discende che essa non è neanche *suae potestatis*, e che perciò non viene mai *in suam tutelam* (Gaio, 2, 179): anzi è essa stessa soggetta alla tutela perpetua degli agnati (Gaio, 1, 114; 1, 189).

Orbene, ripugna alla concezione della successione romana che lo stesso successore sia *alienae potestatis*.

La successione ha il suo momento caratteristico nell'assunzione di quel potere giuridico sulla *familia*, che già aveva il defunto. Come può dirsi che in esso subentri la donna, che *non può avere familia* e che anzi è, essa stessa, soggetta alla potestà (tutela) del prossimo agnato?

Nell'ipotesi in esame la *familia* del defunto manca di successore e viene *assorbita* da quella agnatizia<sup>6</sup>. C'è un fenomeno di *estinzione*, anziché di *continua-*

<sup>4</sup> BONFANTE, *Istituzioni*<sup>8</sup>, § 70; *Corso di dir. rom.* I, 405 sgg.

<sup>5</sup> Cfr. fr. 13 D. 38.16, GAIUS, 3.51, 1.104, 3.71, 7 I 2.13, 6 pr. D. 38.17, pr. I 3.4, c. 15 C. 3.28, c. 10 C. 6.65, 195.5 D. 50.16, 196 D. 50.16.

<sup>6</sup> A proposito della successione degli agnati e dei gentili nota lo SCIALOIA (*B.I.D.R.*, 1890.76): «Al governo e alla prosecuzione della famiglia le XII tavole nella successione ab intestato chiamavano il *suus heres* e nessun altro: agnati e gentiles sono chiamati in altra forma: essi non mantengono la famiglia, ma l'assorbono».

zione, del gruppo familiare, il cui paterfamilias è morto senza lasciare successori in senso tecnico: quest'estinzione si opera ipso iure, alla morte del paterfamilias. Poiché l'erede, la figlia, non è capace di continuare la potestà familiare, la familia si estingue e viene riassorbita nell'ambito della familia communi iure.

Se ora noi vogliamo chiederci chi, nel caso, realizzi una vera successione nella potestas, se, cioè, l'erede o i tutori dell'erede, la risposta non può essere dubbia. Sono questi ultimi ad assumere la potestà sul gruppo familiare: quantunque, poi, questa potestà non continui propriamente la familia, non abbia cioè, come scopo, la perpetuazione della familia proprio iure, ma anzi l'assorbimento di essa entro l'ambito della più vasta familia agnatzia.

Tutto ciò dà pieno risalto agli elementi proprî della successio: si ha successio in senso tecnico quando si abbia con essa perpetuazione della familia, nel reggimento della quale si succede. E al contrario, non si ha vera successio, quando l'erede non possa – non essendo paterfamilias – succedere nella potestas, come nel caso della donna; e si ha un tipo diverso di successio, quando la successio anziché perpetuare la familia (proprio iure) determina, invece, assorbimento di essa nel grembo della familia communi iure.

Tra questi due casi, però, è necessario ancora porre una distinzione fondamentale. Perché, mentre nel secondo ha luogo la nascita di un rapporto di potestà degli agnati sul gruppo familiare del defunto, questo rapporto non sorge nel primo: e la donna, erede, è anzi essa medesima assoggettata alla potestà degli agnati suoi tutori.

Nell'uno e nell'altro caso siamo, adunque, in presenza di una successio che non è quella in senso tecnico. Mentre nel primo caso, però, manca l'elemento fondamentale della successio – il subentrare nella potestas – nell'altro, invece, manca solo l'elemento finale della successio – la perpetuazione della familia. Ma in questo secondo caso una successio c'è: ed è propriamente quella che le XII tavole designano col termine di «familiam habere» che è il surrogato della vera successio, e che consiste nello assorbimento e quasi incameramento entro la familia communi iure della familia proprio iure pel reggimento della quale non vi ha un successore.

Tutto questo è attestato dalle XII tavole.

«Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus *familiam habeto*. Si adgnatus nec escit, gentiles *familiam habento*.»

ULPIANUS, *libro quadragésimo sexto ad edictum*: 195.1 D. 50.16: P. 1203.

Familiae appellatio qualiter accipiatur, videamus et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur, in res ut puta in lege duodecim tabularum his verbis: adgnatus proximus *familiam habeto*.

Concludendo, nell'ipotesi prospettata in cui una *sua* succede al paterfamilias defunto, questa successio che di fatto si attuava in capo alla donna non costituiva tuttavia la tipica *successio nella potestas*: e poiché la donna veniva assoggettata alla tutela degli agnati, i quali, perciò, erano i veri suc-

cessori nella potestà del defunto (sia pure non nel senso di continuare, ma anzi di *assorbire*, la familia), *i veri eredi*, nel senso vetusto della parola, erano *in realtà gli agnati*.

Consideriamo ora l'ipotesi della successione alla donna sui iuris. In base a quello che abbiamo detto è chiaro che la donna, non essendo paterfamilias, non può trasmettere ad altri una potestà (in che consiste la successio) che essa medesima non ha. La successione, in conseguenza, che, in tal caso, di fatto si attuerà non sarà vera successione.

Infatti se ci rivolgiamo al diritto più antico secondo cui la donna era soggetta alla tutela perpetua degli agnati (tanto se il suo antico paterfamilias fosse morto intestato, quanto se fosse morto testato, perché di fatto i tutori, come avveniva per gli eredi, erano scelti fra coloro che divenivano tali per una necessità giuridica immanente all'organismo familiare, e cioè fra gli agnati o, in mancanza di costoro, fra i gentili) noi troviamo sancita l'assoluta impossibilità delle donne di fare testamento fino a quando si trovavano nella familia agnatizia. Fino all'epoca di Adriano, infatti, esse potevano testare solo dopo uscite dalla tutela agnatizia mediante coemptio. Ma è ovvio notare che la necessità della coemptio per poter testare suppone la originaria inderogabile impossibilità per le donne di fare testamento.

GAIUS, I, 115.

Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio: tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem emptiois faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.

GAIUS, II, 112.

...ex auctoritate divi Hadriani senatus consultum factum est, quo permissum est... feminis etiam sine coemptione testamentum facere, si modo non minores essent annorum XII, scilicet ut quae tutela liberatae non essent, tutore auctore testari deberent.

Da quanto Gaio ci dice noi argomentiamo che le donne non potevano fare testamento nei tempi più remoti, essendo soggette alla tutela degli agnati. Fu solo successivamente che, mediante l'espedito della coemptio, esse uscivano dalla familia agnatizia e diventavano capaci di testare (tutore auctore). Successivamente ancora, per un senac.<sup>10</sup> di Adriano, fu loro permesso di testare anche rimanendo nella familia agnatizia e, naturalmente, intervenendo l'auctoritas del tutore.

Noi dobbiamo spiegarci *a)* a che cosa attribuire l'originaria impossibilità di testare delle donne, *b)* quali concetti ispirarono le nuove riforme.

*A)* Quanto al primo punto, la soluzione conforme ai principî è questa: poiché le donne non avevano la qualità di paterfamilias, nei loro confronti non era possibile una vera successio. Ora poiché il testamento, data la sua funzione ori-

ginaria, poteva essere esclusivamente fatto da un *paterfamilias*<sup>7</sup>, seguiva di conseguenza che non potesse essere fatto da una donna.

Le donne non avevano testamenti *factio activa*, perché non erano capaci di avere successori. La loro posizione, in quanto soggette alla tutela perpetua degli agnati, era *analogica* a quella dei *filius familias*, i quali non avevano la *testamenti factio activa* «*adeo quidem ut, quamvis pater eis permittat, nihilo magis tamen iure testari possint*» (6 pr. D. 28.1).

Far testamento significa compiere un negozio giuridico familiare: e simile negozio non poteva essere compiuto né dal *filius in potestà*, né dalla donna: né l'uno né l'altro avevano, infatti, *potestà familiare*<sup>8</sup>.

La giustificazione di Ulpiano (20.10) secondo la quale «*filius familias testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit*» non è la vera ragione di questa impossibilità. La quale, invece, è da ricercare in ciò che la *testamenti factio* – e in genere la capacità di avere successori – discende dalla *posizione* che si occupa in *familia*: solo i *patresfamilias* potevano avere veramente successori. In questo senso è da intendere l'affermazione di Papiniano: *testamenti factio non privati sed publici iuris est* (3 D. 28.1). Il testamento, infatti, è negozio di diritto familiare, ossia un atto di *potestà*, in cui la volontà e l'interesse costitutivi non sono volontà e interesse del testatore in quanto *singolo*, ma in quanto *paterfamilias*<sup>9</sup>.

B) Quanto al secondo punto, la giustificazione va ricercata nel mutato carattere della successione: la successione, pur mantenendo l'antica struttura, ha mutato funzione: essa consiste ormai essenzialmente nel subentrare nella *posizione giuridica patrimoniale* di una persona: ha perciò un contenuto soprattutto economico. Non c'è più, naturalmente, ripugnanza acché tale successione possa attuarsi anche in confronto di una persona *sui iuris non paterfamilias*, ed anche, addirittura, in confronto di una persona *alieni iuris* (il *filius familias* quando gli fu permesso di testare in ordine al *peculio castrense* Ulp. XX.10; pr. Inst. II, 12). L'esigenza della *coemptio*, in un primo tempo, ebbe certamente causa in ciò: che fino a quando la donna rimaneva sotto *potestà tutoria*, nella *familia agnata*, essa non veniva considerata *sui iuris* ed *erede* del defunto *paterfamilias*: e ciò perché era ancora sentita la funzione antica cui l'istituto della tutela legittima rispondeva; perché, cioè, i tutori legittimi della donna si consideravano ancora essi stessi, *quali erano in epoca più remota, gli eredi diretti del paterfamilias*.

<sup>7</sup> BONFANTE, *Ist.*<sup>8</sup> p. 567.

<sup>8</sup> Sulla ragione giuridica onde il *filius familias* non può fare testamento cfr. le esatte osservazioni del BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, 143 n. 2 a). Non sono invece soddisfacenti le osservazioni relative all'antica incapacità di testare delle donne anche *sui iuris*. L'incapacità delle donne di fare testamento è, infatti, da ricondurre alla loro incapacità di avere successori, e di essere esse stesse successori. Cfr. lo stesso BONFANTE, *op. cit.*, 228.

<sup>9</sup> Intorno agli atti di potere familiare vedi CICU, *Diritto di famiglia* 213 sgg.; 227-235. I concetti fondamentali espressi in quest'opera servono egregiamente per la configurazione dogmatica della *familia* e della successione di *ius civile romana*; cfr. BETTI *Dogm. od.*, 48 n. 3.

Quando poi venne ammesso che le donne potessero fare testamento anche rimanendo nella familia agnatzia, l'originaria ripugnanza non venne meno: e, come ci dice Gaio, fu cosa ben difficile che in realtà si addivenisse alla prestazione dell'auctoritas da parte dei tutori. I quali, considerandosi essi stessi i *domini* del patrimonio della donna, non comprendevano come costei ne potesse disporre a suo piacimento mediante testamento.

GAIUS, I, 192.

Sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelliguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum... auctores fieri coguntur... quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate...

Concludendo, adunque, non è vera successio quella che si verifica in confronto di una donna.

Tale successione, del resto, era assolutamente esclusa in *origine* perché la donna, morendo il paterfamilias, non diventava sui iuris ma veniva assoggettata alla potestà degli agnati. La testimonianza di questo stato di cose ci è data dall'istituto della tutela perpetua che ne è la chiara manifestazione, sia pure affievolita; anche in epoca storica la donna non poté avere successori, come si desume dall'impossibilità in cui essa si trovava di testare. E quanto ai suoi eredi legittimi – come comunemente vengono chiamati – che erano gli agnati suoi tutori, essi piuttosto *riottenevano* quel patrimonio che la donna amministrava ma che già, in certo senso, apparteneva ad essi. Giuridicamente, noi dobbiamo qualificare come successione anche questa: purché, però, si tenga presente che essa era una *successione necessaria*, alla quale non si poteva assolutamente derogare. Si tenga ancora presente che, ad ogni modo, questa successione non era, certamente, per ragioni ovvie, la caratteristica successione in potestà.

E, infine, anche quando alla donna fu possibile testare, tutore auctore, anche in tal caso bisogna dire che non si realizzava la vera successio romana.

Tutto ciò, naturalmente, fino a quando i concetti fondamentali del tempo antico fecero sentire la loro influenza negli istituti successori: perché quando, col diritto pretorio, queste influenze spariscono intieramente, non è più possibile parlare della *successio* originaria, e delle deviazioni da essa subite.

Possiamo concludere, adunque, che, secondo lo stretto ius civile, la successione della donna e alla donna non realizza la successione tipica romana.

Le stesse considerazioni valgono per il *figlio (suus) impubere*: costui, alla morte del padre, ricade nella soggezione tutoria. Egli è paterfamilias solo in potenza, perché diverrà tale all'epoca della pubertà. E solo in quest'epoca egli acquisterà effettivamente la qualità di erede del suo paterfamilias<sup>10</sup>. Su questa idea si fonda l'istituto della sostituzione pupillare.

<sup>10</sup> Cfr. FERRINI, *Pandette* n. 621; e ora la nostra *Sostituzione* cit. 279 sgg.

La successione romana, adunque, è caratterizzata dal momento della *potestà*. Questo subentrare nella potestà del defunto paterfamilias può, peraltro, produrre effetti diversi: *a)* in quanto mediante tale successione si continui la famiglia del defunto, *b)* in quanto invece la famiglia non venga perpetuata, ma venga anzi *assorbita* dalla famiglia agnatizia<sup>11</sup>.

Sopra questa distinzione si fonda, nella successione intestata, la grande partizione, già indicata dalle XII tavole, della successione dei sui, e di quella degli agnati (e del patrono) e dei gentili.

<sup>11</sup> Sopra questo fenomeno della *continuazione* o dell'*assorbimento* della familia, alla morte del suo capo cfr. SCIALOIA, *B.I.D.R.*, 1890 cit. Vedi anche COSTA, *Storia*, D. R. 159 seg. Vogliamo, peraltro, chiarire il nostro pensiero per evitare che la formula «continuazione ed assorbimento» sia considerata (come fu dal BONFANTE, – *Scritti*, I, 472 – ad altro proposito) un richiamo *sonoro* al pensiero, e non propriamente pensiero. Noi partiamo da questo dato fondamentale, veduto per primo dal Bonfante, e positivamente attestato dalle fonti: la successione romana ci si presenta, ancora in epoca classica, con struttura testamentaria, quantunque con funzione a questa struttura non adeguata: quella patrimoniale. Orbene noi intendiamo procedere, come facciamo nella trattazione, ad un esame di questa struttura, prescindendo, per comodità di studio, dalla sua funzione. Ora abbiamo veduto come dai testi appaia chiaro che la successione per eccellenza sia quella del suus. La successione del suus, anche attraverso la designazione testamentaria, si opera pur sempre per una necessità organica familiare. Il subentrare del suus nella posizione giuridica del paterfamilias defunto si produce automaticamente: e dalla morte del paterfamilias alla successione del suus non c'è nessuna soluzione di continuità.

Se ci riferiamo all'epoca in cui la familia non si scindeva, ma tutti i membri di essa restavano soggetti alla potestà dell'erede – il suus designato dal testatore – appare chiaro come la successione del suus costituisca in quell'epoca veramente il contrassegno della continuazione e della unità familiare.

Anche in epoca storica, però, – ancorché la familia, alla morte del paterfamilias, si scinda in tante familiae quanti sono i filii che diventano sui iuris – il modo di operarsi della successione dei sui è identico a quello originario. Noi possiamo, quindi, dire che la successione dei sui, dal punto di vista *della sua struttura*, quantunque non più *effettivamente*, sia tuttora diretta a continuare la familia (vedi PEROZZI, *Ist.* II, 357).

Diversamente, invece, bisogna dire per la successione degli agnati. Il prossimo agnato non è, come il suus, automaticamente *sollevato* alla posizione del paterfamilias defunto. Si può dire, in certo senso, che si verifica il fenomeno inverso: è la familia del defunto che, per mancanza di successore, *rientra*, attraverso l'agnato prossimo, nel seno del gruppo agnatizio.

Anche qui bisogna distinguere nella successione, in epoca storica, la struttura dalla funzione: strutturalmente la successione dell'agnato prossimo è così costituita da poter far dire che essa ha come contenuto il riassorbimento della familia del defunto.

La fondamentale diversità tra la successione dei sui e quella degli agnati si manifesta apertamente nella successione per stirpi dei discendenti. (GAI, III, 15).

Sul carattere diverso della successione dei sui da quella degli agnati e dei gentili vedi ancora BONFANTE *op. cit.*, 490-491; PEROZZI, *Ist.*, II, 361; ARANGIO RUIZ, *Ist.*, II, 299; LENEL, *Z. S. St.* 37, 129 segg.

Noto la congettura avanzata dall'Arangio Ruiz relativa al possibile significato di agnatus proximus. L'Arangio pensa che forse vi è stato un tempo in cui l'heres era uno solo, cioè il primogenito: l'agnatus proximus sarebbe «colui che è nato dopo» (*op. cit.*, p. 273 n. 1). Contro tale congettura v. però le critiche del BETTI, *Bull. d. dir. rom.*, 34, 268 n. 1 e del DE FRANCISCI, *Storia del Diritto Romano* (1926), 336, n. 27.

CAPITOLO I  
TUTELA ED HEREDITAS

§ 47. Perfetta identità strutturale dei due istituti, indice della loro origine comune.

§ 48. Delazione della tutela: intestata o testamentaria.

§ 49. Duplice funzione (di continuazione o di assorbimento) della successione e della tutela.

§ 50. La tutela rappresenta più vivamente, ancora in epoca storica, l'*istituto originario*, ricomprensivo eredità e tutela, dal quale in processo di tempo si staccarono la tutela e l'*hereditas* con contenuto patrimoniale.

§ 51. Delazione intestata della tutela al prossimo agnato maschio 9 D. 26.4; 3.7 D. 26.4; 8 D. 26.4; 10 pr. D. 26.4; 1.1 D. 26.4; 1.3 D. 26.4; 3.4 D. 26.4; possibilità della delazione ereditaria ad una donna, quale indice di uno sviluppo più recente della *hereditas*.

§ 47. Lo studio parallelo delle vocazioni ereditarie e tutelari, sia intestate che testamentarie, ci permette di notare che i due tipi di vocazione hanno una struttura fondamentale identica.

La loro identità strutturale è perfetta e la sola differenza che esse presentano è data dalla *funzione* diversa cui sono destinate. L'istituto tutelare, peraltro, presenta, rispetto a quello ereditario, maggiore coerenza e risponde compiutamente alle esigenze sistematiche dell'antico *ius civile*. Ad esso noi dobbiamo fare ricorso per aver luce su alcuni fenomeni che presenta l'istituto ereditario parallelo, il quale, raffrontato col primo, sembra a noi, nella sua struttura classica, meno conforme all'istituto originario dal quale ambedue gli istituti discesero.

In origine, come la loro struttura ci attesta, i due istituti non erano che un solo istituto. In processo di tempo questo istituto fu sdoppiato: sorse così la bipartizione di *tutela* e di *hereditas*.

I due istituti, che dal primo sorsero, mantennero la struttura medesima dell'istituto dal quale erano proceduti. Ma la funzione dell'originario istituto fu riservata alla tutela: è questa la ragione della maggiore coerenza che esso presenta rispetto all'istituto ereditario gemello<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Esattamente dice il BONFANTE – *Scritti giuridici*, I, 119 – che dell'antica potestà dell'*heres* si conserva ancora nel diritto storico un pallido residuo nella tutela delle donne e degli impuberi. Altrove – *op. cit.*, 238 – egli aggiunge che della tutela in epoca storica è visibile non più la inerenza, ma ben la relazione con l'eredità.

Il BONFANTE – *Corso dir. rom.* I p. 405 – ha veduto l'intima connessione esistente tra tutela ed eredità: questa connessione egli crede, giustamente, sia l'indice di uno stato originario di cose in cui «l'erede ed il tutore dovevano essere una sola persona». «La funzione della *hereditas*

Bisogna, quindi, preliminarmente analizzare l'istituto tutelare per giungere ad una esatta valutazione di quello ereditario.

§ 48. Il paterfamilias poteva «liberis quos in potestate sua (habebat) testamento tutores dare: masculini quidem sexus inpuberibus, feminini autem sexus cuiuscumque aetatis sint, et tum quoque cum nuptae sint.» (Gaio, I, 44)<sup>13</sup>. Il requisito fondamentale che si richiede perché si possano dare dei tutori è che gli impuberi o le donne siano soggette alla potestà del testatore all'epoca della sua morte o che, purché concepite a quest'epoca, vi sarebbero soggette se nascessero durante la vita del testatore.

Quando il paterfamilias sia morto intestato allora si fa luogo alla delazione della tutela agli agnati (Gaio, I, 155).

PAULUS, *libro trigesimo octavo ad edictum*: 6 D. 26.4: P. 558.

Intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela, intestatus autem videtur non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis tutores non dedit: quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est, idem dicemus, si tutor testamento datus adhuc filio impubere<sup>14</sup> manente decesserit: nam tutela eius ad agnatum revertitur (cfr. § 2 Inst. I, 15)<sup>15</sup>.

riassorbiva, nel potere sovrano dell'erede, quella parte protettiva, che è a base e vale come giustificazione di qualunque potere sovrano». Cfr. *eod.*, p. 414 segg., 419, 426, 427, 437.

L'esame approfondito della struttura dell'istituto tutelare conferma, da un lato, l'ipotesi del Bonfante e dà, dall'altro, una solida base per una esatta conoscenza della struttura dell'istituto ereditario. La tesi del Bonfante, relativa alla connessione della tutela con la hereditas è condivisa dallo SCIALOIA, *Istituzioni* (1912) p. 8 § 28. Essa è stata accolta anche recentemente dal D'ANGELO, *Jus Digestorum*, 307. Vedi ora lo sviluppo approfondito di questa tesi in BETTI, *Istit.*, § 39, p. 186 segg., e per una prova testuale v. SOLAZZI, *La legge della XII tav.* Quando la tutela non venga accostata alla hereditas la sua natura e la sua struttura rimangono nell'ombra. Così in ARANGIO RUIZ, *Ist.*, II, 259 e KARLOVA, *R. R. G.*, II, p. 275.

<sup>13</sup> Cfr. *Fr. Vat.*, 229, § 3 Inst. I, 13; Ulp. XI, 14.

<sup>14</sup> «*vel filia*», aggiunge il Solazzi, *Studi sulla tutela*, I, p. 19.

<sup>15</sup> Sul testo di Paolo vedi ora l'interessantissima esegesi del Solazzi, *La legge delle XII tavole ed un'ipotesi del Bonfante*, Modena, 1927, p. 4 e segg. Il Solazzi fa notare: a) il significato strano e singolare attribuito da Paolo alla parola *intestatus*. Intestatus, in senso tecnico, non può dirsi se non di colui che sia morto senza aver fatto testamento, o, pur avendolo fatto, il cui testamento si sia invalidato per un vizio intrinseco o per la mancata adizione dell'eredità da parte del vocato. Il senso *nuovo* dato da Paolo a questa parola discende dalla separazione avvenuta tra hereditas e tutela. b) Le XII tav. contenevano una disposizione con la quale veniva deferita la tutela agli agnati soltanto «*intestato parente mortuo*»: intestatus va qui inteso nel senso suo proprio, non in quello improprio usato da Paolo nel testo in esame. c) Da ciò conseguiva che allorché il testatore aveva validamente nominato un erede, la tutela non poteva essere deferita agli agnati, ma eo ipso apparteneva all'erede. Questa organica inerenza della tutela alla hereditas non fu compresa dai giureconsulti classici: e da tale incomprendimento ebbe origine la curiosa interpretazione di Paolo.

Risulterebbe così anche testualmente provata la tesi del Bonfante – che in antico erede e tutore erano una sola persona – tesi che viene ancora maggiormente illuminata dagli accostamenti che noi facciamo tra la struttura della hereditas e quella della tutela.

Ora questa delazione legittima della tutela discende, come quella ereditaria, dalle XII tavole.

Onde trassero le XII tavole questo sistema di delazioni tutelari? Rispondiamo: dall'antichissimo sistema della successione nella potestà del paterfamilias defunto. E, infatti, cosa è mai la tutela se non una *patria potestas affievolita*, vestigio di un'epoca in cui non solo le donne e gli impuberi, ma tutti i membri della familia ricadevano sotto la potestà del successore? Questo fenomeno di successione, scomparso in epoca storica, si mantiene ancora, sia pure affievolito, in quella forma di successione potestativa cui, senza dubbio, dà luogo la tutela.

§ 49. A causa di questo nesso di immediata derivazione tra la tutela e l'antica successione nella potestas, noi possiamo, studiando il sistema classico di delazione della tutela, risalire all'antica familia e determinare quel che avveniva in essa alla morte del capo.

Studiando, appunto, la tutela classica noi possiamo argomentare che nell'epoca antica:

α) la familia non si scindeva in altre familiae come avviene nel periodo storico<sup>16</sup>;

β) che essa veniva *continuata* da colui che succedeva nella potestas quando costui fosse stato designato dal defunto paterfamilias (di solito un suus, ad esclusione degli altri sui);

γ) che essa veniva *assorbita* dalla più ampia familia agnatizia, quando il paterfam. non avesse provveduto a designare il successore, né vi fossero stati sui, e la potestas fosse così spettata al prossimo agnato.

Il paterfamilias in forza della sua potestas poteva designare una persona che gli succedesse nel governo della familia, acquistando la potestas (tutela) sopra le donne e gli impuberi. Orbene, *nulla impedisce di pensare che in virtù della medesima potestas il paterfamilias potesse conferire al designato anche la potestas sui figli maschi puberi a lui immediatamente soggetti*. E che ciò si verificasse alle origini non appare dubbio se si rifletta sulla natura del vincolo agnatizio che lega i discendenti del medesimo ceppo. Questo vincolo ha il suo fondamento sopra un'ideale soggezione al comune capostipite. Ora a questa soggezione ideale dell'epoca storica doveva corrispondere in epoca antica una *soggezione effettiva* al successore del primitivo paterfamilias (Cfr. 195.2 D. 50.16).

Un'idea di quel che fosse questa originaria continuazione della unità familiare possiamo trarla da questo esempio. Il paterfamilias, morendo, lascia un suus pubere e altre figlie e altri sui impuberi. Egli designa come tutore il suus pubere. Se noi consideriamo questa familia subito dopo la morte del padre, quan-

<sup>16</sup> BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, p. 8.

do il figlio gli è già, ipso iure, succeduto nella potestas, noi non potremo davvero notare scissione alcuna in essa. Ancora, infatti, c'è una persona alla quale, come tutore, sono immediatamente soggetti i membri di questa familia. *La precedente unità familiare si continua pressoché immutata.*

Ecco, dunque, come la tutela riesce in questo primo punto a rappresentarci l'antica successione nella potestas. Ma questa successione poteva o *continuare* la familia o *assorbirla* entro il cerchio della più larga familia agnaticia. Questo duplice fenomeno è ancora visibile nella tutela: mentre, infatti, quando tutore sia un suus o una persona designata dal defunto la familia viene *continuata*, quando invece il defunto non abbia provveduto a tale designazione e non vi sia nella familia un suus pubere ma soltanto donne o sui impuberi, la tutela spetta all'agnato prossimo, attraverso il quale la familia proprio iure viene *assorbita* nel seno di quella communi iure.

Come si vede, la tutela riproduce, ancora in epoca storica, tutti i tratti più caratteristici dell'antica successione nella potestà. Di questa successione essa serba la *struttura* e, in certo modo, la *funzione*. Tutore, infatti, può essere, in origine, soltanto un paterfamilias pubere<sup>17</sup>. Perché soltanto un pubere è capace di gestire la potestas. Egli è designato di regola dal testatore; in mancanza di tale designazione, la carica di tutore viene ipso iure attribuita a colui che occupa il posto preminente nella familia.

Orbene: queste tracce così notevoli dell'antica successione nella potestas che noi troviamo nella tutela, noi le ritroviamo, ma più affievolite, anche nella hereditas storica. La ragione di questo affievolimento c'è: diversamente dalla tutela, infatti, l'eredità non presenta più, in epoca storica, alcun residuo della antica funzione potestativa. Ond'è che mentre la tutela presenta struttura e funzione potestativa, l'eredità, invece, mentre conserva una struttura identica (o quasi) a quella tutelare, presenta per contro una funzione schiettamente patrimoniale. Dalla identità strutturale dei due istituti noi siamo autorizzati ad argomentare la loro *unità* nell'epoca antica: tutela ed hereditas costituivano alle origini un solo istituto giuridico. Solo più tardi esse si separarono: e dei due istituti dal primo derivati quello che del primo serbò più vivamente l'immagine, tanto nella struttura che nella funzione, fu appunto la tutela. In questo senso noi possiamo dire che l'istituto tutelare presenta in raffronto a quello ereditario il privilegio della priorità.

§ 50. Non bisogna, adunque, dire che la delazione della tutela fu modellata sulla delazione ereditaria: ambedue gli istituti hanno il loro comune modello nell'antico istituto dal quale discendono.

<sup>17</sup> V. in proposito BETTI, *Istituzioni*, § 39, p. 190; e per la ragione più profonda, CICU, *Diritto di famiglia*, 104-5; 144.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad Sabinum*: 1 pr. D. 26.4: P. 2529.

Legitimae tutelae lege duodecim tabularum adgnatis delatae sunt [et consanguineis]<sup>18</sup> item patronis, id est his qui ad legitimam hereditatem admitti possint: hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, idem tuerentur bona, ne dilapidarentur.

La giustificazione ulpiana (se è di Ulpiano) è ispirata a un criterio empirico: non è già che la tutela fosse deferita agli agnati a salvaguardia della loro vocazione ereditaria. La vocazione tutelare sorgeva naturalmente, come conseguenza necessaria dell'organismo agnatizio<sup>19</sup>.

IDEM, *libro trigesimo quinto ad edictum*: 5 pr. D. 26.4: P. 1000.

Legitimos tutores nemo dat, sed lex XII tabularum fecit tutores.

GAIUS, I, 155.

Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

ULPIANUS, XI, 3

Legitimi tutores sunt... qui ex lege duodecim tabularum introducuntur...

Le fonti, adunque, sono tutte concordi nell'attestare che le vocazioni tutelari furono disciplinate dalle XII tavole. Noi dobbiamo chiederci: furono le XII tavole a introdurre la prima volta quest'ordine di vocazioni?

La risposta l'abbiamo già data: le XII tavole consacrarono uno stato di cose che necessariamente si verificava nell'ordinamento interno della familia<sup>20</sup>.

La qualità di tutore legittimo deriva naturalmente dalla posizione in cui l'agnato si trova nella familia. Si tratta, come dice il Solazzi, «di un potere derivante dalla personalità» medesima dell'agnato: data l'organizzazione familiare agnatizia, gli agnati occupano naturalmente, nella familia (communi iure), una posizione giuridica alla quale si riconnettono certe conseguenze necessarie: fondamentale, fra tutte, è la vocazione alla tutela ed all'eredità degli altri agnati, le cui rispettive familiae si siano estinte per mancanza di successori.

Si noti: la familia communi iure è la base dalla quale si staccano, quando sorgono, e alla quale ritornano, quando si estinguono, le familiae proprio iure. Ora questo processo di creazione e di estinzione è un portato naturale della struttura della familia romana: e il modo e l'ordine della sua attuazione forniscono alla legge il modo e l'ordine della disciplina giuridica di esso.

Orbene, questo processo fondamentale dell'organizzazione familiare e la parallela disciplina giuridica hanno natura extrapatrimoniale, ed hanno riguardo esclusivo alla potestas. L'ordine giuridico si preoccupa di determinare soltanto

<sup>18</sup> [et consanguineis] SOLAZZI, *La classificazione dei tutori in Ulpiano*, XI, 2. Cfr. anche ALBERTARIO, *Providentia etc.*, p. 5.

<sup>19</sup> L'ALBERTARIO, «*Providentia*» nelle fonti giuridiche romane, considera appunto interpolato, come del resto noi pure sospettiamo, l'inciso «*hoc summa... dilapidarentur*».

<sup>20</sup> Cfr. BETTI, *Istituzioni*, § 31 p. 140-141; 143.

la posizione giuridica del *paterfamilias*. Esso disciplina, riconoscendoli, i punti di coordinamento (diciamo così) dell'organismo agnazio. E questi punti erano pochissimi; si trattava, invero, principalmente, di riconoscere la famiglia così come si era naturalmente costituita, col suo capo e con la successione al suo capo, e nei suoi collegamenti con le altre *familiae* derivanti dal medesimo ceppo.

Tutto il rimanente congegno di posizioni giuridiche nell'interno della famiglia faceva capo al *paterfamilias*, il quale aveva una sua propria autonomia, che non fu mai toccata dallo Stato romano. Il quale, come dice il Bonfante, «rispettò questa singolare autonomia»<sup>21</sup>.

Ciò, adunque, cui l'ordine giuridico ha anzitutto riguardo è la posizione del *paterfamilias* nel quale si accentrano tutti i poteri sopra la famiglia a lui soggetta. Determinata la posizione giuridica di costui, e determinata la persona che, in caso di morte, avrebbe dovuto subentrare in questa posizione, è, per ciò stesso, determinato il regolamento giuridico integrale dell'organismo familiare. La disciplina giuridica degli interessi patrimoniali è conseguente a questa disciplina giuridica della posizione del *paterfamilias* e del suo successore nella potestà<sup>22</sup>.

Ecco perché originariamente il successore è colui che ha la 'vis ac potestas', colui che può esercitare questa potestas sulla famiglia.

L'ordine giuridico si preoccupava solo di determinare costui: e il criterio per tale determinazione era dato dall'organizzazione della famiglia.

Il successore per eccellenza, infatti, era il *suus pubere designatus* dal testatore, ad esclusione degli altri (*diseredati*). In mancanza di costui la 'potestas' era assunta dagli agnati.

Quest'ordine è primigenio ed è inderogabile. Mentre esso, originariamente, conteneva tutela ed *hereditas*, dopo che le due funzioni furono separate, esso rimase perfettamente rispecchiato nell'ordinamento tutelare che ne fu il vero continuatore, e sul quale può dirsi in certo senso che venne modellato l'ordinamento delle vocazioni ereditarie.

Un esempio istruttivo possiamo trarre dalla vocazione ereditaria e tutelare dei patroni in confronto dei loro liberi.

GAIUS, I, 165.

Ex eadem lege XII tabularum libertarum et impuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet. Quae et ipsa tutela legitima vocatur, non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia proinde accepta est *per interpretationem*, atque si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si in-

<sup>21</sup> *Istituzioni*<sup>8</sup> § 47 p. 141.

<sup>22</sup> Cfr. BETTI, *Istituzioni*, § 31, p. 139, dove è esposta la dottrina relativa all'autonomia dell'ordinamento familiare ed alla sua rilevanza per l'ordinamento statale.

testati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quia et agnatos quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat (cfr. Ulp. XI, § 3 Inst. I. 17; Gai Ep. 1, 7.1).

ULPIANUS, *libro trigesimo octavo ad Sabinum*: 3 pr. D. 26.4: P. 2838.

Tutela legitima, quae patronis defertur e lege duodecim tabularum, non quidem [specialiter vel] nominatim [delata] est, sed per consequentias hereditatium, quae ex ipsa lege patronis datae sunt<sup>23</sup>.

Sembrerebbe, da questi testi, a prima vista, che l'ordinamento della vocazione tutelare del patrono verso il liberto sia un posterius rispetto alla vocazione ereditaria; e che quest'ultima abbia costituito il modello della prima.

Invece, ancora una volta, è l'ordine delle vocazioni tutelari che qui pure precede quello delle vocazioni ereditarie.

Infatti, da che cosa la legge delle XII tavole deriva la designazione del patrono quale successore del liberto, quando costui sia morto intestato «nullo suo herede relicto»?<sup>24</sup>

È il rapporto tra le due familiae che determina naturalmente tale designazione. Il liberto, dopo la liberazione, diventa paterfamilias e può perciò avere figli in potestà: la sua familia proprio iure ha come familia communi iure la familia del patrono. E allora: o alla morte del liberto la sua familia è *continuuata* dai sui (o dai successori designati nel testamento) o, invece, quando non vi sono successori, è *assorbita* dalla familia del patrono. Se, in conseguenza, il liberto non lascia discendenti o li lascia soltanto di sesso femminile, poiché costoro non potranno continuare la familia, questa verrà assorbita entro la familia del patrono. Il quale, naturalmente, assumerà sulle donne la 'vis ac potestas'.

Quindi, che la legge decemvirale abbia disposto esplicitamente solo in ordine all'eredità, non deve indurre a concludere che il regime tutelare abbia avuto come suo primo modello quello ereditario. Quest'ultimo, infatti, ebbe il suo concreto modello in quei rapporti familiari di successione nella potestà, i quali, successivamente *affievoliti*, furono poi denominati *rapporti tutelari*.

Certamente i giureconsulti posti dinanzi alla lettera della legge dovevano, per interpretazione, argomentare che le vocazioni tutelari avevano un ordinamento identico a quello delle vocazioni ereditarie. Ma, ancora, questa loro argomentazione era fondata sul principio *ubi hereditas ibi tutela*; principio che discende dall'essere stati in antico i due istituti ricompresi nell'unico fenomeno della successio in potestatem. Ora di tale antica successio la più importante testimonianza storica è data, appunto, più dalla tutela che non dalla hereditas.

<sup>23</sup> Le interpolazioni segnate sono state notate dal SOLAZZI, *La classificazione dei tutori in Ulpiano*, XI, 2.

<sup>24</sup> ULPIANUS XXIX, 1. GAI III. 40, ULP. 195.1 D. 50.16, etc.

Il fenomeno di assorbimento della familia del liberto nella familia del patrono, è perfettamente espresso nella legge decemvirale, secondo quanto ci attesta Ulpiano (195.1 D. 50.16).

«Ex ea familia» inquit (lex) «in eam familiam».

Ora con questa espressione la legge non aveva solo riguardo all'eredità, considerata nel suo contenuto patrimoniale, ma *anzitutto* all'eredità in quanto rapporto di potestà, e quindi a fortiori in quanto rapporto tutelare.

Una prova evidente della priorità dell'ordinamento delle vocazioni tutelari è data da ciò che ora diremo.

§ 51. È principio fondamentale, così per la hereditas come per la tutela, che la delazione ab intestato, quando vada agli agnati, venga riferita al *prossimo* (adgnatus proximus familiam habeto).

GAIUS, *libro duodecimo ad edictum provinciale*: 9 D. 26.4: P. 264.

Si plures sunt adgnati, proximus nanciscitur et, si eodem gradu plures sint, omnes tutelam nanciscuntur (Gaio, I, 164; § 7 Inst. 1, 16).

ULPIANUS, *libro trigesimo octavo ad Sabinum*: 3.7 D. 26.4: P. 2838.

Proinde si alter ex patronis filium, alter nepotem reliquerit, utrum ad solum filium an vero et ad nepotem tutela pertineat, quia et nepos in familia patris sui proximus est? hoc apparebit ex legitimis hereditatibus: legitima autem hereditas ad solum filium pertinet: ergo et tutela ad solum filium descendit, post filium tunc ad nepotem.

PAULUS, *libro trigesimo octavo ad edictum*: 8 D. 26.4: P. 559.

Si reliquero filium impuberem et fratrem et nepotem ex alio filio, constat utrosque esse tutores [si perfectae aetatis sunt] quia eodem gradu sunt.

I tre testi applicano il principio della delazione della tutela al prossimo agnato. Sul testo di Gaio e su quello di Paolo non sorge dubbio di sorta: nel primo si afferma che, se gli agnati sono più, tutti saranno chiamati alla tutela; nel secondo si applica il principio ad un caso concreto.

Quando il defunto lasci due sui – oltre l'impubere – di cui uno figlio e l'altro nipote, subentrato nel posto del padre premorto, il figlio e il nipote saranno in realtà di pari grado e avranno, perciò, come prossimi agnati dell'impubere, la tutela su costui.

Qui si domanderà: in questo caso la familia del paterfamilias defunto in quante familiae si suddivide? *Per ora*, solo in due: perché quantunque l'impubere abbia la qualità di paterfamilias, questa qualità è però solo *potenziale*, e si esplicherà solo all'epoca della pubertà.

Sino a tale epoca egli sarà soggetto alla potestà tutoria dei fratelli agnati; ai quali, se egli morrà ante pubertatem, passerà anche, quali prossimi agnati, il suo patrimonio a titolo di eredità. Se si verificherà anche questo evento, *tutela ed eredità* si riuniranno ed appariranno nella loro organica unione. Coticché potrà dirsi che l'impubere non ebbe mai una posizione giuridica autonoma, e

non ebbe mai alcun rilievo, almeno pratico, il fatto che egli fosse divenuto erede del *paterfamilias*. Non sarebbe arbitrario affermare che egli, anzi, erede, nel senso antico della parola, non fu mai.

Passiamo ora al testo di Ulpiano. Se in confronto della liberta o del liberto impubere, essendo i patroni già morti, ci sono il figlio di un patrono e il nipote dell'altro patrono, a chi toccherà, come prossimo agnato, la tutela? Toccherà all'uno e all'altro pel fatto che tutti e due sono, rispettivamente, *proximi* rispetto ai loro defunti *paterfamilias*? (per es., perché il nipote era subentrato nel posto del proprio padre, premorto al *paterfamilias* patrono).

La decisione è negativa: prossimo, rispetto al liberto, è il figlio e non il nipote. Questa soluzione, dice Ulpiano, si desume anche argomentando *ex legitimis hereditibus*: ora la legittima hereditas, se il liberto fosse morto, sarebbe toccata, nel caso, al figlio e non al nipote.

Certamente l'ordine delle vocazioni ereditarie è indice sicuro per individuare l'ordine delle vocazioni tutelari, data l'identità dei due ordinamenti. I quali, tuttavia, presentano una differenza notevolissima che si appalesa quando il prossimo agnato sia una donna: ché, in questa ipotesi, mentre l'eredità andrà alla donna, la delazione tutelare passerà oltre sino a trovare il *proximo agnato maschio*.

È questo il caso in cui i due ordinamenti mostrano la diversità della loro funzione: l'uno, avente funzione potestativa, non può attuarsi che in presenza di un *paterfamilias*; l'altro, avente funzione patrimoniale, può anche attuarsi in capo ad una persona che *paterfamilias* non sia.

D'altro canto, però, l'identità strutturale dei due ordinamenti – come le fonti perfettamente ci indicano – attesta chiaramente che questa diversità non è originaria: e se non è originaria, bisogna chiedersi: quale dei due ordinamenti risponde meglio alle esigenze del periodo più remoto? Credo che non sia possibile altra risposta che questa: l'ordinamento tutelare.

HERMOGENIANUS, *libro secundo iuris epitomarum*: 10 pr. D. 26.4: P. 51. Adgnato propior femina, quominus sit impuberis adgnati tutor, non obicitur, ideoque patruus sororem consanguineam habentis fratris filii legitimus erit tutor, nec amita patruo magno, vel matertera [fratris] patruu filiiis ne sint tutores obstat.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad Sabinum*: 1.1 D. 26.4: P. 2529.

Interdum alibi est hereditas, alibi tutela, ut puta si sit consanguinea pupillo: nam hereditas quidem ad adgnatam pertinet, tutela autem ad adgnatum. item in libertinis, si sit patrona et patroni filius: nam tutelam patroni filius, hereditatem patrona optinebit tantundemque erit et si sit patroni filia et nepos.

IDEM: 1.3 D. 26.4: P. 2529.

Interdum autem etiam sine hereditate tutela defertur, interdum hereditas sine tutela, ut puta... si filiae adsignatus libertus sit: tutela quidem

apud fratres remanebit, ut Marcellus notat, legitima autem hereditas ad sororem pertinebit.

IDEM, *libro trigesimo octavo ad Sabinum*: 3.4 D. 26.4: P. 2838.

Si duo pluresve manumittant, omnes tutores sunt: sed si mulier sit inter manumissores, dicendum est solos masculos fore tutores.

Cominciamo dall'ultimo testo (fr. 3.4). Vi si afferma che se due o più persone, tra le quali una donna, manometteranno uno schiavo diverranno tutti patroni dello schiavo liberato. Se, quindi, il liberto dovesse morire intestato tutti saranno chiamati (in parti eguali) a succedergli.

Le cose vanno diversamente, però, per la tutela. Se il liberto è impubere, o se si tratta di una liberta, la tutela non sarà deferita a tutti i manumissori, ma soltanto ai maschi (solos masculos fore tutores).

Diremo che la soluzione è naturale, perché la donna non poteva essere tutrice: ma se non poteva essere tutrice sarebbe incoerente ammettere che essa potesse, almeno nelle origini, essere erede.

Nel testo di Ermogeniano (10 pr.) si pone questa fattispecie: un paterfamilias morendo lascia un *suus impubere* e una *sua pubere*.

Chi sarà il tutore del *suus impubere*? Per principio dev'essere il prossimo agnato. Nel caso, il prossimo agnato è *la sua*: ma la sua non può essere tutrice, dunque la delazione tutelare passerà sino a trovare il prossimo agnato maschio: il quale è lo zio (paterno). Se il *suus impubere* morisse prima della pubertà, suo erede sarebbe anche qui il prossimo agnato: il quale, però, non è più lo zio, ma la sorella. Costei, pur non essendo destinataria della delazione tutelare, è destinataria di quella ereditaria.

Che in questo fenomeno vi sia un'anomalia non è chi non veda. Il principio dovrebbe essere: *ubi tutela ibi hereditas* e viceversa (fr. 73 pr. D. 50.17. quo tutela redit, eo et hereditas pervenit, nisi cum feminae heredes intercedunt<sup>25</sup><sup>26</sup>. Invece qui vale la norma eccezionale *interdum alibi est hereditas, alibi tutela*. Ora dov'è la causa di questa incoerenza? Ed è essa originaria?

<sup>25</sup> PAULUS, *libro singulari de gradibus et adfinibus*: 10 pr. D. 38.10: P. 871.

...legibus hereditates et tutelae ad proximum quemque adgnatum redire censuerunt.

<sup>26</sup> Quanto al fr. 73 pr. D. 50.17 di Quinto Mucio Scevola, segnaliamo la critica che di esso fa ora il SOLAZZI, *Legge delle XII tavole*, p. 8 segg. Ma noi non crediamo di accedere alla tesi del Solazzi che vorrebbe riferire il testo alla tutela testamentaria e che presenta una ricostruzione del testo a nostro avviso non fondata. Dal fatto che nel testo si parli di tutela in generale e non di tutela deferita *ex lege*, il Solazzi argomenta che vi si dovesse parlare di tutela testamentaria. Ma noi obiettiamo che nessuna ragione obbligava Q. Mucio a specificare proprio *esplicitamente* il tipo di tutela cui egli si riferiva: la specificazione poteva benissimo chiaramente apparire dal contesto.

Noi ci pronunziamo nettamente per la tesi *conservatrice* in quanto consideriamo proprio originaria la formulazione «*quo tutela redit eo et hereditas pervenit*». Insitizia, invece, ci appare la chiosa «*nisi cum feminae heredes intercedunt*»: frutto, questa aggiunta, di una glossa che diremo classica.

Che sia originaria è da escludere. In origine non poteva essere erede chi non poteva essere tutore, cioè chi non poteva gerire una potestas.

La causa dell'incongruenza sta nella scissione, operatasi in epoca storica dei due concetti di tutela e di hereditas. Mentre la tutela mantenne, sia pure affievolito, il contenuto dell'originaria successione nella potestà, cosicché non era conferibile a persone incapaci di potestà, nulla impediva, invece, di attribuire a costoro l'eredità, che aveva già assunto carattere patrimoniale.

Del resto, malgrado questa deviazione della delazione ereditaria, l'antico stato di cose si può ricostruire attraverso la delazione tutelare. Perché la donna cui l'eredità veniva deferita, era poi essa medesima soggetta alla tutela perpetua di quello stesso agnato, cui invece era stata deferita la tutela. Infatti la sorella, erede del fratello impubere soggetto alla tutela dello zio, era essa medesima soggetta alla tutela di costui.

Davanti a tale stato di cose noi, ancora una volta, ci chiediamo: chi dunque, in definitiva, almeno per l'epoca più antica, era erede? La risposta è chiara: lo stesso tutore.

Ancora: Ulpiano (fr. 1.1) pone un'ipotesi simile a quella di Ermogeniano risolvendola alla stessa guisa. E alla stessa guisa risolve l'ipotesi in cui ci sia una patrona e un figlio dell'altro patrono: quantunque l'eredità del liberto impubere o della liberta spetti solo alla prima, la tutela, tuttavia, spetta soltanto al secondo (che è di grado più remoto). Così, ancora, è da decidersi il caso che vi sia una figlia e un nipote del patrono, premorto, rispetto al liberto impubere, o alla liberta. Il nipote avrà la tutela, la figlia l'eredità.

La stessa soluzione, infine, ci prospetta il fr. 1.3 in cui è riportato il pensiero di Marcello: quando un liberto impubere sia assegnato alla figlia del patrono, quantunque soltanto costei abbia diritto di succedere ab intestato al liberto tuttavia «tutela quidem apud fratres remanebit».

Tali principî si trovano affermati ancora nelle istituzioni giustiniane.  
pr. Inst. I, 17.

...et quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet. ideo autem diximus plerumque, quia, si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius est tutor.

In conclusione noi possiamo dire che tanto nell'eredità quanto nella tutela vale il principio che la delazione cade sul prossimo agnato. Soltanto che, men-

Il testo di Q. Mucio costituisce una preziosa testimonianza di quella che noi abbiamo chiamato *priorità dell'ordinamento tutelare* rispetto a quello ereditario. All'epoca di Scevola l'idea che la vera successio fosse quella nella potestas, che poteva essere realizzata soltanto da un paterfamilias, era ancora vivamente sentita. Perciò vero erede agli occhi di Scevola era colui che poteva essere anche tutore. *Ubi tutela ibi hereditas*.

In questo senso va appunto interpretato il testo in esame: guardato sotto questo profilo esso ci apparrà veramente ricco di significato ed arbitrarie ci parranno per contro tutte le proposte di emendazione avanzate dalla dottrina (cfr. SCHULTING, *Notae ad h. l.*).

tre per la tutela il prossimo agnato è il prossimo agnato maschio, per l'eredità invece esso può essere anche una donna. L'identità strutturale dei due istituti, però, permette di affermare che questa diversità non è originaria, e che anzi, in origine, l'ordinamento tutelare s'identificava con quello ereditario.

## CAPITOLO II

### IL PRINCIPIO «IN LEGITIMIS NON EST SUCCESSIO»

§ 52. Il principio «in legitimis non est successio», quale indice della identità strutturale fra eredità e tutela.

§ 53. Erronea versione giustiniana per cui tale principio non sarebbe stato accolto nella tutela (I. 3. 2. 7; c. 4.20 C. 6.4). Distinzione tra delazione successiva (ex tunc) e delazione nuova (ex nunc).

§ 54. Coerenza del principio con la struttura e con la funzione della tutela, incoerenza con la funzione – non con la struttura – della hereditas.

§ 55. Esegesi dei fr.: 1.2 D. 26.4; 3. 5. 8 D. 26.4.

§ 56. Successio e datio in locum.

§ 57. Rapporti tra vocazioni tutelari intestate e testamentarie. Principii applicati qui come nella hereditas: a) fino a quando sia possibile la vocazione testamentaria, non si fa luogo a quella legittima (11 pr. D. 26.2; 39 D. 29.2; 89 D. 50.17); b) «si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela in locum excusati dandum, non ad legitimum redire tutelam».

§ 58. Rapporti fra la nomina di un adiutor periculo tutoris constitutus e la datio in locum: 10 D. 26.10.

§ 59. La regola «tutorem habenti tutor dari non potest» 11.1-4 D. 26.2.

§ 52. L'indice più notevole della identità fra i due ordinamenti ci è dato dal principio «in legitimis non est successio» che si applica tanto nell'eredità quanto nella tutela.

Si sa che la delazione ereditaria di ius civile non può essere successiva: cioè, deferita l'eredità all'agnato prossimo, quantunque costui non accetti, l'eredità non può ulteriormente deferirsi al sequens o ai gentili.

GAIUS, III, 12.

Nec in eo iure successio est. ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit vel antequam adierit decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege competit.

PAULUS, IV, 8.21.

In hereditate legitima successioni locus non est. (Cfr. ULP. XXVI. 5; I, 3. 2. 7).

§ 53. Particolare interesse presenta il § 7 Inst. III, 2.

Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum successio-  
nem non esse, id est ut, quamvis proximus, qui secundum ea quae  
diximus vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem aut ante-  
quam adeat decesserit, nihilo magis legitimo iure sequentes admittun-  
tur. [quod iterum praetores imperfecto iure corrigentes non in totum  
sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos voca-  
bant, utpote adgnationis iure eis recluso. sed nos nihil deesse perfec-  
tissimo iuri cupientes nostra constitutione (c. 4.20 C. 6.4) sanximus,  
quam de iure patronatus humanitate suggerente protulimus, succes-  
sionem in adgnatorum hereditatibus non esse eis denegandam, cum  
satis absurdum erat, quod cognatis a praetore apertum est, hoc adgna-  
tis esse reclusum, maxime cum in onere quidem tutelarum et *primo  
gradu deficiente sequens succedit* et, quod in onere optinebat, non erat  
in lucro permissum.]

Stando a queste affermazioni di Giustiniano, dunque, il principio «in legiti-  
mis non est successio» non avrebbe avuto applicazione nelle tutele: anzi, come  
l'imperatore afferma nella cost. citata (c. 4.20<sup>a</sup> C. 6.4):

...antiquitus, cum in hereditate non erat successio posteriorum, in tu-  
tela tamen observabatur, ut eo qui primus forte vocatus erat se excusan-  
te sequens vocaretur.

Orbene, queste affermazioni di Giustiniano sono errate: perché non è vero  
che in antico nella tutela fosse ammessa la *delazione successiva*.

Anzitutto un chiarimento. Data la diversa funzione cui erano destinate la  
hereditas e la tutela, l'applicazione del principio presentava nei due istituti una  
configurazione diversa. Infatti nella tutela era evidente che, morto o capite de-  
minutus il tutore legittimo cui la tutela era stata ipso iure deferita, si doveva  
procedere ad una nuova delazione. Ma, ed è qui il punto fondamentale da te-  
nere presente, questa nuova delazione non era la stessa delazione originaria, per-  
ché non aveva vigore *ex tunc*, sibbene *ex nunc*.

Facciamo un raffronto con la delazione successiva della bonorum possessio  
(delazione, come si sa, ammessa dal pretore mediante l'*edictum successorium*).  
Qui sì che c'è veramente delazione successiva. È la stessa delazione che, non es-  
sendosi attuata in capo al primo chiamato, passa al chiamato *ulteriore*.

Nella tutela, invece, le cose stanno diversamente: la delazione tutelare, in-  
tanto, non può, per la sua stessa essenza, passare dal primo chiamato al chiama-  
to ulteriore. Infatti la qualità di tutore legittimo viene acquisita *ipso iure*, sorge  
necessariamente a causa della posizione medesima del chiamato nella familia.  
Si tratta di una qualità che inerisce alla posizione familiare e della quale non è  
possibile spogliarsi in nessuna maniera. Anche quando i tutori legittimi non in-  
tendano gestire la tutela, o compiano tutte le irregolarità pensabili nella gestio-

ne, essi *non possono mai essere rimossi*. Per tutta l'epoca classica, come ha provato il Solazzi<sup>27</sup>, il tutore legittimo fu inamovibile. E così, anche quando il tutore legittimo si liberi, mediante in iure cessio, della gestione tutelare, tuttavia egli rimane *tutore*; la posizione giuridica del cessionario è subordinata alla posizione del cedente, nel senso che questi resta pur sempre titolare dell'ufficio e quegli non fa che esercitarne le funzioni.

Che, dunque, non potesse esserci una delazione successiva è naturale. I tutori erano tali per necessità: la qualità di tutore sorgeva in loro naturalmente, pel fatto solo della loro posizione nella familia.

E allora fino a che era vivo e capace il tutore legittimo, cui necessariamente la tutela competeva, era impossibile procedere ad una delazione successiva della tutela. Una delazione successiva della tutela, tra l'altro, supporrebbe, come la delazione successiva della bonorum possessio, la rinuncia da parte del primo chiamato.

Ma una rinuncia alla tutela era impossibile. Il tutore poteva bensì rinunciare a gestire la tutela, ma non poteva, per la contraddizione che non lo consentiva, rinunciare alla stessa tutela. L'unica maniera per non diventare tutore (e per cessare di esserlo) era quella di *uscire dalla familia* mediante capitis deminutio: ma fino a quando l'agnato era in familia egli non poteva rinunciare agli effetti che derivavano necessariamente dal proprio *status* familiare. La sua posizione, rispetto alla vocazione tutelare, era identica a quella dei sui di fronte alla vocazione ereditaria.

Costoro, morto il paterfamilias, diventavano necessariamente paterfamilias (se maschi e puberi) e occupavano automaticamente il posto di eredi. Avrebbero potuto rinunziarvi? Non è chi non veda l'assurdità della sola domanda: si può rinunciare a un diritto il cui acquisto dipenda dalla nostra volontà. Ma non si può rinunciare ad una qualità che necessariamente inerisce, a un nostro status, a una nostra posizione nella familia.

Così l'agnato prossimo (maschio) era, come tale, e non poteva non essere, tutore. Di conseguenza, era impossibile ammettere *a)* una sua rinuncia, *b)* una delazione successiva della tutela conseguente a questa rinuncia.

Fino a quando *esisteva* (ed esisteva ipso iure) il tutore, non poteva procedersi alla vocazione di un nuovo tutore. Alla quale, però, si poteva procedere quando il tutore legittimo moriva o veniva capite deminutus. Domando: è forse questa una «*delazione successiva*»? E l'averne i classici ammessa questa *nuova* delazione tutelare, significa forse che fu ammesso nella tutela il principio pretorio dell'*edictum successorium*?

Se dovessimo stare alle parole di Giustiniano, dovremmo rispondere di sì. Ma la vera risposta da dare è negativa. No, in tali casi non ha luogo una de-

<sup>27</sup> *Curator Impuberis*, 50 segg.

lazione successiva della tutela, perché vi è già stato un tutore, e questi ora è morto (o capite deminutus); laddove il presupposto giuridico della delazione successiva (quale si ha nella bonorum possessio) è che *un erede non ci sia ancora stato*.

Una delazione è successiva quando, non essendo riuscita ad attuarsi in capo al primo chiamato, *passa* al chiamato ulteriore. Ma se essa *necessariamente* si ferma al primo chiamato (come pei sui, e come pei tutori legittimi), non può dirsi che proceda oltre, allorché, venuto meno per morte o capitis deminutio colui in capo al quale essa *si era già attuata*, si riapre la tutela.

In questo caso c'è una delazione *nuova*, ex nunc. L'antica delazione si è già esaurita, appunto perché si è attuata.

Credo che su questa differenza non possa esserci oscurità alcuna. L'oscurità l'ebbero soltanto i compilatori. I quali, equivocando sopra i due concetti di delazione nuova (ex nunc), e di delazione successiva (ex tunc), credettero che pel fatto stesso che, finita la *prima* tutela, fosse permesso passare ad una *nuova* tutela, si operasse delazione successiva della tutela: e ciò, a differenza da quello che avveniva nell'eredità<sup>28</sup>.

Il principio, adunque, «in legitimis non est successio» fu – e non avrebbe potuto non essere – rigorosamente attuato nelle delazioni tutelari. Fu anzi attuato più rigorosamente che non nelle delazioni ereditarie, perché in queste ultime si ammise di poterlo superare mediante la in iure cessio della delazione medesima.

§ 54. Dimostrerò, ora, che il principio dell'impossibilità di delazioni successive quantunque comune alla struttura dei due ordinamenti tutelare ed ereditario, si presenta tuttavia in contrasto con la funzione di quello ereditario. Qui, infatti, sebbene il principio sia affermato in astratto, si riesce però a superarlo: non solo, ma la presenza di questo principio è causa di incoerenza nell'ordinamento medesimo. A che cosa è dovuta la presenza di esso, se, anziché essere diretto a realizzare gli scopi della eredità, appare, invece, nei loro riguardi, ingombrante e contraddittorio?

I termini del problema sono questi:

- a) il principio «in legitimis non est successio» si ritrova tanto nell'ordinamento delle vocazioni tutelari, quanto in quello delle vocazioni ereditarie;
- b) i due ordinamenti presentano una identità strutturale;
- c) tuttavia, mentre questo principio era, nell'ordinamento tutelare, conforme tanto alla struttura quanto alla funzione dell'ordinamento medesimo,
- d) nell'ordinamento ereditario, invece, esso contrastava non tanto con l'ordinamento per se stesso, quanto con la funzione delle vocazioni ereditarie: di

<sup>28</sup> Di questo parere si dichiara ora anche il SOLAZZI nello studio citato (p. 9, n. 2).

qui la necessità di superarlo prima, mediante la *in iure cessio*, più tardi mediante l'*edictum successorium*.

Perché questo diverso valore del principio nei due ordinamenti che pure avevano una struttura *perfettamente identica*? E perché la coerenza di esso nell'uno e l'incoerenza nell'altro?

La soluzione non par dubbia. In origine tutore ed erede furono una sola persona. *I due ordinamenti costituivano un solo ordinamento*.

L'erede – che era anche il tutore – quando non fosse designato per testamento, era designato in modo naturale e necessario. La designazione aveva carattere necessario, in quanto scaturiva automaticamente dalla posizione nella famiglia agnaticia. La qualità di erede designato ineriva indelebilmente alla posizione familiare di *suus* o di agnato prossimo.

Questa indelebilità della qualità di *heres* è particolarmente manifesta nel *suus*: il quale è, non *diventa*, erede.

In tale situazione, dunque, sarebbe stato assurdo pensare ad una rinuncia. Ma se era impossibile una rinuncia, era per ciò stesso impossibile una delazione successiva dell'eredità. Anzi non vi era neppure, propriamente, una delazione, intesa come offerta della possibilità di diventare eredi. Non vi era che una vocazione necessaria. Cosicché il principio «*in legitimis non est successio*» aveva carattere organico, ed appariva perfettamente giustificato.

Ma quando i due ordinamenti, il tutelare e l'ereditario, si separarono, quantunque mantenessero la stessa struttura, essi mutarono funzione. O meglio: mentre l'ordinamento tutelare mantenne la struttura e la funzione dell'antico ordinamento (e quindi si mantenne a se stesso perfettamente coerente); l'ordinamento ereditario, invece, pur mantenendo l'antica struttura, assunse funzione nuova non coerente a questa struttura.

Ed ecco allora nascere da questo disagio una serie di *accomodamenti* con cui si tentò di superare le conseguenze logiche della struttura intrinseca dell'istituto.

Il principio nostro era l'indice più caratteristico di questa struttura: ma esso era in disarmonia con la funzione nuova cui l'istituto mirava: e allora, senza esser *soppresso*, esso venne superato mediante la *in iure cessio* della vocazione. Già questa *in iure cessio* era conosciuta anche nella tutela: ma gli effetti di essa furono modificati. Perché qui, anziché far restare erede sempre il cedente (come avveniva nella tutela), si permise, per mezzo di finzione, che erede divenisse lo stesso cessionario.

Per questa via il principio era vinto e, col principio, era minata intrinsecamente la stessa struttura da cui esso procedeva.

§ 55. Darò la prova esegetica di queste affermazioni. Ma prima mi preme mostrare, alla luce dei testi e in contraddizione con le affermazioni di Giustiniano,

che, come ho detto, la successiva delazione tutelare non poteva essere ammessa, e che ammessa era, invece, l'apertura di una tutela nuova.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad Sabinum*: 1.2 D. 26.4: P. 2529.

Si apud hostes sit frater, inferioris gradus adgnato tutela non defertur: nam et si patronus apud hostes sit, patroni filio tutela non defertur: sed interim a praetore datur.

IDEM, *libro trigesimo octavo ad Sabinum*: 3.5 D. 26.4: P. 2838.

Sed si aliquis ex patronis decesserit, tutela penes ceteros patronos est, quamvis ille filium reliquerit. sed et si ab hostibus fuerit captus, interim soli compatroni tutores sunt, simili modo et si in servitutum redactus sit, apparet ceteros esse tutores.

§ 6. Sed si omnes patroni decesserint, tunc tutela ad liberos eorum incipit pertinere.

§ 8. Quaeri potest, si patroni filius sit remotus vel excusatus, an nepoti tutela deferatur. et Marcellus in ea sententia est, ut *succedi* non posse scribat: idcirco enim abierunt tutela, ut alii in locum eorum dentur, non ut successio admittatur.

Questi quattro testi di Ulpiano si riferiscono alla tutela legittima.

Cominciamo dall'ultimo (fr. 3.8). Il testo presenta qualche disordine formale: esso, però, sostanzialmente è classico, almeno per quanto concerne l'applicazione del principio «in legitimis non est successio»<sup>29</sup>.

Vi si prospetta la seguente ipotesi: il figlio del patrono, che aveva la tutela sul liberto impubere o sulla liberta, viene rimosso [vel excusatus itp?]. Cosa avverrà della tutela? Può ad essa essere chiamato il figlio del figlio, cioè il nipote del patrono?

La soluzione è chiara: poiché la qualità di tutore è indelebile, il tutore (il figlio), quantunque rimosso, non perde però questa sua qualità. E sebbene egli possa essere allontanato dalla gestione della tutela, e possa, al suo posto, essere chiamato un sostituto (un tutore dativo o un curator impuberis) non può, invece, procedersi ad una nuova delazione della tutela legittima. Soltanto con la sua morte o con la sua capitis deminutio, sarà possibile, *fnita* la *prima* tutela, procedere alla delazione di una tutela *nuova* (ex nunc).

Così, infatti, decidono i classici: et Marcellus in ea sententia est, ut *succedi non posse scribat*.

Dunque il testo conferma la piena efficacia del principio «in legitimis non est successio». Fino a quando *esiste* la delazione iniziale, non si può procedere ad una delazione nuova. Solo quando finisce la prima sorge la possibilità di una seconda tutela.

Quanto all'affermazione, contenuta nel testo, circa la removibilità e la scusabilità del patrono non discuto della sua genuinità.

<sup>29</sup> SOLAZZI, *Curator impuberis*, p. 53.

Tuttavia una cosa è certa: ed è che per rimozione o scusa o *solo esonero* che sia, la tutela del figlio del patrono non si estingue. La delazione iniziale permanente, impedendo insuperabilmente il passaggio alla delazione della nuova tutela legittima (al nipote). L'ammissione di una datio pretoria, invece, non contraddice al principio della impossibilità di delazioni successive.

Contraddittoria sarebbe solo la coesistenza di tutori legittimi di grado diverso: i gradi più prossimi escludono i più remoti. Se c'è un agnato prossimo di un certo grado, la sua esistenza esclude che ce ne possa essere un altro pure prossimo di grado diverso. Ma quanto alla coesistenza di un tutore legittimo e di un tutore pretorio (dativo), la cosa è diversa, ed è perfettamente ammissibile. Esclusione c'è solamente: 1) nella tutela legittima, tra tutori che sarebbero di grado diverso, 2) fra tutela testamentaria e legittima.

Ma tutela legittima e tutela dativa, come tutela testamentaria e tutela dativa, possono tra loro coesistere.

È noto, del resto, che mentre è *identica* la *natura* della tutela legittima e di quella testamentaria, diversa è la natura di quella dativa: poiché le prime rappresentano, nell'epoca classica, in un certo senso, ancora una *vis ac potestas* quest'ultima, invece, ha schietto carattere di *onus*.

§ 56. In questa materia, pertanto, vanno tenuti distinti due concetti fondamentali: quello di *SUCCESSIO* e quello di *DATIO IN LOCUM*.

A) Si ha *successio* quando si sia in presenza di una delazione nuova (*ex nunc*): quando, perciò, si passi dalla tutela testamentaria alla legittima, o, nella legittima, dal grado precedente al seguente. Queste ipotesi hanno luogo solo quando la prima delazione si sia *esaurita* per morte o *capitis deminutio* del primo tutore.

B) Si ha *datio in locum* quando, pur *permanendo* la prima delazione, si proceda ad una *tutela dativa* che ha, almeno nel suo sorgere, carattere transitorio ed è diretta a sostituire il tutore nell'*amministrazione* e non nella titolarità della tutela.

Con questi due concetti operano i giuristi anche nel caso in esame: nel quale, pur essendo impossibile una *successio*, era però possibile, e veniva attuata, una *datio in locum* (idcirco enim abierunt tutela, ut alii *in locum eorum dentur, non ut successio admittatur*).

Così è risolta la questione analoga del fr. 1.2. Poiché ivi la tutela sul fratello impubere o sul liberto impubere spettava rispettivamente al fratello e al patrono prigionieri, poiché la prigionia *non estingueva ma sospendeva* il diritto del prigioniero (in ordine, però, alla tutela legittima sempre e alla testamentaria sino ad Adriano)<sup>30</sup>, la primitiva delazione permaneva rendendo così impossibile la delazione di una nuova tutela (cioè una *successio*). Ma se non poteva aver luogo

<sup>30</sup> Cfr. SOLAZZI, *Tutela e postliminio*. Infondata appare, quindi, la tesi del RATTI, *BIDR* 1926 p. 143 segg.

una successio, poteva, per contro, aver luogo una datio in locum. Così si decide che (tutela) interim a praetore datur<sup>31</sup>.

Agli stessi principî si ispira la decisione del fr. 3.5. Qui la morte di uno dei compatroni poteva far pensare che fosse possibile la delazione di una nuova tutela. Ma questa possibilità non c'è, perché la delazione si ferma al grado prossimo e non passa al seguente se non quando il primo sia esaurito. Onde, fino a quando i compatroni non siano tutti morti o tutti capite deminuti, permane l'iniziale delazione né potrà deferirsi una nuova tutela. La morte di uno di essi porterà *accrescimento* nella tutela degli altri o potrà dar luogo ad una datio pretoria (come nel fr. 11.4 D. 26.2).

Questi sono i principî applicati anche nel § 6. Qui, poiché tutti i patroni sono morti, l'iniziale delazione è *finita*, ed è quindi possibile passare alla delazione di una nuova tutela: poiché omnes patroni decesserunt, *tunc* tutela ad liberos eorum incipit pertinere (cfr. 11.4 D. 26.2).

Dunque nella tutela legittima il principio, 'in legitimis non est successio' è pienamente applicato: i sequentes sono chiamati in seguito all'apertura di una nuova tutela solo dopo che la prima tutela si sia esaurita per morte o capitis deminutio del tutore. Ma questo caso, cui ha riguardo Giustiniano, *non significa*, come l'imperatore erroneamente crede, *applicazione dell'edictum successorium, e quindi, possibilità di una delazione successiva*.

Vediamo come la stessa questione appaia risolta nella tutela testamentaria. Sorvolando, per ora, sulle profonde identità strutturali che presentano tra loro tutela testamentaria ed eredità testamentaria, fermiamo la nostra attenzione sulla delazione della tutela ex testamento e sui suoi rapporti con la delazione intestata.

§ 57. Il principio regolatore di tali rapporti è, nella tutela, come nell'eredità, quello secondo cui, fino a quando è possibile che prenda vigore la delazione ex testamento, non si può far luogo alla delazione intestata.

ULPIANUS, *libro trigesimo septimo ad Sabinum*: 11 pr. D. 26.2: P. 2835.

Si [quis] (testator) sub condicione vel ex die tutorem dederit, medio tempore alius tutor dandus est, quamvis legitimum tutorem pupillus habeat: sciendum est enim, *quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare*<sup>32</sup>.

Per l'eredità vige lo stesso principio, che è dalle fonti identicamente formulato.

ULPIANUS, *libro quadragesimo sexto ad edictum*: 39 D. 29.2: P. 1193.

Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

PAULUS, *libro decimo quaestionum*: 89 D. 50.17: P. 1367.

Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur.

<sup>31</sup> Fr. 1.2 D. 26.4.

<sup>32</sup> Cfr. GAI, 1.186, 187; § 1, 2 Inst. I, 20; cfr. 10 pr. D. 26.2.

La sola esistenza di valide vocazioni testamentarie all'eredità o alla tutela preclude la via alle vocazioni legittime: questo principio si riconduce alla amplissima potestas del paterfamilias (120 D. 50.16) «et heredis instituendi... tutelae quoque constituendi», e prova la poeriorità delle vocazioni testamentarie rispetto a quelle legittime.

Una volta, dunque, deferita la tutela ex testamento, fino a quando questa delazione *permane*, non è possibile procedere alla delazione ab intestato di una nuova tutela. Quest'impossibilità, al solito, ha ragione in ciò: che, poiché con la nomina testamentaria è stato attribuito ad un paterfamilias l'ufficio di tutore, questo ufficio non potrebbe più essere ad altri attribuito a titolo diverso.

La differenza, peraltro, che corre fra tutore testamentario e tutore legittimo è questa: che mentre il primo è solo chiamato ad occupare il posto di tutore senza che ci sia per lui una intrinseca necessità che lo porti ad occupare tale posto, per il secondo vi ha una intrinseca necessità, derivante dall'organismo agnatzio. E, quindi, mentre per il tutore testamentario è possibile la *rinunzia* – mediante *abdicatio*, nell'epoca più antica – questa non è possibile per l'altro.

ULPIANUS, XI, 17.

Si capite deminutus fuerit tutor testamento datus, non amittit tutelam: sed si abdicaverit se tutela, desinit esse tutor: abdicare autem est dicere nolle se tutorem esse. In iure cedere autem tutelam testamento datus non potest: nam et legitimus in iure cedere potest, abdicare se non potest (cfr. Sch. Sin. 46.48).

*Abdicatio* e *in iure cessio tutelae* sono i due rimedi giuridici con cui i tutori potevano liberarsi dalla tutela. Ma mentre con la prima veniva estinta la tutela testamentaria, essendo essa fondata non in uno status familiare, ma in una designazione fatta nel testamento, con la seconda la tutela, avendo fondamento in uno status familiare, non veniva estinta. Ne veniva solo trasferito ad altri l'esercizio.

Gli effetti, allora, ai fini della *successio*, erano diversi. In seguito all'*abdicatio*, invero, essendosi estinta la delazione testamentaria, si faceva luogo a quella legittima (delazione nuova della tutela); mentre, invece, con la *in iure cessio* si operava semplicemente un *subentrare*, da parte del cessionario, nel posto del cedente: il quale, peraltro, *rimaneva titolare dell'ufficio*.

All'infuori dell'*abdicatio*, – la quale venne meno, quando con decreto dei consoli si dichiarò il tutore 'pericolo suo cessare' Vat. fr. 155 – noi non conosciamo altra causa di *estinzione* della tutela testamentaria, se non la *morte* del tutore.

Paolo (6 D. 26.4 cit.) dice che si è intestati, quanto alla tutela, anche allorché, pur avendo nominato un tutore testamentario, questi muore adhuc filio impubere (vel filia) manente<sup>33</sup>. È solo con la morte del tutore testamentario che si deferisce la tutela legittima.

<sup>33</sup> Cfr. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, I, p. 19.

Fino a quando il tutore testamentario viva, ancorché sia rimosso, o scusato, o prigioniero o, comunque, non possa gestire la tutela e sia perciò sostituito da altro tutore, l'iniziale delazione tutelare ex testamento *permane*, costituendo così ostacolo insuperabile alla delazione della tutela legittima.

Vale qui il principio; 'si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela, deinde excusatus sit tutor testamentarius, adhuc dicimus in locum excusati dandum, non ad legitimum tutorem redire tutelam' (11.1 D. 26.2). Cioè l'esonero, la rimozione, la prigionia etc. quantunque cause sufficienti per allontanare il tutore dalla gestione della tutela non estinguevano punto la *delazione testamentaria*: e, in tutti questi casi, si realizzava una DATIO IN LOCUM, una sostituzione nell'esercizio dell'ufficio. Il tutore testamentario però, almeno in origine, dovette rimanere il titolare dell'ufficio: era, infatti, la gestione della stessa tutela che veniva continuata, quantunque da persona diversa dall'originario designato.

Quando (fr. Vat. 155) venne meno l'*abducatio* e, quindi, la tutela testamentaria divenne essa pure *non rinunziabile*, si poté soltanto ottenere di essere allontanati dalla gestione ove ricorressero «giuste ragioni di esonero. Ma il tutore test. esonerato non perdeva la qualità di tutore: l'accoglimento della scusa non si traduceva per lui, come per il tutore dativo, nell'annullamento del decreto di nomina, ma nel l'annullamento del decreto dei consoli che avevano pronunciato «suo periculo cessare». Nonostante la rimozione o la scusa *rimaneva ferma la tutela del tutore scusato o rimosso* e il pretore non poteva nominare un altro tutore»<sup>34</sup>.

Il magistrato – nota il Solazzi – non poteva spogliare il cittadino di una carica della quale era legittimamente investito. Di qui la necessità di provvedere legislativamente affinché venisse dato al pretore il potere di nominare un nuovo tutore. Sorge da questa necessità il senatoconsulto di cui

GAIUS, I, 182.

Praeterea senatus censuit, ut si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela remotus sit, sive ex iusta causa fuerit excusatus, *in locum eius* alius tutor detur, quo facto prior tutor amittit tutelam.

ULPIANUS, XI, 23.

Hoc amplius senatus censuit, ut, si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela submotus fuerit, vel etiam iusta de causa excusatus, *in locum eius* tutor alius detur.

L'esonero o la rimozione non determinano, per se sole, la perdita della titolarità dell'ufficio tutelare: ecco perché è *impossibile* passare in tali ipotesi alla delazione della tutela legittima. Malgrado la rimozione o l'esonero il tutore continua ad essere tutore. Ed anche quando, in virtù della facoltà concessa dal senatoconsulto, fu possibile allontanare il primitivo tutore, questo allontanamento

<sup>34</sup> Così SOLAZZI, *Sul Sen. di Gaio*, I, 182.

non importava punto *estinzione del posto di tutore* creato con la delazione testamentaria. Questo posto permaneva, quantunque occupato da altro tutore; e la nomina del nuovo tutore si configurava non come *successio*, ma come *datio in locum*, sostituzione nell'esercizio dell'ufficio.

§ 58. Non crediamo di errare affermando che l'istituto della nomina di un nuovo tutore in luogo di quello esonerato o rimosso sia derivato dall'istituto dello 'adiutor tutoris periculo tutoris constitutus'.

POMPONIUS, *libro secundo enchiridii*: 13.1 D. 26.1: P. 175.

Est etiam adiutor tutelae, quem solet praetor permittere tutoribus constituere, qui non possunt sufficere administrationi tutelae, ita tamen ut *suo periculo eum constituent*<sup>35</sup>.

L'adiutor tutoris o il curator impuberis venivano aggiunti al tutore; e quantunque spesso essi fossero i veri amministratori della tutela, tuttavia la titolarità e la responsabilità dell'ufficio tutelare spettavano sempre al tutore testamentario.

Che in questo caso, dunque, il *posto di tutore* rimanesse quello stesso creato col testamento non c'è dubbio<sup>36</sup>. Ebbene, non bisogna allora avere difficoltà a riconoscere questa permanenza anche quando, più tardi, fu ammessa, nei casi di rimozione, esonero, prigionia, etc. la nomina di *un altro tutore*. Questa nomina e la conseguente esclusione del primo tutore non importavano estinzione dell'originario ufficio tutelare: dal quale, anzi, solo dopo l'occupazione da parte del nuovo era allontanato il vecchio tutore:

...quo facto, prior tutor amittit tutelam, come dice Gaio (I, 182).

Del resto questa permanenza dell'ufficio tutelare primitivo, anche dopo l'esclusione del primo tutore, non appare solo nella tutela testamentaria, ma si manifesta più chiaramente in quella legittima. Noi lo abbiamo già notato a proposito dell'analisi del fr. 1.2 D. 26.4.

Ivi si afferma che in luogo del tutore legittimo prigioniero era dato, pel tempo della prigionia, un tutore dativo (*datio in locum*). Orbene, questa *datio tutoris* non significava, naturalmente, estinzione dell'ufficio tutelare già occupato dal fratello prigioniero<sup>37</sup>.

La stessa cosa avveniva quando il magistrato nominava un tutore al posto dei tutori legittimi che fossero incapaci, per difetti fisici o per altre giuste cause, di gestire la tutela. Orbene, il tutore sostituito manteneva, sia pure *astrattamente*, come *nudum nomen*, la titolarità dell'ufficio tutelare, della quale egli non poteva essere assolutamente spogliato: e ciò, quantunque il nuovo tutore, assumendo la gestione tutelare, ne assumesse anche i rischi e gli oneri.

<sup>35</sup> SOLAZZI, *Curator impuberis*, p. 14 seg.

<sup>36</sup> Cfr. 9.5 D. 27.3.

<sup>37</sup> Come ha dimostrato il SOLAZZI (*Curator impuberis*, p. 74 seg.).

Probabilmente, ripetiamo, tanto nella tutela legittima quanto nella testamentaria, veicolo di introduzione della *datio in locum* fu l'istituto dello *adiutor periculo tutoris constitutus*. Da esso, per ragioni di evidente equità, si sviluppò la vera sostituzione del primitivo tutore e, quindi, l'esonero di costui dal *periculum futuri temporis*.

Una valutazione dei numerosissimi testi in cui si fa parola della *datio in locum*, porterebbe a queste conclusioni: ma non è questa la sede per tale analisi.

Del resto, facendo tesoro dei risultati delle geniali ricerche del Solazzi, e considerando questi risultati dal punto di vista dei rapporti tra la delazione testamentaria e la delazione legittima della tutela (rapporti identici a quelli che corrono tra delazione testata ed intestata della eredità), le nostre affermazioni appaiono conformi alla più recente ricostruzione degli istituti tutelari.

Traccia eloquente della derivazione della *datio in locum* ci porge

PAPINIANUS, *libro duodecimo quaestionum*: 10 D. 26.10: P. 201.

Decreto praetoris [ut suspectus] remotus periculum futuri temporis non timet: iniquum enim videtur removeri quidem a tutela [vel cura] in futurum autem non esse securum<sup>38</sup>.

Il tutore rimosso non timet periculum futuri temporis: ma questo esonero è fondato non tanto sulla cessazione della sua amministrazione, quanto su di un principio d'equità.

Il fatto solo che Papiniano sia indotto a *giustificare* la soluzione con ragioni di equità, è indice che non avrebbe ripugnato alla natura dell'istituto, il far sopportare al tutore rimosso anche il *periculum futuri temporis*. La qual cosa non è poi nuova, se pensiamo al curator impuberis o allo adiutor che erano costituiti *periculo tutoris*.

§ 59. La regula iuris «tutorem habenti tutor dari non potest», che assunse in diritto giustiniano un significato diverso da quello suo originario<sup>39</sup>, significò appunto, in origine, che il tutore, tanto legittimo quanto testamentario, non poteva essere spogliato della sua qualità. La sua titolarità dell'ufficio tutelare era perpetua e non cessava se non con la morte (o con la capitis deminutio pel tutore legittimo). Quindi anche quando si procedette alla nomina di un adiutor, dapprima, e a quella di un nuovo tutore, di poi, il primitivo tutore, sia pure perdendo l'amministrazione della tutela, rimaneva astrattamente tutore. E anche quando quest'ultimo residuo della sua titolarità venne meno, non venne mai meno, però, il principio che durante la vita dell'antico tutore *permanesse* l'ufficio tutelare originario.

<sup>38</sup> Cfr. SOLAZZI, *Tutor suspectus*.

<sup>39</sup> SOLAZZI, *Rendiconti R. I. Lombardo*, 52 p. 227 seg.

ULPIANUS, *libro trigesimo septimo ad Sabinum*: 1.1-4 D. 26.2: P. 2835.

§ 1. Et si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela, deinde excusatus sit tutor testamentarius, adhuc dicimus in locum excusati dandum, non ad legitimum redire tutelam.

§ 2. Idem dicimus et si fuerit remotus: nam et idcirco abit, ut alius detur.

§ 3. Quod si tutor testamento datus decesserit, ad legitimum tutela redit, quia hic senatusconsultus cessat.

§ 4. Plane si duo pluresve fuerint tutores testamentarii, in locum eius, qui decessit vel in civitate esse desiit, poterit dari alius: ceterum si nullus supersit vel in civitate sit, legitima tutela *succedit*.

Nel § 1 si afferma, adunque, che l'esonero del tutore testamentario permette una *datio in locum* ma non una *successio* nella delazione tutelare: e questa *successio* è impossibile perché l'esonero non estingue l'ufficio tutelare creato con la delazione testamentaria. Permanendo la delazione testamentaria non è possibile quella intestata (Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest).

Nel § 2 si conferma la regola anche pel caso della rimozione.

Nel § 3, invece, si afferma che solo la morte del tutore testamentario estingue l'ufficio tutelare creato con la delaz. testamentaria, rendendo così possibile la delazione della tutela legittima. In questo caso *cessat senatus consultum*: il quale, infatti, aveva mirato a rendere possibile la nomina di un nuovo tutore malgrado l'esistenza del tutore originario. Quando invece il tutore originario muore, la delazione tutelare ex testamento si estingue, rendendo possibile quella intestata.

Nel § 4, infine, si dimostra apertamente che ciò che rende impossibile la nuova delazione intestata della tutela è il *permanere*, comunque, della delazione testamentaria precedente.

Se, infatti, vi siano più tutori testamentari, uno dei quali venga, poscia, a morire, in luogo del tutore morto non si può chiamare il tutore legittimo, ma si può solo chiamare un tutore dativo. La tutela legittima può deferirsi solo quando «nullus supersit, vel in civitate sit». In quest'ipotesi il testo dice che 'tutela legittima succedit'.

Solo ora, quando non esista più *assolutamente* la tutela testamentaria, sarà possibile passare a quella legittima: solo ora, cioè, si potrà far luogo veramente ad una *successio*.

Non è chi non veda qui l'applicazione integrale della regola: «Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest».

Anche sul terreno, dunque, della tutela testamentaria, abbiamo notato l'impossibilità della delazione successiva. E come nel campo ereditario (di ius civile) la presenza (e la possibilità stessa) della delazione testamentaria esclude quella intestata, così anche nel campo della tutela la *permanenza* dell'ufficio tutelare creato col testamento, esclude la possibilità della delazione intestata della tutela.

Abbiamo così provato, alla luce dei principî e sulla base delle fonti, l'errore dell'affermazione giustiniana, secondo la quale non sarebbe stato applicato alla tutela il principio: «in legitimis non est successio».

Dimostreremo, anzi, che il principio in parola scaturiva necessariamente dall'ordinamento tutelare, ne era l'indice caratteristico e, diversamente da ciò che avveniva nella eredità, aveva carattere inderogabile.

Lo abbiamo già detto: il tutore legittimo acquistava questa sua qualità a causa della sua posizione nella familia. Tra questa posizione e la qualità di tutore c'è perfetto coordinamento. E per far cadere la seconda non c'è altro mezzo che far venire meno la prima.

È naturale, pertanto, che non vi possa essere delazione successiva della tutela: perché, anzi, può dirsi che non vi sia una vera delazione (come non vi è vera delazione ereditaria riguardo ai sui) trattandosi di investitura necessaria così della qualità di tutore come della qualità di erede.

### CAPITOLO III

#### IN IURE CESSIO TUTELAE E IN IURE CESSIO HEREDITATIS

§ 60. Impossibilità, pei tutori legittimi, di liberarsi dalla tutela, che loro si deferiva quale ufficio collegato al loro posto familiare: sola possibilità di cederne ad altri l'esercizio (Gai I, 168, 171, Ulp. XI, 6.7, Sch. Sin. 51).

§ 61. Ragione dell'impossibilità di delazioni successive: la necessaria coordinazione tra i posti familiari e le vocazioni tutelari o ereditarie e la conseguente *necessità* della designazione ad erede o a tutore.

§ 62. Applicazione integrale di questo principio nella tutela e nella successione dei sui.

§ 63. Contrasto, nell'eredità, fra l'impossibilità di una delazione successiva e la volontarietà dell'acquisto nonché la possibilità della rinuncia da parte degli agnati.

§ 64. Causa di questa incongruenza, la funzione patrimoniale assunta dall'eredità in contrasto con la sua struttura potestativa.

§ 65. Maniera di superarla mediante la in iure cessio hereditatis: requisiti di questa.

§ 66. Spiegazione dell'incongruenza: distinzione tra effetti derivanti dalla struttura dell'eredità, ed effetti derivanti dalla sua funzione. (Quanto ai primi, la designazione dell'agnato è necessaria, né può procedere oltre; quanto ai secondi l'acquisto del patrimonio ereditario è volontario e rinunziabile).

§ 67. Valore giuridico dell'adizione dell'agnato e contenuto della in iure cessio hereditatis.

§ 68. Presupposto della in iure cessio, il fittizio subentrare del cessionario nel posto familiare dell'agnato non adeunte; fondamento di tale finzione.

§ 69. Raffronti tra la finzione di successione nello status familiae e la finzione di rescissione della capitis deminutio dell'emancipato.

§ 70. Impossibilità di tale finzione nella tutela.

§ 71. Conclusione.

§ 60. Pei tutori legittimi non vi era modo di liberarsi dalla tutela se non subendo una capitis deminutio: altrimenti essi potevano solo trasferirne ad altri l'esercizio.

La posizione giuridica del cessionario era, peraltro, subordinata a quella del cedente: il quale non si spogliava – e non lo poteva – della titolarità dell'ufficio, del suo *status*, ma ne cedeva ad altri l'esercizio.

GAIUS, I, 168-171.

Agnatis et patronis et liberorum capitum manumissoribus permissum est feminarum tutelam alii in iure cedere; pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur.

Is autem cui ceditur tutela cessicius tutor vocatur: quo mortuo aut capite deminuto revertitur ad eum tutorem tutela qui cessit; ipse quoque qui cessit si mortuus aut capite deminutus sit, a cessicio tutela discedit et revertitur ad eum qui post eum qui cesserat secundum gradum in ea tutela habuerit.

ULPIANUS, X, 1, 6.7.

Legitimi tutores alii tutelam in iure cedere possunt. Is, cui tutela in iure cessa est, cessicius tutor appellatur. Qui sive mortuus fuerit sive capite minutus sive alii tutelam in iure cesserit, redit ad legitimum tutorem tutela. Sed et si legitimus decesserit aut capite minutus fuerit, cessicia quoque tutela extinguitur.

*Scholia Sinaitica*, 51.

[Le]gitimos οὐ δύναται legitimo ἄλλ[ω in iu]re cede[re] τὴν ἐπιτροπήν οὐ γὰρ οἶοντε [τὸν α]ὐτὸν καὶ legitimon εἶναι καὶ cessicion<sup>40</sup>.

La in iure cessio tutelae da parte degli agnati non fu più possibile, naturalmente, quando con la lex Claudia, fu loro tolta la tutela perpetua sulle donne: e non rimase, perciò, che la tutela legittima dei patroni.

La morte o la capitis deminutio del cessionario faceva ritornare al cedente l'esercizio della tutela. Per converso, la morte o la capitis deminutio del cedente estingueva nel cessionario il diritto di esercitare la tutela. Infatti, la morte e la capitis deminutio di costui estinguevano la prima *delazione tutelare* e, quin-

<sup>40</sup> Cfr. SOLAZZI, *Curator impuberis* 70 seg.

di, rendevano possibile un'ulteriore delazione della tutela a colui che diveniva ora prossimo agnato (tutela revertitur ad eum qui post eum qui cesserat secundum gradum in ea tutela habuerit).

La decisione contenuta nello scolio sinaitico è quanto mai interessante.

Un tutore legittimo non può in iure cedere la tutela ad altro tutore legittimo: perché quest'ultimo non può essere al tempo stesso *cessicius* e tutore legittimo. Come dice il Solazzi<sup>41</sup>, della qualità di legittimo egli non può mai spogliarsi né essere spogliato, e nemmeno può cumularla con altre qualità. Se esercita la tutela, l'esercita necessariamente come *legitimus*, non come *cessicius*.

L'agnato, dunque, è *tutore*, per il fatto solo della sua posizione in familia, come il *suus* per il fatto solo della sua situazione familiare è *erede*.

Tutori o, rispettivamente, eredi essi lo sono ipso iure, indipendentemente da qualunque loro atto di volontà.

In conseguenza, essi non possono rinunciare né in alcun modo dimettere la qualità loro sopravvenuta: e, d'altro canto, essi non possono mai esserne, per nessun motivo, privati.

Quindi anche quando fu ammesso che, in *locum patroni absentis* o a causa della impubertà del patrono tutore, si potesse chiedere un altro tutore per il compimento di atti determinati<sup>42</sup> rimase però fermo che in tutti questi casi dovesse «*salvam manere tutelam patrono patronique filio*»<sup>43</sup>. Si noti, peraltro, che queste transitorie eccezioni non furono ammesse *de plano*, ma che anzi all'uopo fu necessario un *senatoconsulto*.

È tutto ciò conforme al sistema classico romano, e risponde all'ordinamento familiare? Certamente.

§ 61. Passiamo all'eredità. L'ordinamento delle vocazioni legittime ereditarie è strutturalmente identico a quello delle vocazioni legittime tutelari.

Eredi sono: 1°) i *sui*, 2°) l'agnato prossimo, 3°) i *gentili*.

Quanto alla tutela, la categoria dei *sui* è naturalmente ricompresa in quella degli agnati: onde tutori sono: 1°) l'agnato prossimo, 2°) i *gentili*.

I principî comuni regolatori di queste vocazioni ereditarie e tutelari sono:

1°) *quo tutela redivit, eo et hereditas pervenit*. Con questa sola eccezione: *nisi cum feminae heredes intercedunt* (73 pr. D. 50.17). Abbiamo visto come questa eccezione, considerata in relazione alla struttura dell'ordinamento ereditario, costituisca una *incoerenza*, mentre è *coerente* alla funzione nuova assunta dalla *hereditas*;

2°) *in eo iure non est successio* (Gai, III, 12).

<sup>41</sup> *Loc. cit.*

<sup>42</sup> GAI, I, 174, 176, 177, 178, 179, 180-181, 187.

<sup>43</sup> Cfr. ULP., XI, 21, 22.

La ragione del principio «in legitimis non est successio» sta, come abbiamo già visto, nel fatto che le vocazioni intestate ereditarie e tutelari sono originariamente collegate ai posti familiari preminenti. Quel posto che al momento della delazione della eredità o della tutela risulta preminente rispetto a tutti gli altri posti familiari, richiama *necessariamente ed esclusivamente* su di sé la vocazione alla eredità o alla tutela. Se vi sono discendenti, la posizione preminente è quella del suus; attraverso la successione necessaria di costui la famiglia, cui è venuto meno il capo, ritrova immediatamente la sua unità nel nuovo capo che subentra nella posizione del primo. In questa successione non c'è altro, si direbbe, che un movimento meccanico del congegno familiare; essa si verifica per una necessità intrinseca della famiglia di continuare la sua vita sotto la direzione del nuovo capo.

Quando non vi sono discendenti, la posizione familiare preminente è quella dell'agnatus proximus. Anche in questo caso la vocazione è necessariamente coordinata al posto familiare. Questa posizione più avanzata della familia communi iure, che sta ai confini di quella proprio iure, è la sola destinata ad operare l'assorbimento della familia proprio iure estintasi.

§ 62. Il secondo principio è *rigidamente* mantenuto nella tutela e nella successione dei sui. Riesce, invece, ad essere superato nella successione degli agnati mediante la in iure cessio hereditatis<sup>44</sup>.

Che questo principio scaturisca necessariamente dall'ordinamento tutelare in quanto modellato sull'organismo familiare agnatizio, abbiamo già notato. Lo stesso è da ripetere quanto alla successione ereditaria: essa pure ha un ordinamento necessariamente determinato dall'organizzazione familiare.

E allora, poiché la qualità di erede non dipende da un atto di volontà del chiamato, ma sorge automaticamente quale attributo naturale della posizione che egli occupa nella familia, è inconcepibile, qui come nella tutela, un atto di rinuncia. Non si può rinunciare a ciò che necessariamente si è.

Orbene, per quanto concerne i sui, nella prima parte della nostra trattazione (§ 1 segg.) abbiamo dimostrato che essi sono eredi *necessariamente*: una loro rinuncia sarebbe inconcepibile. Pei sui, quindi, vale integralmente il principio «in legitimis non est successio».

Passiamo agli agnati. Un'osservazione preliminare. Non c'è ragione di contestare per gli agnati in quanto eredi quel che abbiamo detto per i sui e per gli agnati in quanto tutori. La designazione degli agnati quali eredi è una designa-

<sup>44</sup> Il PEROZZI, *Ist.*, II, 469, crede che il principio «in legitimis non est successio» sia derivato da un'interpretazione restrittiva della legge delle XII tavole. Cfr. anche in tal senso DERNBURG, *Pandette*, III trad. Cicala, 489 n. 6. Inutile soggiungere che tale spiegazione, a nostro avviso, non risponde alla vera natura del principio. Le stesse osservazioni valgano per l'ARANGIO RUIZ, *Ist.*, II, 229.

zione organica, come quella dei sui e dei tutori, perché è pur sempre la loro posizione nella famiglia che determina la loro chiamata. Ma allora anche per gli agnati deve integralmente valere il principio che esclude la delazione successiva. E ciò, anche qui, per il motivo che per loro la designazione ad erede è necessaria, e che ad essa non si può rinunciare.

Questo, secondo i principî e la coerenza del sistema.

§ 63. Ebbene, quantunque anche per gli agnati lo ius civile mantenga il principio 'in legitimis non est successio' tuttavia l'applicazione di esso non è assoluta.

Infatti alla *designazione necessaria* non fa riscontro un *acquisto* parimenti *necessario*, essendo ammessa la rinuncia alla eredità; e, d'altra parte, l'impossibilità di una delazione successiva viene praticamente superata mediante la in iure cessio hereditatis.

Perché questa diversità nella disciplina giuridica della successione degli agnati se, come abbiamo dimostrato e come le fonti medesime ci attestano, la struttura della loro vocazione è in tutto identica e alla struttura delle vocazioni tutelari e a quella della vocazione ereditaria dei sui?

Infatti il principio di una impossibilità della delazione successiva vale tanto pei tutori e pei sui, quanto per gli agnati chiamati all'eredità. Ora è ovvio pensare che questo principio sia la conseguenza naturale della designazione necessaria per cui gli agnati sono chiamati ad assumere tutela ed eredità. Come ammettere, dunque, il principio senza ammettere tutte le conseguenze? È quello che vedremo.

Quanto all'applicazione del principio ai tutori ed ai sui ne abbiamo già trattato (cap. prec.). Occupiamoci ora della applicazione di esso agli agnati in quanto eredi legittimi.

GAIUS, III, 12.

Nec in eo iure successio est: ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit vel antequam adierit decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege competit (cfr. Collat. 16.2.12).

PAULUS, IV, 8.23.

In hereditate legitima successioni locus non est. Ed ideo fratre decedente, antequam adeat aut repudiet hereditatem, fratris filius admitti non potest, quia ommissa successio proximiori defertur.

ULPIANUS, XXVI, 5.

...Quod si nemo eorum adierit, ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quoniam in legitimis hereditatibus successio non est.

§ 7 Inst. III, 2.

Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse...

ULPIANUS, *libro tertio decimo ad Sabinum*: 2 pr. D. 38.16: P. 2524.

Post consanguineos admittuntur adgnati, si consanguinei non sunt, merito, nam si sunt consanguinei, licet non adierint hereditatem, legitimis non defertur.

IDEM, *eod.*: 2.4.5 D. 38.16: P. 2524.

Legitima hereditas tantum proximo defertur...

Interdum ulteriorem adgnatum admittimus: ut puta fecit quis testamentum, cum haberet patruum et patrum filium, deliberante herede scripto patruus decessit; mox heres institutus repudiavit hereditatem: patrum filius admittetur.

Il principio, dunque, che «in legitimis non est successio» è affermato nelle fonti: la vocazione ereditaria si ferma all'agnato prossimo e non può procedere oltre. Perché? Perché l'agnato prossimo è *necessariamente designato* erede. Dovrebbe da ciò seguire anche la necessità dell'*acquisto* dell'eredità. Invece le fonti ci attestano che l'agnato può rinunciare.

C'è qui, come si vede, un'aperta contraddizione. Perché, se per fatto che l'agnato prossimo è necessariamente designato si spiega come la vocazione non possa procedere oltre, ma debba fermarsi in capo a lui, d'altro canto non si spiega come questa necessità non importi anche la necessità dell'acquisto ereditario: pel quale, invece, si richiede l'adizione e al quale si può pure rinunciare. Il principio dell'impossibilità di una delazione successiva, pertanto, se è, da un lato, coerente alla designazione necessaria, è, dall'altro, incoerente con la volontarietà dell'acquisto. A che cosa ricondurre questa incoerenza?

§ 64. Noi l'abbiamo già detto: la successio originaria romana è essenzialmente una successione nella potestà, alla quale è chiamato chi occupa il *posto preminente* nella familia. Eredi, pertanto, sono necessariamente l'heres suus, quando ci sia, o, in mancanza, l'agnato prossimo; quest'ultimo, almeno in processo di tempo, solo come erede designato. Sono costoro ad occupare il *posto preminente*: e la vocazione ereditaria inerisce, ripetiamo, ai *posti familiari preminenti*.

Quando, perciò, c'è un agnato prossimo, erede deve essere lui e non può essere altri che lui. Questa esigenza è perfettamente attuata nell'ordinamento tutelare, il quale riproduce integralmente il primitivo ordinamento successorio. Essa è pure attuata, *ma non integralmente*, nell'ordinamento ereditario classico.

Spieghiamo in che senso l'esigenza in parola non è *integralmente* attuata nell'ordinamento ereditario.

Ecco: quando la successione non consistette più in una successio nel governo della familia, e in essa prese invece preminente rilievo l'elemento patrimoniale, che l'antica successione lasciava assolutamente nella penombra, l'*acquisto necessario dell'eredità* divenne incongruente con questa nuova funzione patrimoniale della successione. Di qui il bisogno di un rimedio per superare gli effetti derivanti dalla necessità della vocazione.

L'ordinamento delle vocazioni non venne in nessun punto toccato, tranne che con l'attribuire anche alla donna la qualità di erede. Tutto il sistema delle designazioni intestate, che un tempo importavano il necessario *acqui-*

*sto della qualità di erede*, venne pur sempre mantenuto e con esso, di conseguenza, fu mantenuto il suo effetto principale: cioè l'impossibilità di una delazione successiva.

Ma gli effetti patrimoniali di questa *necessaria designazione* vennero evitati con una serie di rimedi. Abbiamo già visto che per i sui fu introdotto l'espedito pretorio dell'abstentio, prima, e quello civile della istituzione sotto condizione potestativa, dopo. Anche per gli agnati fu provveduto facendo dipendere dalla loro volontà l'acquisto del patrimonio ereditario. Ma anche prima dell'adizione essi venivano *considerati i soli possibili eredi*, nel senso che il posto di erede poteva essere occupato da loro esclusivamente. Ecco perché, sebbene non avessero adito, la delazione non poteva passare ai sequentes.

§ 65. Ora tra l'impossibilità di una delazione successiva – impossibilità che portava ad escludere ogni altro erede fuori dell'agnato – e la possibilità in cui si trovava l'agnato prossimo di rinunciare all'acquisto dell'eredità c'era stridente contrasto. Bisognava trovare la via per dar modo ad altre persone di venire all'eredità, pur mantenendo il principio dell'impossibilità di delazioni successive: e questa via fu trovata con la *in iure cessio hereditatis*.

GAIUS, II, 34.37.

*Hereditatis quoque in iure cessionem tantum recipit. nam si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, proinde fit heres in cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset; post obligationem vero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet...*

*...testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit... idem et de necessariis heredibus diversae scholae auctores existimant, quod nihil videtur interesse, utrum aliquis adeundo hereditatem fiat heres, an invitus existat: ...sed nostri praeceptores putant nihil agere necessarium heredem, cum in iure cedat hereditatem (cfr. Gaius, III, 85.87).*

ULPIANUS, XIX, 12.14.

*Hereditas in iure ceditur vel antequam adeatur vel posteaquam adita fuerit. antequam adeatur, in iure cedi potest ab herede legitimo; posteaquam adita est tam a legitimo quam ab eo, qui testamento heres scriptus est. si antequam adeatur hereditas in iure cessa sit, proinde heres fit, cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset, et rel.*

Vediamo quali requisiti si richiedano per la *in iure cessio hereditatis*, e quali effetti ne discendano.

1) Deve trattarsi di un heres legitimus; 2) la *in i. cessio* deve avvenire ante aditionem hereditatis; 3) il cessionario subentra nello stesso *posto* del cedente e, in conseguenza di questa successio in locum, si attuano in capo a lui quegli effetti che, in ordine all'eredità, sono necessariamente collegati a quel po-

sto. In particolare, dunque, egli subentra nella chiamata necessaria all'eredità dell'agnato defunto<sup>45</sup>.

La caratteristica in iure cessio hereditatis è per l'appunto quella compiuta dall'agnato ante aditionem.

Ora bisogna anzitutto affermare che l'agnato è erede designato ipso iure: la sua posizione nella familia gli attribuisce per sé sola, necessariamente, la qualità di vocato. Tale affermazione scaturisce dal sistema originario del-

<sup>45</sup> Sulla in iure cessio hereditatis dell'agnato prossimo vedi anche FADDA, *Concetti*, § 361-362. Il Fadda riporta le principali opinioni sostenute in dottrina intorno a questo istituto. Egli accede, giustamente, all'opinione prevalente, secondo la quale la in iure cessio hereditatis fu introdotta per ovviare agli inconvenienti derivanti dalla mancanza della successio graduum nella delazione ereditaria. Cfr. GIRARD, *Manuel*, 7<sup>a</sup> ediz., 930-933. Quanto al contenuto della in iure cessio hereditatis, il Fadda opina che si tratti di una hereditatis petitio: quanto agli effetti, egli crede che mediante la in iure cessio hereditatis l'erede legittimo non trasmette l'hereditas delata, ma la acquisita.

Restano, peraltro, insoluti i problemi fondamentali relativi a tale istituto. Cioè:

- 1) Quale la ragione del principio «in legitimis non est successio», a superare il quale la in iure cessio hereditatis fu introdotta?
- 2) Quali le ragioni che giustificano le identità e le differenze tra la in iure cessio tutelae e la in iure cessio hereditatis?
- 3) Perché la vera in iure cessio hereditatis poteva solo essere compiuta dall'agnato prossimo, prima della adizione, e non anche dagli eredi testamentari e dai sui?

Le soluzioni che noi prospettiamo nel testo sono:

1) Il principio «in leg. non est successio» è determinato dall'organicità della designazione tutelare ed ereditaria: designazione, appunto, *necessariamente* collegata al posto familiare preminente (quello del proximus adgnatus). A causa di questo collegamento necessario la delazione ereditaria si arresta in capo al prossimo agnato. Per superare questo ostacolo non vi è altra via che la in iure cessio hereditatis mediante la quale l'agnato, non ancora adeunte, chiama il cessionario ad occupare (per finzione) il suo posto familiare. In quanto si finge occupare tale posto il cessionario – come dice Gaio – proinde fit heres, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset.

2) La in iure cessio è possibile tanto nella eredità quanto nella tutela, perché i due istituti hanno una struttura identica ed hanno quindi esigenze identiche. Vi è, peraltro, tra i due istituti questa differenza: che mentre l'uno (la tutela) ha struttura e funzione potestativa, l'altro (la eredità), quantunque abbia struttura potestativa, ha, tuttavia, funzione prevalentemente patrimoniale. A questa differenza è da riportare la diversità di effetti della in iure cessio tutelae in confronto della in iure cessio hereditatis.

3) La in iure cessio poteva essere soltanto compiuta dall'agnato prossimo, prima della adizione perché: *a*) per il suus, a causa del suo acquisto necessario (ipso iure), una in iure cessio hered. non è concepibile; *b*) quanto all'estraneo egli non può compiere la in iure cessio hereditatis non tanto perché la delazione è personale, come comunemente si dice, quanto perché essa non è collegata ad un posto familiare. Poiché la in iure cessio ha, soprattutto, lo scopo di far subentrare – sia pure per finzione – il cessionario nel posto familiare del cedente, per rendergli possibile l'esercizio dei diritti a tale posto necessariamente collegati, è chiaro che a questo risultato non potrebbe portare la in iure cessio fatta dall'estraneo.

Nella in iure cessio dell'agnato (ante aditionem) c'è un «subentrare» – sia pure finto – del cessionario nella posizione familiare del cedente. A causa di questa successio il cessionario può esercitare tutti i diritti che al posto in cui è subentrato sono oggettivamente inerenti. Cfr. BONFANTE, *Scritti giurid.*, I, 288; Ist.<sup>8</sup>, p. 561; PEROZZI, *Ist.*, II, 388 seg.

le vocazioni ereditarie che abbiamo visto fondato sulla familia. Essa, del resto, è indubbia pel tutore: l'agnato è tutore ipso iure. Se, dunque, in origine, come abbiamo dimostrato, tutela ed eredità costituivano un solo istituto avente un ordinamento identico a quello che noi riscontriamo nella tutela ancora nell'epoca classica, non vi ha dubbio alcuno che l'agnato fosse in origine erede ipso iure.

§ 66. Del resto la nostra affermazione trova riscontro ancora nel sistema ereditario dell'ius civile: solo che, in esso, data la nuova funzione patrimoniale assunta dall'eredità, bisogna distinguere due effetti: 1) un effetto discendente dalla *struttura* della successione, 2) un effetto discendente dalla *funzione* della medesima.

A) Quanto al primo effetto, consistente nel sorgere necessario della qualità di erede e di tutore in capo all'agnato, esso si *produce ancora in epoca storica* ed è da ricondurre ad esso il principio 'in legitimis non est successio' ancora (almeno formalmente) applicato. Quindi, da questo punto di vista, l'agnato prossimo è *erede* necessariamente designato, a causa del posto preminente che egli occupa in familia. Come abbiamo detto, infatti, le vocazioni intestate ereditarie e tutelari sono organicamente collegate ai posti familiari.

B) Ma già per tempo, secondo l'esplicita testimonianza che le fonti ci presentano, a questa designazione necessaria quale erede non corrisponde un contemporaneo e necessario acquisto del patrimonio ereditario. Ciò discende dalla *funzione nuova* assunta dalla successione. Orbene, mentre dalla struttura della successio derivava la *necessaria designazione* dell'agnato e, quindi, l'impossibilità di una designazione ulteriore, a cagione della funzione nuova, invece, non vi fu ripugnanza ad impedire l'acquisto necessario del patrimonio ereditario. Per questo lato si lasciò all'arbitrio dell'agnato di accettare o non accettare l'eredità.

§ 67. L'adizione dell'heres legitimus ebbe, dunque, un valore profondamente diverso dall'adizione dell'erede estraneo designato nel testamento. Mentre l'estraneo mediante l'adizione acquistava ora soltanto il titolo di erede e, di conseguenza, il patrimonio ereditario, l'agnato non acquistava *che il patrimonio ereditario*: perché del titolo di erede egli era già investito costituendo esso una qualità intrinseca della stessa posizione familiare.

Ponendosi da quest'angolo visuale – che è assolutamente aderente alle fonti – si comprende perfettamente perché la vera in iure cessio hereditatis potesse essere compiuta dall'heres legitimus, e non potesse esserla dal chiamato nel testamento.

Con la in iure cessio – prima dell'adizione – l'erede legittimo cedeva al cessionario un titolo (quello di erede designato) che egli già aveva, chiamava il cessionario ad occupare (per finzione) il proprio posto familiare cui la designazione quale erede necessariamente ineriva.

Tutto ciò non può avvenire per l'estraneo chiamato ex testamento: costui prima dell'adizione non avrebbe nessun titolo da trasferire al cessionario per legittimarlo all'acquisto dell'eredità.

La chiave, allora, del problema è data dal *valore diverso dell'adizione* dell'erede legittimo e di quella dell'estraneo.

Si dice comunemente che con la *in iure cessio hereditatis* l'erede legittimo trasferisce la *delazione* dell'eredità: orbene, questo potrebbe, allora, dirsi anche per l'estraneo. Perché, invece, per quest'ultimo una vera *in i. c. h.* non è possibile<sup>46</sup>?

L'erede legittimo, invece, cede un titolo: quello di erede designato necessariamente. E questa cessione si opera mediante il finto subentrare nel posto familiare del cedente.

La cessione si svolge *internamente*: nei confronti della successione muta solo la *persona fisica* che ad essa viene, non anche il titolo (ed il posto) che giustifica la chiamata.

Tra il chiamato ex lege e il chiamato ex testamento vi ha perciò una differenza essenziale. La delazione testamentaria come la legittima consistono nella attribuzione di un titolo: quello di heres. Mentre però questa attribuzione è nell'un caso necessaria, perché coordinata ad uno status familiare, questa coordinazione manca nell'altro.

La delazione legittima, infatti, era organica in quanto scaturiva necessariamente dal posto occupato dall'agnato nella familia. A questa designazione necessaria non si poteva rinunciare, come non era possibile rinunciare ai diritti familiari in genere. Anche lasciando l'agnato arbitro di accettare l'eredità, l'ordine giuridico non poteva, in caso di mancata accettazione del chiamato, procedere ad una delazione ulteriore: perché sarebbe stato incongruente pensare all'esistenza di eredi che non occupassero, nella familia, i *posti preminenti*.

La designazione necessaria era inerente a questi posti, in sé considerati, astrazione fatta dalle persone che li occupavano. Appunto *questo carattere oggettivo della designazione* rende possibile la *in iure cessio hereditatis* da parte dell'agnato. Il quale, come abbiamo detto, chiama il cessionario ad occupare il suo posto medesimo, conferendogli quel diritto di acquistare l'eredità che al posto come tale è necessariamente inerente.

I Digesti ci porgono un esempio interessante di *in iure cessio hereditatis* del legitimus.

ULPIANUS, *libro septuagesimo sexto ad edictum*: 4.28 D. 44.4: P. 1686.

Si cum legitima hereditas Gaii Seii ad te perveniret et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem, et posteaquam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio (in iure) cesseris pretio accepto isque a me petat hereditatem: exceptionem doli mali eius, qui ei cessit, non potest pati.

<sup>46</sup> Cfr. per una spiegazione BETTI, *Riv. d. diritto commerciale*, 1927, I, p. 572.

Se l'erede legittimo persuade il chiamato nel testamento a repudiare l'eredità, e, dopo la rinuncia di quest'ultimo, pretio accepto cede l'eredità a un terzo, contro costui, che rivendichi l'eredità dall'istituito rinunziante, non può il convenuto opporre un'eccezione di dolo. Essa sarebbe stata possibile in confronto dello stesso erede legittimo, non anche in confronto del terzo cessionario. Su quale fondamento sorge il diritto di costui?

Mediante la in iure cessio egli si è sostituito al cedente col finto subentrare nel suo posto familiare: in quanto ha occupato questo posto, egli ha anche potuto acquistare i diritti ad esso inerenti.

Non vi è stata, quindi, una *delazione successiva*; la delazione non poteva procedere oltre il posto dell'agnato prossimo: quanto poi alla persona che in concreto profittava della chiamata era indifferente che questo beneficio avvenisse in capo ad uno piuttosto che ad un altro. L'agnato, infatti, veniva alla successione soltanto perché investito di uno status familiare. Quando in questo status, mediante finzione giuridica, si faceva sottentrare il cessionario, le cose si atteggiavano, come dicono le fonti, proinde ac si ipse (cessicius) per legem ad hereditatem vocatus esset.

§ 68. Poiché la finzione aveva qui per obbietto di rendere possibile l'acquisto dell'eredità da parte del cessionario, ed esauriva in ciò la sua ragion d'essere, era possibile fingere, a questo fine, un subentrare nello status familiae: fenomeno, questo, altrimenti assurdo. L'agnato, in realtà, *rimaneva agnato*, anche dopo la cessione.

Vediamo le ragioni che giustificavano la finzione del sottentrare nello status in ordine all'eredità e non la giustificavano in ordine alla tutela.

Era possibile in ordine all'eredità, perché, a causa della funzione patrimoniale da essa assunta, la qualità di agnato aveva nella nostra ipotesi unicamente valore di *titolo legittimante alla petitio hereditatis*: e questo titolo si poteva fingere ceduto ad altri per rendere possibile al cessionario l'esperimento della petitio hereditatis.

L'acquisto dell'eredità non aveva più, infatti, carattere familiare. Sorto come negozio familiare esso si era in processo di tempo tramutato in negozio patrimoniale: quantunque, però, esso portasse pur sempre nei suoi presupposti e nei suoi effetti l'impronta incancellabile della sua originaria struttura.

Il subentrare nello status familiae è, in realtà, un assurdo: ma non è assurdo fingere che in esso si subentri quando questa finzione ha per scopo il compimento di un atto giuridico: l'adizione.

§ 69. Abbiamo prova di ciò nella finzione della rescissione della capitis deminutio dell'emancipato a cui il pretore vuole attribuire la bon. possessio c. t.

Se l'eredità non avesse avuto carattere patrimoniale, ma avesse mantenuta la sua natura *potestativa-familiare* originaria, sarebbe stato assurdo attribuire all'e-

mancipato l'antico *status familiae*. Poiché, invece, ormai l'acquisto ereditario ha un contenuto schiettamente patrimoniale, è possibile costituire per finzione quel presupposto – *status familiae* – che si richiede per l'acquisto medesimo. Ma la finzione esaurisce il suo effetto col compirsi dell'atto in vista del quale è stata fatta, e non produce effetti ulteriori: ad esempio, l'emancipato non ridiventa agnato coi componenti della familia alla quale si finge che appartenesse, né il cessionario diventa egli stesso agnato invece del cedente.

§ 70. Passiamo alla tutela: essa mantiene, invece, il carattere potestativo della successione originaria. Il tutore non potrebbe spogliarsi del suo status facendovi subentrare un terzo: egli non potrebbe cioè far occupare da un terzo il suo posto familiare.

Né, qui, si può fare ricorso alla finzione. La chiamata tutelare, infatti, non ha per oggetto, come quella ereditaria, il compimento di un solo atto giuridico: l'adizione. Essa, invece, ha per oggetto l'assunzione di una gestione potestativa ed economica insieme. È, sì, possibile fingere un subentrare nell'ufficio per l'adempimento di singoli negozi patrimoniali attinenti alla gestione della tutela: il tutore può legittimare il cessionario alla gestione della tutela: ma *titolare dell'ufficio*, cioè agnato e tutore, rimane sempre lui. La finzione non può mai produrre gli effetti della verità: e la finzione della cessione dell'ufficio di tutore non può né spogliarne il cedente né investirne il cessionario.

È naturale, pertanto, che la posizione giuridica del cessionario sia pur sempre subordinata a quella del cedente *titolare dell'ufficio*. Quando, in conseguenza, il tutore cedente sia *capite deminutus* (o muoia), la gestione tutelare non può più essere continuata dal cessionario.

Ora questa subordinazione ci sarebbe anche nell'eredità se la finzione di un subentrare nello status non esaurisse qui, diversamente dalla tutela, la sua efficacia nel compimento di un solo atto giuridico: l'adizione. Se anche nell'eredità tale finzione dovesse operare per una serie di negozi giuridici (una gestione continuata, come nella tutela), allora anche per essa la *in iure cessio* determinerebbe nel cessionario una posizione giuridica subordinata a quella del cedente.

§ 71. In conclusione: la *in iure cessio tutelae* e la *in iure cessio hereditatis*, producono effetti diversi solo a causa della funzione diversa cui i due istituti sono destinati. Ma la struttura dei due istituti si manifesta, pur attraverso queste differenze, perfettamente identica.

D'altro canto, mentre fra struttura e funzione della tutela v'è perfetta coerenza, questa manca nei rapporti fra struttura e funzione della *hereditas*. La successione ereditaria, infatti, presenta questa anomalia: di essere strutturalmente costituita in guisa identica alla tutela e di realizzare, invece, una funzione patrimoniale a questa struttura incongruente.

Per quanto concerne il principio «in legitimis non est successio» noi abbiamo visto che quantunque esso discenda dalla struttura della successione ereditaria, e sia perciò ad essa coerente, tuttavia viene considerato in pratica come ingombrante.

Tale principio è l'indice caratteristico dell'antica successione di carattere potestativo: in esso può dirsi che si annodino le linee fondamentali del sistema successorio originario. Il diritto posteriore, pretorio e civile, mutando le basi stesse della successione, trasportandole dalla familia agnatzia alla famiglia naturale e sostituendo alle antiche vocazioni familiari veri e propri diritti soggettivi dei successibili ab intestato, doveva radicalmente eliminare questo singolare vestigio dell'antica concezione.

L'editto pretorio pone, infatti, come tratto saliente del nuovo regime successorio l'applicazione dell'edictum successorium'. A tenore dell'editto del pretore, non vi sono ormai *designazioni necessarie* scaturienti dall'organizzazione familiare. Non vi è altro che la delazione ereditaria pura e semplice ai prossimi parenti: i quali possono accettarla o rifiutarla. Se l'accettano, la delazione si attua a loro favore; se la rifiutano, essa procede oltre, fino a trovare attuazione in capo a colui che la farà sua accettandola.

Non sarebbe improprio affermare che i due grandi aspetti della successione ereditaria romana sono caratterizzati da ciò: che dove l'uno presenta come suo tratto saliente l'impossibilità di vocazioni successive, nella successione intestata, l'altro è caratterizzato proprio dal principio opposto: quello cioè della necessità di chiamate ulteriori ogni qualvolta restino inefficaci le chiamate anteriori.

L'esame parallelo dell'ordinamento tutelare e di quello ereditario (di ius civile vetus) ci conduce a concludere che veramente tutela ed hereditas costituiscono in antico un solo istituto, la struttura del quale si è riprodotta in tutti e due gli istituti da esso derivati; la funzione originaria si è invece mantenuta solo nell'istituto tutelare. Quello ereditario, come appare nelle fonti a noi pervenute, assunse per tempo una nuova funzione, prevalentemente patrimoniale.

Per tutte queste considerazioni, lo studio del sistema ereditario di ius civile vetus presuppone lo studio parallelo del sistema tutelare. Solo attraverso quest'analisi è possibile portare luce su tutti i fenomeni, anche anomali, di cui è ricca l'eredità romana. La tutela accostata all'eredità porta ad essa luce e, a sua volta, ne riceve.

L'esame, del resto, che noi abbiamo fatto in tal senso dei testi più significativi delle nostre fonti dimostra quanto siano istruttivi questi accostamenti. Quelli che noi abbiamo fatti, quantunque incompleti, sono tuttavia sufficienti a dimostrare la tesi, genialmente intuita dal Bonfante, secondo cui tutore ed erede furono originariamente, come si desume dall'organismo stesso degli istituti, una sola persona<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Cfr. BETTI, *Istituzioni*, § 38, p. 184 segg.; e SOLAZZI, *La Legge delle XII tavole*.

CAPITOLO IV  
ANCORA DEI RAPPORTI FRA TUTELA  
ED HEREDITAS

§ 72. Istituzione di erede e nomina di tutore ex re certa (fr. 12 D. 26.2; 1.4 D. 28.5; 75 (74) D. 28.5; 9.13 D. 28.5; 10 D. 28.5; 15 D. 26.2).

§ 73. Effetti della capitis deminutio nella tutela e nell'eredità, e conferma che se ne trae per la correlazione tra posto familiare e vocazione ereditaria o tutelare (3 pr. D. 4.5; Gai, I, 158; 7 pr. D. 4.5; 11 D. 38.16; 1.8 D. 38.17; 1.4 D. 38.16; Gai, III, 21; Ulp., XXVIII, 5; Id. XI, 9; 3.9 D. 26.4; c. 2 C. 5.30; § 4 Inst. I, 22.

§ 72. Altri due principî ancora trovano attuazione tanto nella tutela quanto nell'eredità.

1) L'impossibilità che il tutore, come l'erede, sia dato per *determinate cose* (ex re certa).

2) L'effetto estintivo della capitis deminutio tanto rispetto alle vocazioni tutelari intestate, quanto rispetto a quelle ereditarie.

ULPIANUS, *libro trigesimo octavo ad Sabinum*: 12 D. 26.2: P. 2845.

Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest nec deductis rebus.

La ragione di quest'impossibilità è da ricercare nella natura potestativa dell'istituto. Questa ragione non è difficile ad intendersi per la tutela: altrimenti, invece, avviene per l'eredità. Anche in essa vale, come si sa, il principio che l'erede non può essere istituito ex re certa.

ULPIANUS, *libro primo ad Sabinum*: 1.4 D. 28.5: P. 2431.

Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta rei mentione.

LICINIUS RUFINUS, *libro secundo regularum*: 75 (74) D. 28.5: P. 5.

Si ita quis heres institutus fuerit: 'excepto fundo, excepto usu fructu heres esto', perinde erit iure civili atque si sine ea re heres institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum est.

ULPIANUS, *libro quinto ad Sabinum*: 9.13 D. 28.5: P. 2463.

Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur. et rell.

PAULUS, *libro primo ad Sabinum*: 10 D. 28.5: P. 1602.

Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, [perinde habebitur, quasi non adiectis partibus heredes scripti essent: nec enim facile ex diversitate pretium (?) portiones inveniuntur: ergo expe-

ditius est quod] Sabinus scribit perinde habendum, ac si nec fundum nec partes nominasset<sup>48</sup>.

Orbene, se dovessimo argomentare dal carattere patrimoniale assunto già in epoca storica dall'eredità, noi non comprenderemmo l'impossibilità della istituzione ex re certa: cosa che si comprende, invece, facilmente se si consideri la struttura anziché la funzione della successione ereditaria. E la comprensione si fa più netta quando accostiamo l'eredità alla tutela. L'impossibilità, per l'una e per l'altra, di una institutio ex re certa non si riconduce a due diverse ragioni, ma scaturisce da una ragione sola: la struttura potestativa dei due istituti.

Data, però, la loro diversa funzione, nell'eredità l'institutio ex re certa si configura in pratica in maniera diversa.

Mentre nella tutela, infatti, si mantenne il principio originario della inutilità di una datio tutoris in ordine a cose o a cause determinate<sup>49</sup>, nell'eredità invece si ammise prima la validità dell'institutio «detracta rei mentione», si passò poscia a considerare la menzione della cosa quale prelegato a favore dei singoli cui le cose erano state assegnate, e, pertanto, si tenne valida l'istituzione nelle singole cose e se ne demandò l'attribuzione all'officium del iudex familiae erciscundae<sup>50</sup>.

Anche nella tutela, peraltro, fa la sua apparizione questa tendenza a mantenere valida la nomina di un tutor certarum rerum vel causarum.

ULPIANUS, *libro trigesimo octavo ad Sabinum*: 15 D. 26.2: P. 2845.

Si tamen tutor detur rei Africanæ vel rei Syriaticæ [utilis datio est: hoc enim iure utimur.] (cfr. però 13 D. 26.2).

Ma è tutt'altro che improbabile che questa tendenza sia giustiniana.

§ 73. E, infine, l'identità strutturale tra tutela ed eredità appare più nitida quando si considerino gli effetti della capitis deminutio. Intendo, naturalmente, parlare della capitis deminutio minima. Quando il membro di una familia (communi iure) usciva da essa (familiae mutatio)<sup>51</sup> egli perdeva l'ius adgnationis che lo univa agli altri membri della familia. Egli cessava di occupare un posto in familia e, conseguentemente, non era più titolare dei diritti che a quel posto necessariamente inerivano.

Essere capite deminutus significa proprio essere escluso a quel posto che prima si occupava nella familia. Da questo punto di vista si comprende perché fossero capite deminuti l'emancipato e i figli di costui e quelli dell'arrogato che se-

<sup>48</sup> Cfr. fr. 11, 33, 35, 36 D. 28.5. Nel fr. 10 D. 28.5 le parole messe tra parentesi sono, per lo meno, ingombranti.

<sup>49</sup> Tota datio nihil valebit (13 D. 26.2).

<sup>50</sup> FERRINI, *Legati*, 191 seg., *Pandette*, § 619. MANCALEONI, *Appunti sulla institutio ex re*. Ma è probabile che tale concezione sia giustiniana, come sostiene il M.

<sup>51</sup> COLI, *Capitis deminutio*; BONFANTE, *Corso di dir. romano*, I, pagg. 123 seg.

guivano il proprio padre nella nuova familia. Uscendo dalla familia costoro perdevano il posto che in essa occupavano e, in conseguenza, tutti gli effetti giuridici che a tal posto oggettivamente erano ricollegati.

Noi abbiamo, infatti, già visto che l'ordine delle vocazioni ereditarie e tutelari era necessariamente desunto dai posti familiari preminenti (suus, agnatus proximus, gentiles).

PAULUS, *libro undecimo ad edictum*: 3 pr. D. 4.5: P. 220.

Liberos qui adrogatum parentem sequuntur placet minui caput, cum in aliena potestate sint et cum familiam mutaverint.

Ora in che senso i figli di un arrogato, che seguono il proprio padre nella nuova familia, possono dirsi capite deminuti?

Sono capite deminuti, perché, mutando familia, essi hanno perduto il posto che occupavano nella prima familia. Ora la perdita di questo posto ha conseguenze importanti: essi cessano di essere agnati rispetto ai membri della familia abbandonata e perdono così ogni vocazione tutelare ed ereditaria. Tali vocazioni, lo ripetiamo, non sono già diritti soggettivi che spettino ai vocati astrazione fatta dal loro status familiae, ma accessioni organiche che si collegano oggettivamente e necessariamente alle posizioni giuridiche familiari.

GAIUS, I, 158.

Sed agnationis quidem ius capitis deminutione perimitur.

Tale capitis deminutio rende, quindi, impossibile la chiamata dei capite deminuti tanto alla tutela quanto alla eredità dei membri della familia dalla quale essi sono usciti.

PAULUS, *libro undecimo ad edictum*: 7 pr. D. 4.5: P. 222.

...sed legitimae tutelae ex duodecim tabulis intervertuntur, eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, quia adgnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati, et rell.

POMPONIUS, *libro decimo ad Quintum Mucium*: 11 D. 38.16: P. 264.

Capitis deminutione pereunt legitimae hereditates, quae ex lege duodecim tabularum veniunt, sive vivo aliquo sive antequam adeatur hereditas eius capitis minutio intercessit, quoniam desinit suus heres vel adgnatus [recte dici] (esse): [quae autem ex legibus novis aut ex senatus consultis, non utique]<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> Nel fr. 11 D. 38.16 la chiusa «quae... utique» potrebbe essere insitizia, come insitizio è – secondo il SOLAZZI – l'inciso di identico significato del fr. 7 pr. D. 4.5.

Nel fr. 1.8 D. 38.17 l'inciso «salvo statu» è ritenuto interpolato – per ragioni sostanziali – dal COLI, *Capitis deminutio* 35 segg. Così nel fr. 1.4 D. 38.16 è dal Coli, per le stesse ragioni, ritenuto interpolato l'inciso «vel magna vel minore».

A conferma di quanto diciamo sugli effetti della capitis deminutio cfr. 1 D. 38.17; 3, 4, 5 D. 38.8, GAIUS, III 27, 51.

[N.d.R.: Nell'edizione originale il riferimento di nota si ripete anche in due punti successivi con il medesimo numero; per un criterio di assoluta fedeltà si è mantenuta la stessa impostazione].

ULPIANUS, *libro duodecimo ad Sabinum*: 1.8 D. 38.17: P. 2514.

Capitis minutio [salvo statu]<sup>52</sup> contingens liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem: *nam vetus sola hereditas*, quae lege XII tabularum defertur, capitis minutione perimitur: et rell.

IDEM, 1.4 D. 38.16: P. 2512.

...Filius autem suus heres esse desinit, si capitis deminutione [vel magna vel minore]<sup>52</sup> exiit de potestate.

GAIUS, III, 21.

Item agnati capite deminuti non admittuntur ex ea lege ad hereditatem, quia nomen agnationis capitis deminutione perimitur.

ULPIANUS, XXVII, 5.

Legitimae hereditatis ius quod ex lege duodecim tabularum descendit capitis minutione amittitur<sup>53</sup>.

ID. XI, 9.

Legitima tutela capitis deminutione amittitur.

ULPIANUS, *libro trigesimo octavo ad Sabinum*: 3.9 D. 26.4: P. 2838.

Non tantum morte, verum etiam capitis deminutione successio debet in legitima tutela admitti: quare si proximior capite deminutus est, qui post eum est succedit in tutelae administratione.

*Impp.* DIOCLETIANUS *et* MAXIMIANUS AA. *et* CC. *Asclepiodoto* (c. 2 C. 5.30).

Ad agnatos pupilli iure legitimo sollicitudinem tutelae pertinere, nisi capitis deminutionem sustinuerunt, manifestissimum est (a. 293).

§ 4 Inst. I, 22.

Sed et capitis deminutione tutoris... legitima tutela perit...

Ecco, adunque, i testi unanimi nello affermare che la capitis deminutio, in quanto determina una mutatio familiae, produce necessariamente l'esclusione del capite deminutus dalle vocazioni tutelari ed ereditarie.

Notiamo la frase di Paolo (7 pr. D. 4.5): la tutela legittima, quando occorre all'agnato una capitis deminutio, viene meno per la stessa ragione (eadem ratione) per cui (qua) viene meno la vocazione ereditaria intestata: e questa ragione è da ricercare in ciò che gli agnati hanno, in tal caso, *mutato familia*.

Tutto ciò è perfettamente logico. Se l'agnato prossimo non è più tale, perché più non occupa quel dato posto familiare, egli non può essere ormai né chiamato alla tutela, né chiamato all'eredità. A che titolo, infatti, egli sarebbe ad esse vocato? Che egli fosse, tuttavia, cognato non poteva avere rilievo alcuno per il diritto civile. Esempio tipico è quello della madre che non fosse loco filiae: essa era giuridicamente estranea rispetto ai suoi medesimi figli.

<sup>53</sup> Il Solazzi, *La classificazione dei tutori in Ulpiano*, XI, 2 ritiene, per ragioni formali, interpolata la frase «legitimae hereditatis ius... descendit». Non riteniamo, però, di accedere a questa tesi.

Dobbiamo giungere fino ai senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano per vedere riconosciuti i vincoli di parentela tra la madre e i figli.

La causa di tutto ciò sta nel fatto che la tutela e la eredità avevano base nell'organizzazione della familia: le loro rispettive vocazioni sorgevano organicamente, ed erano necessariamente collegate ai varii posti familiari.

Così, morto il paterfamilias il posto di erede era necessariamente occupato dai sui. Così pure gli agnati, in mancanza di sui, erano necessariamente designati ad occuparlo, né altri avrebbe potuto sostituirli.

Così parimenti per la tutela. Il posto di agnato prossimo determinava necessariamente in colui che l'occupava la qualità di tutore.

E come era impossibile che questi effetti necessari non si producessero, così era impossibile che essi si producessero al di fuori della loro sede naturale. Sarebbe stato assurdo concepire una vocazione intestata tutelare od ereditaria riferita a persona che non occupasse nella familia un posto preminente.

## CAPITOLO V

### ORIENTAMENTO DELLA EREDITÀ VERSO LA COGNATIO E PERMANENZA DELLA FISIONOMIA AGNATIZIA NELLA TUTELA

§ 74. La ratio sanguinis nuovo fondamento delle chiamate ereditarie: accenti all'influenza del Cristianesimo.

§ 75. La tutela continua a mantenere per tutta l'epoca classica la sua originaria fisionomia. Conseguente possibilità di desumere da essa la fisionomia originaria della hereditas.

§ 74. A questo punto, però, noi vediamo delinarsi un mondo nuovo per l'eredità. Le sue antiche basi vengono prima minate con finzioni, poscia completamente abbattute: e sotto la forma arcaica ecco apparire, prima, e trionfare, poi, una sostanza completamente nuova.

Da questo meraviglioso fenomeno di evoluzione che si attua nelle successioni ereditarie, emerge un istruttivo contrasto che meglio lumeggia la natura dell'istituto tutelare.

Quando per la prima volta il pretore concesse, in base alla finzione di *sui-tà* (rescissa capitis deminutione), ai figli emancipati preteriti la bonorum possessio contra tabulas, sorse un fondamento nuovo di vocazione ereditaria: la cognazione.

Il pretore fece valere i vincoli di sangue indipendentemente dai vincoli di potestà, quantunque per operare questa riforma egli sentisse la necessità di non

staccarsi dal diritto civile e anzi si ponesse sul terreno del ius civile mediante finzioni. Ma non è chi non veda come, una volta affermatosi il principio della cognazione quale titolo della vocazione ereditaria – sia pure sotto una giustificazione desunta dall'ius civile – le antiche basi della eredità venivano profondamente minate e come, specie sotto l'influsso cristiano, non sarebbe tardata la loro definitiva scomparsa.

Così l'eredità subiva un cambiamento decisivo di fisionomia: il secondo, e, certamente, ad opera del Cristianesimo, anche l'ultimo.

Dico il secondo perché il primo era consistito nel mutamento della funzione potestativa dell'eredità in funzione patrimoniale: ma ancora in questo primo mutamento la struttura agnatzia dell'antica successione era rimasta immutata. In questo secondo mutamento, per contro, la fisionomia antica scompare, perché scompare il fondamento agnatzio della successione e ad esso si sostituisce quello cognatzio.

Non c'è nell'ordinamento giuridico un punto in cui il diritto naturale mostri più chiaramente il suo perenne valore e la necessità della sua attuazione. In questo processo storico mirabile, che il diritto romano così luminosamente ci attesta, lo studioso delle fonti si accorge di un fenomeno interessantissimo. Nello studiare gli istituti successori egli li vede come spinti da una tendenza intrinseca che ne va lentamente ma sicuramente abbattendo la struttura politica. Questa tendenza si manifesta prima sotto forma di incoerenze nel funzionamento degli istituti: poscia nel bisogno di adattare ai nuovi istituti la *forma* degli istituti che si vogliono distruggere (finzioni): fino a quando questo nuovo contenuto giuridico lascia le finzioni e palesa apertamente la sua natura. Di che si tratta?

Ebbene, è il *vincolo di sangue* che lentamente, ma definitivamente, si sostituisce al vincolo potestativo. Padre, madre, figli, fratelli, sorelle e prossimi parenti costituiscono ormai la nuova società domestica che si è sostituita *per sempre* alla antica società agnatzia.

Sarebbe, a questo punto, interessante (ed è anzi necessario) vedere in qual senso il Cristianesimo contribuì al prodursi della evoluzione disegnata. Il problema va posto così: fu il Cristianesimo a porre la esigenza del riconoscimento giuridico dei vincoli di sangue?<sup>54</sup>

Bisogna dire che il rilievo giuridico assunto dal principio cognatzio è già sviluppato prima che il Cristianesimo porti la buona novella. Sotto Adriano (a.

<sup>54</sup> Sull'influenza del Cristianesimo nello sviluppo del diritto romano cfr. esattamente RICCOBONO, *Riv. Diritto civile* 1911. E ora *Melanges Cornil*, II, p. 262.

Per contro vedi BAVIERA in *Melanges Girard*, I, p. 67 segg.

Su quest'argomento esattissime sono, però, le osservazioni di metodo del nostro grande FERRINI, *Storia delle Fonti*, p. 98 segg. E, in particolare, per l'influenza cristiana sul diritto di famiglia cfr. TROPLONG, *Influence du christianisme sur le droit civil des Romains conclusion, passim*; e BOISSONADE, *Histoire de la Réserve Héritaire*, p. 148.

117-138 p. ch.) è già emanato il senatoconsulto Tertulliano con cui si riconoscono i diritti ereditari della madre naturale rispetto ai propri figli. Ora la emanazione di questo senatoconsulto suppone già integralmente sviluppato il sistema ereditario della bonorum possessio, che aveva appunto fondamento cognatizio.

Non è, dunque, il Cristianesimo a porre per la prima volta il principio della cognazione. E tuttavia non è meno vero che *l'opera di sostituzione totale e definitiva della famiglia naturale alla antica famiglia agnatizia è sostanzialmente dovuta all'influenza cristiana.*

Bisogna, infatti, tener presente che la costituzione familiare agnatizia è ben salda nell'epoca che precede l'influenza cristiana. Il principio cognatizio che ad essa, sul terreno ereditario, il diritto pretorio contrappone, va considerato, in quest'epoca, soltanto come uno strumento di equità e come un mezzo di collegamento tra la familia tipicamente romana e quella di ius gentium: tale principio non si solleva, in questo periodo, sino a rappresentare il contrassegno ideale di una nuova società familiare. Questa funzione il principio cognatizio l'assume soltanto quando esso diventa strumento di attuazione, nel campo familiare, della dottrina cristiana.

Gli sviluppi grandiosi ed improvvisi cui tale principio va soggetto sul declinare dell'epoca classica, sono appunto fenomeni paralleli al radicale rinnovamento che il Cristianesimo opera in quel periodo in ogni campo della vita sociale.

L'elemento che determina lo sfacelo della familia romana e, dunque, il Cristianesimo: il quale per quest'opera di distruzione e di ricostruzione si serve di quegli strumenti – diciamo così – cognatizi, che la giurisprudenza romana aveva già così sapientemente elaborati ed applicati. È questo un fenomeno che ha larghi riscontri in tutta l'opera grandiosa di rinnovamento cui, sotto l'influenza cristiana, va soggetto il diritto romano.

I mezzi tecnici già creati dal pretore per l'attuazione dell'aequitas in contrasto con lo strictum ius, e le mirabili elaborazioni giurisprudenziali, esse pure convergenti verso l'aequitas, si mostrarono strumenti adatti a realizzare nel campo giuridico i bisogni dell'etica cristiana. Ond'è che il diritto giustiniano appare<sup>55</sup> come l'ultima fase di un processo intrinseco di sviluppo cui furono spinti gli istituti giuridici romani sotto l'incessante pressione della dottrina cristiana.

La famiglia naturale è divenuta ormai un elemento organico della civiltà cristiana. Sta in ciò la causa della identità di fisionomia che la disciplina giuridica dei rapporti familiari e successori presenta, nei suoi tratti essenziali, dall'imperatore Giustiniano sino ai nostri giorni<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Vedi in questo senso soprattutto il RICCOBONO, *Melanges Cornil*, II, p. 262.

<sup>56</sup> Che la famiglia naturale sia divenuta un elemento organico della civiltà nostra solo ad opera del Cristianesimo, risulta evidente dal raffronto con la disciplina giuridica dei rapporti familiari e successori di altri popoli dove l'influenza cristiana non è penetrata. Così la famiglia giapponese ha tuttora lineamenti quasi esclusivamente agnatizi mirabilmente conformi a

§ 75. E l'istituto tutelare? Come si comportò in confronto della fondamentale mutazione avvenuta negli istituti successori?

Naturalmente anche la tutela doveva subire gli effetti della prevalenza dei rapporti di parentela cognatizia: ma questi effetti si manifestarono in essa più tardi e in maniera diversa da quella verificatasi nella eredità.

L'ordinamento delle vocazioni tutelari *ex lege*, permane per tutta l'epoca classica secondo la sua antica struttura. È solo nel periodo postclassico, con Teodosio (c. 2 C. 5.35) e specialmente con Leone (c. 3 C. 5.30) ed Anastasio (c. 4 C. 5.30), che anche l'ordinamento delle vocazioni legittime tutelari prende a fondamento i rapporti di parentela cognatizia.

È per questo che lo studio dell'ordinamento tutelare presenta particolare interesse; perché in esso nella stessa epoca postclassica si trova integralmente rispecchiato l'antico ordinamento agnatizio della successione ereditaria.

E così, mentre per tempo le basi dell'ordinamento ereditario agnatizio si sgretolarono mediante l'introduzione della *bonorum possessio contra tabulas*, l'ordinamento tutelare, per contro, mantenne il suo fondamento agnatizio e non conobbe un istituto analogo a quello della *bon. p. contra tabulas*.

Ne deriva che per la tutela ebbe pieno valore l'effetto estintivo del vincolo agnatizio prodotto dalla *capitis deminutio* dell'emancipato.

Anche in ordine alle vocazioni ereditarie, come i testi riportati affermano, quest'effetto estintivo necessariamente si produceva: ma esso veniva superato fingendo che la *capitis deminutio* non si fosse mai verificata.

Invece, per la tutela questa finzione non fu mai introdotta: e l'emancipato, come straniero alla famiglia, non poté, nello stesso periodo postclassico, fino ad Anastasio (a. 498), essere chiamato alla tutela degli *impuberi agnati*.

quelli dell'antica familia romana. Cfr. HOZUMI, *Il nuovo codice civile giapponese*, Riv. Diritto civile e FILANGIERI 1913; BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, 327 segg. Cfr. pure per l'analoga situazione della famiglia cinese HERBERT ENGELMANN, *Das Chinesische Eherecht* in «Z. für Vergl. Rechtswiss.», 34 B, III, It., p. 328.

## SEZIONE TERZA

L'ORDINAMENTO FAMILIARE AGNATIZIO  
COME BASE DELLE VOCAZIONI INTESTATE DI IUS CIVILE

## CAPITOLO I

## LA SUCCESSIONE DEI «SUI»

§ 76. *Familia proprio iure e familia communi iure* (195.2 D. 50.16).

§ 77. *Familia proprio iure*: posto di *suus* e successione dei nipoti.

§ 78. La successione per stirpi dei discendenti e quella per capi dei collaterali, quale indice della intrinseca diversità della successione che si realizza in capo ai *sui*, da quella che si realizza in capo agli agnati.

§ 79. Successione dei postumi.

§ 76. L'ordinamento delle vocazioni ereditarie intestate di *ius civile* ha fondamento *a)* nella *familia proprio iure* e *b)* nella *familia communi iure*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sulla *familia* cfr. BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, 1 e seg. 115 e seg.; *Diritto di famiglia*, 5 segg., 123 segg.; ARANGIO RUIZ, *Ist.*, II, 177; PEROZZI, *B.I.D.R.*, 31-88 segg.; BETTI, *Istit.*, § 29, p. 226 segg. Cfr. MORIAUD, *La simple famille paternelle*.

Crede il PEROZZI, *Ist.*, II, 357, che l'eredità non sia, alle origini, istituto gentilizio o intergentilizio, ma che sia inerente solo alla *familia proprio iure*. Quanto alla successione degli agnati e dei gentili il Perozzi opina che essa sia stata introdotta solo con le XII tavole (p. 361). Peraltro, rimanendo sulla base delle fonti, non si può negare che l'eredità – quale noi la conosciamo – abbia fondamento tanto sulla *familia proprio iure* quanto su quella *communi iure*.

Relativamente poi alla esistenza o inesistenza – in origine – di un gruppo agnatizio il problema, qui, non ci interessa direttamente: diciamo solamente, però, che la *familia communi iure* ha, nei testi, almeno in ordine alle vocazioni ereditarie che su di essa si fondano, una fisionomia ben distinta. Cfr. COLI, *Capitis deminutio*, 48, n. 2.

Il vincolo giuridico che unisce i discendenti da uno stesso capostipite è fondato sull'idea della comune soggezione alla potestà di costui. Dunque, sia pure solo idealmente, le varie *familiae proprio iure* dei vari discendenti si trovano ancora unite, in epoca storica, sotto l'ideale potestà di un capostipite comune. Contro l'esistenza di un gruppo agnatizio vedi PEROZZI, *B.I.D.R.*, 31.

ULPIANUS, *libro quadragesimo sexto ad edictum*: 195.2 D. 50.16: P. 1203.  
Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae.

Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patrefamilias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.

Le vocazioni ereditarie intestate sono necessariamente coordinate ai posti *preminenti* della familia sia proprio iure che communi iure.

§ 77. Il posto preminente nella familia proprio iure è quello di *suus*: questi è l'*heres vero*. Alla morte del *paterfamilias* egli ne occupa necessariamente il posto; egli subentra così nella posizione giuridica del *paterfamilias* defunto, del quale *continua* la familia.

GAIUS, III, 1-8 (cfr. Coll. XVI, II, 1.8).

Intestatorum hereditates lege duodecim tabularum primum ad suos heredes pertinent.

Originariamente, come abbiamo argomentato dalla tutela, le donne non potevano succedere al loro *paterfamilias* perché non potevano subentrare nell'ufficio potestativo di lui.

In epoca storica sono sui i liberi qui in potestate morientis fuerunt, veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote filio nato prognatus prognatave. Nec interest, utrum naturales sint liberi aut adoptivi.

Quanto ai nipoti:

ita demum... suorum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id tempus quo quisque moritur filius in potestate eius sit nepos ex eo *suus heres* esse non potest.

Lo stesso si dica per la nuora.

La vocazione dei nipoti, cioè dei discendenti per virilem sexum, si spiega pensando che i nipoti subentrano nel *posto di suus* lasciato vacante dall'ascendente che li precedeva immediatamente nella soggezione a potestà. Questa *successio in locum* sarebbe stata introdotta naturali aequitate, come dice Ulpiano: ma noi pensiamo che la vera ragione del fenomeno vada ricercata non in una attuazione dell'aequitas, ma in una intrinseca esigenza dell'organismo familiare:

ULPIANUS, *libro duodecimo ad Sabinum*: 1.4 D. 38.16: P. 2512.

Si filius *suus heres* esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati qui in potestate sunt: quod naturali aequita-

Esatte le osservazioni del Perozzi circa la illimitatezza dei gradi della parentela agnatzia.

te contingit. Filius autem suus heres esse desinit, si capitis deminutione [vel magna vel minore *Coli*] exiit de potestate.

Quanto al figlio prigioniero, invece, quamdiu vivit nepotes non succedunt (in locum eius)<sup>2</sup>.

La successio dei nipoti in locum patris può avvenire anche dopo la morte del paterfamilias, purché prima però che si proceda alle vocazioni intestate.

ULPIANUS, *eod.*: 1.8 D. 38.16: P. 2512.

Sciendum est nepotes et deinceps interdum, etiamsi parentes eos mortis tempore praecesserunt, tamen posse suos heredes existere, quamvis successio in suis heredibus non sit, quod ita procedit. Si paterfamilias testamento facto decesserit exheredato filio, mox deliberante herede instituto filius decessit, postea deinde repudiavit heres institutus: nepos poterit suus heres esse, ut et Marcellus libro decimo scripsit, quoniam nec delata est filio hereditas. cfr. I 3.1.5, Paolo 4.8.11.

Confronta su questo testo e sui testi analoghi quanto è stato detto a proposito della istituzione e diseredazione dei nipoti (§ 32 di quest'opera).

§ 78. Appunto su questo subentrare dei nipoti nel posto del padre loro (suus) si fonda il principio della successione per stirpi dei discendenti. Perché questo principio non ebbe pure applicazione pei collaterali?

Questa sola indagine è sufficiente a mostrarci il diverso funzionamento della successione, quando essa si realizza entro la familia proprio iure e quando invece si realizza entro quella communi iure. Nel primo caso le vocazioni si attuano necessariamente in capo ai suoi; e sui sono considerati non solo i figli ma anche i nipoti che siano subentrati nel posto dai primi lasciato vacante: c'è nei discendenti una ragione ereditaria prevalente, che li porta a subentrare nel posto del defunto per *continuarne*, sia pure idealmente, la familia. Ed appunto in questa successio dei nipoti in locum patris si manifesta la esigenza della familia proprio iure di continuarsi attraverso i discendenti.

Diversamente vanno le cose nella familia communi iure (Gaius, III, 15): ai fini della successione all'agnato (zio) non c'è ragione alcuna di far succedere in luogo del fratello morto i figli di costui (nipoti): manca qui una esigenza in-

<sup>2</sup> Un esempio particolare di successione dei nipoti in locum patris ci è dato dallo stesso ULPIANO, 1.5 D. *eod.*

Sed si quis non desiit esse in potestate, sed numquam coepit, ut puta si filius meus vivo patre meo ab hostibus captus est, mox ibi me patre familias facto decesserit, nepotes in eius locum succedent.

E ancora in 1.7 D. *eod.*

Interdum licet parens alicuius in potestate esse non desierit, sed nec coeperit, tamen dicimus succedentis ei liberos suos existere: ut puta adrogavi eum, cuius filius ab hostibus erat captus, nepos autem in civitate: mortuo filio adrogato, mortuo et captivo apud hostes pronepos iste suus heres mihi erit.

trinseca dell'organismo agnatizio che sollevi i nipoti ex fratre al posto del proprio padre predefunto allo zio.

Perciò, entro l'ambito della familia proprio iure la successione dei nipoti nel posto del proprio padre morto o uscito dalla potestà è necessaria, in quanto intrinsecamente procedente dal *moto* stesso dell'organismo familiare. Questa esigenza è indice significantissimo della tendenza della familia proprio iure a conservarsi attraverso la successione dei discendenti; è, direi, una manifestazione del suo bisogno di perpetuarsi e di non venire riassorbita dalla familia communi iure.

Ora tale fenomeno non si verifica quando la successione ha luogo sul terreno della familia communi iure. La ragione per cui qui non ha luogo la successione dei nipoti in locum patris è da ricercare nel fatto che qui manca la esigenza intrinseca cui abbiamo accennato. Tale esigenza, infatti, che è un fenomeno peculiare della familia proprio iure, sarebbe ingiustificata per la familia communi iure.

Sulla successione per stirpi dei nipoti all'avo, ecco vari testi.

*Impp.* DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. *Aviae*: c. 2 C. 6.55.

Nepotes ex diversis filiis varii numeri avo succedentes ab intestato non virilibus portionibus sed ex stirpibus succedunt.

*Impp.* DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. *Frontoni*: c. 3 C. 6.55.

Ut intestato defuncto filius ac nepos ex alio, qui mortis eius tempore in rebus humanis non invenitur, manentes in sacris pariter succedant, evidenter lege duodecim tabularum cavetur, quod et honorarii iuris observatio sequitur (a. 293).

GAIUS, III, 7.

Igitur cum filius filiave et ex altero filio nepos neptesve extant, pariter ad hereditatem vocantur: nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Aequum enim videbatur nepotes neptesve in patris sui locum portionemque succedere. Pari ratione et si nepos neptisve sit ex filio et ex nepote pronepos proneptisve, simul omnes vocantur ad hereditatem.

*Onde*: conveniens visum est non in capita sed in stirpes hereditatem dividi.

Invece pei nipoti dello zio (figli del fratello) la soluzione era diversa (Gaius, III, 15). Infatti «Si ei qui defunctus erit, sit frater et alterius fratris filius, sicut ex superioribus intelligetur, frater potior est, quia gradu praecedit».

E qui Gaio soggiunge che questo *principio non vale* pei nipoti dei discendenti. *Sed alia facta est iuris interpretatio inter suos heredes*.

L'epitomatore di Gaio scrive: *Ep.*, II, 8.6. Regulariter constitutum est, ut inter agnatos proximior posteriorem excludat, et inter eos non in stirpem, sed in capita ab intestato dividatur hereditas. Nam inter suos, sicut superius diximus, alia ratio est, ut proximior posteriorem non excludat, et semper hereditas in stirpem non in capita dividatur.

E sopra (II, 8.2) egli aveva detto:

... regulariter constitutum est, ut inter suos proximior longiore gradu positum non excludat: et non in capita, sed in stirpem dividatur hereditas.

Dalle affermazioni di Gaio (III, 15.16) e da quelle dello epitomatore possiamo trarre questa conclusione: che fu controverso prima, ma accettato poi, che i nipoti succedessero all'avo non sulla base del *grado* ma in quanto subentrati in *locum patris*: questa «interpretazione», come Gaio la chiama, non si verificò però anche pei collaterali.

Perché? La ragione è da ricercare nella tendenza intrinseca della familia proprio iure a continuarsi nei suoi discendenti. Così fu possibile escludere gli agnati aventi un grado più prossimo (come i fratelli) ed ammettere, invece, alla successione i discendenti di grado più remoto: poniamo i pronipoti o i discendenti di grado ulteriore.

Questa ragione manca pei nipoti collaterali: per costoro vale il principio che il più prossimo esclude il più remoto<sup>3</sup>.

A proposito della successio dei nipoti in *locum patris* è inutile soggiungere che essa poteva aver luogo solo pei discendenti dai figli maschi (Gaio, III.10; Paolo, IV.8.10).

§ 79. Tra i sui vanno compresi quei postumi che fossero concepiti al momento della morte del testatore.

*Impp.* DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. *Marcellae*: c. 4 C. 6.55. Intestato defuncto postumum suum heredem quam sororem licet consanguineam haberi potioem ordo successionum lege duodecim tabularum factus nimis evidenter demonstrat (a. 293).

IULIANUS, *libro quinquagesimo nono digestorum*: 6 D. 38.16: P. 741.

... Respondit: qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus heres neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex XII tab. eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit.

CELSUS, *libro vicensimo octavo digestorum*: 7 D. 38.16: P. 235.

Si vivo eo conceptus est, quia conceptus [quodammodo – *Albertario*] in rerum natura esse existimatur.

Si disputa, in dottrina, intorno alla origine del principio secondo cui il postumo viene considerato in rerum natura. Risale esso alle XII tavole?

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad Sabinum*: 3.9 D. 38.16: P. 2528.

Utique et ex lege duodecim tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit admittitur, si fuerit editus.

Ora le parole di Ulpiano sono da intendere nel senso che il principio abbia già fondamento in una disposizione esplicita della legge?

<sup>3</sup> Cfr. ULP. XXVI, 2-4; PAULUS, IV, VIII, 8-9, 18-19; COLLATIO, XVI, II, 8, 15, 16, III, 8-9, 18-19, I 3, 2.5.

La controversia non ha, però, interesse per noi. Piuttosto gli effetti del riconoscimento giuridico dei postumi sono notevoli. Noi abbiamo già visto che i postumi debbono essere o istituiti o diseredati; la loro preterizione ha, prima, per effetto di sospendere la delazione della eredità ex testamento, e poscia (con la nascita) di revocare il testamento medesimo.

Quanto alle vocazioni intestate, l'esistenza di un postumo ha anche per effetto di sospenderle sino al momento della sua nascita.

MODESTINUS, *libro tertio pandectarum*: 5.1 D. 38.7: P. 105.

Quamdiu spes est suum heredem aliquem defuncto existere, tamdiu consanguineis locus non est: puta si defuncti uxor praegnas sit aut defuncti filius apud hostes sit. Cfr. Ulp., XXVI, 3.

Dice ancora Ulpiano:

Inde solet remorari insequentes sibi adgnatos, quibus praefertur, si fuerit editus: inde et partem facit his qui pari gradu sunt, ut puta frater unus natus et qui in utero est (fr. 3.9 cit.)<sup>4</sup>.

L'elemento caratteristico nella successione dei sui è dato dallo acquisto ipso iure della eredità.

PAULUS, IV, VIII, 5.6 *Collatio XVI*, III, 5.6.

Qui sui heredes sunt, ipso iure heredes etiam ignorantes constituuntur, ut furiosi aut infantes et peregrinantes: quibus bonorum possessio propter praetoriam actionem non erat necessaria.

In suis heredibus adeo a morte testatoris rerum hereditariarum dominium continuatur, ut nec tutoris auctoritas pupillis nec furiosi curator sit necessarius.

La ragione della necessità dell'acquisto è da riportare, come abbiamo visto, al funzionamento dell'organismo familiare: il quale, morto il paterfamilias, solleva necessariamente coloro che erano immediatamente soggetti alla sua potestà sino a farli subentrare nella posizione giuridica già da lui occupata.

Sopra questa peculiare posizione del suus nell'organismo familiare si fonda la necessità cui è astretto il paterfamilias di istituire o diseredare i sui quando egli voglia fare testamento.

Chiara è, in conseguenza, anche la necessità del principio «in suis non est successio» (1.8 D. 38.16).

Poiché i sui succedono al loro paterfamilias per una necessità dalla quale essi stessi non hanno possibilità di liberarsi, ne segue che la loro volontà di non accettare la eredità è irrilevante: essi permangono tuttavia eredi.

<sup>4</sup> Quanto poi alla «parte» dice Ulpiano che (3.10 D. 38.16). «Est autem tractatum, pro qua parte faciat, quia ex uno utero plures nasci possunt, et placuit».

Qui il testo presenta una lacuna logica: bisognava risolvere la questione posta e invece si passa ad una questione laterale, ma diversa dalla prima.

Pei sui, come anche per gli agnati, è improprio parlare di delazione ereditaria essendo essi necessariamente chiamati alla eredità; con questo di particolare pei sui, che la necessità della chiamata importa per essi, al tempo stesso, necessità dell'acquisto. Da ciò a fortiori deriva che il concetto di delazione successiva non poteva trovar posto nel campo delle vocazioni intestate di ius civile a causa del coordinamento necessario tra tali vocazioni ed i posti familiari preminenti.

CAPITOLO II  
LA FAMILIA COMMUNI IURE FONDAMENTO  
DELLA VOCAZIONE DEGLI AGNATI

§ 80. Familia communi iure. Coordinamento dei posti familiari attorno al posto del comune paterfamilias: irrilevanza giuridica, ai fini del permanere di tale coordinamento, della morte o della capitis deminutio media o maxima del paterfamilias (4 D. 38.16; 3 D. 48.22).

§ 81. Ritorno della familia proprio iure nel seno di quella communi iure attraverso la successione degli agnati.

§ 80. Morto il paterfamilias, adunque, «singuli singulas familias incipiunt habere».

Ma tra questi nuovi patresfamilias – e quindi tra le varie familiae – permane un vincolo giuridico (agnatizio) che discende dall'idea di una pari soggezione al capostipite comune.

È per questo che «omnes qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt» (195.2 D. 50.16).

Effetti identici a quelli che produce la morte produce anche la capitis deminutio magna del paterfamilias.

POMPONIUS, *libro quarto ad Sabinum*: 4 D. 38.16: P. 430.

Hi, quorum parens capite minutus est, legitimae hereditatis ius et in ceteris personis et inter se retinent et alii adversus eos.

Il testo di Pomponio – che presenta larghe tracce di rifacimento – si riferiva evidentemente alla capitis deminutio magna: non avrebbe, infatti, potuto riferirsi a quella minima che ha per effetto la rottura radicale di ogni precedente vincolo agnatizio (cfr. 3 pr. D. 4.5). Escluso quest'ultimo caso, resta accertato che in ogni altra ipotesi, morte o capitis deminutio magna, restano inalterati i vincoli familiari: tanto quelli esistenti tra i membri della disciolta familia proprio iure, quanto quelli esistenti tra costoro e i membri della familia communi iure.

La costituzione intrinseca della familia appare, dunque, inalterata malgrado la morte o la capitis deminutio del paterfamilias. È vero che tanto l'uno che l'altro evento determinano in concreto la trasformazione della familia proprio iure in familia communi iure: tuttavia quest'ultima ci appare ancora idealmente costituita, come prima, da una serie di posizioni familiari gerarchicamente subordinate alla posizione del paterfamilias defunto o capite deminutus<sup>5</sup>.

Questa ideale unità della familia communi iure, questo ideale coordinamento delle sue posizioni familiari attorno alla posizione del defunto capostipite, ha effetti giuridici importanti perché è essa a determinare l'ordinamento delle vocazioni tutelari ed ereditarie. Ma essa ha altresì una grande importanza storica perché l'*unità ideale* della familia communi iure nell'epoca storica è come il riflesso della *unità reale* della famiglia più antica<sup>6</sup>.

Questa salda costituzione della familia romana, sulla quale nessuna influenza esplicano i fatti che hanno riferimento alla *personalità privata* del suo capo – per esempio la morte o la perdita della civitas – è mirabilmente configurata nel seguente testo di Alfeno.

ALFENUS, *libro primo epitomarum*: 3 D. 48.22: P. 23.

Eum, qui civitatem amitteret, nihil aliud iuris adimere liberis, nisi quod ab ipso perventurum esset ad eos, si intestatus in civitate noreretur: [hoc est hereditatem eius et libertos et si aliud in hoc genere repperiri potest.] quae vero non a patre, sed a genere, a civitate, a rerum natura tribuerentur, ea manere eis incolumia itaque et fratres fratribus fore legitimos heredes et adgnatorum tutelae et hereditates habituros: *non enim haec patrem, sed maiores eius eis dedisse* (vedi innanzi § 98).

Nel testo di Alfeno i lineamenti della familia communi iure appaiono ben visibili: c'è una posizione familiare centrale – quella del paterfamilias morto o capite deminutus – alla quale sono coordinate le altre posizioni familiari. La familia communi iure, dunque, ci appare come la risultante dell'organico collegamento di quelle proprio iure che la costituiscono. Essa è appunto la base dalla quale queste familiae si partono, quando sorgono, ed alla quale ritornano quando estinguono.

§ 81. Abbiamo visto come la successione ereditaria consistesse essenzialmente nel subentrare nella posizione giuridica del paterfamilias defunto e come essa fosse animata da una duplice direzione: una, verso la *continuazione* della familia nei discendenti (sui), l'altra, verso l'*assorbimento* della familia proprio iure

<sup>5</sup> Cfr. BETTI, *Istituzioni* § 32 p. 145 segg.

<sup>6</sup> Il PEROZZI, *Ist.*, II, 350, n. 3, ammette che primitivamente si desse eredità anche di colui che avesse subito una capitis deminutio maxima o media.

entro quella *communi iure*, quando discendenti non vi fossero o non fossero di sesso maschile e puberi.

In questo caso la familia del defunto *rientrava* in seno a quella più vasta dalla quale era uscita.

Questo è il significato della successione degli agnati. Mentre, infatti, quando succedevano i sui, la familia del defunto, pure scindendosi in altre familiae, si continuava in esse, quando succedevano gli agnati la familia veniva assorbita nel seno di quella dalla quale essa era uscita<sup>7</sup>.

La successione ereditaria si attuava, adunque, attraverso un sistema di fenomeni successori necessari; i quali si producevano indipendentemente dal volere dei vocati e astrazione fatta dalla considerazione della loro individualità.

La successione aveva per contenuto il subentrare nella posizione giuridica del defunto *paterfamilias*, sia per continuarne la familia attraverso i discendenti, sia per estinguerla col riassorbimento di essa da parte degli agnati.

La vocazione dei sui scaturiva necessariamente dall'organismo della familia *proprio iure*; quella degli agnati, invece, scaturiva, essa pure necessariamente, dall'organismo della familia *communi iure*.

Sarebbe certo erroneo chiamare queste vocazioni necessarie, come la dottrina pur fa impropriamente, col nome di *diritti di successione*.

In realtà i vocati non avevano diritto alcuno, nel senso privatistico della parola: la loro vocazione procedeva dal loro status familiare. Ci troveremmo, tutto al più, sul terreno di quei tali diritti familiari la cui fisionomia è stata magistralmente delineata dal Cicu<sup>8</sup>.

Alla luce delle considerazioni sopra fatte va esaminata la disciplina giuridica della successione degli agnati e, anzitutto, dei consanguinei.

GAIUS, III. 9; Coll. XVI, 2.9.

Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tab. ad agnatos.

<sup>7</sup> Questa distinzione fondamentale tra successione dei discendenti e successione degli agnati è indicata oltre che nelle XII tavole, anche nel fr. 5 pr. 1 D. 38.4 dove mentre si esprime con «succedere» la successione dei figli dello assegnatario nel rapporto di patronato, tale successione, riferita ai fratelli, viene indicata col termine «in familiam redire».

È dottrina comune, cui accede anche il BONFANTE, che «ripugna chiamare heredes subbietti estranei alla famiglia, come gli agnati e i gentili, che subentrano precisamente in quanto non v'è più diretta discendenza, ma che, appunto per essere la casa estinta non succedono in poteri personali di niun genere». (*Scritti giuridici*, I, 490).

Il PEROZZI, *Ist.*, II, 361, suppone che prima della legge delle XII tav. «nel caso che morisse una donna sui iuris o un paterfamilias impubere o pubere e senza sui, le cose restavano sine dominio; come tali erano occupabili... La legge delle XII tav. la cui più precisa e conscia funzione fu di pareggiare i vari diritti gentilizi che la città aveva in principio accolti nella loro diversità, sostituì a questa condizione giuridica incerta e disuguale una nuova, precisa e pari» cfr. pure LENEL *Z. S. St.* 37 p. 129 segg.

<sup>8</sup> *Diritto di famiglia*, 91-157.

PAULUS, IV. 8.13; Coll. XVI, 3.13.

Si sui heredes non sunt, ad agnatos legitima hereditas pertinebit, inter quos primum locum consanguinei obtinent<sup>9</sup>.

ULPIANUS, XXVI, 1, Coll. XVI, 4.1.

Si sui heredes non sunt, ad consanguineos id est fratres et sorores ex eodem patre: si nec hi sunt, ad reliquos adgnatos proximos, id est cognatos virilis sexus per mares descendentes eiusdem familiae.

ULPIANUS, *libro duodecimo ad Sabinum*: 1.9 D. 38.16: P. 2513.

Post suos statim consanguinei vocantur.

§ 10. Consanguineos autem Cassius definit eos, qui sanguine inter se conexi sunt, et est verum eos esse consanguineos, etiamsi sui heredes non extiterunt patri, ut puta exheredatos: sed et si pater eorum deportatus fuerit, nihilo minus eos inter se esse consanguineos, licet patri sui heredes non extitissent: et qui numquam in potestate fuerunt, erunt sibi consanguinei, ut puta qui post captivitatem patris nascuntur vel post mortem.

§ 11. Non solum autem naturales, verum etiam adoptivi quoque iura consanguinitatis habebunt cum his qui sunt in familia vel in utero vel post mortem patris nati.

Quando, dunque, la familia non può continuarsi nei discendenti (sui), essa viene riassorbita nella familia communi iure attraverso la successione degli agnati. E tra costoro hanno il primo posto i consanguinei.

Sono consanguinei coloro che furono soggetti (o che sarebbero stati soggetti se non fossero intercorse certe circostanze) alla potestà del comune paterfamilias morto o capite deminutus.

PAULUS IV, VIII, Coll. XVI, 3.15.

Consanguinei sunt eodem patre nati, licet diversis matribus, qui in potestate fuerunt mortis tempore: adoptivus quoque frater, si non sit emancipatus, et hi qui post mortem patris nati sunt vel causam probaverunt.

Il contrassegno della consanguineità è dato dall'essere stati sottoposti alla immediata potestà di un comune paterfamilias: cioè dall'aver avuto un posto di filius familias nella familia proprio iure. Quantunque il sorgere e l'organizzarsi di una familia supponga la esistenza di un paterfamilias e correlativamente posizioni familiari subordinate, il coordinamento, tuttavia, tra queste posizioni giuridiche, disposte in ordine gerarchico e facenti capo a quella fondamentale occupata dal pater, ha carattere *oggettivo*. Voglio dire che la familia, una volta costituita, serba una sua autonoma costituzione che non viene meno quando il paterfamilias muoia o sia capite deminutus. Ciò che mantiene in vita l'or-

<sup>9</sup> PAOLO, 4.8.3, dice: Sane consanguinei quos lex non adprehenderit, interpretatione prudentum primum inter agnatos locum acceperunt.

Si tratta, però, di una semplice distinzione concettuale introdotta per interpretazione: perché, di fatto, anche prima i consanguinei erano i più prossimi tra gli agnati.

ganismo agnazio, in epoca storica, è ancora l'idea della soggezione alla potestà del defunto *paterfamilias*.

Questa soggezione ideale dà fondamento ad un vincolo giuridico (agnazio), e ad una entità giuridica, che è la *familia communi iure*.

Questo vincolo si realizza, anzitutto, tra i discendenti (naturali o adottivi) dello stesso *paterfamilias*: costoro sono appunto i consanguinei, che hanno il primo posto tra gli agnati.

Quando non vi siano consanguinei, la vocazione, naturalmente, passa ai più prossimi tra gli altri agnati. La successione, peraltro, si configura, anche in tal caso, come riassorbimento entro la *familia communi iure* di quella *paterfamilias*.

### CAPITOLO III

#### LA SUCCESSIONE DELLE DONNE

§ 82. Incapacità della donna di essere successore del *paterfamilias*, sia come *filia sua*, sia come agnata.

§ 83. L'esclusione delle agnate *ultra consanguineas* non è una restrizione apportata dalla giurisprudenza, ma è l'indice di una originaria totale impossibilità di succedere delle donne. Argomento che si trae dal raffronto con la tutela.

§ 82. Si propone a questo punto, con riguardo all'opera interpretativa degli stessi giureconsulti, il problema della successione delle donne.

Per le donne aventi la posizione di *suae* i giureconsulti classici ammisero senza eccezione che esse succedessero al loro *paterfamilias*. Noi, però, abbiamo visto come questa successione non realizzasse la vera successione romana e, argomentando dalla tutela perpetua cui le donne erano soggette, abbiamo concluso nel senso che le donne non succedessero nel tempo antico al loro *paterfamilias*: e ciò, per la considerazione che esse non avevano la qualità di *paterfamilias*.

Poiché la successione dei discendenti doveva continuare la *familia*, essa non poteva aver luogo quando successore fosse una donna.

Orbene, queste considerazioni valgono a fortiori anche per le donne agnate. La donna non può, neppure qui, essere vero successore. Essa non può assorbire la *familia* dell'agnato morto senza lasciare sui; e non lo può perché non è *paterfamilias*.

Le fonti attestano che le donne potevano succedere solo ai propri consanguinei (*ultra consanguineorum gradum hereditates non pertinent ad feminas*). Ora, contrariamente alla dottrina comune fondata sopra un testo di Paolo (4.8.22) e sulle affermazioni di Giustiniano § 3<sup>o</sup> Inst. III, 1, io credo che si sia proceduto non già da un regime originario di completa libertà nella successione delle

donne ad un regime posteriore di restrizione di questa libertà, ma anzi da una originaria impossibilità di succedere al superamento di essa entro la cerchia dei discendenti e dei consanguinei.

§ 83. Questa nostra affermazione non è arbitraria, ma ha un fondamento logico nel sistema dei principî che regolano l'antica familia romana (e quindi la successione nel reggimento di essa), ed un fondamento testuale nell'istituto della tutela. Che poi dalla disciplina di questo istituto si possa argomentare anche per la disciplina più antica delle successioni ereditarie, è quanto abbiamo già tentato di dimostrare.

GAIUS, III, 14.23; Coll. XVI, II, 14.

Quod ad feminas attinet, in hoc iure aliud in ipsarum hereditatibus capiendis placuit, aliud in ceterorum bonis ab his capiendis. Nam feminarum hereditates proinde ad nos agnationis iure redeunt atque masculorum: nostrae vero hereditates ad feminas ultra consanguineorum gradum non pertinent.

PAULUS, IV, VIII, 20 (22); Coll. XVI, III, 20.

Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque iure civili Voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex XII tab. nulla discretionem sexus cognatos admittit.

ULPIANUS, XXVI, 6.

Ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet.

*Epitome*, GAI II, 8.5.

In feminis vero alia conditio est: quia inter feminas sola tantum soror consanguinea habetur agnata.

§§ 3, 3<sup>a</sup> Inst. III, 2 (Gai *res cottid.*).

Ceterum inter masculos quidem agnationis iure hereditas etiam longissimo gradu ultro citroque capitur, quod ad feminas vero ita placebat, ut ipsae consanguinitatis iure tantum capiant hereditatem, si sorores sint, ulterius non capiant: masculi vero ad earum hereditates, etiam si longissimo gradu sint, admittantur... quod ideo ita constitutum erat, *quia commodius videbatur ita iura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent*... [Et haec quidem lex XII tab. nullo modo introduxit, sed simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modo omnes agnatos sive masculos sive feminas cuiuscumque gradus ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat: media autem iurisprudencia quae erat lege quidem XII tab. iunior, imperiali autem dispositione anterior, supplitate quadam excogitata praefatam differentiam inducebat et penitus eas a successione agnatorum repellebat, omni alia successione incognita, donec praetores... per bonorum possessionem eas adiuvabant et pollicebantur his bonorum possessionem, quae unde cognati appellatur.]

Secondo le attestazioni di Paolo e di Giustiniano, adunque, bisognerebbe concludere che la restrizione introdotta nella successione legittima delle donne fosse un portato della giurisprudenza, e che l'originario diritto e quello stesso delle XII tavole stabilissero, invece, la perfetta eguaglianza nella successione tra uomini e donne. La restrizione sarebbe stata apportata da quella *media iurisprudencia*, come dice Giustiniano, *quae erat lege quidem XII tab. iunior imperiali autem dispositione anterior*.

Le ragioni poi di questa restrizione sarebbero da ricercare, secondo Paolo, nello stesso principio che ispirò la legge Voconia (168 a.C.). Della quale non possediamo che questa enigmatica dichiarazione gaiana.

GAIUS, II, 274.

Item mulier, quae ab eo qui centum milia aeris census est per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.

Possediamo, è vero, altre testimonianze dello stesso Gaio e delle istituzioni giustinianee intorno alla *lex Voconia* disciplinante il lascito dei legati: ma circa le ragioni che fecero escludere la donna dalla eredità di chi possedesse più di 100.000 assi, noi non sappiamo nulla<sup>10</sup>.

E allora dire che le donne *ultra consanguineas* non erano ammesse alla successione degli agnati *ratione voconiana*, non è un risolvere la questione quanto uno spostarla.

Per risolvere questo problema dobbiamo riferirci a quanto abbiamo già detto. La posizione della donna nello antico *ius civile* è questa:

*a)* essa non è *paterfamilias* (13 D. 38.16; Gaio, I, 104);

*b)* come tale essa non poté in antico essere arrogata (Gaio, I, 101);

*c)* quantunque sui *iuris*, essa è soggetta alla tutela perpetua degli agnati (Gaio, I, 144);

*d)* non poté, prima che si fosse ricorso all'espedito della *coemptio*, fare testamento (Gaio, I, 115<sup>a</sup>);

*e)* quando poté farlo, dovette sempre ricorrere alla *auctoritas tutoris* (Gaio, II, 112);

*f)* non poté mai essere tutrice, e, se, come crediamo di aver mostrato, è vero che originariamente tutore ed erede erano la stessa persona;

*g)* la donna non poté mai realizzare la vera successione nella potestà (73 pr. D. 50.17, 10 pr. D. 26.4, 1.3 D. 26.4);

*h)* anche quando la mutata funzione della eredità consentì la successione della donna, essa non poté essere erede ex testamento di chi avesse più di 100.000

<sup>10</sup> Per maggiori notizie sulla *lex Voconia* vedi: ROTONDI, *Leges publicae populi romani*. *Lex Voconia*.

assi, e non poté essere erede legittima se non in ordine ai consanguinei [Gaio, II, 274; III, 14; Paolo IV.8.20 (22)];

*i)* si tenga ancora presente che la donna non doveva essere diseredata nominatim, ma inter ceteros, e la sua preterizione non importava inesistenza del testamento (Gaio, II, 124).

Questi, gli elementi che le fonti ci porgono. Da essi emerge chiaramente la singolarità della posizione giuridica della donna nell'antico ius civile. È da essi che noi dobbiamo trarre la ragione della limitazione che la successione legittima delle donne ci presenta. Ora, in base a questi elementi, dobbiamo respingere la valutazione storica di Giustiniano, ed affermare che questa limitazione, ben lungi dall'essere una restrizione apportata ad una originaria illimitata capacità, costituisce invece una deroga apportata alla primitiva incapacità delle donne di realizzare una vera successione<sup>11</sup>: deroga ispirata alla funzione patrimoniale ormai prevalente nella eredità.

Soggiungo che gli apprezzamenti storico-giuridici di Giustiniano non meritano cieca fede. Ce ne ha dato prova la erronea affermazione giustiniana intorno al principio della delazione successiva nella tutela. Quanto al testo di Paolo, poiché ha bisogno esso medesimo di essere interpretato, né vi sono altri elementi di interpretazione oltre quelli elencati, diremo che esso non frappone alcun serio ostacolo alle nostre conclusioni.

Che la esclusione delle donne dalla successione sia originaria si argomenta anche da questo esempio.

Si supponga che un paterfamilias, che abbia come suoi agnati prossimi una sorella consanguinea ed un nipote nato da un fratello a lui premorto, muoia intestato, lasciando un suus impubere. La tutela di costui andrà al nipote e non alla zia. E non solo la tutela, ma anche l'eredità dell'impubere, qualora egli muoia prima di aver raggiunto la pubertà, andrà al nipote, quantunque la zia lo preceda nel grado di parentela. Sarà così integralmente attuato il principio «quo tutela redit, eo et hereditas pervenit».

Ora si domanda: codesto sistema ereditario, perfettamente conforme al sistema tutelare, è esso originario o derivato?

Dopo quello che abbiamo detto sui rapporti tra eredità e tutela, non c'è dubbio che la questione debba risolversi nel senso della originarietà di tale sistema. Né a questa soluzione può ostare il fatto che la dottrina giustiniana e già prima gli stessi giuristi romani più tardi abbiano considerato tale sistema come posteriore<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Anche il BONFANTE è proclive ad ammettere l'originaria incapacità delle donne a succedere. *Scritti giuridici*, I, 229, 245.

<sup>12</sup> Intorno al tema della successione della donna cfr. KÜBLER, *Das Intestaterbrecht der Frauen im alten Rom*. Z. S. St. 41 (1920) p. 15 segg. dove il K. si sforza, contro il KOOIMAN – *Fragmenta Iuris Quiritium*, Amsterdam 1913 p. 273 segg. – di sostenere l'originaria capacità di succedere delle donne.

CAPITOLO IV  
LA SUCCESSIONE DEGLI AGNATI E DEI GENTILI

§ 84. Disciplina della vocazione degli agnati.

§ 85. Natura giuridica dei diritti familiari: 16 D. 38.16; c. 3 C. 6.20. Successione dei gentili.

§ 84. Passiamo ora alla successione degli agnati.

ULPIANUS, *libro tertio decimo ad Sabinum*: 2 D. 38.16: P. 2524.

Post consanguineos admittuntur adgnati, si consanguinei non sunt, merito. Nam si sunt consanguinei licet non adierint hereditatem, legitimis non defertur [sed hoc... impediuntur]<sup>13</sup>.

§ 1. Adgnati autem sunt cognati virilis sexus ab eodem orti, nam post suos et consanguineos statim mihi proximus est consanguinei mei filius et ego ei: patris quoque frater, qui patruus appellatur: deincepsque ceteri, si qui sunt hinc orti, in infinitum<sup>14</sup>.

Naturalmente non importa che si sia agnati iure sanguinis o iure adoptionis.

§ 3. Parvi autem refert, adgnatus hic nativitate an adoptione sit quaesitus: nam qui adoptatus isdem fit adgnatus, quibus pater ipsius fuit, et legitimam eorum hereditatem habebit vel ipsi eius.

Alla successione legittima viene chiamato soltanto l'agnato prossimo, essendo egli, per le ragioni già esposte, necessariamente designato a tale successione.

§ 2. Haec hereditas proximo adgnato, id est ei, quem nemo antecedit, defertur, et si plures sint eiusdem gradus, omnibus in capita scilicet<sup>15</sup>.

§ 4. Legitima hereditas tantum proximo defertur. Nec interest, unus solus sit an ex duobus prior pluribusve an duo pluresve ab eodem gradu venientes, qui vel ceteros antecedant vel soli sint: quia is est proximus quem nemo antecedit, et is ultimus quem nemo sequitur, et interdum idem primus postremusque, qui solus occurrit.

Naturalmente vale anche qui il principio, che già conosciamo, secondo cui devesi considerare prossimo chi è tale non al momento della morte del paterfamilias, ma al momento della delazione ab intestato della eredità.

§ 6. Proximum non eum quaerimus, qui tunc fuit, cum moreretur paterfamilias, sed eum, qui tunc fuit cum intestatum decessisse certum est, se-

<sup>13</sup> Interpolazione ispirata al principio «postumus existimatur in rerum natura, esse» principio che nell'epoca postclassica fu esteso anche ai «legitimi» cfr. ALBERTARIO, *Conceptus pro jam nato habetur*. B.I.D.R., 33.

<sup>14</sup> Cfr. GAIUS, 3.10, COLL., 16.2.10, I, 3.2.1, GAIUS 1.156, I, 1.15.1, 7 D. 26.4, GAI, *Ep.* 1.7.1, ULP. XI, 4, PAULUS 4.8.13.15, COLL. 16.3.13-15, Ulp. 26.1.

<sup>15</sup> Cfr. GAIUS 3.11, COLL. 16.2.11, I, 3.2.1, PAOLO 4.8.17, COLL. 16.3.17 GAI, *Ep.*

cundum quae et si suus erat qui praecedebat vel consanguineus, si nemo eorum, cum repudiatur hereditas, vivit, proximum eum accipimus, qui tunc, cum repudiatur hereditas, primus est.

GAIUS, III, 13.

Ideo autem non mortis tempore quis proximus fuerit requirimus, sed eo tempore, quo certum fuerit aliquem intestatum decessisse, quia si quis testamento facto decesserit, melius esse visum est tunc requiri proximum, cum certum esse coeperit neminem ex eo testamento fore heredem<sup>16</sup>.

Di questo principio Ulpiano fa applicazione al § 7 del fr. 2 citato: noi, peraltro, lo abbiamo visto largamente applicato nei casi di sopravveniente inefficacia del testamento, per preterizione di sui o di postumi, che abbiamo già analizzato nella prima parte del presente lavoro.

Quanto ai «postumi legittimi» l'estensione a costoro del principio «conceptus pro iam nato habetur» è dovuta, come ha mostrato l'Albertario, ad elaborazioni postclassiche e giustinianee. Sono interpolati i testi in cui questa estensione è già manifesta<sup>17</sup>.

Qualora gli agnati siano più, la chiamata di ciascuno è *virtualmente* universale. La configurazione del concorso di più chiamati mostra come ciascuno di essi possa, in virtù del titolo conferitogli, occupare totalmente ed esclusivamente il *posto di erede*.

Su questa concezione si fonda il diritto di accrescimento. Ciascuno acquista virtualmente l'intera eredità e questo acquisto virtuale può divenire effettivo anche dopo la morte dell'erede. È il caso che ci presenta

MARCIANUS, *libro quinto institutionum*: 9 D. 38.16: P. 102.

Si ex pluribus legitimis quidam omiserint adire hereditatem vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis, qui adierint, ad crescit illorum portio et *licet decesserint, antequam ad cresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet* (cfr. 4. I, 3.4).

Poniamo che ci siano tre eredi legittimi, di cui uno adisca e muoia e gli altri due muoiano dopo il primo senza avere ancora adito. Tutta la eredità sarà acquistata dall'erede dell'adeunte: perché? Come si è potuto verificare quest'acquisto, se la persona in capo a cui avrebbe dovuto attuarsi era morta prima della mancata adizione da parte degli altri?

La ragione si è che l'acquisto non si opera ex nunc, ma ex tunc, cioè dal momento della adizione e che l'adizione produce, almeno virtualmente, l'acquisto dell'intera eredità.

<sup>16</sup> Cfr. I 3.2.6, COLL. 16.2.13.

<sup>17</sup> D. 29.2.30, D. 5.2.6 pr., D. 38.16.2 pr., D. 38.16.3.9, D. 28.3.6 pr., D. 5.4.3, D. 37.11.3, D. 34.5.5 (6), cfr. c. 6 C. 48.1.

Il fondamento, poi, di questo acquisto virtualmente totale sta in ciò che il titolo di erede conferito a ciascuno dei chiamati investe idealmente tutta quanta l'eredità.

ULP., XXVI, 5.

Si plures eodem gradu sint agnati, et quidam eorum hereditatem ad se pertinere noluerint, vel antequam adierint decesserint, eorum pars adcre-scit his qui adierunt.

PAULUS, IV, VIII, 24 (26).

Ex pluribus heredibus isdemque legitimis si qui omiserint hereditatem vel in adeundo aliqua ratione fuerint impediti, his qui adierunt vel eorum heredibus omittentium portiones adcre-scunt<sup>18</sup>.

Abbiamo già avvertito come la vocazione degli agnati sia necessariamente collegata al posto che essi occupano in familia: dal che deriva: *a*) che se essi vengono capite deminuti, perdono naturalmente la possibilità di essere chiamati alla eredità di coloro che non sono più loro agnati (11 D. 38.16); *b*) che le vocazioni sono necessarie e non è quindi pensabile la cosiddetta delazione successiva: «in eo iure – dice Gaio – successio non est. ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit vel antequam adierit decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege competit».

Abbiamo già visto come l'impossibilità della chiamata successiva sia un effetto necessario dell'ordinamento delle vocazioni ereditarie in quanto modellato sull'ordinamento familiare.

A questa stessa ragione è da riportare l'impossibilità di *rinunziare*, già durante la vita del paterfamilias, alla successione di lui. La successione, infatti, è un fenomeno che si produce necessariamente per il fatto solo della posizione del vocato nella familia: essa non dipende dall'arbitrio del vocato. Onde qualunque manifestazione di volontà del chiamato diretta a impedire o a modificare la vocazione ereditaria, è giuridicamente irrilevante.

§ 85. Infatti la volontà del privato può provocare o impedire la nascita di un dato effetto giuridico quando il prodursi o il mancare di tale effetto sia rimesso alla libera iniziativa privata.

Ma quando, invece, l'effetto giuridico ha per presupposto una situazione familiare, non può il privato né impedirlo né provocarlo a suo arbitrio in base ad un presupposto diverso, né può mutarne il modo di prodursi<sup>19</sup>.

Così non si può rinunciare alla tutela, alla patria potestas, allo status di filiusfamilias o di agnato, e, in genere, a tutte le qualità che ci spettano necessa-

<sup>18</sup> Cfr. su questa dottrina dell'acquisto virtuale di tutta l'eredità da parte degli eredi testamentari o intestati i seguenti testi: fr. 1, 2, 10, 35 pr., 38 (int.), 31, 21.3, 52.1, 53 pr., 53.1, 55, 76 pr., 80 pr., 80.1, 80.2.3, 98, 99 D. 29.2. E sull'accrescimento BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, 138.

<sup>19</sup> Questo nostro rilievo non ha, naturalmente, riguardo alla diseredazione la quale è essenzialmente atto di potestà familiare che rientra nei poteri del paterfamilias come tale.

riamente. Fra queste è da includere la qualità di erede, allorché essa sia collegata ad uno status del quale non è possibile spogliarsi e al quale non è possibile rinunciare (cfr. 34 D. 2.14)<sup>20</sup>.

PAPINIANUS, *libro duodecimo responsorum*: 16 D. 38.16: P. 679.

Pater instrumento dotali comprehendit filiam ita dotem accepisse ne quid aliud ex hereditate patris speraret: eam scripturam ius successionis non mutasse constitit: privatorum enim cautiones legum auctoritate non censi (cfr. fr. 42 D. 38, 1).

*Imp. ALEXANDER A. Alexandro*: c. 3 C. 6.20.

Pactum dotali instrumento comprehensum, ut contenta dote quae in matrimonio collocabatur nullum ad bona paterna regressum haberet, iuris auctoritate improbat nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur.

Non contraddice a queste considerazioni il fatto che sia ammessa la in iure cessio hereditatis da parte dell'agnato ante aditam hereditatem.

Qui si tratta, come già abbiamo visto, di una finzione ammessa dall'ordinamento giuridico, diretta a superare l'ostacolo della impossibilità della vocazione successiva quando i primi vocati non avessero voluto adire. Abbiamo visto come la ricordata impossibilità, mentre era conforme alla struttura della successione, era in contrasto con la nuova funzione patrimoniale da essa assunta.

E allora l'ordine giuridico ammise non già che si potesse rinunciare ad uno status, quale era la qualità di erede alla quale era esclusivamente e necessariamente designato l'agnato prossimo, ma che si fingesse posseduto dal cessionario lo status medesimo. Va bene che, in sostanza, questa finzione produceva gli effetti della rinuncia. Ma formalmente una rinuncia non vi era, e ciò era sufficiente per non cogliere l'ordinamento giuridico in contraddizione con se stesso.

Ricordiamo, infine, che gli agnati succedono sempre per capita, essendo la successione per stirpes ammessa solo pei discendenti.

In mancanza di agnati si passa, infine, ai gentili.

GAIUS, III, 17.

Si nullus agnatus sit, eadem lex XII tab. gentiles ad hereditatem vocat. Qui sint autem gentiles, primo commentario rettulimus; et cum illic admonerimus totum gentilicium ius in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco de eadem re curiosius tractare. (Cfr. Paolo, 4.8.3, *Coll.* 16.4.2).

Purtroppo il punto delle istituzioni di Gaio è a noi giunto lacunoso: e poiché non possediamo nessun elemento positivo che ci permetta la ricostruzione della successione gentilizia, anche noi dichiariamo che «supervacuum est de eadem re curiosius tractare»<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Cfr. BETTI, *Riv. di proc. civ.*, 1927, II, 281-85.

<sup>21</sup> Sulla *gens* cfr. BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, 18 segg.; ARANGIO RUIZ, *Ist.*, II, 179; *Le genti e la città* passim; PEROZZI, *B.I.D.R.*, 31, 88 segg.

## SEZIONE QUARTA

LE VOCAZIONI EREDITARIE PATRONALI INQUADRATE  
NEL RAPPORTO GIURIDICO DI PATRONATO

## INTRODUZIONE

## IL RAPPORTO GIURIDICO DI PATRONATO

§ 86. Suo duplice profilo, agnatizio e obbligatorio.

§ 87. Errata tesi del Leist sull'origine contrattuale della bon. poss. c. t. liberti. Posizione giuridica dei varî titolari del rapporto di patronato.

§ 86. Il rapporto giuridico di patronato si presenta alla indagine del giurista sotto un duplice profilo:

1) in quanto rapporto di natura familiare (agnatizio);

2) in quanto rapporto di natura obbligatoria, che fonda per il patrono e per il liberto una serie reciproca di diritti ed obblighi.

In senso ampio questi due profili del rapporto di patronato costituiscono insieme il cosiddetto *ius plenum patroni*.

Le nostre fonti trattano promiscuamente, senza un criterio discretivo, questi due aspetti, pur così profondamente diversi, del diritto di patronato. Noi, però, procederemo alla loro distinzione.

A) Al rapporto di patronato in quanto vincolo agnatizio si devono ricondurre: 1) le vocazioni ereditarie intestate del patrono e dei suoi discendenti alla eredità del liberto, 2) le vocazioni tutelari correlative, 3) l'obsequium.

A tale rapporto vanno pure ricondotte le riforme introdotte dal pretore mediante la bonorum possessio: e cioè a) la bon. possessio intestati, b) la bon. possessio contra tabulas liberti.

Nel suo ordinamento ereditario il pretore si conformò, pure ampliandolo, all'antico ordinamento agnatizio.

B) Al rapporto di patronato in quanto vincolo obbligatorio vanno ricondotte: a) la operarum obligatio, b) le stipulazioni onerandae libertatis causa.

L'elemento che distingue la duplice serie di effetti giuridici scaturienti dal rapporto di patronato, sta nella natura *necessaria e familiare* o *accidentale e patrimoniale di tali effetti giuridici*. Guardato sotto l'un profilo, il rapporto di patronato genera necessariamente diritti pertinenti ai membri della familia cui il liberto è agnatzionalmente vincolato. Questi diritti sono collegati alle posizioni familiari e perciò, quando ne ricorrano i presupposti, essi ricevono necessaria attuazione<sup>1</sup>. Si tratta, peraltro, di diritti familiari che non vanno scambiati per diritti soggettivi di carattere patrimoniale.

Considerato sotto l'altro profilo, bisogna dire che, qualora fra patrono e manomesso siano intercorse apposite stipulazioni, il rapporto di patronato dà occasione a diritti di obbligazione che hanno come titolare esclusivamente il patrono, ed eventualmente anche i suoi figli *in quanto suoi eredi*.

Cioè: mentre le vocazioni ereditarie (di ius civile o pretorio, intestate o contra tabulas) e le vocazioni tutelari competono ai discendenti agnatzati del patrono *per diritto proprio*, a causa della posizione da essi occupata nella familia, e non come aventi causa dal patrono, il diritto alle opere è di esclusiva spettanza del patrono, cui la promessa è stata fatta, e dei figli del patrono solo in quanto suoi eredi.

Questo criterio discretivo è fondamentale: e in base ad esso noi potremo, di volta in volta, vedere se, nel caso concreto, siamo in presenza di un diritto della prima o della seconda specie.

Naturalmente dovremo limitarci a considerare i rapporti della prima specie, vale a dire quelli agnatzati.

§ 87. A questo proposito noi dobbiamo, anzitutto, respingere l'idea sostenuta dal Leist<sup>2</sup> secondo cui la bonorum possessio contra tabulas liberti non sarebbe da ricondurre al diritto ereditario, ma costituirebbe il surrogato storico di una antichissima querella inofficiosi testamenti scaturiente da una stipulazione (onerandae libertatis causa) intercorsa tra patrono e liberto, e mirante ad annullare il testamento del liberto che avesse offeso il patrono preterendolo.

Questa concezione, che investe tutta la sfera del diritto di inofficiosità, è errata e ci riserviamo di darne la prova nella III<sup>a</sup> parte di questo lavoro. Per ora bisogna qui affermare che la bon. possessio contra tabulas liberti ha fondamento nel diritto ereditario patronale e ne costituisce anzi una manifestazione che chiameremo *necessaria*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Sul carattere familiare del rapporto di patronato cfr. anche FADDA, *Concetti*, § 463 seg.; BETTI, *Istit.* § 37. Il BONFANTE assume – *Scritti giuridici*, I, 238-239 – che il vincolo di patronato ineriva, in origine, alla hereditas. Questa tesi, peraltro solo accennata, assume grande rilievo quando venga riferita, come noi facciamo, all'istituto della *adsignatio libertorum*. Come vedremo più oltre la facoltà del paterfamilias di assegnare i liberti ad uno dei suoi, è parallela alla facoltà di concentrare in un suus la qualità di heres. Probabilmente, in origine, erede, assegnatario, tutore e sostituto pupillare, costituivano una sola persona.

<sup>2</sup> Continuazione GLÜCK, libri 37-38, IV e V, trad. it., pag. 224 segg., specie pag. 241.

<sup>3</sup> Nel senso che sarà dilucidato più oltre § 121 pag. 231.

Infatti le vocazioni ereditarie patronali (del patrono e dei suoi discendenti) trasformandosi – in conformità, come vedremo, con la generale evoluzione del diritto ereditario – in veri diritti soggettivi diventano attuabili anche contro la volontà del liberto testatore.

Le vocazioni ereditarie patronali competono ai vocati per diritto proprio, in quanto membri della famiglia cui il liberto appartiene. Pertanto, il titolo in base al quale i discendenti del patrono vengono all'eredità del liberto (quando il patrono sia premorto o, nel sistema pretorio, sia rinunziante) non è un titolo derivato dal patrono. La loro vocazione è autonoma.

Questo principio vale tanto nell'eredità legittima quanto nella bonorum possessio intestati e contra tabulas. Con questa sola differenza: che nella bonorum possessio, ad opera di Giuliano, si dette rilievo alla exhereditatio disposta dal padre (patrono) a carico del figlio, nel senso che la diseredazione determinasse anche l'esclusione del diseredato dalla bonorum possessio (intestati o contra tab.) del liberto paterno. Significa, questa influenza della diseredazione, che il diritto ereditario dei discendenti del patrono sui beni del liberto si mutò da diritto proprio in diritto derivato?

Se ciò fosse vero, bisognerebbe ammettere che i discendenti del patrono non diventano eredi del liberto senza prima essere divenuti eredi del patrono. Ora ciò è escluso dalle fonti<sup>4</sup>.

Risolveremo a suo luogo il problema e vedremo in che senso influì la riforma giuliana. Per ora dobbiamo affermare che in tutti quanti gli effetti giuridici procedenti dal rapporto di patronato, considerato sotto l'aspetto di vincolo agnatizio, la posizione autonoma dei discendenti del patrono rispetto al patrono è nettamente manifesta.

Patrono e suoi discendenti agnatizi costituiscono, nel loro complesso, gli agnati del liberto. Gli effetti giuridici coordinati alla loro posizione familiare si producono in modo autonomo e necessario. Tutto ciò, però, sempre tenendo presente il principio di diritto civile per cui le vocazioni dei praecedentes escludono quelle dei sequentes (in legitimis non est successio).

## CAPITOLO I

### LE VOCAZIONI INTESTATE DEL PATRONO ALLA EREDITÀ DEL LIBERTO

§ 88. La familia del patrono quale familia communi iure rispetto a quella proprio iure del liberto. Non reciprocità del vincolo agnatizio.

§ 89. Successione dei sui del liberto.

<sup>4</sup> 12.7 D. 38.2; 9 pr. D. 37.14 etc.

§ 90. Successione del patrono e della sua discendenza agnazia.

§ 91. Identità della posizione giuridica dei discendenti agnatizi del patrono con quella del patrono; sua autonomia.

§ 92. Fondamento familiare delle chiamate patronali e loro disciplina.

§ 88. Con l'atto di manomissione il manumittente, come dicono le fonti, *perducit servum ex servitute ad civitatem Romanam*.

Questo significa che il servo manomesso acquista la qualità di *paterfamilias*.

Orbene, sorge naturale la domanda: a quale gruppo agnatizio appartiene questo *paterfamilias*? Un cittadino romano appartiene normalmente ad alcuno dei gruppi agnatizi di cui la *civitas* si compone. L'organizzazione giuridica romana è siffattamente costituita che un *civis romano* appartiene sempre ad una *familia*<sup>5</sup>.

Il liberto appartiene naturalmente al gruppo agnatizio del suo manomittente. Con la manomissione avviene un fenomeno analogo a quello che si verifica con la morte di un *paterfamilias*: cioè il sorgere di una *familia* nuova (*proprio iure*) che si è distaccata dal seno della *familia communi iure*: e da *familia communi iure* funge, rispetto alla *familia* del liberto, appunto quella del patrono<sup>6</sup>.

Quando ho detto che il rapporto di patronato fonda un vincolo agnatizio tra il liberto e la *familia* del patrono, ho voluto appunto indicare questo rapporto in cui si trova la nuova *familia* del liberto rispetto a quella del patrono.

Ciò che è proprio di questo vincolo agnatizio è la *non reciprocenza*: vale a dire, che mentre il liberto è vincolato agnatizamente al patrono e ai suoi discendenti in *familia*, costoro, per contro, non sono reciprocamente vincolati verso il liberto.

È in questo che diversifica la posizione giuridica di un liberto da quella di un figlio diventato *paterfamilias*: anche la *familia* di costui, non altrimenti che quella del liberto, ha come *familia communi iure* il gruppo agnatizio da cui essa si è staccata: anche costui è, perciò, come il liberto, vincolato verso i suoi agnati. Ma per lui, diversamente che pel liberto, il vincolo ha carattere di reciprocenza. Il che ha notevoli effetti: per esempio, nel campo ereditario, le vocazioni, essendo disciplinate in conformità con l'ordinamento dei vincoli familiari, sono reciproche.

Invece, sul terreno del rapporto di patronato, a causa della unilateralità del vincolo agnatizio, anche le vocazioni ereditarie avranno una sola direzione: ond'è

<sup>5</sup> In questo senso nettamente BETTI, *Istituzioni*, § 29, p. 133. Dice il Betti: «quella molteplicità di circoli chiusi e reciprocamente escludentisi che abbiám veduto caratterizzare la struttura della società antica nei rapporti internazionali, ... si riproduce anche all'interno della comunità cittadina. Qui vive ed opera una molteplicità di *familiae* bastanti a se stesse e reciprocamente escludentisi, per modo che chi è cittadino appartiene, per ciò stesso, ad una *familia* e non può appartenere che ad una sola. *L'appartenenza ad una familia ha carattere non meno necessario ed esclusivo che l'appartenenza ad una civitas*».

<sup>6</sup> Cfr. BETTI, *Trattato dei lim. sogg. d. c. giud.*, pp. 479-480. BETTI, *Istituzioni*, § 37.

che mentre alla eredità del liberto morto intestato, senza lasciare sui, saranno chiamati il patrono e i suoi discendenti, il liberto non avrà, invece, a sua volta, rispetto a costoro, un diritto ereditario.

§ 89. Data cotesta posizione giuridica del liberto, appare ancora più evidente come, in ordine alla successione intestata di costui, debba parlarsi di una duplice direzione secondo cui la successione stessa si attua:

1) una, verso la *continuazione* della familia iniziata dal liberto, attraverso i suoi discendenti;

2) l'altra, avente per effetto il *riassorbimento* di questa familia entro quella del patrono dalla quale era uscita. Quale delle due direzioni, nel caso che possano ambedue aver luogo, è la prevalente? Certamente la prima. Vi è in ogni familia proprio iure una intrinseca tendenza a continuarsi ne' suoi discendenti.

Ecco perché le fonti ci mostrano come originaria la precedenza della chiamata ereditaria dei sui del liberto rispetto a quella del patrono.

L'effetto della manomissione è quello di creare un cittadino romano paterfamilias: quando vi è un paterfamilias sorge, naturalmente, il problema della sua successione. Ora la direzione prima in cui tale successione si muove è verso i discendenti, destinati a continuare la familia. Solo in mancanza di costoro si fa luogo alla vocazione successiva dei patroni: ma la successione del patrono estingue la familia che dal liberto era derivata. Questa estinzione è indicata dalle fonti come un *redire in familiam*.

Che il liberto sia paterfamilias e possa, perciò, avere sui heredes non v'è dubbio alcuno: tutto il sistema della successione legittima attesta questo fatto. Abbiamo inoltre una testimonianza esplicita in una costituzione di Diocleziano.

DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. *Aemilianae*: c. 7 C. 6.55.

Filium habere suum libertus in potestate non prohibetur, cum ob praeteritum statum ex legitimis nuptiis ingenuorum exemplo filios habere liberto non sit interdictum (a. 294).

§ 90. In mancanza di sui, la vocazione intestata sorge in capo al patrono.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad Sabinum*: 3 pr. D. 38.16: P. 2525.

Intestato liberto mortuo primum suis deferritur hereditatem verum est: si hi non fuerint tunc patrono.

GAIUS, III, 40.

Ita demum lex XII tab. ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus nullo suo herede relicto. Itaque intestato quoque mortuo liberto, si is suum heredem reliquerat, nihil in bonis eius patrono iuris erat.

ULPIANUS, XXVII, 1.

Libertorum intestatorum hereditas primum ad suos heredes pertinet, deinde ad eos, quorum liberti sunt, velut patronum patronam liberosve patroni.

TRYPHONINUS, *libro vigesimo primo disputationum*: 9 (10), 2 D. 34.5: P. 72.  
Si cum filio suo libertus simul perierit intestato patrono legitima defer-  
tur hereditas.

Il fondamento giuridico della vocazione ereditaria del patrono e dei suoi di-  
scendenti sta, come abbiamo detto, nel vincolo agnatizio costituitosi con l'at-  
to di manomissione tra il liberto e la familia del patrono.

Il patrono e i suoi discendenti costituiscono gli agnati del liberto: la voca-  
zione intestata di costoro è soggetta, perciò, agli stessi principî cui è soggetta la  
vocazione degli agnati.

L'ordinamento di queste vocazioni è, dunque, modellato sull'ordinamento  
familiare. Ne segue che esse si attueranno nello stesso ordine: 1) patrono, 2) di-  
scendenti agnatizi del patrono.

Anche qui, come in genere nella successione intestata, ha applicazione il princi-  
pio che la vocazione ereditaria si arresta al *proximus* (Gaio, III. 60). Prossimo del li-  
beto è, anzitutto, il patrono: in mancanza di lui, il discendente agnatizio immediato.

§ 91. La posizione giuridica dei discendenti del patrono, quando questi sia  
morto o capite deminutus, è *necessariamente identica* a quella del patrono ed è,  
rispetto a quest'ultima, *autonoma*. Questa identità e questa autonomia non deri-  
vano da una statuizione esplicita della legge: ma scaturiscono necessariamente  
dall'organismo familiare.

Infatti il vincolo agnatizio che si stabilisce tra il liberto e i membri della fa-  
milia del patrono è, come ogni vincolo agnatizio, organicamente collegato ai  
loro posti familiari e, perciò, non perviene ad essi per il tramite del padre loro.  
Da ciò, appunto, discende l'autonomia della posizione di costoro rispetto a  
quella del patrono.

La vocazione intestata alla eredità del liberto sorge, dunque, per essi necessa-  
riamente, quando il patrono che li precedeva sia morto o capite deminutus. Ed  
essa non potrebbe in nessuna maniera essere impedita da un precedente atto di  
volontà del patrono medesimo: per esempio dalla diseredazione che egli aves-  
se disposta a loro carico.

GAIUS, III, 58.

Nam civis Romani liberti hereditas... ad filium patroni nepotesque ex  
filio et pronepotes ex nepote filio nato prognatos omni modo pertinet,  
etiamsi a parente fuerint exheredati.

ID., III, 64.

Item in hereditate civis Romani liberti liberis manumissoris nulla exhe-  
redatio nocet.

Dove trovare la ragione di questa inefficacia della diseredazione se non nella  
posizione autonoma dei discendenti del patrono rispetto al patrono medesimo?

Vedremo come questa autonomia sia stata sacrificata in diritto giustiniano.  
I bizantini considerando il diritto di patronato non più sotto specie agnatizia,

ma quale diritto soggettivo di natura esclusivamente patrimoniale, stabiliscono un nesso di derivazione di tale diritto dal padre (patrono) ai discendenti.

§ 92. Naturalmente anche qui vale il principio «in legitimis non est successio».

Come la ereditaria e la tutelare anche la vocazione patronale si attua per designazione necessaria: e fin quando esiste il chiamato prossimo non si può procedere ad una chiamata ulteriore. La ragione è sempre la stessa: la vocazione è coordinata ai posti familiari.

A questo principio fa riscontro l'altro per cui la *capitis deminutio* estingue qui pure la vocazione patronale. Poiché, infatti, essa fa perdere a colui che la subisce, il suo *status familiae*, gli fa anche perdere i diritti ad esso inerenti.

La successione patronale avviene per capita<sup>7</sup>. Ed anche in essa, naturalmente, ha luogo l'accrescimento<sup>8</sup>.

Poiché, infine, la successione patronale è vera successione ereditaria<sup>9</sup>, la eredità del liberto, quando egli abbia due o più patroni, compete ai patroni «aequaliter, licet dispar in eo servo dominium habuerint».

Naturalmente dopo il patrono e la sua discendenza agnatizia venivano in antico chiamati gli agnati e i gentili del patrono. Quantunque nessun testo assicuri esplicitamente intorno a questo punto, tuttavia, poiché esso risponde al sistema ereditario dell'*ius civile*, noi possiamo affermarlo con sufficiente sicurezza.

Il liberto, infatti, in quanto membro della familia del patrono, aveva come agnati il patrono e la discendenza agnatizia di lui, e come gentili i gentili stessi del patrono.

## CAPITOLO II

### RAPPORTI TRA LA FAMILIA DEL PATRONO E LA FAMILIA DEL LIBERTO

§ 93. L'origo, l'obsequium, e la hereditas, indici salienti di questi rapporti.

§ 94. La vocazione del patronus patroni alla eredità del liberto.

§ 95. La vocazione del patrono alla eredità dei figli del liberto morti senza lasciare né sui né agnati.

<sup>7</sup> GAIUS, III, 60-61; PAULUS, *Sent.*, III, 2.3; ULP., XXVII, 4.

<sup>8</sup> GAIUS, III, 62; PAULUS, *Sent.*, III, 2.2; GAIUS, II, 188.150.

<sup>9</sup> GAIUS, III, 59.

§ 93. Dobbiamo ora accennare ai rapporti tra la familia del patrono e quella del liberto: vale a dire, alla influenza che il rapporto di patronato produceva anche rispetto ai figli dei liberti.

Certamente i figli del liberto sono ingenui: quod ex liberta muliere nascitur ingenuum est (c. 11 C. 6.3).

Tuttavia, poiché la familia libertina ha il suo fondamento sopra l'atto di manumissione, essa è, attraverso questo atto, legata alla familia patronale ed appartiene, perciò, alla gens del patrono.

Manifestazioni concrete di questo legame sono:

a) L'appartenenza dei liberti, dei figli dei liberti, e degli stessi liberti dei liberti, alla *origo* del patrono manumissore<sup>10</sup>.

ULPIANUS, *libro secundo opinionum*: 6.3 D. 50.1: P. 2310.

Libertini originem patronorum vel domicilium sequuntur: item qui ex his nascuntur.

PAULUS, *libro primo sententiarum*: 22 pr. D. 50.1: P. 1946.

Filii libertorum, libertorumque liberti, paterni et patroni manumissoris domicilium aut originem sequuntur.

*Imp.* GORDIANUS A. *Frontoni*: c. 2 C. 10.39.

Si, ut proponis, ea, quae ex causa fideicommissi te manumisit, ab ea libertatem iustam fuerit consecuta, quae originem ex provincia Aquitania ducebat, tu quoque eius condicionis eiusque civitatis ius obtines, unde quae te manumisit fuit, eorum enim condicionem sequi ex causa fideicommissi manumissos pridem placuit, qui libertatem praestiterunt, non qui rogaverunt.

b) L'obsequium e la reverentia che anche i figli del liberto debbono prestare al patrono<sup>11</sup>.

*Imp.* THEODOSIUS et VALENTINIANUS AA. *Basso pp.*: c. 4 C. 6.7.

Libertinae condicionis homines vel eorum filii si militantes docebuntur ingrati, ad servitutis nexum procul dubio reducentur (a. 426).

c) La chiamata ereditaria del patrono e dei suoi discendenti agnatizi, del patronus patroni e dei gentili del patrono tanto alla eredità del liberto quanto all'eredità dei figli del liberto.

§ 94. Passiamo ora ad occuparci dell'ordinamento delle vocazioni intestate alla eredità del liberto che sia morto senza lasciare sui.

Sono chiamati: 1) patronus liberive eius (vedi testi innanzi citati), 2) patronus patroni.

<sup>10</sup> Cfr. 1 pr.; 22.2; 23; 27 pr. D. 50.1; 7 C. 10.40; 1 C. 9.21; 3.8 D. 50.40.

<sup>11</sup> Cfr. c. 3 C. Th., 4.10.

Che il patrono del patrono fosse chiamato, in mancanza dei *praecedentes*, all'eredità del liberto, si argomenta dal fatto che anche il pretore gli accordò la *bonorum possessio*.

ULPIANUS, XXVIII, 7.

Intestati datur bonorum possessio... quarto familiae patroni; quinto patrono, patronae, item liberis parentibusve patroni patronaeve...

*Collatio XVI*, 9.1.

Post familiam patroni vocat praetor patronum et patronam, item liberos et parentes patroni patronae...

§ 3 Inst. III, 9.

...quinto tum quam ex familia: sexto patrono et patronae liberisque eorum et parentibus...

*Imp. IUSTINIANUS c. 4.23 C. 6.4.*

...vetus bonorum possessio... vocabat patris manumissorem... statuebat autem, ut, si huius liberti patronus ipse libertus alius cuiusquam esset, patroni quoque patronus eiusque cognatio vocaretur...

Il pretore, nel suo editto, accolse tutti gli elementi della successione di *ius civile* o trasfondendoli nella categoria unde legittimi, come avvenne per la successione dei liberi, o distribuendoli in varie categorie, come avvenne per la successione dei liberti. Infatti mentre chiamò il patrono e la sua discendenza agnaticia nella categoria unde legittimi, chiamò ancora il patrono e la sua discendenza (ancorché non agnaticia) nella categoria «unde familia patroni» e chiamò inoltre nella categoria successiva il «patrono del patrono ed i suoi discendenti».

La chiamata pretoria del *patronus patroni* ci permette, senza seria difficoltà, di indurre che costui era anche chiamato dall'*ius civile*. E possiamo altresì concludere che doveva essere ammesso, secondo il sistema generale delle vocazioni ereditarie, che la chiamata avesse luogo anche pei gentili.

§ 95. Parliamo ora della vocazione intestata alla eredità dei figli del liberto morti senza lasciare discendenti (*sui*). Sono chiamati:

1) gli agnati del figlio del liberto. Costui, infatti, poteva avere, diversamente dal padre liberto, propri agnati;

2) in mancanza di agnati, si ha vocazione del patrono e dei suoi discendenti agnaticizzati. Questo stato di cose ci è attestato dallo stesso imperatore Giustiniano (c. 4.23 C. 6.4);

3) infine la vocazione procede ulteriormente verso il patrono del patrono e i gentili del patrono. Questo si argomenta dal sistema generale delle vocazioni intestate di *ius civile*<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Per tutta questa parte confronta specialmente LEIST, *op. cit.*, IV. 299 segg., V, 285 seg.

## CAPITOLO III

## PARTICOLARE POSIZIONE GIURIDICA DELLA LIBERTA E DELLA PATRONA

§ 96. Posizione giuridica della liberta.

§ 97. Posizione giuridica della patrona, e sue differenze dalla posizione del patrono.

§ 96. Una posizione affatto singolare era quella delle liberte e delle patrone. Accennerò anzitutto alla posizione giuridica della liberta (prima della lex Papia).

La schiava manomessa diveniva sui iuris e cittadina romana. Questa libertà, peraltro, era solo nominale perché la liberta era soggetta alla tutela perpetua del patrono (Gai, I, 165) e, prima del rescritto di Adriano, essa non poteva fare testamento (Gai, I, 115<sup>a</sup>; II, 112).

Inoltre, non potendo avere sui e non avendo agnati, *era certo* che la sua eredità dovesse necessariamente andare al patrono e ai discendenti agnati del patrono.

Dice Gaio (III, 43): «in bonis libertinarum nullam iniuriam antiquo iure patiebantur patroni. cum enim hae in patronorum legitima tutela essent, non aliter scilicet testamentum facere poterant (naturalmente dopo Adriano), quam patrono auctore... si vero... intestata liberta moriebatur (*Kr. et Hu.*), ad eundem, quia suos heredes femina habere non potest, hereditas pertinebat; nec enim ullus olim vel heres vel bonorum possessor erat, qui posset patronum a bonis libertae intestatae repellere».

ULPIANUS, XXIX, 2.

...itaque... seu intestata moriatur liberta, semper ad eum hereditas pertinet, licet liberi sint libertae, quoniam non sunt sui heredes matri, ut obstent patrono.

*Fr. de jure fisci*, 12.

Libertae Caesaris... si intestatae (decidunt) totum fisco vindicatur.

La liberta si trovava, in origine, nella stessa posizione di un filius in potestate. E alla sua morte il patrono piuttosto che acquistarne i beni iure hereditario, *riotteneva* i beni quasi *iure peculii*. Si manifesta in questo caso pienamente il senso della frase usata dalle fonti: in familiam redire<sup>13</sup>.

È questa la ragione per cui il pretore non estese anche in confronto alle liberte il beneficio della bon. poss. c. t.: a che cosa poteva esso servire se il patrono – almeno prima del rescritto di Adriano – era l'unico possibile erede della liberta?

<sup>13</sup> Anche il BETTI nelle sue recentissime *Istituzioni* (p. 194) parla di «ritorno» con allusione a una tal quale analogia col ritorno «iure peculii».

Fu solo la Lex Papia a disporre che, «cum quattuor liberorum iure libertinas tutela patronorum liberaret et eo modo concederet eis etiam sine tutoris auctoritate condere testamentum, prospexit, ut pro numero liberorum quos liberta mortis tempore habuerit, virilis pars patrono debeatur» (Gai, III, 43).

§ 97. Posizione giuridica della patrona (prima della Lex Papia).

Nel nome di patrona noi, naturalmente, ricomprendiamo anche la discendenza agnatizia femminile del patrono.

A dimostrare la diversità della posizione giuridica della patrona rispetto a quella del patrono bastano le seguenti considerazioni:

*a)* poiché la patrona non aveva una familia propria, non poteva il liberto appartenere ad una familia propria della patrona: egli, invece, faceva parte della stessa familia cui apparteneva la patrona soggetta alla potestà tutoria;

*b)* la patrona non aveva discendenti agnatizi: dunque agnati del liberto non erano, come nel caso del patrono, la patrona e i suoi discendenti agnatizi, ma la patrona e i suoi agnati;

*c)* la tutela sul liberto impubere e sulla liberta apparteneva all'agnato prossimo della patrona, alla tutela del quale la patrona, prima della Lex Claudia, era essa stessa soggetta.

Tali profonde diversità tra la posizione giuridica della patrona e quella del patrono, ci permettono di riaffermare qui (come abbiamo già fatto a proposito della successione ereditaria) che questa irregolare ed anomala posizione giuridica della donna è dovuta alla scissione, verificatasi in epoca storica, tra la qualità di paterfamilias e quella di soggetto di diritto capace di una sfera patrimoniale propria. Queste due qualità, in origine fuse, andarono via via separandosi (per lo sviluppo dei peculii etc.) e questa separazione dette luogo ad una serie di contraddizioni e di incongruenze.

È certo però che tale scissione non è originaria. E questo fatto ci permette di affermare, anche in ordine ai rapporti di patronato, che in origine solo un paterfamilias (patrono e suoi discendenti agnatizi) poteva essere patrono.

Anche qui lo stato di cose originario è rappresentato, in epoca storica, dal sistema tutelare.

Una conseguenza della differenza fondamentale tra la posizione del patrono (e dei discendenti agnatizi maschi), e quella della patrona (e la discendenza agnatizia femminile del patrono), si ha anzitutto in ciò: che il pretore non estese alla patrona né il beneficio della bonorum possessio contra tabulas liberti, né quello della bon. possessio ab intestato contra filium adoptivum vel uxorem nurumve (Gai, III, 45, 49).

Anche qui, peraltro, la Lex Papia operò notevoli modifiche<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Su di esse cfr. GAI, III, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53; e i testi relativi di ULPIANO e di PAOLO.

Non aveva carattere di successione ereditaria, ma di ritorno *iure peculii*, il diritto dei patroni ai beni dei latini Giuniani. Cfr. Gai. III, 155-71.

Dobbiamo ora esaminare la posizione giuridica dei discendenti agnati del patrono e vedere le ragioni della sua autonomia rispetto alla posizione del patrono.

#### CAPITOLO IV

##### L'AUTONOMIA DEI FIGLI DEL PATRONO NEL RAPPORTO DI PATRONATO

§ 98. Il diritto dei figli del patrono di fronte al liberto paterno: sua natura di diritto autonomo non derivato dal padre. Tesi errata del Leist.

§ 99. Interpolazione del fr. 3 D. 48.22: prova tratta dall'istituto dell'assegnazione dei liberti e dai fr.: 6 D. 38.7; 97 D. 50.17; c. 5 C. 6.6; 4 D. 37.14; 4.2 D. 38.2; c. 1.1 C. 6.4; 9 D. 48.4.

§ 100. Ordine di sequenza fra il patrono e i suoi discendenti agnati.

§ 101. Autonoma posizione dei figli in diritto classico e posizione subordinata in diritto giustiniano: interpolaz. dei fr. 33 D. 38.2 e 15 D. 37.14.

§ 102. Effetti della *accusatio capitis* e della *petitio in servitutum* sui discendenti. Esegesi del fr. 17 D. 37.14 e suo valore classico. Come la condanna del patrono nuocesse ai figli solo quando essi fossero in potestà del patrono condannato.

§ 103. Estensione del principio alla diseredazione (fr. 16.4 D. 38.2; 38 pr. D. 38.2; 11 D. 38.2).

§ 104. La diseredazione (inefficace per diritto civile relativamente all'eredità del liberto, per l'indipendenza del diseredato dal diseredante), considerata dal diritto pretorio quale pena, che nuoce al diseredato, non anche ai discendenti usciti dalla sua potestà.

§ 98. Contro la dottrina del Leist<sup>15</sup> bisogna decisamente affermare che il diritto dei figli del patrono di fronte al liberto paterno non è un «bene ricevuto per mezzo del padre».

Il Leist si fonda principalmente sul fr. 3 D. 48.22: e per conciliare la sua veduta con molti altri testi in cui il diritto dei figli del patrono appare autonomo, rispetto a quello del patrono, è costretto a rappresentarsi come segue lo stato della questione.

<sup>15</sup> *Cont. Glück* 37.38, IV, trad. Cugia, pagg. 398-409.

Egli crede, in base al fr. 3 D. 48.22, che in origine i figli perdessero il diritto di patronato sul liberto paterno quando questo diritto avesse il padre stesso perduto, per effetto di condanna.

In prosiegua, invece, equiparando alla morte la condanna, si sarebbero fatti subentrare i figli dei condannati nel posto lasciato vacante da questi ultimi.

Lo stesso procedimento sarebbe stato seguito 1) per favorire i figli di coloro che, a tenore della lex Aelia Sentia e della lex Iulia et Papia, avrebbero dovuto essere esclusi dall'ius patronatus, e infine 2) per favorire i figli dei diseredati dopo che alla diseredazione disposta dal patrono contro il proprio figlio fu riconosciuta efficacia al fine di escludere il diseredato dalla eredità dei liberti paterni.

Essendo questo punto della dottrina del patronato di capitale importanza dobbiamo trattarne con qualche ampiezza.

Il testo su cui il Leist si fonda è questo:

ALFENUS, *libro primo epitomarum*: 3 D. 48.22: P. 23.

Eum qui civitatem amitteret, nihil aliud iuris adimere liberis, nisi quod ab ipso perventurum esset ad eos, si intestatus in civitate moreretur: [*hoc est hereditatem eius et libertos et si quid aliud in hoc genere repperiri potest*]. quae vero non a patre, sed a genere, a civitate, a rerum natura tribuerentur, ea manere eis incolumia. itaque fratres fratribus fore legitimos heredes et adgnatorum tutelas et hereditates habituros: non enim haec patrem, sed maiores eius eis dedisse<sup>16</sup>.

Fondandosi su questo testo, anzi sulla parte da noi segnata interpolata, il Leist assume come principio generale avente vigore nell'ius patronatus, che il patrono decada in conseguenza della capitis deminutio dal diritto di patronato e che i figli del patrono non subentrino nel suo posto.

§ 99. I liberti, egli dice, sono *qualcosa di derivato dal padre*: e questo qualcosa il padre lo ritoglie ai propri figli quando perda la cittadinanza.

Orbene, tutto ciò non è vero: i liberti non sono pei figli alcunché di derivato dal padre, perché il vincolo che unisce i liberti ai figli è un vincolo agnazio organicamente collegato coi loro posti familiari: fino a quando esistono questi posti, esiste in conseguenza il vincolo in parola.

Quanto al testo di Alfeno, bisogna affermare che esso è interpolato proprio nella parte su cui il Leist si fonda.

Infatti, quale era il pensiero di Alfeno? Questo: che la perdita della cittadinanza, poiché determina la publicatio bonorum, impedisce per ciò stesso che questi beni pervengano ai discendenti del condannato (nihil aliud iuris adime-

<sup>16</sup> Sul fr. di Alfeno il LENEL (*Pal.*, 33) è in dubbio circa la originaria collocazione del testo. Dice il Lenel: aveva esso riguardo alla eredità o ai diritti di agnazione? «*Alfeni genuini operis Libro I testamenta videtur tractasse, v. fr. 1*».

re liberis, nisi quod ab ipso perventurum esset ad eos, si intestatus in civitate moreretur).

Detto ciò che determina la perdita della cittadinanza del paterfamilias a danno dei figli, Alfeno passa a indicare quali siano le posizioni e i diritti sui quali non influisce la pena toccata al paterfamilias. Tali posizioni e diritti sono quelli che hanno fondamento nella costituzione familiare e rispetto ai quali il paterfamilias non è, come si dice, un *dante causa*. E questi sono:

a) la struttura familiare come tale, e cioè il posto di paterfamilias, le altre posizioni familiari attorno a quel posto preminente coordinate;

b) i diritti familiari che a queste posizioni sono inerenti.

Orbene, quando il padre perda la cittadinanza, questa sua *capitis deminutio* rende vacante ma non elimina il suo posto nella familia. L'organismo familiare rimane, idealmente, intatto sebbene non ne sia più occupata la posizione preminente. Si comprende allora facilmente che tutti i diritti inerenti alle posizioni familiari non risentano alcun effetto dalla *capitis deminutio* del paterfamilias.

Quali sono questi diritti? Alfeno li enumera: sono i diritti reciproci di eredità e di tutela tra gli agnati: diritti che permangono inalterati, perché permanente inalterato il vincolo agnatizio che unisce i membri della familia<sup>17</sup>. E tra questi membri, noi soggiungiamo, devono pure essere annoverati i liberti.

Infatti la familia del liberto fa parte della familia del patrono: il liberto è unito ai membri della familia patronale da un vincolo agnatizio che *non poteva* venire meno in seguito alla *capitis deminutio media* del patrono<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Sono decisivi in proposito questi due frammenti di Ermogeniano:

HERMOGENIANUS, *libro tertio iuris epitomarum*: 6 D. 38.7: P. 63.

Nati post mortem patris vel post captivitatem sive deportationem, sed et hi, qui tempore, quo capiebatur vel deportabatur pater, in potestate fuerunt, ius inter se consanguinitatis habent, etsi heredes patri non extiterint, sicuti exheredati.

Id.: 97 D. 50.17: P. 63.

Ea sola deportationis sententia aufert, quae ad fiscum perveniunt.

Ora al fisco pervengono i beni (totalmente o parzialmente) del deportato, non anche diritti di carattere familiare.

<sup>18</sup> La prova migliore che la *capitis deminutio* del paterfamilias non adimit libertos si ha nella esplicita statuizione del senato consulto de adsignandis libertis. In esso si stabilisce che il patrono possa assegnare a uno dei suoi figli i propri liberti per il caso che «in civitate esse desisset»: e ancora in esso si stabilisce che allorché l'assegnatario «in civitate esse desisset neque ei liberi ulli essent» il liberto assegnato ritorni ai fratelli esclusi. (1 pr. D. 38.4; I 3.8). Come si vede c'è aperto contrasto tra questo senato consulto e il testo di Alfeno. Cuiacio tenta di eliminare questo dissidio riportando il pensiero di Alfeno al *vetus ius* e il sen.<sup>10</sup> al diritto equitativo. «Et haec quidem in libertis ita se habent summo jure de quo Alfenus scripsit: sed postea benigne placuit ut liberi hereditatem liberti retinerent». Ma, come si vede, questa soluzione non risponde al vero: l'epoca di Alfeno e l'epoca del senatoconsulto non sono poi tanto distanti.

In realtà anche Alfeno diceva che la *capitis deminutio* del padre non può dissolvere i vincoli agnatizi che uniscono il liberto ai membri della familia. (CUJACIO, XIV *Resp. Papiniani ad l. XI*).

La ragione, poi, della irrilevanza della *capitis deminutio del paterf.* sui vincoli agnatizi è magnificamente espressa da Alfeno con queste considerazioni. I vincoli agnatizi scaturiscono oggettivamente dalla costituzione familiare: essi procedono «non a patre, sed a genere, a civitate, a rerum natura»: può dirsi tali vincoli «non patrem, sed maiores eius eis dedisse». Il pensiero di Alfeno è così completo.

Come sorse l'inciso «hoc-potest» che vuole essere un chiarimento e conduce, invece, ad un capovolgimento del pensiero del giurista?

Infatti, che cosa significa *adimere hereditatem*? In senso patrimoniale significa che i discendenti non avranno i beni del loro padre, andati al fisco: ma, questo, Alfeno lo aveva già detto. Vi ha di più, però.

Alfeno è giurista dell'epoca repubblicana: «lo stile e la lingua dei frammenti a noi conservati sono meravigliosi. Puro ed elegante, fine ed esatto è vero modello di linguaggio giuridico»<sup>19</sup>. Orbene, per Alfeno *HEREDITAS* aveva un significato ben diverso da quello patrimoniale: egli non avrebbe usato tale parola per indicare esclusivamente il complesso dei beni.

E *adimere libertos*? Significa forse spezzare il vincolo agnatizio che univa i liberti ai figli del patrono? Ma questo era impossibile, come lo stesso Alfeno ci dice. Tutto al più la frase potremmo intenderla avendo riguardo a quei rapporti obbligatori che avevano pure base nel rapporto di patronato (*operarum obligatio* etc.); ma allora, pure supposto che cadessero questi diritti, in quanto di pertinenza esclusiva del patrono, non potevano però cadere i diritti agnatizi di eredità, di tutela e di ossequio.

L'inciso «hoc-potest» non è di Alfeno.

Del resto, ecco qui conferme testuali del nostro assunto.

*Imp. GORDIANUS A. Sulpiciae: c. 5 C. 6.6.*

*Etiam liberis damnatorum consuetum obsequium libertos paternos praestare debere in dubium non venit, proinde si non agnoscunt reverentiae debitae munus, non immerito videntur ipsi adversus se provocare severitatem (a. 240).*

MARCIANUS, *libro quinto institutionum: 4 D. 37.14: P. 101.*

*Iura libertorum patronorum liberis, cum pater eorum erat perduellionis damnatus, salva esse divi Severus et Antoninus [benignissime] rescripserunt, [sicut ex alia causa punitorum liberis iura libertorum salva sunt].*

PAULUS, *libro quadragensimo secundo ad edictum: 4.2 D. 38.2: P. 595.*

*Si deportatus patronus sit, filio eius competit bonorum possessio in bonis liberti [nec impedimento est ei talis patronus, qui mortui loco habetur – Eisele].*

Il Gotofredo annota: «Imo libertos non adimit... jus libertorum liberis non adimitur, etiamsi perduellionis fuerit damnatus. An dicemus dictam legem 4 (4 D. 37.14). ad constitutiones (5 C. 6.6), hanc legem (3 D. 48.22) ad jus referri?».

<sup>19</sup> FERRINI, *Storia delle fonti*, 40.

Questione poteva sorgere, e sorse certamente, per determinare l'ambito di efficacia del principio secondo cui i beni dei condannati venivano devoluti al fisco. Tra questi beni erano da annoverare anche quelli dei liberti? O i beni dei liberti dovevano essere lasciati ai figli del patrono condannato, i quali dopo la condanna del padre avevano essi stessi assunta la qualità di patroni?

La soluzione di questa questione supponeva la soluzione di quest'altra: la deportazione del patrono estingue il rapporto di patronato? No, certamente: e allora quando il patrono sia capite deminutus, pigliano il suo posto i suoi discendenti. I quali, perciò, avranno intatti, nei confronti del liberto, i diritti di eredità, di tutela e di ossequio.

Solo in mancanza di discendenti, nella posizione del patrono subentra il fisco.

*Impp.* SEVEROS et ANTONINUS AA. *Secundae*: c. 1.1 C. 6.4.

Et ideo cum Sabiniani patroni filii, qui plenum ius habuit, ut hostis publici bona fisco vindicata sunt, secundum ea, quae divo Pertinaci placuerunt et nos secuti sumus, in iura libertorum eius fisco noster *successit*.

Si noti il termine *succedere*: esso indica che nella ipotesi aveva luogo non tanto una estinzione del rapporto di patronato quanto una successione nella titolarità di esso: cioè una vera successio del fisco in locum patroni.

Così decidono perciò concordemente Gordiano, Severo e Antonino e Paolo.

La stessa soluzione ci è mostrata ancora da altri giuristi.

HERMOGENIANUS, *libro quinto iuris epitomarum*: 9 D. 48.4: P. 86.

Eorum, qui maiestatis crimine damnati sunt, libertorum bona conservari divus Severus decrevit et tunc demum fisco vindicari, si nemo damnati liberorum existat.

§ 100. Il patrono e i suoi discendenti stanno nel rapporto di patronato come praecedens e sequens: la posizione del sequens non è, come si sa, una posizione derivata da quella del praecedens. Il rapporto tra le due posizioni è un rapporto di sequenza, cioè di subordinazione, nel senso che quando ha efficacia l'una, non può avere efficacia l'altra. Ma se la prima è resa inefficace (per es. per morte, o capitis deminutio di colui che la occupava) allora diventa efficace la seconda.

Di questi fenomeni noi ne conosciamo numerosi. Così:

1) nella potestà familiare, sono in rapporto di sequenza paterfamilias e sui: morto o capite deminutus il primo, i secondi subentrano nel suo posto;

2) nelle vocazioni ereditarie di ius civile e nelle vocazioni tutelari, sono in rapporto di sequenza figli e nipoti: agnati prossimi e agnati più lontani: morti o capite deminuti i primi, i secondi subentrano nel loro posto (29.5 D. 28.2);

3) nelle vocazioni ereditarie di ius pretorio, pel caso della bonorum possessio contra tabulas, è esplicitamente detto che, quando «filius emancipatus vel in potestate manens deportatus est... nepotem (ex eo) admittendum» (alla bon. p. c. t. dell'avo) (1.8 D. 37.4).

In tutte queste ipotesi vi è un elemento costante. Ed è che la morte o la esclusione del *praecedens* non pregiudica il diritto del *sequens*.

Così la *capitis deminutio* del patrono non può in nessun modo, come affermano i testi sopra citati, pregiudicare i diritti dei figli che sono *sequentes* nel rapporto di patronato.

Quello che abbiamo detto per il patrono rispetto ai figli vale naturalmente per i figli rispetto ai nipoti. Anche qui c'è un ordine di sequenza: ond'è che la morte, la *capitis deminutio*, la esclusione o la *exhereditatio* dei figli non nuoce ai nipoti. (Quanto alla *exhereditatio* e alla esclusione per condanna bisogna soggiungere che esse nuocevano solo ai nipoti che fossero in potestà del diseredato o del condannato).

Per i casi della morte e della *capitis deminutio* ci asteniamo da ulteriori considerazioni: era ben naturale che morto il figlio (o *capite deminutus*) i discendenti ne occupassero (per *successio in locum*) il posto, conseguendo così i diritti ad esso inerenti.

§ 101. Sui casi della esclusione del figlio per condanna o per diseredazione dobbiamo, invece, soffermarci alquanto, perché i due punti sono o sconosciuti o erroneamente prospettati dalla dottrina.

Esaminiamo ora la esclusione del patrono o del figlio del patrono dal rapporto di patronato a causa di una condanna irrogata dalla *lex Aelia Sentia* o dalla *lex Iulia et Papia*.

L'esclusione può verificarsi anzitutto: *a*) per mancata prestazione degli alimenti (5.1 D. 37.14).

MODESTINUS, *libro singulari de manumissionibus*: 6 pr. D. 25.3: P. 85.

Alimenta liberto petente non praestando patronus amissione libertatis causa impositorum et hereditatis liberti punietur.

MODESTINUS, *libro singulari de manumissionibus*: 33 D. 38.2: P. 85.

Si patronus non aluerit libertum, *lex Aelia Sentia* adimit eius libertatis causa imposita [tam ei quam ipsi ad quem ea res pertinet] item hereditatem [ipsi et liberis eius] nisi heres institutus sit et bonorum possessionem praeterquam secundum tabulas.

Le parole messe tra parentesi sono insitizie e manifestano la preoccupazione giustiniana di eliminare, nella ipotesi, radicalmente il rapporto di patronato.

La interpolazione è giustificata da un duplice ordine di motivi.

Anzitutto da motivi formali. Il pensiero di Modestino è rispecchiato dal fr. 6 pr.: nel fr. 33, invece, esso è presentato diversamente e con portata molto più larga. Si noti che i due testi appartengono allo stesso *liber singularis de manumissionibus*.

Ma vi sono inoltre motivi sostanziali.

Lo scopo della legge era quello di punire *personalmente* il patrono che non avesse prestato gli alimenti, non quello di estinguere il rapporto di patronato. Se,

infatti, il patrono o il figlio del patrono condannati avessero avuto dei discendenti non sottoposti alla loro potestà, costoro avrebbero potuto subentrare nel rapporto di patronato (fr. 16.4; 38; 3.9 D. 38.2). Il quale, adunque, non era estinto.

In diritto giustiniano, invece, nelle ipotesi in cui i classici escludevano solo il patrono condannato, viene definitivamente estinto il rapporto stesso di patronato.

Come vedremo, il diritto giustiniano ammette la possibilità della estinzione del rapporto di patronato per atto di rinuncia del patrono (c. 3.4 C. 6.4 e nov. 78): cosa impossibile per diritto classico (47.2 D. 38.2, 4 D. 40.11). La diversità delle due concezioni sta in ciò: che i classici pensano il patronato come un rapporto familiare; i giustiniane, per contro, lo concepiscono come un diritto soggettivo del patrono al quale il patrono può a suo arbitrio rinunciare.

L'esclusione dal rapporto di patronato può verificarsi *b)* per la imposizione del giuramento di celibato al manomesso.

In tal caso il manomittente perde i propri diritti di patrono<sup>20</sup>.

Ma qui, ancora una volta, la condanna del patrono non estingueva il rapporto di patronato e, perciò, non nuoceva ai figli non sottoposti alla sua potestà<sup>21</sup>.

ULPIANUS, *libro quinto ad edictum*: 8.2 D. 2.4: P. 261.

Sed si ad iusiurandum adeg, ne uxorem ducat, ne nubat, impune in ius vocabor. Et Celsus quidem ait in tali liberto ius ad filium meum *me vivo* non transire, sed Iulianus contra scribit. plerique Iuliani sententiam probant. secundum quod eveniet, ut patronus quidem in ius vocetur, filius [quasi innocens] non vocetur.

Il dissenso tra Giuliano e Celso sta, io credo, in ciò: che Celso operando col concetto «in legitimis non est successio» non riusciva a considerare come patrono il figlio del patrono durante la vita di quest'ultimo. L'opinione celsina, infatti, non ha una portata generale, ma è ristretta all'ipotesi che il patrono viva; «in tali liberto ius ad filium meum *me vivo* non transire». Giuliano, invece, considerava il patrono condannato come non più patrono e, perciò, considerava come patrono il figlio che ne aveva occupato il posto. Dal che discendeva che era lecito convenire in giudizio l'ex patrono, mentre non era lecito convenire il figlio, divenuto patrono.

Tutto ciò conferma che la condanna subita dal patrono non estingue il rapporto di patronato e perciò non nuoce ai figli.

Tale principio sembrerebbe contraddetto da questo testo di Paolo.

PAULUS, *libro octavo ad legem Iuliam et Papiam*: 15 D. 37.14: P. 972.

Qui contra legem Aeliam Sentiam ad iurandum libertum adegit, nihil iuris habet [nec ipse nec liberi eius].

<sup>20</sup> Cfr. fr. 6; 15 D. 37.14; 3.5 D. 38.16; 31 D. 40.9; 24 D. 28.2; 8.2 D. 2.4; c. 4.5 C. 4.6.

<sup>21</sup> Contra: LEIST, *op. cit.*, p. 405.

Che questo ultimo inciso, però, sia interpolato apparirà chiaro dopo le considerazioni sopra fatte: esso è il parallelo dell'inciso interpolato nel testo di Modestino (33 D. 38.2).

§ 102. c) Il rapporto di patronato può, inoltre, venir meno per deportazione o altra condanna che determini una *cap. deminutio*<sup>22</sup>.

La deportazione, abbiamo visto, se estingue necessariamente i diritti del deportato, non estingue il rapporto di patronato e, quindi, *non adimit*, come invece opina la dottrina sulla base del fr. 3 D. 48.22 interp., *liberis libertos*.

d) Causa di estinzione del rapporto di patronato sono ancora la *accusatio capitis* e la *petitio in servititem*.

TERENTIUS CLEMENS, *libro nono ad legem Iuliam et Papiam*: 10 D. 37.14: P. 22.

Eum patronum, qui capitis libertum accusasset, excludi eum a bonorum possessione contra tabulas placuit, *et rell.*

ULPIANUS, *libro undecimo ad legem Iuliam*: 11 D. 37.14: P. 2022.

Is autem nec ad legitimam hereditatem, quae ex lege XII tabularum defertur, admittitur.

Il figlio del patrono che accusi il liberto di un delitto capitale o agisca contro di lui con una *petitio in servititem* perde la qualità di patrono ed i diritti ad essa inerenti<sup>23</sup>.

Anche a questo proposito sorge il problema: la perdita della qualità di patrono da parte del figlio nuoce ai suoi discendenti?

Sulle vedute dei giuristi classici è a noi pervenuto un interessante frammento di Ulpiano contenente in proposito un rescritto dei divi fratres.

ULPIANUS, *libro undecimo ad legem Iuliam et Papiam*: 17 D. 37.14: P. 2023.

Divi fratres in haec verba rescripserunt «Comperimus a peritioribus dubitatum aliquando, an nepos contra tabulas aviti liberti bonorum possessionem petere possit, si eum libertum pater [patris] cum annorum viginti quinque esset, capitis accusasset, et Proculum, sane non levem iuris auctorem, in hac opinione fuisse, ut nepoti in huiusmodi causa non putaret dandam bonorum possessionem, cuius sententiam nos quoque secuti sumus, cum rescriberemus ad libellum Caesidiae Longinae: sed et Volusius Maecianus amicus noster ut et iuris civilis praeter veterem et bene fundatam peritiam anxie diligens religione rescripti nostri ductus sit, ut coram nobis adfirmavit non arbitratum se aliter respondere debere. Sed cum et ipso Maeciano et aliis amicis nostris iuris peritis adhibitis plenius tractaremus, magis visum est *nepotem neque verbis neque senten-*

<sup>22</sup> 9.1 D. 37.14; 21 pr. D. 37.14; 11 D. 37.14; 3.7 D. 38.2; 3 D. 48.22; c. 5 C. 6.6; 4 D. 37.14; 4.2 D. 38.2; 9 D. 48.4; c. 1.1 C. 6.4.

<sup>23</sup> Fr. 3.9 D. 38.2; 12 D. 47.10; 26 D. 40.12; 16 D. 38.2; 10.11 D. 2.4; 9.1 D. 37.14; 10 D. id.; 11 D. id.; 14; 15 D. 38.2; 3.9 D. 38.2; 48 D. 38.2; 9 D. 38.2; c. 4.8 C. 6.6.

*tia legis* aut edicti praetoris ex persona vel nota patris sui excludi a bonis aviti liberti: plurium etiam iuris auctorum, sed et Salvi Iuliani amici nostri clarissimi viri hanc sententiam fuisse». [Item] (itaque) quaesitum est, si patroni filius capitis accusaverit libertum, an hoc noceat liberis ipsius. Et Proculus quidem in hac fuit opinione notam adpersam patroni filio liberis eius nocere, Iulianus autem negavit: sed hic idem quod Iulianus erit dicendum.

Quale la ragione di questo dissenso? Forse quella affermata dal Leist, che cioè secondo il dogma originario la *culpa* e la *nota* del padre avrebbero estinto il rapporto di patronato e che tale dogma, prima prevalso, sarebbe poi caduto mediante la nuova interpretazione di Meciano e di Giuliano?

L'opinione del Leist è qui pure da respingere perché nel sistema giuridico romano la condanna del patrono (*praecedens*) non pregiudica mai i suoi discendenti (*sequentes*). La ragione della controversia è invece da ricercare in ciò: che i giureconsulti si preoccuparono del fatto che la perdita dei diritti di patronato, inflitta come pena all'accusatore, sarebbe riuscita vana, se al posto del patrono rimosso fossero subentrati, come era naturale e legittimo, i suoi discendenti in potestà. Per impedire «ne qui suo nomine a bonorum possessione summoventur per alios (scilicet per filios in potestate) eam consequantur (38 D. 38.2)» essi opinarono che la nota inflitta al patrono dovesse nuocere anche ai suoi discendenti.

Senonché questa opinione, quantunque non priva di fondamento era in contrasto con lo spirito e con la lettera della legge. Fu in seguito ad una migliore valutazione della questione che si venne a questa conclusione: che la condanna del patrono non dovesse nuocere ai figli quando *costoro non fossero stati nella potestà del patrono condannato*<sup>24</sup>.

§ 103. Questo principio ha valore anche per i casi esaminati sub *a)*, *b)*, *c)* e per i casi di diseredazione che esamineremo sub *e)*.

Testimonianza di esso ci porgono i fr. 16.4 D. 38.2; 38 D. 38.2; 11 D. 38.2.

ULPIANUS, *libro quadragésimo quinto ad edictum*: 16.4 D. 38.2: P. 1175.

Si patroni filius sit vel exheredatus vel si in servitutem libertum paternum petiit vel capitis accusaverit libertum, *non nocet* hoc liberis eius, qui in potestate non sunt: et hoc divi fratres Quintilliis rescripserunt.

<sup>24</sup> Se raffrontiamo il rescritto imperiale (fr. 17 D. 37.14) col. fr. 33 D. 38.2 di Modestino e 15 D. 37.14 di Paolo, ci apparrà chiara la maniera che seguirono i compilatori nell'interpolare i due testi. Paolo e Modestino dovevano certamente fare menzione della controversia cui si allude nel rescritto: i compilatori soppressero la menzione di tale controversia e lasciarono, invece, la menzione dell'opinione più antica.

Perché i compilatori non abbiano proceduto così anche nel fr. 17 D. 37.14 si può forse spiegare pensando alla natura equitativa della soluzione giuliana.

TERENTIUS CLEMENS, *libro nono ad legem luliam et Papiam*: 38 pr. D. 38.2: P. 23.

Quaeritur, an filio exheredato etiam nepotes ex eo a bonorum possessione liberti excludantur. quod utique sic *dirimendum est*, ut vivo filio, donec in potestate eius liberi manent non admittantur ad bonorum possessionem, ne qui suo nomine a bonorum possessione summoventur per alios eam consequantur, sin autem emancipati a patre fuerint vel alio modo sui iuris effecti, sine aliquo impedimento ad bonorum possessionem admittantur.

IULIANUS, *libro vicensimo sexto digestorum*: 11 D. 38.2: P. 395.

Quod si pater meus a patre suo sit exheredatus, ego neque a patre meo neque ab avo, mortuo quidem patre et adversus avitos et adversus paternos libertos ius habeo, vivente patre, quamdiu in potestate eius ero, non petam contra tabulas avitorum libertorum bonorum possessionem, emancipatus non summovebor.

§ 104. Premettiamo alcune considerazioni sugli effetti della diseredazione in ordine alla eredità dei liberti del diseredante.

Abbiamo visto (Gai III, 58-64) come per diritto civile la diseredazione disposta dal patrono a carico dei propri discendenti non abbia alcun effetto quanto a rimuovere costoro dall'eredità dei liberti; e abbiamo ricondotto questo fatto all'autonomia della posizione giuridica dei discendenti rispetto al patrono, relativamente al rapporto di patronato. La subordinazione dei discendenti del patrono rispetto al patrono, sta unicamente nell'ordine di sequenza intercedente fra l'uno e gli altri.

È per questo che la diseredazione disposta a loro carico, se li può rimuovere dall'eredità del diseredante, non li può rimuovere dall'eredità dei liberti: i diritti di patronato non vengono loro trasmessi dal patrono iure hereditario, ma competono loro iure proprio.

Orbene, questo principio di ius civile della inefficacia della exhereditatio non fu accettato dal diritto pretorio, quantunque rimanesse immutata l'*autonomia* della posizione giuridica dei sequentes (anche diseredati) nel rapporto di patronato.

La diseredazione fu considerata dal pretore come una pena inflitta al discendente. Ora come la pena conseguente, poniamo, alla capitis accusatio o alla petitio in servitutum, toglieva al condannato la qualità di patrono, così anche la diseredazione fu ritenuta efficace al fine di escludere il diseredato dal rapporto di patronato e di impedire per conseguenza che egli venisse all'eredità del liberti (mediante bonorum possessio intestati o contra tabulas)<sup>25</sup>. Ma anche in que-

<sup>25</sup> Contra LEIST, *op. cit.*; egli crede, fondandosi su c. 4.24 C. 6.4, che la diseredazione avesse effetto solo in ordine alla b. p. contra tabulas e non anche in ordine a quella intestati: per quest'ultima egli crede che abbia valore l'antico principio. Questa diversità poi egli ricondu-

sto caso, come nei precedenti, la diseredazione nuoce solamente al diseredato e non anche ai suoi discendenti che non siano in sua potestà.

Se, quindi, si ammise nella bonorum possessio la efficacia della diseredazione che l'ius civile non aveva riconosciuta, non si mutò, però, con questo, la posizione giuridica dei sequentes nel rapporto di patronato: e quindi il diritto di costoro di venire alla eredità del liberto non si trasformò in *diritto derivato* dal patrono, ma rimase *diritto loro proprio*.

Giustiniano distinse (4.24 C. 6.4) *humanitatis gratia* tra bon. possessio intestati e bon. possessio contra tabulas: e limitò a quest'ultima l'efficacia della exhereditatio. Naturalmente la diseredazione importa in diritto giustiniano non solo l'esclusione del diseredato, ma l'*estinzione* dello stesso rapporto di patronato.

È da notare che chi determinò i limiti dell'influenza della exhereditatio e delle altre pene sul rapporto di patronato, e propugnò l'efficacia della exhereditatio, fu Giuliano: in tutti i testi in cui si agitano queste questioni la sua opinione appare quella prevalsa.

Parecchi ed importanti sono i testi in cui si afferma l'efficacia della exhereditatio<sup>26</sup>.

Siamo ora in grado di comprendere i fr. 16.4; 38; 11 D. 38.2 sopra citati. Il primo (16.4) richiama il rescritto dei divi fratres riportato nel fr. 17 D. 37.14, e lo integra nel senso che il principio ivi stabilito, per cui i discendenti non debbono essere pregiudicati nei loro diritti di patronato dalle pene con cui sono stati colpiti i loro ascendenti, deve riferirsi ai discendenti che non siano in potestà dei condannati. Il secondo frammento (38) espone le ragioni di questa limitazione. Essa è dovuta a ciò, che altrimenti la pena non condurrebbe, praticamente, all'esclusione del condannato se nel posto di costui subentrasse, come pur sarebbe legittimo e naturale, il suo discendente in potestà.

Il terzo frammento (11, di Giuliano), infine, conferma i principî applicandoli alla seguente fattispecie.

Se un padre disereda il proprio figlio, il nipote, in potestà del diseredato, non può, durante la vita del proprio padre, venire alla eredità del liberto avito. Ma questa impossibilità è solo temporanea, perché il rapporto di patronato esiste pur sempre ed è solo quiescente: esso potrà riprendere vigore o con la morte del diseredato, o con l'uscita del nipote dalla potestà di lui.

Una cosa risulta, dunque, provata dalla indagine che abbiamo intrapresa circa la natura giuridica della posizione dei vari soggetti del rapporto di patro-

ce a una pretesa diversità di natura tra bon poss. c. tab. e intestati: l'una, secondo lui, essendo storicamente derivata da un rapporto obbligatorio (actio societatis), l'altra, invece, fondata sul diritto ereditario. Tesi infondata, che rende così arbitraria tanta parte dell'opera del Leist, e alla quale gradiremmo che non aderisse, come invece mostra di fare, il BONFANTE, *Corso di diritto Romano*, I, p. 176.

<sup>26</sup> Fr. 10; 11; 12; 13; 16.4; 38; D. 38.2; 1.5.6 D. 38.4; e per diritto giustiniano c. 4.24 C. 6.4.

nato: ed è che questa posizione è autonoma e che i *sequentes* hanno un diritto proprio, non derivato da quello dei *praecedentes*.

Dal che segue che la perdita della qualità di patrono avvenuta per morte, *capitis deminutio*, condanna o *exheredatio*, non estingue in diritto classico il rapporto di patronato, e non nuoce quindi ai discendenti del condannato che non siano in sua potestà.

Per diritto giustiniano, invece, il rapporto di patronato *si estingue*, ed in omaggio a questo nuovo principio sono stati interpolati i fr. 3 D. 48.22; 33 D. 38.2; 15 D. 37.14 sopra esaminati. Si comprende, del resto, facilmente come l'imperatore Giustiniano dovesse essere proclive alla radicale estinzione dei rapporti di patronato. Degne di rilievo sono, infatti, in questo senso, le parole con cui l'imperatore si pronuncia a favore della ingenuità dei liberti: *...cum nobis cordi est ingenuis magis hominibus quam libertis eam frequentari* (c. 3.2 C. 6.4).

Contro le nostre conclusioni circa l'autonomia dei *sequentes* nel rapporto di patronato non urta, come si potrebbe credere, la frase di Ulpiano (10.1 D. 38.2): «per patrem avitos libertos (filius) consequitur»; essa va interpretata quale indice dell'ordine di sequenza esistente, come si sa, tra i vari titolari possibili del rapporto di patronato.

Le nostre considerazioni sul rapporto di patronato sono ancora confermate dal diverso comportarsi della rinuncia nel diritto classico e nel diritto giustiniano.

## CAPITOLO V

### LA RINUNZIA AL RAPPORTO DI PATRONATO IN DIRITTO CLASSICO E GIUSTINIANO

§ 105. Inefficacia della rinuncia in diritto classico (34 D. 2.14; 47.2 D. 38.2; c. 3 pr. C. 6.4). Sua efficacia in diritto giustiniano: trasformazione del rapporto di patronato da agnatizio in obbligatorio.

§ 106. *Natalium restitutio* e *ius aureorum anulorum* (5 pr. D. 40.11; 4 D. 40.11; Vat. fr. 226; 5 D. 40.10; 6 D. 40.10; c. 2 C. 6.8; 3 D. 40.10).

§ 105. Abbiamo detto che il rapporto di patronato si sostanzia in un vincolo agnatizio che unisce il liberto alla familia del patrono. Orbene, i vincoli agnatizi sono organicamente collegati allo status delle persone e, quindi, non possono essere repudiati.

MODESTINUS, *libro quinto regularum*: 34 D. 2.14: P. 220.

*Ius adgnationis non posse pacto repudiari, non magis quam ut quis dicat nolle suum esse, Iuliani sententia est.*

Quanto ai rapporti di patronato abbiamo ancora esplicite testimonianze in alcuni testi.

PAULUS, *libro undecimo responsorum*: 47.2 D. 38.2: P. 1546.

Patroni filius epistulam talem liberto emisit: 'Sempronius Zoilo liberto suo salutem. Ob merita tua fidemque tuam, quam mihi semper exhibuisti, concedo tibi liberam testamenti factionem' quaero, an patroni filio nihil relinquere debeat. Paulus respondit eum libertum, de quo quaeritur, liberam testamenti factionem consecutum non videri.

Come si vede la dichiarazione di rinuncia del patrono non estingue il rapporto di patronato.

*Imp. IUSTINIANUS A. Demostheni pp.*: c. 3 pr. C. 6.4.

Si quis patronorum in posterum huiusmodi narrationem conceperit vel in libertatibus, quae inter vivos actitantur, vel in his, quae ex testamento vel codicillis scriptis vel sine scriptis habitis proficiscuntur, ut liberti eorum a iure patronatus liberentur, *antiqua interpretatione semota* non dubitet etiam patronatus ius ex sola tali verborum conceptione libertis *esse remittendum* nec successioneibus quae ab intestato descendunt, quas veteres et post huiusmodi actus servari in libertorum bonis decreverunt, a nobis patronis integris reservandis.

§ 1. Sed quemadmodum in natalium restitutione omne ius tollitur patronatus, ita et in huiusmodi verbis eandem esse vim observandam omnes non ignorent.

Giustiniano adunque ci fa conoscere: 1) l'inutilità di una rinuncia in diritto classico, 2) la piena efficacia di essa in diritto giustiniano. Questa efficacia è ancora attestata dal § 2 della stessa costituzione, e dai § 1 e seg. della c. 4 C. 6.4 «... cum manumissor inter vivos vel in ultima voluntate pronuntiavit se liberto ius patronatus remittere... neque ipsi patrono neque iis qui ab eo descendunt, ... ius patronatus adversus eum competere».

Quale la ragione di tale diversità? Questa: il rapporto di patronato mentre in diritto classico ha natura di vincolo agnatizio, ha assunto, in diritto giustiniano, natura di mero vincolo obbligatorio. E mentre ad un rapporto agnatizio non si può rinunciare, si può perfettamente rinunciare ai diritti nascenti da un rapporto obbligatorio.

§ 106. L'unica via, in diritto classico, per estinguere il rapporto di patronato era la «natalium restitutio». Essa soltanto fa sì che il liberto «quantum ad totum ius pertinet, perinde habetur, atque si ingenuus natus esset, nec patronus eius potest ad successionem venire» (2 D. 40.11). Questo mezzo straordinario, concesso dal principe, è il solo che possa liberare il liberto dai vincoli di patronato.

Ricorre in questo caso una caratteristica figura di negozio giuridico. Infatti la natalium restitutio suppone anzitutto una dichiarazione di volontà favorevole *di tutti* i soggetti del rapporto di patronato (patroni e suoi discendenti). Essi

dichiarano di rinunciare ai loro diritti di patronato. Questa loro volontà costituisce il presupposto di un atto di sovranità quale è per l'appunto la pronunzia imperiale della natalium restitutio.

Orbene, la causa giuridica dell'estinzione del patronato non sta nella rinunzia dei patroni (che per sé non avrebbe avuto effetto alcuno), ma nella pronunzia del principe. L'effetto giuridico promana non dalla volontà privata, ma dalla volontà del sovrano<sup>27</sup>.

MODESTINUS, *libro septimo regularum*: 5 pr. D. 40.11: P. 234.

Patrono consentiente debet libertus ab imperatore natalibus restitui: ius enim patroni hoc impetrato amittitur.

PAULUS, *libro quarto sententiarum*: 4 D. 40.11: P. 2010.

Nec filio patroni invito libertus natalibus suis restitui potest: quid enim interest, ipsi patrono an filiis eius fiat iniuria?

La restitutio natalium estingue, perciò, totalmente il diritto di patronato<sup>28</sup>. Istituito ben distinto da questo è quello dello «ius aureorum anulorum».

L'attribuzione di questo diritto non estingue il rapporto di patronato, il quale si manifesta, anzi, nella sua conseguenza più caratteristica: nel diritto di successione del patrono alla eredità del liberto<sup>29</sup>.

*Vat. fr.* 226, PAPIANUS, XI, 9.

Ius anulorum ingenuitatis imaginem praestat salvo iure patronorum patronique liberorum.

PAULUS, *libro nono ad legem Iuliam et Papiam*: 5 D. 40.10: P. 973.

Is, qui ius anulorum impetravit, ut ingenuus habetur, quamvis in hereditate eius patronus non excludatur.

ULPIANUS, *libro primo ad legem Iuliam et Papiam*: 6 D. 40.10: P. 1978.

Libertinus si ius anulorum impetraverit, quamvis iura ingenuitatis salvo iure patroni nactus sit, tamen ingenuus intelligitur: et hoc divus Hadrianus rescripsit.

*Impp.* DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. *Eumeni*: c. 2 C. 6.8.

Aureorum usus anulorum beneficio principali tributus libertinis quoad vivunt *imaginem non statum* ingenuitatis praestat, natalibus autem antiquis restituti liberti ingenui nostro beneficio constituuntur (a. 294).

Anche nel caso di attribuzione dello ius a. an. si presuppone la adesione dei patroni.

<sup>27</sup> È un fenomeno analogo a quello che avviene, in altro modo, nel matrimonio nel nostro diritto civile (secondo la migliore dottrina). La volontà delle parti non costituisce il negozio giuridico; esso viene costituito dallo Stato quantunque abbia come presupposto la volontà degli sposi (CICU, *Diritto di Famiglia*, 214-222). Circa la natura di atto di sovranità (legislativo) vedi ZANOBINI, *I poteri regi*, n. 22 segg., p. 70 segg.

<sup>28</sup> Cfr. fr. 2; 3; 5.1 D. 40.11; 3.1 D. 38.2; 10.3 D. 2.4.

<sup>29</sup> Sullo ius aur. an. cfr. c. 1 pr. C. 9.21; 3 pr. D. 38.2; 10.3 D. 2.4; 44.3 D. 27.1.

MARCIANUS, *libro primo institutionum*: 3 D. 40.10: P. 47.

Divus Commodus et ius anulorum datum ademit illis, qui invitis aut ignorantibus patronis acceperant.

## CAPITOLO VI L'ADSIGNATIO LIBERTORUM

§ 107. Identità strutturale dell'adsignatio con la concentrazione della qualità di heres in un suus.

§ 108. Sua natura giuridica. Disciplina mediante senatoconsulto: 1 D. 38.4; Inst. III, 8.

§ 109. Possibile assegnatario in diritto classico, solo un suus; in diritto giustiniano, anche un emancipato. Interpolaz. del fr. 8 D. 38.4.

§ 110. Incapacità della patrona a fare assegnazione: argomento che se ne trae per la originaria incapacità di testare della donna.

§ 111. Forma dell'assegnazione: in diritto classico, il solo testamento; non così, in diritto giustiniano. Interpolazione dei fr. 3 Inst. III, 8; 1.3 D. 38.4; 7 D. 38.4.

§ 112. Assegnazione sotto condizione (10 pr. D. 38.4; 6 D. 38.4).

§ 113. Effetti della exhereditatio e della rinuncia sulla assegnazione (1.7 D. 38.4; 3.7 D. 38.4; 4 D. 38.4; 5 D. 38.4).

§ 114. Effetti dell'assegnazione nei confronti dei fratelli non assegnatari e dell'altro patrono (12 D. 38.4; 1.8 D. 38.4; 3 D. 38.4; 3 pr. D. 38.4).

§ 115. Carattere derivativo del diritto dell'assegnatario nella legislazione giustiniana: interpolazione dei fr.: 3.4.5 D. 38.4; 5 D. 38.4; 9 D. 38.4.

§ 116. Come l'assegnazione possa essere fatta a favore di nipoti in potestà (3.1.2.3 D. 38.4; § 1 Inst. III, 8).

§ 117. Effetti della accusatio capitis: estinzione della adsignatio (3.9 D. 38.2).

§ 118. Inammissibilità di una assegnazione ulteriore da parte di un assegnatario. (8 D. 38.4).

§ 119. Istituti diversi dall'assegnazione.

§ 107. Finalmente, a portare maggior luce sul vincolo di patronato, e sui reciproci rapporti tra i soggetti di esso, è necessario passare allo studio di un interessante istituto: la *adsignatio libertorum*<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Su questo istituto vedi LEIST, *Cont. Glück*, 37, 38 V § 1622, p. 489 segg. trad. it. Cugia. Il Leist considera l'assegnazione come istituto in certo senso *anomalo* e irriducibile alla disciplina comune del rapporto di patronato.

MODESTINUS, *libro tertio pandectarum*: 107 D. 50.16: P. 106.

Adsignare libertum hoc est testificari cuius ex liberis libertum eum esse voluit.

L'assegnazione dei liberti offre una sorprendente analogia con la scelta di un suus che il paterfamilias faceva per *concentrare* in lui la chiamata ereditaria. Gli altri sui venivano diseredati: e come la diseredazione non importava estinzione dei vincoli agnatizi del diseredato, così l'assegnazione che il patrono faceva dei suoi liberti a vantaggio di un figlio non importava per gli altri estinzione del rapporto di patronato. Questo rapporto permaneva, sia pure allo stato di quiescenza, e, quando ne fossero ricorsi i presupposti, poteva nuovamente esplicare efficacia. È detto nelle fonti che «libertus..., qui alteri ex filiis adsignatur, non desinit alterius filii libertus esse» (3.9 D. 38.2).

La adsignatio libertorum consiste nella assegnazione che il paterfamilias fa dei suoi liberti a vantaggio di uno de' suoi discendenti. Questa assegnazione ha per effetto di concentrare sull'assegnatario la qualità di patrono. Ond'è che egli solo, ed i suoi discendenti, ad esclusione degli altri, assumeranno la titolarità del rapporto di patronato.

TERENTIUS CLEMENS, *libro octavo ad legem Iuliam et Papiam*: 48.2 D. 23.2: P. 19.

...Senatus omne ius libertorum adsignatorum ad eum transtulit, cui id pater tribuit.

ULPIANUS, *libro quarto ad legem Aeliam Sentiam*: 30.5 D. 40.9: P. 1936.  
Si pater libertum uni ex filiis adsignaverit, solum eum... patronum esse (Iulianus scripsit).

Da questa facoltà concessa al paterfamilias non bisogna argomentare che il rapporto di patronato sia, dunque, un mero rapporto di diritto obbligatorio di cui il paterfamilias sia titolare e del quale possa disporre a suo piacimento. Tale facoltà, infatti, è a lui concessa *in quanto paterfamilias*: essa rientra nell'ambito di quei poteri che gli sono attribuiti in quanto preposto al reggimento della familia. È una facoltà di natura pari a quella di diseredare i figli e di fare testamento: in tutti questi atti il padre agisce in quanto investito della sovranità familiare (*atti di sovranità familiare*)<sup>31</sup>.

Orbene, la caratteristica della assegnazione sta appunto *nella concentrazione in capo ad un figlio della qualità di patrono*<sup>32</sup>: senza, peraltro, che tale concen-

<sup>31</sup> Cfr. BETTI, *Istituzioni*, § 33, p. 149; *Dir. rom. e dogm. od.*, 48.

<sup>32</sup> Diciamo in capo ad *un figlio*, perché il senatoconsulto parla appunto di *un figlio* in capo al quale venga concentrato «omne ius libertorum adsignatorum»: del resto, l'esigenza che l'assegnazione cada su *uno* dei sui è, almeno in antico, una esigenza intrinseca dell'istituto. L'interpretazione estensiva di Ulpiano (quamvis singulari sermone sen. tm scriptum est tamen et pluribus liberis... posse adsignari certum est – 1.1 D. 38.4) se è comprensibile pel diritto classico non ha, invece, senso riferita ad un'epoca più antica.

trazione estingua radicalmente i vincoli agnatizi che uniscono il liberto agli altri figli esclusi. Per costoro si è verificato solo un mutamento nell'ordine delle vocazioni. Essi potranno ancora far valere la loro qualità di patroni qualora non faccia più ostacolo (per morte o *capitis deminutio*) l'assegnatario (nonché i suoi discendenti).

Ho detto che l'assegnazione è parallela alla concentrazione in un *suus* della qualità di erede. I due istituti presentano, infatti, quanto ai presupposti, allo scopo, e agli effetti, una mirabile identità.

Quanto ai *presupposti*: se si accetta la tesi secondo la quale in origine la designazione testamentaria dell'erede cadeva sopra uno dei *sui* allora appare chiaro che tanto l'una come l'altra concentrazione (qualità di erede e qualità di patrono) presupponeva la *potestas*, e poteva essere fatta solo a favore dei figli in *potestà*.

Quanto allo *scopo*: nominare un erede significa designare il successore nel reggimento della famiglia: ma anche assegnare un liberto significa, in definitiva, specie alle origini, designare il successore nel reggimento della famiglia libertina.

Quanto agli *effetti*: l'assegnazione e la nomina di erede facevano subentrare l'assegnatario e l'erede nella posizione giuridica del *paterfamilias*. Ma né l'una né l'altra importavano estinzione dei vincoli agnatizi dei fratelli esclusi dal patronato o dall'eredità. Questi, come agnati, sarebbero ancora divenuti patroni o, rispettivamente, eredi quando l'assegnatario o l'erede, morendo (o venendo *capite deminutus*), non avessero lasciato discendenti.

L'enumerazione delle analogie potrebbe continuare; ma crediamo più opportuno mostrare per ora i tratti salienti della *adsignatio libertorum*, come fonti stesse ci vengono profilati.

§ 108. La *adsignatio libertorum* appare introdotta da un senatoconsulto emanato intorno al 47 p. C.: ma la struttura dell'istituto ci indica che esso ha radice in epoche ben più lontane<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> È degna di nota la ipotesi avanzata da CUIACIO intorno allo stato delle cose prima del senatoconsulto. Egli sostiene che prima del sen.<sup>10</sup> non era possibile al padre «libertum adsignare uni ex filiis remotis fratribus». La ragione di questa impossibilità Cuiacio la trova nel principio che dei diritti agnatizi non può disporre neanche il padre. Onde a tenore del diritto comune il padre non poteva «efficere ne post mortem suam, liberto intestato defuncto, ei liberto omnes liberi ab intestato succedant». Si tratta, dice Cuiacio, di diritto pubblico che non può essere mutato (... *jus publicum hoc est, cui derogare testator non potuit*). Fu solo mediante concessione legislativa che simile deroga poté essere consentita.

La spiegazione è geniale, ma non risponde, io credo, a verità: la *adsignatio libertorum* è istituto antichissimo e il senac.<sup>10</sup> non fece, probabilmente, che riconoscerne la possibilità anche nel caso di perdita della *civitas* da parte del *paterfamilias*. L'assegnazione rientra nei poteri del *paterfamilias* in quanto tale: poteri tra i quali rientrava, per es., l'emancipazione, l'arrogazione, l'istituzione di erede, la diseredazione ecc., ed anche, perciò, l'assegnazione. Anche la LORETI LORINI (*B.I.D.R.* 34, 46) opina che il SC. abbia introdotto una vera e propria norma innovatrice del diritto di patronato, attribuendo una facoltà *nuova* al patrono:

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad Sabinum*: 1 D. 38.4: P. 2526.

Senatus consulto quod factum est Claudianis temporibus Velleo Rufo et Osterio Scapula consulibus de adsignandis libertis in haec verba cavetur: «si, qui duos pluresve liberos iustus nuptiis quaesitos in potestate haberet, de liberto libertave sua significasset, cuius ex liberis suis eum libertum eamve libertam esse vellet, is eave, quandoque is, qui eum eamve manumisit inter vivos vel testamento, in civitate esse desisset, solus ei patronus solave patrona esset, perinde atque si ab eo eave libertatem consecutus consecutave est. utique, si ex liberis quis in civitate esse desisset neque ei liberi ulli essent, ceteris eius liberis qui manumisit perinde omnia iura serventur, ac si nihil de eo liberto eave liberta is parens significasset».

Dunque: quando un paterfamilias abbia due o più figli in potestà, egli può assegnare a uno di costoro i suoi liberti pel caso che egli «in civitate esse desisset»: in tale ipotesi, unico patrono diventa l'assegnatario. Che se poi anche l'assegnatario «in civitate esse desisset» senza lasciare discendenti, allora riprende efficacia l'antico diritto di patronato dei figli che erano stati esclusi con l'assegnazione.

Le istituzioni giustinianee (I. III. 8) riportano un interessante frammento tolto da Gaio, *res cottidianae* (Ferrini).

In summa quod ad bona libertorum admonendi sumus senatum censuisse, ut quamvis ad omnes patroni liberos, qui eiusdem gradus sint, aequaliter bona libertorum pertineant, tamen liceret parenti *uni ex liberis* adsignare libertum, ut [post mortem] eius solus is patronus habeatur, cui adsignatus est, et ceteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona nulla adsignatione interveniente pariter admitterentur, nihil iuris in his bonis habeant sed ita demum pristinum ius recipiunt, si is cui adsignatus est [decesserit] nullis liberis relictis. § 1 nec tantum libertum, sed etiam libertam, et non tantum filio nepotivae, sed etiam filiae neptivae adsignare permittitur. § 2 datur autem haec adsignandi facultas ei qui duos pluresve liberos in potestate habeat, ut eis, quos in potestate habet, adsignare ei libertum libertamve liceat. unde quaerebatur, si eum cui adsignaverit postea emancipaverit, num evanescat adsignatio? sed placuit evanescere, quod et Iuliano et aliis plerisque visum est<sup>34</sup>.

quella di assegnare i liberti. Lo stesso BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, p. 176, crede che le disposizioni del SC. siano innovatrici. Eppure egli avrebbe trovato in questo istituto, se vi avesse posto mente, un mirabile parallelo della concentrazione della qualità di erede in un suus, e avrebbe così giustificato pienamente la sua affermazione (*Scritti giuridici*, I, 408) secondo la quale perdura in diritto classico «l'uso di designare uno solo dei figli ad erede, e in quello soltanto concentrare i poteri e i diritti sui liberti».

<sup>34</sup> Ho messo tra parentesi *post mortem* e *decesserit* perché il testo originario doveva invece portare «in civitate esse desisset» come nel testo delle Pandette. È interessante notare come i Basilici (49.6.1) traducano l'inciso «in civitate esse desisset» del fr. 1 D. 38.4, con μετὰ θάνατον τοῦ πατρὸς: secondo, cioè, la stessa lezione delle Istituzioni.

Gaio, adunque, dice che quantunque i liberti appartengano egualmente a tutti i figli del patrono, tuttavia può il paterfamilias, in virtù della sua sovranità, assegnarli a uno solo dei figli che ha in potestà: così che il solo assegnatario diventi patrono dei liberti, in caso di *capitis dem. media* o di morte del padre.

Gli altri figli, i quali, se non ci fosse stata tale assegnazione, avrebbero assunto essi medesimi la qualità di patroni, vengono invece esclusi. Ma tale esclusione non importa estinzione nei loro confronti del rapporto di patronato: perché essi torneranno ad assumerne la titolarità qualora l'assegnatario muoia senza lasciare discendenti.

Come si vede, l'assegnatario si trova in una posizione giuridica analoga a quella di un *suus* istituito erede. Alla stessa guisa di un *heres*, infatti, l'assegnatario *subentra*, sia pure nei limiti del rapporto di patronato, nella posizione giuridica già occupata dal paterfamilias. Quanto agli esclusi la loro posizione è, sotto un certo aspetto, analoga a quella dei *diseredati*<sup>35</sup>.

L'*adsignatio libertorum* è un istituto intimamente legato alla più rigida costituzione familiare agnaticia: esso, come la sostituzione pupillare, è un grande frammento dell'antico sistema successorio. Ce ne danno prova alcuni suoi caratteristici atteggiamenti. Così un fenomeno interessantissimo, di grande valore storico, è dato dagli effetti della emancipazione dello assegnatario. Gaio ci attesta che quando l'assegnatario sia stato emancipato l'assegnazione cade nel nulla (si eum cui *adsignaverit postea emancipaverit* – *evanescit adsignatio*).

L'assegnazione è un atto di potestà e può essere compiuta, quindi, solo da un patrono paterfamilias e nei confronti di un *suus*.

Situazioni analoghe noi troviamo:

1) nella designazione testamentaria del tutore (*lege duodecim tabularum permissum est parentibus liberis suis si modo in potestate sint*, *tutores dare*: 1 pr. D. 26.25);

2) nelle sostituzioni pupillari (*moribus introductum est, ut quis liberis imuberibus testamentum facere possit, ... si sint in potestate: ceterum emancipatis non possumus*: 2 pr. D. 28.6);

3) nella designazione testamentaria dell'erede: noi opiniamo col Bonfante<sup>36</sup> che in origine il testatore dovesse designare come erede uno dei suoi, escludendo gli altri dalla eredità (e ciò mediante *diseredazione*).

Ebbene, di che si tratta in tali ipotesi? Le tre ipotesi elencate (nomina di tutore, nomina di un sostituto pupillare e nomina di erede) si riducono ad una sola: la nomina dell'erede. *E la nomina dell'erede – non altrimenti che l'assegnazione – consiste nella concentrazione in un solo suus della qualità di erede (o di patrono).*

<sup>35</sup> La differenza sta solo in ciò: che per gli esclusi il rapporto di patronato è reso soltanto quiescente, pei *diseredati*, invece, la vocazione ereditaria è rimossa in modo definitivo. Ma questa stessa differenza non esisteva in antico.

<sup>36</sup> *Scritti* I, p. 245 e *passim*.

Sarebbe molto importante conoscere la forma originaria di disposizione dell'adsignatio: avveniva essa soltanto per testamento?

Nelle Istituzioni si afferma (3 I 3.8) che «[nec interest] testamento [quis adsignet an sine testamento: sed etiam quibuscumque verbis hoc] patronis permittitur [facere] (adsignare) ex ipso senatus consulto, quod Claudianis temporibus factum est Suillo Rufo et Ostorio Scapula consulibus». Ulpiano, nei Digesti, va più in là (1.3 D. 10.5). Adsignare autem quis potest [quibuscumque verbis vel nutu vel] testamento [vel codicillis vel vivus].

Ma i testi non sono genuini, come segnaliamo, e come più oltre dimostreremo.

Sembra lecito argomentare dalla struttura di questo istituto, simile alla designazione ereditaria e tutelare, per indurne che in origine l'assegnazione non potesse essere fatta che per testamento. Anzi ci spingiamo più in là, affermando che *assegnatario doveva essere lo stesso erede*. E appare plausibile pensare che il senatoconsulto per la prima volta riconoscesse la possibilità di «adsignare libertum» *anche* per il caso di perdita della civitas da parte del paterfamilias. Ma l'assegnazione era, in sé, un istituto abbastanza antico: ricompreso, anzi, nella hereditas sin dall'origine. Sostituzione pupillare, designazione tutelare, e assegnazione del liberto sono elementi della originaria designazione dell'erede. In origine quest'ultima doveva comprendere tutti questi elementi; fu solo in processo di tempo che essi vennero separandosi. Ma pur nella loro separazione essi non perdettero quella fisionomia comune che, ancora in epoca storica, permette di riunire in una sola figura queste tre diverse figure.

Noi possiamo perciò affermare che in origine l'assegnazione dei liberti era ricompresa nella designazione dell'erede. Questi succedendo al paterfamilias gli succedeva necessariamente anche nel rapporto di patronato. Naturalmente, più tardi anche l'assegnazione, come era avvenuto per la tutela, si staccò dall'hereditas. Ce ne dà prova il sen. cons. Ostoriano che permette l'assegnazione senza far cenno della hereditas. Ma nonostante tale separazione l'assegnazione non poté mai, nell'epoca classica, essere altrimenti disposta che per testamento<sup>37</sup>.

§ 109. L'assegnazione può farsi solo a favore di un figlio in potestà (13.1 D. 38.4). Se l'assegnatario esce dalla potestà dell'assegnante l'assegnazione è ipso iure nulla.

Questo principio attestato da Gaio non è contraddetto se non in apparenza dalle affermazioni di Modestino, perché queste sono state alterate dai giustinianei.

<sup>37</sup> Fenomeno degno di nota è che Ulpiano tratti della adsignatio libertorum in quello stesso 14° libro ad Sabinum dove egli tratta delle vocazioni patronali intestate, ereditarie e tutelari, di ius civile. Ciò mostra chiaramente come l'unità di figura dell'erede, del tutore e dell'assegnatario fosse ancora sentita, almeno da Sabino. (Cfr. LENEL, *Pal. Ulpiani*, 2525-2529).

MODESTINUS, *libro nono pandectarum*: 8 D. 38.4: P. 129.

[Utrum] ei tantum qui in potestate [sit] (est) [an] (non) etiam emancipato filio adsignare libertum patronus [possit], (potest) [si modo non pauciores quam duos praeterea in potestate habeat, dubitari solet: et magis est posse].

Che siano interpolate le parole segnalate, non vi ha dubbio. Poiché, ormai, in diritto giustiniano il requisito della soggezione alla potestà è irrilevante, si comprende come sia efficace l'assegnazione anche quando sia fatta a favore di un emancipato. Non così pei classici: pei quali, anzi, in un primo tempo, la questione se potesse farsi l'assegnazione in confronto di un emancipato, non sorgeva neanche. Solo più tardi il problema sorse: esso ebbe però soluzione definitiva soltanto con Giustiniano.

§ 110. Dal fatto che l'assegnazione possa essere fatta solo da colui che abbia due o più figli in potestà e a favore di uno di costoro, segue che l'assegnazione *non poteva essere fatta dalla patrona*.

Ciò ha una importanza fondamentale per la storia dell'istituto e porta vivissima luce anche sull'istituto parallelo della designazione ereditaria.

L'assegnante deve essere un *paterfamilias*: questo è un dato di fatto certo per il rapporto di patronato. Ma noi possiamo assumerlo – e lo abbiamo già assunto quando abbiamo raffrontato eredità e tutela – anche per l'eredità. Capace di designare l'erede non può essere altri che un *paterfamilias*. E come nel rapporto di patronato così anche in quello ereditario la donna non può avere eredi in senso tecnico, cioè successori nella potestà.

Se consideriamo sotto questa luce eredità, tutela e patronato, ci apparirà evidentissimo questo principio: è solo il *paterfamilias* che può nominare un erede, o un sostituto pupillare, o un tutore, e può assegnare i liberti. E, d'altro canto, sostituto pupillare, tutore e assegnatario, si riconducono sotto il *concepto unico di erede*.

Parlando della successione ereditaria, noi abbiamo già visto come si realizzi una vera successione solo quando un *paterfamilias* succeda ad un altro *paterfamilias*. Anche nella assegnazione in origine doveva essere richiesta la qualità di *paterfamilias* non solo nell'assegnante ma altresì nello assegnatario. Cioè assegnatario poteva essere solo un *suus* e non una *sua*. Questo stato originario di cose lo argomentiamo dalla tutela. Quando assegnatario, infatti, fosse una donna, quantunque costei fosse la titolare del rapporto di patronato, tuttavia la tutela sui liberti *impuberi* e sulle *liberte* era esercitata dal fratello escluso dal patronato. Alla tutela del quale era, inoltre, soggetta la assegnataria medesima.

Fr. 1.3 D. 26.4 cit. ... si filiae adsignatus libertus sit: tutela quidem apud fratres remanebit, ut Marcellus notat, legitima autem hereditas ad sororem pertinebit.

Ora questa anormalità non può essere originaria; ed è ben chiaro che in origine assegnatario non potesse essere se non colui che più tardi poté essere tutore dei liberti e delle liberte.

§ 111. Abbiamo già notato che in diritto classico non poteva essere ammessa altra forma di assegnazione oltre quella testamentaria. Fu solo con Giustiniano che l'assegnazione poté compiersi anche per atto tra vivi ed anche «nutu» o «quibuscumque verbis».

L'assegnazione, in diritto classico, può farsi unicamente per testamento; i testi in cui si indicano altre forme di assegnazione sono certamente interpolati.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad Sabinum*: 1.3 D. 38.4: P. 2526.

Adsignare autem quis potest [quibuscumque verbis vel nutu, vel] testamento [vel codicillis vel vivus].

Formalmente, non è chi non veda le alterazioni che il testo presenta.

«Vel vivus» è un curiosissimo modo di indicare atti inter vivos: in contrapposto bisognerebbe dire che il testamento sia l'atto compiuto da un morto! Il «vel vivus» è una cattiva traduzione latina del greco ἔν ζῶνι.

§ 3 Inst. III, 8.

[Nec interest,] testamento [quis adsignet an sine testamento: sed etiam quibuscumque verbis hoc] patronis permittitur [facere] (adsignare) ex ipso senatus consulto, quod Claudianis temporibus factum est Suillo Rufo et Ostorio Scapula consulibus.

Ciò che qui Gaio nelle *Res Cottidianae* (Ferrini) volle dire fu probabilmente questo: che era stato il senatus consulto a permettere, per la prima volta, l'assegnazione anche per il caso di una capitis deminutio media; ma sempre per testamento. Le altre parole sono aggiunte dai compilatori. I quali, peraltro, si preoccupano di giustificare queste nuove disposizioni interpolando il fr. 7 D. 38.4, e facendo dire a Scevola che l'adsignatio non è né un legato né un fideicommissum e che pertanto può essere disposta in qualunque forma.

SCAEVOLA, *libro secundo regularum*: 7 D. 38.4: P. 201.

Adsignare et pure et sub condicione [et per epistulam vel testationem vel chirographum] possumus[, quia adsignatio liberti neque quasi legatum neque quasi fideicommissum percipitur:] denique neque fideicommissum onerari potest.

Dal punto di vista formale non è chi non veda la mano dei compilatori.

L'ultima frase «denique neque fideicommissum onerari potest» esigerebbe la menzione di colui che deve essere onerato. Soggetto di onerari non può essere certo l'adsignatio, come il testo sembra dire. I Basilici sentono questa incoerenza e traducono 'ὄθεν οὐτε Fideicomισσῶ βαρεῖσθαι δυνατὸν τὸν τυχόντα τῆς προσχυρώσεως' (unde nec fideicommissum onerari potest eum cui adsignatio facta est).

Bisogna perciò concludere che almeno qualche cosa è stato tolto dal testo originario.

Che siano poi insitizie le parole «et per epistulam... percipitur» si argomenta:

1) dalla struttura dell'istituto la quale esige che la assegnazione sia disposta per testamento;

2) dal brusco passaggio dalle *modalità* della *adsignatio* alle *forme* con cui essa potrebbe essere eretta. E ancora dalla curiosa giustificazione dell'uso di una epistola o di un chirografo: perché l'assegnazione non è *né legato né fedecommissio* (!);

3) dal fatto che l'inciso spezza il coordinamento logico tra la prima e l'ultima parte del testo.

Infatti Scevola parla delle modalità apponibili ad una assegnazione menzionando la condizione. Poi egli doveva continuare, sempre su questo tema, fino a concludere che, però, era impossibile onerare di fedecommissio lo stesso assegnatario, allo scopo *di far pervenire al fedecommissario il liberto assegnato*.

Simile disposizione avrebbe ecceduto i poteri del *paterfamilias*. Il quale, se può disporre, in virtù della sua sovranità, circa la successione nella potestas, e se può, quindi, chiamare chi gli sembra più degno a succedergli nella potestà sulla familia e nel rapporto di patronato, non può, invece, attribuire per fedecommissio, ad un terzo, la qualità di patrono.

Il patrimonio ereditario poteva, è vero, esser lasciato per fedecommissio: ma si ricordi che erede per diritto civile rimaneva sempre l'onerato.

L'assegnazione, per contro, non aveva un contenuto esclusivamente patrimoniale, bensì un contenuto potestativo. Per conseguenza si comprende come non si potesse conferire la qualità di patrono a persona diversa dall'assegnatario mediante fedecommissio imposto allo assegnatario medesimo.

Se alla frase di Scevola non si dà il significato proposto, essa resta priva di senso. Infatti Scevola non poteva dire che l'assegnatario non fosse onerabile di fedecommissi: chiunque ricevesse un qualsiasi beneficio da un testatore poteva essere gravato di fedecommissio, almeno nei limiti del beneficio ricevuto: a maggior ragione poteva essere onerato lo stesso assegnatario. L'assegnazione, invero, può essere fatta sotto condizione e una condizione potrebbe essere appunto la prestazione di un bene imposta dal testatore all'assegnatario.

Ciò che non poteva essere imposto con fedecommissio era la ulteriore trasmissione del diritto di patronato: e questo Scevola lo aggiungeva per differenziare l'assegnazione dall'eredità. Mentre, infatti, quest'ultima, nel suo contenuto patrimoniale, poteva essere attribuita a un terzo, lo stesso non poteva avvenire per l'assegnazione del liberto.

Dunque l'ultima parte del testo si collega alla prima: la parte di mezzo è insitizia. In essa si passano in rassegna, anziché le modalità del volere del testatore, le maniere di esprimere tale volere: ora questa deviazione dall'argomento non può essere attribuita a Scevola.

Infine in questa parte si contiene una teoria tutta bizantina: che cioè l'assegnazione può farsi anche fuori del testamento, perché essa non è né legato né fedecommesso<sup>38</sup>.

È proprio questa la ragione dalla quale sono rampollate le interpolazioni.

L'assegnazione è pei bizantini un istituto *non classificabile* secondo le ordinarie categorie giuridiche. È legato? No. È fedecommesso? No. E allora perché richiedere che venga *necessariamente* fatto nel testamento?

Partendo da questo presupposto, è naturale che i giustinianei creassero la regola che l'assegnazione può farsi «quibuscumque verbis» o «nutu» e tanto per testamento quanto per codicillo «vel vivus», eliminando così il principio classico che l'assegnazione non può farsi altrimenti che per testamento. Negli altri testi classici l'assegnazione appare sempre fatta nel testamento<sup>39</sup>.

§ 112. L'assegnazione può essere pura o subordinata ad una condizione sospensiva o ad un termine iniziale (fr. 7 cit.; fr. 10; fr. 13.2 D. *eod.*).

Quando l'assegnazione sia sospesa ad una condizione o ad un termine, durante la pendenza della condizione è come se l'assegnazione non fosse stata fatta.

TERENTIUS CLEMENS, *libro duodecimo ad legem Iuliam et Papiam*: 10 pr. D. 38.4: P. 281.

Sub condicione vel in diem liberti adsignato interim pendente die vel condicione omnia perinde observabuntur, ac si adsignatus non esset: itaque mortuo eo interim ad omnes liberos hereditas et bonorum possessio pertinebit.

<sup>38</sup> Questa teoria bizantina ha dato luogo ad interessanti dibattiti fra i glossatori e i commentatori. Dice il GOTOFREDO (*Corpus Juris I ad leg. 21.3 D. 28.1*): «Non igitur poterit in testamento donari, promitti per stipulationem, celebrari contractus? Id negare videtur 1. 20 D. 50.16. Sed post Accursium tamen omnes interpretes reclamant: eamque communem opinionem in Scholis et foro esse receptam, ait Ferretus. Scribit hanc juris regulam obtinere, quando conventiones et contractus, qui testamento inferuntur, non sunt penitus extranei ab ipso testamento: verbi gratia, non est actus omnino extraneus a testamento, libertorum adsignatio, ut quae neque legatum neque fideicommissum fit (7 D. 38.4) et tamen testamento fieri potest (1.3 D. 38.4).

E annotando la l. 7 D. *eod.* il GOTOFREDO ripete:

«Adsignatio neque quasi legatum, neque quasi fideicommissum percipitur: et tamen testamento adici potest. hinc colligunt (interpretes) contractus etiam testamento adici posse».

Come si vede la teoria bizantina è stata feconda: essa ha costituito il germe da cui è poi sorta la regola di diritto comune per cui nel testamento possono essere comprese «conventiones et contractus qui non sunt penitus extranei ab ipso testamento».

<sup>39</sup> PAULUS, *libro singulari ad senatus consultum Libonianum*: 22.8 D. 48.10: P. 1899.

Qui (sibi) liberti adsignationem sua manu adscripsit, non verbis, sed sententia senatus consulti tenetur.

POMPONIUS, *libro quarto senatus consultorum*: 13 pr. D. 38.4: P. 812.

Testamento potest quis et servum manumittere et eundem ut libertum adsignare.

Le ragioni di questa interpretazione vanno ricercate in ciò. L'esclusione dei fratelli dell'assegnatario si verifica solo quando prende vigore l'assegnazione. Finché questa è sospesa i fratelli dell'assegnatario sono compatroni del liberto. Cosicché, se il liberto muore mentre pende la condizione, essi saranno chiamati alla sua eredità.

Soluzione analoga si ha nel caso che il liberto sia stato assegnato a due figli; all'uno puramente e all'altro sub condizione: «eum cui pure adsignatus sit, pendente condicione solum patroni ius habere dicendum est» (10.1 D. *eod.*)<sup>40</sup>.

§ 113. Quanto all'influenza della *exhereditatio* in ordine al rapporto di patronato bisogna distinguere due periodi:

- a) il periodo anteriore all'età classica;
- b) l'età classica; e, inoltre, in questa
  - α) *ius civile*,
  - β) *ius praetorium*.

Nel primo periodo poiché la successione ereditaria ricomprendeva in sé anche l'assegnazione dei liberti, la diseredazione nuoceva ai diseredati anche in ordine al patronato.

Nel secondo periodo – in regime di *ius civile* – essendosi scissa l'assegnazione dei liberti dall'eredità, la diseredazione escludeva i diseredati solo dalla eredità e non anche dal patronato (Gaio, III, 58; 64). L'esclusione dal patronato era operata solo dalla assegnazione.

Il principio venne alquanto modificato dal diritto pretorio ad opera specialmente di Giuliano. La diseredazione venne considerata come una pena e così si riuscì ad escludere il diseredato, come il condannato, dal rapporto di patronato. Questa esclusione, peraltro, a differenza di ciò che avveniva nella eredità, nuoceva solo al diseredato e non a quelli fra i suoi discendenti, che non fossero stati in sua potestà<sup>41</sup>.

Poteva l'assegnatario ripudiare l'assegnazione? Credo che la risposta non debba essere dubbia: non lo poteva, come non poteva il *suus*, istituito erede,

<sup>40</sup> Una forma di assegnazione si ha nella ipotesi menzionata da Marciano.

MARCIANUS, *libro septimo institutionum*: 6 D. 38.4: P. 125.

Si servus liber esse iussus fuerit et filio legatus, deinde vivus testator eum manumiserit, ad filium libertus quasi adsignatus pertinet. [*et rel.* Lenel].

<sup>41</sup> Ecco cosa affermano i testi intorno all'influenza della diseredazione sull'assegnazione: 1) 1.5 D. 38.4. L'assegnazione è valida ancorché fatta a favore di un figlio già diseredato; 2) 1.6 D. 38.4. La diseredazione fatta dopo l'assegnazione, la estingue; 3) 12.1 D. 38.2. La diseredazione fatta dopo l'assegnazione non la estingue.

Quest'ultimo testo è manifestamente interpolato. Perché se è concepibile, data la scissione tra diritto di patronato ed eredità, che sia possibile fare una assegnazione a favore di un diseredato, non è concepibile, invece, che una diseredazione disposta dopo l'assegnazione non nuoccia all'assegnatario.

ripudiare la eredità<sup>42</sup>. Siamo nel campo dei vincoli agnatici che non sono suscettivi di rinunzia.

Credo pertanto interpolato il seguente testo:

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad Sabinum*: 1.7 D. 38.4: P. 2526.

Sed si is cui adsignatus est [repudiaverit] puto verius, quod et Marcellus scripsit, posse admitti fratres eius.

Ritengo che il *repudiavit* sunteggi un discorso ben più lungo di Ulpiano. Infatti, il *posse admitti* fa necessariamente indurre che il giurista parlasse della hereditas e della bon. possessio. Nel testo essere riferita una fattispecie analoga a quella che si legge nel fr. 3.9 D. 38.2 dello stesso Ulpiano.

Che la rinunzia non avesse effetto alcuno si può argomentare anche da ciò: se il liberto fosse stato impubere, l'assegnatario ne sarebbe stato necessariamente il tutore. Naturalmente l'assegnatario può comportarsi come rinunziante: ma questo suo comportamento non potrà giovare ai suoi fratelli (né ai suoi discendenti) per il principio «in legitimis non est successio»<sup>43</sup>.

Diverso è, naturalmente, il caso in cui il rinunziante abbia un coassegnatario. Allora, *la rinunzia, quantunque sia totalmente irrilevante quanto al rapporto di patronato e non estingua nel rinunziante la qualità di patrono*, spiegherà, tuttavia, efficacia in ordine all'eredità del liberto. Essa avrà per effetto di far accrescere la porzione ereditaria dell'altro coassegnatario. Il caso presenta una certa analogia con quello di due sui heredes, di cui uno si astenga.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad Sabinum*: 3.7 D. 38.4: P. 2526.

Si quis duobus adsignaverit libertum et alter in civitate esse sine liberis desierit, alter non,

POMPONIUS, *libro quarto senatus consultorum*: 4 D. 38.4: P. 811.

[vel vivus (?)] noluerit ad se hereditatem liberti pertinere,

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad Sabinum*: 5 pr. D. 38.4: P. 2526.

utrum portio eius, qui in civitate esse desiit [vel repudiavit, *Lenel*] in familiam redeat? an vero ei potius ad crescat, in cuius persona durat adsignatio? et Iulianus libro septuagesimo quinto scripsit adsignationem in huius solius persona locum habere et solum admittendum, quod est verum<sup>44</sup>.

Ecco qui, ancora, una mirabile analogia con la eredità. Tra coassegnatari vi ha lo stesso rapporto che tra coeredi: ogni assegnatario, come ogni erede, è, sia

<sup>42</sup> Contra LEIST, *op. cit.*, p. 497 trad. it.

<sup>43</sup> Sembra ostare a queste considerazioni il fr. 3.9 D. 38.2; in esso si afferma che la rinunzia dell'assegnatario giova ai fratelli esclusi al fine di chiedere la bon. possessio contra tabulas. In realtà, però, una contraddizione tra la nostra tesi e tale testo non c'è: perché, mentre è inconcepibile la rinunzia alla qualità di patrono e alla «hereditas», non è inconcepibile la rinunzia alla bonorum possessio. Il principio «in legitimis non est successio» è, infatti, ivi superato mediante l'applicazione dell'editto successorio.

<sup>44</sup> Ho segnalato interpolato nel fr. 4 D. 38. 4, l'inciso [vel vivus] che ricorda così da vicino lo stesso inciso, sicuramente insitizio, notato nel fr. 1.3 D. 38.4.

pure virtualmente, soggetto dell'intero rapporto di patronato, come ogni erede è virtualmente titolare dell'intera eredità. Ciò costituisce la base del diritto di accrescimento. Quando uno dei coassegnatari «desiit in civitate esse» la sua porzione non *redit in familiam*, ma si accresce al coassegnatario superstite.

Nel caso di rinuncia, la situazione si configura come nel caso di abstentio nei rapporti fra due sui heredes; e come in quest'ultimo caso colui che si astiene conserva formalmente la qualità di erede, così l'assegnatario rinunziante rimane formalmente sempre patrono.

Nel § 1 del testo citato, Ulpiano prospetta una variante:

Quod si non sine liberis [decesserit] (in civitate esse desierit), an cum vivo admittantur (*scil. nepotes*)? et putat adhuc solum admittendum, defuncto autem eo liberos alterius succedere, non in familiam libertum redire.

Ho notato come interpolato il «decesserit» perché è proprio dei giustiniani considerare come morti coloro che hanno perduto la cittadinanza. Questo criterio ha ispirato, come abbiamo visto, la sostituzione, nelle istituzioni, di «post mortem» e di «decesserit» a «in civitate esse desisse».

Quando vi siano due coassegnatari, di cui l'uno perda la cittadinanza e l'altro no, l'assegnazione si concentra sul superstite, anche quando il primo abbia lasciato discendenti. I quali saranno chiamati al rapporto di patronato solo alla morte dell'assegnatario superstite.

La familia del patrono originario resta, dunque, tuttavia esclusa: essa sarà chiamata al patronato solo quando non vi siano né assegnatarii, né loro discendenti<sup>45</sup>.

Bisogna notare la singolare, ma tuttavia appropriata, espressione usata da Ulpiano: «redire in familiam», per indicare la chiamata al rapporto di patronato di coloro che furono esclusi a causa dell'assegnazione. La posizione di costoro è identica a quella degli agnati nella vocazione ereditaria: vengono al patronato solo quando l'assegnatario non abbia lasciato discendenti. E questa loro chiamata viene indicata come un redire del liberto in familiam (*communi iure*): laddove la chiamata dei figli dell'assegnatario viene indicata col termine *succedere*<sup>46</sup>.

§ 114. Che l'assegnazione fatta ad uno dei propri figli da parte di un patrono non nuoccia all'altro patrono, è cosa evidente.

POMPONIUS, *libro duodecimo epistularum*: 12 D. 38.4: P. 204.

Si ex duobus patronis alter eorum filio suo libertum adsignaverit, non obstat, quo minus alter patronus ius solidum suum haberet.

<sup>45</sup> Naturalmente vale anche qui il principio della chiamata del proximus: cosicché se i due coassegnatari hanno lasciato l'uno figli, l'altro nipoti, il rapporto di patronato sarà assunto dai figli e non anche dai nipoti. (ULPIANUS, § 2 id.).

<sup>46</sup> I due fenomeni fanno perfetto riscontro a quello che avviene nel campo ereditario: vale a dire l'uno fa riscontro alla continuazione della familia proprio iure allorché succedono i suoi, l'altro al riassorbimento di essa nella familia communi iure, allorché succedono gli agnati.

E quando venga a morire anche il patrono non assegnante lasciando un figlio, saranno compatroni l'assegnatario e il figlio dell'altro patrono.

Ma in quale parte? Noi sappiamo (Gaio, III, 59) che i compatroni sono aequaliter chiamati al patronato, ancorché «dispar in eo servo dominium habuerint». Bisognerebbe, dunque, concludere che qui i due nuovi patroni vengano, in caso di morte del liberto, in parti eguali alla eredità di lui.

Ebbene la soluzione, invece, è diversa: perché non bisogna dimenticare che l'assegnazione è destinata bensì a concentrare la qualità di patrono in capo ad un figlio, ma non ha per effetto di estinguere definitivamente tale qualità negli esclusi. Il rapporto di patronato in capo a costoro è reso quiescente ad esclusivo favore dell'assegnatario, in capo al quale ne vengono, per così dire, deviati gli effetti. Ne deriva che anche l'escluso è virtualmente chiamato alla eredità del liberto: soltanto che questa sua vocazione profitta esclusivamente all'assegnatario.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad Sabinum*: 1.8 D. 38.4: P. 2526.

Si sit ex patrono (uno) filius unus, ex altero duo et uni eorum libertus adsignatus est, videndum, quot partes fiant hereditatis liberti, utrum tres, ut duas habeat is cui adsignatus est, id est suam et fratris, an vero aequales partes fiant, quoniam per adsignationem alius excluditur. Et Iulianus libro septuagesimo quinto scripsit magis esse, ut bessem hic habeat, qui fratrem excludit: quod verum est, quamdiu frater eius vivat vel admitti potuit ad legitimam hereditatem, ceterum si fuerit capite minutus, aequales partes habebunt.

Secondo la esatta soluzione giuliana, adunque, l'assegnatario avrà 2/3 della eredità solo se il fratello escluso viva e non sia stato capite deminutus. Che se poi egli sia morto o sia stato capite deminutus, poiché in tal caso sarebbe impensabile una sua vocazione, allora l'eredità si ripartirà in eguali porzioni tra l'assegnatario e il figlio dell'altro patrono.

Veduta sotto questo profilo la natura dell'assegnazione appare ancora più chiara. Essa determina la concentrazione dei diritti di patronato; ma tale concentrazione è interna: si opera nell'ambito della familia dello assegnante. Di fronte agli estranei il rapporto di patronato resta immutato, e l'escluso è considerato pur sempre come un patrono.

Su queste medesime ragioni sono fondate le soluzioni delle seguenti ipotesi.

POMPONIUS, *libro quarto senatus consultorum*: 2 D. 38.4: P. 809.

Sed et si is, cui adsignassem, decessisset relicto filio et fratre et alterius patroni filio, semissem habiturum eum nepotem, quem esset filius meus is qui vivit habiturus, si ego eum libertum non adsignassem.

Ci sono un assegnatario, un fratello di costui e un figlio dell'altro patrono: muore l'assegnatario lasciando un figlio, cioè un nipote dell'avo; per il principio della chiamata del prossimo, solo patrono dovrebbe essere il figlio dell'altro patrono: ma poiché esiste anche il fratello dell'assegnatario e costui, almeno esternamente, è sempre considerato come patrono, il nipote profitta della sua pre-

senza ottenendo così la metà dei beni del liberto: beni che, se non ci fosse stata l'assegnazione, sarebbero appartenuti allo zio, figlio dell'originario patrono.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad Sabinum*: 3 pr. D. 38.4: P. 2526.

Idem erit dicendum et si is, qui filium et nepotem habebat, nepoti libertum adsignaverit: admittetur nepos ad legitimam hereditatem, licet sit alterius patroni filius, [et hoc contingit patruī vita] (si neque decesserit neque capite minutus fuerit patruus): ceterum si ille non esset, (vel capite minutus esset) nihil ei prodesset adsignatio ad deminuendum ius alterius patroni filii.

Ho sostituito ad «hoc contingit...» la menzione della morte e della capitis deminutio, anche considerando che, certamente, la menzione della capitis deminutio deve essere stata di proposito tolta dai compilatori.

Anche qui il nipote assegnatario è ammesso al patronato col figlio dell'altro patrono, solo perché vive lo zio escluso che, nei rapporti esterni, mantiene ancora la veste di patrono. Se costui non vivesse o fosse capite deminutus, l'intero diritto di patronato spetterebbe, siccome al più prossimo, esclusivamente al figlio dell'altro patrono.

§ 115. L'istituto dell'assegnazione, il valore classico del quale non è più compreso dai compilatori, subì nel diritto giustiniano profonde modificazioni.

In diritto classico l'istituto mirava a scegliere tra i sui il successore nel rapporto di patronato, *concentrando* in costui la qualità di patrono che ipso iure spettava anche agli altri sui. Questa *scelta* doveva esser fatta dal paterfamilias nel testamento. Il padre doveva scegliere tra i sui, fossero essi figli o nipoti subentrati in luogo di figli premorti.

Naturalmente il presupposto inderogabile della scelta era che essa cadesse su un discendente immediatamente soggetto alla potestà del paterfamilias. Peraltro, essa poteva avvenire anche in confronto di colui che fosse per ricadere nella potestà dell'assegnante.

Profondamente diverso è il valore giustiniano dell'istituto. L'assegnazione conferisce, ormai, all'assegnatario un diritto soggettivo di carattere patrimoniale.

Onde è perfettamente pensabile: *a*) che essa venga fatta mediante una qualsiasi dichiarazione di volontà, come avviene nei negozi giuridici patrimoniali: (3 I. 3.8; 1.3 D. 38.4; 7 D. 38.4 interpolati); *b*) che essa sia fatta a favore di un emancipato: (9 D. 38.4 interp. 2 I. 3.8 ove si dice *placuit* in luogo di un originario *non placet*); *c*) che di essa possano profittare i discendenti emancipati dell'assegnatario: (3.4.5 D. 38.4 interpolati); *d*) che essa possa farsi a favore dei nipoti in potestà del loro padre «quia etiam filiifamilias habent libertos»: (3.2.3 D. 38.4 interpolati); *e*) che ad essa infine si possa ad arbitrio rinunciare (1.7 D. 38.4 int.).

Posto il principio che l'assegnazione è attributiva di un diritto patrimoniale, perché tale è ormai il contenuto del rapporto di patronato, le conseguen-

ze elencate sono perfettamente logiche e sono giustificate le interpolazioni con cui esse vengono introdotte.

Abbiamo già esaminati i punti di cui sub *a) b) e)*: vediamo ora i punti di cui sub *c) e d)*.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad Sabinum*: 3.4.5 D. 38.4: P. 2526.

Emancipatos [*quoque*] filios eius, cui adsignatus est libertus (non) habere commodum senatus consulti puto [*non*] ut ad legitimam hereditatem admittantur [*sed ad ea quae possunt*]. secundum quod liberto intestato defuncto, quoniam ad legitimam hereditatem admitti non possunt, [*videndum ne*] admitt[*a*](i)tur filius adsignatoris in familia remanens [*an non? et putem emancipatos per praetorem praefereandos*]<sup>47</sup>.

Il testo, così come si presenta nei *Digesti*, è in evidente contraddizione coi principî classici.

Nelle istituzioni (2 I. 3.8) si afferma che l'emancipatio estingue l'assegnazione. L'emancipato, infatti, è un capite deminutus: come tale, egli perde la sua posizione agnatzia e i diritti ad essa collegati. Ora se l'assegnazione si estingue per l'emancipazione dell'assegnatario, a maggior ragione essa devesi estinguere quando l'emancipazione si riferisce ai figli di costui. È tutta giustiniana la concezione per cui l'emancipazione non estinguerebbe l'assegnazione, si verifichi essa in capo all'assegnatario (9 D. 38.4 int.) o in capo ai suoi discendenti.

Le interpolazioni segnate nel testo sono perciò indubbie: i discendenti emancipati dell'assegnatario morto non possono essere preferiti, neanche per praetorem, al figlio rimasto in familia.

Né qui varrebbe il principio che si applica nella bonorum possessio contra tabulas e intestati, onde al nipote – figlio dell'emancipato premorto all'avo o deportato (1.8, 6 pr. D. 37.4) – viene dal pretore attribuita la porzione di beni che sarebbe spettata al padre. Qui la cosa è diversa: colà l'ammissione è determinata da una ragione di equità, qui sarebbe causa di ingiustizia. Perché se, per ius civile, era concesso al paterfamilias di escludere i figli dal patronato mediante l'assegnazione, e se gli effetti dell'assegnazione si continuavano secondo l'ius civile nei discendenti agnatizi (in potestà) dell'assegnatario, tutto ciò non avrebbe potuto aver luogo sul terreno del diritto pretorio. Non avendo l'istituto un fondamento di equità, il pretore non avrebbe avuto ragione di tener fermo questo stato di cose quando ne fossero venuti meno i presupposti di ius civile.

Anzi, un intervento del pretore si comprenderebbe in quanto fosse diretto a favorire gli esclusi, non i discendenti dell'assegnatario. Noi non conosciamo esattamente la misura dell'intervento pretorio nel diritto classico: ma se dovessimo pronunziarci circa tale intervento nel campo dell'adsignatio libertorum,

<sup>47</sup> Grammaticalmente il testo presenta notevoli scorrettezze: si noti «videndum ne... an non»: il Mommsen è costretto a correggere «videndum admittaturne».

diremmo che, come nel campo ereditario mirò a favorire i figli preteriti, così qui esso mirò a favorire i figli esclusi.

Per Giustiniano le cose vanno diversamente. L'assegnazione attribuisce diritti soggettivi che l'assegnatario trasmette ai suoi discendenti, in potestà o emancipati che siano, non rileva.

§ 116. Passiamo ora a considerare i nipoti.

Che i nipoti succeduti, o che potranno succedere, in *locum patris* possano essere assegnatari è cosa conforme ai principî.

ULPIANUS, *Id.*: 3.1.2.3 D. 38.4: P. 2526.

Posse autem et nepoti adsignari certum est et praeferri filio nepotem adsignatoris constat.

Si intenda, il nipote figlio dell'altro figlio premorto. Cfr. 1 I. 3.8.

§ 2. Unde quaeri poterit, an, si filium habeat et ex eo nepotem, possit, quasi duos habeat in potestate, ius senatus consulti inducere. in qua specie cum placeat etiam ei, qui in potestatem recasurus est, adsignari quare non admittimus, cum utrumque esse in potestate negare non possumus?

§ 3. An autem ad legitimam hereditatem admitti possit hic qui est in potestate, tractari poterit, et cum multi sint casus, quibus et libertum habere qui in potestate est possit, cur non hoc quoque admittendum sit, ut per eum pater ad legitimae hereditatis admittatur emolumentum? quod et Pomponio recte videtur, habent autem libertos etiam filii familias, ut puta si castrensem servum eorum quis manumiserit<sup>48</sup>.

Che il testo da «in qua specie» sino alla fine sia molto alterato, non c'è dubbio: ma non si può dirlo intieramente insitizio. Certo la controversia venne agitata fra i classici: e anche qui la soluzione giustiniana trovò il suo addentellato nello stesso diritto classico<sup>49</sup>.

Nella ipotesi che il *paterfamilias* avesse avuti in potestà un figlio ed un nipote ex eo, Ulpiano si poneva la questione se ricorressero gli estremi per l'applicazione del senatoconsulto. La risposta doveva essere certamente negativa, e doveva essere avvalorata con le seguenti considerazioni: che l'assegnazione, se poteva farsi in confronto di colui che «in potestatem recasurus est», suppose-

<sup>48</sup> Nessuna illazione per analogia può trarsi dal caso dello schiavo già facente parte del *peculio castrense* e poi manomesso. Perché in tal caso ciò che spiega come il *filius familias* possa compiere un atto di potestà dal quale derivi un rapporto di patronato, è il principio: «in castrensi peculio filii familias vice patrumfamiliarum funguntur». 2 D. 14.6. Cfr. BESELER, *Beiträge* II. 87.

<sup>49</sup> Ci proponiamo di ritornare sul testo con una analisi più completa. E intanto non possiamo non notare come qui e in molti altri testi interpolati si verifichi quel fenomeno magnificamente rilevato dal RICCIBONO (*Melanges Cornil*, II p. 253 segg.): che, cioè, le innovazioni giustiniane hanno spesso il loro spunto nel medesimo testo alterato. Questo principio metodico della *critica interna* del testo è certamente, se non la sola, la via più sicura per la ricostruzione del testo e degli istituti classici.

va, però, che l'assegnatario non fosse preceduto dal proprio ascendente, nella soggezione alla potestà dell'assegnante.

Per Giustiniano la soluzione è capovolta. Poiché ormai i figli hanno acquistato una posizione economica autonoma è possibile e legittimo, senza distinzione alcuna, che ad essi vengano attribuiti i liberti aviti (*habent autem libertos etiam filii familias ut puta si castrensem servum eorum quis manuniserit*).

§ 117. Abbiamo già visto come la *capitis accusatio* contro il liberto paterno non estingue il rapporto di patronato ma soltanto cancella nell'accusatore la qualità di patrono.

Tutto ciò vale anche per l'assegnatario. Se costui accusa il liberto perde la qualità di patrono: ma data l'autonomia della posizione giuridica in cui si trovano i soggetti del rapporto di patronato, saranno ad esso chiamati, in luogo del condannato, i fratelli che, a causa della assegnazione, erano stati esclusi.

ULPIANUS, *libro quadragesimo primo ad edictum*: 3.9 D. 38.2: P. 1150. Si *capitis libertum accusaverit is, cui adsignatus est, non potest is petere contra tabulas bonorum possessionem, fratribusque suis non obstat: sed hi contra tabulas bonorum possessionem petent, quemadmodum peterent, si ex altero filio nepotes essent: libertus enim, qui alteri ex filiis adsignatur, non desinit alterius filii libertus esse. Amplius dicendum est: etiamsi omiserit frater bonorum possessionem, alter frater, cui adsignatus non est*<sup>50</sup> *potest succedere et contra tabulas bonorum possessionem petere.*

Ulpiano nella prima parte del testo chiaramente afferma: *a)* che la *accusatio capitis* non nuoce ai sequentes nel rapporto di patronato; *b)* e che pertanto in luogo dello assegnatario condannato sottentrano i suoi fratelli, ai quali non osta ormai l'assegnazione; *c)* tutto ciò avviene perché, come altrove abbiamo visto, l'assegnazione non fa cessare negli esclusi i loro diritti, almeno virtuali, di patroni. Escluso l'assegnatario «*perinde omnia iura*» – come dice il senatoconsulto – «*serventur, ac si nihil de eo liberto eave liberta is parens significasset*».

La seconda parte del testo ha dato luogo a discordanti interpretazioni.

Accettando la lezione mommseniana – che è da ritenere giusta anche in base al raffronto col testo parallelo dei Basilici, – in questa parte del testo l'ipotesi viene mutata. Mentre nella prima parte si dice che la *capitis accusatio* fa decadere dal patronato l'assegnatario e giova ai fratelli, nella seconda parte si afferma che ai fratelli profitta parimenti la rinuncia dell'assegnatario alla *bon. possessio c. tab.*

<sup>50</sup> Il testo fiorentino omette «*est*», che si trova invece nei Basilici (49.4.2): il Leist leggerebbe «*cui adsignatus est non potest succedere*». Ma questa lezione, tentata per sfuggire a una contraddizione ai principi della *successio graduum*, che, secondo il Leist, sarebbe così contenuta nel testo, è, come io noto, ingiustificata. LEIST, *op. cit.*, p. 498 segg.

L'obbiezione avanzata dal Leist che, accettando siffatta ipotesi, verrebbe ad ammettersi una successio graduum, non regge in nessun modo. Infatti è risaputo come per la bonorum possessio contra tabulas liberti (e per la querella inofficiosi testamenti) valgono i principî dell'*edictum successorium* (cfr. fr. 2 pr. D. 38.2). Quanto poi al termine «succedere» che dà da pensare al Leist, esso deve intendersi non nel senso della successione ereditaria (perché per questo i romani avrebbero usato «in familiam redire») ma nel senso di delazione successiva della bonorum possessio.

§ 118. Dobbiamo, infine, porre in rilievo una differenza tra la posizione giuridica dell'assegnante e quella dell'assegnatario. L'assegnatario non può, a sua volta, assegnare il liberto a uno dei suoi discendenti.

MODESTINUS, *libro septimo differentiarum*: 8 D. 38.4: P. 35.

Liberi patroni quamquam et ipsi [in plerisque causis] manumissoris iure censentur, tamen paternum libertum liberis suis adsignare non poterunt, etiamsi eis a parente fuerit adsignatus: idque et Iulianus et Marcellus probant.

Segno come interpolato [in plerisque causis] perché mi sembra denoti la concezione giustiniana secondo cui il diritto di patronato è un diritto derivato dal padre.

In diritto classico i figli, patroni essi pure, avevano, come sequentes, la stessa posizione giuridica del patrono loro padre.

Il principio dell'impossibilità di una assegnazione ulteriore ci lascia perplessi. Dove trovare la ragione di esso? A me sembra che questa ragione vada ricercata nella costituzione familiare. Si può pensare che un'assegnazione ulteriore fosse esclusa allo scopo di non allontanare ulteriormente il liberto assegnato dalla primitiva familia patronale.

Infatti già con l'assegnazione il liberto viene a far parte direttamente della familia dell'assegnatario e solo indirettamente della primitiva familia patronale. Se poi si ammettesse una assegnazione ulteriore, questo rapporto con la primitiva familia verrebbe ad attenuarsi indefinitamente.

§ 119. Istituto analogo alla assegnazione fatta dal patrono è l'assegnazione pretoria (3.4 D. 38.16 int.)<sup>51</sup>.

Istituto, invece, totalmente diverso è quello dell'attribuzione dei liberti ai figli, alimentorum causa.

PAPINIANUS, *libro quarto decimo responsorum*: 11 D. 38.4: P. 717.

Alimentorum causa libertos filiis adtributos filiis adsignatos non videri respondi, cum ea ratione libertis consuli patronus voluerit, quo facilius voluntatis emolumentum consequantur, salvo iure communi.

<sup>51</sup> Cfr. LORETI LORINI, *B.I.D.R.*, 34, IV, 47.

Come annota Cuiacio «haec libertorum attributio fit libertorum causa, ut habeant a quo alimenta percipiant et petant» (*Resp. Papiniani*, XIV, 1. 11).

## CAPITOLO VII

### *Conclusioni della parte prima*

§ 120. Il problema che ci siamo proposto anzitutto, è stato quello concernente la posizione dei sui rispetto alla successione, così intestata come testamentaria, del loro paterfamilias.

Onde discendeva l'onere di istituire o diseredare i sui? E quale, in conseguenza, la natura giuridica della loro istituzione e diseredazione?

Respinta l'idea comune che la necessità di istituire o diseredare i sui fosse un portato della giurisprudenza e costituisse il primo spunto della successione necessaria contro il testamento, e ripudiata, quindi, la tesi che in tale necessità ravvisa un diritto soggettivo dei sui e un obbligo correlativo del paterfamilias, siamo pervenuti – attraverso l'esegesi di tutti i testi che trattano dell'argomento – alle seguenti conclusioni.

La necessità in cui si trova il paterfamilias di istituire o diseredare i sui ha radice nella costituzione della familia romana: la cui struttura è così fatta che, morto il paterfamilias, i sui vengono automaticamente portati ad occupare il posto di eredi. Ciò avviene, pertanto, in virtù di una necessità giuridica superiore, indipendente tanto dal volere del paterfamilias quanto dal volere dei sui.

Il paterfamilias ha, peraltro, la facoltà di impedire l'occupazione del posto di erede da parte dei sui mediante la diseredazione. La quale, mentre toglie ai diseredati la qualità di eredi, che loro necessariamente compete, rende possibile la concentrazione di questa qualità nel suus che il paterfamilias abbia designato a succedergli. Abbiamo visto altresì che la diseredazione è istituito primigenio; almeno tanto primigenio quanto la istituzione di erede (§§ 1, 9 segg.).

Con queste prime considerazioni noi abbiamo trasportato la dottrina della successione ereditaria sul terreno familiare. E a proposito delle vocazioni ereditarie del ius civile abbiamo dimostrato essere improprio parlare di *diritti* dei successibili ab intestato. In questa parte di stretto ius civile non vi sono che *vocazioni necessarie* che hanno fondamento nella struttura della familia (§ 1, 2).

Esaminando la posizione dei sui in ordine alla successione, abbiamo veduto come essi acquistino ipso iure la eredità paterna, e come perciò sia impensabile per essi l'adizione. Questo principio inderogabile di diritto civile viene paralizzato più tardi mediante l'abstentio, indi superato mediante la istituzione sotto

condizione potestativa e, infine, eliminato da Giustiniano. Per diritto giustiniano il *suus* deve adire come ogni altro erede. Soltanto che la adizione dei *sui* assume la forma di *immixtio*: senza di questa essi non diventano eredi. Secondo il nuovo principio sono stati interpolati varî testi delle Pandette (§§ 17 segg.).

A proposito dell'istituzione abbiamo trattato dell'assorbimento della vocazione intestata dei *sui* nella vocazione testamentaria, e abbiamo veduto come la vocazione intestata, trasformata in vocazione testamentaria, non muta la sua natura, quantunque costretta ad operare nei limiti e nei modi di quest'ultima (§§ 14 segg.).

Abbiamo veduto che l'unico caso in cui la natura necessaria della vocazione dei *sui* viene trasformata mediante l'istituzione, è quello dell'istituzione sotto condizione potestativa (§§ 20 segg.).

Siamo poi passati ad esaminare la successione dei postumi e gli effetti della preterizione dei *sui*, nati o postumi (§§ 24 segg.).

Abbiamo parlato dei rapporti fra il testamento e la familia, assumendo che l'uno dovesse rispecchiare perfettamente l'ordinamento dell'altra. Questo principio non più valido per diritto giustiniano ha determinato una serie di interpolazioni. Ed una serie di interpolazioni noi abbiamo ancora notato a proposito degli effetti della preterizione di un *suus*: interpolazioni ispirate allo scopo di salvare più che era possibile il testamento, in tutto o in parte (§§ 33 segg.).

In diritto giustiniano, infatti, la preterizione del *suus* ha un valore ben diverso da quello classico. In diritto classico il *suus* preterito, essendo necessariamente erede *ab intestato*, rende impossibile l'esistenza giuridica del testamento. In diritto giustiniano, per contro, questo effetto sembra sottile ed ingombrante: poiché, infatti, ormai l'antico organismo agnatizio, su cui si fondava la successione ereditaria, si è disgregato né valgono più i principî che disciplinavano la successione civile, è perfettamente comprensibile che un testamento in cui sia stato preterito un *suus* abbia tuttavia efficacia totale o parziale (§ 41 segg.).

In tutta questa parte della trattazione noi abbiamo esaminato, in sostanza, l'*influenza dell'organismo familiare sulla successione testamentaria*. Manifestazioni di tale influenza sono:

- 1) la necessità di istituire o diseredare i *sui*, nati o nascituri;
- 2) la necessità dell'acquisto ereditario da parte dei *sui*;
- 3) la necessità che il testamento rispecchi la costituzione familiare;
- 4) la giuridica irrilevanza – anche pretoria – di un testamento in cui sia stato preterito un *suus*.

Questo esame, mentre ci ha permesso di respingere, in questo campo, ogni idea di successione necessaria contro il testamento, ha posto nella loro vera luce gli istituti della diseredazione e della istituzione e ci ha fatto notare i rapporti fra testamento e familia. Esso ci ha consentito di studiare l'organismo familiare e di trarre da esso e da tutto il sistema successorio conferma della idea del Bonfante sull'originario contenuto della successione ereditaria.

Nell'intento, appunto, di dimostrare come la vera successione romana mirasse a far subentrare un paterfamilias nella posizione giuridica *potestativa* del paterfamilias defunto, e, quindi, come essa potesse realizzarsi solo da un paterfamilias e in confronto di un paterfamilias, siamo passati allo studio dello ordinamento parallelo delle vocazioni intestate, tutelari ed ereditarie (§§ 46 segg.).

Abbiamo veduto come questo parallelismo sia indice, più che di una analogia, di una identità di struttura tra i due ordinamenti: tutela ed eredità, infatti, ci sono apparse regolate da principi identici. A proposito del principio «in legitimis non est successio» abbiamo visto come esso, contrariamente a quanto si crede, debba aver avuto vigore anche nelle vocazioni tutelari, e come pertanto sia errata l'attestazione contraria di Giustiniano (c. 4.20 C. 6.4) (§§ 52 segg.).

L'identità strutturale dei due istituti, desunta attraverso una valutazione dei principi che ne regolano il funzionamento e mediante la esegesi dei testi più significativi, ci ha permesso di concludere che tutela ed eredità costituivano in antico un unico istituto, *la fisionomia del quale, in epoca storica, è rappresentata dall'ordinamento tutelare* (§§ 47 segg.).

Ha ricevuto, così, piena conferma l'idea del Bonfante secondo cui la funzione della hereditas riassorbiva in antico quella della tutela.

Il raffronto tra ordinamento tutelare ed ereditario è stato poi decisivo per orientarci nello studio delle successioni intestate e per la spiegazione di istituti enigmatici, come quello della in iure cessio hereditatis da parte dell'agnato prossimo, e quello della successione della donna.

A proposito di quest'ultima abbiamo assunto come essa non realizzasse la successione tipica romana e, argomentando dalla esclusione della donna dalla tutela, mantenuta ancora in epoca storica, ne abbiamo inferito che tale esclusione vi era, in origine, anche per la eredità (§ 46).

Quanto alle successioni intestate di ius civile siamo partiti dalla fondamentale considerazione che la successione tipica romana era quella del suus pube- re al proprio paterfamilias. Naturalmente non abbiamo con ciò pregiudicata la questione della priorità della vocazione testamentaria su quella intestata. Anzi, argomentando dall'onere di diseredare i sui e dal contenuto della diseredazione, abbiamo affermato il carattere originario della designazione testamentaria dell'erede. Ce ne ha dato motivo, tra l'altro, lo studio dell'adsignatio libertorum, che è, a nostro avviso, un istituto perfettamente analogo a quello della concentrazione della qualità di erede in uno dei sui. Del resto, venga il suus ab intestato o venga ex testamento alla eredità del proprio paterfamilias, la natura della successione non muta: essa è sempre organicamente necessaria.

Nello studiare l'ordinamento delle vocazioni tutelari ed ereditarie abbiamo veduto come esso combaciasse perfettamente con l'ordinamento familiare. Le vocazioni ereditarie e quelle tutelari sono organicamente collegate ai posti familiari. Il quale collegamento fa sì che anzitutto la vocazione si diriga ai sui e solo in loro mancanza agli agnati e ai gentili (§§ 76 segg.).

In questo necessario collegamento tra le vocazioni ereditarie e i posti familiari va ricercata la ragione dell'impossibilità della cosiddetta delazione successiva (in legitimis non est successio): infatti i suoi sono eredi ipso iure e pure ipso iure eredi sono, almeno come designati, gli agnati (§§ 80, 81).

Abbiamo notato come la successione sia animata da una duplice direzione: una verso la continuazione della familia, l'altra verso il riassorbimento di essa entro il gruppo agnatizio da cui era uscita.

L'una direzione si realizza con la successione dei sui, l'altra con quella degli agnati. A questa diversa direzione della successione dei sui e degli agnati è da ricondurre il fatto che la successione per stirpi, mentre è ammessa tra i sui, non è ammessa tra gli agnati (§ 78).

Dopo aver veduto, infine, gli effetti della *capitis deminutio magna* del *paterfamilias* sui vincoli agnatizi da cui sono astretti i membri della familia già soggetti alla sua potestà, e dopo avere rilevato come questi vincoli permangono, siamo passati allo studio del rapporto di patronato. Abbiamo indagato gli effetti che da esso derivano, tra i quali fondamentale quello delle vocazioni ereditarie del patrono e de' suoi discendenti agnatizi (§ 78).

Abbiamo esaminato la posizione anomala della donna, tanto come liberta quanto come patrona, concludendo che mentre in origine il rapporto di patronato aveva come titolare esclusivamente un *paterfamilias*, in processo di tempo fu ammesso che una donna divenisse patrona; e ciò, a causa della separazione avvenuta tra la qualità di *paterfamilias* e quella di persona capace di una sfera patrimoniale propria, e in vista della nuova funzione patrimoniale, man mano divenuta preminente, del patronato (§§ 96, 97).

Abbiamo posto in rilievo la vera natura giuridica del rapporto di patronato affermando decisamente la natura familiare di questo rapporto e, quindi, contro la dottrina comune, l'autonomia della posizione dei discendenti agnatizi del patrono rispetto al patrono (§§ 98 segg.).

Abbiamo veduto come sia il diritto giustiniano a disconoscere al patronato il carattere di vincolo agnatizio e a concepirlo come diritto soggettivo, suscettivo di essere trasmesso o assegnato dal patrono ai propri discendenti. Conformemente a questa concezione è stata interpolata una serie di testi (§ 99, 101).

Più profonde alterazioni ha subito l'istituto dell'*adsignatio libertorum*, nel quale noi abbiamo ravvisato un mirabile parallelo della designazione testamentaria dell'erede fra i sui (§§ 107 segg.).

Questa prima parte ha avuto riguardo all'organismo della familia agnatizia, ivi compreso il rapporto di patronato, in quanto costituisce la base necessaria dell'ordinamento delle vocazioni ereditarie (e tutelari) intestate di ius civile e in quanto influisce sulla designazione testamentaria dell'erede.

Nella seconda parte della trattazione vedremo come questa funzione fondamentale dell'organismo agnatizio sia venuta meno nel nuovo sistema ereditario pretorio e civile.

Il nuovo sistema successorio – di diritto pretorio e civile (novum) – muove bensì dall'appartenenza alla famiglia – agnatzia e cognatzia –, ma solo per determinare il grado di parentela de' suoi membri. Ormai le chiamate ereditarie non sono più organicamente collegate ai posti familiari: esse non si fondano sopra uno status che competa necessariamente al chiamato e del quale il chiamato non possa in nessun modo spogliarsi. Esse, sono, per contro, divenute veri e propri diritti soggettivi, di contenuto patrimoniale, ai quali il titolare può, naturalmente, rinunciare. Su questa concezione riposa l'introduzione dello «*edictum successorium*».

Parallelamente a queste riforme un'altra se ne compie, decisiva.

I parenti più prossimi hanno ormai un diritto soggettivo alla eredità dei loro congiunti, e questo diritto assume tale rilievo da non poter esser leso. Qualora esso venga disconosciuto dal testatore, il testamento, quantunque perfettamente valido in se stesso, può tuttavia essere rescisso nei limiti in cui è causa di iniuria.

Questo diritto può chiamarsi anche necessario, ma in tutt'altro senso da quello dianzi rilevato: nel senso, cioè, che ha carattere incondizionato ed è assolutamente sottratto all'arbitrio del testatore.

La grande trasformazione operatasi con le nuove riforme consiste per l'appunto nell'attribuire ai prossimi parenti veri e propri diritti soggettivi in luogo delle vocazioni agnatzie dell'antico *ius civile*<sup>52</sup>. Soltanto ora, perciò, a causa di questa concezione completamente nuova della successione ereditaria, sarà possibile parlare in senso proprio di una *successione necessaria contro il testamento*.

<sup>52</sup> Le vocazioni ereditarie di *ius civile* avevano indole necessaria in tutt'altro senso: nel senso cioè che erano organicamente connesse alla posizione familiare di *suus*, di agnato prossimo, di patrono.

PARTE SECONDA

LE VOCAZIONI EREDITARIE INTESTATE DEL DIRITTO  
PRETORIO, DELL'IUS CIVILE NOVUM E DEL DIRITTO  
GIUSTINIANEO, IN QUANTO FONDATE SULLA  
PARENTELA NATURALE



## SEZIONE PRIMA

# SISTEMA DELLE VOCAZIONI INTESTATE DI DIRITTO PRETORIO

## INTRODUZIONE

§ 121. Configurazione dogmatica della bonorum possessio rispetto all'hereditas.

§ 121. In diritto romano classico, nel campo delle successioni ereditarie intestate, ci si offre questo singolare fenomeno: che accanto al sistema successorio di ius civile sorge, fiancheggiandolo prima ed assorbendolo poi, un sistema successorio creato dal pretore. È questo il *sistema della bonorum possessio*<sup>1</sup>.

Nel *fondamento* e nella *natura* delle sue vocazioni, la bonorum possessio differisce radicalmente dalla hereditas. Tale diversità si manifesta tanto nella base più lar-

<sup>1</sup> Per ciò che attiene allo scopo originario della b. p. cfr. LEIST, *Cont. Glück*, lib. 37-38 I, trad. it., p. 33 e segg. Il Leist crede che l'originaria bon. possessio costituisca un regolamento del possesso dell'eredità per le classi degli eredi civili. Secondo tale dottrina, l'istituto va considerato fin da principio quale «iuris possessio» e quale successione universale, non solo quale attribuzione dei corpora hereditaria». Cfr. Id. vol. 37-38, II, p. 9 segg. Il LONGO – voce *Bon. possessio* in *Encicl. giuridica*, col. 1213 segg. – crede che già per tempo, nell'epoca classica, la bon. possessio abbia costituito l'istituto pretorio della successione ereditaria, ma crede che in origine la b. p. abbia avuto funzione meramente processuale (p. 1216 segg.). Vedi anche FABRICIUS, *Bon. Possessio*, 1 segg. In questo senso cfr. pure BRONDI, *La legittimazione proc. nelle azioni div. rom.* Annali Univ. Perugia 1913 pag. 394 segg. Per ciò che attiene all'origine della nuova concezione pretoria, si è lungamente discusso. Fu essa un portato dell'ius gentium o ebbe radice nella coscienza sociale? Per quest'ultima tesi – del resto la più conforme alla evoluzione giuridica – si dichiara col PERNICE (*Z. S. St.*, XX, 138) anche il FADDA (*Concetti* § 23). Cfr. anche LEIST, *op. cit.*, II, § 1599, p. 13: per il Leist le riforme «si possono spiegare come un prodotto delle forze motrici della vita giuridica, semplicemente guidate dal pretore e dalle vedute popolari che si mutano». Quali siano queste vedute popolari è risaputo: esse sono costituite dalla prevalenza assunta via via dai vincoli di sangue rispetto a quelli meramente agnati. Cfr. LONGO, *loc. cit.*, col. 1207-1208 segg.

ga che il sistema pretorio presenta rispetto a quella del sistema civile (la cognazione anziché l'agnazione), quanto nel *valore giuridico diverso delle rispettive vocazioni*. *Vocazioni familiari* quelle dello ius civile, in quanto si presentano organicamente collegate allo status familiae del chiamato, prive, quindi, del carattere di *diritti soggettivi individuali* e, in conseguenza, né rinunziabili né deferibili di ordine successivo. *Vocazioni patrimoniali* quelle del diritto pretorio, aventi natura di *diritti soggettivi*, riconosciuti dal pretore in base al vincolo di parentela, ai quali il chiamato può rinunziare e rispetto ai quali è perfettamente concepibile una delazione successiva.

Questo è – sotto l'aspetto dogmatico – il tratto distintivo tra i due sistemi. L'elemento caratteristico della riforma pretoria sta appunto nel fatto che le nuove chiamate ereditarie attribuiscono ai chiamati diritti soggettivi patrimoniali.

Nello studio della bonorum possessio vanno distinti due ordini di problemi. L'uno, attinente alla storia del nuovo sistema, ossia al suo sorgere e alla sua progressiva evoluzione dall'epoca classica alla postclassica e alla giustiniana; l'altro, attinente alla dogmatica della bonorum possessio. In questo secondo ordine di problemi, il compito del ricercatore consiste nel vedere quale sia la portata della riforma dal punto di vista dogmatico e quale il tratto distintivo che nettamente separa il sistema pretorio da quello civile.

Quanto ai problemi di carattere storico<sup>2</sup> io sono, qui, per esigenze di carattere sistematico, costretto a tralasciarli. Infatti, nella economia del presente lavoro la bonorum possessio va studiata solo quel tanto che sarà indispensabile per costituire in questa seconda parte la *base* della parte successiva: la quale base consiste appunto nel mostrare la *mutata natura giuridica* delle vocazioni intestate.

La parte successiva della trattazione avrà riguardo alla successione contro il testamento. E poiché questa specie di successione né aveva fondamento, come si è veduto, nell'ius civile, né, d'altra parte, fu dovuta a statuizione legislativa, sorge naturale la domanda: ma dove, dunque, e come, poté sorgere nell'ordinamento ereditario romano il concetto di una successione necessaria contro il testamento? La bonorum possessio contra tabulas dei liberi e del patrono e la querella inofficiosi testamenti dove hanno la loro base giuridica? Orbene, c'è parallelismo tra il sorgere della successione necessaria contro il testamento e la riforma pretoria della successione intestata: quest'ultima costituisce il presupposto della prima.

<sup>2</sup> Per quanto attiene alle varie opinioni circa la origine storica della bon. possessio cfr. LEIST, *op. cit.*, I, § 1598 pag. 34. Il Leist divide in 4 gruppi queste varie opinioni: a) la prima riscontra il più antico nucleo dell'istituto nelle nuove categorie di eredi; b) la seconda nel regolamento pretorio della usucapio pro herede; c) la terza nel regolamento pretorio del processo ereditario; d) la quarta nel regolamento possessorio delle classi di eredi di diritto civile. La quarta opinione è quella sostenuta dal Leist.

L'ARANGIO RUIZ, *Ist.*<sup>2</sup>, 473 opina che l'istituto sia sorto dalle esigenze del processo. Questa tesi è stata sostenuta – e ampiamente illustrata in contrasto con la tesi del Leist – dal LONGO, *op. cit.*, 1210 segg. Sul tema cfr. anche SCHMIDT, *Z. S. St.* XVII (1896) p. 325. segg.: lo S. ritiene che la b. p. si sia sviluppata dall'interdictum quorum bonorum.

Fu questa riforma a porre la base della successione contro il testamento. Le modifiche introdotte nel regime della successione intestata non si limitarono, infatti, ad ampliare la base e l'ordine nella designazione dei chiamati. Esse mutarono la natura giuridica medesima di tali designazioni, operando una riforma profonda nella preesistente relazione tra vocazioni testamentarie e vocazioni intestate. I prossimi parenti hanno ora un vero e incondizionato diritto soggettivo nei riguardi dell'eredità dei loro congiunti: diritto, che non deve esser leso dal testatore.

Se ci volgiamo all'antico ius civile, vediamo come queste nuove idee siano ad esso del tutto straniere. La successione ereditaria antica aveva il suo momento caratteristico in quella assoluta libertà di scelta che al paterfamilias competeva in ordine alla designazione del successore. Dico assoluta, in quanto essa non era sottoposta a nessun limite d'indole sostanziale<sup>3</sup>. E quando il paterfamilias non avesse provveduto alla designazione, la vocazione intestata, pel suo organico collegamento allo status familiae, scaturiva necessariamente dallo stesso ordinamento familiare. Era qui concepibile un diritto soggettivo individuale dei prossimi parenti? Un diritto patrimoniale che prevalesse sulla potestà stessa del paterfamilias? La risposta negativa è indubbia dopo quanto abbiamo detto. Né si dica che un diritto di tal natura c'era nei sui e si manifestava nell'onere del testatore di istituirli o diseredarli: tutta la prima parte di questo lavoro ha avuto per scopo di eliminare questa falsa veduta.

Si diveniva eredi per una necessità naturale, come si diveniva sui o agnati. E come sarebbe inconcepibile un diritto soggettivo ad essere sui ed agnati, così era inconcepibile un diritto soggettivo ad essere eredi.

Il fatto stesso che le vocazioni ereditarie intestate avevano per presupposto uno status familiare al quale organicamente si collegavano, era inconciliabile con l'idea di una successione necessaria contro il testamento. Questa idea, invero, in tanto può sorgere in quanto la vocazione ereditaria intestata assuma un contenuto nuovo, quello cioè di diritto soggettivo del chiamato, sottratto alla libertà di disporre del testatore. E noi, sospinti dallo studio degli istituti della successione necessaria contro il testamento a cercare la giustificazione della loro presenza nel sistema ereditario romano, abbiamo potuto trovare tale giustificazione soltanto distinguendo tra loro nettamente i due grandi aspetti di questo sistema. L'uno, quello di ius civile, contrassegnato dal carattere familiare e organico della vocazione: l'altro, quello di diritto pretorio e di diritto civile nuovo, caratterizzato dal diritto soggettivo patrimoniale che deriva dalla vocazione medesima.

Questa delimitazione dogmatica dei due sistemi, mentre ci spiega l'assenza nell'uno e la presenza nell'altro di importanti fenomeni, ci permette di ab-

<sup>3</sup> Non sarebbe stato possibile in nessun modo costringere il paterfamilias a designare una persona quale suo erede. La nomina dell'erede costituisce uno di quegli atti di sovranità familiare che non sono suscettivi di alcuna esteriore limitazione (Cfr. BETTI, *Dir. rom. e dog. od.*, 48). In questo senso parlano chiaramente le nostre fonti. Cfr. 114.8; 114.6 D. 30; 41.8 D. 32; 7 D. 38.4; 18 pr. D. 36; 18.3 D. 36; etc.

bracciarli ambedue con un'unica veduta. La storia dei due sistemi è quasi tutta quanta racchiusa in questa loro configurazione dogmatica. E se è vero che importanti svolgimenti subì la bonorum possessio, dal suo sorgere al suo definitivo consolidarsi nel diritto classico e postclassico, non è però meno vero che il principio interno di tali svolgimenti sia unico e sia appunto da ricercare nella natura nuova della vocazione ereditaria pretoria.

La bonorum possessio porta in sé, in potenza, sin dal suo sorgere, quello che sarà più tardi il nuovo sistema completo delle vocazioni ereditarie. Cosicché, se è vero che interessantissimi furono, dapprima, i fenomeni di accostamento della bonorum possessio alla hereditas e, poi, quelli di prevalenza sulla hereditas e di assorbimento di essa, non è meno vero che in tutto questo laborioso processo storico ciò che si porta a maturazione è un germe che la bonorum possessio reca in sé dall'origine.

I due elementi accennati – vale a dire la ratio sanguinis e la concezione della chiamata sotto il profilo di un diritto soggettivo – costituiscono rispettivamente *la nuova materia e la nuova forma* delle successioni intestate pretorie.

La ratio sanguinis si porrà dapprima accanto e poi contro l'antica costituzione familiare agnaticia. Così parimenti le nuove chiamate pretorie si porranno dapprima accanto a quelle civili e poi finiranno per prevalere su di esse.

Questi elementi, sbocciati sul terreno dell'aequitas, sono parte integrante del concetto stesso della bonorum possessio. Essi costituiscono il lievito mercé il quale sorgerà via via, fino a ricevere integrale attuazione con Giustiniano, quella concezione della vocazione ereditaria che sta anche a base del diritto successorio odierno.

## CAPITOLO I

### IDENTITÀ E DIFFERENZE FRA HEREDITAS E BONORUM POSSESSIO

§ 122. Identità dello scopo: attuazione della successio.

§ 123. Fondamento delle nuove vocazioni: la famiglia naturale. Loro funzione giuridica: attribuzione di un diritto soggettivo patrimoniale.

§ 122. Le considerazioni fatte sopra ci permettono di vedere, già sin da ora, quali siano gli elementi che accomunano e quali quelli che differenziano hereditas e bonorum possessio<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Per i raffronti concernenti la delazione e l'acquisto della hereditas e della bonorum possessio, vedi LONGO, *op. cit.*, p. 1222 seg.

Intanto è comune ai due istituti lo scopo, che è quello di attuare una successione ereditaria. Tanto per l'uno, come per l'altro, si tratta di succedere in *ius defuncti* (Gai IV, 34). Il *bonorum possessor*, come l'*heres*, subentra nella posizione giuridica del defunto, assumendone, quindi, tutti i rapporti giuridici come erano in capo a lui costituiti<sup>5</sup>.

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 3 pr. D. 37.1: P. 1085.

Bona autem hic [ut plerumque] solemus dicere, [ita accipienda sunt universitatis cuiusque] successionem, qua *succeditur in ius demortui* suscipiturque eius rei commodum et incommodum, nam [sive solvendo sunt bona sive non sunt *Mo.*], sive *damnum habent sive lucrum*, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur<sup>6</sup>.

La *bonorum possessio*, come la *hereditas*, ha dunque per scopo la successione in *ius*: essa, come l'eredità, consiste essenzialmente in un *nomen iuris*.

AFRICANUS, *libro tertio quaestionum*: 208 D. 50.16: P. 38.

Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat<sup>7</sup>.

POMPONIUS, *libro tertio ad Quintum Mucium*: 119 D. 50.16: P. 232.

Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam *damnosam hereditatem*: *iuris enim nomen est sicuti bonorum possessio*.

<sup>5</sup> In quanto la *bonorum possessio* attua una successione, essa, come dice il BONFANTE, è stata ricalcata sull'*hereditas* (*Scritti giuridici*, I, 127, n. 1) cfr. LEIST, *op. cit.*, II, III, p. 77: «La *bon. possessio* assicura sempre il grado di una successione universale», p. 84 «...*hereditas* e *bon. possessio* coincidono nel concetto della successione universale diretta... E qui ciò che con tutta prevalenza dà il modello giuridico è la *hereditas*, a cui la *bon. possessio* semplicemente si assimila» (*hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continebitur* 138 D. 50.16).

Il Leist, fondandosi sui testi di Cicerone e sul fr. 3.1 D. 37.1, assume, del resto giustamente – ma per l'epoca classica –, che oggetto della «*hereditatis possessio*» sia stato il «*ius heredis*» e cioè il «succedere *praetorio iure* in *ius defuncti*» (GAI IV, 34); LEIST, *op. cit.*, I, § 1598<sup>3</sup>, pp. 72, 218. Fu così anche nelle origini? Leist crede di sì, e si sforza di darne la dimostrazione. Diversamente invece opina il LONGO nello scritto citato, 1210 segg. Una tesi nettamente contraria a qualsiasi parallelismo strutturale fra *hereditas* e *bonorum possessio* sostiene il BIONDI *op. cit.* p. 395 segg. Il B. ritiene interpolati tutti i testi in cui tale parallelismo appare (1 D. 37.1; 3 pr. D. 37.1; 208 D. 50.16; 119 D. 50.16; 3.1 D. 37.1). Ma può dirsi, per contro, che quel parallelismo si ritrova nei testi classici (Gai IV, 34, 111, III, 32; Ulp. XXVIII, 12 etc.) e che esso dovette necessariamente aver luogo allorché la *bon. possessio*, in epoca classica, venne costituita quale vero sistema ereditario.

<sup>6</sup> L'interpolazione [*universitatis cuiusque*] è stata rilevata dal LONGO, *Sull'hereditas concepita come universitas* in *Studi per Fadda*, I, p. 134. La concezione della *universitas* quale oggetto della eredità è bizantina. «Il pensiero – dice il Longo – si è spostato dall'*ius* all'*universitas*: è su questa che gravita come sulla cosa principale». Cfr. BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, 274 segg. Cfr. ancora LONGO, *BIDR* XV (1902) pag. 289 e per una critica radicale del testo BIONDI, *op. cit.*, p. 431.

<sup>7</sup> Il fr. 208 D. 50.16 di Africano è ritenuto genuino dal Longo: in esso la parola «*universitas*» non sarebbe stata aggiunta dai compilatori. Diversamente BIONDI, *op. cit.*, p. 432.

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 3.1 D. 37.1: P. 1085.

Hereditatis autem bonorum[ve] possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda: est enim iuris magis quam corporis possessio. denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem adgnitam Labeo ait<sup>8</sup>.

Come si vede, adunque, il concetto della successio, quale subentrare nella posizione giuridica del defunto, viene riportato dalla hereditas nella bonorum possessio. Il contenuto della successione rimane inalterato: ciò che è mutato è la natura giuridica e l'ordinamento delle chiamate ereditarie.

La bonorum possessio, accogliendo la struttura della successio, pone praticamente il bonorum possessor nella stessa posizione giuridica dell'heres.

GAIUS, III, 32.

Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt: nam praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatus consultum et constitutionem principalem. Sed cum eis praetor dat bonorum possessionem loco heredum constituuntur.

ULPIANUS, XXVIII, 12.

Hi quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris<sup>9</sup>.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad edictum*: 2 D. 37.4: P. 486.

[In omnibus enim vice] (loco) heredum bonorum possessores habentur.

PAULUS, *libro undecimo ad edictum*: 117 D. 50.17: P. 202.

Praetor bonorum possessorem heredis loco [in omni causa] habet.

Vi sono nelle fonti numerosi testi in cui si fa menzione della posizione del bonorum possessor costituito loco heredis. Questi testi sono peraltro quasi sempre interpolati nel senso di equiparare perfettamente la posizione dell'erede e quella del bonorum possessor. Tendenza, questa, naturale, analoga a quella diretta alla fusione dei legati e dei fedecommissi.

Nei fr. 2 D. 37.1 e 117 D. 50.17 le parole segnate tra parentesi sono state, appunto, secondo questi criteri, aggiunte dai compilatori<sup>10</sup>.

In conseguenza di questo subentrare del bonorum possessor nella posizione giuridica del defunto si producono tutti gli effetti caratteristici della successione. In particolare, il bon. possessor, come l'heres, subentra nei commoda e negli incommoda hereditaria.

<sup>8</sup> Cfr. 178.1 D. 50.16; 50 pr. D. 5.3; 9.12 D. 28.5; 138 D. 50.16 etc. Sul fr. 3.1 D. 37.1 v. la critica radicale del BIONDI, *op. cit.*, p. 433: ma si veda quanto diciamo in generale a pag. 232<sup>2</sup> e cfr. più oltre § 260 e c. 2 C. 3.28.

<sup>9</sup> Cfr. § 2 Inst. III, 9; GAI III 80, IV 34.

<sup>10</sup> Questi frammenti sono comunemente ritenuti genuini. Cfr. FADDA, *Concetti*, § 22; LONGO, *op. cit.*; LENEL, *Pal., Ulpiani*, 486, *Pauli*, 202. Per la critica della tendenza ad equiparare la posizione dell'heres e quella del b. possessor, cfr. lo studio citato del BIONDI p. 394 segg.

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 1 D. 37.1: P. 1085.

Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria [itemque dominium rerum], quae in his bonis sunt, tribuit [nam haec omnia bonis sunt coniuncta]<sup>11</sup>.

E, per la portata virtualmente universale della successio, ha luogo nella bonorum possessio, come nella hereditas, il fenomeno dell'accrescimento.

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 3.9 D. 37.1: P. 1094.

In bonorum possessione sciendum est ius esse ad crescendi: proinde si plures sint, quibus bonorum possessio competit, quorum unus admisit bonorum possessionem, ceteri non admiserunt,

GAIUS, *libro octavo ad legem Iuliam et Papiam*: 4 D. 37.1: P. 457.

veluti quod spreverunt ius suum ant tempore bonorum possessionis finito exclusi sunt aut ante mortui sunt quam petierunt bonorum possessionem,

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 5 D. 37.1: P. 1094.

ei, qui admisit, ad crescent etiam hac portiones, quae ceteris competere, si petissent bonorum possessionem<sup>12</sup>.

Così, valgono per la bonorum possessio tutti i principî che discendono dal concetto di successio come fu elaborato nell'ius civile.

La bonorum possessio, come la hereditas, non può essere ripudiata prima che venga deferita (1.5.7 D. 38.9): e come per la hereditas così per la bonorum possessio non è ammessa la trasmissione della delazione ai propri eredi.

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 3.7 D. 37.1: P. 1090.

Denique et si ante decessero, quam ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competet mihi bonorum possessio, quia neque ego ratum habui, neque heres meus ratum habere potest, cum ad eum *non transeat ius bonorum possessionis* (cfr. c. 4 C. 6.9; c. 7 C. 6.30).

La chiamata ereditaria crea nel chiamato un diritto potestativo intrasmissibile ai suoi eredi.

Altri punti in cui hereditas e bonorum possessio necessariamente coincidono sono i seguenti:

a) La rinuncia alla bonorum possessio, come alla hereditas, produce accrescimento ipso iure a favore del non rinunziante e non è ritrattabile (4 pr. D. 38.15; 1.6 D. 38.9 etc.).

<sup>11</sup> Cfr. 3 pr. D. 37.1; 119 D. 50.16 cit. Nel fr. 1 D. 37.1 l'inciso [itemque dominium rerum] è manifestamente insitizio. Così dicasi dell'altro. Cfr. 39.1 D. 50.16; c. 6 C. 6; 20; 2.1 D. 37.6; etc. Sul testo cfr. le osservazioni del BIONDI *l. cit.*

<sup>12</sup> *Imp. GORDIANUS A. Marcianae*: c. 1 C. 6.10.

Quotiens pluribus liberis cessante legitima successione bonorum possessio defertur, beneficium edicti perpetui quibusdam omittentibus his solis qui bonorum possessionem agnovērunt portionem non petentium ad crescere in dubium non venit. Cfr. 6 pr. D. 37.1; 12 pr. D. 37.4; 4 pr. D. 38.15.

b) La bonorum possessio ab intestato è deferita a coloro che hanno la qualità di successibile ab intestato più prossimo nel momento in cui essa si deferisce effettivamente, senza effetto retroattivo.

c) La b. p. non viene deferita ab intestato sino a quando è possibile che venga deferita ex testamento.

d) L'attesa di un postumo sospende la delazione della bon. poss. ab intestato.

e) La b. p. non può essere deferita «his qui rei capitalis damnati sunt, neque in integrum restituti sunt» (13 D. 37.1).

Potremmo continuare nell'elenco di queste coincidenze. Esse hanno la loro causa in ciò: che la bonorum possessio modellò la sua struttura su quella della hereditas. Da ciò derivò che tanto la chiamata ereditaria di ius civile quanto quella di diritto pretorio ebbero per effetto di far succedere il chiamato in *ius defuncti* e di porre il successore, sia nell'uno che nell'altro sistema, in una posizione giuridica praticamente identica.

§ 123. Abbiamo già notato come la diversità tra i due sistemi consista nella diversa natura giuridica e nel diverso ordinamento delle chiamate ereditarie.

La chiamata pretoria crea un diritto soggettivo di natura patrimoniale in capo al chiamato. Il pretore attribuisce a determinate categorie di persone, sulla base del loro grado di parentela, il diritto di ereditare i beni dei loro congiunti defunti. Trattandosi, dunque, di un loro diritto individuale, i chiamati possono rinunziarvi e la rinuncia gioverà o ai chiamati di pari grado – a beneficio dei quali si determinerà accrescimento – o a coloro che li seguono nell'ordine delle chiamate (*sequentes*).

Che la vocazione crei un diritto soggettivo di contenuto patrimoniale, si spiega pensando che la vocazione stessa perviene al chiamato indipendentemente dallo status familiae. Di qui discende che la *capitis deminutio* del chiamato, se potrà determinare uno spostamento nell'ordine della sua chiamata, non la renderà, peraltro, impossibile. E forse la concezione della chiamata come creatura di un diritto soggettivo patrimoniale può spiegare anche l'ammissibilità della rappresentanza nell'esercizio di esso (3.7; 7.1.2, 8 D. 37.1; 24 D. 46.8)<sup>13</sup>.

Quanto poi all'ordinamento di queste chiamate, il pretore operò qui pure profonde riforme. Alla familia agnaticia egli contrappose quella naturale; e questa contrapposizione egli operò attraverso un processo di fusione tra agnazione e cognazione. Esempio mirabile del contemperamento della duplice esigenza si ha nell'ordinamento delle vocazioni patronali.

L'ordinamento delle chiamate intestate fu disposto, come è noto, secondo questa graduatoria: 1) liberi, 2) legittimi, 3) cognati, 4) *vir et uxor*.

<sup>13</sup> Una diversa spiegazione dà il MITTEIS, *Röm. Privatrecht* I, 220.

E, infine, una ulteriore conseguenza della riforma pretoria, immanente, del resto, alla concezione stessa che aveva ispirato tale riforma, si ha nel *carattere di necessità* assunto dalle vocazioni intestate dei più prossimi parenti<sup>14</sup>.

Quella concezione che nella successione intestata aveva determinato la prevalenza delle chiamate dei prossimi parenti sulle stesse chiamate dell'*ius civile*, doveva altresì determinare la loro prevalenza sulle vocazioni testamentarie.

Così, la vocazione dei figli alla eredità dei loro genitori assunse carattere di prevalenza su tutte le altre vocazioni, anche di diritto civile. L'emancipato, infatti, fu, nonostante la sua estraneità alla familia agnaticia, efficacemente tutelato contro i chiamati dallo *ius civile*. Orbene, questo carattere prevalente della vocazione dei figli spiega efficacia anche in confronto delle vocazioni testamentarie. Il padre non può né preterire né ingiustamente diseredare i suoi discendenti, ai quali è riconosciuto, dal nuovo sistema successorio, un diritto soggettivo di venire alla sua eredità.

E si comprende, infine, come qui spariscano, a causa della natura nettamente patrimoniale della bonorum possessio, tutte quelle questioni attinenti alla qualità di paterfamilias del defunto e del successore, sulle quali avevamo dovuto fermarci nella trattazione delle successioni intestate di *ius civile* (§ 46).

C'è, come si vede da questo breve riassunto, una fondamentale diversità di natura tra la chiamata civile e la chiamata pretoria. Esse non coincidono che nello scopo cui tendono: vale a dire nella successione che esse attuano. *La loro differenza, invece, è radicale quanto alla loro natura, al loro ordinamento e alle influenze che esplicano in confronto delle vocazioni testamentarie.*

Passeremo a trattare della natura delle nuove chiamate ereditarie e del loro ordinamento, mentre riserviamo alla III<sup>a</sup> parte di questa trattazione il problema della loro influenza sulle vocazioni testamentarie.

## CAPITOLO II

### INFLUENZA DELLA BONORUM POSSESSIO SULLA HEREDITAS

§ 124. L'istituto dello *spatium deliberandi*, come ponte di collegamento fra *hereditas* e *bon. possessio*.

<sup>14</sup> Avvertiamo ancora una volta che questa *necessità* delle nuove vocazioni ereditarie, derivante dalla loro natura di diritti soggettivi dei chiamati, è profondamente diversa dalla necessità delle vocazioni ereditarie di *ius civile vetus*; necessità, questa, derivante dalla natura familiare delle vocazioni e dalla loro organica connessione con le posizioni familiari.

§ 125. Hereditas e bonorum possessio, in quanto organizzate in un sistema nuovo di successione.

§ 126. Bonorum possessio cum re e bonorum possessio sine re.

§ 124. La bonorum possessio, come la hereditas, viene deferita ai prossimi parenti del defunto, secondo l'ordinamento pretorio delle vocazioni.

Tra la delazione della bonorum possessio e quella della hereditas esiste, peraltro, questa fondamentale differenza: che mentre la delazione della bonorum possessio può essere così accettata come rifiutata dal prossimo chiamato, e mentre il ripudio determina la chiamata del successibile ulteriore, la delazione della hereditas si ferma necessariamente al primo chiamato, né può procedere oltre. Anzi, pel suus non si può neanche parlare di una delazione, intesa come offerta di acquisto della eredità, in quanto il suus acquista necessariamente. Conseguenza della vocazione, per lui, non è la delazione, ma l'acquisto senz'altro.

Di qui discende che, mentre per la aditio hereditatis non vi ha termine alcuno entro cui debba essere compiuta, avendo la designazione carattere necessario e non potendo, comunque, procedere oltre, un termine c'è, invece, e necessariamente, per la adgnitio bonorum possessionis. Trascorso inutilmente tale termine, la bonorum possessio viene deferita al grado successivo<sup>15</sup>.

ULPIANUS, *libro quadragensimo nono ad edictum*: 1 pr. D. 38.9: P. 1212.  
E re igitur praetor putavit praestituere tempus bis, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem ut maturius possint creditores scire, utrum habeant, cum quo congregiantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncto.

Questo termine, entro il quale la bonorum possessio doveva essere chiesta, era, come si sa, di cento giorni utili, tranne che per i parentes e i liberi pei quali era, invece, di un anno utile (§§ 9, 11 Inst. III, 9).

ULPIANUS, *eod.*: 2 pr. D. 38.15: P. 1217.

Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum: ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere: ceterum quacumque die nescierit aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat.

Il giurista passa poi a prospettare varie ipotesi in cui il vocato nescierit aut non potuerit admittere. Pel caso del venter in possessionem missus Ulpiano soggiunge: «bonorum possessionis tempus non cedere sequentibus nequaquam ambigendum est, nec tantum intra centesimum diem, verum etiam quamdiu nasci possit: nam et si natus fuerit, ante ei deferri bonorum possessionem sciendum est».

<sup>15</sup> Cfr. LEIST, *op. cit.*, I, § 1598<sup>a</sup> 225 segg.; LONGO, *op. cit.*, 1225 segg.

Probabilmente, come suppone il Leist, questo termine di 100 giorni fu tratto dal pretore dall'istituto della *cretio*.

ULPIANUS, *eod.*: 1.8 D. 38.9: P. 1214.

Si intra centesimum diem mortuus sit prior, statim sequens admitti potest<sup>16</sup>.

È da porre in particolare rilievo la condizione di favore fatta ai figli ed ai genitori. Essi hanno un anno utile di tempo per accettare la delazione della *bonorum possessio*. Questo privilegio fondato, come dice Ulpiano, sull'*honor sanguinis* non è senza rapporto col nuovo carattere incondizionato e *prevalente* assunto dalla chiamata ereditaria di costoro.

ULPIANUS, *eod.*: 1.12 D. 38.9: P. 1216.

Largius tempus parentibus liberisque petendae bonorum possessionis tribuitur, in honorem sanguinis videlicet, quia artandi non erant qui paene ad propria bona veniunt. ideoque placuit eis praestitui annum, scilicet ita moderate, ut neque ipsi urguerentur ad bonorum possessionis petitionem neque bona diu iacerent<sup>17</sup>.

Del resto, come soggiunge il giurista, «urguentibus creditoribus», essi possono essere interrogati prima della scadenza del termine se intendano accettare o ripudiare la *bonorum possessio* loro deferita<sup>18</sup>.

Questo beneficio dell'anno è concesso nel caso di *bonorum possessio secundum tabulas*, non solo quando siano istituiti i «liberi parentesque», ma anche quando «servus eius, qui ex liberis parentibusque est, heres institutus est» (1.14 D. 38.9)<sup>19</sup>.

Quanto poi alla determinazione del *tempus utile*, si ha, naturalmente, riguardo alle circostanze del caso concreto<sup>20</sup>.

Orbene: potevano la introduzione della *bonorum possessio* e del termine utile per acquistarla, non influire sull'adizione della *hereditas*? Noi non esitiamo ad affermare che tale influenza doveva necessariamente verificarsi.

<sup>16</sup> Cfr. 1.9; 1.13 D. 38.9; c. 2 C. 6.9; c. 3.1 C. 6.30; § 9 Inst. III, 9.

<sup>17</sup> Per la critica del testo BESELER III, 112.

<sup>18</sup> Istruttivo è il modo con cui Giuliano afferma tale principio: l'anno utile è dato ai figli e al padre indipendentemente dal titolo della loro vocazione (unde liberi o unde legitimi o unde cognati o unde parens manumissor) e con esclusivo riguardo alla loro naturale qualità di figli e di genitori.

IULIANUS, *libro vicensimo octavo digestorum*: 4.1 D. 38.15: P. 416.

Filius non solum si tamquam filius, sed et si tamquam adgnatus vel tamquam cognatus ad bonorum possessionem vocatur, annum spatium habet: sicuti pater, qui filium manumisisset, quamvis ut manumissor bonorum possessionem accipiat, tamen ad bonorum possessionem accipiendam annum spatium habet.

<sup>19</sup> Cfr. 1.15-16 D. 38.9; 61 (int.) D. 38.17; c. 4 C. 6.9; § 9 Inst III 9.

<sup>20</sup> C. 5 C. 6.9; 2 pr. 1-2-3-4-5; 3; 5 pr. 1 D. 38.15; c. 6 C. 6.9, etc.

Come abbiamo detto, non vi era nessun termine entro cui l'eredità dovesse essere acquistata o repudiata: ed è davvero singolare, dice il Ferrini<sup>21</sup>, come non si sia mai introdotto un *mezzo diretto* per spingere i vocati ad una sollecita deliberazione.

Questa singolarità si spiega riportandosi alla natura giuridica della vocazione di ius civile. Il chiamato viene investito di un titolo al quale egli, se chiamato ex testamento, può rinunciare (istituto, questo, parallelo alla abdicatio tutoris), ma del quale egli non può essere spogliato senza il concorso della sua volontà.

Quando, però, accanto alla hereditas si pose la bonorum possessio e venne introdotto, con questa, il principio della delazione successiva, il termine di deliberazione dovette essere introdotto, per l'organico collegamento dei due sistemi, anche nell'adizione della hereditas.

Hereditas e bonorum possessio influiscono vicendevolmente l'una sull'altra: e i loro rapporti diventano sempre più interdipendenti. Fu appunto in grazia di siffatta interdipendenza che venne via via superata l'antinomia tra bonorum possessio ed hereditas, e la bonorum possessio venne così acquistando sempre più carattere di bon. possessio cum re.

Così, se è vero che nessun mezzo diretto venne introdotto per spingere i vocati ad adire, tuttavia il nuovo sistema successorio del pretore fece sentire indirettamente i suoi effetti. E ai fini di rendere definitiva (cum re) l'attribuzione della bonorum possessio in confronto dei chiamati dallo ius civile, il pretore dovette, anzitutto, prefiggere a costoro un termine di decadenza entro cui adire l'eredità. Decorso inutilmente tale termine, l'attribuzione della bonorum possessio ai sequentes diventava definitiva e poteva essere difesa con una exceptio doli contro la hereditatis petitio dei rinunzianti. Furono così temperate le esigenze della hereditas, dall'un lato, e quelle della bonorum possessio, dall'altro. La delazione successiva pervenuta ai successibili ulteriori non fu mera apparenza (bon. possessio sine re), ma ebbe piena efficacia in confronto dei successibili anteriori rinunzianti (bonorum possessio cum re).

Considerando l'introduzione dello spatium deliberandi nella hereditas come necessario presupposto per una efficace attribuzione della bonorum possessio, noi veniamo a risolvere la vessata questione relativa alla bonorum possessio cum re e sine re e, in conseguenza, quella relativa ai rapporti tra hereditas e bonorum possessio<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> *Pandette* n. 645.

<sup>22</sup> FABRICIUS, *Bonorum possessio*, 3 segg., 106 n. 141, 206 seg.; LEIST, 37-38, II-III, 75 seg.; VANGEROW, *Pand.*, § 399; NABER, *Mnemosyne*, 40, 391.

Gli autori hanno cercato di stabilire un principio per giudicare quando la bon. possessio fosse cum re e quando fosse sine re. Molto hanno contribuito a complicare la questione alcune affermazioni di Gaio e di Ulpiano. GAI II, 147 seg.; III, 35-38; ULP. XXIII, 6, XXVIII, 13. Secondo alcuni (HUGO e LÖHR) avrebbe avuto la precedenza la graduatoria del pretore, secondo altri (FABRICIUS) di regola decideva la graduatoria del diritto civile. Ma

Vediamo anzitutto come si comportò il pretore nel prefiggere ai chiamati di *ius civile* un termine entro cui adire.

ULPIANUS, *libro sexagesimo ad edictum*: 69 D. 29.2: P. 1399.

Quamdiu institutus admitti potest, substituto locus non est nec ante succedere potest quam excluso herede instituto. eveniet igitur, ut necessarium sit remedium praetoris et circa denegandas primo actiones et circa praestituendum tempus substituto, quia intra diem primo praestitutum neque adire hereditatem potest neque pro herede gerere... ergo expectamus in singulis, ut prius eis deferatur hereditas: tunc deinde, posteaquam delata est, expectamus diem praestitutum, intra quem diem nisi aut adeat aut pro herede gerat, denegamus ei actiones<sup>23</sup>.

Dunque, come il testo ci indica, per ovviare agli inconvenienti derivanti dallo stato di giacenza e per impedire che questo stato ledesse le aspettative dei sostituti e dei creditori ereditari, viene dal pretore stabilito un termine entro cui il chiamato ex testamento deve adire; trascorso inutilmente questo termine, la delazione passa senz'altro al sostituto.

Esaminiamo più addentro il fenomeno. Intanto la chiamata ereditaria consiste, per diritto civile, nella attribuzione del titolo di *heres*. Ciò appare evidente nella chiamata ab intestato dell'agnato prossimo; ma non è meno chiaro nella designazione testamentaria dell'erede. Il designato può, sì, rinunciare all'assunzione di questo titolo; ma fino a che non rinunci ha sempre il diritto di as-

in realtà, come affermo nel testo, già nell'epoca classica, si può stabilire con sicurezza che la *bonorum possessio* è comunemente *cum re*: e ciò è dovuto al collegamento operatosi tra chiamate civili e pretorie. La attribuzione della *b. p.* non avviene sic et simpliciter, ma *causa cognita* e quando si sia certi che il chiamato dal pretore non possa essere poscia allontanato dall'eredità. In questo senso va integrata l'osservazione del BONFANTE, *Ist.*<sup>8</sup>, § 191, p. 554. Anche il FADDA (*Concetti*, § 31) opina che, almeno nei primordi, l'*heres* trionfava sul *bonorum possessor*. Ma egli riconosce che «a misura che la coscienza pubblica spinge il pretore sulla via delle nuove idee, l'editto si afferma praticamente contro lo *ius civile*. È allora che le *iuris inquitates edicto praetoris emendatae sunt* (GAI III, 25)». Quanto al criterio da seguire per stabilire quando la *bon. possessio* è *cum re* e quando è *sine re*, il Fadda crede – dato il contrasto esistente in dottrina – che debba rinunziarsi ad una ricerca di tal genere. Ottime osservazioni in GIRARD, *op. cit.*, 936, n. 7.

Cfr. PEROZZI, *Ist.*<sup>2</sup>, II, 495; ARANGIO RUIZ, *Ist.*<sup>2</sup>, 473 segg. L'Arangio suppone che la *b. p.* si sia svolta dalle esigenze del processo e sia stata dapprima sempre *sine re*. Questo fu, però, «uno stadio di transizione, destinato a durar poco e a dar luogo a quella *bon. possessio* che domina nel diritto classico, e che si dice *cum re*».

Vedi sull'argomento. LONGO, *op. cit.*, 1232 segg. Il Longo sostiene che lo *spatium deliberandi* «non divenne un elemento organico dell'eredità civile» (p. 1226) e, quanto ai rapporti tra *hereditas* e *bon. possessio*, egli crede che i due istituti, se pure sempre più accostati, non formarono, però, mai un sistema organico di vocazioni ereditarie.

Noi, invece, riteniamo che i due istituti formarono un sistema sostanzialmente unitario di vocazioni ereditarie, e ciò proprio perché lo *spatium deliberandi*, sotto la spinta delle vocazioni pretorie, divenne elemento organico anche dell'*hereditas*.

<sup>23</sup> Per la critica del testo, ma senza conseguenze sostanziali, BESELER II, 123.

sumerlo<sup>24</sup>. Il pretore non può togliergli questo diritto: può solo renderlo inefficace paralizzandolo mediante *denegatio actionis*.

Così ha operato appunto il pretore, come esplicitamente ci mostra il testo di Ulpiano. Il pretore assegna un termine all'erede istituito: se questo termine trascorre inutilmente egli nega all'erede le azioni, e permette così il passaggio della delazione in capo al sostituto. Tuttavia si tenga presente che, astrattamente, l'istituito non ha perduta la sua qualità di designato.

Questo, in ordine alla delazione testamentaria. Lo *spatium deliberandi* giova, perciò, in essa tanto ai sostituti quanto, naturalmente, ai creditori ereditari<sup>25</sup>.

Passiamo ora alle delazioni intestate. Anche qui il chiamato può essere costretto a deliberare, se gli convenga o meno di adire l'eredità, entro il termine dal pretore stabilito.

GAIUS, II, 167.

At is qui sine cretione heres institutus sit, aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri: eique liberum est quocumque tempore voluerit, adire hereditatem; sed solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velit adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.

Sembrirebbe, adunque, che l'unico motivo che spinge il pretore a prefiggere un termine entro cui gli eredi legittimi debbano adire sia l'interesse dei creditori (cfr. *frag. Augustodun.* II, 52-57). Però, accanto all'interesse dei creditori bisogna porre, dopo l'introduzione della *bonorum possessio*, l'interesse dei *bonorum possessores* che siano *sequentes* rispetto al chiamato *ex lege*<sup>26</sup>.

Come si sa, la rinuncia dell'eredità da parte dell'*heres legitimus* non determinava – iure civili – una delazione successiva. Ma quando sorge la *bonorum*

<sup>24</sup> Ricorre anche qui una mirabile analogia con la tutela testamentaria e legittima.

Il tutore testamentario può *abdicare* determinando così l'apertura della tutela legittima: ma fino a quando egli non abdica rimane tutore: e anche se non amministra o non amministra bene, non può essere privato di tale sua qualità. La possibilità della *abdicatio* sta in ciò, che la qualità di tutore gli compete non per una organica necessità, derivante da una posizione familiare, ma per designazione del testatore. Per la ragione opposta non può mai rinunciare il tutore legittimo.

<sup>25</sup> Cfr. fr. 10; 5, 8 (int.); 1 pr. D. 28.8; GAI II, 167.

<sup>26</sup> Sulla introduzione dello *spatium deliberandi* cfr. FADDA, *Concetti*, §§ 407-422. Il Fadda opina (§ 422) che la *interrogatio in iure* e il correlativo *tempus ad deliberandum* siano stati limitati alla sola iniziativa dei creditori. Tuttavia se si tiene presente la necessità di coordinare le chiamate ereditarie apparirà chiaro come il termine di collegamento dovette, appunto, essere lo *spatium deliberandi* prefisso dal pretore al chiamato *ex iure civili*. Ciò valga anche per SOLAZZI, *Spatium Deliberandi* 1912, p. 3 sgg. e LENEL, *Ed.*<sup>3</sup> p.417.

Il Girard, *op. cit.*, p. 927 crede che lo *spatium deliberandi* sia sorto per favorire i creditori e, forse, anche *altri interessati*. Cfr. anche LONGO, *op. cit.*, 1225-1226.

possessio, la rinuncia all'eredità significa anche rinuncia alla bonorum possessio, alla quale l'erede civile rinunziante era al tempo stesso chiamato.

Tale rinuncia profitta, in conseguenza, a coloro che, nell'ordine pretorio delle chiamate, vengono immediatamente dopo il rinunziante. Per effetto della rinuncia dell'heres, costoro avranno una bonorum possessio cum re, tutelabile, quindi, mediante exceptio contro l'heres rinunziante che intendesse poscia intentare contro di loro la hereditatis petitio.

§ 125. Esaminiamo ora la questione concernente i rapporti fra hereditas e bonorum possessio.

La bonorum possessio e la hereditas costituiscono ancora, per tutta l'epoca classica, due sistemi ereditari chiusi e solo esternamente uniti, come assume il Leist<sup>27</sup>, o non costituiscono piuttosto, sostanzialmente, un unico sistema di successione in cui hereditas e bonorum possessio sono tra loro collegate? Come dice il Ferrini<sup>28</sup>, la bonorum possessio venne a costituire «un vero sistema di successione pretoria, che si contrappone a quello civile, col quale può coincidere (non essendo vietato a chi è civilmente erede di domandare la bonorum possessio – bon. poss. iuris civilis adiuvandi gratia) ovvero al quale può arrecare supplemento (iuris civilis supplendi gratia) o correzione (iuris civilis corrigendi gratia)».

Questi due sistemi, pretorio e civile, si fondono in un sistema unico, che è tale non solo esternamente, ma anche intrinsecamente. Così che in questo sistema il designato – abbia la qualità di heres o quella di solo bonorum possessor – conseguirà, comunque, *effettivamente*, i beni ereditari (bonorum possessio cum re). Questo nuovo sistema è rappresentato brevemente nel seguente frammento di Modestino.

MODESTINUS, *libro sexto pandectarum*: 1 pr. 1-2 D. 38.15: P. 129.

§ 1. Sive tabulae testamenti non extent, sive extent, si secundum eas vel contra eas bonorum possessionem nemo accepit, intestati detur bonorum possessio.

Intestati hi gradus vocantur: primum sui heredes, secundo legitimi, tertio proximi cognati, deinde vir et uxor.

§ 2. Intestati patris liberis bonorum possessio datur non tantum his, qui in potestate parentis usque in tempus mortis fuerunt, sed (et) emancipatis.

Il sistema della bonorum possessio era così ordinato nell'editto<sup>29</sup>

<sup>27</sup> *Op. cit.*, 37-38, II-III, § 1599, 78 segg.

Intorno ai rapporti fra diritto civile e diritto pretorio vedi BETTI, *La creazione del diritto nella «iurisdictio» del pretore romano* § 8 p. 41-44, in Studi in onore di Chiovenda.

<sup>28</sup> *Pandette* § 606.

<sup>29</sup> Per la ricostruzione dell'editto vedi ALIBRANDI, *Opere* I 75 segg., 135 segg., LENEL, *Edictum*<sup>3</sup>, p. 342 segg. 355 segg.

Bonorum possessio	a) contra tabulas	1) unde liberi 2) unde legitimi 3) unde cognati 4) unde vir et uxor
	b) secundum tabulas	
	c) intestati	

ULPIANUS, *libro quadragensimo primo ad edictum*: 2 pr. D. 37.11: P. 1146. Aequissimum ordinem praetor secutus est: voluit enim primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, mox, si inde non sit occupata, iudicium defuncti sequendum. expectandi igitur liberi erunt, quamdiu bonorum possessionem petere possunt: quod si tempus fuerit finitum aut ante decesserint vel repudiaverint vel ius petendae bonorum possessionis amiserint, tunc revertetur bonorum possessio ad scriptos.

ULPIANUS, *libro quadragensimo quarto ad edictum*: 1 pr. D. 38.6: P. 1193. Posteaquam praetor locutus est de bonorum possessione eius qui testatus est, transitum fecit ad intestatos, eum ordinem secutus, quem et lex duodecim tabularum secuta est: fuit enim ordinarium ante de iudiciis testantium, dein sic de successione ab intestato loqui.

§ 1. Sed successionem ab intestato in plures partes divisit: fecit enim gradus varios, primum liberorum, secundum legitimorum, tertium cognatorum, deinde viri et uxoris.

§ 2. Ita autem ab intestato potest competere bonorum possessio, si neque secundum tabulas neque contra tabulas bonorum possessio agnita sit.

Come appare dalle testimonianze che ci porgono i testi citati, il nuovo sistema successorio è, in fondo, il sistema stesso della bonorum possessio che ha in sé *assorbito* quello antico di ius civile. I suoi, infatti, sono chiamati nella categoria dei liberi e gli agnati nella categoria dei legittimi (nella quale è pure chiamato il patrono e il parens manumissor). Il problema sta ora nel vedere come si opera il collegamento tra hereditas e bonorum possessio, tra loro così eterogenee.

Si è sostenuto che tale collegamento non si sia in realtà operato in età classica e che i due sistemi (civile e pretorio) siano rimasti indipendenti l'uno dall'altro in guisa che le rispettive delazioni siano sempre procedute autonomamente. Si sarebbero così determinati continuamente dei conflitti tra heredes e bonorum possessores: gli uni tutelati dalla hereditatis petitio, gli altri dallo interdictum quorum bonorum. Naturalmente, secondo questa veduta, la prevalenza sarebbe pur sempre stata, in definitiva, dell'heres. Orbene, se questo stato di cose può magari ammettersi per i primordi della bonorum possessio (intorno ai quali, del resto, è più prudente esercitare l'ars nesciendi), è un controsenso volerlo ancora ammettere per l'epoca classica, anzi per la più tarda età di Modestino.

Intanto una cosa si sa di certo: ed è che la bonorum possessio degli emancipati, chiamati ab intestato nella classe unde liberi, è *cum re* e può quindi difen-

dersi tanto contro la hereditatis petitio dei sui heredes, se ve ne sono, quanto contro quella degli agnati. Ancora: gli emancipati, mediante la bonorum possessio contra tabulas, ottengono vittoria contro gli eredi (civili) testamentari.

Che la bonorum possessio degli emancipati – tanto ab intestato quanto contra tabulas – sia cum re è provato dall'obbligo loro imposto della collazione: e questo istituto è abbastanza antico, se di esso parla, e non certamente per la prima volta, Gaio Cassio (2.5 D. 37.6)<sup>30</sup>.

Ecco, adunque, una deroga fondamentale alle vocazioni di ius civile: malgrado la deficienza iure civili della qualità di eredi, i figli emancipati sono posti insieme ai sui, in una posizione di prevalenza sugli altri agnati.

PAULUS, *libro quadragesimo primo ad edictum*: 6.1 D. 37.1: P. 575.

Bonorum possessionis beneficium multiplex est: nam quaedam bonorum possessiones competunt contra voluntatem, quaedam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus ius legitimum vel non habentibus propter capitis deminutionem. quamvis enim iure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor.

La bonorum possessio viene, adunque, attribuita anche agli emancipati insieme ai sui: e per giungere a ciò il pretore rescinde la loro capitis deminutio fingendoli sui e ponendoli così in una categoria precedente rispetto a quella dei legittimi. Orbene, se per il caso dell'emancipato è indubitato che si facesse luogo ad una b. p. cum re, nulla ci costringe ad escludere che ciò avvenisse anche nelle altre vocazioni.

E allora, cosa avveniva quando, in conseguenza della delazione successiva, la bonorum possessio veniva attribuita al sequens, rimanendo così escluso il successibile anteriore che era pure chiamato iure civili? Poteva costui, escluso dalla bonorum possessio, adire la hereditas e rendere inefficace (sine re), mediante petitio hereditatis, la bonorum possessio ottenuta dal sequens?

Nelle nostre fonti una soluzione esplicita di questo problema non c'è. La dottrina ritiene che la soluzione sia nel senso che l'heres debba sempre prevalere sul bonorum possessor, e trova il fondamento di questa tesi in Gaio e in Ulpiano.

Noi, opiniamo, invece, che questi conflitti non sorgessero o che, pur sorgendo, essi non venivano a priori risolti a favore dell'heres. Il fondamento di questa nostra opinione sta nella struttura medesima del nuovo sistema successorio. Se, infatti, questi conflitti fossero stati possibili e fosse stato possibile rendere sine re la bonorum possessio attribuita ai sequentes, si sarebbe, per ciò stesso, tolto vigore allo «edictum successorium». Crediamo, dunque, che la questio-

<sup>30</sup> GIRARD, *Manuel* p. 895; LEIST, *op. cit.*, 37-38, II-III, § 1599, pp. 23-24; FABRICIUS, *op. cit.*, pp. 90-91; LONGO, *op. cit.*, 1232 segg.

ne vada risolta mediante una distinzione: distinguendo, cioè, tra eredi adeunti ed eredi non adeunti.

Tenendo fermo che l'ordinamento complessivo delle vocazioni civili e pretorie è ora riassunto in un unico sistema – quello pretorio – vediamo quale sia la posizione di coloro che siano chiamati dall'ius civile e dal pretore insieme, e quella di coloro che siano soltanto chiamati dal pretore.

È principio generale che tutti debbono, entro il termine utile (cento giorni o un anno), chiedere la bonorum possessio. Quale il valore giuridico di questa adgnitio bonorum possessionis?

Da quello che dicemmo sopra, risulta che l'attribuzione della bon. possessio è, come dice Labeone, «iuris magis quam corporis possessio». Il pretore chiama alla *successione* il bonorum possessor. Pertanto, il momento primo e fondamentale di tale chiamata è dato dall'attribuzione di un titolo dal quale dipende l'acquisto dei beni. La bonorum possessio non ha, come il nome farebbe supporre, un contenuto materiale: ma, come la hereditas, si sostanzia essa pure nella attribuzione di un titolo – pretorio – in base al quale il chiamato può esperire gli interdetti e le azioni ereditarie fittizie. Ora l'attribuzione di questo titolo – che in tutto si modella sul titolo di erede – viene fatta dal pretore ai vocati, secondo l'ordine pretorio della loro chiamata. Qualora, però, i primi rifiutino, l'attribuzione viene fatta ai sequentes. Ciò che s'intende realizzare, comunque, è il rapporto giuridico di successione. E poiché, a causa della mutata natura giuridica della vocazione, non vi è più necessario coordinamento tra posti familiari e successione, è evidente che tale successione può indifferentemente attuarsi così per opera dei primi come per opera degli ulteriori chiamati<sup>31</sup>.

§ 126. Se ora ci volgiamo a considerare la posizione giuridica delle persone chiamate dallo ius civile e dal pretore insieme, noi vedremo che esse possono attuare in due modi il rapporto di successione. Esse hanno due vie: *a*) quella di ius civile, dell'adizione, *b*) quella di diritto pretorio, dell'adgnitio bon. possessionis. Tra questi due modi di attuazione della successione può sorgere conflitto? Ecco il problema.

Orbene: se ci riferiamo al tempo in cui lo ius adeundi era perpetuo e il chiamato poteva, perciò, adire l'eredità quando gli fosse piaciuto, è naturale che tra quei due modi di attuazione vi fosse conflitto. Sennonché, in questo periodo il problema non sorge perché non è sorta ancora, almeno nella sua funzione ereditaria, la bonorum possessio.

Se ci riferiamo, invece, al periodo in cui unitamente alla bon. possessio sorge l'istituto pretorio dello spatium deliberandi, allora il conflitto svanisce. Perché, o l'erede adiva entro il termine utile, e allora il rapporto di successione si attua-

<sup>31</sup> LENEL, *Ed.*<sup>3</sup> p. 417.

va iure civili, e si comprende come non fosse più possibile una attuazione ulteriore, sia pure di diritto pretorio. La bonorum possessio mirava, ripetiamolo, ad attuare il rapporto giuridico di successione. Ora, allorché questo era attuato iure civili, non era pensabile un'attuazione ulteriore iure praetorio. In questo caso il pretore non accordava ai sequentes la bonorum possessio, ancorché i primi, contenti della aditio, non l'avessero chiesta. Se, per errore, egli l'avesse accordata, essa poteva e, anzi, doveva essere ridotta sine re: i bonorum possessores non erano in tal caso i successori, neanche iure praetorio.

Quando, invece, l'erede non adiva entro il termine utile che il pretore gli assegnava, egli decadeva per diritto pretorio dalla chiamata all'eredità: e poiché, dunque, il rapporto di successione non era attuato, ricorrevano i presupposti per la delazione successiva. La bonorum possessio veniva quindi efficacemente attribuita al sequens.

La soluzione del problema sta dunque nel considerare l'istituto dell'ius deliberandi come un momento essenziale del nuovo sistema successorio<sup>32</sup>. Coloro che erano chiamati ex lege ed ex edicto insieme potevano attuare la successione per due vie: ma il loro ius adeundi non era perpetuo, sibbene sottoposto alle esigenze della delazione successiva.

Il pretore, in conseguenza, prefiggeva loro il tempo utile per deliberare: e, anzi, tutto lascia credere che questo tempo si identificasse col tempo utile per la petitio bonorum possessionis e che, perciò, lo spatium deliberandi fosse, ormai, per diritto pretorio, inerente alla chiamata<sup>33</sup>. Il chiamato dalla legge e dal

<sup>32</sup> Conosciamo, peraltro, che vero ostacolo a questa tesi potrebbe costituire la seguente costituzione di Severo e Antonino.

*Impp. SEVERUS et ANTONINUS AA. Crispinae: c. 2 C. 6.9.*

Si bonorum possessio dumtaxat tibi competit proximitatis nomine, habuisti spatium centum dierum utilium, ex quo eum defunctum scisti, ad bonorum possessionem amplectendam. (a. 205).

*IDD. eidem: c. 1 C. 6.55.*

Si fratri tuo legitima heres esse potes, centum dierum praefinitione non excluderis ad adquirendam hereditatem. (a. 205).

Come si vede qui è tassativamente detto: i cento giorni utili precludono il diritto di chiedere la bonorum possessio, non anche quello di adire l'eredità. Sembrerebbe qui affermata la tesi opposta a quella da me sostenuta.

Io non credo, peraltro, che questa costituzione sia assolutamente probante: perché noi non sappiamo quale fosse il caso concreto cui il rescritto di Severo aveva riguardo. E, comunque, non possiamo ammettere che la sorella potesse adire l'eredità quando le fosse piaciuto. Dopo l'introduzione della bonorum possessio e dopo la conseguente introduzione dello spatium deliberandi, il diritto di adire fu circoscritto entro il periodo dal pretore prestabilito. Si potrebbe pensare che nel caso non ci fossero dei successibili pretorî sequentes. Con la mancanza di costoro si spiegherebbe la possibilità, per la sorella, di adire l'eredità del fratello dopo i cento giorni utili per la richiesta della b. p.

<sup>33</sup> Quanto ai suoi, lo spatium deliberandi era prefisso, anziché alla accettazione, alla dichiarazione di abstentio. Una manifestazione positiva di accettazione della eredità non era necessaria: solo se vi fosse stata abstentio, la bonorum possessio veniva ulteriormente deferita.

pretore doveva, cioè, entro il termine utile o adire la eredità o chiedere la bonorum possessio.

È da notare come questa duplice via pone colui che è chiamato dalla legge e dall'editto in una condizione privilegiata: infatti per lui non vale il principio che la bonorum possessio, appena rinunciata, ancorché non sia sopravvenuto il termine di decadenza, vada deferita al sequens.

«Qui semel noluit bonorum possessionem petere, perdidit ius eius, etsi tempora largiantur: ubi enim noluit, iam coepit ad alios pertinere bonorum possessio aut fiscum invitare» (1.6 D. 38.9).

Poiché, infatti, il chiamato ha qui ancora l'ius adeundi, l'esercizio del quale non viene precluso che allo spirare del termine stabilito, la delazione successiva della bonorum possessio non può avvenire che con la preclusione dell'esercizio di tal diritto.

ULPIANUS, *libro tertio decimo ad Sabinum*: 2.21 D. 38.17: P. 2522.

Sed si mater repudiaverit bonorum possessionem, de adeunda autem hereditate deliberet, dicendum erit adgnatum non succedere, quoniam nondum verum est non adisse matrem.

Da questo caso chiaramente si desume come la madre abbia quei due mezzi per venire alla successione: l'adizione e la petitio bon. poss. Essa deve, peraltro, mediante l'una o l'altra, venire alla successione entro il tempo utile. E se rinuncia alla bonorum possessio prima dello spirare di questo termine, questa rinuncia non impedisce però, fino a quando il termine non sia spirato, l'esercizio dell'ius adeundi. Insegna in proposito Paolo (91 D. 50.17) «quotiens duplici iure defertur alicui successio, repudiato novo iure quod ante defertur supererit vetus».

Caso analogo, ma inverso, ci presenta il fr. 6.1 D. 38.17. Questo testo sembra a noi interpolato. Ma l'interpolazione, come vedremo (p. 250 [p. 734]), sviluppa qui, anziché introdurre, un principio che è già in potenza nella concezione generale del nuovo sistema successorio.

Nei casi in cui, dunque, ricorrendone i presupposti, aveva luogo l'applicazione dell'editto successorio, la chiamata dei sequentes era perfettamente effi-

Naturalmente il tempo per deliberare computandosi utilmente, essi, quando ignorino che la eredità sia stata delata, non perdono, per il fatto di essere rimasti inattivi, il diritto di dichiarare l'abstentio. Interpolata in base alla tendenza messa in luce al § 18 è la seguente cost.

*Impp.* DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS A.A. et C.C. *Claudio*: c. 8 C. 6.30.

Licet in continenti sui heredes se paternis non [miscuerint] (abstinuerint) bonis, tamen ignorantes delatam sibi esse hereditatem longi temporis praescriptione, [quominus hanc recte vindicent], excludi non possunt. (a. 293).

Alla duplicità di mezzi per attuare la successione di cui dispongono gli credi civili allude la c. 13 C. 6.30.

Suum heredem ommissa bonorum possessione paternam successionem obtinere potuisse certi iuris est. (Id. a. 294).

cace in confronto dei successibili anteriori, esclusi dalla successione per rinunzia o decadenza.

Queste conclusioni provano che il nuovo sistema successorio aveva una sua interiore unità: presentava, cioè, una disciplina unitaria e coerente delle chiamate ereditarie (sia di ius civile che di diritto pretorio); dal che seguiva che la bonorum possessio deferita in base ad esse aveva sempre carattere di bonorum possessio cum re.

La tesi contraria<sup>34</sup> crede, ma erroneamente, di potersi fondare sul seguente testo di Gaio.

GAIUS, III, 35-37.

Ceterum saepe quibusdam ita datur bonorum possessio, ut is cui data sit non optineat hereditatem; quae bonorum possessio dicitur sine re. nam si verbi gratia iure facto testamento heres institutus *creverit hereditatem*, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo quod iure civili heres sit, nihilo minus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit. idem iuris est, si intestato aliquo mortuo suus heres noluerit petere bonorum possessionem, *contentus legitimo iure...* et agnato competit quidem bonorum possessio, sed sine re, quia evinci hereditas a suo herede potest. et [illud] convenienter, si ad agnatum iure civili pertinet hereditas et is *adierit hereditatem*, sed bonorum possessionem petere noluerit, et [si quis ex proximis] cognatus petierit, sine re habebit bonorum possessionem propter eandem rationem. (Cfr. Gai II, 151<sup>a</sup>. Ulp., 28.13; 23.8).

Ora le ipotesi prospettate da Gaio si riferiscono a casi in cui l'eredità era stata già adita o, comunque, acquistata iure civili. Ma se era stata adita, si era verificata quella successio alla cui attuazione tanto l'hereditas quanto la bon. possessio miravano e mancava, per ciò stesso, la possibilità di una delazione successiva.

Il nuovo sistema accolse in sé, lungi dall'escluderle, le chiamate di ius civile: esso coordinò hereditas e bonorum possessio, creando due maniere di attuazione della successione. Fino a quando questa successione, nell'uno o nell'altro modo, non si fosse attuata, le vocazioni di diritto civile e quelle di diritto pretorio operavano autonomamente; ma ciò, sempre nei limiti di tempo prefissi dal pretore. Quando, però, la successione si fosse verificata ad un titolo, non era possibile una ulteriore attuazione a titolo diverso. È quello che accade nelle ipotesi gaiane: poiché la successione si era ivi attuata per adizione, la bonorum possessio che, ciò nonostante, fosse stata concessa non poteva attuare una successio, ed era quindi inefficace (sine re). Ma le ipotesi gaiane, anziché esclude-

<sup>34</sup> LEIST, *loc. cit.*

re, confermano l'unità intrinseca del nuovo sistema successorio e il valore definitivo (*cum re*) della *bonorum possessio* che fosse stata deferita in base all'*edictum successorium*<sup>35</sup>.

Possiamo ora raccogliere le fila e brevemente riassumere.

*Bonorum possessio* ed *hereditas* sono organizzate già nell'epoca classica in un sistema successorio unico che ha una base agnaticia e cognaticia insieme. Il termine di collegamento che realizza tale unità è costituito dallo *spatium deliberandi*.

Le vocazioni ereditarie possono attuarsi in duplice maniera da coloro che sono contemporaneamente chiamati dal pretore e dallo *ius civile*, in guisa, però, che tra i due mezzi giuridici non sorga conflitto alcuno.

La caratteristica fondamentale, poi, di questo sistema sta nella natura giuridica nuova assunta dalle vocazioni. Le quali sono concepite come creative di diritti soggettivi patrimoniali in capo ai singoli chiamati e non come conseguenza necessaria ricollegata al loro *status familiae*.

Su questa concezione ha fondamento il principio della delazione successiva dell'eredità. I chiamati stanno in un ordine che diremo di sequenza: ond'è che, venuti meno i chiamati anteriori, sottentrano gli ulteriori.

Quanto poi allo scopo della chiamata ereditaria, esso sta nell'attuazione della successione al defunto. Successori sono, dunque, parimenti gli eredi e i *bonorum possessores*. La struttura della successio, e la sua disciplina giuridica, come erano state elaborate dall'*ius civile*, furono ricevute nel nuovo sistema. S'intende che è scomparsa, come del resto era già avvenuto nello stesso diritto civile, ogni reliquia dell'antichissima funzione potestativa dell'istituto. La funzione del quale ha, ormai, natura schiettamente patrimoniale.

### CAPITOLO III L'EDICTUM SUCCESSORIUM

§ 127. Contenuto dell'*«edictum successorium»*.

§ 128. Congegno della *successio ordinum et graduum*.

<sup>35</sup> Nelle ipotesi gaiane i *bonorum possessores* sanno che l'eredità non è di loro pertinenza e che, quindi, contro di loro ha applicazione il senatoconsulto Giuvenziano.

«...eos qui bona invasissent, quae scirent ad se non pertinere...» (20.6 D. 5.3; 25.2 D. 5.3). Che se anche il *bonorum possessor* avesse errato in iure perché stimò *«recte factum testamentum, cum inutile erat, vel cum eum alius praecederet adgnatus, sibi potius deferri»*, in questi casi l'eredità poteva essergli tolta, essendo egli sprovvisto di un titolo che lo legittimasse alla *possessio* dei beni ereditari.

In queste ipotesi non ha, dunque, avuto luogo delazione successiva.

§ 129. Esclusione, nel diritto classico, della *successio graduum* tra i legittimi. Ammissione giustinianea e interpolaz. del fr. 1.11 D. 38.9.

§ 130. Ragioni formali e sostanziali della esclusione classica: *a)* rinvio all'ius civile; *b)* scopo di assicurare la immediata devoluzione ai cognati. – Configurazione dogmatica dell'*edictum successorium* nella *bonorum possessio*.

§ 127. Il contenuto dell'«*edictum successorium*» è questo: che i chiamati, all'eredità o alla *bonorum possessio*, del nuovo sistema successorio stanno tra loro in ordine di sequenza, così che «*primis non petentibus aut etiam nolentibus ad se pertinere, sequentibus datur atque si priores ex eo numero non essent*» (2 pr. D. 38.2)<sup>36</sup>.

Entro il termine stabilito dall'editto (un anno utile per i «*liberi parentesque*» e cento giorni utili per gli altri), i chiamati debbono chiedere la *bonorum possessio* (o adire l'eredità). Se questo termine trascorre inutilmente, il loro diritto di accettare la *bonorum possessio*, e, quindi, di venire alla successione, si preclude e la *bonorum possessio* viene definitivamente deferita ai *sequentes*.

ULPIANUS, *libro quadragensimo nono ad edictum*: 1.10 D. 38.9: P. 1215.

Quibus ex edicto *bonorum possessio* dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit aut in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris *bonorum possessio* perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit.

Si è esclusi dalla successione e, quindi, ha luogo la delazione successiva, quando il chiamato muoia o rinunci anche prima della scadenza del termine utile per chiedere la *bon. possessio*.

ULPIANUS, *eod.*: 1.6 D. 38.9: P. 1213.

Qui semel noluit *bonorum possessionem* petere, perdidit ius eius, etsi tempora largiantur: ubi enim noluit, iam coepit ad alios pertinere *bonorum possessio* aut *fiscus* invitari. (cfr. § 10 Inst. III. 9).

<sup>36</sup> Sull'*edictum successorium* vedi LEIST, *op. cit.*, I, § 1598<sup>a</sup>, 77 segg., 246 segg.

Avverto, peraltro, che il Leist si intrattiene intorno a questioni di carattere storico: a me preme, invece, vedere quale sia il valore dogmatico dell'*ed. successorium*. Il che significa: *a)* conoscere le ragioni onde non vige nelle chiamate pretorie il principio «*in legitimis non est successio*» che vige, invece, nelle chiamate di *ius civile*, *b)* vedere, in conseguenza, quale sia la nuova configurazione, delle chiamate ereditarie. Così la considerazione, peraltro esatta, del LEIST che nel sistema della *bon. possessio* sia insita la tendenza ad ammettere una successiva delazione, va spiegata, appunto, ponendo mente alla natura giuridica nuova delle chiamate pretorie.

Vedi anche LONGO, *op. cit.*, 1225 segg. Il Longo afferma giustamente che «la caratteristica che più decisamente contrassegna la delazione della *bon. possessio* in confronto all'eredità civile è che alla prima sono inerenti in quest'epoca, cioè forman parte della sua *struttura*, i due principî connessi della durata limitata della delazione e della devoluzione o successione nella delazione». Quanto all'epoca di introduzione dell'«*edictum successorium*», il Longo assume giustamente che tale editto non poté essere introdotto prima che la *bon. possessio* lasciasse la sua funzione procedurale per divenire un sistema di successione pretoria universale, analogo all'eredità. Pel posto di tale rubrica nell'editto, cfr. LENEL *Ed.*<sup>3</sup> 361.

Id.: 1.8 D. *eod.*: P. 1214.

Si intra centesimum diem mortuus sit prior, statim sequens admitti potest.

Come si è già notato (p. 246 [p. 730]), ove coloro che sono al tempo stesso chiamati dalla legge e dal pretore abbiano rinunciato alla bon. possessio prima dello scadere del termine utile, l'effetto estintivo della rinuncia non si produce *statim*. Essi possono ancora adire l'eredità.

ULPIANUS, *libro tertio decimo ad Sabinum*: 2.21 D. 38.17: P. 2522.

Sed si mater repudiaverit bonorum possessionem, de aedeunda autem hereditate deliberet, dicendum erit adgnatum non succedere, quoniam nondum verum est non adisse matrem.

La madre, come si sa, era chiamata dalla legge (sen.<sup>10</sup> Tertulliano) e insieme dal pretore alla eredità dei propri figli: il ripudio della bonorum possessio prima dello scadere del termine utile per l'adizione non provoca delazione successiva; perché è ancora possibile che la madre adisca la eredità.

PAULUS, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*: 6.1 D. 38.17: P. 1900.

Filius, qui se nolle adire hereditatem matris dixit, an potest mutata voluntate adire, antequam consanguineus vel adgnatus adierit, videndum propter haec verba 'si nemo filiorum volet hereditatem suscipere', [quia estensiva sunt]. et cum verba estensiva sint, [paenitentia eius usque ad annum admittenda est, cum et ipsa filii bonorum possessio annalis est (?)]

Qui il caso è inverso. Il figlio aveva, rispetto all'eredità materna, una chiamata ex lege ed una ex edicto: egli rinunciò alla prima. Di solito la rinuncia ad adire l'eredità vale anche come rinuncia alla bonorum possessio. Tuttavia, quando il sequens (il fratello consanguineo della madre o l'agnato prossimo) non ha ancora né adita l'eredità né chiesta la bonorum possessio, è possibile al figlio, «qui se nolle adire hereditatem matris dixit», chiedere entro l'anno utile la bonorum possessio.

Per simmetria col caso dianzi prospettato, sembrerebbe naturale che, come la rinuncia alla bonorum possessio non importa rinuncia alla eredità, così, reciprocamente, la rinuncia alla eredità non importi rinuncia alla bonorum possessio. Ma la soluzione classica è nel senso che la rinuncia alla eredità implichi rinuncia alla bonorum possessio. La ragione di tale soluzione va, forse, ricercata nel carattere assorbente della manifestazione di volontà con cui si rinuncia alla eredità civile. Carattere così prevalente, da rendere tale manifestazione operativa anche sul terreno del diritto pretorio.

In diritto giustiniano, invece, si afferma la tendenza a disconoscere in genere l'efficacia estintiva della rinuncia. Secondo questa tendenza è probabilmente interpolato il passo in esame<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. la c. 6 C. 6.31 di Giustiniano. In essa l'imperatore stabilisce che i figli anche dopo avere rinunciato possono ancora adire l'eredità paterna sino a quando l'eredità non sia stata venduta. Secondo questo criterio è stato interpolato il fr. 8 D. 28.8.

Dato l'ordinamento delle chiamate pretorie (unde liberi, unde legitimi, unde cognati) e il rapporto di sequenza in cui si trovano le classi dei chiamati, può verificarsi che il chiamato in una classe (es. il figlio in potestà), escluso dalla classe unde liberi, sia poscia chiamato come *proximus* nella classe unde legitimi, e poscia ancora nella classe unde cognati.

ULPIANUS, *libro quadragensimo nono ad edictum*: 1.11 D. 38.9: P. 1215. Sed videndum est, an inter ceteros ipse quoque qui exclusus est admittatur. ut puta filius est in potestate: delata est ei bonorum possessio ex prima parte, unde liberis defertur: exclusus est tempore aut repudiatione: ceteris defertur: sed ipse sibi succedat ex hac successoria parte? et magis est, ut succedat, ut unde legitimi possit petere et post [hos suo ordine] (*e se ancora rinunzi*) ex illa parte, unde proximi cognati vocantur. et hoc iure utimur, ut admittatur: poterit igitur ex sequenti parte succedere ipse sibi. item hoc dici poterit et in secundum tabulas bonorum possessione, ut, si secundum tabulas non petierit bonorum possessionem is qui potuit et ab intestato succedere, ipse sibi succedat.

Il figlio in potestà è liber, adgnatus e cognatus: sia tra gli agnati che tra i cognati egli tiene il posto di *proximus*. Perciò, escluso dalla bon. possessio unde liberi sarà ancora chiamato in quella unde legitimi ed ulteriormente in quella unde cognati.

Così, se un successibile ab intestato istituito in un testamento non chiede la bon. possessio secundum tabulas, lasciando in tal modo andare deserto il testamento, egli stesso sarà chiamato alla bonorum possessio intestati<sup>38</sup>.

§ 128. Passiamo ora ad esaminare, nei suoi particolari, il funzionamento della *successio ordinum et graduum*. Per comprendere, invero, la portata della riforma pretoria bisogna bene intendere in che consistesse questa successione di classi e di gradi.

ULPIANUS, libro sexagesimo primo ad edictum: 8 D. 28.8: P. 1407.

[Si quis] suus heres, posteaquam se abstinerit, [tunc petat] tempus ad deliberandum [videamus an] impetrare (non) debe[a]t. [magisque est, ut ex causa debeat impetrare, cum nondum bona venierint] cfr. 4 D. 28.8.

L'ius poenitendi è largamente consentito dai compilatori per superare alcune soluzioni che altrimenti non sarebbero eque. Così è ammesso il diritto di recedere da un'adizione già compiuta e dall'accettazione di un legato, che importi esclusione dalla bon. possessio c. t. (19 D. 5.2; 8 pr. D. 38.2). Sul fr. 6.1 D. 38.17 v. BESELER III, 63; il B. argomenta l'interpolazione [*cum et ipsa* rell.] dall'uso del *cum* con l'indicativo.

<sup>38</sup> Le parole [hos suo ordine] sono insitizie: esse lascerebbero pensare che il suus può venire alla bon. possessio unde cognati solo dopo che *tutti* i chiamati ex lege abbiano rinunziato. Come dicono i Basilici (45, 2, 25 sch. VI 82 seg.) < εἰ καὶ αὐτῇ παρά μηδενὸς αἰτηθῆ, δύναται πάλιν ἀπὸ τῆς οὐδὲ κοινάτι καλεῖσθαι ὁ υἱὸς οὗτος >. Sarebbe perciò ammessa, nella categoria dei legittimi, la delazione successiva. Ora la introduzione di tale principio nella classe dei legittimi è opera di Giustiniano, come si dimostra nel testo (§ 129). Per la sostanziale classicità del testo cfr. 2 pr. D. 38.7. Ciò contro BESELER IV, 158.

A giudicare dalle apparenze, sembrerebbe che il nuovo sistema successorio desse la preferenza ai chiamati ex iure civili. Si suol dire che i cognati vengono chiamati solo in mancanza di eredi civili, quasi che la loro chiamata rappresentasse una appendice integrativa delle chiamate di ius civile. Ma ciò non è esatto<sup>39</sup>.

Se fosse così, che cosa resterebbe della riforma nel sistema delle chiamate ereditarie e della preferenza pei vincoli di sangue che costituiscono audaci innovazioni del pretore?

Orbene: la portata di questa riforma si può vedere solo fermando l'attenzione sull'ordinamento delle chiamate nel nuovo sistema. L'ordine lo conosciamo: vi sono quattro classi di successibili: liberi, legittimi, cognati, vir et uxor.

Nella classe dei liberi si ricomprendono i figli in potestà, quelli emancipati e, in genere, tutti coloro pei quali era possibile fingere un rapporto di suità col defunto paterfamilias. Naturalmente tra i sui vanno compresi anche i nipoti i quali o subentrino nel posto del loro padre premorto, o concorrano con lui alla successione dell'avo.

Se costoro chiedono la bonorum possessio o gestiscono il patrimonio ereditario o adiscono l'eredità (emancipati) non è più possibile delazione successiva.

Se, fra costoro, alcuni accettano altri no, si determina accrescimento favore degli accettanti (§ 9 Inst. III. 9).

Se ci sono solo emancipati, e costoro non chiedono la bon. possessio, la delazione passa al proximus adgnatus. Se il proximus adgnatus non dovesse accettare neanche lui, si avrebbe una ulteriore delazione ai cognati. In questa classe sarà, però, possibile la successio graduum. E in essa verrà di nuovo chiamato l'emancipato, che aveva ripudiato la bon. possessio a lui deferita nella classe dei liberi.

Perciò, nel caso in cui non ci siano sui, non vi è che *una sola persona* che abbia diritto, in quanto chiamato ex lege, ad essere preferita ai cognati: ed è il proximus adgnatus. Quando, invece, vi sia un suus, costui solamente è, iure civili, preferito ai cognati.

Il suus è l'unico erede per diritto civile: ancorché egli si astenga dalla hereditas e dalla b. p., tuttavia questa astensione non profitta all'agnato prossimo: il quale non può, in quanto agnato, chiedere in tale caso la bonorum possessio unde legitimi: egli, infatti, non è chiamato ex lege, essendosi la chiamata ereditaria attuata ipso iure in capo al suus.

E quindi: al suus sarà devoluta la b. possessio anzitutto come liber, poscia come adgnatus proximus (filius patri adgnatus proximus est: fr. 12 D. 38.16; cfr. 2 pr. D. 38.7) e successivamente come cognato. Se il suus rifiuta la bonorum possessio a lui deferita come proximus cognatus, allora essa viene deferita al cognatus sequens (successio graduum).

<sup>39</sup> In tal senso LONGO, *Bon. possessio*, nella *Enc. giur.*, 1208, n. 1.

In conclusione, basta che vi sia un *suus* e che questi si astenga, perché la *b. p.* venga deferita entro la classe dei cognati. E allora non è chi non veda come la classe dei cognati sia non già l'appendice integrativa del sistema di *ius civile*, ma la parte centrale e prevalente di un nuovo sistema successorio.

Ora si domanda: perché il pretore non ammise la delazione successiva anche nella classe dei legittimi? E ciò costituì veramente una lacuna ed un difetto del nuovo sistema pretorio?

§ 129. Anzitutto bisogna decisamente affermare, contro le incertezze della dottrina, che la delazione successiva non era ammessa nella classe dei legittimi (astrazione fatta, naturalmente, dalle riforme introdotte dai *sen.*<sup>40</sup> Tertulliano ed Orfiz.). Che non fosse ammessa in quella dei liberi, è logico: i liberi costituiscono un grado solo, grazie al principio per cui i nipoti subentrano nel posto dei loro ascendenti. Che essa non fosse ammessa neppure nella categoria dei legittimi, è attestato in modo indubbio dalle fonti e, come vedremo, dalle esigenze stesse del nuovo sistema<sup>40</sup>.

GAIUS, III, 27.28.

*Agnatos autem capite deminutos non secundo gradu post suos heredes vocat, id est non eo gradu vocat quo per legem vocarentur, si capite deminuti non essent, sed tertio proximitatis nomine; licet enim capitis deminutione ius legitimum perdiderint, certe cognationis iura retinent... Idem iuris est, ut quidam putant, in eius agnati persona, qui proximo agnato omittente hereditatem nihilo magis iure legitimo admittitur. Sed sunt qui putant hunc eodem gradu a praetore vocari quo etiam per legem agnatis hereditas datur.*

Gaio attesta che nella categoria degli agnati non vi era delazione successiva della *bonorum possessio*: se il *proximus agnatus* non chiedeva la *bon. possessio*, la successione veniva devoluta al prossimo cognato: solo in questa classe sarebbe stata possibile una ulteriore delazione tra i gradi<sup>41</sup>.

Attestazione esplicita ci dà Giustiniano: § 7 *Inst.* III, 2.

*Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse, id est ut, quamvis proximus, qui secundum ea quae diximus vocatur ad hereditatem aut antequam adeat decesserit, nihilo magis le-*

<sup>40</sup> GIRARD, *Manuel* p. 934. Egli esclude, peraltro, che la *successio graduum* sia stata ammessa nella categoria dei legittimi. BONFANTE, *Ist.*<sup>8</sup>, p. 600; PEROZZI, *Ist.*<sup>2</sup>, II, 588. Opina che ci sia una *successio ordinum* fra il *suus* ed il *proximus agnatus* il LEIST, *op. cit.*, II, § 1599, 11 segg., § 1598, p. 246 segg. Egli si fonda su GAIUS, III, 37.

<sup>41</sup> Quanto alla controversia cui Gaio accenna, noi non abbiamo altra testimonianza di essa nelle fonti: e se non ci trattenesse la estrema cautela che poniamo nell'ammettere glosse nel testo gaiano, noi ardiremmo dire, per le ragioni che più sotto esporremo, che quell'accento non è di Gaio, perché tale controversia non poteva esserci tra giuristi anteriori o contemporanei a lui.

gitimo iure sequentes admittuntur. [quod iterum praetores imperfecto iure corrigentes non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote adgnationis iure eis recluso. sed nos nihil deesse perfectissimo iuri cupientes nostra constitutione sanximus... successionem in adgnatorum hereditatibus non esse eis denegandam, cum satis absurdum erat, quod cognatis a praetore apertum est, hoc adgnatis esse reclusum...]

Giustiniano dice esplicitamente che la delazione successiva non era stata ammessa dal pretore nella categoria degli agnati; è lo stesso Giustiniano che l'introduce, tacciando di incoerenza i pretori romani. E infine possiamo, per la nostra tesi, argomentare a contrario dal seguente testo di Ulpiano.

ULPIANUS, *libro tertio decimo ad Sabinum*: 2.4.5 D. 38.16: P. 2524.

Legitima hereditas tantum proximo defertur... interdum ulteriorem adgnatum admittimus: ut puta fecit quis testamentum, cum haberet patrum et patrum filium, deliberante herede scripto patruus decessit, mox heres institutus repudiavit hereditatem: patrum filius admittetur: *ergo et bonorum possessionem petere potest.*

Dunque il figlio dello zio, quantunque al momento della morte del testatore fosse un adgnatus ulterior che, come tale, non avrebbe potuto essere ammesso *né all'eredità né alla bonorum possessio*, tuttavia, poiché al momento in cui la successione viene deferita ab intestato è agnato prossimo, egli, in quanto tale, sarà chiamato tanto all'eredità quanto alla bonorum possessio. A contrario si argomenta che se costui non fosse stato agnato prossimo, non gli sarebbe stata deferita la bon. possessio<sup>42</sup>.

§ 130. È dimostrato, dunque, che nella classe degli agnati il pretore non ammise la delazione successiva. Perché? Fu questa, come assume Giustiniano, una deficienza della riforma pretoria?

Il pretore non ammise di proposito la delazione successiva tra gli agnati, per portare la successione *quanto più rapidamente era possibile sul terreno della categoria dei cognati*.

La riforma ereditaria assumeva in questa parte la sua vera importanza. Era questo il punto preferito del sistema. Il pretore avrebbe, sì, potuto prescindere dallo ius civile e formare un sistema successorio assolutamente nuovo. Per esempio, dichiarando che la successione avesse luogo solo tra i cognati, e, quindi, non tenendo conto né dei sui, come tali, né degli agnati, ma ricomprendendo costoro, in quanto fossero parenti di sangue, nella categoria dei cognati. Ma que-

<sup>42</sup> Forse la forza probante del testo esaminato non apparirà decisiva: ma invito il lettore a soffermare alquanto la sua attenzione sul significato di quell'«ergo», con cui il giurista collega nel suo pensiero la b. p. alla hereditas. Che, poi, tutta la chiusa «*ergo... potest*» possa essere interpolata non sarebbe cosa inverosimile: ma si tratterebbe per sempre di interp. formale.

sta via non è mai battuta dal pretore: nelle sue innovazioni egli procede sempre in guisa da mantenere integro, per quanto è possibile, il sistema dello *ius civile*. Anzi, egli ricopre spesso con le forme dello *ius civile* le sue innovazioni più radicali. Così, per chiamare gli emancipati alla *bonorum possessio* il pretore ricorre alla finzione di *suità*, rescindendo la loro *capitis deminutio* e realizzando in tal modo, con forme di *ius civile*, la tutela di un rapporto giuridico di natura schiettamente pretoria. Stante questo criterio fondamentale che lo guidava nelle sue riforme, era a priori presumibile che il pretore, nella sua riforma successoria, non si sarebbe formalmente allontanato dallo *ius civile*. Ma egli si sarebbe evidentemente preoccupato di convertire, dove era possibile, gli stessi istituti civili in strumenti di attuazione della riforma. Questa conversione è chiaramente attuata nella classe dei liberi. Dove tale conversione non era possibile, il pretore si sarebbe invece preoccupato affinché l'istituto civile, incapace di assumere la funzione nuova, ostacolasse il meno possibile, con la sua presenza, la funzione degli altri istituti. Esempio di ciò ci porge la classe dei legittimi, la disciplina della quale si uniforma – mercé un *rinvio recettizio* – alle norme civili.

Il pretore nel chiamare alla *bonorum possessio* i legittimi non fa che *rinvviare* alle vocazioni intestate dell'*ius civile*; e, per ciò stesso, si richiama ai principî di *ius civile* che disciplinano tali vocazioni e, fra gli altri, al principio della inammissibilità di delazioni successive. Quindi è logico che, quando l'agnato prossimo chiamato alla *bon. possessio* rinunzi, non si faccia luogo a una delazione successiva a favore dell'agnato di grado ulteriore. Né si dica, che se ciò era giusto per la *hereditas*, non lo era altrettanto per la *bonorum possessio*. Non bisogna dimenticare che qui il pretore non innova nulla: fiancheggia il diritto civile e non ha motivo di discostarsene. Dove, invece, se ne discosta radicalmente è nella classe dei cognati, da lui creata *ex novo*. È qui che la *bonorum possessio* palesa chiaramente le sue fondamentali diversità dallo *ius civile* e ci appare quale sistema nuovo di successione. E poiché in questa classe cessa l'influenza del diritto civile, il pretore può, senza intaccarlo, operare le riforme più ampie.

Nella parte, invece, in cui opera «*iuris civilis confirmandi gratia*», il pretore non si scosta dal diritto civile per due motivi: 1) perché egli non può volere intaccare, almeno formalmente, gli istituti che intende confermare; 2) perché non ha interesse ad apportare modifiche in questa parte. Il suo interesse è, anzi, quello di passare rapidamente alle chiamate di sua creazione. Ora quest'interesse sarebbe stato frustrato se egli avesse ammesso la delazione successiva (*successio graduum*) tra i legittimi. Se ciò avesse fatto, la famiglia cognatizia avrebbe ottenuta una effimera vittoria. Invece, escludendo la delazione successiva fra i legittimi il pretore ottiene di liberarsi prestissimo dai chiamati di *ius civile*, e di passare, così, ai cognati. È qui che la successione si opera con criteri assolutamente nuovi, liberi da ogni influenza agnatizia, e tanto conformi all'ordine naturale delle cose, che essi furono assunti integralmente dal diritto giustiniano e trasmessi, pel tramite di questo, sino a noi. È chiaro, allora, che una

profonda ragione indusse il pretore a non ammettere tra gli agnati la delazione successiva della bonorum possessio: e di ciò egli non va rimproverato, come lo è da Giustiniano.

Se osserviamo il sistema pretorio, noi noteremo in esso una vivace tendenza a trasportare quanto più è possibile la successione sul terreno della nuova categoria dei cognati.

Orbene, è curioso notare come nell'età postclassica, sino a Giustiniano, si affermi, invece, una tendenza, almeno *in apparenza*, opposta: quella, cioè, di trasportare nella categoria dei legittimi quanti più cognati è possibile. A poco a poco la categoria dei legittimi si estende tanto da *pigliare il posto di quella dei cognati*. Gli imperatori postclassici – proseguendo un movimento iniziato coi senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano – mirano a promuovere, da pretorie a legittime, le vocazioni ereditarie dei cognati più prossimi: madre, fratelli emancipati, collaterali di sesso femminile etc.

E allora sorge naturalmente la necessità di attuare anche in questa categoria il regime che già vigeva in quella dei cognati. E così accade che il principio della delazione successiva, il quale per l'innanzi vigeva, e a ragione, esclusivamente nella categoria dei cognati, viene man mano esteso anche a quella dei legittimi.

Il primo e più cospicuo esempio che troviamo nelle nostre fonti è quello fornitoci dalla disciplina della successione dei figli alla madre e della madre ai figli, creata con i *senat.*<sup>11</sup> Tertulliano ed Orfiziano. Si ha qui una mirabile prova della influenza spiegata dal diritto pretorio: il quale, già ai tempi di Adriano, doveva avere posto così salde radici nel campo delle successioni, da indurre il legislatore a modellare le nuove vocazioni ereditarie *ex lege* sulle vocazioni pretorie. Infatti, le vocazioni che discendono dai due senatoconsulti sono spoglie di qualunque carattere agnaticio, hanno natura di diritto soggettivo patrimoniale attribuito ai prossimi congiunti e consentono, per ciò stesso, in caso di rinuncia, la delazione successiva.

Poniamoci ora il problema dell'origine dell'«*edictum successorium*».

Quali ragioni spinsero il pretore a creare quest'ordine successivo tra le classi e, entro la classe dei cognati, tra i gradi?

Di solito, sulle tracce di Ulpiano, si dice che fu l'interesse dei creditori a determinare l'introduzione di questo istituto.

ULPIANUS, *libro quadragensimo nono ad edictum*: 1 pr. D. 38.9: P. 1212. *Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent et creditoribus longior mora fieret. e re igitur praetor putavit praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possint creditores scire, utrum habeant, cum quo congregiantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncto.*

GAIUS, *res cott.* § 9 Inst. III, 9.

Cum igitur plures species successionum praetor introduxisset easque per ordinem disposuisset et in unaquaque specie successionis saepe plures extent dispari gradu personae: ne actiones creditorum differantur, sed haberent quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mittantur et eo modo sibi consulere, ideo petendae bonorum possessioni certum tempus praefinivit.

Orbene, bisogna intendere con discrezione le parole di Ulpiano e quelle di Gaio. Non è già che l'edictum successorium debba la sua origine all'interesse dei creditori. Il principio della delazione successiva è il contrassegno fondamentale del sistema pretorio. È un principio a esso connaturale, che nasce necessariamente dalla struttura del sistema: esso è l'indice più espressivo della nuova concezione dominante nel campo delle successioni ereditarie. L'interesse dei terzi ne è avvantaggiato solo di riflesso.

Piuttosto, il fondamento di questo principio è da ricercare nel fatto che la legittima aspettativa di venire alla eredità dei propri parenti appartiene ormai a tutti i cognati. Naturalmente tale aspettativa viene graduata secondo la prossimità del grado di parentela: ma le aspettative dei parenti più remoti non vengono escluse da quelle dei più prossimi se non quando queste ultime vengano effettivamente attuate. I sequentes hanno una aspettativa eventuale, che la rinuncia, la morte, o la esclusione dei primi chiamati rende incondizionata e, quindi, attuabile<sup>43</sup>.

Ho parlato a ragion veduta solo dei cognati: perché solo in questa parte del sistema pretorio, come abbiamo rilevato, è possibile parlare di delazione successiva (successio graduum).

Abbiamo detto che l'edictum successorium costituisce un elemento essenziale della bonorum possessio. Ma di quale bonorum possessio? Di quella introdotta *iu-*

<sup>43</sup> Un testo molto oscuro è il seguente.

PAPINIANUS, *libro sexto responsorum*: 2 D. 38.9: P. 549.

Inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorii non habuit, cum prior ex propria parte possessionem accepisset: nec ad rem pertinuit, quod abstinendi facultatem ob auxilium aetatis prior cognatus acceperat. Igitur fisco vacantia bona recte deferri placuit.

I Basilici (45.2.26 e scolii) interpretano il testo nel senso che il proximus cognatus cui nel testo si allude sia un suus, il quale perciò Μένει γάρ ὁ τοιοῦτος ἔχων τὸ ὄνομα τοῦ κληρονόμου... (is autem retinet nomen heredis).

A me pare che questa sia, integrata, la soluzione più vicina al vero: Papiniano nel testo alludeva:

1) o ad un cognato di settimo grado, l'astensione del quale non fa passare oltre la delazione della bon. possessio (argomento dal fr. 9 D. 38.8 tratto dallo stesso libro *sexto responsorum*);  
2) o all'agnato prossimo, l'astensione del quale non faceva tuttavia passare la delazione in capo all'agnato sequens.

Le giustificazioni di Cuiacio, della Glossa e di Gotofredo che si basano sul principio «semel bonorum possessor semper bonorum possessor» non sono fondate, perché tale principio, proprio della hereditas, non ha applicazione nella bonorum possessio. Cfr. 6.3 D. 38.2; 2.7 D. 38.17; c. 6 C. 6.58 (da intendere nel senso che il fratello succede iure pretorio); 1.11 D. 38.17.

*ris civilis confirmandi gratia* o di quella introdotta *iuris civilis corrigendi vel supplendi gratia*? Di quest'ultima: perché quest'ultima è quella che costituisce veramente il nuovo sistema ereditario pretorio contrapposto a quello antico di *ius civile*.

Quando noi, infatti, pensiamo alla *bonorum possessio*, per una esigenza naturale del pensiero, ci riferiamo immediatamente alle classi introdotte dal pretore *iuris civilis corrigendi* oppure *supplendi gratia*. E quindi alla classe dei liberi, in quanto discendenti non sui, e poi specialmente a quella dei cognati.

Orbene, se è vero (ed anche io, per comodità di studio, ho acceduto a questa opinione) che in ordine di tempo il nucleo della *bonorum possessio* che sorge per primo è quello introdotto *iuris civilis confirmandi gratia*, non è, però, meno vero che, sotto l'aspetto dogmatico, solo allora noi possiamo dire che sia sorta la vera *bonorum possessio* quando ci troviamo in presenza dell'elemento proprio ed originale della *bonorum possessio*. Il quale elemento si trova solo nella *b. p.* introdotta *iuris civilis corrigendi vel supplendi gratia*, e rappresenta un radicale mutamento nell'ordinamento e nella natura delle chiamate ereditarie.

Il problema, dunque, concernente le origini della *bonorum possessio* acquistata interesse<sup>44</sup>, dal punto di vista dogmatico, solo quando si ponga per sapere quali furono le esigenze che determinarono la nascita delle vocazioni pretorie miranti a correggere lo *ius civile*.

Queste esigenze derivano dalla nuova concezione dei vincoli di parentela. L'*ius civile*, come dice Gaio (III.18), è essenzialmente un «*ius strictum*». Per esso (III.19) «*emancipati liberi nullum ius in hereditate parentis... habent, cum desiderint sui heredes esse*». Così non sono ammessi alla eredità paterna i figli che non sono in potestate patris, i quali, quantunque abbiano ottenuto la *civitas* insieme al padre, tuttavia «*ab imperatore in potestatem redacti non fuerint*». Gli agnati capite deminuti «*non admittuntur ex ea lege ad hereditatem, quia nomen agnationis capitis deminutione perimitur*» (III.21).

L'agnato sequens, quantunque il precedente rinunci, non viene tuttavia chiamato all'eredità (III.22). Le agnate «*quaecumque consanguineorum gradum excedunt, nihil iuris ex ea lege habent*» (III.23). E infine sono esclusi i cognati «*qui per feminini sexus personas necessitudine iunguntur; adeo quidem, ut nec inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae ius*

<sup>44</sup> Quanto alle origini della *bon. possessio* cfr. FADDA, *Concetti*, §§ 25-26. La *bon. possessio iuris civilis corrigendi gratia* è già sorta all'epoca di Cicerone: è la «*bon. possessio quae sine lege datur*». Cfr. LEIST, *op. citata*, I, § 1598<sup>a</sup>, p. 50 seg., p. 79 seg., § 1598<sup>a</sup>, p. 208 segg., 1598<sup>a</sup>, 247 segg., II, §1599, p. 12; ARANGIO RUIZ, *Ist.*<sup>2</sup>, 473; LONGO, *op. cit.*, 1216 segg.; LEIST, II-III, § 1599, p. 13. Ai tempi di Cicerone non ricorre soltanto in modo sicuro una *bon. possessio* concessa ex edicto al cognato come tale, ma si trovano già gli inizi del cosiddetto diritto ereditario necessario materiale fatto valere in base alla *b. p. della cognazione*, d'onde, nell'età classica, si svolse la *b. p. litis ordinandae gratia*. Cfr. anche I § 1598<sup>a</sup>, pp. 54-59 e il testo di Valerio Massimo ivi riportato e commentato. Vedi i richiami fatti sulle origini storiche della *b. p.* nel § 121 di quest'opera.

competat, praeterquam si per in manum conventionem consanguinitatis iura inter eos constiterint» (III.24).

Se questi erano gli effetti del sistema ereditario civile – effetti coerenti alla costituzione della familia agnatizia, ma contrastanti con l'importanza, sempre crescente nella coscienza sociale, dei vincoli di sangue – è evidente come l'opera del pretore dovesse naturalmente mirare a riformare ab imis il sistema successorio. E il fondamento di questa riforma doveva essere cercato nella nuova concezione della famiglia: bisognava giustapporre alla famiglia degli agnati quella dei cognati. Ed è questa la via che batté il pretore.

«Hae iuris iniquitates – dice Gaio – edicto praetoris emendatae sunt.» Infatti il pretore chiama alla eredità tutti i figli, compresi quelli «qui legitimo iure deficiuntur». Così gli agnati capite deminuti vengono pure chiamati all'eredità, nella terza classe, proximitatis nomine: costoro, infatti, «licet capitis deminutione ius legitimum perdiderint, certe cognationis iura retinent». L'agnato sequens viene egli pure chiamato nella terza classe. E in questa classe vengono infine chiamate le donne (ultra consanguineas), i discendenti per parte femminile e i figli che sono stati dati ad altri in adozione (Gai III, 25.31).

Come si vede, la riforma pretoria si concreta nella chiamata degli emancipati e dei cognati in genere. Essa costituisce così un sistema successorio il quale, in quanto ha per base la famiglia naturale, si contrappone all'antico sistema fondato sulla familia agnatizia.

In questo senso è vero che «ius bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris iuris gratia» e che, come dice Giustiniano, «angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum ius percipiendarum hereditatum praetor ex bono et aequo dilatavit» (§ 2 Inst. III, 9). La bonorum possessio ha importanza appunto in quanto costituisce un sistema successorio nuovo, contrapposto a quello di ius civile. È sotto questo profilo che essa va specialmente studiata; perché proprio in questa sua funzione creatrice di vocazioni ereditarie aventi natura nuova e fondamento nuovo, sta la caratteristica sua propria. Riguardata sotto l'altro profilo, invece, in quanto essa conferma l'ius civile, e in quanto permette al successibile di diritto civile l'esperimento dell'interdictum quorum bonorum, essa non presenta che scarso interesse.

Così, possiamo pure concedere che il nucleo confirmatorio della bonorum possessio sia storicamente sorto per primo: ma noi pensiamo che non vi è propriamente continuità concettuale fra la funzione di questo primo nucleo e quella posteriore delle vocazioni introdotte iuris civilis corrigendi gratia; quando queste sorgono, alla primitiva funzione della bonorum possessio se ne aggiunge una nuova, fondamentale, che dà un carattere tutto nuovo all'istituto<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Carattere completamente diverso hanno altre forme di bonorum possessio.

A) Bonorum possessio decretalis: questa ha per oggetto: a) di preservare nel bon. possessor la vocazione ereditaria che non può per ora attuarsi a cagione di un impedimento oggettivo.

CAPITOLO IV  
ORDINAMENTO DELLE VOCAZIONI INTESTATE  
NEL NUOVO SISTEMA SUCCESSORIO

§ 131. Classi del sistema ereditario pretorio. *a)* Liberi. Varie categorie di figli ricompresi in questa classe.

§ 132. *b)* Legitimi. Nucleo originario dei chiamati dall'ius civile vetus e gruppo posteriore dei chiamati dall'ius civile novum.

§ 133. *c)* Cognati.

§ 134. Sistema delle chiamate.

§ 135. La successio graduum.

§ 131. Quando non vi è testamento (3 D. 38.6), o quando, pur essendovi, non sia stata chiesta entro il termine utile la bonorum possessio secundum tabulas o quella contra tabulas, si fa luogo alla delazione ab intestato della bonorum possessio<sup>46</sup>. Questa delazione ha luogo anche prima della scadenza del termine, quando l'heres scriptus abbia rinunciato alla bon. possessio.

Cum enim is qui repudiavit petere bonorum possessionem non potest post repudiationem, consequens erit, ut ab intestato posse peti incipiat (1.3 D. 38.6)<sup>47</sup>.

La delazione della bon. possessio ab intestato non è resa impossibile dalla precedente attribuzione della bon. possessio Carboniana: come abbiamo notato, le due bon. possessiones sono, infatti, tra loro radicalmente diverse<sup>48</sup>.

ULPIANUS, *libro quadragesimo quarto ad edictum*: 1.4 D. 38.6: 1195.

Sed et si ex Carboniano edicto bonorum possessio data sit, magis est, ut dicere debeamus ab intestato nihilo minus posse peti: ut enim suo loco

Questa bonorum possessio vale a fissare il diritto in capo al delato ed a permettere così la trasmissione della delazione ai suoi eredi. Cfr. i casi prospettati nel § 5 di quest'opera (pag. 21 n. 2 [p. 495 nota 26]). *b)* Attribuisce il possesso provvisorio del titolo di bonorum possessor in attesa che sia possibile l'attribuzione definitiva di essa (bonorum possessio Carboniana, quae furioso competit; missio in possessione ventris nomine).

*B)* Bon. possessio litis ordinandae gratia la cui funzione è quella di legittimare i parenti (che non sarebbero eredi iure civili) ad intentare la querela inofficiosi testamenti. Cfr. più oltre § 260 p. 435 [p. 932]; LENEL, *Ed.*<sup>3</sup>, 142<sup>5</sup>; NABER, *Mnemosyne*, 40, 397; 48, 162. Sono casi di bonorum possessio ed itale (ereditaria), quantunque si faccia in essi menzione di un decretum, quelli menzionati nei seguenti fr.: 4 D. 37.8; 5 D. 38.6; 6 D. 38.6; 14.1 D. 37.4; 6.4 D. 37.4; 3.9 D. 37.4; 17 D. 37.4.

Questi casi, in cui si fa menzione del decreto, prima non contemplati nella lettera dell'editto, vi furono poscia ricompresi. Cfr. LEIST, *op. cit.*, 37-38, II-III, p. 201, n. 16.

<sup>46</sup> Fr. 1.1 D. 38.15; 1.2 D. 38.6; 2 pr. D. 37.11.

<sup>47</sup> Quanto agli effetti che la rinuncia alla vocazione (pretoria o civile) testamentaria esplica sulla vocazione intestata vedi fr. 17.1 e 77 D. 29.2.

<sup>48</sup> Sullo scopo della b. p. Carboniana v. fr. 1 pr. 1 D. 37.10; LENEL, *Ed.*<sup>3</sup>, 348.

ostendimus (1 D. 37.10), non impedit bonorum possessionem edictalem Carboniana bonorum possessio.

Il sistema delle chiamate ab intestato contiene le seguenti classi<sup>49</sup>:

*a)* liberi, *b)* legittimi, *c)* cognati, *d)* vir et uxor. (Vedi fr. 1.1 D. 38.6; 1 pr. D. 38.15; § 3 Inst. III, 9; Ulp. XXVIII, 7).

Esaminiamo le varie classi di chiamati.

A) *Unde liberi*<sup>50</sup>.

ULPIANUS, *libro quadragesimo quarto ad edictum*: 1.6 D. 38.6: P. 1196. Liberos autem accipere debemus quos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos diximus, tam naturales quam adoptivos. Adoptivos hactenus admittimus, si fuerint in potestate: ceterum si sui iuris fuerint, ad bonorum possessionem non invitantur, quia adoptionis iura dissoluta sunt emancipatione<sup>51</sup>.

In questa classe il pretore si conforma al diritto civile operando mediante finzioni giuridiche: ciò avviene esplicitamente nel caso della rescissione della capitis deminutio degli emancipati.

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 1.1 D. 37.4: P. 1098.

Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo iure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex iure civili.

Sono, perciò, chiamati in questa classe:

1) i *sui, naturali* ed *adottivi* (c. 5 C. 6.55), figli, o nipoti succeduti in locum patris, i quali succedono naturalmente per stirpi (11.1 D. 37.4);

2) gli *emancipati*, quando siano però figli naturali. A proposito di costoro ricco di interesse è il seguente brano delle istituzioni di Giustiniano, tratto, pare, da Gaio (*res cottidianae*). § 9 Inst. III, 1.

Emancipati autem liberi iure civili nihil iuris habent: neque enim sui heredes sunt, quia in potestate esse desierunt parentis, neque alio ullo iure per legem duodecim tabularum vocantur. Sed praetor naturali aequitate motus dat eis bonorum possessionem unde liberi, perinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent; sive soli sint sive cum suis heredibus concurrant. itaque duobus liberis extantibus emancipato et qui mortis tempore in potestate fuerit, sane quidem is qui in potestate fuerit solus iure civili heres est: sed cum emancipatus beneficio praetoris in partem admittitur, evenit ut suus heres pro parte heres fiat (cfr. 6.1 D. 37.1).

Il pretore chiama gli emancipati fingendoli sui: ma questa finzione poggia sul vincolo naturale di filiazione che unisce gli emancipati. Si comprende, perciò, come siano invece esclusi:

<sup>49</sup> Cfr. LENEL, Ed.<sup>3</sup>, 355.

<sup>50</sup> Per una completa visione della classe dei liberi vedi il § 160. Ivi sono pure prospettate le questioni relative alla origine di questa classe.

<sup>51</sup> Per la critica del testo BESELER III, 93: ma classica è la distinzione contenuta nel testo.

a) *i figli adottivi emancipati.*

PAULUS, *libro secundo ad Sabinum*: 4 D. 38.6: P. 1267.

Liberi et capite minuti per edictum praetoris ad bonorum possessionem vocantur parentium, nisi si adoptivi fuerint: hi enim et liberorum nomen amittunt post emancipationem. sed si naturales emancipati et adoptati iterum emancipati sint, habent ius naturale liberorum<sup>52</sup>.

b) *i figli emancipati che si siano dati in adozione.*

PAULUS, *libro undecimo responsorum*: 9 D. 38.6: P. 1542.

Si postea, quam filius emancipatus bonorum possessionem patris petit, statum suum mutavit, nihil obesse ei, quo minus id quod adquisiit retineat: quod si prius condicionem suam mutavit, bonorum possessionem eum petere non posse.

Dunque se l'emancipato si fece arrogare dopo aver chiesto la bonorum possessio, «quod adquisiit retinet»: se, invece, si fece arrogare prima di averla chiesta, egli è escluso da essa (si fonda su altri principî la soluzione del fr. 10.1 D. 37.4).

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 3.6 D. 37.4: P. 1102.

Si emancipatus filius praeteritus ante petitam bonorum possessionem adrogandum se dederit, amittit contra tabulas bonorum possessionem.

IUSTINIANUS: § 10 Inst. III, 1.

At hi, qui emancipati a parente in adoptionem se dederint, non admittuntur ad bona naturalis patris, quasi liberi, si modo cum is moreretur in adoptiva familia sint.

Essi potevano venire alla bonorum possessio (intestati e c. t.) solo quando fossero stati emancipati dal padre adottivo durante la vita del padre naturale. In tal caso

«perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent nec unquam in adoptiva familia fuissent: et convenienter quod ad adoptivum patrem pertinet extraneorum loco esse incipiunt».

<sup>52</sup> L'ius naturale liberorum viene ormai contrapposto all'ius adgnationis e costituisce il centro del nuovo sistema giuridico familiare e successorio. Cfr. 8.7 D. 37.4; 8 D. 50.17; 23 pr. D. 28.2. Sono interessantissime le considerazioni che fa Gaio (*res. cottid.*) in proposito. (§ 11 Inst. III, 1). Minus ergo iuris habent adoptivi quam naturales namque naturales emancipati beneficio praetoris gradum liberorum retinent, licet iure civili perdunt: adoptivi vero emancipati et iure civili perdunt gradum liberorum et a praetore non adiuvantur. et recte: *naturalia enim iura civilis ratio peremere non potest* nec, quia desinunt sui heredes esse, desinere possunt filii filiaeve aut nepotes neptesve esse; adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse, quia ius nomenque filii filiaeve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est emancipatione, perdunt.

§ 12 ... Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre sicut ab intestato, ita longe minus ad contra tabulas testamenti ad bona eius admittit, quia desinunt in liberorum numero esse. In conclusione: mentre l'emancipazione nuoce ai figli adottivi, essa non nuoce ai figli naturali perché la ratio civilis non può estinguere i loro iura naturalia.

Se invece siano emancipati dopo la morte del padre naturale, essi divengono estranei del padre adottivo e sono al tempo stesso respinti dai beni di quello naturale.

Et quantum ad hunc aequae extraneorum loco fiunt et quantum ad naturalis parentis bona pertinet nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur.

La ragione poi di questo principio va ricercata in ciò: che così il figlio dato in adozione come l'emancipato che si è fatto arrogare sono in altra familia ed il pretore si trova, per ciò stesso, nella impossibilità di fingerli sui e, quindi, di considerarli membri della familia del loro padre naturale.

a) Per tali considerazioni sono esclusi dalla bon. poss. unde liberi i figli naturali e, a maggior ragione, quelli adottivi dati in adozione che siano nella potestà del padre adottivo<sup>53</sup>.

Si fa eccezione pel caso in cui il figlio sia stato dato in adozione ad una familia non aliena.

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 3.7.8 D. 37.4: P. 1108.

Si quis filio suo emancipato nepotem, quem ex eo retinuerat, dederit in adoptionem, nepos iste ad contra tabulas bonorum possessionem avi sui admittitur patre eius ante defuncto, quia in eius est familia qui et ipse admitti potuit ad bonorum possessionem contra tabulas.

§ 8. Idemque est et si emancipatus filium, quem post emancipationem quaesierat, patri suo in adoptionem dederit et decesserit: nam et hic nepos iste ad bonorum possessionem patris sui admitti debet, quasi non sit in alia familia.

MODESTINUS, *libro sexto pandectarum*: 21.1 D. 37.4: P. 116.

Idemque iuris est, (cioè può chiedere la bon. possessio contra tabulas) si emancipato filio nepos ex eo in potestate avi remanserit et postea patri suo in adoptionem datus fuerit: id est contra tabulas avi bonorum possessionem petere poterit, quia per adoptionem in aliena familia non fuerit.

L'esattezza giuridica di queste decisioni appare evidente se si consideri che le due familiae possono essere riguardate come *una sola familia*<sup>54</sup>.

Il pretore, prescindendo dal primitivo atto di emancipazione, riesce benissimo a ricomporre idealmente la familia primiera.

Bisogna, peraltro, tener presente che tutti i figli naturali esclusi dalla bonorum possessio unde liberi vengono poi, indistintamente, chiamati in quella *unde cognati* (§ 13 Inst. III, 1).

Admonendi tamen sumus eos, qui in adoptiva familia sunt quive post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, intestato

<sup>53</sup> Cfr. fr. 6.4; 8.11; 11 pr.; 13.2 D. 37.4; 8.12 D. 37.4; § 12 Inst. III, 1; 1.6 D. 38.6; 1.6 D. 37.4.

<sup>54</sup> Vedi per tutto ciò quanto diciamo più oltre, nel § 161 di quest'opera, a proposito anche della tesi del MORIAUD, *La simple famille paternelle*.

parente naturali mortuo licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocari, id est qua cognati defuncti vocantur. ex qua parte ita admittuntur, si neque sui heredes liberi neque emancipati obstant neque adgnatus quidem ullus interveniat: ante enim praetor liberos vocat tam suos heredes quam emancipatos, deinde legitimos heredes, deinde proximos cognatos.

3) *Liberi civitate donati.*

*Collatio*, XVI, 7.2.

Suis praetor solet emancipatos liberos itemque civitate donatos coniungere data bonorum possessione, ita tamen ut bona si qua propria habent, his qui in potestate manserunt conferant. Cfr. Gai I. 93, III. 20<sup>55</sup>.

4) *Figli che non furono mai in potestà del padre.*

POMPONIUS, *libro quarto ad Sabinum*: 3.1 D. 38.6: P. 429.

...Nam si filius emancipatus reliquerit in potestate avi nepotem, dabitur ei, qui in potestate relictus sit, patris emancipati bonorum possessio.

Quando sia stato emancipato il figlio e non il nipote ex eo e poscia il figlio sia morto, è evidente che il nipote non fu mai in potestà del padre suo naturale. Tuttavia gli è concessa la bonorum possessio.

PAULUS, *libro quadragesimo primo ad edictum*: 6.2 D. 37.4: P. 579.

Nepote quoque solo emancipato et avo mortuo, deinde patre eius, nepos praeteritus accipiet patris bonorum possessionem, quia suus heres esset futurus patri, si potestate avi non exisset.

Il nipote non potrà chiedere la b. p. c. t. dell'avo perché non sarebbe divenuto suus heres dell'avo; ma può chiedere quella del padre, perché questo rapporto di suità si sarebbe prodotto se egli non fosse stato emancipato.

MODESTINUS, *libro sexto pandectarum*: 21 pr. D. 37.4: P. 116.

Si is, qui filium et ex eo nepotem in potestatem habebat, filium in adoptionem dedit nepote retento in potestate, postea filius emancipatus a patre adoptivo decessit extraneis heredibus institutis: filius huius, qui in potestate avi remansit, contra tabulas patris sui bonorum possessionem petere poterit, quamvis numquam in potestate huius fuerit. [ideo – videtur.] nam, si aliter observatur, nec si emancipatus filius fuerit, nepos ex eo, qui in potestate avi remansit, bonorum possessionem contra tabulas petere poterit.

Un paterfamilias, che ha in potestà un figlio ed un nipote ex eo, dà in adozione il figlio e ritiene in potestà il nipote: poscia il figlio, essendo stato emancipato dal padre adottivo, nel proprio testamento istituisce degli estranei. Si fa questione se il nipote – suo figlio – potrà chiedere la bon. possessio contra ta-

<sup>55</sup> Della collazione parleremo ex professo in sede di bonorum possessio contra tabulas § 186 p. 370.

bulas (o, se fosse morto intestato, quella intestati). La risposta è positiva. La ratio dubitandi è da ricercare nel fatto che il figlio è stato dato in adozione. La ratio decidendi sta in ciò che, però, egli è stato emancipato dal padre adottivo<sup>56</sup>.

GAIUS, *libro quarto decimo ad edictum provinciale*: 7 D. 37.4: P. 281.

Si retentus fuerit in potestate nepos filio emancipato, admittitur nepos vivo avo ad patris bonorum possessionem.

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 6 D. 38.6: P. 1101.

Si pater filium emancipaverit, nepotem retinuerit, deinde filius deceserit: et rei aequitas et causa edicti, quo de bonorum possessione liberis danda cavetur, efficit, ut eius ratio habeatur et bonorum possessio intestato patris detur, *et rell.*

In questi due testi si ha la stessa ipotesi: un padre emancipato e un figlio ex eo rimasto in potestà dell'avo: quantunque il figlio «numquam in potestate huius patris fuerit», tuttavia egli potrà chiedere la b. p.

5) *Nipoti nati da figli emancipati*: quando il loro padre sia premorto all'avo o quando, comunque, se fossero nella familia dell'avo, il padre non li precederebbe più nella soggezione alla potestà di costui.

Questa bonorum possessio, tanto contra tabulas che intestati, era accordata ai nipoti in base al riflesso che, se essi non fossero stati emancipati, avrebbero avuto diritto ad essa come sui.

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 3 pr. D. 37.4: P. 1100.

Non tantum autem ipsi emancipati admittuntur ad bonorum possessionem, verum etiam hi quoque, qui ex his nati sunt.

<sup>56</sup> Abbiamo detto che il fondamento della decisione sta nel fatto che la adozione del figlio emancipato era stata estinta mediante emancipazione: altrimenti il nipote (figlio ex eo) non avrebbe potuto, per le ragioni note, chiedere la bon. possessio. Ogni decisione che non si fondi su questi principi non può essere classica. E giustinianee sono quelle che ci presentano i due testi seguenti.

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 3.9 D. 37.4: P. 1102.

Si pater alicuius pervenerit in adoptivam familiam, filius non, an patris sui in adoptiva familia mortui bonorum possessionem accipere possit? [et arbitror humaniorem esse hanc sententiam, ut filius hic, quamvis non sit in eadem familia, in qua pater, ad bonorum possessionem tamen eius admittatur] (BERGMANN, *Adoptionsrecht*, 74).

ULPIANUS, *libro trigesimo quinto ad Sabinum*: 17 D. 37.4: P. 2798.

Si pater se dedit in adoptionem nec sequatur eum filius emancipatus ab eo antea factus, quia in alia familia sit pater, in alia filius, bonorum possessionem contra tabulas non potest filius eius habere: et ita Iulianus scripsit. Marcellus autem ait [iniquum sibi videri excludi eos a bonorum possessione, cum pater se dedit in adoptionem: ubi enim filius non datur in adoptionem, at pater se dat, nullum patrem filio adsignat: quae sententia non est sine ratione] (BESELER, *Beiträge*, III, 41). Le ipotesi, nei due testi, sono identiche: un padre viene adottato senza, peraltro, che il figlio lo segua nella nuova famiglia. Avrà costui diritto di venire alla successione del padre? Per diritto classico la risposta non può essere che negativa: per diritto giustiniano, a tenore della c. 10 C. 8.47 e del § 14 Inst. III, 1, la risposta è invece positiva. Secondo questi nuovi criteri furono interpolati i testi citati: giuste sono, pertanto, le conclusioni del Bergmann e del Beseler.

Sono naturalmente esclusi i figli adottivi dell'emancipato, i quali non sono nipoti dell'avo.

MODESTINUS, *libro sexto pandectarum*: 21.2 D. 37.4: P. 116.

Sed si emancipatus filius meus adoptaverit extraneum filium is qui adoptatus est filius contra tabulas meas bonorum possessionem petere non poterit, quia numquam nepotis loco apud me fuit.

6) *Figli di deportati*.

Per le ragioni a suo luogo indicate (§ 80 segg.), le posizioni familiari (ed i diritti ad esse inerenti) dei figli del deportato non ricevono alcun pregiudizio dalla capitis deminutio del paterfamilias. Avranno i figli in tal caso, in luogo del padre, la bonorum possessio contra tabulas o intestati dell'avo.

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 1.8 D. 37.4: P. 1099.

Filium habuit et ex eo nepotem: filius emancipatus vel in potestate manens deportatus est: quaeritur an nepoti noceat. et verius est in utroque casu nepotem admittendum: [deportatos enim mortuorum loco habendos]<sup>57</sup>.

I nipoti, quando vengono alla bonorum possessio del loro avo, vi vengono per diritto proprio, non derivato dal padre loro.

Bisogna, infine, tener presente il caso in cui ci siano un figlio emancipato e nipoti ex eo in potestà dell'avo: in questa ipotesi ha applicazione la clausola *Iuliani de coniungendis cum emancipato liberis eius*. All'emancipato e ai nipoti ex eo viene data complessivamente la parte che sarebbe toccata all'uno (per diritto pretorio) o agli altri (per diritto civile), in guisa, però, «ut ex ea parte dimidiam (habeant) liberi eius hisque dumtaxat bona sua conferat (emancipatus)» (1 pr. D. 37.8).

Come conclusione circa la classe *unde liberi* diremo ancora che in essa il pretore si uniforma alle esigenze formali dell'ius civile, quantunque, sostanzialmente, egli operi importanti modifiche. Sono, perciò, chiamati in questa classe i figli e, in genere, i discendenti per linea maschile, e ne sono, invece, esclusi i discendenti per linea femminile (§ 15 Inst. III, 1).

§ 132. B) *Unde legitimi*.

Dopo i liberi il pretore chiama alla bonorum possessio i successibili ab intestato dell'ius civile: quindi, in primo luogo, di nuovo i sui.

IULIANUS, *libro vicensimo septimo digestorum*: 1 D. 38.7: P. 409.

Haec verba edicti 'tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset' παρατατικῶς et cum quodam temporis spatio accipiuntur: non ad mortis testatoris tempus referuntur, sed ad id, quo bonorum possessio peteretur, et ideo legitimum heredem, si capite deminutus esset, ab hac bonorum possessione summoveri palam est. (cfr. 4 D. 38.7).

<sup>57</sup> Le parole segnate tra parentesi sono interpolate e rispondono al principio giustiniano onde i deportati e anche i diseredati vengono considerati come morti.

Questa classe è introdotta *esclusivamente* iuris civilis confirmandi gratia. È da notare che mentre nella classe dei liberi il pretore chiama i figli emancipati (capite deminuti) rescindendo la loro capitis deminutio, questo non avviene nella classe dei legittimi.

POMPONIUS, *libro quarto ad Sabinum*: 5 D. 38.8: P. 430.

Legitimis capite deminutis non datur bonorum possessio iure heredis legitimi, quia non eadem causa eorum est, quae liberorum: sed gradu cognatorum rursus vocantur (cfr. Gai III, 21).

Donde deriva questa diversità di condizione, che induce il pretore a rescindere la capitis deminutio dei figli emancipati e non anche quella degli agnati capite deminuti? Perché questa diversità di trattamento tra le due classi? La risposta non è difficile: i liberi vengono favoriti dal pretore in quanto prossimi cognati del defunto. La loro tutela giuridica costituisce uno dei motivi fondamentali del nuovo sistema successorio: essi hanno il primo posto nell'ordine dei chiamati. Perché, come dice Papiniano, «liberos ad bona parentum ratio naturae simul et parentum commune votum admittit» (7.1 D. 38.6). Poiché la riforma del pretore era diretta a favorire i vincoli di sangue, è naturale che essa venisse attuata anzitutto a favore dei figli, sia che fossero in potestà, sia che ne fossero già usciti.

Questa ragione, invece, mancava per gli agnati. Per costoro il pretore si limitava a rinviare alle norme dell'ius civile:

«Tum quem ei heredem esse oporteret si intestatus mortuus esset».

A causa di questo rinvio recettizio, che il pretore fa all'ius civile (sopra, § 130), si spiega, formalmente, la inammissibilità, in questa classe, della delazione successiva<sup>58</sup>. Le ragioni sostanziali, poi, che indussero il pretore ad attenersi rigidamente all'ius civile, debbono ricercarsi, come abbiamo detto, nell'interesse che ha il pretore di passare rapidamente alla classe dei cognati. Il pretore mira, in definitiva, ad abbattere il sistema successorio agnatizio: e se non ne prescinde del tutto, ciò è dovuto a quel bisogno di coordinare le sue riforme con lo ius civile, bisogno che costituisce un canone costante della sua attività innovatrice.

Abbiamo detto che il suus è, tra i legittimi, il più prossimo: quindi, allorché nella categoria dei legittimi sia ricompreso un suus, è a costui che va deferita anzitutto la bon. possessio.

ULPIANUS, *libro quadragensimo sexto ad edictum*: 2 pr. D. 38.7: P. 1198.

Si repudiaverint sui ab intestato bonorum possessionem, adhuc dicemus ob stare eos legitimis, hoc est his, quibus legitima potuit deferri hereditas, idcirco, repudiando quasi liberi bonorum possessionem hanc incipiunt habere quasi legitimi<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Per la differenza tra rinvio recettizio e rinvio formale vedi ANZILOTTI, *Il Diritto internazionale nei giudizi interni*; BETTI, *Rivista di diritto internazionale*, 1925.

<sup>59</sup> Cfr. pag. 251<sup>1</sup>.

Se il suus ripudiasse nuovamente la bonorum possessio, essa non verrebbe attribuita all'agnato prossimo, che è stato definitivamente escluso dal suus, e la successione si aprirebbe invece nella categoria dei cognati.

Nella classe «unde legitimi» bisogna distinguere il nucleo originario, fondamentale, degli agnati (in senso lato, compresi quindi in essi anche i sui) e quello posteriore dei chiamati da altra legge (oltre quella delle XII tavole) o da senatoconsulti. Noi qui dobbiamo esclusivamente considerare il nucleo originario. Gli altri chiamati, infatti, vengono trasportati dalla classe dei cognati in quella dei legittimi solo posteriormente, a causa di quella tendenza iniziata coi senatoconsulti.<sup>41</sup> Tertulliano ed Orfiziano e proseguita dalla legislazione imperiale postclassica, tendente a tutelare come rapporti di ius civile quei rapporti cognatizi che sfuggivano ad un qualsiasi adattamento anche formale col diritto agnatizio.

Il nucleo originario della classe dei legittimi è costituito dal gruppo degli agnati, chiamati ex lege XII tabularum. La differenza che intercede tra loro ed i cognati è così indicata da Modestino:

MODESTINUS, *libro tertio pandectarum*: 5 pr. D. 38.7: P. 105.

Inter adgnatos et cognatos hoc interest, quod in adgnatis et cognati continentur, in cognatis non utique et adgnati. verbi gratia patris frater, id est patruus et adgnatus est et cognatus, matris autem frater, id est avunculus, cognatus est, adgnatus non est (Cfr. fr. 10.4 D. 38.10).

Sono agnati (3 D. 48.22) anche coloro che siano nati dopo la morte del padre, o dopo la prigionia o la deportazione: la deportazione, infatti, quantunque tolga ai figli i beni paterni, e, quindi, impedisca loro di essere eredi del padre deportato, non estingue tuttavia il vincolo agnatizio di consanguineità che vicendevolmente li unisce (...ius inter se consanguinitatis habent, etsi heredes patri non extiterint, sicuti exheredati. 6 D. 38.7; 97 D. 50.17). Poiché tra gli agnati vi sono anche le donne, è naturale che la bonorum possessio possa essere deferita anche a costoro purché non oltrepassino il grado di consanguinee. In questa classe sono anche compresi i patroni.

ULPIANUS, *libro quadragensimo sexto ad edictum*: 2.1.2 D. 38.7: P. 1198.

Haec autem bonorum possessio non tantum masculorum defertur, verum etiam feminarum, nec tantum ingenuorum verum etiam libertinorum. communis est igitur pluribus. nam et feminae possunt vel consanguineos vel adgnatos habere, item libertini possunt patronos patronasque habere. § 2. Nec tantum masculi hanc bonorum possessionem accipere possunt, verum etiam feminae.

La delazione della bonorum possessio nella classe dei legittimi è disciplinata dagli stessi principi che regolano la delazione della hereditas.

La bonorum possessio non viene deferita quando vi sia incertezza sullo status familiae del defunto (per esempio se non si sappia con certezza se egli fosse paterfamilias o filiusfamilias: 2.3 D. 38.7), o quando sia atteso un postumus suus (quamdiu spes est suum heredem aliquem defuncto existere tamdiu con-

sanguineis locus non est: 5.1 D. 38.7). Naturalmente la delazione viene fatta in capo a colui che è proximus al momento in cui viene deferita ab intestato la bonorum possessio.

IULIANUS, *libro vicensimo septimo digestorum*: 4 D. 38.7: P. 410.

Si ex duobus fratribus alter decesserit testamento iure facto, dein deliberante herede alter quoque intestato decesserit et scriptus heres omiserit hereditatem, patruus legitimam hereditatem habebit: nam haec bonorum possessio 'tum quem heredem esse oportet' ad id tempus refertur, quo primum ab intestato bonorum possessio peti potuisset.

È chiaro che qui il patruus sarà anzitutto erede del nipote morto intestato e sarà poscia erede anche dell'altro nipote morto testato, ma il cui testamento andò deserto per mancata adizione da parte dell'erede istituito.

Diamo infine uno sguardo al nucleo cognatizio che i senatoconsulti e le nuove leggi posero accanto al nucleo originario degli agnati.

ULPIANUS, *libro quadragesimo sexto ad edictum*: 2.4 D. 38.7: P. 1198.

Haec autem bonorum possessio omnem vocat, qui ab intestato potuit esse heres, sive lex duodecim tabularum eum legitimum heredem faciat, sive alia lex senatusve consultum. Denique mater, quae ex senatus consulto venit Tertulliano, item qui ex Orphitiano ad legitimam hereditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt.

PAULUS, *libro quadragesimo tertio ad edictum*: 3 D. 38.7: P. 600.

Generaliter igitur sciendum est, quotienscumque vel lex vel senatus defert hereditatem, non etiam bonorum possessionem, ex hac parte eam peti oportere: cum vero etiam bonorum possessionem dari iubet, tum ex illa parte, qua ex legibus, peti debere: sed et ex hac parte poterit.

La bonorum possessio unde legitimi poteva perciò essere chiesta in generale dai chiamati dall'ius civile sia che le loro chiamate derivassero dalla legge delle XII tavole, sia che derivassero da leggi e senatoconsulti posteriori. Qui il pretore si conformava puramente e semplicemente all'ius civile<sup>60</sup>. Ma la disciplina giuridica delle vocazioni derivate dalla legge delle XII tavole è radicalmente diversa da quella delle vocazioni derivate dalle nuove leggi. Le chiamate di diritto civile nuovo, infatti, hanno subito l'influenza delle chiamate pretorie, e si sono su di esse modellate. Esse, quindi, hanno natura di diritti soggettivi

<sup>60</sup> Come sappiamo, la bonorum possessio ha una duplice funzione: una principale, che è di correggere lo ius civile, l'altra sussidiaria, che è di confermare lo ius civile. Questa funzione è nettamente visibile nella bonorum possessio ex legibus.

ULPIANUS, *libro quadragesimo nono ad edictum*: 1 D. 38.14: P. 1210.

Praetor ait: 'uti me quaque lege senatus consulto bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo'. § 1. Numquam bonorum possessio, quae ex alia parte edicti adgnita est, impedit istam bonorum possessionem. § 2. Cum ex lege XII tabularum quis habet hereditatem, hinc non petit, sed inde 'tum quem ei heredem esse oportet', quippe cum non alias hinc competat bonorum possessio, quam si lex specialiter deferat bonorum possessionem.

di contenuto patrimoniale: i quali sono rinunziabili per modo che la rinuncia provoca l'ulteriore delazione così della hereditas come della bonorum possessio.

La presenza dei due gruppi eterogenei nella classe dei legittimi fa sì che per la prima volta venga applicato nella stessa hereditas il principio pretorio della delazione successiva. Ciò avviene la prima volta in seguito alle disposizioni dei senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano.

Esamineremo meglio, più oltre, questo fenomeno.

#### § 133. C) *Unde cognati.*

Dopo essersi conformato nelle due prime classi all'ius civile, parzialmente nella classe dei liberi, integralmente in quella dei legittimi, il pretore passa alla classe di sua creazione, per attuare qui un *ordine nuovo di chiamate ereditarie*. Si è rilevato (§ 130) come la parte originale del nuovo sistema successorio stia proprio in quest'ordine. Qui il pretore abbandona tutti i principî dello ius civile e pone la successione esclusivamente sul terreno dei vincoli naturali. La famiglia naturale, composta da coloro che sono uniti da vincoli di sangue, costituisce, infatti, la base della successione intestata pretoria.

ULPIANUS, *libro quadragensimo sexto ad edictum*: 1 pr. D. 38.8: P. 1201.

Haec bonorum possessio nudam habet praetoris indulgentiam neque ex iure civili originem habet: nam eos invitat ad bonorum possessionem, qui iure civili ad successionem admitti non possunt, id est cognatos.

In questa parte, come dice Gaio, «naturalis cognatio spectatur: hac parte proconsul naturali aequitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet iure civili deficiant» (2 D. 38.8).

#### § 134. *Sistema delle chiamate.*

Nell'ordinamento delle chiamate bisogna distinguere tra *classi* e *gradi*. L'ordinamento di queste ultime chiamate è determinato dai gradi di parentela: bisogna, però, tener presente che i discendenti hanno, rispetto a tutti gli altri, una posizione prevalente. Costoro, tanto per diritto civile, quanto per diritto pretorio – per una rigida esigenza familiare nell'uno, per lo stretto vincolo di sangue nell'altro –, hanno sempre il primo posto nelle vocazioni ereditarie. Le classi sono chiamate nell'ordine conosciuto: 1) sui, 2) legittimi, 3) cognati.

Post suos eosque, quos inter suos heredes praetor vocat, et post legitimos, proximos cognatos praetor vocat.

Questa prossimità deve intendersi con una certa distinzione: perché, per quanto attiene ai discendenti, essi, anche se di grado più lontano rispetto agli ascendenti o ai collaterali, sono sempre preferiti nella chiamata.

Le istituzioni giustinianee riportano il seguente brano, che è forse di Gaio (*res cott.*): § 11 Inst. III, 6.

Repetitis itaque omnibus quae iam tradidimus apparet non semper eos, qui parem gradum cognationis optinent, pariter vocari eoque amplius nec eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiozem esse. cum enim *prima causa sit suorum heredum* quosque inter suos heredes iam enumeravimus, apparet pronepotem vel abnepotem defuncti potiozem esse quam fratrem aut patrem matremque defuncti, cum pater quidem et mater, ut supra quoque tradidimus, primum gradum cognationis optineant, frater vero secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognatus et abnepos quarto: nec interest in potestate morientis fuerit an non fuerit, quod vel emancipatus vel ex emancipato aut ex feminino sexu propagatus est.

Quando, adunque, non vi siano sui o, in mancanza di sui, non vi sia un agnato o, pur essendovi, egli rinunzi, si passa alla categoria dei cognati. Bisogna tener presente, però, che «adgnatus qui integrum ius adgnationis habet, etiamsi longissimo gradu sit, potior habetur quam proximior cognatus». L'agnato prossimo è tale anche se sia di grado molto remoto: e quando un agnato prossimo ci sia, la delazione ereditaria si arresta necessariamente in capo a lui. Così «patrui nepos vel pronepos avunculo vel materterae praefertur» (cfr. c. 7 C. 6.58).

In conseguenza può dirsi che «totiens aut potiozem haberi eum qui proximiozem gradum cognationis optinet, aut pariter vocari eos qui cognati sint, quotiens neque suorum heredum iure neque adgnationis iure aliquis praeferrere debeat» (§ 12 Inst. III, 6; cfr. c. 5 C. 6.58).

Quando la successione si apre tra i cognati l'ordine delle chiamate è il seguente:

1°) discendenti in potestà o emancipati o dati in adozione, legittimi o non legittimi, di linea maschile o femminile, succedano essi ad ascendente di sesso maschile o ad ascendente di sesso femminile.

Per discendenti intendiamo, naturalmente, i figli o i nipoti ed altri discendenti che abbiano preso il posto del loro padre premorto all'avo<sup>61</sup>.

a) *Sui*. Abbiamo visto come costoro venissero chiamati, dopo avere rinunciato alla bon. possessio unde liberi ed unde legitimi, alla bonorum possessio unde cognati. Fra i sui vanno compresi anche gli adottivi (1.3 D. 38.8)<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Che la bonorum possessio deferita nella classe dei cognati venisse anzitutto attribuita ai soli discendenti, senza distinzioni di sorta (sui e non sui, discendenti per linea maschile o per linea femminile etc.), e che soltanto in mancanza di discendenti essa venisse attribuita agli ascendenti di primo grado, non è dubbio pel diritto postclassico. Così era pure nel diritto classico allorché vi fossero sui o altri discendenti che il pretore fingesse sui. Quando, invece, vi fossero stati discendenti pei quali la finzione di suità non era possibile, bisogna dire che nel periodo classico essi venivano chiamati alla b. p. unicamente in base al loro grado e quindi assieme agli ascendenti di primo grado. Ma questa seconda regola molto per tempo venne sostituita dalla prima (§ 11 Inst. III, 6; 2.9 D. 38.17).

<sup>62</sup> Cognationem facit etiam adoptio: etenim quibus fiet adgnatus hic qui adoptatus est, isdem etiam cognatus fiet. 4 D. 38.8; 4.2 D. 38.10; 23 D. 1.7; etc.

b) *Emancipati*. Se costoro avessero rinunciato alla bon. possessio unde liberi, e non ci fosse stato né un suus né un agnato prossimo che avessero chiesto la bonorum possessio, essi venivano chiamati ancora nella categoria dei cognati.

c) *Figli naturali dati in adozione*. Costoro, che non potevano essere chiamati nelle due classi introdotte iuris civilis confirmandi gratia, venivano chiamati nella classe dei cognati.

GAIUS, III, 31.

Liberi quoque qui in adoptiva familia sunt ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu (tertio scil.) vocantur (cfr. § 13 Inst. III, 1; § 3 Inst. III, 5).

d) *I discendenti per linea femminile* anche quando siano vulgo quaesiti (Gai III, 24).

GAIUS, *libro sexto decimo ad edictum provinciale*: 2 D. 38.8: P. 295.

Itaque vulgo quaesiti liberi matris et mater talium liberorum, item ipsi fratres inter se ex hac parte bonorum possessionem petere possunt, quia sunt invicem sibi cognati, usque adeo ut, praegnas quoque manumissa si peperit, et is qui natus est matri et mater ipsi et inter se quoque qui nascuntur cognati sint.

ULPIANUS, *libro sexto regularum*: 4 D. 38.8: P. 2380.

Si spurius intestato decesserit, iure consanguinitatis aut adgnationis hereditas eius ad nullum pertinet, quia consanguinitatis itemque adgnationis iura a patre oriuntur: proximitatis autem nomine mater eius aut frater eadem matre natus bonorum possessionem eius ex edicto petere potest.

GAIUS, *res cottidianae*: § 4 Inst. III.5.

Vulgo quaesitos nullum habere adgnatum manifestum est, cum adgnatio a patre, cognatio sit a matre, hi autem nullum patrem habere intelleguntur. eadem ratione nec inter se quidem possunt videri consanguinei esse, quia consanguinitatis ius species est adgnationis: tantum igitur cognati sunt sibi, sicuri et matris cognatis. itaque omnibus istis ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.

Si afferma concordemente in questi tre testi che i figli vulgo quaesiti e, in generale, i discendenti per linea femminile non possono succedere che come cognati. Né rispetto alla loro madre, né tra di loro, essi possono essere agnati: l'agnazione, infatti, a patre oritur.

Naturalmente, tra i discendenti si ricomprendono i nipoti tanto ex filio quanto ex filia.

DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS. A.A. et C.C. Felici: c. 3 C. 6.15.

Nepotibus avi materni pro virili portione etiam iure honorario successio defertur.

MODESTINUS, *libro quarto decimo responsorum*: 8 D. 38.8: P. 338.

Modestinus respondit non ideo minus ad aviae maternae bona ab intestato nepotes admitti, quod vulgo quaesiti proponuntur.

Dopo i discendenti vengono chiamati gli altri parenti: la chiamata di costoro avviene per gradi.

Gradatim autem admittuntur cognati ad bonorum possessionem: ut qui sunt primo gradu, omnes simul admittuntur (1.10 D. 38.8).

Quindi in mancanza di discendenti vengono chiamati:

a) il padre e la madre, che sono i più prossimi tra i cognati, (primo grado).

Dopo costoro, la vocazione passa ai parenti di grado più remoto: quindi i chiamati sono: b) avus avia frater soror; c) proavus proavia fratris sororisque filius filia: et convenienter patruus amita avunculus matertera; d) abavus abavia fratris sororisque nepos neptis: et convenienter patruus magnus amita magna etc. (cfr. §§ 1-7 Inst. III.6; 1.37 D. 38.10). Le chiamate si estendono sino al sesto grado di cognazione, e del settimo vengono chiamati solo il discendente o la discendente del sobrino o della sobrina.

ULPIANUS, *libro quadragentesimo sexto ad edictum*: 1.3 D. 38.8: P. 1201.

Haec autem bonorum possessio, quae ex hac parte edicti datur, cognatorum gradus sex complectitur, et ex septimo duas personas sobrino et sobrina natum et natam.

Invece nelle chiamate agnatizie non vi ha limite di grado.

Hoc loco et illud necessario admonendi sumus adgnationis quidem iure admitti aliquem ad hereditatem et si decimo gradu sit, sive de lege duodecim tabularum quaeramus, sive de edicto quo praetor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. proximitatis vero nomine his solis praetor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, et ex septimo a sobrino sobrinaque nato natave (§ 5 Inst. III, 5).

Anche questa diversità nella estensione dei gradi di parentela esistente, ai fini della chiamata ereditaria, tra agnati e cognati, è indice eloquente della diversa natura delle rispettive chiamate. L'una, quella agnatizia, è organica e sorge necessariamente in capo a colui che si trovi ad essere il prossimo agnato, sia pure di grado remotissimo. L'altra, quella cognatizia, ha fondamento sui vincoli di sangue, e questi vincoli sono già nel 5° e nel 6° grado talmente affievoliti da potere essere considerati come estinti<sup>63</sup>.

PAPINIANUS, *libro sexto responsorum*: 9 pr. D. 38.8: P. 545.

Octavi gradus adgnato iure legitimi heredis, etsi non extiterit heres, possessio defertur: ut proximo autem cognato, quamvis extiterit heres, non defertur.

<sup>63</sup> L'ARANGIO RUIZ, *Ist.*, II, 178 sostiene che non si ammetta agnazione oltre il sesto grado. Ora se ciò è esatto per la cognazione, non lo è per l'agnazione: i testi citati esplicitamente affermano che ai fini della vocazione ereditaria non c'è limite nei gradi del vincolo agnatizio. Ciò, del resto, è conforme alla natura organica della vocazione ereditaria dell'agnato prossimo. Cfr. § 12 Inst. II. 6; § 5 Inst. III. 5; 9 pr. D. 38.8 ecc. – Vedi anche PEROZZI, *B.I.D.R.* 31, p. 93; BETTI, *ivi*, 34, 268 n. 1. Ma in *Ist.*<sup>2</sup> l'A. R. non insiste sopra tale tesi.

Se c'è un agnato di ottavo grado la bonorum possessio «unde legitimi» viene a lui deferita ancorché egli non abbia voluto adire l'eredità. Viceversa, poniamo che questo agnato adisca l'eredità e chieda la bonorum possessio anziché ex capite unde legitimi, ex capite unde cognati: essa non gli verrà accordata.

La cognazione è riconosciuta efficace ai fini della successione sino al 7° grado: l'agnazione, invece, non ha limiti di grado.

Noi già sappiamo che in questa categoria i parenti vengono chiamati indipendentemente dal loro status familiae e, quindi, anche quando abbiano subito una capitis deminutio. Né qui, come nella classe unde liberi, il pretore opera con finzioni. Qui egli prescinde dalla capitis deminutio perché qui la cap. deminutio non esplica influenza alcuna sopra le chiamate ereditarie: queste, infatti, sono fondate sul vincolo cognatizio e non hanno rapporto alcuno coi posti familiari agnatizi. Così, si dice in § 1 Inst. III. 5.

Qua parte naturalis cognatio spectatur. nam adgnati capite deminuti quique ex his progeniti sunt ex lege XII tabularum inter legitimos non habentur, sed a praetore tertio ordine vocantur<sup>64</sup>.

Ulp. XXVIII, 9.

Proximi cognati bonorum possessionem accipiunt non solum per feminini sexus personam cognati, sed etiam agnati capite deminuti, nam licet legitimum ius agnationis capitis minutione amiserint, natura tamen cognati manent.

Naturalmente, lo stesso principio non vale per gli adottivi capite deminuti: poiché la capitis deminutio estingue, in questo caso, tanto i vincoli agnatizi quanto quelli (artificiali) cognatizi; manca, per ciò stesso, quella parentela cognatizia che costituisce il fondamento della chiamata.

IULIANUS, *libro vicensimo septimo digestorum*: 3 D. 38.8: P. 412.

Capitis deminutione peremuntur cognationes, quae per adoptionem adquisitae sunt. igitur si post mortem verbi gratia fratris adoptivi intra centesimum diem adoptivus frater capite deminutus fuerit, bonorum possessionem accipere non poterit, quae proximitatis nomine fratris defertur: praetorem enim non solum mortis tempus, sed etiam id, quo bonorum possessio petitur, intueri palam est.

Così, se il fratello adottivo venga capite deminutus prima dello scadere dei cento giorni entro i quali egli avrebbe dovuto chiedere la bonorum possessio del fratello (adottivo) defunto, il capite deminutus sarà escluso da tale bonorum possessio, perché ormai non è più né agnato, né cognato. L'adottivo, che non sia capite deminutus, si trova invece in una posizione di privilegio. Perché egli «tam in familia naturalis patris iura cognationis retinet, quam in familia adoptiva nanciscitur» (1.4 D. 38.8).

<sup>64</sup> Cfr. GAI III, 21, 27; ULP., XXVII, 5; GAI *Ep.*, II.8.7; PAULI IV, 8.22; ULP., XXVII, 9.

Anche qui valgono i principî generali che disciplinano la chiamata ereditaria. È chiamato il prossimo: prossimo si dice anche in relazione a colui che è solo, *quamvis proprie proximus ex pluribus dicitur* (1.5 D. 38.8). La prossimità va, poi, riferita al momento della delazione della bonorum possessio (*proximum accipere nos oportet, eo tempore quo bonorum possessio defertur*). Così che «*si quis proximus cognatus, dum heredes scripti dehereditant, diem suum obierit, sequens quasi proximus admittetur*».

E anche qui, naturalmente, si applica il principio che l'attesa di un postumo di un dato grado impedisce la delazione della bonorum possessio alle persone di grado ulteriore.

ULPIANUS, *libro quadragensimo sexto ad edictum*: 1.8 D. 38.8: P. 1201.

*Si quis proximior cognatus nasci speretur, in ea condicione est, ut dici debeat obstare eum sequentibus: sed ubi natus non est, admitemus eum qui post ventrem proximus videbatur.*

Anche qui vale il principio che il postumo, per poter essere tenuto in conto, deve essere stato almeno concepito al momento della morte del parente della cui successione si tratta.

*...nam si post mortem (conceptus est), neque obstabit alii neque ipse admittetur, quia non fuit proximus cognatus ei, quo vivo nondum animus fuerit.*

§ 135. Sappiamo già che in questa classe è stata ammessa dal pretore la successio graduum: la quale, invece, non poteva logicamente essere ammessa nella classe «*unde legitimi*».

SCAEVOLA, *libro secundo responsorum*: 10 D. 38.8: P. 252.

*Intestata reliquit sororem Septiciam diverso patre natam et praegnatam matrem ex alio marito: quaero, si mater hereditatem repudiaverit, dum adhuc praegnas est, posteaquam enixa fuerit Semproniam, an etiam Sempronia bonorum Titiae possessionem accipere possit. respondit, si mater hereditate exclusa est, eam quae, ut proponeretur, postea nata est, accipere posse.*

Tizia, morendo, lascia la sorella Septicia ex diverso patre nata, e la madre praegnas ex alio marito. Il che vuol dire che non sono sue agnate né Septicia né la nascita. Se la madre rinuncia all'eredità, la bonorum possessio sarà deferita alle sorelle, quali sequentes.

Abbiamo detto che soltanto in questa categoria venivano chiamati tutti coloro che erano congiunti per linea femminile. Era quindi in questa classe che venivano chiamati i figli alla successione della madre e degli ascendenti materni, e la madre alla successione dei figli. Fu solo successivamente, in seguito ai senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano, che la madre, in quanto successibile dei figli, e i figli, in quanto successibili della madre, furono trasportati dalla classe dei cognati in quella dei legittimi.

L'una e l'altra fase della successione ci sono attestati da Ulpiano.

ULPIANUS, *libro quadragesimo sexto ad edictum*: 1.9 D. 38.8: P. 1201.

Si qua praegnans decesserit et utero exsecto partus sit editus, in ea conditione est partus iste, ut matris suae accipere bonorum possessionem possit 'unde proximi cognati'. Sed post senatus consultum Orphitianum et 'unde legitimi' petere poterit, quia mortis tempore in utero fuit.

Orbene, se noi prescindiamo da queste innovazioni apportate dai due senatoconsulti, e consideriamo la classe dei cognati così come era stata originariamente costituita dal pretore, allora non possiamo non accorgerci di un fatto assai notevole: cioè, che essa realizza un sistema successorio così felice che esso potrà, più tardi, essere quasi *integralmente* accettato da Giustiniano e trasfuso nelle novelle 118 e 127. Questa classe viene sottoposta, già nell'epoca classica, ma specialmente in quella postclassica, a un curioso processo di disgregazione per essere poi di nuovo ricomposta, quasi nella sua medesima fisionomia originaria, nel diritto delle novelle. In questo diritto essa viene, però, a sostituire l'antica classe dei legittimi.

Infatti: coi senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano, prima, e con le costituzioni di Valentiniano, Teodosio ed Arcadio, e con quelle di Anastasio e di Giustiniano, poi, una serie numerosa di cognati viene portata nella classe dei legittimi. Finalmente Giustiniano, nelle novelle, abolisce la distinzione tra le varie classi e non lascia che la classe generale dei legittimi. Ebbene: questa nuova classe non è, in sostanza, con qualche modifica, specie nell'ordinamento delle chiamate, nient'altro che la riproduzione, sotto altra forma, della antica classe dei cognati<sup>65</sup>.

Avendo terminato così di trattare della vocazione dei cognati, sarebbe ora la volta di esaminare la vocazione intestata del coniuge superstite. Ma poiché tale vocazione non conferisce al coniuge superstite la qualità di legittimario, tralascio una indagine sull'argomento: essa, infatti, non avrebbe interesse ai fini della trattazione ulteriore concernente la successione necessaria contro il testamento.

<sup>65</sup> Parlando di cognazione, per evitare equivoci, bisogna aggiungere che noi ci riferiamo alla cognazione delle persone ingenuae e non a quella delle persone servili: quest'ultima, infatti, non è riconosciuta neanche dal diritto giustiniano: «pertinet autem haec lex – dice Ulpiano – ad cognationes non serviles: nec enim facile ulla servilis videtur esse cognatio» (1.2 D. 38.8). E Modestino soggiunge: «is, qui aliqua ratione servus factus est, manumissione nulla ratione recipit cognationem» (7 D. 38.8).

## SEZIONE SECONDA

SISTEMA DELLE VOCAZIONI INTESTATE  
DELL' IUS CIVILE NOVUM

## INTRODUZIONE

§ 136. Lo *ius civile novum* in quanto modellato sul diritto pretorio.

All'epoca di Adriano, prima cioè che venisse emanato il senatoconsulto Tertulliano, *hereditas* e *bonorum possessio* costituivano già un sistema organico di successione. Quantunque, però, le chiamate dello *ius civile* e quelle del diritto pretorio fossero tra loro sapientemente coordinate, tuttavia i due sistemi, della *hereditas* e della *bonorum possessio*, rimanevano pur sempre formalmente distinti: erano eredi i sui e l'agnato prossimo, *bonorum possessores* gli emancipati (in genere i liberi, ancorché preferiti all'agnato prossimo) e i cognati.

Inoltre la diversità di natura tra le due specie di chiamate era fondamentale. Le une, organiche designazioni familiari, aventi struttura, se non funzione, potestativa: le altre, diritti soggettivi di contenuto patrimoniale attribuiti ai prossimi parenti, in base ai loro vincoli di sangue. Le une, quindi, necessarie e non rinunziabili: le altre, invece, lasciate al libero arbitrio dei loro titolari.

Orbene, noi assistiamo a questo mirabile fenomeno: che il nuovo diritto ereditario civile – iniziatosi coi due senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano – abbandona definitivamente l'antica concezione agnatzia, fa propria la nuova concezione pretoria e modella su quella pretoria la nuova chiamata ereditaria civile.

La prova caratteristica di questo fenomeno è data da due fatti.

1) Anzitutto la nuova chiamata di *ius civile* compete al chiamato in quanto cognato; essa tiene conto, quindi, esclusivamente dei vincoli di sangue e prescinde dai mutamenti di *familia* (*capitis deminutio*) che il chiamato abbia eventualmente subito, prima o dopo la delazione.

MARCIANUS: § 2 Inst. III, 4.

Sciendum autem est huiusmodi successiones, quae a Tertulliano et Orfitiano deferuntur, capitis deminutione non pereunt, sed illae solae quae ex lege XII tab. deferuntur.

ULPIANUS, *libro duodecimo ad Sabinum*: 1.8 D. 38.17: P. 2514.

Capitis minutio [salvo statu contingens<sup>1</sup>] liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem: nam vetus sola hereditas, quae lege duodecim tabularum defertur, capitis minutione peremittitur, novae vel ex lege vel ex senatusconsultis delatae non peremuntur capitis deminutione. proinde sive quis ante delatam (hereditatem sive post), capite minuatur, ad legitimam hereditatem admittetur (cfr. 11 D. 38.16).

Questi testi affermano esplicitamente che la capitis deminutio non estingue le nuove chiamate di ius civile: la ragione di ciò va ricercata nel fatto che esse non si collegano più, come quelle di ius civile vetus, ai posti familiari, avendo il loro esclusivo fondamento sui vincoli di sangue che uniscono il chiamato al defunto.

2) Inoltre, le nuove chiamate ereditarie di ius civile, diversamente da quelle antiche, ammettono la delazione successiva<sup>2</sup>.

Appare da ciò manifesto come il nuovo diritto civile ereditario, facendo propria la concezione pretoria, assida esso pure sopra il fondamento della famiglia cognatizia il nuovo diritto ereditario: esso, infatti, modella le sue chiamate su quelle del pretore. Del resto noi avevamo già veduto come queste riforme legislative presupponessero il sistema successorio pretorio, e si limitassero a trasportare nella categoria dei legittimi (al fine di dar loro la precedenza sugli agnati) i più prossimi parenti, già chiamati dal pretore nella classe dei cognati.

## CAPITOLO I

### SENATOCONSULTO TERTULLIANO

§ 137. La chiamata della madre alla successione dei propri figli.

§ 138. Rapporti tra il diritto della madre e quello dei figli del defunto.

§ 139. Interpolazione del fr. 2.8 D. 38.17.

§ 140. Interpolazione privativa del fr. 2.14 D. 38.17.

§ 141. Interpolazione del fr. 2.9 D. 38.17.

§ 142. Rapporti fra il diritto del padre e quello della madre del defunto.

§ 143. Rapporti fra il diritto del fratello, quello della consanguinea, e quello della madre del defunto.

<sup>1</sup> COLI, *Capitis deminutio*, pag. 35.

<sup>2</sup> Fr. 1.11 D. 38.17. Et Iulianus recte putat circa Tertullianum locum esse succedenti agnato. Cfr. 2.10 D. 38.17; 2.7 D. 38.17 etc.

§ 144. Devoluzione della eredità dal chiamato secondo l'ius civile novum al chiamato secondo l'ius civile vetus.

§ 145. Interpolazione del fr. 2.47 D. 38.17.

§ 137. Giustiniano dopo aver premesso, nelle sue istituzioni, che per il rigore dell'antico diritto civile la madre era esclusa dalla successione dei propri figli, e dopo aver mostrato come a questo inconveniente si fosse ovviato solo parzialmente con la riforma pretoria, afferma che ai tempi di Claudio, prima, e definitivamente, poi, ai tempi di Adriano (mediante il senatoconsulto Tertulliano), fu disposto che le ingenuae aventi l'ius trium liberorum e le libertine aventi l'ius quattuor liberorum venissero ammesse all'eredità dei loro figli morti senza lasciare né discendenti, né fratelli consanguinei, né il padre naturale<sup>3</sup>.

Sono interessanti le parole dell'imperatore (pr. Inst. III, 3).

[Lex duodecim tabularum ita stricto iure utebatur et praeponerat masculorum progeniem et eos], qui per feminini sexus necessitudinem sibi iunguntur, adeo [espellebat], ut ne quidem inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae ius [daret, nisi quod praetores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum possessione unde cognati accomodata vocabant]. § 1. Sed hae iuris [angustiae postea] emendatae sunt et primus quidem divus Claudius matri ad solacium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem.

§ 2. Postea autem senatus consulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est [plenissime de tristi successione matri, non etiam aviae deferenda], cautum est: ut mater ingenua trium liberorum ius habens, libertina quattuor ad bona filiorum filiarumve admittatur intestatorum mortuorum, licet in potestate parentis est, ut scilicet, cum alieno iuri subiecta est, iussu eius adeat cui iuri subiecta est<sup>4</sup>.

Sull'ius liberorum della madre ci danno esplicita testimonianza anche Ulpiano e Paolo.

<sup>3</sup> A questo favore per la madre è da ricondurre la soluzione prospettata nella seguente fattispecie:

TRYPHONINUS, *libro vicesimo primo disputationum*: 9.1 D. 34.5: P. 72.

Cum bello pater cura filio perisset materque filii quasi postea mortui bona vindicaret, agnati vero patris, quasi filius ante perisset, divus Hadrianus credit patrem prius mortuum.

Dunque: se il padre e il figlio siano morti contemporaneamente e il figlio abbia lasciato anche la madre a chi toccherà l'eredità?

Se si considera morto prima il figlio e dopo il padre, l'eredità toccherà evidentemente agli agnati: se si considera morto prima il padre e poi il figlio, l'eredità, dopo il sen. Tertulliano, toccherà invece alla madre. Adriano decide, manifestando quindi ancora una volta il suo favore per la madre, che debba considerarsi come morto per primo il padre.

<sup>4</sup> L'ultima parte del testo è di Marciano: alle istituzioni gaiane (III, 24 segg.), invece, appartiene la prima parte. Cfr. FERRINI. R. I. L. vol. XVIII (1890) p. 158.

ULPIANUS, XXVIII, 8.

Intestati filii... (mater) si ius liberorum habeat, ingenua trium libertina quattuor, legitima heres fit ex senatusconsulto Tertulliano.

PAULUS, IV, IX, 1.

Matres tam ingenuae quam libertinae cives Romanae, ut ius liberorum consecutae videantur, ter et quater peperisse sufficit, dummodo vivos et pleni temporis pariant.

Ora dell'ius liberorum non si fa parola nel Digesto: la menzione di esso è naturalmente soppressa dai compilatori in base alle nuove disposizioni emanate da Giustiniano (c. 2 C. 8.58) e confermate anche nelle istituzioni (§ 4 Inst. 3 ...et dedimus ius legitimum plenum matribus sive ingenuis sive libertinis, etsi non ter enixae fuerint vel quater sed eum tantum vel eam, qui quaeve morte intercepti sunt).

C'è, perciò, una interpolazione privativa nel seguente testo.

ULPIANUS, *libro tertio decimo ad Sabinum*: 2 pr. D. 38.17: P. 2517.

Sive ingenua sit mater sive libertina (si ius liberorum habeat) habebit Tertullianum commodum.

I figli (o le figlie) a cui la madre può succedere sono tanto quelli iuste procreati, quanto quelli vulgo quaesiti (2.1 D. 38.17). Se però costoro diventino libertini «mater legitimam hereditatem vindicare non poterit, quoniam mater esse huiusmodi filiorum desiit». È, infatti, noto che «is qui aliqua ratione servus factus est, manumissione nulla ratione recipit cognationem» (7 D. 38.8).

La madre è pure ammessa alla eredità del figlio: 1) quando il figlio sia stato concepito in servitù, ma sia stato partorito dopo la manumissione; 2) così, se la madre 'serva poenae concepit et restituta edidit'; 3) così 'si libera concepit, edidit serva poenae, mox restituta est'; 4) così 'si libera concepit et in servitute redacta edidit, mox manumissa est'; 5) 'item si adhuc praegnas manumissa est, dicendum erit prodesse'; 6) e, infine, 'et in servitute editi filii ad legitimam hereditatem mater admittetur, [ut puta] si [post moram factam in fideicommissa libertate] peperit [vel] apud hostes et cum eo rediit [vel si redempta edidit]'<sup>5</sup> (2.3 D. 38.17; cfr. 1.3 D. 38.17 int.).

Quando il figlio sia impubere e il padre abbia fatto per lui un testamento pupillare, la madre è naturalmente esclusa dalla successione. Vi viene solo se i sostituti pupillari abbiano omesso di adire l'eredità del pupillo (2.5 D. 38.17).

Quando il figlio pubere venga arrogato «dicendum est matrem ad bona eius admitti, quae haberet, si intestatus decessisset» (2.5 D. 38.17)<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Le parole messe tra parentesi sono da ritenere interpolate perché evidentemente ispirate alla c. 6 C. 6.5. Infatti colui che nasceva in servitù, quantunque ingenuus, non succedeva alla madre, come ci attesta lo stesso Giustiniano.

<sup>6</sup> L'arrogazione estingue la sostituzione pupillare (17.1 D. 1.7 ...substitutionem a parente factam estinguere) e poiché «patrem adoptivum matri non obesse plerique probant» (3 D.

Alla madre vengono anzitutto preferiti i discendenti del figlio defunto, sui od emancipati: dopo il senatoconsulto Orfiziano, vengono preferiti alla madre anche i discendenti della figlia. Come vedremo, le vengono pure preferiti il padre naturale ed il fratello consanguineo.

IUSTINIANUS: § 3 Inst. III.3.

Praeferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt quive suorum loco, sive primi gradus sive ulterioris. [sed et filiae suae mortuae filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctae id est aviae suae].

ULPIANUS, XXVI, 8.

Intestati filii... (mater) legitima heres fit ex sen.<sup>10</sup> Tertulliano, si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocatur.

ULPIANUS, *libro tertio decimo ad Sabinum*: 2.6 D. 38.17: P. 2519.

Liberi defuncti sui quidem obstabunt matri eius tam virilis sexus quam feminini, tam naturales quam adoptivi matremque excludunt, [bonorum possessores vero etiam non sui et quidem soli naturales.] adoptivi autem liberi post emancipationem ita admittuntur, si ex liberis naturalibus fuerint ut puta nepos naturalis ab avo adoptatus: nam licet sit emancipatus, bonorum possessione accepta matri obstabit<sup>7</sup>.

PAULUS, *libro singulari ad senatusconsultum Tertullianum*: 5 pr. 1 D. 38.17: P. 1906.

Aequissimum visum est [omnes] filios matri praeferrere, etiamsi per adoptionem in familiam relictis essent<sup>7</sup>.

§ 1. Sed et nepos ex adoptivo filio natus ex verbis senatus consulti matri obstabit.

Sono dunque preferiti alla madre i figli naturali sui od emancipati. Gli adottivi sono preferiti solo se siano in potestà: non anche, invece, quando siano stati emancipati. Si fa eccezione, naturalmente, per gli adottivi che siano legati al padre defunto anche da vincoli di sangue: in questo caso l'emancipazione, pur dissolvendo i vincoli civili, lascia inalterati quelli naturali.

§ 138. Abbiamo già detto (p. 279 [p. 765]) che oltre ai figli venivano preferiti alla madre il padre naturale del defunto ed il fratello consanguineo. Dobbiamo ora, appunto, passare ad esaminare il rapporto in cui il diritto della madre si trova col diritto di coloro (figli, padre, fratello consanguineo) che vengono a lei preferiti nella chiamata ereditaria. Inizieremo naturalmente con lo studia-

38.17) ne segue che giustamente la madre potrà, in tal caso, venire alla successione del figlio. Cfr. 40 D. 28.6; 2.46 D. 38.17.

<sup>7</sup> Sulle interpolazioni notate nei due testi vedi la nota 1 a pag. 285 [p. 771 nota 12]. Esse sono dirette ad equiparare tutti i figli (sui e non sui) ed a preferirli tutti alla madre.

re il rapporto tra il diritto dei figli e quello della madre. Ma premettiamo qualche nozione generale.

Vedremo come, pel diritto classico, sia necessario procedere a una distinzione tra *a*) chiamati ex lege XII tabularum, *b*) chiamati dal nuovo ius civile, e *c*) chiamati dal pretore. E a quest'uopo noi possiamo formulare questa regola generale: *quando colui che è chiamato prima della madre sia un suus o un agnato, ancorché costui si astenga o rinunzi, la madre non potrà venire ex sen.*<sup>10</sup> *Tertulliano alla successione del figlio.* E ciò, perché non è ammessa la delazione successiva della hereditas, sia pure quando tale delazione debba passare da un chiamato secondo l'ius vetus a un chiamato secondo l'ius novum.

Invece, quando colui che è chiamato prima della madre sia chiamato per diritto civile nuovo e rinunzi, la delazione successiva dell'eredità è ammessa e, quindi, potrà la madre venire all'eredità ex sen.<sup>10</sup> Tert. E quando, infine, il primo chiamato sia un bonorum possessor, se costui non chiede la bonorum possessio, la madre può attuare la sua vocazione di ius civile.

Le ragioni di queste differenze tra ius civile vetus, ius civile novum e ius honorarium appaiono evidenti quando si tenga presente la mutata natura giuridica delle nuove vocazioni ereditarie, e, quindi, l'ammissione, entro certi limiti, di delazioni successive anche nella hereditas. Appare qui evidente il fenomeno di stratificazione di regimi diversi nel sistema successorio: sul sistema antico ne sono stati adagiati due nuovi che, peraltro, non hanno abolito il primo: quello di diritto pretorio e quello di ius civile novum.

Riprendendo, dunque, il nostro esame circa il rapporto esistente tra il diritto dei figli e quello della madre, passiamo a vedere le particolarità di tale rapporto.

ULPIANUS, *libro tertio decimo ad Sabinum*: 2.7 D. 38.17: P. 2519.

Si vero apud hostes est filius vel nasci speratur, pendet ius matris, donec redierit vel nascatur.

GAIUS, *libro singolari ad senatus consultum Tertullianum*: 9 D. 38.17: P. 508.

In suspenso est ius matris, si filius defuncti emancipatus deliberet de bonorum possessione petenda.

POMPONIUS, *libro secundo senatus consultorum*: 10.1 D. 38.17: P. 807.

Quando in pendentibus est, an quaedam personae possint obstare matri, et casus tulerit, ut non inducerentur, matris ius integrum erit, quod medio tempore pependerit: veluti si filio intestato mortuo postumus ei filius potuerit nasci nec natus sit aut mortuus editus, vel quod etiam filius qui in hostium potestate erat postliminio non sit reversus.

Quando, perciò, il figlio sia prigioniero, o quando sia concepito e se ne attenda la nascita, o quando il figlio emancipato deliberi de bonorum possessione petenda, insomma quando i primi chiamati (figli, fratello consanguineo e padre naturale) possono ancora attuare il loro diritto, il diritto della madre è pendente. Questo stato di pendenza si risolverà o con la definitiva esclusione della

madre o, allorché, invece, sia venuto meno il diritto poziore, con l'ammissione di costei alla eredità del figlio.

§ 139. Ulpiano ci dà notizia di una controversia intorno agli effetti che l'astensione del suus dall'eredità del proprio padre produce nei riguardi del diritto di successione della madre. Poteva essa venire chiamata all'eredità del figlio, quando il nipote (suus), se ne fosse astenuto?

ULPIANUS, *libro tertio decimo ad Sabinum*: 2.8 D. 38.17: P. 2519.

Sed si sint sui heredes, verum hereditas ad eos non pertineat, videamus an mater admittatur, ut puta abstinuit se hereditate. Africanus et Publicius temptant dicere in casum quo se abstinent sui, matrem venire, et tunc ei obstent, quotiens rem haberent, ne nudum nomen sui heredis noceat matri: quae sententia aequior est.

Il testo è largamente interpolato. La controversia cui ivi si allude doveva avere il seguente contenuto: poiché il diritto che alla madre viene attribuito dal senato consulto Tertulliano è un diritto civile, è chiaro come esso non possa essere attuato quando ci sia di mezzo un diritto civile poziore. Così, quando la madre è preceduta da sui, questi, essendo eredi ipso iure, ancorché si astengano dall'eredità escludono la madre dalla successione (iure civili) del figlio. La madre esclusa per diritto civile, aveva, però, ancora la possibilità di chiedere la bonorum possessio unde cognati quando il suus non avesse chiesta neanche in questa classe la bonorum possessio a lui per primo deferita. In questo senso va intesa la soluzione proposta da Africano e Publicio.

Diversa sarebbe stata la soluzione se invece di sui si fosse trattato di emancipati. Se costoro avessero rinunciato alla bonorum possessio unde liberi, la madre avrebbe potuto attuare il suo diritto civile. La sola presenza degli emancipati, infatti, poiché essi non sono eredi per diritto civile come i sui, non è di ostacolo alla chiamata iure civili della madre.

La decisione di Africano e di Publicio presuppone, dunque, per essere razionale, le distinzioni da noi poste. Invece i compilatori, non distinguendo più, naturalmente, tra diritto civile e diritto pretorio, fondono in una le due soluzioni *formalmente* diverse. Poiché, in definitiva, anche quando il suus si asteneva, la madre, sia pure come bonorum possessor, veniva all'eredità del figlio, è naturale che i compilatori facessero propria questa conclusione, senza preoccuparsi della *via formale* attraverso cui i classici vi erano pervenuti.

È difficile, però, ricostruire il tenore originario del frammento.

Conferma di queste nostre considerazioni ci porge quest'altro paragrafo dello stesso frammento di Ulpiano.

ULPIANUS, *libro tertio decimo ad Sabinum*: 2.11 D. 38.17: P. 2519.

Si quis ex liberis, dum est in utero, in possessione missus sit, mox natus sit et ante bonorum possessionem acceptam decesserit, an matri noceat videndum, quasi bonorum possessor. Et puto non nocere, *si non suus*

*patri adgnascitur*; neque enim sufficit mitti in possessionem, nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem. igitur et si furioso decreto petita sit possessio et priusquam ipse mentis compos factus bonorum possessionem petierit, decesserit, matri non obstat.

La bonorum possessio ventris nomine, e quella che viene attribuita al pazzo, ha valore esclusivamente conservativo: essa non è quella caratteristica bonorum possessio attraverso la quale si attua il rapporto di successione. È, perciò, necessario che il nato, o il pazzo quando divenga compos sui, chiedano la bonorum possessio edittale. Se essi muoiano prima di averla chiesta, si considerano come non mai chiamati all'eredità. Tutto ciò, però, non ha valore quando postumo sia un suus: poiché costui diviene ipso iure erede del paterfamilias, non è per lui necessaria la richiesta della bonorum possessio. Mentre, allora, nelle prime ipotesi la missio in possessionem non nuoce alla madre, nuoce, invece, nell'ipotesi che ella abbia partorito un suus.

Così quando venga chiesta la bonorum possessio Carboniana e non anche quella edittale, poiché la bon. possessio Carboniana è sottoposta ad un termine di decadenza, «dicendum est matri post tempus non nocere, aut si impubes decesserit, matri non obstat» (2.12 D. 38.17).

§ 140. Sembrerebbe contraddire alle nostre considerazioni quanto espone ancora Ulpiano al § 14 dello stesso frammento.

Ita demum autem mater senatus consulti beneficio excludetur, si filius (ex senatus consulto Orfitiano matris) adiit legitimam hereditatem: ceterum si omiserit legitimam hereditatem, mater ex senatus consulto Tertulliano admittetur<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Il testo prosegue:

Sed si non sit solus iste filius legitimus heres, sed sint qui cum eo admittantur, nec in partem eorum mater ex senatus consulto erit vocanda.

Chi sono coloro che vengono ammessi col figlio alla eredità? La risposta è impossibile a darsi in base al testo: perché o si tratta di altri figli ed allora la espressione del testo è ben strana: perché indicarli con un giro così curioso di parole?

Io credo, invece, che le cose stiano in questo modo.

Il testo classico, come dimostro sopra, si riferiva *al figlio della madre esclusivamente*, ed affermava che se costui non adiva, poteva adire, ex sen. Tertulliano, la madre. Il rimanente del resto è compilatorio: esso intende dire che se assieme al figlio vi sono nipoti, nati da un fratello premorto, costoro saranno preferiti alla madre e avranno per intiero la eredità dell'ava. È risaputo che il sen. Orfiziano si limitava a chiamare i figli alla successione della madre, e non estendeva la chiamata anche ai nipoti. Fu solo Giustiniano che, continuando una riforma già iniziata da Teodosio Valentiniano ed Arcadio, chiamò anche i nipoti alla successione dell'ava.

§ 1 Inst. III.4. Sed cum ex hoc senatusconsulto nepotes ad aviae successionem legitimo iure non vocabantur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque et nepotes et neptes vocentur.

È interpolato in questo senso anche il fr. 1.9 D. 38.17.

Noi abbiamo detto che la sola presenza del *suus* rende impossibile alla madre di venire alla eredità legittima del figlio (non anche alla *bonorum possessio*). Qui, invece, si afferma che quando il figlio abbia omesso l'adizione dell'eredità, *mater ex senatus consulto Tertulliano admittetur*.

Orbene, qui non si tratta di *sui*<sup>9</sup>: perché se si trattasse di *sui* sarebbe grave errore parlare di adizione o di mancata adizione. L'ipotesi qui prospettata da Ulpiano si riferisce ai *figli ammessi all'eredità della madre ex senc.*<sup>10</sup> Orfitiano.

In questo caso, e solo in questo caso, è possibile pensare ad una mancata adizione da parte dei figli e ad una possibile adizione della madre.

Vi è qui, perciò, un'interpolazione privativa: il testo originariamente suonava così: si *filius* «*ex senatus consulto Orphitiano matris*» *adiit legitimam hereditatem rel.*

Per diritto giustiniano questa distinzione è ormai inutile. I figli indistintamente (*sui* o non *sui*) debbono adire. Se non adiscono, la loro sola presenza (quando siano *sui*) non nuoce, come avveniva in diritto classico, ai successivi chiamati dall'*ius civile*.

Che la presenza sola dei *sui* non nuocesse ai *sequentes* chiamati dal pretore alla *bonorum possessio*, è principio già riconosciuto nel diritto classico: ma il diritto classico non poteva giungere sino a ricollegare all'astensione del *suus* l'effetto di provocare la delazione della *hereditas* al successivo chiamato *ex lege*. Questa delazione successiva era impossibile perché il *suus* era, per diritto civile, l'unico erede possibile. E lo stesso può dirsi per l'agnato prossimo: anche se costui non avesse adito l'eredità, la delazione non poteva passare al successivo chiamato *ex lege* (sia pure *ex nova lege*). L'unica via per superare questi ostacoli insormontabili dello *ius civile* era data dal ricorso alla *bonorum possessio*. Tutto questo sistema logico, ma complicato, di principî non aveva più, naturalmente, valore in diritto giustiniano. I compilatori pongono il problema così: il figlio ha adito? Se sì, la madre è esclusa; se no, la madre è ammessa.

Pei classici il problema andava, invece, posto come segue.

1) Il figlio è un *suus*? Se sì, ancorché egli si astenga, poiché tuttavia rimane *heres*, la madre è esclusa *iure civili* e può solo essere ammessa, *iure praetorio*, a chiedere la *bonorum possessio unde cognati*, dato che il *suus* persista a non chiedere neanche la *b. p.*: soluzione, questa, cui doveva accennare originariamente il fr. 2.8 D. 38.17. Questa soluzione è giustificata appunto dal fatto che *heres* per diritto civile è il *suus* e non potrebbe essercene un altro.

<sup>9</sup> Al fr. 2.14 D. 38.17 il Lenel (Ulp., 2520) annota «*scilicet per eum defunctae filium, qui fratris consanguinei loco ei est. Hic enim non agitur de suo herede*».

È verissimo che non si tratta di un *suus* e che si tratti, invece, di un figlio della madre: non mi pare vero, però, che si tratti di un figlio che sia rispetto alla madre *loco fratris consanguinei*. Come spiego nel testo, si tratta invece di un figlio che potrebbe venire *ex sen.* Orfiziano all'eredità materna.

2) Il figlio non è un *suus*, ma *legitimus*, chiamato dal senatoconsulto Orfiziano? E allora, se *adisce*, sarà di ostacolo alla madre; se non *adisce*, poiché le nuove chiamate hanno natura diversa dalle chiamate *ex iure vetere* ed ammettono la delazione successiva dell'eredità, la madre può *adire* essa l'eredità che il figlio ha ripudiata.

3) Il figlio non è *suus*, ma un emancipato o, comunque, uno di quelli che vengono alla successione solo mediante *bon. possessio unde liberi*? E allora, se egli chiede la *bon. possessio*, la madre sarà respinta dall'eredità e dalla *bon. possessio*. Se egli non la chiede, la madre è la prima chiamata *iure civili* e può *adire* l'eredità; né a lei è di ostacolo la presenza dell'emancipato che non chiese la *bon. possessio*.

Queste tre diverse soluzioni non avevano più ragione di essere in diritto giustiniano. Il quale, ripetiamo, richiede, ormai, per tutti l'adizione dell'eredità. Dopo queste considerazioni la ragione delle interpolazioni notate nei §§ 8 e 14 del fr. 2 D. 38.17 risulta evidente.

Senza le nostre considerazioni non si spiegherebbe la ragione per cui Ulpiano avrebbe nel § 14 ripetuto la stessa questione del § 8. Nei due paragrafi, così come sono a noi pervenuti, infatti, si pone la stessa questione e si afferma una stessa soluzione: quando i figli si astengano (o non *adiscano*), la madre viene ammessa all'eredità.

Questa ripetizione si giustifica solo pensando che Ulpiano nei due punti tratta di due diverse categorie di figli: infatti mentre nel § 8 si faceva questione dei *sui*, nel § 14 si faceva questione dei figli, che, pur non essendo *sui*, hanno un *ius legitimum* di venire all'eredità dei loro parenti. Chi sono costoro? Non altri che i figli chiamati *ex sen.*<sup>10</sup> Orfitiano<sup>10</sup>.

§ 141. Nell'affermare che i figli escludono la madre i testi sono concordi nel dire che per figli in questo caso devono intendersi soltanto i *sui* e coloro per i quali è possibile la finzione di *suità*: tutti quelli, insomma, che possono domandare la *bonorum possessio unde liberi*<sup>11</sup>.

Orbene, tra costoro – come abbiamo già visto – non possono essere compresi i figli dati in adozione. Essi si trovano in una famiglia aliena e non possono

<sup>10</sup> La tesi del Lenel (v. p. 283 n. 1) secondo cui si tratterebbe di figli che sono rispetto alla madre defunta nella posizione di fratelli consanguinei, è da respingere. Dal contesto risulta che qui Ulpiano si occupava dei figli come tali. Dei fratelli agnati egli tratta nei paragrafi successivi. Vedi le altre considerazioni di carattere sostanziale svolte nel testo.

<sup>11</sup> Quando l'emancipato, dopo aver chiesta la *bonorum possessio*, si sia astenuto dalla eredità ricorrendo alla *in integrum restitutio* il diritto della madre risorge e, venuto meno il diritto *poziore* dell'emancipato, può attuarsi. Se, però, nuovamente, l'emancipato ritorna alla *bonorum possessio* (*si fuerit rursus immixtus*) viene daccapo impedita l'attuazione del diritto materno (2.10 D. 38.17).

venire all'eredità del loro padre naturale che come cognati. Tenendo presente questo principio, esaminiamo questo enigmatico frammento.

ULPIANUS, *libro tertio decimo ad Sabinum*: 2.9 D. 38.17: P. 2519.

Sed si [quis] (mulier) decessisset relicta filia quam (pater) in adoptionem [legitime] dederat, relicta et matre, divus Pius decrevit cessare senatusconsultum Tertullianum et simul esse admittendas ad bonorum possessionem unde proximi cognati matrem et filiam. Sed quod idem Iulianus scripsit matrem ex senatusconsulto non posse admitti si filia in bonorum possessione petenda cessaverit, verum non erit [succedit enim filiae. Et ideo dicendum erit matrem, donec filia bonorum possessionem petere potest, bonorum possessionem accipere non posse, quoniam succedere quasi legitima speraretur].

Ora il testo originario non poteva riferirsi alla eredità di un paterfamilias che avesse data in adozione la propria figlia, come il «quis» lascia intendere. Perché, in tale ipotesi, il senatoconsulto Tertulliano doveva ricevere piena applicazione. I figli dati in adozione sono chiamati solo nella classe dei cognati e vengono preceduti ed esclusi dalla chiamata dei legittimi, tra i quali, dopo il senc.to Tertulliano, vi è la madre<sup>12</sup>.

Invece l'ipotesi doveva ivi essere diversa: doveva probabilmente trattarsi della eredità di una donna la quale lasciava la madre ed una figlia che era stata data in adozione dal paterfamilias.

Problema: chi era il legittimo successore di costei? Dopo il senc.to Tertulliano è chiaro che legittimo successore doveva essere la madre. La figlia non poteva avere ancora alcuna pretesa: perché i figli furono ammessi solo più tardi, col senc.to Orfiziano, alla eredità della madre. Tuttavia l'iniquità di questa soluzione dovette apparire evidente. Non c'era nessun intrinseco motivo, nessuna ragione desunta dai principî, che impedisse la chiamata della figlia. Né ostava il fatto che essa fosse stata data in adozione: perché, diversamente da quello che avveniva nella successione dei patresfamiliarum, per le donne la nuova successione aveva carattere esclusivamente equitativo e fondamento naturale. Qui infatti, la madre sarebbe venuta ex sen.<sup>10</sup> Tertulliano alla eredità della figlia: ma tale vocazione era germogliata, come sappiamo, sul terreno dell'aequitas. Ma allora, se la madre veniva alla successione della figlia in nome dell'aequitas, ben più giusto era che a tal titolo vi venisse la figlia della defunta.

<sup>12</sup> È solo per diritto giustiniano che, dopo le costituzioni emanate da Giustiniano, i figli dati in adozione sono in una posizione in tutto identica a quella degli altri figli (sui od emancipati). Secondo questa concezione sono interpolati i fr. 5 pr. D. 38.17 [omnes] 2.6 D. 38.17 [bonorum possessores vero etiam non sui et quidem soli naturales]: i compilatori intendono introdurre il principio che tutti i figli debbano essere preferiti alla madre (in genere agli ascendenti).

In base a queste considerazioni dovette, nel caso concreto, sembrare iniqua la posizione della figlia, esclusa iure civili dalla nonna chiamata ex sen.<sup>10</sup> Tertulliano. E allora Antonino Pio, precorrendo così le disposizioni che più tardi dovevano essere emanate dal senatoconsulto Orfiziano, dispose «cessare senatus consultum Tertullianum et simul esse admittendas ad bonorum possessionem matrem et filiam».

Ulpiano passa poi a far menzione di una controversia a proposito della quale egli riferisce l'opinione di Giuliano. Ma tentare di cavar fuori un significato plausibile dalla controversia riportata nel testo è impresa disperata. Il testo ha subito anche in questo parag. profonde alterazioni. Esso è stato, io credo, molto accorciato: forse in origine esso doveva porre la seguente questione. Dopo che col decreto di Antonino Pio era stato stabilito che la figlia non dovesse essere esclusa dalla madre, sorse il problema circa la via da scegliere per attuare la disposizione imperiale. Come fare, dato che la madre era chiamata iure civili (ex sen.to Tert.no) all'eredità de' suoi figli, mentre i figli non erano chiamati iure civili all'eredità della madre? Si sarebbe potuto pensare all'intervento del pretore e, quindi, alla concessione della bonorum possessio. Ma bisognava tenere presente:

1°) che il pretore non poteva mai superare sic et simpliciter il diritto civile e che, anzi, egli doveva, anzitutto, ad esso conformarsi. Quindi, poiché, nel caso nostro, la madre era chiamata iure civili, il pretore non poteva prescindere da questa posizione prevalente della madre, ed accordare la bon. possessio alla figlia.

2°) Né qui il pretore può, come avveniva per gli emancipati, attuare la riforma invocata dall'imperatore salvaguardando con finzioni le esigenze formali dell'ius civile. Infatti questo era possibile che avvenisse per gli emancipati, perché per essi era perfettamente concepibile che, grazie a una previa rescissione della capitis deminutio, venissero considerati *come sui*, e, come tali, chiamati alla successione.

Nel caso nostro, invece, la *figlia* non ha nessun diritto civile di venire alla eredità della madre e non potrebbe averne alcuno neanche per finzione. In conseguenza, se vi sono delle persone chiamate alla successione della madre per diritto civile, costoro non troveranno ostacolo nella presenza della figlia.

Per attuare le disposizioni di Antonino Pio non vi erano, allora, che due vie:

1°) chiamare la figlia all'eredità della madre con disposizione legislativa (cosa che fu fatta più tardi ad opera del sen.<sup>10</sup> Orfiziano);

2°) o disporre che nel caso *cessasse l'efficacia* del senatoconsulto Tertulliano per modo che la successione si operasse non sul terreno dell'ius civile, ma esclusivamente su quello del diritto pretorio (bonorum possessio unde proximi cognati). Fu appunto questa la interpretazione che venne data del decreto, le cui parole sono verosimilmente quelle stesse riportate da Ulpiano.

Le conseguenze giuridiche di questa interpretazione sono le seguenti:

1°) la successione doveva avvenire sul terreno pretorio;

2°) non aveva più applicazione il sen.<sup>10</sup> Tertulliano;

3°) madre e figlia della defunta venivano insieme ammesse alla bonorum possessio.

Ecco quello che poteva forse essere il contenuto della controversia cui il testo allude. Tra le altre, il testo poneva anche questa questione: quando la figlia non avesse chiesto la bon. possessio, doveva il decreto considerarsi tuttavia efficace? E, quindi, anche in tale caso la successione doveva operarsi nell'ambito della bon. possessio unde cognati? Non si vede il motivo per cui si dovesse rispondere diversamente da quel che fece Giuliano. «Iulianus scripsit matrem ex senatus consulto non posse admitti, si filia in bonorum possessione petenda cessaverit». Era naturale: la madre avrebbe profittato della rinuncia della figlia e non avrebbe avuto motivo di abbandonare la b. p. per adire l'eredità ex sen.<sup>10</sup> Tertulliano.

Ma la soluzione di Giuliano non viene accettata dai compilatori, ai quali è senza dubbio da attribuire l'inciso *ideo... speraretur*. Indice chiaro della interpolazione è la contraddizione esistente tra la prima e l'ultima parte del testo. Mentre, infatti, prima si dice che la figlia e la madre verranno insieme (simul) ammesse alla b. p., nella chiusa del testo si afferma che la madre non potrà chiedere la b. p. fino a quando potrà chiederla la figlia. Questa contraddizione è dovuta al fatto che nel testo sono presenti due regimi diversi di successione: il classico e quello giustiniano. Nel diritto classico, infatti, la figlia e la madre, essendo cognate di primo grado, venivano insieme chiamate alla b. p. unde cognati; nel diritto giustiniano, invece, nel quale tutti i discendenti sono preferiti agli ascendenti, la figlia viene chiamata prima della madre, la quale, perciò, sta con la prima in rapporto di *sequenza*. Si capisce, allora, alla luce di queste considerazioni, perché il testo giustiniano parli di *successio* (nel senso dell'*edictum successorium*) della madre alla figlia [*succedit enim (mater) filiae... quoniam succedere quasi legitima speraretur*].

Inoltre, in diritto giustiniano era priva di interesse la questione prospettata da Giuliano, se, in caso di rinuncia della figlia, dovesse la successione restare sul terreno della bonorum possessio o dovesse riportarsi sopra quello dello ius civile. Il diritto giustiniano non conosce più questa antitesi tra diritto civile e diritto pretorio. Per esso tutta la questione si risolveva in questi termini: se la figlia accetta, la madre è esclusa, se la figlia non accetta, la madre viene chiamata alla successione. È questo il contenuto ed il significato giustiniano del testo in esame. I compilatori hanno qui eliminate tutte le questioni eleganti ma complicate, e per loro inutili, che i classici facevano. Quali fossero queste questioni noi abbiamo più sopra tentato di indicare.

Qualunque sia il giudizio che si vorrà portare sulla ricostruzione congetturale proposta, una cosa rimarrà almeno assodata: che il testo è profondamente interpolato, e che queste interpolazioni sono dovute alla eliminazione di parecchie questioni classiche relative ai rapporti tra diritto ereditario civile e di-

ritto ereditario pretorio; questioni, di cui è ancora presente l'eco nel testo, che i compilatori hanno malamente semplificato.

§ 142. Dopo i figli, erano preferiti alla madre il padre naturale e i fratelli consanguinei: la sorella consanguinea era chiamata insieme alla madre.

IUSTINIANUS, § 3 Inst. III.3.

Pater quoque utriusque, non etiam avus vel proavus matri antepositur.  
ULP. XXVI, 8.

Intestati filii hereditas ad matrem... pertinet... si tamen ei filio neque suus heres sit, neque pater, ad quem lege hereditas bonorumve possessio cum re pertinet.

ULPIANUS, *libro tertio decimo ad Sabinum*: 2.15 D. 38.17: P. 2521.

Obicitur matri pater in utriusque bonis tam filii quam filiae, sive heres sive bonorum possessor existat. Sed neque avus neque proavus in Tertulliano matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint. pater autem tantum naturalis, non etiam adoptivus matri nocet: verius est enim, cum pater esse desierit, a matre eum excludi: sed nec ad bonorum possessionem contra tabulas eum admitti, cum pater esse desierit.

§ 16. Undecumque autem acceperit bonorum possessionem pater naturalis, sive legitimus sive contra tabulas, ex quavis parte excludit matrem.

Di fronte al padre naturale – non di fronte a quello adottivo o all'avo e al proavo – il quale venga alla eredità come parens manumissor, tanto se vi venga come heres, quanto se vi venga come bonorum possessor, cessa l'efficacia del sen.to Tertulliano, e il padre viene, in conseguenza, preferito alla madre.

MODESTINUS, *libro sexto differentiarum*: 10 D. 38.17: P. 26.

Si ad patrem manumissorem filii intestati legitima hereditas perveniat [vel non manumissori bonorum possessio competat] mater defuncti summovetur<sup>13</sup>.

*Impp.* DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. Rhesae: c. 2 C. 6.56.

In successionem filii vel filiae communis [sine liberis et fratribus vel sororibus morientis *Kr.*] pater manumissor, quia ei sit vetus ius servatum, matri praefertur.

Quando, invero, il padre naturale può venire alla eredità del figlio o della figlia solo come cognato (per es. quando egli sia, come figlio adottato, in aliena familia), allora egli è preferito alla madre soltanto se non vi sono successibili ab intestato (agnati) i quali, se non vi fosse la madre, verrebbero essi alla eredità. Quando, invece, vi siano degli agnati e vi sia anche la madre, la presenza degli agnati esclude il padre naturale e permette alla madre l'attuazione del suo diritto.

<sup>13</sup> L'inciso [vel... competat] è forse una interpolazione: esso sarebbe vero per diritto classico solo quando si supponesse che non ci fosse, oltre la madre, nessun agnato: quando ci sono agnati il padre viene da costoro escluso.

ULPIANUS, *libro tertio decimo ad Sabinum*: 2.17 D. 38.17: P. 2521.

Si sit adgnatus defuncti et naturalis pater sit in adoptiva familia, sit et mater, admittimus matrem, quoniam patrem adgnatus exclusit.

Qui avviene che: 1) la madre ex sen. Tertulliano esclude l'agnato; 2) l'agnato esclude il padre naturale adottato; 3) dunque il padre naturale non è preferito alla madre.

Il principio che vale per i casi in cui la chiamata del padre deve prevalere su quella della madre è il seguente. Il senatoconsulto Tertulliano cessa di avere vigore soltanto quando ciò renda possibile l'attuazione del diritto del padre. E ciò può avvenire tanto sul terreno del diritto civile, quanto su quello del diritto pretorio. Può avvenire la cessazione del vigore del sen.to infatti: *a)* che Tertulliano rimetta le cose in *pristinum*, e permetta così la vocazione intestata del padre che, come *parens manumissor*, è prossimo agnato; ovvero, come vedremo, *b)* che la cessazione del vigore del senato-consulto Tertulliano, provochi la devoluzione della *b. possessio* alla categoria dei cognati e permetta così al padre di venire insieme alla madre alla *bonorum possessio* come prossimo cognato<sup>14</sup>.

Supponiamo, infatti, che una donna lasci, morendo, la madre e il padre naturale adottato. La eredità di costei andrebbe deferita, *iure civili*, ex sen.<sup>10</sup> Tertulliano, solamente alla madre. In questo caso, però, per favorire il padre, viene messo fuor di vigore il senatoconsulto e la successione viene devoluta alla classe dei cognati.

Se, invece, la donna avesse lasciato, oltre alla madre e al padre, anche un altro agnato, mentre la madre sarebbe stata preferita all'agnato, il padre non avrebbe potuto invocare la cessazione del senatoconsulto Tertulliano: tale cessazione, infatti, non avrebbe raggiunto il suo scopo, perché avrebbe giovato non al padre, ma all'agnato.

Quando, adunque, vi siano, oltre alla madre, anche degli agnati, il padre non è di ostacolo alla madre. La quale, quindi, potrà venire ex sen.<sup>10</sup> Tertulliano all'eredità del figlio.

<sup>14</sup> Un caso interessante presenta il seguente frammento di Paolo:

PAULUS, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*: 5.2 D. 38.17: P. 1906.

Si ex filio nepotem avus manumiserit isque patre et avo et matre superstitibus decesserit, potest quaeri, quis potior esse debeat. nam si mater excluserit avum manumissorem, qui patri anteponitur, edicto praetoris inducetur pater defuncti, quo admissio desinit senatus consulto locus esse et rursus avus vocabitur. itaque rectius est avo ius suum conservare, qui et contra scriptos heredes bonorum possessionem accipere solet.

Fattispecie: c'è un nipote manomesso il quale morendo lascia il padre, che è in potestà dell'avo, e la madre. Si sa che la madre esclude l'avo, ma che è esclusa, a sua volta, dal padre. Poiché, però, a causa della presenza del padre, cessa l'efficacia del senatoconsulto, si ritorna all'antico ordinamento di *ius civile*, secondo il quale preferito su tutti è l'avo manumissore. Dunque, come dice Paolo, l'avo avrà intatto il suo diritto.

§ 143. In terzo luogo, erano chiamati *il fratello e la sorella consanguinei*. Costoro sono preferiti alla madre<sup>15</sup>; con la differenza, però, che della chiamata della sorella consanguinea profitta anche la madre: quando vi sia una sorella consanguinea, infatti, la madre può venire insieme con costei alla eredità del figlio. (quod si soror consanguinea sit ad utrasque pertinere iubetur hereditas. Ulp., XXVI. 8).

IUSTINIANUS § 3 Inst. III, 3.

Frater autem consanguineus tam filii quam filiae excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum mater admittebatur: sed si fuerat frater et soror consanguinei et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas ex aequis partibus fratri et sorori.

Caratteristica è la posizione della madre quando vi sia una sorella consanguinea ed il padre naturale.

ULPIANUS, *libro tertio decimo ad Sabinum*: 2.18 D. 38.17: P. 2521.

Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus vel emancipatus: si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatusconsulto una cum ea venire, patrem excludi placet: si consanguinea repudiet, matrem ex senatusconsulto propter patrem non venire: et quamvis alias non soleat mater expectare consanguineam, velit nec ne adire hereditatem, nunc tamen expectaturam: consanguinea est enim, quae patrem excludit. repudiante igitur consanguinea, bonorum possessionem habebit mater cum patre quasi cognata, sed et in hac moram patietur, nec ante accipiet bonorum possessionem quam pater petierit, quoniam omittente eo potest ex senatus consulto succedere.

Se c'è la sorella consanguinea, la madre, e il padre adottato o emancipato, la madre potrà venire alla eredità assieme alla sorella consanguinea e non sarà di ostacolo la presenza del padre. Questi, infatti, viene escluso dalla sorella.

Quid iuris se la sorella non adisca l'eredità?

Il testo dice che in tal caso neanche la madre potrà adire: essa non potrà che chiedere la bonorum possessio unde cognati assieme al padre. La madre deve, peraltro, attendere che la bonorum possessio sia anzitutto chiesta dal padre: perché se costui non la chiedesse, sarebbe ancora possibile l'attuazione della chiamata ex senatusconsulto Tertulliano. (Potrebbe qui richiamarsi il § 9 che ha con questo § 18 notevoli analogie).

<sup>15</sup> È indifferente che i fratelli o le sorelle consanguinee siano anche naturali

PAULUS, libro singulari ad senatus consultum Tertullianum: 7 D. 38.17: P. 1907.

Si quis intestatus decesserit relicta matre et fratre consanguineo vel sorore quamvis per adrogationem quaesitis, eadem iura in persona matris servantur, quae et naturalibus extantibus liberis.

Per comprendere la soluzione nel testo prospettata, bisogna avere ben chiari i rapporti che in essa vengono considerati. E cioè:

- 1) il rapporto tra il diritto della sorella e quello della madre;
- 2) il rapporto tra il diritto della sorella e quello del padre naturale che non sia legitimus, cioè parens manumissor; 3) il rapporto tra il diritto della madre e quello del padre.

Quanto al 1°, si sa che madre e sorella consanguinea sono chiamate congiuntamente alla eredità del figlio e fratello rispettivo. Quanto al 2°, si sa che la sorella consanguinea, in quanto agnata, esclude il padre naturale. Quanto al 3°, si sa, invece, che il padre naturale, quando non ne sia impedito dalla presenza di agnati, esclude la madre dalla eredità del figlio comune. Se combiniamo insieme i tre elementi, avremo la soluzione nel testo prospettata. Cioè:

*a)* se la sorella consanguinea adirà l'eredità, la potrà adire anche la madre, perché il padre è escluso dall'agnata;

*b)* se la sorella consanguinea si astiene dall'eredità, la madre vi dovrebbe venire da sola, come se la sorella non vi fosse. Ebbene, quantunque ciò sia normalmente possibile (*quamvis alias non soleat mater expectare consanguineam, velit nec ne adire hereditatem*), tuttavia, nel caso in esame, è impossibile, data la presenza del padre naturale. Il quale, se non è più di ostacolo l'agnata, torna ad avere una pretesa ereditaria prevalente rispetto a quella della madre.

E allora: *a)* la successione non può essere attuata iure civili, perché l'agnata prossima ha rinunciato e perché, a causa di tale rinuncia, la madre, chiamata insieme ad essa, è esclusa dal padre naturale; *b)* la successione si potrà attuare ancora iure civili a beneficio della madre, solo quando il padre non chieda la *bon. possessio unde cognati*.

Quando la madre sia, essa stessa, *soror consanguinea*, è evidente che il padre naturale venga escluso. Però:

*si ius consanguineae repudiavit vel capitis deminutione amisit, ex senatus consulto venire propter patrem non potest, repudiante vero patre rursus ex senatus consulto potest venire (2.19 D. eod.).*

La madre ha, in questa ipotesi, una duplice chiamata ereditaria: 1) *ex lege XII tab.* in quanto *soror consanguinea*, 2) *ex sen.*<sup>10</sup> Tertulliano in quanto madre. Delle due chiamate, poziore è, naturalmente, quella di *ius civile vetus*. La madre, in quanto sorella consanguinea, esclude il padre. Quando, però, essa abbia rinunciato alla chiamata agnatizia o l'abbia perduta, risorge il diritto del padre. E la madre non avrà allora che due vie per venire alla successione del figlio:

- 1) o chiedere la *bonorum possessio unde cognati* assieme al padre;
- 2) o adire l'eredità *ex sen.* Tertulliano, quando il padre abbia rinunciato a tale *bon. possessio*.

§ 144. Quale è il rapporto in cui lo *ius civile novum* (la chiamata, cioè, *ex sen.*<sup>10</sup> Tertulliano) sta con lo *ius civile vetus*?

Quando la madre, chiamata all'eredità del figlio, *rinunzia* alla chiamata, la delazione si ferma in capo alla rinunziante o passa a colui che, secondo l'antico diritto civile, è il *proximus agnatus*?

I testi rispondono che se la madre rinunzia si fa luogo alla chiamata dell'agnato prossimo.

Ciò è naturale: la chiamata della madre introduce, come sappiamo, una deroga nell'ordinamento delle chiamate ereditarie di *ius civile vetus*. Quando la madre non profitta di questa deroga, riprendono vigore le vocazioni dell'antico *ius civile*, secondo i principî di questo.

ULPIANUS, *libro tertio decimo ad Sabinum*: 2.20 D. 38.17: P. 2522.

Si mater hereditatem filii filiaeve non adierit ex senatusconsulto Tertulliano, [in bonorum possessione] antiquum *ius servandum est*: cum enim cesset praelatio matre omittente senatus consulti beneficium, *ius succedit vetus*.

Quando la madre abbia rinunciato, sarà chiamato l'agnato prossimo: cioè, colui che è prossimo al momento della rinunzia.

ULPIANUS, *libro decimo ad Sabinum*: 2.22 D. 38.17: P. 2522.

Quod autem diximus *ius antiquum* servari matre non adeunte, cui personae deferatur hereditas, videndum, utrum ei quae nunc proxima invenitur, cum mater repudiat, an ei quae fuit, cum intestato decessisse certum est? ut puta fuit patruus, cum intestato decederet, et patrum filius: cum mater repudiasset, patruo nondum delatam hereditatem atque ideo defuncto eo matre deliberante patrum filium vocari.

Poiché, mentre la madre non aveva ancora rinunciato, era venuto a morire lo zio, il figlio di costui divenne agnato prossimo e fu, perciò, a lui devoluta l'eredità.

IULIANUS, *libro quinquagesimo nono digestorum*: 8.1 D. 38.16: P. 741.

Si quis praegnatem uxorem reliquisset et matrem et sororem, si viva uxore matre mortua fuisset, deinde uxor mortuum peperisset, ad sororem solam legitima hereditas pertinet, quia certum esset, matrem eo tempore decessisse, quo legitima hereditas ad eam non pertinebat.

Qui l'ordine delle chiamate è il seguente: 1° il postumo (se nascerà), 2° se non nascerà il postumo, la madre e la sorella consanguinea.

È chiaro che se la madre muore prima della nascita del postumo, e poscia il figlio nasce morto, l'eredità sarà per intiero devoluta alla sorella.

È infine da avvertire che la madre perde il diritto derivatole dal *sen.*<sup>10</sup> Tertulliano, quando non abbia provveduto a chiedere tutori idonei pel figlio o per la figlia imuberi. (2.23-46 D. 38.17).

§ 145. Un importante problema, di cui le fonti ci danno la soluzione, è questo: quando la madre, per il fatto di non aver chiesto i tutori ai figli, è esclusa dal beneficio del *sen.*<sup>10</sup> Tert.no, questa esclusione avviene mediante denegatio

actionis, o si opera senz'altro provocando il trapasso della delazione dalla madre all'agnato prossimo, a cui la madre era stata preferita?

ULPIANUS, *libro tertio decimo ad Sabinum*: 2.47 D. 38.17: P. 2523.

Videndum est, matre prohibita ius suum vindicare utrum (adgnatos) [ceteros] admittamus, atque si mater non esset, an ipsam heredem dicimus fieri [vel aliud nomen successionis induere], sed denegamus ei actiones? et invenimus rescriptum ab imperatore nostro Antonino Augusto et divo patre eius Mammiae Maximinae pridie idus Apriles Plautiano iterum consule matre remota eos admitti, qui venirent, si mater non fuisset: ergo et adgnati [ceterique] succedent aut, si nemo sit, bona vacabunt<sup>16</sup>.

La soluzione che il testo presenta ammette la delazione successiva dell'eredità in capo all'agnato prossimo quando la madre sia esclusa dal beneficio del sen.<sup>10</sup> Tertulliano.

Si potrebbe domandare: come è possibile delazione successiva nella categoria dei legittimi? La risposta appare chiara quando si pensi che qui si tratta di una successione nella delazione, che si attua non nell'ambito dell'*ius vetus*, ma che *va dall'ius novum all'ius vetus*. Solo ora, dopo che per questa chiamata ulteriore hanno ripreso vigore i principî dell'*ius vetus*, sarebbe impensabile una delazione successiva, la quale contrasterebbe con quei principî.

## CAPITOLO II

### SENATOCONSULTO ORFIZIANO

§ 146. Chiamata dei figli alla successione della madre.

§ 147. Quid iuris nel caso che ci fosse incertezza sullo status della madre defunta (fr. 1.1 D. 38.17 interpol).

§ 148. La querela inofficiosi testamenti unico rimedio dato ai figli per impugnare il testamento materno in cui siano stati preteriti.

§ 149. Rapporti tra chiamate ereditarie dell'*ius civile vetus* e dell'*ius civile novum*. Esegesi dei fr. 1.9 D. 38.17; 1.10 D. 38.17.

§ 146. Era naturale che, dopo ammessa la chiamata della madre alla successione dei figli, venisse in conseguenza ammessa la chiamata dei figli alla succes-

<sup>16</sup> [ceteros] [vel... induere] [ceterique] sono manifestamente interpolati; in diritto giustiniano, infatti, la categoria dei legittimi si è grandemente ampliata e comprende, quindi, assieme agli agnati, anche i «ceteri». Per una più larga interpolazione del testo cfr. BESELER IV, 324.

sione della madre. Ciò fu opera del senatoconsulto Orfiziano emanato ai tempi di Marco Aurelio (178 p. C.).

GAIUS, (*res cottidianae?*) pr. Inst. III, 4.

Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatus consulto Orfitiano effectum est, quod latum est Orfito et Rufo consulibus, divi Marci temporibus. et data est tam filio quam filiae legitima hereditas, etiamsi alieno iuri subiecti sunt: et praeferuntur et consanguineis et adgnatis defunctae matris.

GAIUS, *libro singulari ad senatus consultum Orfitianum*: 9 D. 38.17: P. 507. Sacratissimi principis nostri oratione cavetur, ut matris intestatae, hereditas ad liberos, tametsi in aliena potestate, pertineat.

PAULUS, *libro singulari ad senatus consultum Orfitianum*: 6 pr. D. 38.17: P. 1900.

Matris filius ex hoc senatusconsulto, etiamsi in aliena potestate sit, ad hereditatem admittitur.

ULPIANUS, XXVI, 7.

Ad liberos matris intestatae hereditas ex lege duodecim tabularum non pertinebat, quia feminae suos heredes non habent: sed postea imperatorum Antonini et Commodi oratione in senatu recitata id actum est, ut sine in manum conventionem matrum legitimae hereditates ad filios pertineant, exclusis consanguineis et reliquis adgnatis.

Si comprende agevolmente come le chiamate introdotte con questo senatoconsulto avessero esclusivo fondamento sulla parentela cognatizia. Si trattò, qui pure, di far passare nella categoria dei legittimi i figli, che erano chiamati alla successione materna solo come cognati.

Queste chiamate hanno natura identica a quelle pretorie e pertanto sono sottoposte alla loro medesima disciplina giuridica.

Da ciò deriva: 1) che esse non sono coordinate allo status familiae del vocato e, quindi, nessuna influenza spiega su di esse la capitis deminutio (§ 2 Inst. III, 4, 1.8 D. 38.17); 2) che anche i figli vulgo quesiti e quelli nati da diversi matrimoni (4 D. 38.17) sono chiamati alla successione della madre (§ 3 Inst. III, 4; 1.2 D. 38.17). In diritto giustiniano, però, sono chiamati anche coloro che sono nati in servitù «post moram factam fideicommissariae libertati matris» (1.3 D. 38.17 interp.). In genere si può dire che tutti i figli siano chiamati all'eredità della madre.

Ne sono esclusi: *a*) coloro che, essendo caduti in servitù, abbiano perduto la cittadinanza romana prima dell'adizione dell'eredità. Costoro, divenuti schiavi, ancorché riacquistino la libertà, non sono ammessi alla successione della madre. Si fa eccezione per il «servus poenae effectus» che sia stato reintegrato nei suoi diritti per intervento del principe; *b*) coloro che abbiano locato la loro opera «ut cum bestiis pugnarent» o che siano stati condannati alla pena capitale e non siano stati reintegrati nei loro diritti civili.

§ 147. Viene posta da Ulpiano la seguente questione: se era incerto lo status della madre defunta per essere il padre suo in prigionia – poiché i figli non vengono ammessi all'eredità se non quando si è certi che la madre sia morta libera – hanno essi, per il caso che dovessero morire nel frattempo, qualche rimedio giuridico per poter trasmettere la chiamata ai propri eredi?

Il caso è analogo a quello che si verifica allorché i sui non acquistano l'eredità a causa della sospensione della delazione. Però mentre ai sui, per effetto della loro particolare posizione, fu accordata una bonorum possessio provvisoria avente funzione conservativa dei loro diritti, questo rimedio non fu accordato ai figli in ordine alla successione materna, essendo costoro equiparati agli estranei.

Solo con Giustiniano essi furono posti, per questo riguardo, in condizioni identiche a quelle dei sui.

Di questo duplice regime è traccia nel testo seguente.

ULPIANUS, *libro duodecimo ad Sabinum*: 1.1 D. 38.17: P. 2514.

Si ea sit mater, de cuius statu dubitatur, utrum mater familias sit an filia familias, ut puta quoniam pater eius ab hostibus captus sit: si certum esse coeperit matrem familias esse liberi admittentur. Unde tractari potest an medio tempore, dum status pendet, succurri eis per praetorem debeat, ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmitant: [et magis est, ut subveniatur ut in multis casibus placuit]<sup>17</sup>.

Per le ragioni esposte, non si può non ritenere interpolato il testo in esame. Sospetto, oltre alle parole chiuse tra parentesi, è anche l'inciso *unde tractari potest*, che rende dubbia una situazione intorno alla quale non doveva esserci pei classici dubbio di sorta.

Quid iuris, quando la madre abbia fatto testamento? Poiché le vocazioni testamentarie escludono quelle intestate e poiché, d'altronde, per i figli, in ordine alla successione materna, non hanno valore le norme che sono in vigore pei sui, è chiaro che in tal caso i figli sono esclusi dalla successione. Vi verranno solo se il testamento verrà meno per mancata adizione o per deficienza della condizione cui la istituzione di erede fosse stata eventualmente sospesa.

ULPIANUS, *libro duodecimo ad Sabinum*: 1.7 D. 38.17: P. 2514.

Sed si mater testamento facto filium heredem scripserit unum sub conditione, cum plures haberet, si condicione pendente possessionem peterit et postea condicio defecit, aequum est ceteris etiam filiis legitimam hereditatem non auferri: quod et Papinianus libro sexto decimo quaestionum scripsit.

<sup>17</sup> Vedi FERRINI, *Pandette*, § 645<sup>6</sup>. Cfr. anche pag. 21 n. 2 [p. 489 nota 26] di questo lavoro.

§ 148. Naturalmente, quando i figli vengano esclusi dalla eredità materna perché non chiamati nel testamento, è data ad essi la possibilità di intentare la querela inofficiosi testamenti. Essi, anzi, non hanno altra via che questa per venire alla successione.

§ 149. Va posto, qui, pure, il problema concernente i rapporti tra *ius civile novum* e *ius civile vetus*. Se i figli rifiutano l'eredità materna, l'eredità può essere ulteriormente devoluta ai chiamati secondo l'*ius civile vetus*?

La risposta, già lo sappiamo (p. 292 [p. 778]), è positiva. Sì, è esplicitamente ammessa dal senatoconsulto la delazione successiva dell'eredità dal chiamato *ex iure novo* a quello *ex iure vetere*.

ULPIANUS, *libro duodecimo ad Sabinum*: 1.9 D. 38.17: P. 2514.

«Si nemo filiorum [eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur], volet ad se eam hereditatem pertinere, *ius antiquum esto*» hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, *ius vetus locum non habeat*: itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio ad crescet. Et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur<sup>18</sup>.

Nel caso in cui, adunque, i figli ripudino l'eredità materna sarà chiamato alla successione, secondo l'ordinamento dell'antico diritto civile, il prossimo agnato. Ma ciò, naturalmente, quando non vi sia anche la madre: nel qual caso, dopo il rifiuto dei figli, la successione viene deferita a lei (2.14 D. 38.17).

Quando il figlio, dopo avere adito, abbia ottenuta la *in integrum restitutio* contro l'adizione è naturale che riprenda vigore l'*ius antiquum*.

ULPIANUS, *eod.*: 1.10 D. 38.17: P. 2515.

Si quis adita matris hereditate per *in integrum restitutionem* fuerit abstentus, an *ius antiquum possit locum habere*? verba admittunt, ut possit: 'volet ad se', inquit, 'eam hereditatem pertinere': nam et hic non vult, etsi aliquando voluit: et dico posse *ius antiquum locum habere*.

Quando il figlio rinuncia ad adire l'eredità materna, si fa subito luogo alla chiamata dell'agnato prossimo.

Poteva riconoscersi al figlio rinunziante un *ius poenitendi* (cfr. cod. civ. it. 950), quando ancora l'eredità non fosse stata adita dall'agnato prossimo, chiamato in seguito alla sua rinuncia?

Paolo, nel fr. 6.1 D. 38.17 già citato (p. 247 [p. 730]), sembrerebbe propendere per la soluzione positiva: noi, però, abbiamo già visto come il testo debba ritenersi interpolato. Non è peraltro escluso che anche per diritto classico il fi-

<sup>18</sup> Ho segnalato interpolato l'inciso «*eorumve... defertur*» perché esso mi sembra insitizio. Si tratta di una interpolazione ispirata agli stessi principi che ispirarono la interpolazione della fine del fr. 2.14 D. 38.17: cioè i compilatori mettono accanto ai figli anche i nipoti nati da figli premorti alla madre.

glio potesse, entro l'anno utile, chiedere la bonorum possessio unde legitimi e venire ancora, per questa via, alla successione materna.

Quanto poi alla chiamata dell'agnato, essa cade su colui che è prossimo al momento della rinuncia del figlio (1.11 D. 38.17).

### CAPITOLO III RIFORME POSTCLASSICHE E RIFORME GIUSTINIANEE ANTERIORI ALLE NOVELLE

§ 150. Tendenza delle riforme postclassiche e giustiniane a trasportare i prossimi parenti dalla categoria dei cognati in quella dei legittimi.

§ 151. Riforma della categoria dei liberi.

§ 152. Riforma della categoria dei legittimi e dei cognati.

§ 150. Il nuovo sistema di successione, che si era formato in seguito all'organico accostamento della hereditas alla bonorum possessio, si mantenne attraverso tutto il diritto postclassico e fu accettato dallo stesso imperatore Giustiniano (prima che venisse riformato col nuovo diritto delle novelle).

Le riforme che vennero operate in questo lungo periodo, che va dal chiudersi dell'epoca classica sino alla compilazione dei Digesti e delle istituzioni giustiniane, ebbero come scopo quello di trasportare dalla classe dei cognati in quella dei legittimi i parenti più prossimi. Cosicché la categoria dei legittimi venne via via ampliandosi e venne, in certo senso, a sostituirsi a quella pretoria dei cognati.

Nell'ambito di questa categoria, come già nell'ambito di quella pretoria dei cognati, venne ammesso, in conseguenza degli ampliamenti via via introdotti, il principio della delazione successiva.

Il sistema successorio postclassico e giustiniano ha ancora, come quello classico, le seguenti classi: *a)* unde liberi, *b)* unde legitimi, *c)* unde cognati, *d)* unde vir et uxor.

§ 151. Già nel diritto postclassico, e nettamente poi in quello giustiniano, la categoria unde liberi tende a comprendere non solo i sui e gli emancipati, ma in genere tutti i figli e tutti i nipoti ex filio ed ex filia. Essa comprende, alla fine, tutti i discendenti.

Le principali modificazioni introdotte dagli imperatori postclassici sono quelle di Valentiniano Teodosio ed Arcadio (a. 389).

Con una costituzione di questi imperatori (c. 4 C. Th. 5.1; c. 9 C. 6.55) viene stabilito che anche i *nipoti ex filia*, allorché questa sia premorta all'avo,

abbiano in certa misura diritto di succedere all'avo. Essi hanno diritto a della quota che sarebbe spettata alla loro madre premorta (c. 4 pr. C. Th. 5.1). Il terzo rimanente va ai figli o alle figlie del defunto. Se il defunto non ha figli o figlie, ma vi sono solamente i nipoti ex filia, il terzo che essi non ricevono va agli agnati (c. 4.1 C. Th. 5.1).

Queste disposizioni valgono tanto per l'eredità dell'avo materno quanto per quella dell'ava materna o paterna (c. 4.2 C. Th. 5.1): e hanno valore non solo per le successioni intestate, ma altresì per quelle testamentarie. I nipoti ex filia, cioè, come già i nipoti ex filio, devono essere istituiti eredi e devono avere la quota di eredità loro spettante. Se vengono frustrati in questa loro legittima aspettativa, per preterizione o diseredazione, essi possono intentare la querella inofficiosi testamenti (c. 4.3 C. Th. 5.1; cfr. c. 9 C. 6.55).

L'importanza delle innovazioni introdotte con questa costituzione è grande. Vengono con essa assimilati ai nipoti ex filio – i quali succedevano in locum praedefuncti parentis – anche i nipoti ex filia: i quali per l'innanzi, per fatto di non essere agnati, erano esclusi dalla successione dell'avo e dell'ava materna. E la riforma non si ferma alle vocazioni intestate: essa ha riferimento anche a quelle testamentarie, perché si dispone che la pretesa ereditaria dei nipoti ex filia possa avere attuazione anche contro il testamento dell'avo o dell'ava che tali nipoti abbiano preteriti o diseredati. Indice, questo, mirabile del carattere *necessario* assunto dalle nuove chiamate ereditarie intestate. Esse hanno ormai carattere di *diritto soggettivo incondizionato*, la lesione del quale può essere rimossa con la querella.

Giustiniano completò la riforma e dispose che ai nipoti ex filia dovesse provenire integra la quota che sarebbe spettata alla loro madre predefunta.

IUSTINIANUS A. *Menaē pp.*: c. 12 C. 6.55.

Quotiens aliquis vel aliqua intestatus vel intestata mortuus vel mortua fuerit nepotibus vel pronepotibus cuiuscumque sexus vel deinceps aliis descendentibus derelictis, quibus *unde liberi* bonorum possessio *minime competit*, et insuper ex latere quibuscumque agnatis, minime possint idem agnati quartam partem hereditatis mortuae personae sibi vindicare, sed soli descendentes ad mortui successionem vocentur. quod tantum in futuris, non etiam in praeteritis negotiis servari decernimus (a. 528).

Il caratteristico fenomeno di trasposizione dei più prossimi parenti dalla classe dei cognati in quella dei legittimi che si verificò per tutta l'epoca postclassica e giustiniana, è lucidamente rispecchiato nelle istituzioni giustiniane (§§ 15.16 Inst. III, 1). L'imperatore fa ivi brevemente la storia della successione dei nipoti: dopo aver detto che l'antico diritto civile favorì solo i nipoti ex filio (non si tratta, però, come sappiamo, di *favore*, ma di effetto necessario consistente nell'automatico subentrare, da parte dei nipoti, nel posto familiare già occupato dal padre), e che le costituzioni imperiali ovviarono parzialmente a questo inconveniente, egli richiama quella sua costituzione (c. 12 C. 6.55 cit.)

con cui viene disposta in maniera generale la preferenza dei discendenti ex filio o ex filia a tutti gli altri successibili<sup>19</sup>.

La conseguenza di queste disposizioni sta in ciò: che tutti i discendenti che non erano chiamati dall'ius civile vetus vengono trasportati dalla classe dei cognati in quella dei legittimi. Anche i figli naturali dati in adozione sono chiamati ora in questa classe. Nell'epoca classica e per tutta l'epoca postclassica, infatti, costoro non erano stati chiamati alla successione paterna che nella categoria dei cognati.

Giustiniano, con la cost. 10 C. 8.47 dell'anno 530, stabilisce:

*a)* che i diritti del padre naturale non vengano diminuiti ma debbano rimanere «quasi non fuisset (filius) in alienam familiam translatus»;

*b)* che ai figli dati in adozione ad un estraneo rimangano integri i diritti «sive ad de inofficiosi querellam sive ad alias omnes successiones sive ab intestato sive ex testamento, quae liberis deferuntur» (c. 10.1 C. 8.47). «Integra omnia iura ita servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset nec penitus adoptio fuerit subsecuta, nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem» (§ 14 Inst. III, 1). Si fa solo eccezione per colui «quem parens naturalis adoptandum susceperit: utroque enim iure tam naturali quam legitimo in hanc personam concurrente pristina iura tali adoptioni servavimus» (§ 14 Inst. III, 1). Ciò avviene, per esempio, quando l'avo materno o paterno adotti un nipote ex filio.

Quanto al padre adottivo estraneo, egli non era, invece, obbligato ad istituire o diseredare il figlio adottivo, il quale, perciò, non poteva né chiedere la bon. possessio contra tabulas, né intentare la querella inofficiosi testamenti.

Possiamo così riassumere. Nella classe dei liberi, nella legislazione giustiniana anteriore alle novelle, vengono comprese le seguenti categorie:

1) tutti coloro che nel diritto classico appartenevano alla categoria dei liberi: e, cioè, sui, emancipati, nipoti nati da figli premorti al padre e così via.

2) Tutti quei discendenti che erano stati chiamati alla hereditas dei loro ascendenti in virtù di nuove disposizioni legislative: e cioè, *a)* i figli e le figlie chiamati alla successione materna dal sen.<sup>10</sup> Orfiziano, *b)* i nipoti ex filia, chiamati alla successione dell'avo materno, e i nipoti tanto ex filio quanto ex filia chiamati alla successione dell'ava, sia materna che paterna. Tutti costoro sono stati chiamati dalla costituzione di Valentiniano Teodosio ed Arcadio (c. 9 G. 6.55) e maggiormente favoriti da Giustiniano (c. 12 C. 6.55).

<sup>19</sup> È evidente che, in ordine alla successione delle ave, non avevano rilevanza i mutamenti di familia occorsi al padre o alla madre dei nipoti.

*Impp.* HONORIUS et THEODOSIUS AA. *Maximo pp.*: c. 10 C. 6.55.

Ubi aviarum successio morte interveniente discutitur, capitis deminutio materna quaerenda non est. tunc enim in huiusmodi hereditatibus filiorum status aut persona spectatur, quotiens de eius bonis, qui potestatem familiae potuit habere, tractatur. (a. 420) (Cfr. c. 6 C. Th. 5.1).

La differenza tra la posizione giuridica dei nipoti ex filia, che succedono all'avo materno, e dei nipoti ex filio ed ex filia, che succedono all'ava materna o paterna, e quella dei nipoti ex filio, che succedono all'avo paterno, è palese. Mentre questi ultimi vengono alla successione del nonno paterno in conseguenza della loro successio in locum patris (del quale hanno occupato il posto di suus resosi vacante in seguito alla sua morte o alla sua uscita dalla familia) e, quindi, per il fatto che essi occupano il posto preminente nella familia, i primi vengono alla successione dell'avo materno o dell'ava materna o paterna solo in virtù della loro qualità di *discendenti*.

3) I figli dati in adozione e, in conseguenza, i nipoti da essi procreati (quando ricorrevano gli estremi richiesti dalla c. 10 C. 8.47 citata).

4) Sono da ricordare, infine, i figli legittimati (§ 2.<sup>a</sup> Inst. III, 1).

§ 152. Nella classe dei *legittimi* vengono ricompresi tutti i chiamati ex lege e, quindi, anche i discendenti.

Quando non vi erano liberi, l'eredità veniva deferita, in diritto classico, all'agnato prossimo, al quale, però, se non era né padre naturale (parens manumissor), né fratello, né sorella consanguinea, veniva preferita la madre.

Inoltre, per diritto classico, erano esclusi da questa categoria: 1) i fratelli e le sorelle emancipate e i loro discendenti, 2) le donne, quantunque agnate, ultra consanguineas, 3) i discendenti per linea femminile, 4) le sorelle uterine e loro discendenti.

Le riforme in questa categoria sono, al solito, attuate mediante trasferimento in essa di alcune persone appartenenti alla categoria dei cognati. Le riforme postclassiche – dopo quelle per la prima volta introdotte dai sen.<sup>ti</sup> Tertulliano ed Orfiziano – si iniziano con una costituzione di Anastasio. Con essa si dispone che i fratelli emancipati abbiano, tanto fra di loro, quanto coi fratelli rimasti in potestà, reciproco diritto di successione.

IUSTINIANUS, § 1 Inst. III, 5.

...Quos lex Anastasiana cum fratribus integri iuris constitutis (fratrem et sororem emancipatos, non etiam liberos eorum) vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem sive sororis, non aequis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione, ... aliis vero adgnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen eos anteponit et procul dubio cognatis. (cfr. c. 5 C. 5.70).

Peraltro, la costituzione Anastasiana escludeva i discendenti degli emancipati e i fratelli e le sorelle uterini e i loro discendenti: e quanto agli stessi fratelli emancipati, riduceva in certa misura le loro quote ereditarie. Fu Giustiniano, con la c. 1 C. 6.58 dell'anno 531, a stabilire:

1) che venisse abrogata l'antica norma secondo la quale le agnate ultra consanguineas erano escluse dalla successione degli altri agnati;

2) che venissero ammessi alla successione dello zio anche i figli della sorella, insieme coi discendenti del fratello.

Per quale ragione, dice Giustiniano (a proposito del divieto di successione delle donne *ultra consanguineas*), la sorella del padre, cioè la zia, non è chiamata alla successione del nipote insieme con gli zii? E per quale ragione i nipoti e non le nipoti sono chiamati alla successione dello zio? Giustiniano, richiamandosi alla legge delle XII tavole, che, secondo lui, sarebbe stata modificata dalla giurisprudenza, stabilisce:

«omnes legitimas personas, id est per virilem sexum descendentes, sive masculini sive femini generis sint, simili modo ad iura successionis legitimae vocari secundum gradus sui praerogativam non ideo excludendas, quia consanguinitatis iura secundum germanae observationem non habent» (c. 14.4 C. 6.58; §§ 3<sup>a</sup> 3<sup>b</sup> Inst. III, 2).

Non solo: ma oltre questa riforma, diciamo così, integrativa dell'*ius civile vetus*, in base alla quale è tolta nell'ambito degli agnati ogni differenza tra maschi e femmine, Giustiniano *trasferisce* «unum gradum pietatis intuitu *ab iure cognationis in legitimam successionem*».

Cioè: «non solum fratris filius et filia secundum quod iam definivimus ad successionem patris sui vocentur, sed etiam germanae consanguineae vel sororis uterinae filius et filia soli et non deinceps personae una cum his ad iura avunculi sui perveniat, et mortuo eo, qui patruus quidem est fratris sui filiis, avunculus autem sororis suae suboli, simili modo ab utroque latere succedatur, scilicet ubi frater et soror superstites non sunt. his etenim personis praecedentibus et hereditatem admittentibus ceteri gradus remanent penitus semoti» (c. 14.6 C. 6.58).

Vengono, dunque, chiamati alla successione dello zio, quando non vi siano né fratelli né sorelle, non solo i nipoti ex fratre, ma anche quelli ex sorore, sia pure uterina. Costoro succedono per capita e non per stirpes (cfr. § 4 Inst. III, 2).

Torniamo ora agli emancipati. La prima riforma fu dunque apportata dalla costituzione di Anastasio. Giustiniano procedé oltre e stabilì:

1) emancipatus filius et filia non solum in paternis bonis sed etiam in fratrum vel sororum suarum successione, sive omnes emancipati sint sive permixti sui cum emancipatis, aequo iure invicem sibi succedant et non secundum legem Anastasianam parte aliqua deminuta (c. 15.1 C. 6.58).

Dunque i fratelli e le sorelle emancipati o non emancipati succedono vicendevolmente, senza riduzione alcuna della loro quota.

2) I fratelli e le sorelle uterini «tamquam si consanguinei fuerant, cum legitimis fratribus et sororibus vocandos esse sancimus, ut secundo gradu constituti et legitima successione digni reperti aliis omnibus, qui sunt ulterioris gradus, licet legitimi sint, praecellant». (c. 15.2 C. 6.58).

Perciò anche gli uterini vengono trasferiti dalla categoria dei cognati in quella dei legittimi e preferiti ai chiamati di grado ulteriore.

3) E, infine, vengono trasportati nella classe dei legittimi anche i figli e le figlie degli emancipati. Questa riforma è parallela a quella operata con la

c. 14 C. 6.58, secondo cui vengono chiamati tra i legittimi i figli e le figlie della sorella.

«Cum autem tertio gradui ex transversa linea fuerit locus, ubi patruis et filiis fratrum et sororum locum antiquitas dedicavit, una cum illis tam emancipati fratris quam emancipatae sororis filium tantummodo et filiam, sive emancipatos sive suos patribus constitutos, et neminem alium ulterius, nec non fratris uterini et sororis germanae vel uterinae filium et filiam tantummodo ex legitima linea invicem vocari censemus, sicut iam sanximus (c. 14 C. 6.58) ut omnes, *qui vel ab antiquo iure vel a nostra liberalitate* in legitimorum quidem positi sunt praerogativa, eodem autem tertio gradu sunt, simili iure vocentur. (c. 15.3 C. 6.58).

Adunque: i figli e le figlie dei fratelli e delle sorelle emancipati (anche uterini) vengono ammessi alla successione degli zii, insieme coi figli dei fratelli e delle sorelle non emancipati.

Giustiniano stabilisce la successio tra il secondo e il terzo grado: «si qui ex secundo gradu vocati renuntiaverint hereditati et noluerint eam adire nullusque alius sit in secundo gradu, qui succedere et potest et vult, tunc hi quos praesenti lege enumeravimus ex tertio gradu in locum recusantium succedant» (c. 15.3<sup>a</sup> C. 6.58).

Il principio della delazione successiva che il pretore non ammise nella categoria dei legittimi doveva in prosieguo necessariamente esservi ammesso quando in questa categoria furono trasportati varî gradi di parenti già appartenenti alla classe dei cognati.

Quanto alla chiamata della madre alla successione dei figli e ai rapporti di essa con le chiamate dei fratelli, delle sorelle e del padre, Giustiniano operò qui pure notevoli riforme.

1) La madre viene alla successione dei figli ancorché non abbia l'ius trium vel quattuor liberorum (omnimodo eam habere sancimus legitima iura licet tres liberos ingenua vel libertina quattuor minime peperit: c. 2 C. 8.58; § 4 Inst. III, 3; 2 pr. D. 38.17).

2) Una serie di costituzioni imperiali (di Costantino, Valentiniano, Graziano etc.), aveva in parte allargato, in parte ristretto, nell'epoca postclassica, i diritti che il senatoconsulto Tertulliano aveva attribuiti alla madre.

Infatti: *a*) Costantino in una costituzione del 326 (c. 1 C. Th. 5.1) stabilisce che la madre che non abbia l'ius liberorum possa togliere allo zio o ai discendenti dello zio (non emancipati), che per diritto civile vengono chiamati alla eredità del nipote defunto, la terza parte della eredità. Viceversa la madre, ancorché goda dell'ius liberorum, ha l'obbligo di prestare allo zio o ai discendenti dello zio, sebbene emancipati, una terza parte dell'eredità del figlio, che a lei compete.

*b*) Valentiniano e Valente, in una costituzione dell'anno 369, (c. 2 C. Th. 5.1) stabiliscono che la madre, pur essendo esclusa dal fratello consanguineo,

non sia, per contro, esclusa dal fratello emancipato. Al quale, tuttavia, la madre, che abbia l'*ius liberorum*, deve prestare la terza parte dell'eredità del figlio e i due terzi di tale eredità quando essa non abbia l'*ius liberorum*.

c) Varie disposizioni vigevano secondo che la madre avesse o non avesse contratto nuovo matrimonio (c. 4.5 C. 6.56).

Tutte queste disposizioni furono abrogate da Giustiniano. Dice l'imperatore (§ 5 Inst. III, 3):

«Sed cum antea constitutiones iura legitima perscrutantes partim matrem adiuvabant, partim eam praegravabant et non in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam partem ei abstrahentes certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant: nobis visum est recta et simplici via *matrem omnibus legitimis personis anteponi* et sine ulla diminutione filiorum suorum successionem accipere, *excepta fratris et sororis persona*, sive consanguinei sint sive sola cognationis iura habentes».

La madre veniva, dunque, preferita a tutti i legittimi eccetto che ai fratelli e alle sorelle.

Quando vi fossero assieme alla madre soltanto sorelle, metà dell'eredità andava alla madre e metà alle sorelle. Quando vi fossero, invece, la madre e fratelli e sorelle (non rileva più che abbiano anche i diritti agnatizi), l'eredità del rispettivo figlio e fratello veniva ripartita tra loro per capi (§ 5 Inst. III, 3; c. 7 pr. C. 6.56).

Si presentava ancora questo problema: quale è la posizione del padre, dopo la lex Anastasiana, in confronto dei fratelli del figlio emancipato defunto? E quale la posizione del padre quando assieme ai fratelli ci sia pur la madre?

Quanto al primo problema, Giustiniano decise (c. 13 C. 6.58) che i fratelli avessero diritto alla nuda proprietà delle cose ereditarie e invece il padre avesse diritto all'usufrutto delle cose medesime.

Quanto al secondo problema, Giustiniano distinse:

a) se il figlio defunto era sui iuris, l'eredità andava ai fratelli e i dell'usufrutto al padre e alla madre in parti eguali;

b) se il figlio era sottoposto alla potestà paterna, la madre era chiamata alla eredità assieme ai fratelli e al padre rimaneva l'usufrutto, che già durante la vita del figlio egli aveva sul patrimonio di lui (c. 7.1.2 C. 6.56).

L'esame sin qui condotto sulle riforme ereditarie postclassiche e giustiniane fa chiaramente vedere allo studioso come non potesse ormai tardare a venire una riforma organica ed integrale. Il sistema successorio rimasto in vigore fino a Giustiniano presentava, infatti, a causa delle numerose riforme cui era andato soggetto, gravi eterogeneità. La classe dei legittimi era ibrida: quantunque vi avesse assoluta prevalenza il diritto cognatizio, non era, peraltro, scomparso del tutto quello agnatizio. Era dunque, ormai, improrogabile l'esigenza di dare una unità al sistema.

Prima che Giustiniano emani le novelle riformatrici (118 e 127) già si sono decisamente affermati i seguenti principi:

1) la successione deve avere esclusivo fondamento sulla famiglia naturale;  
 2) l'ordine delle chiamate deve conformarsi ai gradi di parentela, tenendo, però, presente la prevalenza dei discendenti.

Operando con questi due fondamentali principi Giustiniano pose sopra granitiche basi l'edificio della sua grandiosa riforma ereditaria.

Rimandiamo ai trattati comuni per ciò che concerne l'ordinamento del sistema successorio introdotto con le nov. 118 e 127 e per l'ordinamento del sistema pretorio e giustiniano della successione intestata dei liberti<sup>20</sup>.

#### CAPITOLO IV

##### *Conclusioni della seconda parte*

§ 153. I risultati che possiamo trarre dallo studio compiuto intorno al nuovo sistema successorio civile e pretorio e intorno all'evoluzione da questo sistema subita nell'epoca postclassica e in quella giustiniana, sono di duplice ordine: dogmatici ed esegetici.

Dogmatici, in quanto ci è stato possibile di conoscere la natura nuova delle chiamate ereditarie di diritto pretorio e di diritto civile nuovo – natura totalmente diversa da quella delle chiamate dell'antico diritto civile – e di notare i rapporti tra le une e le altre.

Esegetici, in quanto ci è stato possibile di notare una serie di interpolazioni dirette ad eliminare sempre più gli ultimi vestigi dell'antico diritto agnatizio.

Il processo storico di fusione tra hereditas e bonorum possessio si può così disegnare:

1) Hereditas e bonorum possessio si presentano anzitutto come due sistemi ereditari *formalmente* distinti.

2) La bonorum possessio, operando, mediante finzione, coi concetti dell'ius civile, si insinua nel sistema della hereditas e vi porta una integrazione (bonorum possessio attribuita agli emancipati mediante finzione di suità).

3) Hereditas e bonorum possessio vengono coordinate in guisa da formare, con le loro rispettive chiamate, un *sistema unico* di successione diviso in quattro ordini (liberi, legittimi, cognati, vir et uxor). Ciò che funge da elemento coordinatore è lo *spatium deliberandi*, che, sorto come elemento proprio della bonorum possessio, viene poi esteso anche alla hereditas.

<sup>20</sup> Per quest'ultima parte vedi soprattutto LEIST, *Cont. Glück*, 37.38, V, 272 seg. trad. it.

4) Il punto originale del nuovo sistema è rappresentato dall'ordine dei cognati: esso è sottratto a qualsiasi influenza dell'*ius civile* antico ed è regolato esclusivamente con norme di diritto pretorio.

In quest'ordine il pretore ha esclusivo riguardo ai vincoli di sangue: chiama i cognati secondo la prossimità del loro grado di parentela dando, però, la prerogativa ai discendenti; e, conformandosi alla natura nuova delle vocazioni, ammette tra i vari gradi la delazione successiva dell'eredità.

5) Coi senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano si inizia un interessante fenomeno di trasposizione dei cognati nella classe dei legittimi: questo fenomeno è largamente sviluppato sotto gli imperatori postclassici e raggiunge il suo massimo sviluppo con Giustiniano. I parenti di sangue vengono in largo numero chiamati dalla legge alla successione e preferiti ai parenti agnatizi. I quali sono così lasciati sempre più indietro entro l'ordine dei legittimi, che era in origine occupato esclusivamente da loro.

A causa di questa trasposizione dei cognati nell'ordine dei legittimi, sorge la necessità di ammettere il principio della delazione successiva anche fra i vari gradi di quest'ordine.

Ma questo fenomeno di trasposizione dei cognati nell'ordine dei legittimi produce in questa classe delle incongruenze: in essa sono, infatti, chiamati anche gli agnati, pei quali valgono principî giuridici essenzialmente diversi da quelli che valgono per i chiamati *ex novo iure*. Di qui il bisogno di una fusione fra *ius civile vetus*, *ius civile novum* e *bonorum possessio* (la quale ancora si annida nella classe rimpicciolita dei cognati). Questa fusione dei tre sistemi, che ha esclusivo fondamento sulla parentela di sangue, si compie con la riforma giustiniana delle novelle.

Nello studiare la *bonorum possessio*, ne abbiamo distintamente esaminati i due caratteristici momenti *a)* del fondamento della delazione, *b)* del suo scopo.

Quanto al *fondamento della delazione*, abbiamo concluso che questa si atteggiava come diritto soggettivo patrimoniale del delato, fondato sul grado di parentela naturale col defunto. Sta proprio in questa nuova natura e in questo nuovo fondamento della delazione pretoria, la diversità essenziale tra diritto civile e diritto pretorio. Perché la delazione della eredità civile è, invece, organicamente coordinata ai posti familiari<sup>21</sup>.

Quanto allo *scopo*, invece, la *bonorum possessio* coincide con la *hereditas*. Perché tanto l'una che l'altra mirano ad un solo scopo: quello, cioè, di far subentrare il chiamato nella posizione giuridica del defunto.

I nuovi sistemi successorî – dal pretorio, al giustiniano, sino ai sistemi moderni – hanno mutuato dall'antico sistema romano di *ius civile* l'idea che la successione sia essenzialmente *successio in ius defuncti*.

<sup>21</sup> Cfr. BETTI, in *Archivio giuridico*, 100 (1928), 59 sgg.

Il bonorum possessor è, quindi, costituito loco heredis, subentra nei rapporti giuridici come erano in capo al defunto costituiti e, quindi, nei commoda e negli incommoda ereditari. La successione, anche pel bon. possessor, ha contenuto virtualmente universale: se vi sono, quindi, più bon. possessores si determina tra di loro, quando alcuno rinunzi, accrescimento ipso iure delle quote.

Siamo passati a trattare ex professo della delazione della bonorum possessio e abbiamo notato la differenza tra la richiesta della bon. possessio, che doveva avvenire entro un periodo di tempo utile prestabilito, e l'adizione dell'eredità che, in origine, non era sottoposta a termine alcuno.

A questo punto abbiamo posto il problema concernente l'influenza che l'introduzione della bon. possessio e del termine utile per acquistarla esercitarono sull'adizione dell'eredità. Abbiamo visto come, a cagione di questa influenza, l'istituto pretorio dello spatium deliberandi venne introdotto anche nell'adizione; e ciò, non solo per favorire i creditori, ma, specialmente, per disciplinare la delazione successiva delle chiamate ereditarie e per permettere l'efficace applicazione dell'editto successorio. Mediante l'introduzione di questo istituto nella hereditas, venne superata l'antinomia – che altrimenti sarebbe stata insanabile – tra hereditas e bon. possessio.

Hereditas e bonorum possessio si costituiscono così, praticamente, in un sistema organico di successione.

La tesi da noi sostenuta circa l'introduzione dello spatium deliberandi anche nell'adizione dell'eredità, ci ha permesso di superare le vessate questioni relative alla bonorum possessio cum re e sine re; essa ci ha permesso altresì di concludere, contrariamente alla tesi del Leist, che, per quanto *formalmente* chiusi, i due sistemi della hereditas e della bonorum possessio sono coordinati in guisa da formare *praticamente* un sistema unico di successione<sup>22</sup>.

Siamo quindi passati a studiare l'editto successorio vigente in questo nuovo sistema e ad esaminarne il funzionamento tra i vari ordini. Abbiamo notato come esso non abbia vigore tra i vari gradi dell'ordine dei legittimi. Dove la successio graduum può e deve essere ammessa, è nell'ordine dei cognati il quale costituisce la parte assolutamente originale del nuovo sistema successorio. Ma il fatto che nell'ordine dei legittimi la successio graduum non sia ammessa non costituisce una deficienza della riforma, secondo quanto mostra di credere Giustiniano (§ 7 Inst. III, 2), sibbene una logica e consapevole conseguenza delle premesse.

Il pretore non l'ammette di proposito: e ciò al fine di portare quanto più rapidamente è possibile la successione nell'ordine dei cognati. È qui che la riforma, infatti, assume la sua fondamentale importanza: quest'ordine è quello preferito in tutto il sistema. A questa ragione sostanziale, se ne aggiunge una for-

<sup>22</sup> Cfr. BETTI, *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, § 8, p. 44.

male: il pretore nell'ordine dei legittimi rinvia allo *ius civile* e ne adotta, quindi, i principî.

Passando al problema concernente le origini dello *edictum successorium* e della *bonorum possessio*, abbiamo visto come esse, dal punto di vista dogmatico, vadano ricercate nel fatto che le basi della successione ereditaria vanno via via spostandosi dalla parentela agnatizia alla parentela cognatizia. Questo spostamento nella base della successione determina di riflesso un radicale mutamento anche nella *natura* delle vocazioni ereditarie. La *bonorum possessio* costituisce appunto lo strumento con cui viene attuata la nuova concezione.

Abbiamo, dunque, considerato la *bonorum possessio*, anzitutto *a)* in sé stessa, in quanto successione pretoria, indi *b)* nella natura e nel fondamento delle sue chiamate, in quanto costituiscono diritti soggettivi dei più prossimi cognati, infine *c)* nei suoi rapporti con la *hereditas*, in quanto forma con quest'ultima un sistema organico di successione.

Indi abbiamo studiato il nuovo sistema  $\alpha$ ) nei rapporti tra gli ordini che lo compongono, in quanto tra di essi può avere luogo la delazione successiva;  $\beta$ ) nei rapporti tra i varî gradi nell'ordine dei cognati, e  $\gamma$ ) con riguardo alle esigenze che hanno dato origine all'editto successorio e alla *bonorum possessio*.

Dopo ciò, siamo passati a studiare i tre ordini dei liberi, dei legittimi, dei cognati.

Lo studio dell'ordine dei liberi ci ha mostrato come in esso il pretore si sia mantenuto, sia pure solo formalmente, entro i limiti del diritto civile, pur avendo operato, sostanzialmente, notevolissime riforme.

Passando alla categoria dei legittimi, abbiamo visto come l'azione pretoria si sia spiegata qui esclusivamente *iuris civilis confirmandi gratia*. In quest'ordine abbiamo dovuto distinguere tra il nucleo originario e quello posteriormente aggiuntovi, in seguito alle riforme introdotte coi senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano e con le successive costituzioni imperiali. I due gruppi sono tra loro eterogenei, perché mentre per l'uno valgono le norme dell'antico *ius civile*, per l'altro valgono, invece, i principî diversi del diritto civile nuovo. Noi, però, ci siamo, su questo punto, interessati solamente del nucleo originario.

Siamo passati, infine, ad esaminare l'ordine dei cognati. Abbiamo visto come esso costituisca l'elemento originale del nuovo sistema successorio e come in esso abbiano piena attuazione i due elementi essenziali della riforma: cioè la *ratio sanguinis*, base esclusiva del nuovo ordinamento delle chiamate, e la successione nella delazione (*successio graduum*). Quanto all'ordinamento, abbiamo visto che sono anzitutto preferiti i discendenti e che in loro mancanza sono chiamati gli altri parenti secondo la prerogativa del loro grado (sino al 7° grado).

Abbiamo, infine, notato quel processo di disgregazione a cui viene sottoposto quest'ordine già nell'epoca classica e più in quella postclassica; processo consistente in ciò, che varî gradi di esso vengono portati, in seguito alle disposizioni dei sen.<sup>ti</sup> Tert. ed Orfiziano e delle cost. imperiali, nell'ordine dei legittimi. Peraltro,

con le novelle giustinianee si verifica questo interessante fenomeno: che il nuovo ordinamento delle chiamate ereditarie, eliminando tutte le incongruenze cui quel processo di trasposizione aveva dato luogo e procedendo ad una vera e larga semplificazione, viene a trovarsi mirabilmente conforme a quell'ordinamento che il pretore aveva ab antiquo disposto nella classe dei cognati.

Dopo avere così tratteggiato la fisionomia del nuovo sistema successorio, come si era formata mediante l'accostamento organico della hereditas alla bonorum possessio, siamo passati ad esaminare le riforme introdotte in questo sistema dalla legislazione imperiale (che va dai senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano alle costituzioni di Valentiniano Teodosio ed Arcadio, di Anastasio, di Costantino e Graziano, fino alle costituzioni giustinianee anteriori alle novelle). Il criterio generale che ispira queste riforme è quello già enunciato, consistente nel trasportare i parenti più prossimi dall'ordine dei cognati in quello dei legittimi. Questa trasposizione spiega come nell'ambito del nuovo nucleo dei legittimi sia ammesso il principio della delazione successiva.

A proposito dei senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano, abbiamo notato come il nuovo diritto civile si sia modellato sul diritto pretorio e abbia conformato alle chiamate pretorie le sue nuove chiamate ereditarie. Le quali, perciò, hanno, come le prime, carattere di diritto soggettivo patrimoniale, sono indipendenti dallo status familiae del vocato e sono anche suscettibili di rinunzia.

Quanto ai risultati esegetici, nello studiare il sen.<sup>10</sup> Tertulliano abbiamo notato:

1) una interpolazione privativa nel fr. 2 pr. D. 38.17 con cui si fa scomparire dal testo la menzione dell'ius liberorum, in conformità con le nuove disposizioni giustinianee (c. 2 C. 8.58);

2) interpolazioni nei fr. 2.3; 1.3 D. 38.17 dirette a permettere alla madre liberata ex fideicommissio di venire alla successione del figlio nato nel frattempo e viceversa. Ciò, parimenti, secondo le nuove disposizioni giustinianee (c. 6 C. 6.57).

Esaminando i rapporti in cui si trova la madre, relativamente alla successione del figlio, coi nipoti che le sono preferiti, col padre, coi fratelli e con le sorelle consanguinei, che le sono pure preferiti (mentre le sorelle vengono assieme alla madre alla successione), abbiamo notato una serie di interpolazioni.

3) I fr. 5 pr.; 2.6 D. 38.17 sono interpolati nel senso di preferire alla madre tutti i figli e non solamente quelli che potevano chiedere la bon. possessio unde liberi, come era al principio. Ciò, secondo le nuove disposizioni giustinianee per cui i figli in adozione sono posti nella stessa condizione giuridica dei sui e degli emancipati (§ 14 Inst. III, 1);

4) è interpolato il fr. 2.8 D. 38.17 nel quale originariamente era detto che la madre, a causa della astensione dei sui heredes del figlio, non poteva venire iure civili alla successione di costui, ma poteva venirvi solo come bon. possessor nella categoria dei prossimi cognati;

5) è interpolato il fr. 2.14 D. 38.17, in quanto vi è tolta la menzione del sen.<sup>10</sup> Orfiziano in base a cui i figli avrebbero dovuto adire l'eredità. Questa interpolazione privativa si giustifica col principio giustiniano che tutti, ormai, – anche *i sui* – debbono adire l'eredità. È interpolata anche la fine del testo – interp. parallela a quella del fr. 1.9 D. 38.17 – in base al principio giustiniano per cui anche *i nipoti* vengono ammessi alla successione della nonna (c. 9 C. 6.55 e § 1 Inst. III, 4);

6) è interpolato il fr. 2.9 D. 38.17 ove a «mulier» fu sostituito «quis» per introdurre il principio generale che i figli dati in adozione sono sempre preferiti alla madre, come i sui e gli emancipati;

7) è interpolato il fr. 2.47 D. 38.17 nel senso di ricomprendere nella categoria dei legittimi, oltre gli agnati, anche i chiamati dallo *ius civile novum*;

8) è interpolato, infine, il fr. 1.1 D. 38.17 relativo al senatoconsulto Orfiziano.

Questi i più importanti risultati esegetici di questa seconda parte della trattazione. Altri ancora, sparsi qua e là nel corso di questa, mi astengo dal riportare qui.



PARTE TERZA  
LA SUCCESSIONE CONTRO IL TESTAMENTO



## INTRODUZIONE

§ 154. Come l'idea della successione contro il testamento sorga solo quando, con le riforme pretorie, le vocazioni ereditarie si trasformano da accessioni organiche dei posti familiari in veri e propri diritti soggettivi dei più prossimi cognati. Eseggesi del fr. 120 D. 50.16.

§ 155. Come tale trasformazione spieghi il fatto che soltanto dopo le riforme pretorie sia stato possibile al patrono di attuare la propria vocazione intestata contro il testamento del liberto, morto senza lasciare liberi naturales (Gaius III, 40-41).

§ 156. La natura nuova delle vocazioni ereditarie dei prossimi parenti fondamento della querella inofficiosi testamenti e della bonorum possessio contra tabulas.

§ 157. Come con la bonorum possessio contra tabulas, però, e con quella unde liberi, il rapporto di parentela naturale dei discendenti sia tutelato sotto specie di rapporto di parentela agnatizia. Come la ragione di questa forma di tutela sia da ricercare nel modo di evoluzione degli istituti giuridici romani e non nell'esistenza di una famiglia paterna che costituisca il termine medio tra la famiglia agnatizia e quella puramente cognatizia.

§ 158. Indice della base cognatizia comune alla querella inofficiosi testamenti ed alla b. p. c. t.: l'edictum de legatis praestandis (parte essenziale della b. p. c. t.).

§ 154. Lo studio compiuto intorno alla natura giuridica ed al fondamento delle vocazioni ereditarie intestate e testamentarie dello ius civile vetus, ci permette di affermare, con sufficiente fondatezza, che *l'idea di una successione contro il testamento non poteva trovar posto nell'antico sistema ereditario*<sup>1</sup>. Il quale non poteva concepire, per una intrinseca impossibilità, una successione che si

<sup>1</sup> Cfr. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, pp. 47-48.

attuasse contro la designazione dell'erede fatta dal testatore. Fino a quando, infatti, la successione ereditaria ebbe luogo sul terreno della familia agnatzia e fu, quindi, diretta a realizzare il trapasso della potestà familiare, la nomina dell'erede costituì un elemento inerente ai poteri del paterfamilias (atto di sovranità familiare). Il quale, nell'esercizio della sua potestà, e, quindi, anche nella scelta del successore, aveva un potere illimitato ed insindacabile<sup>2</sup>.

È inconcepibile che tale potere abbia potuto essere contenuto entro limiti di sorta. Sappiamo che non costituisce un limite la necessità della istituzione o diseredazione dei suoi: essa, infatti, ha fondamento nella posizione familiare dei suoi, dalla quale il paterfamilias, se voleva testare, non poteva prescindere.

Nessun limite, poi, neanche apparente, pongono le vocazioni ereditarie dell'agnato prossimo e dei gentili. Tali vocazioni hanno, infatti, una efficacia solo eventuale: in quanto, cioè, non siano escluse da designazioni testamentarie. E, del resto, che le vocazioni intestate dello ius civile vetus non pongano limiti alla potestà del testatore, si desume dal fatto che esse non possono essere configurate quali diritti soggettivi nell'accezione moderna di questa parola<sup>3</sup>. La struttura del diritto soggettivo privato<sup>4</sup> non si adatta alla vocazione ereditaria così del suus come dell'agnato. Tale vocazione costituisce una accessione organica del posto familiare del vocato e non un suo diritto soggettivo. Sappiamo, infatti, che il suus è erede ipso iure e che necessariamente designato è anche l'agnato prossimo. Se, dunque, il potere del paterfamilias nella nomina dell'erede è per sua natura intrinsecamente illimitato e se le vocazioni intestate non sono concepibili come diritti soggettivi che si pongano quali limiti esterni di quel potere, è chiaro che l'idea stessa di una successione contro il testamento non poteva trovar posto nel sistema ereditario antico<sup>5</sup>. Affinché tale idea sorgesse, era necessario che il sistema ereditario si assidesse sopra le nuove basi della paren-

<sup>2</sup> Vedi innanzi § 121 p. 231<sup>1</sup> e BETTI, *Istituzioni* § 33 p. 149. Si capisce che quando noi parliamo di trapasso della *potestas* familiare, noi ci riferiamo non solo all'epoca amica in cui tale trapasso realmente si verificava, ma anche all'epoca storica in cui tale trapasso non avveniva più in realtà: anche in quest'epoca, infatti, la successione serbò la sua struttura potestativa.

<sup>3</sup> La limitazione della potestà di testare del testatore si comprenderebbe soltanto quando a questa potestà si opponessero, quale suoi limiti, i *diritti* di successione legittima di determinate persone. Ma dove sono questi *diritti* nello ius civile romano? Le vocazioni del suus o dell'agnato sono, come dico nel testo, accessioni organiche dei loro posti familiari: e tali vocazioni può il paterfamilias eliminare o mediante la diseredazione (pel suus) o con il solo fatto della designazione testamentaria (per l'agnato). Se, invece, tali vocazioni avessero avuto fondamento su diritti soggettivi di carattere necessario, il paterfamilias non avrebbe potuto in nessun modo preterirle.

<sup>4</sup> In quanto potere posto a servizio dell'autonomia privata. Cfr. BETTI *Inst.* § 20, 49.

<sup>5</sup> Quando parlo di sistema ereditario antico non bisogna intendere quello preistorico: intendo alludere a quello che ebbe vigore fino a quando le riforme pretorie non vi apportarono riforme fondamentali. Per tutto questo periodo, infatti, la successione ereditaria fu, almeno nella struttura degli istituti, concepita quale trasmissione della potestà familiare.

tela naturale ad esso apprestate dalle riforme pretorie. Queste riforme, infatti, consistettero non solo nella nuova base cognatizia data alle vocazioni intestate, ma altresì e specialmente nella mutata natura giuridica di tali vocazioni, che vennero trasformate *da elementi organici del posto familiare agnatizio, quali erano in antico, in veri diritti soggettivi del vocato*. Allora solamente fu possibile che accanto alle due forme di successione, testamentaria ed intestata, se ne aggiungesse una nuova, la quale mirasse ad attuare questi diritti soggettivi dei più prossimi parenti anche in presenza di vocazioni testamentarie.

La successione contro il testamento ha, quindi, origine pretoria; ed origine pretoria hanno pure gli istituti che servono ad attuarla. Ciò è manifesto non solo nelle due forme di bonorum possessio contra tabulas concessa ai liberi ed al patrono, ma altresì nella querella inofficiosi testamenti, che, come vedremo, ha con quelle b. possessiones sorprendenti analogie strutturali.

Alla luce di queste considerazioni è da intendere il seguente passo di Pomponio.

POMPONIUS, *libro quinto ad Quintum Mucium*: 120 D. 50.16; P. 248. Verbis legis duodecim tabularum his 'uti legassit suae rei, ita ius esto' latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertas dandi, tutelas quoque constituendi. Sed id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate iura constituentium.

Orbene, la coangustatio cui allude Pomponio, e di cui il giurista non sa dare una ragione esauriente, sta appunto nella mutata natura giuridica delle vocazioni intestate dei parenti più prossimi. In quanto, infatti, tali vocazioni assunsero carattere di diritti soggettivi, esse vennero a porsi in netta opposizione alla amplissima potestas dei testatori.

Le vocazioni ereditarie dei parenti più prossimi non ebbero più, come prima, una efficacia condizionata dalla inesistenza di un testamento: ebbero, invece, efficacia incondizionata e poterono, quindi, essere attuate anche contro il testamento che le escludeva.

§ 155. Questo fenomeno è nettamente visibile nella successione del patrono al liberto. Dice Gaio (III, 40-41):

Olim itaque licebat liberto patronum suum *impune* testamento praeterire. Nam ita demum lex XII tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortus esset libertus nullo suo herede relicto... qua de causa postea praetoris edicto haec iuris iniquitas emendata est. Sive enim faciat testamentum libertus, *iubetur ita testari, ut patrono suo partem dimidiam bonorum suorum relinquat*, et si aut nihil aut minus quam partem dimidiam reliquerit, datur patrono contra tabulas testamenti partis dimidia bonorum possessio (cfr. Ulp. XXIX. 1).

Le ragioni che giustificano il diverso regime, civile e pretorio, nella successione del patrono risultano, dopo quanto abbiamo detto, evidenti. Nel sistema

ereditario di ius civile il patrono stava, rispetto al liberto, nello stesso posto di un prossimo agnato. Pertanto, egli veniva alla successione del liberto soltanto quando fossero ricorse queste due condizioni: 1) che non vi fosse stato testamento; 2) che non vi fossero stati sui del liberto.

Ciò che qui va posto in rilievo è il potere illimitato concesso al testatore nella scelta del successore e l'assoluta esclusione delle vocazioni intestate quando vi siano le testamentarie: ... *licebat liberto patronum suum impune testamento praeterire*.

Il sistema ereditario di ius civile non aveva in sé la possibilità di opporsi a quel potere e di circoscriverlo. Fino a quando la successione ha carattere potestativo, il patrono non può – né è concepibile che lo possa – in nessun modo opporsi all'illimitato potere di scelta dell'erede che ha il liberto testatore. Perché tale opposizione sia concepibile, è necessario che mutino le basi stesse della successione.

Fu, infatti, per opera del pretore che la vocazione ereditaria del patrono, assumendo la struttura di un diritto soggettivo, riuscì a porsi come limite al potere del liberto testatore e ad attuarsi anche contro il testamento di costui<sup>6</sup>.

Senza la spiegazione che noi proponiamo, non si comprende la ragione che avrebbe potuto spingere il pretore a tutelare il rapporto di patronato, nel campo ereditario, più fortemente di quel che non avesse fatto lo ius civile. Sarebbe stata, anzi, concepibile una tutela meno intensa: e ciò in considerazione che il rapporto di patronato, se è vivamente sentito alle origini, va di necessità perdendo questa sua intrinseca forza man mano che si procede verso l'epoca classica. Orbene, non è già che lo ius civile proteggesse il rapporto di patronato in modo meno intenso di quel che poi fece il pretore. Sappiamo, anzi, che in antico i patroni «soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium, quod in liberos confertur, cum ex servitute ad civitatem Romanam perducuntur» (1 pr. D. 38.2).

Ora, perché mai questa intensa tutela cui l'antico ius civile sottopose il rapporto di patronato non si manifestò anche sul terreno della successione ereditaria? Perché non venne stabilito ab antiquo che il liberto non potesse preterire nel testamento il patrono? E perché, quindi, lo ius civile non conobbe un istituto analogo a quello della b. p. c. t.? Tutte queste domande rimarrebbero senza risposta, se questa non venisse cercata nella diversa configurazione dogmatica dell'antico e del nuovo sistema ereditario.

<sup>6</sup> Son degne di nota le espressioni di Ulpiano (XXIX.1) a proposito della successione del patrono «...ideoque sive testamento facto (libertus) decedat licet suus heres ei non sit... *lex patrono nihil praestat*. Sed ex edicto praetoris... contra tabulas testamenti partis dimidia bonorum possessio illi datur. et rell.»

Col nome di *lex* si intende alludere alla legge delle XII tavole: ma è evidente che il principio ha radice nella costituzione stessa della familia.

Concepita la nomina dell'erede come atto di sovranità del *paterfamilias*, quest'atto è per sua natura assolutamente libero. Ne segue che, per quanto intensa fosse stata la tutela del rapporto di patronato nello *ius civile*, tuttavia questa tutela non poteva spingersi sino ad intaccare i poteri del liberto *paterfamilias*. Sarebbe stato, sì, concepibile che il liberto, nei primi tempi, fosse stato posto in una condizione analoga a quella che in epoca storica hanno ancora i Latini Iuniani (Gai III.55 segg.). Ma quando il liberto viene considerato integralmente *civis Romanus* e *paterfamilias*, il rapporto di patronato, se può legarlo in mille modi al patrono, non può, però, intaccare per nulla i poteri che ineriscono alla sua qualità di *paterfamilias*. Del resto, come nessun obbligo può esservi nel liberto di non preterire il patrono nel suo testamento, così nessun diritto in senso tecnico c'è nel patrono di venire alla successione del liberto.

Si comprende allora perfettamente come la tutela del rapporto di patronato non potesse spingersi sino a toccare i rapporti ereditari, e come l'antico *ius civile* non avesse modo né ragione di costruire un istituto analogo alla *b. p. c. t.*, creato più tardi dal pretore.

Quando il sistema ereditario mutò le sue basi e la natura delle sue vocazioni e nella successione prese rilievo il contenuto patrimoniale, l'esclusione del patrono dalla eredità del liberto apparve come una iniquità (*iuris iniquitas*, la chiama Gaio). Come iniquità non poteva, invece, apparire nell'antico *ius civile*, dove questa esclusione era perfettamente coerente ai principii che disciplinavano la successione ereditaria. E poiché, d'altro canto, le vocazioni ereditarie, in generale, vennero assumendo la struttura di diritti soggettivi, fu possibile concepire un diritto del patrono alla eredità del liberto, e, correlativamente, un obbligo del liberto a non preterire il patrono nel suo testamento. Dunque, la *b. p. c. t.* non è indice di una tutela più intensa che il pretore avrebbe accordato al rapporto di patronato. Sappiamo, anzi, che il pretore ne mitigò in tutti i modi l'asprezza (1 D. 38.2).

La novità consistette in ciò: che, caduta l'antica concezione della nomina dell'erede quale atto di sovranità familiare e concepita la vocazione intestata del patrono quale suo diritto soggettivo, fu possibile attuare questo diritto ponendo dei limiti alla primitiva illimitata potestà di testare del liberto.

§ 156. Se dai rapporti di patronato passiamo ai rapporti di famiglia, l'antitesi notata fra l'antico ed il nuovo sistema ereditario appare ancora più evidente.

Come dice Pomponio (120 D. 50.16 cit.), il testatore ha una potestà amplissima. Tra i poteri che ad essa ineriscono vi è quello di diseredare i suoi per concentrare in uno di costoro la qualità di erede o per attribuire tale qualità ad un estraneo. È evidente che la diseredazione, come atto di potestà, non poteva essere soggetta ad alcun controllo di merito e tanto meno poteva essere annullata. Ma quando, nel nuovo sistema pretorio, la successione ereditaria si asside sopra basi nuove, la diseredazione – ove risulti ingiustificata – viene con-

siderata lesiva del diritto di successione del *suus*, e come tale viene assoggettata a critica e ad annullamento.

Qui sta la prima origine della querella *inofficiosi testamenti*. La funzione assunta successivamente da questo istituto costituisce la prova più chiara della nostra tesi. La querella costituisce il rimedio giuridico che il pretore concede ai cognati a tutela di quel loro diritto di successione che trova la sua origine nell'editto.

C'è un nesso di causalità fra la natura della vocazione pretoria e la possibilità di attuare tale vocazione anche contro il testamento. Tale nesso non è, invece, ritrovabile nelle vocazioni di *ius civile*. E pertanto è gravissimo errore credere, come comunemente si fa, che le vocazioni dei cognati, nel nuovo sistema ereditario, abbiano la stessa struttura delle antiche vocazioni agnatizie. Fino a quando il sistema ereditario ebbe base nella *familia agnaticia* e la successione fu considerata quale trasmissione di sovranità, né poté sorgere l'idea di una successione necessaria, né poté avere rilievo giuridico alcuno il mero vincolo cognaticio. Ma quando il nuovo sistema prende come sua base proprio la parentela naturale e concentra l'importanza della successione sul momento patrimoniale, allora si comprende il *diritto* dei cognati più prossimi di venire alla eredità del loro congiunto, e l'*obbligo* correlativo di quest'ultimo di soddisfare tale diritto.

Ecco perché la querella è concessa a tutti i cognati: cioè ai discendenti anche *ex matre*, al padre ed alla madre, indipendentemente dal posto che essi occupano nell'ordine delle vocazioni intestate.

Assieme alla *bonorum possessio contra tabulas* del patrono ed alla querella *inofficiosi testamenti*, anche la *bonorum possessio contra tabulas* concessa ai liberi trova la sua giustificazione ed il suo fondamento nei principi che animano il nuovo sistema ereditario. Quantunque il pretore si sia preoccupato di collegare con finzioni questo istituto al sistema ereditario dello *ius civile*, tuttavia anche qui la vocazione dell'emancipato preterito è fondata sul rapporto di parentela naturale, ed ha una struttura intrinsecamente diversa da quella della vocazione del *suus*, alla quale essa viene equiparata<sup>7</sup>.

È risaputo il mezzo cui il pretore ricorse per chiamare l'emancipato alla successione (intestata o contro il testamento) del proprio padre.

Avendo l'emancipazione spezzato il vincolo agnaticio che univa il figlio al padre, per lo *ius civile* il figlio emancipato era irrimediabilmente escluso dall'eredità paterna. Per tutelare l'emancipato, il pretore avrebbe potuto o prescindere del tutto dallo *ius civile*, fondando la sua tutela sul semplice rapporto di parentela naturale, o aderire formalmente allo *ius civile* e tutelare questo rapporto di parentela naturale trattandolo come rapporto di soggezione alla pote-

<sup>7</sup> Parliamo soltanto dell'emancipato perché fu questo certamente il primo caso contemplato dal pretore. Per una naturale evoluzione anche i casi simili vennero in seguito disciplinati alla stessa guisa.

stà paterna, e considerando, perciò, come non avvenuta la *capitis deminutio*. Quest'ultima fu la via battuta dal pretore. Gaio (III, 26) ci attesta che «liberos omnes, qui legitimo iure deficiuntur, vocat (praetor) ad hereditatem *proinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent*». Attestazione più esplicita ci dà Paolo (6.1 D. 37.1), quando afferma che la *bonorum possessio* è concessa a coloro che non possono essere eredi «propter *capitis deminutionem*. Quamvis enim iure civili deficiant liberi, qui propter *capitis deminutionem* desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen *rescindit eorum capitis deminutionem* praetor».

Posto l'emancipato nella stessa posizione del *suus*, il pretore estese anche a lui la necessità della istituzione o diseredazione. E a garanzia dell'applicazione del nuovo principio il pretore concesse all'emancipato preterito la *bonorum possessio contra tabulas*.

Quantunque sembri che la successione dell'emancipato rientri entro gli schemi del sistema ereditario di *ius civile*, e che, quindi, ad essa non si adatti né il fondamento nuovo né la natura nuova delle vocazioni ereditarie, tuttavia è certo che il collegamento allo *ius civile* è costituito da una finzione, e che la struttura della vocazione dell'emancipato ha caratteri profondamente diversi dalla struttura della vocazione del *suus*. Infatti, il *suus* è erede *ipso iure* e la sua preterizione importa inesistenza del testamento. L'emancipato, invece, ha soltanto la possibilità di chiedere e di ottenere una *bonorum possessio cum re*. *Bonorum possessio* che, peraltro, non invalida *iure civili* il testamento contro il quale essa sia chiesta. C'è, dunque, una radicale differenza di natura tra la vocazione del *suus* e quella dell'emancipato. Ma oltre che nella natura, le due vocazioni differiscono nel loro fondamento. Perché, mentre quella del *suus* procede necessariamente dall'organismo familiare agnatizio, quella dell'emancipato ha la sua base ultima sul semplice rapporto cognatizio che lega costui al defunto. Dico base ultima, perché la base prossima è data dalla finzione di *suità*: è evidente, però, che in tanto il pretore si preoccupa di costituire questa finta base di *ius civile*, in quanto intende tutelare il vincolo cognatizio che unisce i figli al padre.

§ 157. Dunque, con la *b. p. c. t. e*, in genere, con la *bonorum possessio unde liberi*, il pretore tutela il rapporto di parentela naturale sotto forma di rapporto di *suità*.

La differenza, quindi, fondamentale tra la tutela concessa ai cognati con la querella, e quella concessa agli emancipati con la *b. p. c. t.* sta in ciò: che mentre nel primo caso viene direttamente ed immediatamente tutelato il rapporto di parentela naturale senza riguardo alcuno ad esigenze di natura agnatizia, nel secondo caso, invece, tale rapporto viene tutelato soltanto indirettamente e mediatamente in quanto, cioè, si rivesta della forma di rapporto agnatizio. Questa diversa maniera di tutela del rapporto di parentela nei due istituti determina in essi importanti differenze di struttura; differenze che non giungono però sino a velare alcune coincidenze fondamentali tra i due istituti. Tanto

l'uno che l'altro, infatti, hanno un comune fondamento cognatizio, suppongono la nuova struttura della vocazione ereditaria e mirano appunto ad attuarla contro il testamento.

Questa diversità che esiste tra il puro sistema cognatizio, su cui si fonda la querella, e quello su cui si fonda la b. p. c. t. che, pur essendo cognatizio, è tuttavia ricalcato sopra quello agnatizio, ha indotto il Moriaud<sup>8</sup> a ritenere che il fondamento della b. p. c. t. e della corrispondente b. p. unde liberi, vada ricercato nella «*simple famille paternelle*»: cioè, in una famiglia paterna composta di un autore comune maschio e de' suoi discendenti per virilem sexum, siano o non siano essi agnati<sup>9</sup>.

Il Moriaud, considerando che il principio della rescissione della capitis deminutio non spiegava tutti i casi ammessi dalle fonti, suppose che l'idea direttiva che aveva ispirato, sia pure implicitamente, l'opera del pretore per la creazione della bonorum possessio unde liberi e contra tabulas, andasse ricercata nella *famiglia paterna*: realtà sociale che sarebbe esistita accanto alla famiglia agnatizia e sulla cui costituzione il pretore avrebbe ricalcato la classe dei liberi. Pur essendo a base cognatizia, la famiglia paterna sarebbe stata tuttavia costituita come quella agnatizia, e avrebbe rappresentato un anello intermedio tra quest'ultima e la pura famiglia cognatizia.

Orbene, noi riconosciamo esatta l'osservazione del Moriaud che l'espedito della rescissione della capitis deminutio non spiega da sé tutti i casi in cui la b. p. contra tabulas e unde liberi è concessa. Ma non possiamo, d'altro canto, non far notare che tale principio non è il solo né quello fondamentale cui il pretore ricorra per concedere la bonorum possessio contra tabulas e quella unde liberi. Ciò che il pretore richiede come presupposto necessario di tale concessione è soltanto *che sia possibile configurare come agnatizio il rapporto meramente cognatizio che unisce il discendente al paterfamilias*.

L'utilità che presenta l'idea della «famiglia paterna» è questa: che essa permette di individuare con esattezza le categorie delle persone legittimate alla b. p. c. t. ed unde liberi. Ma oltre questa sua funzione, diciamo così, scientifica, essa non ha altresì quella che il suo autore le vorrebbe attribuire: di rispecchiare, cioè, una realtà sociale di cui i romani avrebbero avuto coscienza almeno implicita. I romani non conobbero una famiglia paterna che prendesse posto tra la famiglia agnatizia e quella cognatizia. La bonorum possessio contra tabulas e quella unde liberi hanno, infatti, per loro presupposto, sia pure remoto, il mero rapporto di parentela naturale.

<sup>8</sup> *De la simple famille paternelle en droit romain*, Genève, 1910, p. 55 segg. Cfr. la ampia recensione di quest'opera fatta dal PARTSCH nella *Z. S. St.*; 32, 445 sgg. e vedi pure LENEL, *Ed.*<sup>3</sup> p. 343.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 6.

La ragione del legame che, tuttavia, unisce formalmente la classe dei liberi allo ius civile e, perciò, alla famiglia agnatizia, è da ricercare soltanto in quel principio evolutivo tipicamente romano onde i nuovi istituti vengono formalmente ricondotti sotto la specie degli antichi, per quanto radicalmente ne differiscano nella sostanza.

§ 158. Un indice, poi, decisivo del fondamento cognatizio della bonorum possessio contra tabulas ci è dato dall'edictum de legatis praestandis<sup>10</sup>. Come si sa, un elemento essenziale della b. p. c. t. è costituito dall'obbligo fatto ai liberi, che abbiano ottenuto la b. p. c. t., di prestare i legati alle persone eccettuate. Dice Ulpiano (1 pr. D. 37.5: P. 1107).

«qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum.»

Il giurista soggiunge (§ 1: P. 1108) che non interessa vedere «utrum ex virili sexu an ex feminino descendit. Quisquis igitur ex liberis parentibusque fuerit, ad legati petitionem admittetur, *sed ita demum, si iura cognationis sunt inter eos.*»

Come si vede, il puro sistema cognatizio sta a fondamento dell'edictum de legatis praestandis. Esso costituisce come l'anello di congiunzione tra la bonorum possessio contra tabulas che, pur riposando indirettamente sopra il sistema cognatizio, non trascura, almeno formalmente, le esigenze del sistema agnatizio, e la querella inofficiosi testamenti che ha base esclusiva sul puro rapporto di parentela naturale. I due istituti presentano, quindi, tra l'altro, una fondamentale coincidenza di struttura in questo: che i cognati, come tali, tutelati direttamente con la querella per ciò che attiene alla loro vocazione ereditaria, sono pure tutelati nel caso della b. p. c. t. per quanto concerne la prestazione dei legati di cui essi siano stati onorati.

Possiamo concludere dicendo: l'idea della successione contro il testamento, mentre è concettualmente *estranea* al sistema ereditario dello ius civile vetus, è, invece, *propria* del sistema ereditario pretorio. I suoi presupposti, infatti, sono:

a) che la successione ereditaria non sia più considerata quale trasmissione di potestà e che, quindi, la nomina dell'erede non venga più considerata quale atto insindacabile di sovranità del paterfamilias.

b) Che la parentela cognatizia si sia sostituita, almeno sostanzialmente, a quella agnatizia nel costituire la base delle vocazioni ereditarie intestate.

c) Che tali vocazioni abbiano assunta la struttura di diritti soggettivi di contenuto patrimoniale, aventi autonoma esistenza, ed attuabili contro un testamento lesivo.

<sup>10</sup> Cfr. più oltre, §§ 182 sgg.

## SEZIONE PRIMA

## LA BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS DEI LIBERI

## CAPITOLO I

LA CLASSE DEI LIBERI CHIAMATI ALLA BONORUM POSSESSIO  
CONTRA TABULAS

§ 159. Come la bonorum possessio contra tabulas sorta per tutelare gli emancipati preteriti mediante la rescissione della loro capitis deminutio venga poi estesa a tutti i discendenti per virilem sexum preteriti, che possano, per finzione, raffigurarsi immediatamente soggetti alla potestà del defunto paterfamilias.

§ 160. Come la classe dei liberi sia una mera costruzione giuridica pretoria ricalcata sopra la classe dei sui e rappresenti il primo mezzo tecnico mediante il quale la cognazione riesce a prender posto nel sistema ereditario. Quadro riassuntivo dei liberi.

§ 161. Presupposti della qualità di liber: a) presupposto naturale, la discendenza per virilem sexum; b) presupposto formale, la possibilità di configurare per finzione un rapporto di immediata soggezione a potestà (suità) col defunto. Manca il primo presupposto nei figli adottivi emancipati. Manca il secondo in quelli dati in adozione, che siano tuttavia membri della famiglia adottiva, e non siano istituiti nel testamento del padre naturale. La finzione di suità presupposta nelle fonti (4.2; 4.1; 6.2 D. 37.4).

§ 159. Quando i vincoli cognatizi fecero sentire la loro influenza nel sistema ereditario, la posizione che apparve al pretore anzitutto degna di tutela fu quella dell'emancipato. Costui era iure civili straniero alla familia: non aveva, quindi, alcun titolo per venire alla successione del proprio padre.

Per creare questo titolo il pretore ricorse alla finzione di rescissione della capitis deminutio, ponendo l'emancipato in una posizione analoga quella del suus. Di qui, la necessità per il paterfamilias di aver riguardo nel suo testamento non soltanto ai sui, ma altresì agli emancipati: i quali, pertanto, dovevano essi

pure o essere istituiti o essere diseredati. Poiché, però, malgrado la finzione di suità, l'emancipato non cessava di essere tale, così né egli diventava erede ipso iure, come il suus, né la sua preterizione importava inesistenza del testamento.

La tutela pretoria consisteva, infatti, nell'attribuire all'emancipato una bonorum possessio cum re, intestati o contra tabulas<sup>1</sup>.

Dice Paolo: «quamvis enim iure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor» (6.1 D. 37.1).

L'allusione agli emancipati è ivi chiara. Esplicita è poi in Gaio (II, 135):

Emancipatos liberos iure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes; sed praetor omnes tam feminini quam masculini sexus, si heredes non instituantur, exheredari iubet, virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim vel inter ceteros; quodsi neque heredes instituti fuerint neque ita ut supra diximus exheredati, praetor promittit eis contra tabulas bonorum possessionem.

La menzione degli emancipati è parimenti esplicita in Ulpiano XXII, 23 e XXVIII, 2.4:

Emancipatos liberos, quamvis iure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse sit, tamen praetor iubet, si non instituantur heredes, exheredari, masculos omnes nominatim, feminas vel nominatim vel inter ceteros; alioquin contra tabulas bonorum possessionem eis pollicetur (XXII, 23).

Contra tabulas bonorum possessio datur liberis emancipatis testamento praeteritis.

... Emancipatis liberis ex edicto datur bonorum possessio. (XXVIII, 2.4).

Una ulteriore attestazione si ha nel seguente testo di Ulpiano.

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 3 pr. D. 37.4: Pal. 1100.

Non tantum autem ipsi emancipati admittuntur ad bonorum possessionem, verum etiam hi quoque, qui ex his nati sunt.

Questo costante riferimento agli emancipati è dovuto, a nostro avviso, al fatto che la b. p. c. t. sorse anzitutto per tutelare costoro, e che soltanto in prosieguo essa venne concessa anche agli altri discendenti. Infatti, l'onere della istituzione o diseredazione, che valeva per i sui, fu esteso non soltanto agli emancipati, ma a tutti i liberi, per i quali era possibile concepire l'esistenza di un rapporto di immediata soggezione a potestà (suità) col defunto paterfamilias.

Tutti i discendenti per virilem sexum, figli o nipoti succeduti in luogo di figli, potevano, dunque, ottenere la b. p. c. t. quando fossero stati preteriti dal loro padre naturale. Erano soltanto esclusi i discendenti che si trovassero sog-

<sup>1</sup> Cfr. per tutti LEIST, *Cont. Glück*, libri 37-38 vol. II-III, p. 431 segg. trad. cit. – LONGO, *Bonorum possessio* in «Enciclopedia giuridica» col. 1237 segg.

getti alla potestà di un altro paterfamilias (adottati od arrogati) e i figli adottivi emancipati.

La esclusione di questi ultimi si comprende quando si pensi che, estinto il vincolo agnatizio, non vi è più per essi alcun vincolo naturale che li unisca alla famiglia del padre adottivo: «hi enim et liberorum nomen amittunt post emancipationem», dice Paolo (4 D. 38.6). Quanto alla esclusione dei primi, essa è giustificata dalla giuridica impossibilità di concepire un rapporto di suità del figlio dato in adozione col suo padre naturale. A ciò osta, come vedremo (§ 161), la sfera giuridica del paterfamilias adottivo.

Secondo il Moriaud alla chiamata del dato in adozione alla b. p. c. t. ed unde liberi osterebbe il principio di esclusivismo al quale, sul modello della famiglia agnatizia, sarebbe stata informata la costituzione della «famiglia paterna»<sup>2</sup>.

Dunque, la bonorum possessio contra tabulas e quella unde liberi, concesse dapprima soltanto al figlio emancipato, furono ben presto estese a tutti i liberi. E come il pretore si era servito della rescissione della capitis deminutio per porre l'emancipato in una posizione analoga a quella del suus e per giustificare la chiamata alla successione paterna, così per tutti gli altri liberi il mezzo giuridico di cui egli si valse fu la finzione di un rapporto di suità tra il liber ed il defunto paterfamilias.

§ 160. La classe dei liberi è una mera costruzione giuridica pretoria: essa rappresenta il mezzo tecnico mediante il quale la cognazione riesce a prender posto per la prima volta nel sistema ereditario. Infondata è, perciò, l'idea del Moriaud secondo la quale, invece, la classe dei liberi sarebbe stata ricalcata sopra la costituzione del gruppo domestico dei «liberi» (*famiglia paterna*) che avrebbe avuto a Roma una reale esistenza accanto a quello degli agnati e a quello dei cognati. Questa «famiglia paterna», che sarebbe stata ricalcata sopra quella agnatizia, non fu per nulla conosciuta dai Romani. E invero il pretore, tutelando i liberi, non intese fare altro che dare tutela giuridica ai rapporti cognatizi<sup>3</sup>.

Non, però, ai rapporti cognatizi in genere, ma a quelli che fosse stato possibile di configurare, sia pure per finzione, come rapporti agnatizi.

<sup>2</sup> Peraltro, anche il dato in adozione può qualche volta ottenere la b. p. c. t.: ma ciò è per lui possibile soltanto quando il testatore lo abbia validamente istituito nel suo testamento e ci siano altri che chiedano la b. p. c. t. (commissio per alium edicto).

<sup>3</sup> Cfr. più innanzi, p. 316. Molto esattamente dice Teofilo II.13.3 p. 173. (ed. Ferrini). εἶχε τις υἱὸν ἢ θυγατέρα emancipatus. διαπθέμενος οὗτος, ὅσον κατὰ τὴν πολιτικὴν νομοθεσίαν, οὐκ ἀναγκάζεται γράφειν αὐτοὺς κληρονόμους ἢ ἀποκληρονόμους ποιεῖν, ἄγνωστοι γὰρ εἰσι τῷ δωδεκαδέλτῳ δι' ἣν ὑπέστησαν capitis deminutiona. ὁ δὲ praetor πρὸς τὴν φυσικὴν ὄρων συγγένειαν οἶδε καὶ τούτους τοὺς παῖδας καὶ κελεύει τοὺς emancipatus γράφεσθαι κληρόνομους. Come si esprime Teofilo, gli emancipati, ignoti alla legge delle XII tavole, vennero dal pretore tutelati sul fondamento del loro rapporto di parentela cognatizia (πρὸς τὴν φυσικὴν) col defunto.

La ragione che spinge il pretore a rispettare l'esigenza agnaticia va specialmente ricercata in quel principio evolutivo, caratteristico nel diritto romano, onde i nuovi istituti, quantunque nella *sostanza* radicalmente diversi dagli antichi, appaiono pure nella *forma* quasi un duplicato di questi ultimi. L'evoluzione giuridica romana presenta quasi ovunque questa sua caratteristica. Così nel campo nostro, il pretore, pure mirando col suo sistema a tutelare i rapporti di parentela naturale, crea tuttavia i suoi istituti modellandoli sopra quelli di ius civile. È per questo che la sua prima costruzione – la classe dei liberi –, pure apportando, quanto alla sostanza, radicali riforme al sistema ereditario antico, si presenta tuttavia formalmente coerente ai principii ed alle esigenze di questo sistema. È soltanto nella classe dei cognati che il pretore riesce ad attuare il sistema della pura cognazione.

Ciò che nel sistema civile sono i sui, sono i liberi nel sistema pretorio. Tutte le regole che disciplinano la successione degli uni, vengono, perciò, estese anche agli altri. In particolare, il principio della istituzione o diseredazione dei sui e le norme che ne regolano l'applicazione, viene esteso dal pretore a tutti i liberi. Ai quali, quando fossero stati preteriti, il pretore concedeva la bonorum possessio contra tabulas.

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 1 pr. 1 D. 37.4: Pal. 1098.

In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt. Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo iure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex iure civili.

Nella classe dei liberi sono dunque compresi.

A) Figli sui.

a) Figli naturali Gai II. 135; I. II, 13.3; 15 pr. D. 37.5; Ulp. XXVIII, 8; 16 D. 37.5; 1 pr. D. 37.4; 1.11 D. 38.9; Coll. XVI, 7.2.

b) Figli adottivi Gai II, 136; I. II, 13.4; Ulp. XXVIII, 3; Ulp. XXVIII, 8; 1 pr. D. 37.4; 3.4 D. 37.4; 1.6 D. 38.6.

c) Figli ritornati dalla prigionia (ius postliminii) 1.3.4 D. 37.4.

d) Figli emancipati e poscia arrogati 41 D. 1.7; 1.7 D. 38.6.

e) Nipote emancipato, poscia arrogato come figlio 13.3 D. 37.4; 3.1.3 D. 37.4; 1.9 D. 37.8.

f) Nipote procreato dopo l'emancipazione di suo padre e dato poscia in adozione come figlio al nonno 1.9 D. 37.8; 13.3 D. 37.4; 3.6 D. 37.6; 3.4 D. 37.4.

B) Figli non sui.

a<sup>1)</sup> Figli civitate donati Gai II, 135<sup>a</sup>; I, 93.94; III, 20; Coll. XVI, 7.2.

b<sup>1)</sup> Figli emancipati 15 D. 44.7; 2 D. 44.2; 3.6 D. 37.6; 2 D. 38.6; 28.6 D. 36.1; 5.1.2 D. 38.6; Gai II. 135; I. II, 13.3; 25 pr. 1 D. 37.5; 3 D. 37.8; 30 D. 4.4; 5 pr. D. 37.7; 20 pr. D. 37.4; 6.1.3 D. 37.4; 15 pr. 1 D. 37.5; 46 pr. D. 7.1; 14.2 D. 48.10; Ulp. XXII, 23; XXVIII, 3; 5 pr. 1 D. 37.11; 1.6 D. 37.4; 14 pr. D. 37.5; 1 pr. D. 37.6; 1.9 D. 37.7; 1.2 D. 37.8; 2 pr. D. 34.9; 20 pr. D. 37.5; 15 D. 37.4; 5 D. 37.8; c. 3 C. 1.18; 60 D. 29.2; 89.3 D. 3; 80 D.

36.1; Ulp. XXVIII, 8; 1.9 D. 38.6; Coll. XVI, 7.2; 1.2 D. 38.15; c. 1 C. 6.14; c. 2 C. 6.14; c. 4 C. 6.9; I. III, 1.9.12.13.

*c*<sup>1</sup>) Figli usciti dalla famiglia senza *capitis deminutio* 1.4 D. 37.4.

*d*<sup>1</sup>) Figlio emancipato dal nonno premorto (al padre) 6.2 D. 37.4.

*e*<sup>1</sup>) Figlio dato in adozione al nonno paterno 3.8 D. 37.4.

*f*<sup>1</sup>) Figlio dato in adozione e poscia emancipato Gai II, 137; I. II, 13.4; 6.4 D. 37.4; 10.2 D. 37.4; 1.14 D. 37.6.

*g*<sup>1</sup>) Figlio diventato *servus poenae* e poi *restitutus* 1.9 D. 37.4.

*h*<sup>1</sup>) Figlio prigioniero *postliminio reditus* Arg. Ulp. 1.3.4 D. 37.4.

*i*<sup>1</sup>) Figlio emancipato arrogato da suo padre e poi nuovamente emancipato 4 D. 38.6; 1.7 D. 37.4; 1.7 D. 38.6 (int.).

*l*<sup>1</sup>) Figlio emancipato arrogato da un estraneo e poscia emancipato 6.4 D. 37.4; 1.21 D. 37.6; I. III, 1.10.

*m*<sup>1</sup>) Figlio rimasto in potestà del nonno ed il cui padre fu invece emancipato 1.11 D. 37.9; 16 D. 37.4; 5.1 D. 38.6; 7 D. 37.4; 8.1 D. 37.10; 6 D. 38.6; 5 D. 37.6; 21 pr. D. 37.4; 4 D. 37.8; c. 6 C. 3.31.

*n*<sup>1</sup>) Figlio nei confronti del padre suo che trovasi in adozione 3.9 D. 37.4 (per diritto giustiniano).

*p*<sup>1</sup>) Figlio nei confronti del proprio padre dato in adozione e poi emancipato 21 pr. D. 37.4.

*q*<sup>1</sup>) Figlio nei confronti del proprio padre deportato e poi *restitutus* 2 D. 37.4.

*r*<sup>1</sup>) Figlio emancipato nei confronti del proprio padre emancipato.

*s*<sup>1</sup>) Figlio emancipato nei confronti del proprio padre poscia arrogato 17 D. 37.4 itp. 14.1 D. 37.4.

*t*<sup>1</sup>) Figlio deportato e *restitutus* nei confronti del proprio padre pure deportato e *restitutus* 1.9 D. 37.4.

C) Nipoti sui.

α) Nipoti naturali 1.8 D. 37.4; 25 pr. 2 D. 37.5.

β) Nipote adottivo 6 D. 37.8.

γ) Figlio emancipato ed adottato come nipote 1.7 D. 37.4; 1.7 D. 38.6.

δ) Nipote emancipato ed adottato come figlio d'un figlio diverso dal padre naturale del nipote 15.1 D. 1.7.

D) Nipoti non sui.

ε) Nipote emancipato dal nonno 6.1 D. 37.4.

θ) Nipote emancipato dal nonno e poscia arrogato e riemancipato 3.1.2 D. 37.4.

ι) Nipote procreato dopo l'emancipazione del proprio padre 5.1 D. 38.6; 6 pr. D. 37.4; 3 pr. D. 37.4; 3.5 D. 37.4.

κ) Nipote procreato dopo l'emancipazione di suo padre ed emancipato 14.1 D. 37.4.

λ) Nipote procreato dopo la *datio in adoptionem* del proprio padre, e emancipato 14.1 D. 37.4; 6.4 D. 37.4.

μ) Nipote procreato prima della emancipazione di suo padre e dato in adozione a costui 3.7 D. 37.4; 21.1 D. 37.4.

ν) Nipote procreato dopo l'emancipazione di suo padre, dato in adozione al nonno, poscia emancipato 2.6 D. 38.17; 3.4 D. 37.4.

ξ) Nipote procreato dopo l'emancipazione ed emancipato prima della arrogazione del padre 14.1 D. 37.4.

π) Nipote procreato dopo l'emancipazione e dopo (o avanti) l'arrogazione del padre, ed emancipato dopo l'arrogazione 14.1 D. 37.4; 6.4 D. 37.4.

E) Postumi figli o nipoti, sui o non sui. 1.2.5 D. 37.4.

§ 161. Il quadro che presentiamo, che riproduce quello compilato dal Moriaud in appendice al suo studio sulla *simple famille paternelle*, ci permette di conoscere chi fossero i liberi che il pretore chiamava alla *b. p. intestati e contra tabulas*, e quali fossero i presupposti della loro chiamata. L'elemento naturale che accomuna tutti i liberi è la discendenza per *virilem sexum*: ma a questo elemento naturale se ne aggiunge un altro formale: ed è la possibilità di configurare per finzione un rapporto di immediata soggezione (*suità*) col defunto *paterfamilias*.

Quando manchi il primo elemento, o non sia possibile la configurazione del secondo, la figura del *liber*, che il pretore tutela, non sorge. Così non sono liberi, perché privi dell'elemento naturale, i figli adottivi emancipati. L'emancipazione fa loro perdere lo «*ius nomenque filii filiaeve, quod per adoptionem consecuti sunt*» (§ 11 *Inst. III.1*). Essi «*et liberorum nomen amittunt*» come dice Paolo (4 D. 38.6): epperò non ricorre per loro uno dei presupposti della *b. p. c. t.* (*ex liberis esse oportet*, 1 pr. D. 37.4). D'altro canto, vi sono dei discendenti per *virilem sexum* che il pretore non ammette né alla *b. p. unde liberi*, né a quella *contra tabulas* (salvo che in caso di istituzione nel testamento del loro padre naturale): si tratta dei figli dati in adozione. La ragione che le fonti indicano per giustificare questa esclusione è che essi si trovano in *alia familia*<sup>4</sup>. Non è perciò possibile considerarli come membri della famiglia agnatizia paterna. Gaio dice che essi «*extraneorum numero habentur*» (II, 137).

Per giustificare questa esclusione, non è necessario ricorrere col Moriaud all'idea della «famiglia paterna» ed al principio d'esclusivismo che, come in quella agnatizia, avrebbe avuto in essa applicazione. Tale esclusione si giustifica pel fatto solo che per i figli dati in adozione non è possibile configurare un rapporto di soggezione alla potestà del loro padre naturale. La configurazione di tale rapporto è, infatti, possibile soltanto quando si tratti di prescindere da atti giuridici o da circostanze che riguardino esclusivamente il discendente ed il *paterfamilias*

<sup>4</sup> LENEL *Ed.*<sup>3</sup> 343.

della cui successione si tratta. Non è possibile, invece, quando tra il discendente e l'ascendente si frapponga la sfera giuridica del terzo (paterfam. adottivo).

È, sì, possibile fingere che l'emancipato non sia emancipato; che il *filius civitatis donatus* sia stato sempre soggetto alla potestà paterna; che il nipote emancipato dal nonno premorto si consideri come non emancipato e, quindi, come soggetto alla potestà del proprio padre, e così via. Ma in tanto queste finzioni sono possibili, in quanto esse prescindono da alcune circostanze i cui effetti toccano soltanto la sfera giuridica del discendente e dell'ascendente. Nel caso del figlio dato in adozione, invece, la finzione non è più possibile, perché tra costui ed il suo padre naturale si frappone la sfera giuridica del padre adottivo.

Conferma di ciò ci porgono i testi. Nei fr. 3.7.8 D. 37.4; 21.1 D. 37.4; si prospetta l'ipotesi di figli dati in adozione dal padre al nonno, o di nipoti dati dal nonno in adozione al loro padre emancipato. Vi si prospettano, perciò, casi di passaggio da una famiglia in un'altra famiglia. Secondo i principii comuni il dato in adozione non potrebbe più venire, mediante b. p. unde liberi o contra tabulas alla successione di colui che lo diede in adozione. Tuttavia nei casi in esame il principio comune non viene in applicazione perché il passaggio dalla famiglia del nonno in quella del padre, e viceversa, non viene considerato quale passaggio in una famiglia aliena. Per questa considerazione, non frapponendosi tra ascendente e discendente una famiglia aliena, è possibile giuridicamente fingere il rapporto di suità.

Questo rapporto, del resto, viene considerato dalle fonti come presupposto della b. p. contra tabulas (ed unde liberi). Così Paolo, parlando del testamento delle donne, dice che contro di esso non può essere chiesta la b. p. quia (feminae) suos heredes non habent (4.2 D. 37.4). E per vedere quando un nipote possa essere ammesso alla b. p. c. t. e quando, invece, debba esserne escluso, lo stesso giurista decide in base alla considerazione che costui esset (vel) non esset suus heres futurus (4.1; 6.2 D. 37.4).

Conosciuti i presupposti dalla esistenza dei quali è fatta dipendere la qualità di liber, dobbiamo ora aggiungere che i liberi chiamati alla b. p. c. t. sono quelli stessi che sono chiamati alla b. p. unde liberi. Anche se le fonti non menzionassero espressamente questa coincidenza, noi la dedurremmo dal fatto che la classe dei liberi occupa nel sistema ereditario pretorio lo stesso posto che la classe dei sui occupa nel sistema ereditario civile. Ora, come il principio della istituzione o diseredazione riguarda i sui, primi chiamati alla successione intestata civile, così lo stesso principio, nel diritto pretorio, riguarda i liberi cui il pretore deferisce per primo, ab intestato, la bonorum possessio. Conferma di ciò ci porge un testo di Ulpiano (1.6 D. 38.6).

«Liberos autem accipere debemus (nella b. p. unde liberi) quos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos diximus, tam naturales quam adoptivos».

## CAPITOLO II

LA VOCAZIONE INTESTATA DEI LIBERI. INFLUENZA CHE ESSA SPIEGA  
SULLA DESIGNAZIONE TESTAMENTARIA DELL'EREDE

§ 162. Come la disciplina della successione ereditaria dei liberi sia ricalcata sopra quella dei sui. In particolare: il principio *liberi instituendi sunt aut exheredandi*. Coincidenza esteriore, ma differenza intrinseca di natura, fra i principi che regolano la successione dei sui e quelli che regolano la successione dei liberi. Come i primi abbiano carattere organico, gli altri costituiscano, invece, una astratta costruzione giuridica. Come tuttavia, per questa formale coincidenza, lo studio della successione intestata e *contra tabulas* dei liberi debba seguire la stessa linea sistematica seguita nello studio della successione dei sui.

§ 163. La diseredazione dei liberi (fr. 8 pr. 5 D. 37.4) Suo valore giuridico solo eventuale, pel caso, cioè, che si affacci la finzione del rapporto di *suità*. Requisiti della diseredazione. La identità del rapporto cognativo giustifica l'efficacia della diseredazione concernente: a) un figlio emancipato *poscia arrogato*; b) un figlio dato in adozione e poi emancipato dal padre adottivo; c) un figlio prigioniero *poscia tornato dalla prigionia*. Invece, non ha effetto alcuno la diseredazione di un estraneo *poscia arrogato*.

§ 164. La istituzione dei liberi. Come il fatto solo della istituzione precluda normalmente al discendente istituito la possibilità di venire *ab intestato* alla successione del proprio ascendente (3.11 D. 37.4). Istituzione sotto condizione casuale (3.13.14 D. 37.4).

§ 162. Abbiamo detto che la classe dei liberi occupa nel sistema ereditario pretorio un posto analogo a quello che la classe dei sui occupa pel sistema ereditario civile e abbiamo soggiunto che, in conseguenza, tutti i principii che disciplinano la successione civile dei sui vennero dal pretore usati per disciplinare la successione pretoria dei liberi. E, infatti, come la struttura della vocazione intestata dei sui influisce sulla designazione testamentaria dell'erede in guisa da giustificare il principio *sui instituendi sunt aut exheredandi*, così, parallelamente, può dirsi che la vocazione intestata dei liberi sia siffattamente costruita dal pretore da spiegare influenza sulla designazione testamentaria e da giustificare essa pure il principio *liberi instituendi sunt aut exheredandi*. Questa coincidenza di principii che disciplinano la successione civile dei sui e quella pretoria dei liberi è chiaramente attestata dalle fonti.

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 1 pr. 1 D. 37.4. Pal. 1098.

In *contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt. Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo iure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex iure civili.*

Orbene: questa coincidenza di principii nella successione dei sui e dei liberi è *meramente esteriore*: perché, mentre i principii che disciplinano la successione dei sui scaturiscono effettivamente dall'organismo familiare, i principii che disciplinano, invece, la successione pretoria dei liberi sono semplicemente mutuati dallo ius civile e costituiscono una astratta costruzione giuridica che non ha una reale rispondenza nell'organismo della familia. Così, ad esempio, l'onere della istituzione o diseredazione mentre riferito ai sui appare perfettamente giustificato, in quanto esso riflette una esigenza dell'organismo familiare, riferito ai liberi manca di ogni intrinseca giustificazione ed appare quale mera astrazione giuridica che non ha rispondenza nell'organismo familiare, e che è giustificata unicamente dal bisogno di costruire un sistema successorio parallelo a quello civile. Di ciò è indice il fatto che anche quando il testatore abbia preterito un liber il testamento non è, per questo, come nel caso di preterizione di un suus<sup>5</sup>, inesistente; esso, anzi, mantiene per lo ius civile una inalterata validità: ed è solo sul terreno pretorio che esso viene svuotato del suo contenuto patrimoniale a profitto del liber preterito.

Queste osservazioni valgono per tutti i principii che disciplinano la successione dei liberi, ricalcati sopra quelli che disciplinano la successione dei sui. Bisogna per tutti dire che mentre nella successione dei sui essi hanno carattere organico e trovano in ciò la loro giustificazione, nella successione dei liberi essi costituiscono una astratta creazione giuridica che non ha reale fondamento nell'organismo familiare. Infatti mentre nella successione dei sui la *forma* (agnatizia) della successione coincide con la *sostanza* (agnatizia) di tale successione, questa coincidenza non c'è nella successione dei liberi. La *sostanza* della successione di questi ultimi è, infatti, costituita dal rapporto cognatizio ed ha carattere schiettamente patrimoniale e punto potestativo, laddove la *forma*, mutuata dalla successione dei sui, è squisitamente agnatizia e ha, quindi, carattere punto patrimoniale e, invece, schiettamente potestativo. Tuttavia, a causa di questa coincidenza formale di principii, lo studio della successione intestata e contra tabulas dei liberi va fatto seguendo la stessa linea sistematica che abbiamo seguita studiando la corrispondente successione dei sui<sup>6</sup>. E come allora lo studio della diseredazione venne premesso a quello della istituzione, essendo la

<sup>5</sup> Cfr. § 42 p. 111 segg.

<sup>6</sup> È bene portare un chiarimento sopra la distinzione tra *forma* e *sostanza* della successione ereditaria. La sostanza è costituita dallo *scopo* politico-legislativo della successione, la forma dai *mezzi tecnici adeguati* con cui questo scopo viene raggiunto. Ora nella successione di ius civile lo scopo della successione è rappresentato dalla *chiamata* dell'erede alla posizione *familiare-potestativa* che fu propria del paterfamilias defunto; e per la realizzazione di questo scopo vi sono mezzi tecnici adeguati apprestati dallo stesso organismo familiare. Poco importa se *praticamente*, nell'epoca classica, lo scopo della successione si risolveva nell'acquisto del patrimonio ereditario: ciò non escludeva che tale successione fosse pur sempre siffattamente congegnata, come se con essa dovesse realizzarsi la *successio nella potestas*.

diseredazione istituito logicamente preliminare alla istituzione, così anche ora tratteremo prima della diseredazione e poi della istituzione dei liberi. (Cfr. § 9).

§ 163. I liberi dovevano, dunque, essere istituiti o diseredati *nominatim*, se maschi, *nominatim* o *inter ceteros se femmine*. Quando fossero stati diseredati essi venivano esclusi dalla *bonorum possessio contra tabulas*.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 8 pr. D. 37.4: Pal. 1105.

Non putavit praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos sicuti nec iure civili testamenta parentium turbant: sane si velint inofficiosi querellam instituere, est in ipsorum arbitrio. (Cfr. Gai II, 135; Ulp. XXII, 23).

Quale è il valore giuridico della diseredazione disposta a carico dei liberi? Quando sia disposta a carico di un *suus*, il valore giuridico della diseredazione si comprende: con essa si toglie al *suus* la qualità di erede, che altrimenti necessariamente egli acquisterebbe a cagione del suo posto familiare. È evidente come tutto ciò non si possa ripetere per il liber. In relazione al quale l'onere della diseredazione discende soltanto dal fatto della estensione pura e semplice a lui di una disposizione, che trovava la sua intrinseca ragione soltanto per il *suus*.

Anzi, la diseredazione di una persona non soggetta alla potestà del *paterfamilias* diseredante non avrebbe senso se non soccorresse la finzione del rapporto di suità. Come si sa, la diseredazione è un atto che discende dai poteri sovrani del *paterfamilias*; quindi, non può essere disposta se non a carico dei figli sottoposti alla potestà del diseredante.

La diseredazione del liber (*sui iuris*) ha efficacia soltanto per il caso che costui intenda chiedere la *b. p. c. t.*: ha, quindi un valore eventuale. In questo caso, infatti, la rescissione della *capitis deminutio* e le altre finzioni necessarie per creare un finto rapporto di suità su cui fondare la *b. p. c. t.*, pongono il liber nella stessa posizione di un *suus* e, in quanto tale, lo assoggettano a tutti gli atti di potestà del testatore. In particolare, egli è soggetto agli effetti della diseredazione. A rigore, quindi, i liberi diseredati sono esclusi dalla *b. p. c. t.* non in virtù dell'*attuale* efficacia della diseredazione, ma soltanto in virtù della sua efficacia *eventuale*: efficacia che si produce in conseguenza del finto rapporto di suità cui dà luogo la rescissione della *capitis deminutio*.

La diseredazione dei liberi è sottoposta alla stessa disciplina cui è sottoposta quella dei *sui*. (Cfr. §§ 9, 13).

Perciò «non quaevis exhereditatio summovet filium a contra tabulas bonorum possessione, sed quae rite facta est» (8.2 D. 37.4). Data la sua destinazione, che è quella di togliere al finto *suus* la qualità di erede, la diseredazione non

Orbene: nel diritto pretorio l'idea della successio nella potestas è assolutamente scomparsa, e tuttavia il pretore usa nella successione dei liberi alcuni principii che sono caratteristici della successione dei *sui*, dove quell'idea, invece, campeggia.

può essere disposta «ab uno ex heredibus». Dice Ulpiano (8.3 D. eod.): «si ab uno ex heredibus sit filius exheredatus, Marcellus libro nono digestorum scribit filium non videri exheredatum: idcirco contra tabulas bonorum possessionem peti posse contra utrumque heredem».

Inoltre, la diseredazione, appunto per la funzione che è destinata a compiere, non può essere disposta sotto condizione.

HERMOGENIANUS, *libro tertio iuris epitomarum*: 18 pr. D. 37.4: Pal. 58. Sub conditione exheredatus contra tabulas bonorum possessionem petet, licet sub conditione heres institutus a contra tabulas bonorum possessione excludatur: certo enim iudicio liberi a parentium successione removendi sunt.

Il diseredato sotto condizione non è in realtà diseredato, e può, quindi, chiedere la b. p. c. t.

La diseredazione deve essere disposta in quel grado del testamento contro cui il liber potrebbe altrimenti efficacemente chiedere la bonorum possessio.

ULPIANUS, *libro quadragésimo ad edictum*: 8.1 D. 37.4: Pal. 1105.

Aliqua parte tabularum exheredem scribi non sufficit, sed eo gradu, contra quem petitur bonorum possessio. Unde si a primo gradu exheredatus sit filius, a secundo praeteritus et primo gradu scripti non petierint bonorum possessionem, poterit contra tabulas accipere bonorum possessionem.

Nel caso qui prospettato, se il primo grado del testamento, in cui il figlio è stato diseredato, non viene in essere per la mancata adizione degli eredi istituiti e se, quindi, il testamento comincia ad avere esistenza dal secondo grado, nel quale il figlio è stato preterito, è evidente che contro questo secondo grado potrà essere chiesta la bonorum possessio.

ULPIANUS, *libro quadragésimo ad edictum*: 8.5 D. 37.4: Pal. 1105.

A primo gradu praeteritus est filius, a secundo exheredatus, si in primo gradu scripti non sint in rebus humanis mortis tempore testatoris, dicendum est contra tabulas bonorum possessionem praeteritum petere non posse: hereditas enim in secundo gradu versatur, non in primo, ex quo neque adiri hereditas neque bonorum possessio peti potest. Sed si post mortem testatoris decesserint heredes scripti, idem Marcellus putat bonorum possessionem semel natam competere. Sed et si defecerit condicio institutionis, adhuc tantundem dicit praeteritum ab eo gradu filium contra tabulas bonorum possessionem petiturum, idem scribit et si postumus, qui institutus fuit, non fuerit natus: nam adhuc contra tabulas bonorum possessionem competere filio Marcellus ait.

Perciò, il figlio preterito nel primo grado e diseredato nel secondo potrà chiedere la b. p. c. t. soltanto se il primo grado del testamento in cui egli è stato preterito è venuto in essere o poteva venire in essere. Che se, invece, gli eredi in esso istituiti siano premorti al testatore, allora, poiché «hereditas in secundo gradu versatur», il figlio che in questo secondo grado trovasi diseredato

non potrà chiedere la b. p. c. t. Se gli eredi istituiti nel primo grado siano morti dopo la morte del testatore, il fatto che il grado testamentario avrebbe potuto venire in essere fondava validamente nel figlio preterito il diritto di chiedere la b. p. c. t. (semel nata bonorum possessio). Marcello sembra equiparare a questa le due altre ipotesi nel testo menzionate.

È efficace la diseredazione disposta contro un figlio emancipato poscia arrogato: la ragione di questa efficacia va ricercata nel fatto che l'arrogazione non ha per nulla modificato il rapporto di parentela naturale che univa l'emancipato al proprio padre. Papiniano «ait iura naturalia in eo prevalere».

Da questo principio deriva anche la sua efficacia la diseredazione disposta a carico di un figlio che era in adoptiva familia nel momento in cui la diseredazione fu disposta, ma che in prosieguo, prima della morte del padre naturale, fu emancipato dal padre adottivo. Anche in questo caso, la diseredazione è efficace perché, malgrado i mutamenti avvenuti nei rapporti agnatizi, è rimasto immutato il rapporto di parentela cognatizia del figlio col padre naturale (8.7.10 D. 37.4).

E, infine, anche la diseredazione disposta a carico di un figlio prigioniero nuoce a costui se torni dalla prigionia. «Postliminio autem reverso filio dicendum est exheredationem ante factam nocere» (8.9 D. eod.). Anche qui la ragione è da cercare nella identità del rapporto cognatizio.

Invece, la diseredazione disposta a carico di un estraneo non ha effetto alcuno anche se costui venga poscia arrogato. Papiniano, infatti, «in extraneo Marcelli sententiam probat, ut exhereditatio ei adrogato postea non noceat».

Già altrove<sup>7</sup> indicammo le ragioni che giustificano l'inefficacia, al fine di impedire la revoca del testamento, della diseredazione o della istituzione di un estraneo poscia arrogato. In verità, in questi casi l'arrogato è giuridicamente, rispetto al paterfamilias, una persona diversa da quella che era prima dell'arrogazione. Nei casi di figli arrogati, infatti, nonostante la modificazione dei rapporti agnatizi, rimane immutato il rapporto di parentela naturale. Ma nel caso dell'estraneo non esiste questo rapporto immutabile di parentela naturale col paterfamilias. La persona arrogata acquista con l'arrogazione una personalità giuridica nuova. Per questa ragione, la diseredazione disposta a carico dell'estraneo non esplica effetto alcuno quando costui entri mediante arrogazione nella famiglia del diseredante, e non impedisce la revoca del testamento per agnatio postumi.

È infine da dire che quando alcuno «sua manu se exheredem scripsit, ... (nocet) ei hanc exheredationem, quia senatus hoc pro non scripto non facit, quod contra eum est (8.6 D. 37.4)».

Come conclusione del capitolo relativo alla diseredazione dei liberi, possiamo dire che veramente essa è disciplinata alla stessa stregua della diseredazio-

<sup>7</sup> Cfr. § 33 segg. di quest'opera.

ne dei sui. La maniera di operare della diseredazione dei liberi conferma inoltre quanto noi abbiamo supposto: che, cioè, per appartenere alla classe dei liberi si richiedono due requisiti: uno naturale, che è la discendenza per virilem sexum, l'altro formale, che è la finzione del rapporto di suità. Questi due elementi costituiscono i presupposti necessari per l'efficacia della diseredazione.

§ 164. Passiamo ora a studiare la istituzione in erede dei liberi.

Anche qui valgono i principii di ius civile; e, primo tra tutti, è da notare il principio secondo cui la sola esistenza della vocazione testamentaria preclude normalmente allo istituito la possibilità di venire ab intestato alla medesima successione. In questo caso può dirsi che l'assorbimento della vocazione intestata in quella testamentaria avviene per il fatto solo della istituzione, e indipendentemente dall'adizione.

Vedremo tuttavia come sia possibile che la preclusione venga spostata al momento dell'adizione, e come, perciò, sia spostato a questo momento anche l'assorbimento; ciò, nel caso di commissio edicti da parte di altri liberi preteriti.

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 3.11 D. 37.4: Pal. 1104.

Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad contra tabulas bonorum possessionem vocari non debet: cum enim possit secundum tabulas habere possessionem, quo bonum est ei contra tabulas dari? Plane si alius committat edictum, et ipse ad contra tabulas bonorum possessionem admittetur.

Nel testo di Ulpiano mostra come il fatto solo della istituzione precluda al liber istituito la possibilità di venire ab intestato alla successione del padre suo.

La ragione di questa preclusione non è, però, quella empirica accennata da Ulpiano. Essa è da ricercare nell'antichissimo principio secondo cui l'esistenza di valide vocazioni testamentarie rende impossibile l'esistenza di vocazioni intestate. Questo principio fu infranto soltanto col sopravvenire della successione contro il testamento: la quale rese possibile la coesistenza di vocazioni testamentarie e di vocazioni intestate e provocò lo spostamento dell'effetto preclusivo della vocazione testamentaria dal momento della istituzione a quello della adizione da parte dell'istituito. A quest'ultimo effetto accenna Ulpiano nell'ultima parte del testo.

Se non ricorresse l'ipotesi della commissio edicti, il liber istituito non potrebbe in nessun modo venire più ab intestato alla successione del padre suo, e non gli resterebbe che o adire l'eredità o rinunziarvi.

Nel caso di istituzione sotto condizione bisogna, a nostro avviso, distinguere tra condizione potestativa e condizione casuale. Nel primo caso è evidente che nessuna b. p. c. t. può chiedere il liber istituito<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Era probabilmente questa la soluzione che in origine doveva essere prospettata dal fr. 3.12 D. 37.4. Sed si sub condicione scriptus sit, bonorum possessionem contra tabulas accipere non potest, et ita Iulianus quoque libro vicesimo tertio digestorum scripsit. Quid ergo, si defecerit condicio? verum est eum contra tabulas accipere bonorum possessionem.

Nel secondo caso, invece, il *liber*, istituito sotto condizione casuale, può chiedere la *b. p. secundum tabulas*, la quale si convertirà in *b. p. c. t.* in caso di deficienza della condizione.

ULPIANUS, *libro trigesimo nono ad edictum*: 3.13.14 D. 37.4: Pal. 1104.

Si sub ea condicione filius emancipatus heres sit institutus, quae in ipsius potestate non est, quia scriptus heres est, bonorum possessionem secundum tabulas accipere potest et debet, nec contra tabulas potest: et si forte defecerit condicio, tuendus erit a praetore in tantum, in quantum ferret, si contra tabulas bonorum possessionem accepisset. Sed et si nepos sub huiusmodi condicione scriptus sit heres, idem erit dicendum. (Cfr. 20.4 D. 38.2).

Come si vede, il principio vigente per i *sui*, che non potessero essere istituiti sotto condizione casuale, non venne esteso ai *liberi*. Per i quali venne ammesso che potessero chiedere in tale ipotesi una *bonorum possessio secundum tabulas* convertibile in *b. p. contra tabulas* in caso di deficienza della condizione. La ragione di questa differenza sta in ciò: che mentre era giuridicamente possibile, per il diritto pretorio, di convertire in *contra tabulas* la *b. p. secundum tabulas* già ottenuta dal *liber* istituito, sarebbe stato impossibile, per il diritto civile, convertire in vocazione intestata quella vocazione che fosse già sorta come testamentaria.

Di qui, la disciplina diversa cui sottoposero l'ipotesi in esame lo *ius civile* e quello pretorio. Il primo dové di necessità configurare l'istituzione del *suus* sotto condizione casuale come preterizione ed annullare, perciò, il testamento. Il secondo, invece, poté tenere salvo il testamento, anche provvisoriamente, e concedere, perciò, all'istituito una *bon. possessio secundum tabulas*. Questa *bonorum possessio* si sarebbe consolidata quando la condizione si fosse verificata o si sarebbe convertita in *bonorum possessio contra tabulas* quando la condizione fosse mancata.

### CAPITOLO III

#### INFLUENZA DELLA COMMISSIO EDICTI SULL'ISTITUZIONE DEI LIBERI

§ 165. Come la *commissio edicti* sposti la preclusione della vocazione intestata – che normalmente si produce per effetto della sola vocazione testamentaria

Poiché nel paragrafo successivo Ulpiano parla della condizione casuale, è lecito argomentare che in questo paragrafo egli parlasse della condizione potestativa. Il trattamento cui Giuliano sottopone la fattispecie ne è, poi, chiaro indice. Donde e come venga fuori la soluzione finale è per noi inspiegabile. Alla domanda: *quid ergo si defecerit condicio?* si sarebbe dovuto rispondere che il figlio istituito, che non curò di adempiere la condizione, non sarà ammesso alla *b. p. c. t.*

– sino al momento dell'adizione da parte dell'istituito (8.14 D. 37.4). Ragione di ciò: un principio di eguaglianza cui viene informata la concessione della b. p. c. t. ai liberi. Conversione della b. p. contra tabulas in b. p. secundum tabulas nei fr. 14 pr.; 15.1 D. 37.5.

§ 166. Effetto dell'adizione compiuta dal liber istituito: *assorbimento* della vocazione intestata in quella testamentaria, e *rafforzamento* di questa. Egesi dei fr. 14 pr. D. 37.4 e 15.2 D. 37.5. Principio che da essi si trae: *nemo partim iure testamenti partim iure intestati ad hereditatem eiusdem personae venire potest.*

§ 165. Vediamo ora quale influenza espliciti la commissio edicti compiuta da un liber preterito sulla istituzione di un altro liber.

«Committere edictum» è termine tecnico per indicare la richiesta della bonorum possessio compiuta da un liber.

Ora, mentre normalmente la istituzione sola elimina la vocazione intestata del liber istituito, trasformandola in testamentaria, la commissio edicti fa sì che *quest'effetto consuntivo che esplica la vocazione testamentaria venga spostato dal momento della delazione della eredità al momento della effettiva adizione da parte del liber istituito.* Ciò che consuma, pertanto, in questo caso, la vocazione intestata dello istituito non è la istituzione per sé sola, ma l'adizione effettiva dell'eredità. Sino a quando l'adizione non si sia verificata, potrà, perciò, l'istituito venire ancora alla successione intestata.

Chiara attestazione di ciò ci danno il fr. 3.11 D. 37.4 esaminato, ed il fr. 8.14 D. 37.4.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 8.14 D. 37.4: Pal. 1106.

Non est novum, ut emancipatus praeteritus plus iuris scriptis heredibus fratribus suis tribuat, quam habituri essent, si soli fuissent: quippe si filius qui in potestate patris est ex duodecima parte heres scribatur emancipato praeterito, dimidiam partem beneficio emancipati occupat, qui, si emancipatum fratrem non haberet, duodecimam partem habiturus esset<sup>9</sup>.

Qui Ulpiano ci fa vedere quale sia normalmente l'effetto della istituzione di un suus (o di un liber), e quale sia, invece, l'effetto di essa in caso di commissio edicti. Senza di questa, l'istituzione per sé sola opererebbe l'assorbimento della vocazione intestata dell'istituito costringendola entro i limiti di quella testamentaria (si emancipatum fratrem non haberet duodecimam partem habiturus esset). Invece, quando ricorra la commissio edicti l'assorbimento viene impedito; quindi, la vocazione intestata dello istituito non è consumata, ma può, anzi, ancora attuarsi assieme alla vocazione intestata del preterito.

<sup>9</sup> Secondo il BESELER IV, 218 sarebbe insitizio «non est novum... quippe». Anche ammessa tale interpolazione, però, non viene a mutare il significato del testo.

Cioè, «*commissio per alium edicto*» anche l'istituito può, rinunciando alla vocazione testamentaria, venire egli pure alla b. p. c. t.

La ragione di questo effetto della *commissio edicti* è da ricercare, a nostro avviso, in *un criterio di eguaglianza* cui il pretore si ispirò nel regolare la successione dei liberi istituiti, da un lato, e di quelli preteriti, dall'altro. Infatti, se la *commissio edicti* non avesse prodotto i suoi effetti caratteristici, i liberi preteriti si sarebbero spesso trovati in una posizione di privilegio rispetto a quelli istituiti. Perché, mentre questi ultimi si sarebbero dovuti sempre necessariamente accontentare della loro quota di istituzione, spesse volte minore e mai, comunque, maggiore della quota intestata, i primi, invece, avrebbero avuto spesso una quota maggiore di quella che sarebbe loro spettata se anche gli istituiti fossero venuti alla b. p.

Per effetto dell'assorbimento, infatti, la vocazione intestata degli istituiti era ristretta nei limiti di quella testamentaria. Limiti, però, che non potevano mai sorpassare quelli della vocazione intestata. Se fossero stati oltrepassati, la vocazione testamentaria del liber istituito non sarebbe più risultata *rafforzata*, nella eccedenza, da quella intestata, e avrebbe, quindi, ceduto, per questa parte, all'effetto rescindente della b. p. c. t. del preterito. Il quale, perciò, non otteneva mai meno della sua quota intestata, e poteva, invece, ottenere – e spesso in realtà otteneva – di più. Si comprende agevolmente come il pretore non potesse permettere che i liberi istituiti si trovassero in una condizione di inferiorità rispetto a quelli preteriti, e come, per impedire questa diseguaglianza, egli attribuisse alla *commissio edicti* l'effetto di cui abbiamo parlato. Poiché, a cagione di tale effetto, i liberi istituiti possono essi pure venire alla b. p. c. t. ed ottenere così la loro quota intestata, la base di eguaglianza sopra cui deve fondarsi la b. p. c. t. viene in tal modo guadagnata.

Se, nonostante la facoltà che loro conferisce la *commissio edicti*, i liberi istituiti adiscono l'eredità ex testamento, allora gli effetti svantaggiosi che da tale adizione deriveranno saranno pienamente giustificati dall'atto di adizione liberamente compiuto.

Abbiamo detto che l'effetto preclusivo che esplica l'istituzione è spostato al momento della adizione soltanto in conseguenza della *commissio edicti*; e ciò, per permettere anche al liber istituito di chiedere, assieme al preterito, la b. p. c. t. Ma è evidente che quando non vi sia una *commissio edicti* ha applicazione il principio generale, e il liber istituito non potrà chiedere egli solo la b. p. c. t.

Così, se vi è un liber istituito ed un altro preterito, e quest'ultimo non chieda la b. p. c. t., questa b. p. non può essere chiesta dall'istituito: per costui avrà vigore il principio dell'assorbimento della sua vocazione intestata in quella testamentaria in conseguenza dell'istituzione.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 14 pr. D. 37.5: Pal. 1115.

Nonnumquam contra tabulas possessionem quis habet iure secundum tabulas bonorum possessionis: ut puta heres institutus est eman-

cipatus filius, alius emancipatus praeteritus, institutus accepit contra tabulas bonorum possessionem, praeteritus omisit: apertissimum est, ut cogatur omnibus perinde legata praestare, atque si commissum edictum non fuisset: nec enim occasio emancipati praeteriti debet institutum lucro adficere, cum praeteritus iure suo non utatur<sup>10</sup>. Cfr. 23 D. 29.4.

Perciò, ancorché l'istituito abbia chiesto la b. p. c. t., poiché tuttavia «emancipatus iure suo non utatur», non ha luogo l'effetto della commissio edicti e, in conseguenza, la b. p. c. t. ottenuta dall'istituito viene considerata come b. p. secundum tabulas. Pertanto, il liber istituito sarà costretto a prestare i legati disposti nel testamento, e non ne sarà esonerato, come sarebbe avvenuto (tranne che per le exceptae personae) nel caso che avesse ottenuto una effettiva b. p. c. t. Gli stessi principii vengono in applicazione nel fr. 15.1 D. 37.5.

PAULUS, *libro quadragesimo primo ad edictum*: 15.1 D. 37.5: Pal. 581.

Sed si unus emancipatus scriptus heres sit, alter praeteritus et utrique contra tabulas bonorum possessionem acceperint, et institutus eadem praestat quae praeteritus. Sed si solus heres institutus contra tabulas bonorum possessionem acceperit, omnibus debet legata praestare, perinde atque si adisset hereditatem.

Se ha luogo l'effettiva richiesta della b. p. c. t. da parte del preterito, allora, in virtù della commissio edicti di costui, anche il liber istituito potrà venire alla b. p. c. t. e prestare, così, i legati soltanto alle persone eccettuate. Se, invece, il preterito non ha chiesto la b. p. c. t., allora non c'è effettiva commissio edicti, e l'istituito non può, quindi, chiedere la b. p. c. t.: se l'avesse chiesta ed ottenuta, essa si sarebbe convertita in bonorum possessio secundum tabulas (perinde atque si institutus adisset hereditatem). Dunque, il liber istituito poteva venire egli pure *effettivamente* alla b. p. c. t. soltanto nel caso che fosse avvenuta la commissio edicti da parte del preterito.

§ 166. Se, però, malgrado la commissio edicti, il liber istituito avesse preferito di adire l'eredità ex testamento, allora l'adizione avrebbe consumata la sua vocazione intestata assorbendola in quella testamentaria e restringendola nei limiti di questa: la quale, se minore o eguale a quella intestata, sarebbe così risultata rafforzata.

AFRICANUS, *libro quarto quaestionum*: 14 pr. D. 37.4: Pal. 34.

Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit, alter praeteritus, si institutus adierit, quamvis verbis edicti parum expressum sit, tamen non posse eum petere bonorum possessionem respondit, quia iudicium patris secutus sit: ...sed illud observandum, ut praetor eum, qui he-

<sup>10</sup> «apertissimum est» sarebbe un'abbreviazione triboniana secondo il BESELER III, 18.

res institutus adierit, in eam partem qua scriptus sit tueri debeat, dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si bonorum possessionem accepisset: ut hactenus deteriore causam suam fecerit, quod, si ex minore parte sit institutus, eam dumtaxat retinere possit et quod extraneis quoque legata praestare cogatur. quod si is qui in potestate est heres institutus sit, quoniam necessarius heres fit, non aliud dici posse, quam et ipsum petere posse bonorum possessionem, [si modo hereditati se non immiscuerit: tunc enim, quia iudicium patris comprobasse videtur, in eodem loco quo emancipatum haberi debere, intp.?] ]

Il testo di Africano, che riproduce il pensiero di Giuliano, è chiaro. Se il liber istituito adisce l'eredità ex testamento, malgrado la commissio edicti del preterito, allora l'adizione consumerà la sua vocazione intestata e la restringerà nei limiti di quella testamentaria. Ciò, quando la vocazione testamentaria sia eguale o minore di quella intestata.

Entro tali limiti la vocazione testamentaria è rafforzata e non può, perciò, essere rescissa. E poiché il testamento è, sia pure parzialmente, valido, ne seguirà che l'erede adeunte presterà a tutti, nei limiti della sua istituzione, i legati in esso disposti.

Per quanto concerne l'istituzione del suus, noi sappiamo che essa, iure civili, ha efficacia immediata. Assorbe, quindi, ipso iure la vocazione intestata del suus. Tuttavia il pretore, anche in questo caso, considera come non avvenuto l'assorbimento e lo fa dipendere dalla immixtio del suus. Così anche il suus può profittare della commissio edicti. La immixtio del suus è equiparata all'aditio dell'estraneo (cfr. c. 22.1.<sup>a</sup> 2 C. 6.30)<sup>11</sup>.

Una fattispecie analoga a quella del fr. 14 pr. D. 37.4, pone Paolo nel fr. 15.2 D. 37.5.

PAULUS, *libro quadragesimo primo ad edictum*: 15.2 D. 37.5: Pal. 581.

Ita autem tuendus est in partem dimidiam (emancipatus heres institutus) si autem ex maiore parte quam dimidia heres institutus sit aut ex semisse: quod si ex minore parte quam dimidia institutus sit, dicimus non ex maiore parte, quam institutus sit tuendum eum esse. Qua enim ratione maiorem partem habere potest, cum nec bonorum possessionem accepit, nec ex maiore parte institutus sit?

Le conseguenze che discendono dall'adizione compiuta dal liber istituito, sia per ciò che attiene all'*assorbimento* della vocazione intestata dell'adeunte nei limiti di quella testamentaria, sia per ciò che attiene al *rafforzamento* del testamento, sono nel testo chiaramente espresse.

<sup>11</sup> È molto probabile, peraltro, che la menzione della immixtio sia di origine giustiniana. Cfr. §§ 17 segg.

Nel caso in esame la vocazione intestata del figlio istituito era limitata alla metà dell'asse, essendoci un altro figlio emancipato preterito. Se l'istituito, malgrado la commissio edicti del secondo, preferisce adire l'eredità, allora è da vedere entro quali limiti questa adizione sarà efficace.

Ora: se la vocazione testamentaria sorpassa quella intestata, allora, nei limiti dell'eccedenza, essa non sarà rafforzata e potrà, quindi, essere rescissa. Se le due vocazioni coincidono, allora la vocazione testamentaria assorbe senza limitarla quella intestata. Se poi la vocazione testamentaria è meno estesa di quella intestata, allora la prima assorbe e limita entro i suoi confini la seconda. La ragione di questo assorbimento e di questa limitazione non è quella empirica cui accenna Paolo: essa risiede nell'efficacia consuntiva che la vocazione testamentaria esplica nei confronti di quella intestata<sup>12</sup>.

Analizzando il fenomeno dell'assorbimento, tanto in questo come negli altri casi già studiati a proposito della istituzione dei sui (§§ 14 segg.) ed in quelli che studieremo relativi alla istituzione dei legittimarii (in sede di querella § 270), ci accorgiamo che un principio fondamentale li unisce tutti: ed è che, *nemo partim iure testamenti, partim iure intestati ad hereditatem eiusdem personae venire potest*. Mentre, quindi, la successione contro il testamento infrange il principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, il principio da noi formulato rimase in pieno vigore per tutta l'epoca classica: è soltanto nel diritto post-classico che esso venne superato.

A chiusura di questo studio, concernente la istituzione in erede dei liberi, tratteremo il quadro dei principii che la disciplinano. Questi principii sono: *a*) l'istituzione del liber ha per sé sola effetto preclusivo della vocazione intestata dell'istituito: vocazione che viene assorbita entro i limiti di quella testamentaria, *b*) Questo effetto preclusivo è spostato dal momento della delazione dell'eredità al momento dell'adizione per effetto della commissio edicti. *c*) L'adizione, infine, consuma la vocazione intestata dell'adeunte assorbendola in quella testamentaria, la quale risulta così rafforzata. *d*) L'adeunte non potrà più, perciò, venire ab intestato alla successione del padre naturale, perché non è possibile che a lui succeda partim iure testamenti e partim iure intestati.

Dobbiamo ora studiare l'influenza che esercita la commissio edicti in un caso particolare di istituzione: cioè, nel caso di istituzione in erede del figlio dato in adozione nel testamento del padre naturale.

<sup>12</sup> L'esegesi dei fr. 14 pr. D. 37.4 e 15.2 D. 37.5 sembrerebbe essere contraddetta dalla soluzione diversa che presentano i fr. 15.1 D. 37.5; 16 D. 37.5; 5.8 D. 37.5. Ma queste contraddizioni vengono eliminate quando si pensi che i primi due testi sono interpolati, come abbiamo mostrato in altra parte del lavoro (innanzi, § 44 p. 107 segg. di quest'opera) e che l'ultimo testo ha riferimento alla *portio hereditatis* lasciata alle *exceptae personae*: la disciplina di questa portio hereditatis è, come vedremo, sottoposta a principii completamente diversi da quelli che valgono per l'istituzione e l'adizione del liber (§§ 85 segg.).

## CAPITOLO IV

POSIZIONE GIURIDICA DEI FIGLI DATI IN ADOZIONE ISTITUITI NEL  
TESTAMENTO DEL LORO PADRE NATURALE E CONCORSO TRA LIBERI  
ISTITUITI E LIBERI PRETERITI

§ 167. Come l'istituzione del figlio dato in adozione nel testamento del proprio padre naturale ponga l'istituito nella stessa posizione degli altri liberi istituiti. Come, in conseguenza, egli possa, come questi ultimi, *commissio per alium edicto*, chiedere la *b. p. c. t.* Esegesi dei fr. 8.11 D. 37.4; 11 pr. D. 37.4.

§ 168. Come l'istituzione del discendente dato in adozione abbia tale effetto, perché trova nell'istituto il presupposto naturale della discendenza. Quando tale presupposto manchi, l'effetto non si verifica. Esegesi del fr. 8.12 D. 37.4.

§ 169. Estensione al figlio dato in adozione dei principii che valgono per gli altri liberi istituiti. Come non contraddica a tali principii il fr. 10.2 D. 37.4.

§ 170. Concorso fra liberi preteriti ed istituiti che vengano alla *b. p. c. t.* (8.14 D. 37.4).

§ 171. Come la *b. p. c. t.* possa chiedersi dai liberi istituiti anche prima che sia chiesta dai preteriti.

§ 167. Come noi sappiamo, il figlio dato in adozione è escluso dalla *b. p. c. t.* e dalla corrispondente *b. p. unde liberi*. E ne è escluso perché non è per lui possibile fingere quel rapporto di suità su cui poggia la concessione della *b. p. c. t.* e di quella *unde liberi*<sup>13</sup>.

Ebbene: quando il figlio dato in adozione fosse stato istituito nel testamento del padre naturale, e quando si fosse verificata una *commissio edicti* da parte di un liber preterito, allora anche il dato in adozione avrebbe potuto venire alla *b. p. c. t.* assieme al preterito.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 8.11 D. 37.4: Pal. 1106.

... in adoptionem datos filios non summoveri praetor voluit, modo heredes instituti sint, et hoc iustissime eum fecisse Labeo ait: nec enim in totum extranei sunt. ergo si fuerunt heredes scripti, accipient contra tabulas bonorum possessionem, sed ipsi soli non committent edictum, nisi fuerit alius praeteritus ex liberis qui solent committere edictum.

Nel testo si pongono due importanti affermazioni: la prima ci mostra come i figli dati in adozione istituiti nel testamento del loro padre naturale non possano essere respinti dalla eredità per opera di coloro che chiedano la *b. p. c. t.* Questo significa che, nei limiti della istituzione del figlio dato in adozione, nel testamento si verifica il fenomeno del rafforzamento. La seconda affermazio-

<sup>13</sup> Cfr. GAI II, 137; 3.6 D. 37.4; 8.11; 11 pr.; 13.2 D. 37.4; 9 D. 27.4; etc.

ne, che integra la prima, ci fa vedere come il figlio dato in adozione e istituito sia legittimato alla b. p. c. t. in conseguenza della commissio edicti compiuta da un liber preterito<sup>14</sup>.

Una conclusione scaturisce da tutto ciò: ed è che il dato in adozione, quando sia istituito erede nel testamento del proprio padre naturale, assume la figura giuridica di liber e può, quindi, come tale, chiedere la b. p. c. t.

Abbiamo detto che la qualità di liber presuppone due elementi: uno naturale, che è la discendenza per virilem sexum, ed uno formale, che è la finzione del rapporto di suità. Ora, il dato in adozione mentre possiede il primo elemento, non può, invece, normalmente, possedere anche l'altro. La finzione del rapporto di suità, infatti, è impedita dalla sfera giuridica del paterfamilias adottivo che si frappa tra il figlio dato in adozione ed il padre naturale.

Però questo ostacolo, che il pretore non può superare, può superarlo il padre naturale, mediante l'istituzione del figlio nel proprio testamento. In tal caso, infatti, il dato in adozione istituito assume automaticamente la figura di liber. La sua istituzione ha la stessa natura giuridica della istituzione degli altri liberi. Da ciò deriva che egli, in quanto istituito, non potrà chiedere la b. p. c. t.: ma potrà chiederla per effetto della commissio edicti compiuta da un liber preterito. Presentandosi al pretore per chiedere la b. p. c. t. il dato in adozione si presenterà come liber institutus che profitta della commissio edicti di un altro liber. E allora il pretore non avrà bisogno, per fondare la concessione della sua b. p. c. t., di ricorrere ad alcuna finzione di suità: la valida istituzione nel testamento del padre naturale supera quell'ostacolo che impedirebbe altrimenti al dato in adozione di venire alla b. p. c. t. (l'impossibilità di fingere per lui un rapporto di suità). Prova testuale di ciò ci pongono le fonti<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Di questi due effetti è menzione in tutti i passi relativi al nostro argomento. Vedi in particolare i fr. 1.12 D. 37.9; 13.2 D. 37.4; e quegli altri esaminati nel testo. Si può argomentare anche dai fr. 2 D. 37.7; 1.14 D. 37.6; 5 pr. D. 37.6; 25.1 D. 37.5; 8.13.14 D. 37.4; 10 pr. 1.2.3 D. 37.4. In tutti questi frammenti la istituzione del dato in adozione si presenta giuridicamente identica a quella degli altri liberi: epperò, mentre da un lato si mostra *rafforzata* e non rescindibile di fronte alla richiesta di b. p. c. t. del preterito, d'altro lato giustifica la richiesta di b. p. c. t. che lo stesso istituito, in conseguenza della commissio edicti del preterito, abbia fatto.

<sup>15</sup> Ciò appare anche chiaramente in quest'altro testo di Ulpiano. ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 10 pr. D. 37.4: Pal. 1106. Si post mortem testatoris heres institutus filius in adoptionem se dederit, bonorum possessionem contra tabulas accipere potest, quia scriptis heredibus instituti non solet nocere adoptio. La ragione della decisione è sempre la stessa: il titolo sopra cui fondare la richiesta della b. p. c. t. il liber istituito lo ha, appunto in virtù della istituzione. È quindi irrilevante che costui sia soggetto alla potestà di un pater familias adottivo. A proposito dell'editto «de coniungendis cum emancipato liberis eius». Ulpiano afferma che esso ha applicazione anche per il figlio dato in adozione istituito erede. Anzi il giurista

PAULUS, *libro quadragesimo primo ad edictum*: 11 pr. D. 37.4: Pal. 580. Si in adoptionem datus sub condicione scriptus sit heres a naturali patre, alio committente contra tabulas edictum et ipse veniet: sed si defecerit condicio, repellitur ab ea possessione. idem puto et in eo, qui pure quidem, sed non iure scriptus sit heres.

Da questo passo risulta chiaramente che soltanto la vocazione testamentaria pone il dato in adozione in grado di chiedere la b. p. c. t. (commissio per alium edicto). Se questa vocazione viene meno, o per deficienza della condizione cui era sospesa o per l'invalidità della istituzione, allora viene meno anche la b. p. c. t. che sopra di essa era fondata. Ulteriore conferma della nostra tesi ci porgono altri testi. Così Ulpiano nel citato fr. 8.11 D. 37.4 soggiunge alla fine:

Sed si ipse (scilicet, datus in adoptionem) scriptus non sit, sed alius qui ei acquirere hereditatem potest, non est in ea causa, ut eum ad bonorum possessionem contra tabulas admittamus.

La decisione di Ulpiano è rigorosamente logica. Poiché il dato in adozione non è istituito erede risorge quella impossibilità giuridica di chiedere la bonorum possessio contra tabulas che soltanto la vocazione testamentaria poteva superare.

§ 168. Abbiamo detto che il dato in adozione nel quale concorrano questi due elementi, di essere da un lato discendente per virilem sexum e dall'altro istituito, assume per ciò stesso la figura giuridica di liber: cioè, egli viene a trovarsi nella stessa posizione giuridica in cui si trovano i discendenti ammessi alla b. p. c. t. ed a quella unde liberi. Orbene: se l'istituzione in erede nel testamento dell'antico paterfamilias è condizione necessaria perché il figlio dato in adozione possa venire alla b. p. c. t. – commissio per alium edicto – altrettanto necessaria è l'altra condizione, e cioè la discendenza per virilem sexum<sup>16</sup>. Se fa difetto questo elemento naturale, l'istituzione non ha effetto alcuno. Così, se il testatore istituisce erede colui che fu già suo figlio adottivo e che fu poscia da lui dato in adozione, è evidente che in tal caso l'istituito non è nella stessa posizione giuridica di un liber: egli non può, perciò, né validamente opporsi all'a-

soggiunge: ...et haec erit differentia inter in adoptionem datum et emancipatum, quod in adoptionem dato *non alias iungitur nisi instituto et alio committente edicto*.

Anche perché trapassi al figlio dato in adozione il diritto alle opere verso il liberto del padre naturale, si richiede che egli sia istituito nel testamento paterno. Peraltro, ciò si giustifica col principio generale onde il diritto alle opere passa ai figli solo in quanto essi siano eredi del padre patrono (cfr. 7.8 D. 38.1).

<sup>16</sup> Parlando di siffatta discendenza noi ci riferiamo, evidentemente, al discendente di grado più vicino. Perché se, per esempio, il dato in adozione fosse, rispetto al testatore, un nipote, il padre del quale, ancora vivo, fosse stato preterito, è naturale che questo nipote, istituito nel testamento del nonno, sarebbe respinto dall'eredità ad opera del proprio padre. Il testamento, infatti, non risulterebbe rafforzato dalla istituzione del nipote, non essendo costui prossimo successibile ab intestato del defunto. Cfr. la fattispecie prospettata nel fr. 13.1 D. 37.4.

zione rescindente di coloro che chiedono contro di lui la b. p. c. t., né venire egli pure alla b. p. c. t.: la posizione di questo istituito è perfettamente identica a quella di un estraneo.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 8.12 D. 37.4: Pal. 1106.

Ut admittantur ad bonorum possessionem, ex liberis esse eos oportet. ceterum si adoptivum filium dedi in adoptionem et heredem scripsi commissio per alios edicto bonorum possessio contra tabulas ei non dabitur.

La ragione della decisione è questa: che il figlio adottivo una volta uscito dalla famiglia non ritiene più alcun vincolo giuridico, né formale (agnatizio) né naturale, che ad essa lo unisca. Non ha, quindi, più nessuna vocazione ereditaria intestata, né civile né pretoria, nei confronti dell'antico paterfamilias adottivo. Ma non avendo alcuna vocazione ereditaria intestata, l'istituzione di costui non opererà i due effetti caratteristici che si verificano quando, invece, sia istituito un successibile ab intestato: α) l'assorbimento della vocazione intestata in quella testamentaria β) ed il rafforzamento corrispondente del testamento. Mentre dall'un lato, dunque, l'istituito sarà respinto dalla eredità, alla quale era venuto ex testamento, dall'altro, in quanto egli non ha vocazione intestata, non sarebbe in alcuna maniera giustificata una sua eventuale richiesta di b. p. c. t.

Dal raffronto con la posizione in cui trovasi il figlio adottivo dato in adozione ed istituito, assume maggiore risalto la posizione giuridica del figlio naturale dato in adozione ed istituito nel testamento del padre naturale. Ciò che in quest'ultimo caso fa restare valido il testamento è proprio la vocazione intestata dello istituito: questa vocazione, assorbita in quella testamentaria, rafforza, nei limiti di quest'ultima, il testamento, e giustifica, in seguito alla commissio edicti di un preterito, la richiesta della b. p. c. t. da parte dello stesso istituito.

§ 169. I principii che valgono per la istituzione di un liber non dato in adozione, valgono naturalmente anche per quello dato in adozione. Potremo, perciò, ripetere per il dato in adozione quello che abbiamo detto per gli altri: che, cioè, intanto la commissio edicti di un preterito potrà esplicare effetto, nel senso di permettere all'istituito di venire egli pure alla bonorum possessio contra tabulas in quanto l'istituito non abbia ancora adita l'eredità ex testamento. Perché se l'avesse adita, allora, per effetto dell'assorbimento, non sarebbe più possibile all'adeunte di chiedere la b. p. c. t. sul fondamento di quella vocazione intestata che, ormai, egli più non ha, essendosi essa fusa con quella testamentaria. Questa nostra affermazione non è contraddetta, ma, anzi, è indirettamente confermata dal seguente frammento di Ulpiano.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 10.2 D. 37.4: Pal. 1106.

Si in adoptionem datus, posteaquam iussu patris adoptivi hereditatem adiit, emancipatus fuerit, potest contra tabulas bonorum possessionem accipere hereditatemque ipse potius habebit, quam pater adoptivus.

Qui il dato in adozione adì l'eredità ex testamento: secondo i principii generali, quindi, bisognerebbe dire che l'adizione, consumando la vocazione intestata dell'adeunte, impedirà a costui di venire alla b. p. c. t.. Tuttavia, la regola generale non può avere applicazione nel caso nostro, perché in esso entra in giuoco un elemento giuridico nuovo: ed è l'emancipazione. L'emancipazione ha qui per effetto di porre nel nulla l'adizione che l'istituito aveva compiuta per *iussum* del padre adottivo. L'istituito, perciò, dopo l'emancipazione, si troverà nella stessa condizione di un liber che non abbia ancora adito e che può, se vuole, profittare della *commissio edicti* compiuta da altri per venire con essi alla b. p. c. t. del proprio padre naturale. Lo stesso Ulpiano, del resto, ha cura, nel paragr. successivo, di notare la peculiarità del caso: *illud notandum est, quod et si adierit hereditatem in adoptionem datus, contra tabulas ei datur*.

Non si tratta, dunque, di una eccezione alla regola, la quale, invece, attraverso l'annullamento del primo atto di adizione, riceve integrale applicazione<sup>17</sup>.

Possiamo, perciò, concludere dicendo che la posizione giuridica dei figli dati in adozione istituiti nel testamento del loro padre naturale è identica a quella degli altri liberi istituiti.

§ 170. Parlando della influenza che esercita la *commissio edicti* sopra l'istituzione di un liber, abbiamo detto che in virtù di essa l'istituito non ancora adeunte può venire egli pure alla b. p. c. t. Ora la b. p. c. t. è, come vedremo, una *bonorum possessio* intestati qualificata: il titolo che ad essa legittima è, infatti, la vocazione intestata dei liberi. Da ciò discende che tra tutti i liberi che vengono alla b. p. c. t. si determina concorso, in base al quale vengono determinate le parti che toccano a ciascun liber. Ora l'istituito che venga alla b. p. c. t. non avrà, è evidente, una quota di beni conforme a quella della sua istituzione, ma avrà, invece, una quota virile.

<sup>17</sup> Un testo certamente oscuro è il seguente:

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 10.1 D. 37.4: Pal. 1106.

Si filius in adoptionem datus [avo materno] heres institutus sit a patre naturali (eumque pater adoptivus hereditatem adire vetuerit), commissio per alium edicto magis est ut bonorum possessionem accipere possit: nec enim exigimus ut adeat hereditatem, sed sufficit ut ei delata sit adquire que possit.

Le emendazioni segnalate sono proposte dal MORIAUD, *op. cit.*, p. 177. Che le parole «*avo materno*» siano insitizie e che siano dovute alle riforme giustinianee dell'istituto dell'adozione, non c'è dubbio. Il Moriaud pensa, poi, che sia necessaria, per l'intelligenza del testo, la menzione da lui proposta del divieto opposto dal padre adottivo contro il compimento dell'adizione da parte del figlio adottivo istituito. Questa integrazione è giustificata, in verità, dalla forma stessa del testo. Ed è anche giustificata dal fatto che nel § successivo si fa, invece, il caso opposto a quello in esame: cioè, che il *pater* adottivo abbia ordinato al figlio adottivo di adire l'eredità. Sopra questo fr. 10 D. 37.4 cfr. la critica del BESELER IV, 155. L'inciso «*illud notandum etc.*» ha riferimento al § 2 ed esprime, quindi, un pensiero classico.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 8.14 D. 37.4: Pal. 1106.

Non est novum, ut emancipatus praeteritus plus iuris scriptis heredibus fratribus suis tribuat, quam habituri essent, si soli fuissent: quippe si filius qui in potestate patris est ex duodecima parte heres scribatur emancipato praeterito, dimidiam partem beneficio emancipati occupat, qui, si emancipatum fratrem non haberet, duodecimam partem habiturus esset. sed si ex parte minima sit heres institutus, non pro ea parte, qua institutus est, tuendus est commisso edicto, sed amplius per bonorum possessionem habere potest. praetori enim propositum est, cum contra tabulas bonorum possessionem dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quae intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset: et ideo sive emancipatus sive is qui in potestatem mansit sive in adoptionem datus ex minima parte heres scriptus sit, *non redigitur ad eam portionem, ex qua institutus est, sed virilem accipit*<sup>18</sup>.

Nel testo Ulpiano afferma che il liber istituito – sia emancipato, o suus, o dato in adozione – il quale, profittando della commissio edicti del praeterito, venga alla b. p. c. t., avrà non la quota di istituzione, ma la quota virile. E la ragione di ciò sta, appunto, nel fatto che fondamento della b. p. c. t. è la vocazione intestata dei liberi.

§ 171. Dobbiamo, infine, avvertire che i liberi istituiti, i quali possano e vogliano profittare della commissio edicti, non sono obbligati ad attendere che questa commissio edicti avvenga realmente: essi possono chiedere la b. p. c. t. anche prima che la chieda il praeterito.

È necessario, però, che il praeterito chieda realmente, anche dopo, la b. p. c. t.: altrimenti, la b. p. c. t. ottenuta dall'istituito si convertirebbe, come sappiamo, in b. p. secundum tabulas.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 10.6 D. 37.4: Pal. 1106.

Hi, qui propter alios contra tabulas bonorum possessionem petunt, non expectant ut praeteriti possessionem accipiant, verum ipsi quoque bonorum possessionem petere contra tabulas possunt: cum enim semel beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admissi, iam non curant, petant illi nec ne bonorum possessionem.

Il testo di Ulpiano conferma quanto abbiamo detto: esso va, peraltro, integrato col fr. 14 D. 37.5 dello stesso Ulpiano, dove appunto si prospetta l'ipotesi della conversione della b. p. c. t. chiesta dall'istituito, in b. p. secundum tabulas.

<sup>18</sup> Per la critica del testo cfr. BESELER IV, 218: ma i principii che valgono in applicazione sono classici. Cfr. innanzi pag. 333<sup>1</sup> [p. 822 nota 9].

CAPITOLO V  
EFFETTO DELLA PRETERIZIONE DEI LIBERI:  
LA BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS

§ 172. Come la *b. p. contra tabulas* sia una *bonorum possessio intestati* qualificata dalla presenza del testamento contro cui si dirige. Come essa, nei limiti in cui si attua una successione intestata, sia internamente disciplinata dai principii della *bonorum possessio intestati* (1.1 D. 37.4). Concorso ed accrescimento nelle vocazioni (fr. 10.4; 12 pr.; 11.1 D. 37.4; 4 D. 37 l).

§ 172. I liberi, come abbiamo visto, debbono essere o diseredati o istituiti (§ 162): quando siano preteriti o quando, pure istituiti, essi profittino della *commissio edicti* provocata dai preteriti, allora essi possono chiedere la *bonorum possessio contra tabulas*.

La differenza tra lo *ius civile* e quello pretorio è qui fondamentale: perché, mentre secondo lo *ius civile* la preterizione del *suus* impedisce l'esistenza stessa del testamento, secondo lo *ius pretorio* la preterizione del *liber* non intacca in nulla la validità civile del testamento e costituisce soltanto titolo per ottenere la *bonorum possessio contra tabulas*. La quale, perciò, consiste nell'ottenere il possesso dei beni ereditari spogliandone, eventualmente, l'erede civile istituito nel testamento, che avesse già adito l'eredità.

Questa *bonorum possessio* concessa ai liberi preteriti è *cum re*: cioè, essa è tutelata contro la *hereditatis petitio* degli eredi civili. Quale la natura della *bonorum possessio contra tabulas*? E, più precisamente: ha essa la medesima natura della *bonorum possessio intestati*?

A questo fine, noi dobbiamo tener presente che il pretore mirò ad accostare il più possibile il *liber preterito* al *suus preterito*. E come quest'ultimo succede *ipso iure ab intestato* al *paterfamilias*, così anche il primo viene chiamato *ab intestato* dal pretore al possesso dei beni ereditari. È evidente, peraltro, che tra la posizione dell'uno e la posizione dell'altro c'è una differenza importante: infatti, mentre il *suus* viene alla successione intestata perché il testamento in cui egli è stato preterito non esiste, il *liber* viene alla *bonorum possessio* malgrado la valida esistenza del testamento (e cioè *contra tabulas*). E allora è chiaro che le due posizioni differiscono, oltre che nell'essere l'una civile e l'altra pretoria, anche in ciò: che mentre l'una realizza una successione intestata pura e semplice, l'altra realizza, invece, una successione intestata *qualificata*.

Possiamo, perciò, dire che *la b. p. contra tabulas* è una *bonorum possessio intestati qualificata* dalla presenza del testamento in contrasto col quale essa viene concessa.

Tra la pura *bonorum possessio intestati* (*unde liberi*) e la *b. p. c. t.* esistono certamente delle importanti differenze: *ma esse non sono causate da una diversi-*

*tà di struttura esistente tra le due forme di bonorum possessio, sibbene dalle circostanze esterne nelle quali la bonorum possessio contra tabulas è costretta ad operare. Queste circostanze possono ricondursi ad una fondamentale: ed è la esistenza di un testamento iure civili valido.*

Ora, mentre da un lato il pretore vuole attribuire ai liberi preteriti il possesso dei beni ereditari allo scopo di attuare una successione intestata pretoria, dall'altro, egli non può per nulla intaccare la validità civile delle vocazioni testamentarie. Ciò spiega come ci sia stato bisogno di escogitare quel mirabile regolamento che le fonti ci presentano e dove sono contemperate le opposte esigenze dei due diritti: il civile ed il pretorio.

Studieremo la bonorum possessio contra tabulas ne' suoi due aspetti fondamentali: 1) in sé stessa, in quanto successione intestata pretoria; 2) in relazione al testamento contro cui è concessa.

Avuto riguardo al primo aspetto della b. p. c. t., le fonti medesime ci attestano che essa è disciplinata in tutto come la b. p. intestati (unde liberi). Ulpiano, infatti (1.6 D. 38.6), ci dice che i liberi chiamati alla b. p. unde liberi sono quelli stessi *quos ad contra tabulas bonorum possessionem admittuntur*. E altrove (1.1 D. 37.4) egli dice: *vocantur ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo iure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex iure civili*. Fondamento, infatti, della b. p. c. t., come quello della b. p. unde liberi, è la vocazione intestata dei liberi: suo scopo è di attuare tale vocazione.

Deriva da ciò che la b. p. c. t. mira, almeno virtualmente, a procacciare a colui che la chiede l'intero asse ereditario. Il preterito riesce sempre ad escludere dal possesso dei beni l'erede estraneo istituito nel testamento. Il testamento, infatti, rimane efficace per diritto pretorio solo quando sia rafforzato per l'assorbimento della vocazione intestata di un liber in esso istituito (sopra, §§ 14, 15).

La nostra affermazione, che la b. p. c. t. è una b. p. intestati qualificata, va però intesa con cautela: essa non significa, soprattutto, che con la richiesta della b. p. c. t. si apra la successione intestata generale.

Questa successione intestata ha luogo per coloro che sono legittimati a chiedere la b. p. c. t. *ed effettivamente la chiedano*: ma per coloro la cui vocazione intestata sia stata o eliminata dalla diseredazione a loro carico disposta dal testatore, o assorbita nella vocazione testamentaria da essi accettata con l'adizione, per costoro non è possibile parlare di successione intestata, essendone venuto meno, con l'estinzione della loro vocazione, il fondamento medesimo<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Sono parimenti esclusi dalla b. p. c. t. quei liberi che il testatore non avrebbe potuto istituire, per es. perché privi di testamenti factio passiva.

«Liberi, qui institui heredes iure non possunt, nec contra tabulas bonorum possessionem petere possunt» (3.10 D. 37.4). Non persuade l'intp. qui segnalata dal BESELER IV, 155.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 10.5 D. 37.4: Pal. 1106.

Exheredati liberi quemadmodum edictum non committunt, ita nec commissio per alios edicto cum illis venient ad bonorum possessionem unaque eis querella superest, si de inofficioso dicant (cfr. 8 pr. D. 37.4; 20 pr. D. 37.4).

Perciò, ancorché sia stata chiesta la b. p. c. t. da altri liberi, i diseredati (come, del resto, gli istituiti adeunti) non potranno venire essi pure alla b. p. c. t.: e ciò, perché la loro vocazione intestata è stata o eliminata dalla diseredazione o assorbita dalla vocazione testamentaria (14 pr. D. 37.4; 15.2 D. 37.5).

Nei limiti in cui la b. p. c. t. realizza una successione intestata, valgono tutte le norme che sono proprie di questa successione. Come ogni vocazione intestata, anche quella su cui si fonda la richiesta della b. p. c. t. è diretta, almeno virtualmente, all'intero asse ereditario. E questo asse intero potrà ottenersi quando l'erede testamentario, contro cui la b. p. è chiesta, non sia egli pure un liber, ma sia invece un estraneo, o quando non vi siano altri legittimati alla b. p. c. t.

Nel caso di più legittimati avrà luogo tra di loro un concorso in base al quale sarà determinata la misura delle singole quote (*concurso partes fiunt*). È inutile aggiungere che alla determinazione di queste parti non concorrono quelli tra i liberi che non possono chiedere la b. p. c. t.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 10.4 D. 37.4: Pal. 1106.

Liberi, qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt, si per alios committatur edictum: quo enim bonum est eis favere, ut partem faciant, nihil habituris?<sup>20</sup>

Tra i liberi ammessi a chiedere la b. p. c. t. si possono verificare tutti quei fenomeni che si verificano nella cerchia dei successibili ab intestato. Alludiamo alla *rinunzia* (12 pr. D. 37.4; 4 D. 37.1), alla *decadenza* (§ 10 Inst. III, 9; 4 D. 37.1), o alla *morte* di qualcuno dei liberi (4 D. 37.1; 13.1 D. 37.4 fine). In tutte queste ipotesi si verificherà *accrescimento* a favore dei liberi che vengono effettivamente alla b. p. c. t. (5 D. 37.1; 3.9 D. 37.1; etc.). Un caso di esclusione dalla b. p. c. t. è quello del riconoscimento dello *iudicium testatoris*. Quando, cioè, i liberi che potevano chiedere la b. p. c. t. abbiano comunque riconosciuto lo iudicium del testatore, allora essi non potranno più impugnarlo richiedendo contro di esso la bonorum possessio (5.2 D. 37.5; 14 pr. D. 37.4; 3.15.16 D. 37.4; 15 D. 37.4; etc.). È evidente che in questo caso la esclusione dalla b. p. del liber che ha riconosciuto lo iudicium testatoris determinerà accrescimento nella vocazione intestata di coloro che tale b. p. c. t. possono, invece, chiedere. Parlando di accrescimento noi intendiamo sempre riferirci a quell'interiore incremento che subisce un diritto quando viene meno un limite che per l'innanzi lo comprimeva.

<sup>20</sup> Nonostante BESELER IV, 155, può dirsi che il fr. 10.4 è sostanzialmente classico.

In relazione, dunque, alla ripartizione dell'asse ereditario tra i liberi che vengono alla bonorum possessio contra tabulas, valgono le regole dello ius civile: ogni liber avrà una quota virile. Se poi vi sono più nipoti che vengono alla b. p. c. t. al posto del loro padre premorto, essi avranno la quota che sarebbe toccata a costui (successione per stirpi).

PAULUS, *libro quadragesimo primo ad edictum*: 11.1 D. 37.4: Pal. 580.

Exemplo iuris legitimi et bonorum possessio contra tabulas distribuitur: igitur nepotes ex uno filio unam partem habebunt.

## CAPITOLO VI

### BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS E TESTAMENTO

§ 173. Caso tipico della bonorum possessio contra tabulas: quella ottenuta contro un testamento iure civili valido ed efficace, b) Caso derivato: bonorum possessio ottenuta contro un testamento in sé valido, ma inefficace (desertum) per mancanza di adizione, c) Caso anormale di b. p. c. t. convertibile in b. p. intestati: bonorum possessio chiesta contro un testamento nullo per preterizione di un suus.

§ 174. A) Effetti della b. p. c. t. ottenuta contro un testamento in cui sia istituito un estraneo, il quale abbia adito l'eredità. Il testamento, privato di efficacia sul terreno del diritto pretorio, rimane iure civili perfettamente valido e produttivo di quegli effetti che dipendono dal fatto solo dell'adizione. In particolare, è heres per diritto civile l'estraneo. (Argomento che si trae dai fr. 15 D. 37.4; 25 D. 38.2; 15 D. 44.7; 2 D. 44.2, relativi alla exceptio con cui i debitori ereditari sono tutelati contro l'erede e questi è difeso contro i creditori ereditari).

§ 175. Analogia tra la posizione del bonorum possessor contra tabulas e quella del fedecommissario universale (Gai II, 252.253; 51 D. 36.1; 21 pr. D. 46.1; 13 pr. D. 37.4).

§ 176. Validità a) delle sostituzioni pupillari (fr. 34.2 D. 28.6; 5 pr. 1 D. 37.5); b) delle manomissioni dirette (8.2 D. 3.7.5); c) delle nomine di tutori (9 D. 26.2); d) delle diseredazioni (20 pr. D. 37.4); e) probabilmente anche dei legati per vindicationem e della adsignatio libertorum.

§ 177. Come gli altri legati e le altre disposizioni con cui l'erede sia stato onerato, restino bensì iure civili valide, ma vengano paralizzate dalla b. p. c. t. Eccezione per i legati lasciati alle persone eccettuate.

§ 178. B) Effetti della b. p. c. t. ottenuta contro un testamento desertum. Come il b. possessor contra tabulas sia costretto, malgrado la inefficacia iure civili dei legati disposti nel testamento, a prestare tali legati alle persone ecce-

tuate. Ragioni che giustificano questa deroga ai principii. Esegesi dei fr. 19; 4 pr. D. 37.4; 3.7; 4 D. 37.5.

§ 179. Caso caratteristico di b. p. c. t. ottenuta in presenza di un testamento desertum, contenente la diseredazione di un suus. Esegesi dei fr. 20 pr.; 2.3 D. 37.4.

§ 180. C) Effetti della b. p. c. t. chiesta contro un testamento nullo per preterizione di un suus. Tale bonorum possessio non è, in definitiva, contra tabulas, ma si converte in b. p. intestati. Corollario: nessuno dei liberi è costretto a prestare i legati alle persone eccettuate. Diversa soluzione giustiniana: interpolazione dei fr. 15 pr. 1 e 16 D. 37.5 (rinvio alla I<sup>a</sup> parte, §§ 41, 45).

§ 181. Effetti della b. p. c. t. in ordine alle disposizioni fatte dal testatore a beneficio del bonorum possessor.

§ 173. Abbiamo visto quali siano i liberi che possono chiedere la b. p. c. t. come la b. p. c. t., in quanto essa è, in definitiva, una bonorum possessio intestati (sia pure qualificata), sia disciplinata internamente dalle stesse norme che disciplinano ogni successione intestata, tanto civile che pretoria. Ma abbiamo ancora detto che la peculiarità della successione intestata pretoria che ha luogo nella forma della b. p. c. t., sta nel fatto che essa si attua in presenza di un testamento iure civili valido.

Dobbiamo ora soggiungere che, *a*) se la presenza di un testamento siffatto costituisce la caratteristica normale ed anche naturale della b. p. c. t., *b*) tuttavia vi sono dei casi marginali di bonorum possessio contra tabulas in cui il testamento, pur essendo validamente venuto in essere, non prende vigore per la mancata adizione da parte dell'erede istituito (testamentum desertum), ovvero, *c*) in cui il testamento è iure civili nullo perché contiene la preterizione di un suus (testamentum nullius momenti).

Gli effetti che la b. p. c. t. produce sul testamento sono, in conseguenza, diversi secondo che si abbia riguardo al primo o al secondo o al terzo caso.

È chiaro, peraltro, che soltanto nel primo caso viene realizzato quel sistema tipico di successione, costituito dalla contemporanea esistenza di vocazioni testamentarie di ius civile e di vocazioni intestate pretorie, e nel quale queste ultime, quantunque prendano praticamente il posto delle prime, non riescono tuttavia giuridicamente ad eliminarle. Perciò esistono degli eredi civili ex testamento, ai quali il patrimonio viene sottratto dai successibili pretorii ab intestato (heredes sine re e bonorum possessores cum re).

Quanto al terzo caso, esso costituisce soltanto impropriamente un caso in cui è possibile la richiesta della b. p. c. t., perché ciò che in realtà il preterito ottiene è una pura bonorum possessio intestati.

Perché si possa parlare di bonorum possessio contra tabulas in senso tecnico, è necessario che ci sia un testamento iure civili valido o che, almeno, avrebbe potuto esser tale se l'erede istituito non avesse ommesso di adire l'eredità. Nel caso, invece, di preterizione del suus, il testamento è inesistente e non può, per-

ciò, parlarsi di una bonorum possessio chiesta contro di esso. Ciò non è senza conseguenze pratiche: perché dalla vera b. p. c. t. discendono certi effetti che, invece, non si producono nella pura bonorum possessio intestati. Esamineremo partitamente le tre ipotesi prospettate, cominciando dalla prima che è quella tipica e la più importante.

§ 174. – A) Ma qui ancora dobbiamo distinguere il caso in cui nel testamento sia istituito un estraneo da quello in cui istituito sia un liber. Riferiamoci alla prima ipotesi. Bisogna dire che in tal caso – nel supposto che l'istituito abbia adito l'eredità – la b. p. c. t., quantunque tolga all'estraneo il possesso dei beni ereditari, non gli toglie tuttavia la qualità di erede. Erede, per lo ius civile, è sempre lui, epperò a lui fanno capo tutte le azioni ereditarie attive e passive.

La b. p. c. t. non può toccare l'intrinseca validità del testamento: non può, perciò, ridurre nel nulla le disposizioni che esso contiene. Astrattamente, anzi, bisogna dire che tutte queste disposizioni sono valide: in concreto, però, occorre distinguere tra quelle che consistono in oneri di cui l'erede sia gravato e quelle, invece, che non si risolvono in un onere dell'erede, ma hanno natura di atti di sovranità compiuti dal paterfamilias col testamento. Le prime cessano di avere efficacia per il fatto che l'erede è spogliato dei beni ereditari, le seconde, invece, mantengono inalterata la loro efficacia, avendo attuazione ipso iure, nel momento e pel fatto solo dell'adizione.

Così, assieme alla istituzione di erede, restano in vigore le diseredazioni, le sostituzioni pupillari, le nomine di tutori, le manomissioni dirette e forse anche i legati per vindicationem e l'adsignatio libertorum. Tutto ciò è provato dalle fonti.

GAI II, 125.

... tamen praetor eis contra tabulas bonorum possessionem promittit, qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur et efficiuntur sine re heredes.

Qui Gaio parla delle *suae* preterite alle quali il pretore accordava la b. p. c. t.: ma il discorso di Gaio vale, ed a maggior ragione, per tutti i liberi ammessi alla b. p. c. t. È vero che gli eredi civili sono in tali casi heredes sine re: ma questo non esclude che per lo ius civile essi soltanto siano eredi. È risaputo, infatti, che «quos praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt; nam praetor heredes facere non potest, sed... (hi) loco heredum constituuntur» (III, 32). Per il fatto che erede civile è l'estraneo istituito nel testamento, egli può convenire in giudizio i debitori ereditari ed essere, a sua volta, convenuto dai creditori ereditari. Ma in ambedue i casi il pretore provvede con una exceptio a paralizzare le azioni pro e contro l'erede ed a trasferire queste azioni in capo al bonorum possessor.

MARCIANUS, *libro quinto regularum*: 15 D. 37.4: Pal. 280.

Si praeteritus filius emancipatus exceptionem doli mali agenti heredi patris opposuerit de eo quod patri debuit, non posse eum contra tabulas

bonorum possessionem petere existimo: nam hoc ipso quasi repudiavit bonorum possessionem. quod ita intellegendum est, si heredem petentem debitum noluerit filius repellere illa exceptione «*si non contra tabulas bonorum possessio filio dari potest*», sed magis doli exceptione usus est.

Cioè: se il figlio, debitore, avrà respinto l'erede che gli chiedeva il pagamento con l'eccezione di dolo – fondata sulla remissione del debito a lui fatta dal padre nel testamento – egli avrà per ciò stesso riconosciuto il testamento, e non potrà più chiedere la bon. possessio contro di esso. Non vi sarà, invece, riconoscimento, allorché il figlio abbia respinto l'erede non con l'eccezione di dolo, ma con l'eccezione propria della b. p. c. t. «*si non contra tabulas bonorum possessio filio dari potest*». Da ciò si desume che, dunque, l'erede aveva azione contro i debitori ereditari, quantunque, poi, quest'azione potesse essere paralizzata dalla eccezione introdotta a favore dei bonorum possessores contra tabulas. Ulteriore testimonianza di ciò ci porge quest'altro testo di Giuliano.

IULIANUS, *libro primo ad Urseium Ferozem*: 25 D. 38.2: Pal. 885.

Quamdiu patrono bonorum possessio partis [debitae] (dimidia) dari potest, exceptio debitoribus datur adversus heredem petentem: «*si non in ea causa sit patronus, ut bonorum possessionem pro parte [debita] (dimidia) contra tabulas petere possit*».

Non v'ha dubbio che questa stessa eccezione avesse luogo, come del resto prova il testo di Marciano, oltre che nella b. p. c. t. del patrono, anche in quella dei liberi.

Come l'exceptio era data ai debitori ereditari, per il caso che essi fossero convenuti dall'erede, così essa era data all'erede, per il caso che egli fosse convenuto in giudizio dai creditori ereditari.

IULIANUS, *libro quarto digestorum*: 15 D. 44.7 (cfr. 2 D. 44.2): Pal. 58.

Qui cum herede egit exceptione summotus est [h]ac: «*si non in ea causa tabulae testamenti sint, ut contra eas emancipato bonorum possessio dari possit*». emancipato omittente bonorum possessionem non inique postulabit creditor restitui sibi actionem adversus scriptum heredem: nam quamdiu bonorum possessio contra tabulas filio dari potest, heres quodammodo debitor non est.

Come si vede da questo frammento, l'exceptio è data anche a favore dell'erede: ma ciò significa che, dunque, così passivamente come attivamente legittimato alle azioni ereditarie è anzitutto l'heres scriptus. La b. p. c. t. ottenuta dai liberi potrà liberarlo dalle responsabilità che alla sua posizione di erede sono collegate: ma si tratterà pur sempre di una liberazione ope exceptionis.

§ 175. La posizione giuridica del bonorum possessor contra tabulas, rispetto all'erede istituito nel testamento, è analoga a quella di un fidecommissario universale. Quel che dice Gaio (II, 252.253) per quest'ultimo, può ripetersi per il primo: «*restituta autem hereditate is qui restituit nihilo minus heres permanet*». E

come nel caso del fedecommissario universale, così anche nel caso del bonorum possessor contra tabulas il pretore provvedeva mediante azioni fittizie: «...senatus consultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones quae iure civili heredi et in heredem competentes, ei et in eum darentur, cui ex fideicommissio restituta esset hereditas. ... Praetor enim utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur». Ora queste stesse norme dovevano valere per il bonorum possessor contra tabulas<sup>21</sup>. Del resto, prova di questa analogia tra la b. p. c. t. e la restituzione fedecommissaria, ci danno le stesse fonti.

PAPINIANUS, *libro tertio quaestionum*: 51 (49) D. 36.1: Pal. 100.

Cum hereditas ex Trebelliano senatus consulto restituitur, si res urgeat et metus erit, ne per absentiam forte fideicommissarii dies actionis exeat, heres iudicium suscipere cogitur. Similique modo filio de possessione contra tabulas deliberante scriptus heres a creditoribus hereditariis convenitur.

In questo testo di Papiniano l'analogia tra fedecommissario universale e bonorum possessor contra tabulas è esplicitamente dichiarata: tanto l'uno che l'altro sono privati del beneficio della exceptio nel caso di urgenza.

In un frammento di Africano, il bonorum possessor contra tabulas e il fedecommissario universale sono posti, a certi effetti, in una situazione giuridica identica.

AFRICANUS *libro septimo quaestionum*: 21 pr. D. 46.1: Pal. 82.

Heres a debitore hereditario fideiussorem accepit, deinde hereditatem ex Trebelliano restituit: fideiussoris obligationem in suo statu manere ait, idemque in hac causa servandum, quod servaretur, cum heres, contra quem emancipatus filius bonorum possessionem accepit, fideiussorem accepit.

L'identità di posizione giuridica tra fedecommissario universale e bonorum possessor contra tabulas è qui lucidamente mostrata. Inoltre Giuliano afferma che l'erede istituito nel testamento è costretto a trasferire omne ius al bonorum possessor contra tabulas. Ora, in questa restituzione l'analogia con il fedecommissario universale è palese.

IULIANUS, *libro vicesimo tertio digestorum*: 13 pr. D. 37.4: Pal. 367.

Cum emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et praedia et servos hereditarios [praestare] (mancipare): omne enim ius transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum, quem praetor heredis loco constituit<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Le azioni concesse pro e contro il fedecommissario erano, come quelle del bon. possessor (GAI IV, 34), fittizie (THEOPH. p. 241).

<sup>22</sup> Sul testo cfr. BIONDI *op. cit.* estr. p. 23 e contro di lui giustamente LENEL *Ed.*<sup>3</sup> 182<sup>1</sup>. Cfr. anche PEROZZI *Ist.*<sup>2</sup> II 494<sup>2</sup>.

Dal testo appare chiaramente che iure civili è erede l'estraneo istituito nel testamento e che al bonorum possessor – che è heredis loco – viene dal primo trasferito omne ius hereditarium. L'analogia di posizione col fedecommissario universale è qui, dunque, evidentissima.

Una conclusione scaturisce con evidenza da quanto abbiamo sin qui detto: che, cioè, la b. p. c. t., chiesta contro l'erede estraneo che abbia adito, non intacca in nessun modo la validità del testamento, quantunque praticamente lo svuoti del suo contenuto patrimoniale. Erede, sia pure sine re, è sempre l'heres scriptus: ed egli sarebbe pur sempre legittimato attivamente e passivamente alle azioni ereditarie, se, in pratica, ciò non venisse impedito dalle eccezioni e dalle azioni fittizie concesse dal pretore.

§ 176. La validità iure civili del testamento, in questi casi, appare ancora in ciò: che hanno attuazione tutte quelle disposizioni la cui efficacia si produce ipso iure nel momento e pel fatto solo dell'adizione. Così, hanno piena efficacia le sostituzioni pupillari.

AFRICANUS, *libro quarto quaestionum*: 34.2 D. 28.6: Pal. 29.

Etiamsi contra patris tabulas bonorum possessio petita sit, substitutio tamen pupillaris valet, et legata omnibus praestanda sunt, quae a substitutione data sunt. (cfr. 5 pr. 1 D. 37.5).

Ora, come si sa, la validità della sostituzione pupillare ha come suo presupposto l'adizione dell'eredità paterna... : «nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas»: «nec enim sufficit ad secundarum tabularum vim sic esse factum testamentum, ut ex eo adiri hereditas possit» (10.4 D. 28.6; cfr. anche 2.1 D. 28.6).

Tanto dal fr. di Africano (34.2 D. 28.6), quanto da quest'ultimo (10.4 D. 28.6), appare chiaro che la sostituzione pupillare piglia effetto per il fatto solo che sia stata adita l'eredità paterna: sopra di essa non ha influenza alcuna la b. p. c. t. chiesta contro il testamento paterno.

Oltre alle sostituzioni pupillari, hanno efficacia le manomissioni contenute nel testamento.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 8.2 D. 37.5: Pal. 1112.

Si adierit hereditatem is cui virilis conservatur, libertates competent ex necessitate per aditionem.

Dunque l'adizione da parte dell'istituito, che, nel caso, era uno di coloro cui è conservata la portio hereditatis (p. 365 segg.), determina necessariamente l'efficacia delle manomissioni dirette disposte nel testamento.

Ancora; sono valide le nomine di tutori: come si sa, infatti, esse prendono vigore appena l'eredità sia adita.

POMPONIUS, *libro tertium ad Quintum Mucium*: 9 D. 26.2: Pal. 227.

Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his quae testamento scripta sunt: si vero unus ex pluribus adierit, tutelae statim valent nec expectandum erit, ut omnes hereditatem adeant.

La perfetta validità del testamento, malgrado la bonorum possessio chiesta contro di esso, appare ancora nella efficacia delle diseredazioni in esso contenute.

TRYPHONINUS, *libro nono decimo disputationum*: 20 pr. D. 37.4: Pal. 69. *Filium quem in potestate habebat exheredavit, emancipatum prae-terit: quaesitum est, quatenus emancipatus bonorum possessionem habiturus sit. dixi, si scripti heredes extranei adierint hereditatem, repellendum esse filium, qui mansit in potestate... erit ergo venale beneficium scripti heredis extranei, ut, cum iure hereditatis nihil sit consecuturus, adeundo repellat filium in potestate relictum praestetque asem emancipato filio iure contra tabulas bonorum possessionis.* (*rell. cfr. 4 D. 37.5 e pag. 442<sup>4</sup>*).

Trifonino dice chiaramente: se l'erede estraneo adisce, il testamento prende efficacia e con esso prende vigore anche la diseredazione che vi è contenuta. Anzi, il giurista soggiunge che spesse volte l'estraneo si decide ad adire dietro compenso. Infatti l'estraneo, sapendo che sarà certamente respinto dall'eredità per effetto della b. p. c. t. dell'emancipato, omette normalmente di adirla (*quod facile sunt facturi nihil laturos ex hereditate propter eum, qui contra tabulas accepit bonorum possessionem*): e se l'adisce, ciò egli fa spesso per fare cosa grata all'emancipato, il quale così potrà profittare da solo di tutta l'eredità a danno del diseredato. La diseredazione, infatti, prende effetto in seguito all'adizione: quando, per contro, l'adizione non ha luogo, neanche la diseredazione prende efficacia.

Ora a noi interessa notare che, dunque, la b. p. c. t. lascia inalterata la validità del testamento e, in conseguenza, l'efficacia delle diseredazioni in esso disposte.

Come abbiamo già detto, è probabile che avessero pure piena efficacia i legati per vindicationem e l'adsignatio libertorum. Dipendendo l'efficacia di questi legati e dell'adsignatio unicamente dall'adizione dell'eredità e producendosi ipso iure, noi possiamo affermare per essi, come già abbiamo fatto per le manomissioni dirette, le sostituzioni pupillari, le nomine di tutori e le diseredazioni, che la b. p. c. t. non ne impediva la piena attuazione. Nulla ci costringe a pensare, per esempio, che i legati per vind. subissero la sorte degli altri legati, la prestazione dei quali incombeva, invece, all'erede.

§ 177. Per quanto concerne tutti gli altri legati e, in genere, tutte le prestazioni di cui il testatore aveva onerato l'erede, quantunque la b. p. c. t. non ne determinasse iure civili l'annullamento, tuttavia essa le rendeva praticamente inesigibili. Infatti, né poteva essere costretto a compiere tali prestazioni l'erede che era rimasto erede *sine re* e che poteva, quindi, liberarsi con eccezioni dalle azioni dei legatarii, né potevano esservi costretti i bonorum possessores, i quali – ed in ciò differivano dai fedecommissarii universali – non avevano una posizione giuridica derivata da quella dell'heres, ma avevano anzi una posizione giuridica *autonoma* fondata sopra la loro vocazione intestata. Quindi,

da un punto di vista strettamente aderente ai principii, i legati, quantunque astrattamente validi per lo ius civile, erano tuttavia praticamente inesigibili, non essendo possibile costringere alla loro prestazione né l'erede che aveva perduto l'eredità, né il bonorum possessor che l'aveva a sé avocata sulla base della propria vocazione intestata. E, infatti, per mantenere efficacia ai legati lasciati alle *exceptae personae*, fu necessario un apposito editto: l'*edictum de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita*. In virtù delle disposizioni in esso contenute i bonorum possessores contra tabulas furono costretti a prestare entro certi limiti i legati lasciati dal testatore «liberis parentibusque, uxori nuruique dotis nomine».

Possiamo concludere dicendo che la b. p. c. t. non annulla il testamento contro il quale venga chiesta: tale testamento, supposto che l'eredità sia stata adita, è iure civili perfettamente valido ed efficace; ricevono, infatti, piena attuazione quelle disposizioni la cui efficacia si produce ipso iure per il fatto solo dell'adizione.

Passiamo ora a vedere cosa avviene nel caso in cui istituito nel testamento ed adeunte sia un liber. Già sappiamo che la vocazione intestata di costui viene assorbita in quella testamentaria e che, in conseguenza, il testamento ne risulta rafforzato (§§ 14, 15). Ora è evidente che in tal caso, per il fatto che il testamento, oltre ad essere iure civili valido, è anche, entro certi limiti, praticamente efficace, saranno efficaci entro tali limiti anche quei legati che sarebbero stati altrimenti inesigibili.

Africano, nel fr. 14 pr. D. 37.4 citato, ci attesta, appunto, che il liber istituito il quale, anziché profittare della commissio edicti dell'emancipato preterito, preferì adire l'eredità, sarà costretto, anche se istituito in una porzione minore della quota intestata, *extraneis quoque legata praestare*.

Abbiamo così studiato l'influenza che esplica la b. p. c. t. nei confronti di un testamento iure civili valido, in base al quale l'eredità sia stata adita.

§ 178. B) Vediamo cosa avviene quando il testamento pur essendo stato validamente eretto, non abbia tuttavia preso efficacia per il fatto che l'erede istituito abbia omissso di adire l'eredità. La risposta naturale sarebbe, in questo caso, la seguente: poiché le vocazioni testamentarie sono rimaste inefficaci si farà luogo a quelle intestate. Questa soluzione, conforme ai principii, sarebbe stata, però, contraria all'equità o avrebbe recato nocumento a quelle *exceptae personae* a cui il pretore accordava la prestazione dei legati anche in caso di bonorum possessio contra tabulas.

Poiché, infatti, avveniva molto frequentemente che gli eredi estranei, a causa della loro posizione precaria, omettessero di adire l'eredità quando sapevano che ne sarebbero stato scacciati dai liberi preteriti, allora il pretore, probabilmente in un momento successivo alla primitiva introduzione della b. p. c. t., dispose che essa potesse essere concessa in presenza di tavole testamentarie

validamente redatte, indipendentemente dall'essersi o non essersi verificato il fatto dell'adizione<sup>23</sup>.

La pratica importanza di questa disposizione sta in ciò: che i legati lasciati alle *exceptae personae* in un testamento che fosse andato deserto dovevano, ciononostante, essere prestati. Si comprende, però, che nessun'altra disposizione contenuta nel testamento prendeva effetto: erano, quindi, prive di efficacia le diseredazioni (20 pr. D. 37.4), le sostituzioni pupillari etc.: e, del resto, anche i legati delle *exceptae personae* non traevano la loro efficacia dal testamento, ma *solamente* dalla disposizione dell'editto. La differenza giuridica tra l'obbligo della prestazione di tali legati in questo caso e l'obbligo della loro prestazione nel caso in cui il testamento avesse preso piena efficacia in seguito all'adizione, è importante. Perché in quest'ultima ipotesi, i legati erano validi iure civili ed il pretore non faceva che imporre al bonorum possessor l'osservanza di un obbligo di ius civile avente base nel testamento; nella prima ipotesi, invece, tali legati erano inesistenti per lo ius civile e l'obbligo della loro prestazione riposava esclusivamente sopra una disposizione dell'editto.

Dobbiamo mostrare: 1°) come fosse possibile una b. p. c. t. anche in presenza di un testamento deserto; 2°) come l'effetto di questa b. p. c. t. fosse quello relativo alla prestazione dei legati alle *exceptae personae*; 3°) come questo effetto fosse giustificato dal fatto che, in pratica, l'erede istituito si rifiutava di adire quell'eredità dalla quale era certo che sarebbe stato scacciato.

Quanto al primo punto, le fonti esplicitamente ce lo attestano.

TRYPHONINUS, *libro quinto disputationum*: 19 D. 37.4: Pal. 57. Quod vulgo dicitur liberis datam bonorum possessionem contra lignum esso sic intelligendum est, ut sufficiat exstitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas bonorum possessio peti potuit, quamvis neutrum eorum postea secutum sit, vel sequi potuit: nam si vel omnes instituti substitutique ante testatorem decesserint, vel is scriptus heres fuit, cum quo testamenti factio non fuit, peti contra tabulas inane est, quae sine effectu forent.

Dunque, la b. p. c. t. poteva essere concessa anche in presenza un testamento deserto, in base al quale, però, sarebbe stata possibile un'efficace adizione. Cosa che, peraltro, non sarebbe stata possibile quando gli istituiti ed i sostituiti fossero morti prima del testatore, o quando fosse stata istituita nel testamento una persona priva di testamenti factio passiva. Altro testo in cui si parla della bonorum possessio contra lignum è il seguente.

PAULUS, *libro quadragesimo primo ad edictum*: 4 pr. D. 37.4: Pal. 578. Illud notandum est, quod bonorum possessio contra tabulas quae liberis promittitur locum habet, sive quis heres extiterit sive non: et hoc est

<sup>23</sup> Cfr. in questo senso MORIAUD, *op. cit.*, p. 189.

quod dicimus contra ipsum testamentum liberis competere bonorum possessionem.

Altri testi notevoli sono i fr. 10.1; 10.6; 8.5 D. 37.4.

Quanto alla esigibilità dei legati lasciati alle *exceptae personae*, disposti in un testamento andato deserto contro il quale fu chiesta la b. p. c. t., abbiamo pure esplicita testimonianza nelle fonti.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 3.7 D. 37.5: Pal. 1109.

Ea autem legata sola praestant qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt, quae utiliter data sunt, verum idcirco non debentur, quod filius contra tabulas bonorum possessionem accipit.

IULIANUS, *libro vicesimo tertio digestorum*: 4 D. 37.5: Pal. 370.

Cum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem cum scirent emancipatum aut petisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem. (Cfr. 20 pr. D. 37.4).

Come appare da questi due frammenti, i legati lasciati alle *exceptae personae* venivano prestati dai bonorum possessori contra tabulas ancorché il testamento in cui erano stati disposti fosse andato deserto. Si richiedeva, peraltro, che l'invalidità iure civile di tali legati fosse dipesa unicamente dalla mancata adizione dello istituito. Il fondamento giuridico dell'obbligo di prestare tali legati va cercato, come abbiamo detto, esclusivamente nell'editto e non nel testamento. Dal frammento di Giuliano appare chiaro quale sia stato il motivo che aveva indotto il pretore a derogare dai principii, imponendo al bonorum possessor di prestare i legati disposti nel testamento rimasto deserto. Quantunque, secondo lo ius civile, i legati disposti nel testamento andato deserto non avessero valore alcuno, tuttavia il pretore, considerando che la mancata adizione dell'erede estraneo, dalla quale derivava la invalidità di tali legati, era dovuta proprio alla richiesta della b. p. c. t., ritenne equo che questi legati venissero prestati dai bonorum possessori: la b. p. c. t., introdotta per favorire i discendenti per *vilirem sexum*, non doveva, infatti, costituire cagione di danno per gli altri cognati tra i quali erano le persone eccettuate.

Si fa qui manifesta quella tendenza fondamentale che ispira l'attività del pretore in questo campo: tendenza che è diretta a favorire i rapporti cognatizi.

Anche la b. p. c. t., come sappiamo, sia pure con forme ed istituti mutuati dallo ius civile, mira a tutelare tali rapporti. Ora questo suo scopo appare evidente proprio nel caso nostro. Poiché in questo caso le norme dello ius civile, rigidamente applicate, produrrebbero danno ad alcuni cognati, il pretore, per evitare ciò, prescinde dalla loro applicazione.

§ 179. La possibilità di chiedere la b. p. c. t. anche quando il testamento sia andato deserto, la invalidità delle disposizioni in tale testamento contenute (per esempio, l'invalidità di una diseredazione in esso disposta) e l'obbligo fatto al bonorum possessor contra tabulas di prestare i legati *exceptis personis*, posso-

no determinare delle situazioni giuridiche caratteristiche: ce ne porge esempio l'interessante fr. 20 D. 37.4 di Trifonino.

ΤΗΥΦΟΝΙΝΟΣ, *libro nono decimo disputationum*: 20 pr. 2.3 D. 37.4: Pal. 69.

Filium quem in potestate habebat exheredavit, emancipatum praeterit: quaesitum est, quatenus emancipatus bonorum possessionem habiturus sit. dixi, si scripti heredes extranei adierint hereditatem, repellendum esse filium, qui mansit in potestate. quod si hi repudiaverint hereditatem (quod facile sunt facturi nihil laturos ex hereditate propter eum, qui contra tabulas accepit bonorum possessionem), filius ab intestato patris suus heres deprehendetur: emancipatus autem petens contra tabulas bonorum possessionem solus habebit bonorum possessionem. sed cum exhereditatio non adita hereditate ex testamento nullius sit momenti (ideoque non obstare eam nec quo minus contra tabulas libertorum patris accipiat bonorum possessionem, Iulianus recte respondit, ne testamentum per omnia irritum ad notam exheredationis solam profecisse videatur), redit res ad intestati exitum, ut adversus filium suum ex asse heredem ab intestato patri emancipatum praetor in parte dimidia tueatur. erit ergo venale beneficium scripti heredis extranei, ut, cum ipso iure hereditatis nihil sit consecuturus, adeundo repellat filium in potestate relictum praestetque assem emancipato filio iure contra tabulas bonorum possessionis: si autem omiserit hereditatem, in portionem bonorum exheredatum effectum admittet, iure factum solum suum heredem. sed quemadmodum praetor emancipatum tueatur, si adita non fuerit hereditas, ita nec filius qui in potestate remansit aditione adhibita in totum expellendus erit, sed ad [hereditatis petitionem] (inofficiosi querellam) admittendus est [ex causa inofficiosi querellae] contra emancipatum [movendae].

... § 3. Sed qui accepit contra tabulas bonorum possessionem, etiamsi non fuerit adita hereditas a scripto, praestat legata ea parte testamenti data, contra quam bonorum possessio accepta est. erit ergo melior hoc casu condicio in familia relictii filii, quam foret, si exheredatus non esset.

§ 2. Legata tamen ex parte sua iste emancipatus liberis et parentibus praestare cogetur non solida, sed deminuta in dimidium, quod relinquitur manenti in potestate. sed nec adversus eum constituendae actionis legatorum ratio est, qui mero iure intestato heres existit<sup>24</sup>.

La fattispecie è la seguente: un testatore disereda un figlio che aveva in potestà, ne preterisce un altro emancipato, ed istituisce erede un estraneo. Nel testamento sono disposti legati a beneficio di prossimi congiunti.

<sup>24</sup> Che potesse sorgere dubbio circa l'obbligo del suus di prestare, assieme all'emancipato, i legati mi sembra dovesse essere cosa naturale. Quindi il § 2 può essere benissimo attribuito a Trifonino. Ciò contro BESELER II, 67.

I problemi che si pongono nel testo sono due: 1) cosa avverrà se l'erede estraneo adirà l'eredità e l'emancipato chiederà la b. p. c. t.; 2) cosa avverrà se l'erede estraneo non adirà l'eredità e l'emancipato chiederà tuttavia lo stesso la b. p. c. t.

Nel primo caso la soluzione è chiara: poiché l'eredità è stata adita, il testamento ha assunto piena consistenza giuridica. Perciò, sarà efficace la diseredazione del suus in esso disposta. L'emancipato, chiedendo la b. p. c. t., otterrà la possessio di tutti i beni ereditari e sarà costretto soltanto a prestare i legati alle persone eccettuate. Nel testo, Trifonino dice che alle volte l'erede estraneo adisce l'eredità dietro compenso ricevuto dall'emancipato. Infatti solo per questa via sarà possibile escludere dall'eredità il diseredato, e far acquistare l'intero asse all'emancipato che chiede la b. p. c. t. Il diseredato non avrà altro mezzo per venire all'eredità che la querella inofficiosi testamenti<sup>25</sup> sperimentabile contro l'emancipato.

Il primo problema non presenta, perciò, particolari difficoltà. Passiamo ora al secondo. L'erede estraneo non adisce l'eredità: vediamo quale è, in tal caso, la posizione del suus diseredato e quella dell'emancipato preterito.

Riferiamoci, anzitutto, a quest'ultimo. Noi sappiamo che la b. p. c. t. è possibile anche malgrado la mancata adizione dell'erede testamentario. Dunque, nel caso nostro, l'emancipato chiederà e otterrà la b. p. c. t. e sarà in conseguenza obbligato a prestare i legati alle persone eccettuate.

Passiamo, ora, al suus diseredato. Si può dire che costui sia realmente diseredato? No: perché *exheredatio, non adita hereditate ex testamento, nullius est momenti*. (Da ciò Giuliano deduce che tale diseredazione non vale neanche ad impedire al diseredato la b. p. c. t. libertorum patris. La diseredazione produce questo effetto soltanto quando essa sia realmente efficace). Perciò, mancando vocazioni testamentarie, si fa luogo alla successione intestata, alla quale sarà chiamato iure civili soltanto il suus (...filius ab intestato patris suus heres deprehendetur... iure factum solum suum heredem). Il pretore, però, tutelerà l'emancipato contro le eventuali pretese del suus, garantendogli la metà dell'asse ereditario.

Si domanda: il suus sarà costretto, come vi è costretto l'emancipato, a prestare i legati alle persone eccettuate? La risposta è che il suus, essendo venuto mero iure intestati alla eredità, non sarà costretto a prestare tali legati. Vi è costretto l'emancipato, nei limiti della metà, perché egli, ed egli solo, possiede i beni ereditari a titolo di bonorum possessor contra tabulas. La posizione del diseredato appare, quindi, in questo caso, migliore di quella dell'emancipato. Se il suus diseredato fosse stato, invece, istituito erede, e, commissio per alium edicto,

<sup>25</sup> Veramente nel testo si parla di hereditatis petitio. Ma la menzione della hereditatis petitio è senza alcun dubbio interpolata. Interpolazione dovuta al fatto che nel diritto postclassico e giustiniano la querella inofficiosi testamenti venne a configurarsi quale hereditatis petitio ex causa inofficiosi. Vedi p. 351<sup>1</sup> e 442<sup>4</sup>.

avesse chiesto la b. p. c. t., si sarebbe trovato costretto a prestare egli pure i legati *exceptis personis*. Questa considerazione fa dire a Trifonino «erit ergo melior hoc casu condicio in familia relictis filii, quam foret, si exheredatus non esset».

Il secondo problema posto nel testo presenta, dunque, una soluzione che, quantunque sembri singolare, tuttavia è conforme ai principii che regolano la b. p. c. t. concessa in presenza di un testamento *desertum*.

Dall'analisi del testo di Trifonino risulta ancora più nettamente quale sia il valore della b. p. c. t. nel caso che il testamento sia andato deserto. Nessuna delle disposizioni in esso contenute ha effetto: hanno vigore, e soltanto in virtù dell'editto, i legati disposti a beneficio delle persone eccettuate.

§ 180. C) Abbiamo così visto la natura e gli effetti della b. p. c. t. *a)* nel suo caso tipico originario – quando, cioè, la b. p. è concessa contro un testamento perfettamente valido – e *b)* in un caso derivato – quando è concessa contro un testamento deserto. Dobbiamo esaminare il terzo caso in cui le fonti parlano pure di *bonorum possessio contra tabulas*, ma impropriamente. Quando, cioè, sia chiesta la b. p. contro un testamento nel quale è stato preterito un *suus*. Già nel capitolo relativo agli effetti della preterizione dei suoi (*cap. VIII, sez. I, parte I* di quest'opera), abbiamo visto come la preterizione di un *suus* rendesse inesistente il testamento, e come contro siffatto testamento non fosse possibile una b. p. c. t. Quella che, in realtà, i preteriti ottengono in tale ipotesi è una mera *bonorum possessio intestati*. L'importanza pratica di ciò appare quando si pensi che i preteriti, sui ed emancipati, non saranno tenuti, in questo caso, a prestare i legati alle persone eccettuate.

Questo principio classico non è stato accolto dai compilatori. I quali, interpolando, come abbiamo visto (p. 107 sg. [p. 581 sg.]) i fr. 16 e 15 pr. 1 D. 37.5, introdussero quest'altro principio: i sui preteriti non prestano i legati neanche alle persone eccettuate; non così, invece, gli altri liberi preteriti. Costoro, malgrado la radicale nullità del testamento dipendente dalla preterizione di un *suus*, devono prestare i legati alle persone eccettuate<sup>26</sup>.

§ 181. Dobbiamo in ultimo avvertire che mentre, da un lato, il riconoscimento dello *iudicium* del testatore è valido motivo per escludere colui che lo ha riconosciuto dalla b. p. c. t. (3.15.16; 15 D. 37.4), dall'altro, la concessione della b. p. c. t. impedisce al *bonorum possessor* la esazione dei legati e dei fedecommissi e la ritenzione delle donazioni *mortis causa* di cui era stato dal testatore onorato (18.1 D. 37.4; 5.2 D. 37.5). Il *bonorum possessor* è escluso financo dall'eredità del fratello, alla quale era chiamato in virtù della sostituzione pupillare disposta nel testamento paterno contro il quale egli chiese la b. p. c. t. (5.4 D. 37.5).

<sup>26</sup> Rimandiamo al capitolo citato per la completa esposizione della questione cui accenniamo.

CAPITOLO VII  
DE LEGATIS PRAESTANDIS CONTRA TABULAS BONORUM  
POSSESSIONE PETITA

§ 182. Come l'edictum de legatis praestandis, che ha base esclusivamente cognatizia, essendo un elemento essenziale della b. p. c. t. sia indice del sistema cognatizio sopra cui indirettamente riposa anche la b. p. c. t. (fr. 1. pr. D. 37.5). Categorie delle persone eccettuate.

§ 183. Presupposti della prestazione dei legati alle persone eccettuate: che l'eredità fosse stata adita o che fosse stata in grado di essere adita se l'erede istituito l'avesse voluto (3.7; 4 D. 37.5). Problemi che nascono nel caso di mancata adizione, quando il testamento contenga delle sostituzioni. Eseggesi del fr. 10.2 D. 37.5. Conferma tratta dai fr. 11; 12 D. 37.5. Problemi che si pongono nei fr. 13; 5 pr.; 5.1 D. 37.5.

§ 184. L'edictum de legatis non viene in applicazione quando non si sia in presenza di una vera bonorum possessio contra tabulas. Interpolazione del fr. 15.1 D. 37.5.

§ 185. Posizione giuridica delle persone eccettuate istituite nel testamento. La loro quota (virile) di istituzione viene considerata sotto il profilo di un legato. Diversa natura giuridica di tale istituzione da quella dei liberi: in quest'ultima soltanto si operano i fenomeni dell'assorbimento e del rafforzamento. Diversità di effetti che da tali istituzioni discendono quanto alla prestazione dei legati. Eseggesi dei fr. 5.6; 5.7; 5.8; 7 D. 37.5.

§ 186. Eseggesi comparativa dei fr. 25.1; 18; 19 D. 37.5 e 3 D. 37.8; 7 D. 37.8; 25.2 D. 37.5: problemi che sorgono relativamente alla applicazione della «nova clausola Iuliani de coniungendis cum emancipato liberis eius».

§ 182. Abbiamo già visto come la prestazione dei legati alle persone eccettuate sia un elemento essenziale della b. p. c. t. L'edictum de legatis praestandis va considerato come un ponte che unisce il sistema agnatizio su cui, sia pure solo formalmente, riposa la bonorum possessio contra tabulas, a quello puramente cognatizio sopra cui riposa la querella inofficiosi testamenti. Esso costituisce inoltre un indice inequivocabile della base cognatizia sopra cui, sia pure indirettamente, riposa la stessa b. p. c. t.: scopo dell'editto è, infatti, quello di impedire che dalla tutela del diritto di successione di una categoria di cognati, i discendenti per virilem sexum, sorga per gli altri cognati la lesione del loro diritto come legatari. Poiché il pretore con la b. p. c. t. intese *sostanzialmente* tutelare le vocazioni ereditarie dei discendenti per virilem sexum *in quanto cognati*, è evidente che questa tutela non avrebbe dovuto mutarsi in cagione di danno per gli altri cognati. Da ciò appare come sia la stessa esigenza cognatizia a stare a base della b. p. c. t. e dell'edictum de legatis praestandis, e come sia essa a fare di quest'ultimo un elemento essenziale della prima.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 1 pr. D. 37.5: Pal. 1107.

Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem et ad aliquid novam, ut, qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine.

Perciò i bonorum possessori contra tabulas saranno costretti a prestare i legati, i fidecommessi e le donazioni mortis causa (3 pr. D. 37.5), di cui il testatore avesse onorato i discendenti, gli ascendenti, la moglie e la nuora: queste ultime hanno diritto soltanto quando il lascito sia fatto dotis nomine.

Quanto ai *liberi* ed ai *parentes*, l'unico requisito che l'editto richiede è il mero rapporto di parentela cognatizia col defunto.

«Generaliter parentes et liberos praetor excepit nec gradus liberorum parentiumve enumeravit: in infinitum igitur eis praestabitur. sed nec personas prosecutus est, utrum ex virili sexu an ex feminino descendent. quisquis igitur ex liberis parentibusque fuerit, ad legati petitionem admittetur, sed ita demum, *si iura cognationis sunt inter eos*». (1.1 D. 37.5).

Si comprende che anche i figli dati in adozione, in quanto sono uniti al loro padre naturale dal rapporto di parentela cognatizia, vengono essi pure ammessi alla richiesta dei legati; sono pure ammessi i figli adottivi «dummodo manent liberi» (1.2 D. eod.). Fra i liberi vanno pure compresi i postumi (1.3 D. eod.). Per essere ammessi alla richiesta dei legati è però necessario che legatario sia lo stesso discendente; non sarebbe sufficiente che il legato fosse disposto a favore di un figlio o di un servo di lui: dice Ulpiano: «nec enim quaerimus, cui adquiratur, sed cui honor habitus sit» (3.3 D. eod.). Così, se la persona eccettuata onorata del legato sia costretta a restituirlo ad un terzo, neanche in tal caso sarà data azione al legatario «quia emolumentum ad eum non respicit» (3.4 D. eod.). Quando, invece, il legato sia lasciato ad un estraneo, il quale sia, a sua volta, onerato di restituzione a favore di una persona eccettuata, allora la prestazione di tale legato è dovuta (3.5 D. 37.5).

Una differenza tra i cognati legittimati alla querela inofficiosi testamenti e quelli che appartengono alla categoria delle persone eccettuate sta in ciò: che quest'ultima categoria comprende solamente discendenti ed ascendenti, non anche collaterali.

«Liberis autem tantum et parentibus praetor prospexit, non etiam fratri et sorori conservavit legatum». (3.1 D. 37.5).

Tra i discendenti ai quali l'editto concede la conservazione dei legati, sono da ricomprendere anche i nipoti il cui padre sia tuttora vivo e sia escluso dalla b. p. c. t. o perché diseredato, o perché trovasi in altra famiglia. Ciò, del resto, si capisce quando si pensi che il pretore, come dice Ulpiano, «nec gradus liberorum parentiumve enumeravit» (1.1 D. 37.5).

Si comprende del pari che non potranno pretendere la prestazione dei legati quei liberi «quibus bonorum possessionem praetor dedit ex causis supra scrip-

tis: nam si dedit bonorum possessionem non putat legatorum eos persecutio-  
nem habere». E, in conseguenza, «constituere igitur apud se debet, utrum con-  
tra tabulas bonorum possessionem petat an vero legatum persequatur: si elegerit  
contra tabulas, non habebit legatum: si legatum elegerit, eo iure utimur, ne  
petat bonorum possessionem contra tabulas» (5.2 D. 37.5). Si fa eccezione unica-  
mente per il caso in cui colui a cui era stato lasciato un legato chiese la b. p.  
c. t. quantunque non fosse «ex his liberis, qui eam bonorum possessionem ac-  
cipere possunt», ma fosse «ex his, quibus legata praestantur». In tale caso «op-  
tinuit non esse ei denegandam petitionem legatorum».

§ 183. Abbiamo già visto che il fondamento giuridico della prestazione dei  
legati alle persone eccettuate sta unicamente nell'editto. Bisogna però distingue-  
re *a)* il caso in cui l'editto – come nella b. p. c. t. tipica – rende soltanto *esigi-*  
*bili* i legati che già hanno giuridica esistenza, *b)* dal caso in cui è lo stesso edit-  
to – come nella b. p. c. t. che abbiamo chiamata derivata – a conferire anzit-  
to esistenza giuridica ai legati che ne sono privi – non essendo venuto in esse-  
re il testamento per mancata adizione dell'eredità – rendendoli, quindi, esigi-  
bili<sup>27</sup>. Nel caso della b. p. c. t. derivata, però, si richiede che l'adizione sia man-  
cata unicamente per volontà dell'erede e che, se essa si fosse verificata, i legati  
contenuti nel testamento avrebbero potuto avere piena validità.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 3.7 D. 37.5: Pal. 1109.

Ea autem legata sola praestant qui contra tabulas bonorum possessionem  
accipiunt, quae utiliter data sunt, verum idcirco non debentur quod fi-  
lius contra tabulas bonorum possessionem accipit.

IULIANUS, *libro vicesimo tertio digestorum*: 4 D. 37.5: Pal. 370.

Cum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem, cum  
scirent emancipatum aut petisse aut petiturum contra tabulas bonorum  
possessionem.

Abbiamo già avvertito che nel creare queste norme il pretore si ispirò ad  
un principio di equità, volendo impedire che la tutela dei discendenti per viri-  
lem sexum si attuasse a danno degli altri cognati.

Il problema della prestazione dei legati alle persone eccettuate, malgrado la man-  
cata adizione degli eredi istituiti, assume una certa complessità nel caso in cui il te-  
stamento contenga vari gradi, e alla rinunzia dei primi istituiti faccia riscontro l'adi-  
zione dei sostituti. In relazione a tale problema possediamo alcuni testi importanti.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 10.2 D. 37.5: Pal. 1114.

Non omnia, quae ab omnibus gradibus relicta sunt, legata praestare eum  
oportet qui contra tabulas petit, sed ea sola, quae in eo gradu data sunt,

<sup>27</sup> Il pretore dovette usare la clausola: "(legata praestare) cogam" cfr. ALIBRANDI *Op.* I, 78; LENEL *Ed.*<sup>3</sup> 345.

contra quem bonorum possessionem accepit. sed nonnumquam contra alium quidem gradum petita est bonorum possessio, ex alio vero legata praestanda sunt: ut ecce duos gradus heredum fecit, emancipatum praeteriit, ab utroque tamen gradu liberis et parentibus legata adscripsit. ait Iulianus: si quidem aliquis ex primo gradu vivit, ea legata praestabit, quae liberis et parentibus a primo gradu data sunt: sin vero nemo vivit eorum, ea quae a sequenti: quod si neque ex primo gradu neque ex secundo quisquam in rebus fuerit humanis cum testator moritur, tunc ab intestato magis bonorum possessionem praeterito filio competere nec legata cuiquam praestanda: quod si post mortem testatoris [ante aditam hereditatem *Moriaud*] (ante apertas tabulas) instituti decesserint, [contra ipsos quidem videri petitam, verum tamen] ab eis relicta legata non esse praestanda, sed quae a substitutis relicta sunt.

Come appare chiaramente dalla prima parte del testo, il bonorum possessor deve prestare alle *exceptae personae* i legati disposti in quel grado del testamento contro cui egli chiede la bonorum possessio (...*ea sola, quae in eo gradu data sunt, contra quem bonorum possessionem accepit*). Il presupposto della prestazione è che i legati disposti nel grado del testamento contro cui fu chiesta la *b. p.* fossero disposti in tal maniera che, se ci fosse stata l'adizione da parte dell'istituito, essi sarebbero stati *iure civili* validi.

È evidente che tale presupposto non ricorre quando gli eredi istituiti nel primo grado siano premorti al testatore. Allora il testamento comincia a prendere consistenza dal secondo grado, e solamente contro questo secondo grado può essere chiesta la *b. p. c. t.* Da ciò deriva che solo i legati lasciati in questo secondo grado saranno prestati alle persone eccettuate. Che se poi siano premorti anche i sostituti e non vi siano altri gradi nel testamento, allora è chiaro che non sarà concepibile né una *b. p. c. t.*, né la prestazione di legati alle persone eccettuate.

L'ultima parte del testo si presenta, invece, in contraddizione con la parte precedente. Noi crediamo che essa vada corretta nel senso indicato dal *Moriaud*<sup>28</sup>; cioè, sostituendo ad *aditam hereditatem* le parole *apertas tabulas*. Infatti, come il *Moriaud* nota, quando gli eredi istituiti siano morti prima dell'apertura delle tavole testamentarie, non si può dire che il testamento, o il grado testamentario, fosse in tale stato che sarebbe stato possibile, se gli eredi l'avessero voluto, una valida adizione dell'eredità. Quanto alle ragioni sostanziali della interpolazione, esse vanno ricercate nel principio sancito da Giustiniano nella *c. 1. 1 C. 6. 51*, secondo cui è possibile l'adizione dell'eredità, dal momento stesso della morte del testatore. Ma la correzione del testo proposta dal *Moriaud*, richiede una correzione ulteriore che integra e giustifica la prima. Cioè, bisogna considerare ancora come interpolate le parole [contra ipsos quidem videri pe-

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 188 segg.

titam, verum tamen]: perché non è vero che si possa considerare chiesta la b. p. c. t. contro un grado, ed essere obbligati a prestare i legati disposti nell'altro grado. Si è obbligati a prestare alle persone eccettuate soltanto i legati disposti in quel grado del testamento contro cui viene chiesta la b. p. c. t. E per contro si può dire che la b. p. c. t. è chiesta contro quel grado del testamento del quale vengono prestati i legati alle persone eccettuate.

Non v'ha, perciò, nessuna diversità nel regime della b. p. c. t. ed in quello della prestazione dei legati, come il Moriaud, invece, suppone<sup>29</sup>; e ciò per la semplicissima ragione che solo dove è concepibile una b. p. c. t., è concepibile la prestazione correlativa dei legati alle persone eccettuate.

La questione posta nel fr. 10.2 D. 37.5 e le soluzioni in esso prospettate ci sono confermate da altri testi.

PAULUS, *libro quadragésimo primo ad edictum*: 11 D. 37.5: Pal. 585.

At ubi institutus et substitutus vivant, licet nemo adeat hereditatem, ea tamen legata deberi dicimus, quae ab instituto data sunt.

ULPIANUS, *libro quadragésimo ad edictum*: 12 D. 37.5: Pal. 1114.

Sive autem omiserint instituti sive non omiserint, dicendum est legata, quae ab ipsis relicta sunt, praestanda, quamvis secundo gradu instituti omittentibus eis adierint hereditatem.

Come appare da questi due frammenti, quando il primo grado del testamento avrebbe potuto prendere consistenza giuridica, se non fosse mancata l'adizione dell'istituito, allora la b. p. si intende chiesta contro tale grado ed in conseguenza soltanto i legati in esso disposti saranno prestati alle persone eccettuate. Non rileva, a tal fine, che i sostituti, a cagione della rinuncia degli istituiti, abbiano adito essi l'eredità.

Collegata alle questioni esaminate, è quest'altra: quid iuris quando l'istituzione di erede sia stata sottoposta ad una condizione casuale? E quid iuris quando sia stata sottoposta ad una condizione potestativa?

Noi stessi potremmo rispondere: nel secondo caso, perché la condizione dipende dal fatto dello stesso istituito, la deficienza di essa va considerata come rinuncia ad adire: nel primo caso, la deficienza della condizione pone l'istituito nella impossibilità di adire. Dunque, nell'un caso, la b. p. si intenderà ottenuta contro il primo grado e saranno prestati i legati in esso disposti a beneficio delle persone eccettuate. Nell'altro caso, la b. p. si intenderà ottenuta contro il secondo grado, e avranno efficacia, in conseguenza, soltanto i legati in questo grado disposti.

TRYPHONINUS, *libro secundo disputationum*: 13 D. 37.5: Pal. 11.

Item a substituto legata deberi dicimus, si institutus condicione defectus esset, quae in ipsius potestate non fuit; nam si eam, quae in ipsius pote-

<sup>29</sup> *Op. cit.*, p. 192.

state fuit, non implevit, pro eo habendus est, qui noluit adire hereditatem, quando nihil habiturus emolumenti condizioni merito non paruerit.

Trifonino conferma la risposta da noi sopra formulata.

Un problema interessante si innesta nella questione della prestazione dei legati alle persone eccettuate, allorché una sostituzione pupillare sia contenuta nel testamento, contro cui la bonorum possessio venne chiesta. Il problema e la soluzione ci sono prospettati da Ulpiano.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 5 pr. 1 D. 37.5: Pal 1109.

Filium quis impuberem heredem scripsit eique substituit, emancipatum autem filium praeteriit: deinde uterque filius acceperunt bonorum possessionem: legata sunt etiam a substituto impuberis relicta non tantum liberis et parentibus, verum tamen etiam extraneis: quaeritur, an mortuo impubere cogatur substitutus ea praestare. et si quidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt: sin vero a substituto impuberis, omnibus eum praestare oportet habita ratione legis Falcidiae, scilicet ut partis dimidia, quae ad eum ex bonis patris pervenit, quartam, id est totius assis sescunciam, retineat.

§ 1. Quod si impubes ex uncia dumtaxat institutus heres fuerit, magis est semissem usque legata praestaturum habita ratione legis Falcidiae: licet enim ex uncia fuerit impubes institutus, tamen quod accessit, augebit legata a substituto relicta.

I principii che vengono in applicazione in questo testo sono particolarmente importanti, perché hanno riferimento tanto alla natura della sostituzione pupillare, quanto alla natura della b. p. c. t. ed agli effetti che essa produce sul testamento. La fattispecie è chiara: c'è un suus impubere istituito erede, al quale è stato pupillariter sostituito un estraneo: c'è, inoltre, un figlio emancipato preterito. Quest'ultimo chiede la b. p. c. t., e la chiede anche il primo, profitando della commissio edicti del fratello. (Che anche il suus istituito possa chiedere la b. p. c. t. è principio attestato anche dal fr. 14 pr. D. 37.4 v. § 166).

Possiamo dire: tanto l'uno che l'altro otterranno metà dei beni ereditari e presteranno i legati alle persone eccettuate. Fin qui nulla di particolare. Il problema, invece, sorge quando muore il pupillo ancora impubere. Anzitutto: sarà ancora valida la sostituzione pupillare? La risposta noi la conosciamo (34.2 D. 28.6), e ne è qui la conferma: è valida, perché valido era pure iure civili il testamento che la conteneva. Questa validità si era verificata ipso iure, perché nel testamento era istituito un suus.

Orbene: il sostituto pupillare sarà costretto a prestare i legati, di cui è stato egli stesso onerato, a tutti i legatarii o solo alle persone eccettuate? Il testo dice giustamente: sarà costretto a prestare i legati a tutti (così anche 34.2 D. 28.6).

Si comprende, però, che tale prestazione sarà fatta non già nei limiti della originaria istituzione del pupillo, ma nei limiti della porzione di beni che al pupillo stesso pervennero a causa della b. p. c. t. (ciò è fondato sul principio «pa-

ter legat de suo»). Poiché, perciò, la sostituzione pupillare riceve integrale validità, né vi influisce in alcun modo la b. p. ottenuta contro il testamento paterno, il sostituto sarà tenuto, nei limiti sopra indicati, a prestar tutti i legati nella sostituzione stessa disposti dal testatore.

§ 184. Perché possa aver luogo l'applicazione dell'editto de legatis praestandis, è evidente che si richiede anzitutto che possa, nel caso concreto, farsi luogo alla concessione della b. p. c. t. i cui presupposti sono:

1) l'esistenza di un testamento in base al quale l'eredità, se l'erede istituito avesse voluto, avrebbe potuto essere efficacemente adita;

2) la preterizione di un liber che faccia realmente la *commissio edicti*.

Ora, non si ha vera bonorum possessio contra tabulas e non viene, quindi, in applicazione l'editto de legatis, quando manchi qualcuno dei due presupposti notati.

a) Quando manchi il secondo dei presupposti notati, quando cioè non vi ha commissio edicti da parte del preterito, allora bisogna dire che non è vera bonorum possessio contra tabulas quella chiesta dal liber istituito: non può, perciò, per lui, venire in applicazione l'editto de legatis etc. Dunque, costui verrà considerato come erede ex testamento, la sua bonorum possessio c. t. si convertirà in b. p. secundum tabulas, e sarà così costretto a prestare i legati a tutti (fr. 14; 15.1 prima parte D. 37.5 già esaminati a pag. 334, 335 [p. 823, 824]).

b) Quando manchi il primo dei presupposti notati, o perché il testamento era intrinsecamente nullo a causa della preterizione di un suus, o perché gli istituiti ed i sostituti erano premorti al testatore (19 D. 37.4) o perché vi era istituita una persona priva di testamenti factio passiva (19 D. 37.4), o perché la condizione casuale apposta all'istituzione era mancata (13 D. 37.5 etc.), in tutte queste ipotesi non può aver luogo una vera bonorum possessio contra tabulas, ma ha luogo una mera b. p. intestati; in conseguenza, non può avere applicazione il correlativo editto de legatis etc. Quanto alla prima di queste ipotesi, quella cioè relativa al testamento nullo per preterizione di suus, la nostra affermazione sembrerebbe essere contraddetta dai fr. 15 pr. e 16 D. 37.5, ove si dice che tutti coloro che chiedono la b. p. c. t., esclusi solamente i sui preteriti, possano essere costretti a prestare i legati alle persone eccettuate. Ma noi abbiamo già dimostrato che questi testi sono stati interpolati (§ 44 e 180).

c) L'applicazione dell'editto de legatis praestandis ha luogo, quindi, soltanto in riferimento ai veri bonorum possessores contra tabulas. Da ciò discende che sarebbe impossibile, secondo la logica dei principii, che di esso profitasse anche il liber istituito il quale, anziché venire alla b. p. c. t. in seguito alla commissio edicti del preterito, preferì adire l'eredità ex testamento. Sappiamo, infatti, che l'adizione, assorbendo la vocazione intestata dell'istituito, rafforza il testamento, e che nei limiti di tale rafforzamento la vocazione testamentaria

esplica pieno effetto. Quanto ai legati, l'erede sarà costretto, perciò, a farne la prestazione a tutti i legatari.

Prova testuale di ciò ci ha dato il fr. 14 pr. D. 37.4 (§ 166). Orbene: il fr. 15.1 D. 37.5 (2<sup>a</sup> parte) sembrerebbe contraddire a ciò che noi, sulla base del fr. 14 pr. D. 37.4, affermiamo.

Sed si unus emancipatus heres scriptus sit, alter praeteritus... si scriptus quidem adierit hereditatem, praeteritus autem bonorum possessionem acceperit, hic quidem, qui bonorum possessionem acceperit, certis personis legata debebit, [de scripto autem quaeritur. et complures putant certis personis et eum praestare debere, quod puto verius esse: nam et praetor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est qui contra tabulas petere potuerunt *intp.*?]

La nostra opinione è che il testo sia stato, anche in questa parte, come nelle parti precedenti (v. p. 107 [p. 581]), alterato, e che sia sostanzialmente insizio tutto l'inciso *de scripto... potuerunt*. In origine il testo doveva contenere una decisione opposta. Quanto ai motivi che avrebbero indotto i compilatori ad alterare questo testo e non anche il fr. 14 pr. D. 37.4, ove si pone la stessa questione e dove, però, la decisione classica è rimasta, noi crediamo di potere addurre i seguenti.

I compilatori confusero la posizione giuridica del liber istituito di cui si tratta nel fr. 15.1 D. 37.5, con quella dei liberi istituiti *quibus portio hereditatis conservatur*, di cui si tratta nel fr. 5.8 D. 37.5. Per questi ultimi, è perfettamente giustificato, come vedremo, che, malgrado l'adizione, non prestino i legati se non alle persone eccettuate. Ora, trovandosi il fr. 15.1 D. 37.5 inserito nel titolo de legatis praestandis è comprensibile l'equivoco dei compilatori: i quali, forse, si proposero di eliminare l'apparente antinomia che ai loro occhi esisteva tra il fr. 15.1 ed il fr. 5.8 D. 37.5. Si comprende pure come la sorte del fr. 15.1 D. 37.5 non sia toccata anche al fr. 14 pr. D. 37.4: quest'ultimo testo, infatti, non rientrava tra quelli relativi all'edictum de legatis praestandis.

§ 185. Un problema che molto per tempo dovette fermare l'attenzione dei giureconsulti romani fu il seguente: quid iuris quando le persone eccettuate, anziché essere onorate di legati o di fedecommessi, fossero state istituite eredi in una quota ereditaria? Il problema presentava una certa difficoltà per le seguenti considerazioni.

Le persone eccettuate, che non fossero liberi legittimati alla b. p. c. t., dal punto di vista del diritto ereditario agnatizio, cui si riannodava formalmente la b. p. c. t., erano degli estranei. Per costoro, quindi, perché sprovvisti di una vocazione ereditaria intestata, sarebbe stato impossibile pensare al fenomeno dell'assorbimento della vocazione intestata che essi non possedevano, e del correlativo rafforzamento del testamento. Avveniva, allora, che la b. p. c. t. avesse piena efficacia anche nei confronti della loro istituzione, rendendola, al pari di quel-

la di un estraneo, praticamente inefficace. Tale istituzione non aveva in se stessa la forza di resistere alla b. p. c. t. dei liberi. Per salvarla, non v'era altro mezzo che di estendere ad essa le disposizioni dell'editto, che valevano già pei legati.

Ma allora ben si comprende che siffatta istituzione, la quale innanzi alla b. p. c. t. restava efficace non già per una virtù immanente alla sua stessa struttura, ma in conseguenza di una disposizione dell'editto, differisse profondamente dalla istituzione dei liberi adeunti: questa, invece, restava efficace davanti alla b. p. c. t. degli altri liberi in virtù della propria intrinseca forza. Questa differenza tra le due specie di istituzioni doveva naturalmente rendersi palese negli effetti. I quali, mentre nell'un caso discendevano dalla natura stessa della istituzione, nell'altro, invece, avevano la loro causa nella stessa disposizione edittoale, che manteneva in vigore l'istituzione. Quindi, mentre nell'un caso l'erede istituito era costretto a prestare i legati a tutti i legatari, essendo ciò conforme alla natura della istituzione d'erede, nell'altro, la persona eccettuata era costretta a prestarli soltanto alle altre persone eccettuate, in conformità alle disposizioni dell'editto.

Esaminiamo partitamente la *natura* della istituzione delle persone eccettuate e gli effetti che da tale istituzione discendono.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 5.6 D. 37.5: Pal. 1112.

Sed et si portio hereditatis fuerit adscripta ei, qui ex liberis parentibus est, an ei conservanda sit, ut solent legata? et Iulianus saepissime scripsit in portione quoque hereditatis idem quod in legato probandum, cuius sententia rescripto divi Pii comprobata est, cum hereditates non modo honestiore titulo, sed et pleniore onere tribuantur<sup>30</sup>.

Da che cosa nasceva il dubbio circa la conservazione o non conservazione della quota ereditaria alla persona eccettuata istituita erede? Ecco: se si fosse trattato di un liber legittimato alla b. p. c. t., il dubbio non sarebbe in nessun modo sorto. Il liber, infatti, con l'adizione, rafforzava il testamento; il quale, quindi, restava, nei limiti della istituzione del liber, pienamente efficace malgrado la b. p. c. t.

Trattandosi, invece, di altra persona e non potendo, perciò, aver luogo il rafforzamento del testamento, era naturale che l'istituzione come tale fosse stata necessariamente privata di efficacia per effetto della b. p. c. t. L'unica via per salvarla era quella di considerare l'istituzione stessa come un legato e di estendere così ad essa le disposizioni dell'edictum de legatis praestandis. La quota ereditaria viene *conservata*: è questo il termine tecnico usato dalle fonti. E ciò, per distinguere tale *conservazione* dalla efficacia che ha, invece, per virtù propria, la istituzione dei liberi legittimati alla b. p. c. t. Affermato il principio della conservazione della quota ereditaria alle persone eccettuate, sorgeva il problema:

<sup>30</sup> Cfr. BESELER III, 56, secondo cui il rescripto avrebbe preceduto il responso giuliano.

come regolarsi per i legati di cui tali persone fossero state onerate? Dovevano essere prestati a tutte le persone, o soltanto a quelle eccettuate? Sappiamo che i liberi legittimati alla b. p. c. t., i quali avessero adito l'eredità, dovevano necessariamente prestare i legati a tutti: la prestazione alle persone eccettuate era concessa soltanto ai bonorum possessores contra tabulas. Ora, la persona eccettuata istituita erede aveva adito l'eredità: dunque, a prima vista, la soluzione sarebbe stata nel senso che essa avesse dovuto prestare tutti i legati di cui era stata onerata. Ma l'adizione della persona eccettuata non aveva lo stesso valore giuridico dell'adizione del liber. Essa, infatti, non determinava un rafforzamento del testamento. E se l'istituzione veniva tuttavia mantenuta efficace, ciò era dovuto al fatto che essa veniva considerata sotto il profilo di un legato. Per questa ragione, da siffatta istituzione non discendevano gli effetti propri di una istituzione. Così si spiega il fatto che la persona eccettuata istituita erede non fosse tenuta, malgrado l'adizione, a prestare i legati se non alle altre persone eccettuate.

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 5.8 D. 37.5: Pal. 1108.

Is autem, cui portio hereditatis conservatur, utrum omnibus an tantum exceptis personis legata cogatur praestare? et magis probatur exceptis personis solis praestanda.

La decisione contenuta in questo frammento non è, dunque, in contrasto con quella del fr. 14 pr. D. 37.4. La diversità della decisione va ricondotta alla natura diversa della istituzione nei due casi. Anche per ciò che attiene ai limiti della sua efficacia, bisogna dire che l'istituzione di una persona eccettuata ha limiti di efficacia diversi da quelli che ha l'istituzione di un liber. Sappiamo che l'istituzione di quest'ultimo si manteneva efficace quando i suoi confini non oltrepassassero quelli della vocazione intestata dell'istituito. Invece l'istituzione della persona eccettuata viene mantenuta in vigore nei limiti della porzione virile: limiti che erano già stati stabiliti per determinare in quale misura dovesero essere prestati i legati ed i fedecommessi. «Ad eum autem modum talibus personis succurrendum est, ut ampliore quidem quam virili portione hereditatis data usque ad virilem tueantur, in minorem autem eatenus actiones his tribuantur, quatenus scriptae sint. idem observatur et circa legata fideicommissa, quae his data fuerint, et in mortis causa donationibus» (cfr. fr. 7 e 5.7 D. 37.5).

Trifonino (7 D. 37.5) ci attesta che «secundum constitutionem divi Pii ad Tuscium Fuscianum Numidiae legatum placuit parentes et liberos heredes quoque institutos tueri usque ad partem virilem exemplo legatorum, ne plus haberent ex institutione tales personae, quam ad eum perventurum esset, qui contra tabulas bonorum possessionem accepit».

§ 186. La portio hereditatis viene conservata alle persone eccettuate così come verrebbe loro conservato un legato. È sotto questo profilo che essa viene sempre in rilievo nelle nostre fonti. Così, nel caso in cui sia istituito nel testamento dell'avo un nipote nato, nella familia adottiva, presso la quale trovasi

il padre tuttora vivente, è evidente che il nipote non potrà, alla guisa di un *filius in adoptionem datus heres institutus*, chiedere la bonorum possessio contra tabulas. Egli, infatti, è preceduto dal proprio padre, il quale soltanto possiede, almeno potenzialmente, la vocazione intestata.

Se non ricorresse l'applicazione dell'edictum de legatis praestandis, esteso anche alle istituzioni, il nipote istituito verrebbe respinto dall'eredità.

MARCELLUS, *libro nono digestorum*: 25.1 D. 37.5: Pal. 120.

Is, cuius filius in adoptione erat, nepotem, quem filius postea procreaverat, scripsit heredem, emancipatum filium praeterit: num habet nepos ex edicto bonorum possessionem? tuendus tamen exemplo parentium et liberorum, quibus legata praestare coguntur qui bonorum possessionem contra tabulas acceperunt.

Il nipote istituito, in questo caso, né potrebbe ottenere la b. p. c. t., né potrebbe efficacemente tenersi la sua porzione di eredità. Perché possa efficacemente trattenere la sua quota di istituzione, è necessario che egli sia tutelato *exemplo parentium et liberorum, quibus legata praestantur*. Orbene: può avvenire alle volte che attraverso tale tutela egli ottenga più di quello che avrebbe ottenuto se fosse stato ammesso a chiedere la b. p. c. t. È questa l'ipotesi prospettata da Marcello nel § 2 dello stesso fr. 25.

§ 2. Si forte ex eodem filio retinuerat nepotem unum pluresve, indubitate pro ea parte tuendus est, pro qua parte tuere(n)tur [si] ex filia nepos aut mater defuncti (si) heredes instituti essent; nam his comparatur.

Ho accettate nel testo le correzioni proposte dal Moriaud<sup>31</sup>: tali correzioni non ne alterano, peraltro, la portata sostanziale.

La fattispecie cui Marcello allude nel § 2 è quella stessa già prospettata nel § 1, con questo di più: che è supposto vivente sotto la potestà dell'avo naturale un altro figlio del figlio dato in adozione. Ora se il nipote istituito fosse stato ammesso alla b. p. c. t. egli avrebbe avuto assieme al fratello la metà dell'asse: cioè, in definitiva a lui sarebbe toccato  $\frac{1}{4}$  del patrimonio ereditario. Invece, poiché viene tutelato come persona eccettuata cui è conservata la porzione ereditaria, egli ottiene la quota virile e, perciò, dell'asse.

Quando, però, il padre preterito del nipote istituito fosse stato ammesso alla bonorum possessio contra tabulas, allora, per influenza della nova clausola Iuliani, il nipote non avrebbe potuto ottenere più di quanto avrebbe ottenuto se fosse venuto col proprio padre alla bonorum possessio contra tabulas. Questo principio valeva così per le istituzioni come per i legati.

AFRICANUS, *libro quarto quaestionum*: 18 D. 37.5: Pal. 35.

Nepos qui in potestate mansit et filius suus heredes instituti sunt: nepoti legatum dedit: pater eius emancipatus petit bonorum possessionem:

<sup>31</sup> *Op. cit.*, p. 167 sgg.

nepos legato contentus est. quidam in eum solum, qui in potestate esset, legati actionem nepoti dandam responderunt, quia ei nihil auferatur et emancipatus partem filii sui occupet, in qua onus legatorum non consisteret, sed rectius dicitur in emancipatum solum dandam esse actionem nepoti, et quidem non ultra quadrantem.

IDEM, *libro quinto quaestionum*: 19 D. 37.5: Pal. 47.

quia, et si omnes petissent bonorum possessionem, semis nepotis inter eum et patrem eius divideretur.

Come appare da questi due frammenti, la clausola «de coniugendis etc.» influì tanto per la determinazione della quota di istituzione o di legati che sarebbe toccata al nipote quando il padre suo avesse ottenuto la b. p. c. t., quanto per la determinazione della persona a carico della quale doveva considerarsi disposta la prestazione della porzione ereditaria o del legato. (...in emancipatum solum dandam esse actionem nepoti).

L'opinione di Africano non appare, però, condivisa in tutto da Trifonino. Il quale, quantunque ammetta l'influenza della clausola «de coniugendis» per ciò che attiene la misura della quota spettante al nipote istituito, non è, però, d'accordo con Africano nel porre tale onere esclusivamente a carico del padre preterito che chiede la b. p. c. t.

TRYPHONINUS, *libro sexto decimo disputationum*: 7 D. 37.8: Pal. 61.

Si post emancipationem filii susceptus ex eo fuerit nepos, conservanda illi erat portio, sed quanta videamus. finge enim patruo scripti heredi coheredem datum hunc nepotem, patrem autem eiusdem praeteritum accepisse contra tabulas bonorum possessionem. quod ad edictum praetoris attinet, semisses bonorum fient. nunc vero post constitutionem divi Pii si conservatur pars nepoti, utrum virilis an quarta debeat servari? nam si in avi natus potestate fuisset, coniungebatur in unam partem cum patre suo. et proponamus esse alium ex eodem nepotem in familia avi: duo unam quartam habituri erant patre eorum accipiente contra tabulas bonorum possessionem si fuissent (ambo) in avi potestate: an ergo nunc in rescuncia tuendus sit, qui non in familia retentus est? et cui abscedet pars, quae huic cessura est, patri eius tantum an et patruo? et puto et patruo: nam et legatum eidem datum praestaret.

La fattispecie è la seguente: un testatore istituisce erede nel proprio testamento il nipote, figlio del figlio emancipato, ed un altro figlio trovantesi in potestà; preterisce il figlio emancipato. Quid iuris? Se ci poniamo sul terreno della b. p. c. t., bisogna dire che l'intero asse verrà diviso tra due figli: l'istituito e l'emancipato. Ma l'istituzione del nipote viene essa pure tutelata in seguito alla estensione dell'editto «de legatis praestandis» operata con il rescritto di Antonino. In quale misura sarà contenuta tale tutela? «Utrum virilis an quarta debeat servari?» Trifonino dice: se il nipote istituito fosse stato in potestà dell'avo avrebbe avuto applicazione l'editto «de coniugendis». Anzi, soggiunge il giurista, se ci

fosse stato un altro nipote ex eodem filio, i due nipoti «unam quartam habituri erant patre eorum accipiente contra tabulas bonorum possessionem, si fuissent (ambo) in avi potestate».

Dunque, dice Trifonino, daremo nel caso nostro al nipote istituito la terza parte (quota virile)?

Quantunque la risposta negativa non sia esplicitamente data, tuttavia essa si argomenta, come ben nota il Moriaud<sup>32</sup>, dall'ultima questione. Se al nipote fosse data la virile sarebbe incomprendibile la domanda che Trifonino pone: et cui abscedet pars, quae huic cessura est, patri eius tantum an et patruo? Questa domanda si capisce in quanto si sottintenda che la parte di cui si fa questione sia la quarta. Soltanto in tal caso sorge naturalmente il problema: deve questa quarta esser prestata al nipote unicamente dal padre o deve essere prestata anche dallo zio? La soluzione di Trifonino contrasta con quella di Africano: perché mentre quest'ultimo aveva deciso in un caso analogo che solo il padre fosse onerato della porzione spettante al figlio (nipote), Trifonino afferma che tale onere vada ripartito, nel caso nostro, tra il padre e lo zio.

Infine le fonti prospettano un'altra ipotesi in cui al nipote istituito, come nel fr. 25.2 D. 37.5 esaminato, viene conservata la quota virile. L'ipotesi è fatta da Marcello in un testo (fr. 3 D. 37.8) che è certamente la continuazione del fr. 25.2 D. 37.5.

Eccone la fattispecie e la soluzione: «si (pater) filium retento ex eo nepote emancipaverit et emancipatus procreaverit filium et heres uterque nepos institutus fuerit, pater eorum exheredatus, alius filius praeteritus; solus filius praeteritus bonorum possessionem contra tabulas petere poterit. nepoti tamen retento in potestate bonorum possessio dari debet, quoniam si pater eius emancipatus praeteritus esset, simul cum eo bonorum possessionem accipere posset propter id caput edicti, quod a Iuliano introductum est, id est ex nova clausula, nec debet deterioris esse conditionis quia pater eius exheredatus sit. sed fratris eius, qui post emancipationem natus est, diversa condicio est: conservanda est tamen et illi ad virilem partem hereditas, sicut etiam imperator Antoninus in persona nepotis ex filia rescripsit».

Vi è, perciò, un figlio emancipato e due nipoti ex eo, di cui uno procreato prima dell'emancipazione e rimasto in potestà dell'avo, e l'altro procreato dopo l'emancipazione e che non trovasi in potestà dell'avo: vi è inoltre un altro figlio emancipato. Il testatore (l'avo) preterisce quest'ultimo figlio, disereda il primo ed istituisce eredi i due nipoti. Il figlio emancipato preterito chiede la b. p. c. t. Quid iuris per ciò che attiene alla istituzione dei nipoti?

Orbene: diversa è la posizione giuridica dei due nipoti istituiti. Infatti, quello che trovavasi in potestà dell'avo ha la qualità di suus e può, quindi, essere

<sup>32</sup> *Op. cit.*, p. 196.

ammesso alla b. p. c. t. commissio per emancipatum edicto. Ovvero, se lo preferisce, egli può contentarsi della vocazione testamentaria e trattenere a tal titolo i beni ereditari che a lui spetteranno. In tal caso il testamento, nei limiti della istituzione del nipote in potestà, sarà pienamente efficace e produrrà integralmente i suoi effetti.

Ma diversa è la condizione giuridica del nipote istituito che non trovavasi in potestà dell'avo. Egli non è suus, né è uno di quei liberi che avrebbero potuto essere ammessi alla b. p. c. t.: la presenza del padre suo, sia pure diseredato, costituisce ostacolo insuperabile per il sorgere della sua vocazione intestata alla eredità dell'avo. La istituzione di costui è, dunque, come quella di un estraneo, rescindibile per effetto della b. p. c. t.: cioè il nipote potrebbe, secondo i principii, essere respinto dalla eredità. Ciò è impedito solo in virtù dell'editto «de legatis etc.» esteso anche alle istituzioni delle persone eccettuate. La quota ereditaria, in virtù dell'editto, viene *conservata* in questo caso al nipote istituito. In quale misura? Nella virile, risponde a ragione Marcello. Infatti è questa la regola: le soluzioni diverse determinate dalla influenza della clausola Iuliani sono eccezioni giustificate solamente dal fatto che la clausola in parola venga, o avrebbe potuto venire, in applicazione. Ma quando tale applicazione né ricorra, né possa ricorrere, non c'è motivo di derogare dalla regola generale. La deroga, in tal caso, non sarebbe più giustificata. Nel frammento in esame appare in tutta la sua luce la differenza di natura che c'è tra l'istituzione del suus o del liber (in genere di un legittimato alla b. p. c. t.) e quella di una persona eccettuata non legittimata alla b. p. c. t. (quale è nel caso il nipote che non era in potestà dell'avo, il cui padre era tuttora in vita). Posto che nel caso nostro il nipote suus non avesse chiesto la b. p. c. t., egli avrebbe per ciò stesso riconosciuto il testamento e sarebbe stato costretto a prestare i legati omnibus personis. L'altro nipote, invece, persona eccettuata, al quale in virtù dell'editto la porzione ereditaria era conservata, malgrado l'addizione sarebbe stato costretto a prestare i legati solamente exceptis personis.

L'accostamento dei fr. 25.2 D. 37.5; 3 D. 37.8; 18; 19 D. 37.5; 7 D. 37.8; ci ha permesso di notare che un vero contrasto tra tali testi non c'è. Essi applicano normalmente il principio che l'istituzione delle persone eccettuate va mantenuta efficace nei limiti della quota virile (25.2 D. 37.5; 3 D. 37.8): a questo principio si deroga soltanto quando viene in applicazione la clausola Iuliani (fr. 18 e 19 D. 37.5) o quando, comunque, per il fatto che il padre dell'istituito chiede la b. p. c. t., questa clausola, se il nipote fosse veramente rimasto in potestà dell'avo, avrebbe potuto ricevere applicazione (fr. 7 D. 37.8).

E ancora attraverso l'analisi di questi diversi frammenti, la natura della quota ereditaria conservata è apparsa sempre più sotto il profilo del legato, ed in decisivo contrasto con la natura della istituzione di erede della persona legittimata alla b. p. c. t.

Le nostre fonti pongono varie regole per ciò che si riferisce alla prestazione dei legati alle persone eccettuate ed alla misura di tali prestazioni. Così nel fr. 8

pr. D. 37.5 viene posto il criterio per la determinazione della quota virile, e di tale quota è pure menzione nei fr. 6.7 D. 37.5. Altre varie disposizioni contengono i fr. 5.5.6.7.8; 8; 10 pr.; 20; 21; 22; 23 D. 37.5. Ma per tutto ciò rimandiamo alle trattazioni comuni.

## CAPITOLO VIII LA COLLAZIONE

§ 187. Come il fondamento giuridico della collazione risieda nella costituzione unitaria della familia agnatzia, sul cui terreno, sia pure fittiziamente, ha luogo la successione intestata e contra tabulas dei liberi. Come la collazione pretoria dei liberi si sia modellata sopra quella civile dei sui (revocatio ad communionem dei loro peculii).

§ 187 *a*. Presupposti della collazione dei liberi.

§ 187 *b*. La collatio dotis. Ragioni onde la figlia istituita non era costretta a fare tale collazione. Analogia con le donazioni fatte dal paterfamilias e confermate nel testamento.

§ 187 *c*. – Cenno sulla diversa natura giuridica della collazione postclassica.

§ 187. Alla bonorum possessio contra tabulas ed a quella unde liberi si collega l'istituto della collazione dei beni<sup>33</sup>.

I liberi, che mediante la finzione del rapporto di suità vengono alla successione contra tabulas od intestata del padre loro, debbono conferire il loro patrimonio ai fratelli rimasti in potestà, venienti allo stesso titolo alla successione paterna.

Ci domandiamo: 1) l'istituto della collazione è di origine esclusivamente pretoria? 2) Realizza la collazione una pura esigenza di equità, o è, invece, un effetto che necessariamente discende dal congegno stesso della successione intestata e contra tabulas dei liberi? 3) È possibile trovare nella successione dei sui un fenomeno identico?

Orbene, noi possiamo rispondere che: 1) il fondamento giuridico della collazione risiede nella costituzione unitaria della familia agnatzia sul cui terreno, sia pure fittiziamente, ha luogo la successione intestata e contra tabulas dei liberi; 2) che la collazione, quantunque prodotta necessariamente dal congegno di tale successione, fu, tuttavia, volta dal pretore a realizzare anche una esigenza

<sup>33</sup> Sull'istituto della collazione cfr. LENEL *Ed.*<sup>3</sup> 345, e per una trattazione completa FEIN, *Das Recht der Collation*.

za di equità; 3) che il fenomeno ha la sua prima origine proprio nella successione dei sui con la «*revocatio ad communionem*» dei peculii. Ora mentre non v'era alcuna ragione di mettere in particolare rilievo nella successione dei sui un fenomeno così naturale, la ragione c'era, invece, nella successione dei liberi. Nella quale la collazione aveva luogo non in virtù di una vera esigenza dell'organismo familiare, ma perché tale successione era stata formalmente ricalcata dal pretore sopra quella dei sui.

Una cosa appare evidente nella successione dei sui: ed è che essi non possono ad essa presentarsi come già titolari di un patrimonio proprio. In quanto membri della famiglia, essi, durante la vita del loro *paterfamilias*, avevano potuto, infatti, acquistare unicamente per lui. Tutto ciò che essi possedevano era, quindi, giuridicamente considerato come elemento dell'unico patrimonio paterno e veniva revocato nella comunione ereditaria. Questo apporto alla massa ereditaria costituiva, evidentemente, un fenomeno di collazione, il cui fondamento giuridico risiedeva, perciò, nella costituzione unitaria della famiglia agnaticia, che non consentiva, per una intrinseca esigenza, l'esistenza, nel proprio seno, di unità patrimoniali diverse da quella di cui era titolare il *paterfamilias*<sup>34</sup>.

Orbene: ciò che si dice per i sui, deve ripetersi per i liberi, la cui successione intestata e *contra tabulas* fu dal pretore modellata sopra quella dei sui. La finzione del rapporto di *suità* ripone i liberi sul terreno della famiglia, e, ai fini della successione, fa apparire quali peculii i loro patrimoni. Quindi, come già facevano i sui così anche i liberi dovevano apportare i loro beni nella comunione ereditaria.

L'istituto della collazione, quindi, non è di creazione esclusivamente pretoria e non ha, soprattutto, a suo fondamento una ragione di equità, come comunemente si dice. Esso ha come suo necessario presupposto la finzione di *suità* e opera appunto sul terreno della successione agnaticia: è una conseguenza necessaria del congegno di tale successione.

Si comprende, peraltro, come nelle mani del pretore questo istituto di *ius civile* si trasformi in vero strumento di equità. E infatti il pretore escogitò una serie di adattamenti con i quali riuscì a spezzare qua e là il rigore dei principii. La visione integrale di questo istituto ci mostra da un lato i principii che costituiscono la sua ossatura, e dall'altro le eccezioni che piegano alle esigenze dell'equità l'applicazione di tali principii.

§ 187 *a*. I presupposti della collazione sono: 1) che vi siano figli in potestà, ai quali quelli non in potestà debbono fare la collazione; 2) che abbia luogo per i non sui la finzione del rapporto di *suità*; 3) che sui e non sui vengano assieme alla *bonorum possessio unde liberi* od a quella *contra tabulas*.

<sup>34</sup> Naturalmente noi prescindiamo dalla esistenza dei peculii *castrensi*.

La necessità di questi presupposti è evidente. Infatti, se non vi sono figli in potestà ai quali fare la collazione, la collazione stessa non può aver luogo. Agli altri fratelli emancipati, infatti, se ve ne sono, la collazione non va fatta. So bene che ciò non è conforme al rigore dei principii: in conformità con tali principii, infatti, bisognerebbe dire che la collazione deve aver luogo sempre. Se ciò non avviene, la ragion va ricercata nel fatto che la collazione diventa nelle mani del pretore strumento di equità come lo era diventata la rescissione della *capitis deminutio*. Il pretore disciplina in tal guisa la collazione, da soddisfare sempre con essa una esigenza di equità. Ora questa esigenza dell'equità viene attuata quando la collazione viene fatta ai figli rimasti in potestà; non verrebbe attuata, invece, se dovesse essere fatta anche a quelli emancipati.

Quanto al secondo presupposto, esso costituisce la condizione essenziale perché la collazione si verifichi<sup>35</sup>: con la finzione del rapporto di suità, infatti, la successione viene portata sul terreno familiare, dove la collazione si opera automaticamente.

Il terzo presupposto ha bisogno di essere alquanto delucidato.

Supposto che il *paterfamilias* sia morto intestato lasciando figli in potestà e figli emancipati, è evidente che tanto gli uni quanto gli altri chiederanno la *b. p. unde liberi*: i primi in virtù della loro qualità di sui, gli altri in virtù della rescissione della loro *capitis deminutio*. È chiaro che ogni emancipato farà ai sui la collazione dei propri beni. Se un emancipato o un *suus* si astengono dalla *b. p.*, non avrà luogo per loro né la successione né il fenomeno correlativo della collazione.

Passiamo all'ipotesi della *bonorum possessio contra tabulas*. Ci sono sui istituiti ed emancipati preteriti. Vengono tutti alla *b. p. c. t.* che, come sappiamo, è una *b. p. intestati* qualificata. Secondo il rigore dei principii, anche in questo caso, come nel caso della mera *b. p. intestati*, dovrebbe aver luogo la collazione dell'intero patrimonio dell'emancipato. Invece il rigore dei principii viene qui spezzato da una ragione di equità, ed in conseguenza la collazione viene proporzionata allo svantaggio che al *suus* istituito deriva dalla *b. p. c. t.* chiesta dal fratello emancipato (1.3.4.5 D. 37.6; 20.1 D. 37.4). Comunque, sia pure in misura ridotta, la collazione ha luogo perché c'è il suo presupposto: ed è la identità di titolo – vocazione intestata – onde i sui ed i non sui vengono alla *b. p.*

Orbene: questo presupposto della collazione c'è soltanto quando sui e non sui vengano alla *bonorum possessio intestati*, nelle sue due forme di *bonorum possessio unde liberi* e *contra tabulas*. Non c'è, invece, quando *a)* i sui svengano alla successione *ex testamento* e gli altri vi vengano *ab intestato* (per *b. p. c. t.*); *b)* quando gli uni e gli altri vengano alla successione tutti parimenti *ex testamento*.

<sup>35</sup> In questo senso cfr. FEIN, *op. cit.*

Vediamo le ragioni che giustificano in questi casi il venire a mancare della collazione.

Nel caso di sui istituiti che vengano alla successione ex testamento e liberi preteriti che vi vengano per b. p. c. t., non ha luogo la collazione, perché la vocazione intestata dei sui è stata assorbita in quella testamentaria. Malgrado, quindi, abbia luogo per l'emancipato la finzione di suità, e malgrado che, in seguito a questa finzione, il patrimonio dell'emancipato vada considerato come patrimonio paterno, la vocazione ereditaria intestata del suus, assorbita e limitata in quella testamentaria, non potrà più estendersi sopra questo nuovo nucleo di patrimonio.

Nel caso di sui e di liberi istituiti nel testamento, la collazione non può aver luogo perché manca uno dei presupposti: e cioè, la finzione del rapporto di suità. L'emancipato istituito sta nella stessa posizione giuridica di un estraneo. La successione, in tal caso, non avviene più sul terreno della famiglia agnatica ed è quindi naturale che la collazione, che solo avviene sopra questo terreno, non abbia luogo.

Questi, in sintesi, i principii che disciplinano la collazione dei liberi.

§187 *b*. Passiamo ora alla collazione della dote da parte delle figlie soggette alla potestà del loro paterfamilias.

Tale collazione in nulla differisce, a nostro avviso, da quella del peculio che deve fare il suus. Questo istituto, quindi, anziché essere accostato alla collazione dei liberi, che si verifica esclusivamente sul terreno della bonorum possessio unde liberi e contra tabulas, va, invece, accostato alla collazione che aveva luogo necessariamente tra i sui sul terreno dello stesso ius civile.

Quale era, infatti, il fondamento ed il contenuto della collatio dotis? La figlia dotata dal padre o da un estraneo al termine del matrimonio ha diritto alla restituzione della dote.

Essa ha quindi, dal momento della costituzione della dote, un eventuale diritto di credito nei confronti del marito. Orbene: supposto, come noi facciamo, che la figlia dotata sia in potestà del proprio paterfamilias, è concepibile che tale diritto di credito vada considerato come diritto proprio della figlia e non, invece, come elemento del patrimonio paterno? La risposta non può essere se non nel senso che tale diritto di credito, come avveniva per i peculii, andasse considerato quale elemento del patrimonio paterno. In quanto tale, la sua collazione nella comunione ereditaria, alla morte del paterfamilias, aveva luogo necessariamente.

La collatio dotis non è, quindi, come quella dei liberi, un istituto che abbia la sua prima origine nel diritto pretorio: essa, invece, sorge sul terreno dello ius civile e viene naturalmente ricevuta anche dal diritto pretorio.

Presupposti della collatio dotis sono: 1) che la figlia dotata sia in potestà del suo paterfamilias; 2) che ci siano altri sui coi quali essa sia chiamata a succedere *ab intestato* al paterfamilias.

Il primo presupposto è evidente: se la figlia non fosse in potestà del padre, ma fosse in potestà del marito, essa sarebbe fuori della famiglia paterna e non potrebbe essere chiamata alla successione del padre neanche mediante finzione del rapporto di suità. In tal caso, dunque, manca la base stessa sopra cui deve sorgere la collazione.

Il secondo presupposto, invece, non presenta altrettanta evidenza: anzi, stando al rigore dei principii, bisognerebbe dire che la collazione della dote dovesse aver luogo in ogni caso: tanto, cioè, nel caso in cui la successione si deferisce ab intestato, quanto in quello in cui si deferisce ex testamento. Nell'un caso e nell'altro, infatti, non è meno vero che così i diritti nascenti dalla dote come i peculii sono elementi dell'unico patrimonio paterno, ed appartengono, quindi, a tutti gli eredi.

Queste nostre considerazioni, in sé esatte perché discendono dai principii, non trovano, però, conferma nelle fonti: le quali inequivocabilmente attestano che la figlia istituita erede non è costretta a fare la collazione della dote.

Sorge, pertanto, naturale la domanda: quale è la ragione giuridica di questa anomalia? Per rispondere a questa domanda è necessario che noi esaminiamo quello che avviene in un campo attiguo al nostro: nel campo, cioè, delle donazioni fatte dal paterfamilias ai figli in potestà. Orbene: dall'analisi dei testi (specie dei fr. vaticani 250-258; 274; 277; 279; 281; 290; 291; 292; 294; 295; 296) risulta che l'originaria invalidità di tali donazioni veniva sanata quando il paterfamilias le avesse confermate nel suo testamento: anzi, nel diritto più tardo (con Costantino) valse il principio che per tale sanatoria fosse sufficiente che il donante avesse perseverato nella sua volontà fino al momento della morte. Ora per il fatto che tali donazioni venivano così convalidate, i figli donatarii erano esonerati dall'obbligo della collazione.

Orbene, il diritto di credito derivante alla figlia dalla dote venne appunto guardato sotto lo stesso profilo delle donazioni. E come per queste ultime era valso il principio che non dovessero essere conferite dai donatarii (non venendo più considerate come elementi del patrimonio paterno) quando il padre donante le avesse esplicitamente od implicitamente confermate nel suo testamento, così anche per la dote si affermò lo stesso principio. Quando, dunque, il paterfamilias avesse istituito eredi tutti i sui, o quando avesse fatta una *divisio inter liberos*, la figlia dotata istituita erede non doveva conferire la sua dote.

PAPINIANUS, *libro XII responsorum*. Vat. fr. 258; cfr. 35 D. 10.2: Pal. 692.

Pomponius Philadelphus dotis causa praedia filiae Pomponiae, quam habuit in potestate, tradidit et mercedes eorum genero solvi mandavit: an ea praecipua filia retinere possit, cum omnes filios heredes instituisset, quaerebatur. Iustam causam retinendae possessionis habere filiam, quoniam pater praedia de quibus quaerebatur dotis esse voluit, et matrimonium post mortem quoque patris constiterat, respondi: filiam etenim, quae naturaliter agros retinuit, specie dotis, cuius capax fuit, defendi.

SCAEVOLA, *libro primo responsorum*: 39.1 D. 10.2: Pal. 223.

Intestato moriens codicillis praedia sua omnia et patrimonium suum inter liberos divisit ita, ut longe amplius filio quam filiae relinqueret: quaesitum est, an soror fratri dotem conferre deberet. respondi secundum ea quae proponerentur, *si nihil indivisum reliquisset, rectius dici ex voluntate defuncti collationem dotis cessare.*

Nei due testi citati appare chiaro che l'esenzione dall'obbligo della collatio dotis venne ricondotta, come già era avvenuto per le donazioni, alla volontà del paterfamilias esplicitamente od implicitamente manifestata attraverso il testamento (per es. per effetto di una divisio inter liberos).

Questi, in sintesi, i principii che disciplinano la collatio dotis. Ci riserviamo di dare in altro lavoro completa prova esegetica delle nostre affermazioni.

In conclusione possiamo dire: il principio sopra cui riposava la collazione era che i filiifamilias non potendo avere patrimonio proprio dovevano necessariamente apportare alla comunione ereditaria ciò che possedevano dell'unico patrimonio paterno. Questo fenomeno, immanente alla successione di ius civile, si ripeté anche nella successione pretoria dei liberi che era stata modellata sopra quella dei sui.

§ 187 c. – Ma quando dal diritto classico passiamo a quello postclassico, la collazione ci appare sotto una fisionomia completamente nuova: essa venne infatti ispirata al principio che i figli dovessero tutti avere una quota eguale del patrimonio paterno, tenuto conto anche di quei beni che abbiano avuto in dono dal padre, quasi ad anticipazione della quota ereditaria. Questa nuova funzione della collazione è, del resto, conforme al nuovo fondamento della successione; la quale lascia l'antica base della famiglia agnatzia, per assidersi sopra quella della famiglia cognatzia.

## SEZIONE SECONDA

## LA BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS DEL PATRONO

## INTRODUZIONE

§ 188. Storia della tutela giuridica del rapporto di patronato tratta dai fr. 1 pr.; 1.2 D. 38.2; 2 pr. D. 38.1; 1.7 D. 44.5; 36 D. 38.2. Perché tale tutela nell'antico ius civile non poté mai spingersi sino a limitare la potestà di testare del liberto; perché, invece, quantunque affievolita, essa limitò la potestà di testare del liberto nel diritto pretorio (Gai III, 40). Rapporti tra l'antica stipulatio societatis e la bonorum possessio partis dimidiaie concessa dal pretore al patrono preterito od insufficientemente beneficiato.

§ 189. Analogie strutturali tra la b. p. c. t. del patrono, la querella inofficiosi testamenti e la b. p. c. t. dei liberi.

§ 188. Nella introduzione della terza parte (p. 313 segg. [p. 801 sgg.]), parlando della successione contro il testamento, abbiamo veduto come soltanto sul terreno del nuovo sistema ereditario pretorio fosse possibile una successione del patrono contro il testamento del liberto. Perché, come dicemmo, fino a quando la nomina dell'erede fu concepita come atto di sovranità del paterfamilias<sup>1</sup>, quest'atto dovette per sua natura essere assolutamente libero. Non poté mai, in conseguenza, nell'antico ius civile, la tutela del rapporto di patronato, per quanto intensa, spingersi sino ad intaccare l'illimitata libertà di testare del liberto. Alla inconcepibilità di una limitazione della potestà di testare nello ius civile fa riscontro l'inconcepibilità di un *diritto soggettivo* che assuma la funzione di limite; e ciò, perché, come sappiamo, le vocazioni ereditarie intestate sono accessioni organiche dei posti familiari e ricevono attuazione solo in mancanza di vocazioni testamentarie.

<sup>1</sup> Cfr. BETTI, *Istituzioni*, I, § 33.

Sono queste le ragioni onde nell'antico ius civile la tutela del rapporto di patronato, per quanto intensa essa fosse, *non poteva* spingersi sino a limitare la potestà del liberto testatore. Costui poteva, perciò, impunemente preterire il proprio patrono («olim itaque licebat liberto patronum suum in pune testamento praeterire»: Gai III, 40).

E probabilmente a causa di questa loro possibile esclusione dall'eredità del liberto, i patroni «soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere».

ULPIANUS, *libro quadragesimo secundo ad edictum*: 1 pr. D. 38.2: Pal. 1149.

Hoc edictum a praetore propositum est honoris, quem liberti patronis habere debent, moderandi gratia. namque ut Servius scribit, *antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere*, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium, quod in libertos confertur, cum ex servitute ad civitatem Romanam perducuntur.

§ 1. Et quidem primus praetor Rutilius edixit se amplius non daturum patrono quam operarum et societatis actionem, videlicet si hoc pepigisset, ut, nisi ei obsequium praestaret libertus, in societatem admitteretur patronus.

§ 2. Posteriores praetores [certae] (dimidia) partis bonorum possessionem pollicebantur: videlicet enim imago societatis induxit eiusdem partis praestationem, ut, quod vivus solebat societatis nomine praestare, id post mortem praestaret<sup>2</sup>.

In questo breve schizzo che Ulpiano ci fornisce relativamente alla storia della tutela del rapporto di patronato, posto anche a raffronto con quello che in ordine alla successione dei patroni ci forniscono Gaio (III, 40 segg.) e lo stesso Ulpiano (Reg. XXVII.1; XXIX.1), una cosa appare evidente: ed è il carattere recente della successione contro il testamento, la quale venne, in certo modo, a compensare l'affievolimento che via via venne producendosi nella tutela giuridica del rapporto di patronato, per opera dei pretori.

Da una posizione iniziale di assoluta soggezione, dovuta ai numerosi e durissimi vincoli giuridici che astringevano il liberto al patrono, si passò, per opera del pretore Rutilio (VII secolo di Roma?), ad un regime meno duro. Infatti, furono private di efficacia tutte le stipulazioni intercorse tra patrono e liberto *onerandae libertatis causa* (1.5.6.8.9 D. 44.5; 7.1 D. 44.1; 2 pr; 32 D.

<sup>2</sup> L'ALBERTARIO in una nota recentissima – R.I.L., LXI, XI, XV. 1928 – opina che gli incisi «et societatis», «videlicet... patronus», «videlicet... praestaret» siano interpolati. Ora a noi non sembra che in questo testo la *societas* venga ancora considerata quale istituto vigente, come l'Albertario crede. Potremmo, quindi, concedere al massimo che si tratti di glosse esplicative. Che poi la «societas» non sia istituto giustiniano, ma istituto antichissimo cui in processo di tempo venne tolta efficacia, lo dimostra la menzione che di esso è fatta dallo stesso Labeone (fr. 36 D. 38.2).

38.1 etc.) e furono solamente riconosciute valide *a)* le stipulazioni dirette alle opere e *b)* la *societas*. Alle prime era correlativa l'*actio operarum*, alla seconda, l'*actio societatis*<sup>3</sup>.

L'*actio operarum* veniva esperita contro il liberto che non avesse prestato le opere promesse al patrono mediante stipulatio (praetor pollicetur se iudicium operarum daturum in libertos et libertas: fr. 2.1 D. 38.1). L'*actio societatis*, invece, veniva esperita nel caso in cui il liberto non prestasse al patrono l'*obsequium* (...nisi ei obsequium praestaret libertus, in societatem admitteretur patronus).

I pretori posteriori a Rutilio riformarono ancora, a favore del liberto, la tutela del rapporto di patronato. Delimitarono, infatti, da un lato, più nettamente i confini della stipulatio operarum, e resero, dall'altro, inesigibile la stipulatio societatis.

Ci porge testimonianza della prima riforma Ulpiano nel fr. 2 pr. D. 38.1

«Hoc edictum praetor proponit *coarctandae* persecutionis libertatis causa impositorum: animadvertit enim rem istam [libertatis causa impositorum praestationem *Seckel*] *ultra excrevisse*, ut premeret atque oneraret libertinas personas».

Appare da questo testo come il contenuto delle stipulazioni fatte *onerandae libertatis causa*, già rese inefficaci dalle eccezioni pretorie, si fosse riversato nelle stipulationes operarum. Fu dunque necessario delimitare i confini di queste ultime stipulazioni, per impedire quegli eccessi (*ultra excrevisse*) che avrebbero altrimenti trasformato il contenuto di tali stipulazioni.

L'invalidità della *societas* appare dal fr. 1.7 D. 44.5 dello stesso Ulpiano.

«Si *libertatis causa societatem libertus cum patrono coierit* et patronus cum liberto pro socio agat, an haec exceptio sit necessaria? et puto *ipso iure tutum esse libertum* adversus exactionem patroni».

Nel fr. 36 D. 38.2 Ulpiano ancora più nettamente dice:

«Labeo ait libertatis causa societatem inter libertum et patronum factam ipso iure nihil valere palam esse».

Dai testi di Ulpiano appare, dunque, chiaro come l'*actio societatis* venisse non tanto paralizzata da una exceptio, quanto addirittura iure civili eliminata.

Dunque, furono rese inesigibili le stipulazioni *onerandae libertatis causa* e le stipulazioni *societatis*, e furono nettamente delimitati i confini delle stipulazioni *operarum*. In compenso, però, fu posto dal pretore un limite alla potestà di testare del liberto: «sive enim faciat testamentum libertus, iubetur ita testari, ut patrono suo partem dimidiam bonorum suorum relinquat, et si aut nihil aut minus quam partem dimidiam reliquerit, datur patrono contra tabulas te-

<sup>3</sup> Cfr. LENEL *Ed.*<sup>3</sup> 338 segg.

stamenti partis dimidia bonorum possessio, nisi libertus aliquem ex naturalibus liberis successorem sibi relinquat». (Gai III, 41; Ulp. XXIX, 1)<sup>4</sup>.

Mutato il fondamento e la natura delle vocazioni ereditarie, fu possibile limitare la potestà di testare del liberto e porre ad essa, come limite, il diritto soggettivo di successione del patrono e dei suoi discendenti. Però questo diritto in tanto aveva efficacia in quanto non fosse escluso da quello poziore dei discendenti del liberto, i quali avevano, naturalmente, il primo posto nel sistema delle vocazioni intestate. Una caratteristica di tale diritto è data dalla sua misura. In quanto diritto di successione, esso dovrebbe essere concepito come potenzialmente diretto all'intera eredità: invece, ha una efficacia limitata alla metà dell'asse ereditario. Orbene, la b. p. c. t. del patrono trasse questa sua caratteristica dall'antico rapporto di società al quale si sostituì. Tale sostituzione, però, non va intesa come erroneamente la intende il LEIST<sup>5</sup>, il quale crede che l'actio societatis costituisse anche il fondamento giuridico di una querella inofficiosi testamenti esperibile contro il testamento del liberto, e che a questa querella si fosse posteriormente sostituita la bonorum possessio contra tabulas partis dimidia. Ora, tra l'antica actio societatis e la b. p. c. t. un rapporto di derivazione c'è; ma esso consiste in ciò, che il pretore, mentre rese inesigibile la stipulatio societatis, con cui il patrono si assicurava la metà del patrimonio del liberto per il caso che costui mancasse all'ossequio dovutogli, creò, *innestandolo nel nuovo sistema ereditario*, l'istituto della bonorum possessio contra tabulas: con esso al patrono veniva assicurata, dopo la morte del liberto, quella metà del patrimonio ereditario che a lui «vividus solebat libertus societatis nomine praestare». Sta in ciò l'*imago societatis* che la b. p. c. t. presenta.

La natura dei due istituti, pertanto, è, contro quanto opina il Leist, radicalmente diversa: l'uno è, infatti, istituto meramente obbligatorio, mentre l'altro è istituto ereditario.

L'importanza della riforma è grande: perché, se è vero che dall'un lato venne limitata la potestà di testare del liberto che morisse senza lasciare discendenti, dall'altro, il liberto venne a trovarsi, durante la sua vita, in una posizione giuridica notevolmente migliore. Infatti, la stipulatio societatis lo poneva in una insostenibile posizione d'inferiorità giuridica rispetto al patrono. Il quale alla minima occasione poteva chiedere l'esazione della stipulatio, e poteva, così, impadronirsi della metà del patrimonio del liberto vivente.

Ecco in che senso stipulatio societatis e bonorum possessio contra tabulas stanno in rapporto di derivazione. Ma il pensare che l'actio societatis avesse costituito in antico una specie di querella inofficiosi testamenti del patrono,

<sup>4</sup> LENEL *Ed.*<sup>3</sup> 338<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> *Cont. Glück*, libri 37-38, vol. V, p. 238 segg. ed altrove.

come il Leist<sup>6</sup> crede, e il pensare che la b. p. c. t. sostituitasi, secondo il Leist, a tale querella, avesse costituito un istituto straniero al diritto ereditario intestato, è errore gravissimo e costituisce un travisamento della lettera e dello spirito delle nostre fonti.

Invece, noi crediamo di poter affermare con sicurezza che la bonorum possessio contra tabulas del patrono sorse dopo che era sorto il sistema pretorio delle vocazioni ereditarie intestate. E proprio perché in tale sistema le vocazioni ereditarie avevano assunto la struttura di veri diritti soggettivi, fu possibile concepire la vocazione del patrono come limite posto alla potestà di testare del liberto. Attraverso questo diritto *necessario* di successione poté essere compensato, in qualche modo, il notevole affievolimento che si era verificato nella tutela del rapporto di patronato. Possiamo, quindi, affermare, contro la tesi del Leist, che fondamento della bonorum possessio contra tabulas era proprio la vocazione ereditaria intestata del patrono: vocazione, la quale, in conformità con lo spirito del nuovo sistema ereditario pretorio, poteva attuarsi anche contro il testamento del liberto. Riprova di ciò noi abbiamo nel fatto che la b. p. c. t. è concessa al patrono ed ai suoi discendenti secondo un ordine di sequenza: il che dimostra che nella b. p. c. t. ha applicazione quell'*edictum successorium* (2 pr. D. 38.2) che costituisce una caratteristica saliente del sistema pretorio delle vocazioni ereditarie intestate (§§ 127 segg.).

§ 189. Dal punto di vista della sua struttura, la b. p. c. t. del patrono presenta sorprendenti analogie con la querella inofficiosi testamenti dei cognati.

a) Così la querella come la b. p. c. t., infatti, possono essere esperite solo quando ai rispettivi legittimarii non sia stata lasciata la quota dovuta (la quarta debitaie portionis per gli uni, la dimidia pars per gli altri). b) I legittimarii stanno, nell'un caso e nell'altro, in ordine di sequenza: cioè, ha applicazione, nei due istituti, l'*edictum successorium*. c) Presupposto così della querella come della b. p. c. t. del patrono è l'*aditio hereditatis* da parte dell'erede testamentario. d) Il riconoscimento dello *iudicium testatoris* impedisce così l'esperimento della querella come la richiesta della b. p. c. t. e) Così mediante la querella come mediante la b. p. c. t., si determina, a profitto esclusivo dei legittimarii che hanno agito, la successione intestata. Entro i limiti in cui essa si determina, valgono le regole proprie di tale specie di successione (accrescimento per rinunzia, decadenza etc.). f) L'adizione compiuta dal patrono istituito, come quella compiuta da un legittimato alla querella, determina *assorbimento* della vocazione intestata dell'istituto nell'un caso e nell'altro. g) La richiesta della b. p. c. t., come l'esperimento della querella, impedisce ai rispettivi legittimarii di profittare in modo alcuno della volontà del defunto. Financo nelle modificazioni giustinia-

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 238 e 98.

nee i due istituti presentano un parallelismo sorprendente. Infatti: *h*) così nella querella come nella *b. p. c. t. del patrono*, furono da Giustiniano riconosciute come efficaci ad impedire l'esperimento dell'una e la richiesta dell'altra le donazioni *inter vivos*, fatte *contemplatione debitae portionis*; *i*) l'*actio ad suppleendam legitimam* venne introdotta così per la querella, come per la *bonorum possessio contra tabulas* del patrono.

Non v'è tra i due istituti che una sola reale differenza: essa sta nella misura del diritto di successione dei cognati (diritto rivolto potenzialmente all'intero asse ereditario) rispetto a quello del patrono (diritto rivolto alla metà del patrimonio ereditario). Ma tale differenza è estrinseca, perché la limitazione del diritto del patrono è causata da una disposizione dell'editto. La differenza, poi, che tra i due istituti pone il fatto che l'uno sia di *ius civile* e l'altro di diritto pretorio, sparisce quando si pensi che la querella *inofficiosi testamenti* dei cognati è, come noi vedremo (p. 412 segg. [p. 908 sgg.]), istituto di formazione schiettamente pretoria.

Mentre tra la querella e la *b. p. c. t. del patrono* esistono tante e così profonde analogie di struttura, queste analogie noi non possiamo riscontrare, invece, tra la *b. p. c. t. del patrono* e quella dei liberi. La ragione di ciò va ricercata nella struttura peculiare della *b. p. c. t. dei liberi*; essa, come sappiamo, venne creata per estendere ai liberi il principio di *ius civile* della istituzione o diseredazione, e fu innestata, sia pure per via di finzioni, al sistema ereditario di *ius civile*. Invece, la *b. p. c. t. del patrono* poggia esclusivamente sul sistema ereditario pretorio.

Tuttavia, poiché anche la *b. p. c. t. dei liberi* riposa *mediatamente* sopra il sistema pretorio, e mira ad attuare, sia pure attraverso le forme del diritto agnazio, le esigenze del nuovo diritto pretorio, così punti di contatto tra la *b. p. c. t. dei liberi* e quella del patrono non è difficile trovarne. In particolare, è motivo di esclusione dalle due *bonorum possessiones* e dall'esperimento della querella il riconoscimento dello *iudicium testatoris*. I tre istituti concordano ancora nello scopo che essi mirano ad attuare: cioè, il provocare la successione intestata per coloro che chiedano la *bonorum possessio* e per coloro che esperiscano la querella.

## CAPITOLO I

### PRESUPPOSTI DELLA BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS DEL PATRONO

§ 190. A) L'adizione dell'eredità presupposto così della *b. p. c. t. del patrono* come della querella *inofficiosi testamenti* – 3.5 D. 38 2; esegesi del fr. 42.1 D. 38.2.

§ 191. B) La mancanza di discendenti del liberto, o, quando vi siano, la loro rinuncia o impossibilità di succedere al padre, altro presupposto della *b. p. c.*

t. del patrono. Gai III, 41; 21.3 D. 37.14; 6 pr D. 38.2; 4.3 D. 38.2; 21.4 D. 37.14; 6.2.3 D. 38.2; 38.1 D. 38.2; 20.5 D. 38.2 – Egesi del fr. 20.4 D. 38.2.

§ 192. C) Il mancato lascito della metà a qualsivoglia titolo, altro presupposto della b. p. c. t. del patrono. Varii modi in cui poteva essere lasciata la legittima (fr. 3.10-19 D. 38.2): perfetto parallelismo con la querela inofficiosi testamenti (fr. 21.1 D. 37.14; § 3 Inst. III, 7; c. 4.17 C. 6.24).

§ 193. Problemi che sorgono quando il patrono sia istituito erede nel testamento del liberto in una porzione eguale o minore della legittima. Effetti dell'addizione: l'assorbimento della vocazione intestata del patrono adeunte in quella testamentaria (3.10 D. 38.2; 19.1; 3.11.14; 50 pr.; 6.4; 7 D. 38.2; 3 pr. D. 38.5). Valutazione giuridica della interpolazione del fr. 8 pr. D. 38.2.

§ 194. Sorte dei legati e dei fedecommessi disposti a carico del patrono istituito ed adeunte, nel diritto classico ed in quello giustiniano (§ 3 Inst. III, 7). Come in diritto classico i legati dovessero essere necessariamente prestati dal patrono; come, invece, costui ne venisse liberato in diritto giustiniano, nel quale la quota legittima venne a profilarsi come Falcidia del patrono (c. 4.18 C. 6.24). Addentellato di tale riforma nel diritto classico (3.1 D. 37.12; 50.4 D. 38.2; 45 D. 38.2).

§ 195. D) Il mancato riconoscimento dello iudicium liberti, altro presupposto della b. p. c. t. del patrono (6.4 D. 38.2).

§ 190. I presupposti della b. p. c. t. del patrono sono, in breve, i seguenti: *a)* che l'eredità sia stata adita da parte di tutti o magari di uno solo degli eredi istituiti; *b)* che il testatore non abbia lasciato discendenti, i quali intendano attuare o possano attuare la loro vocazione ereditaria; *c)* che al patrono non sia stata lasciata, in qualsivoglia maniera (per istituzione d'erede o per legati, fedecommessi, donazioni mortis causa etc.), la dimidia pars; *d)* che il patrono non abbia riconosciuto lo iudicium liberti.

Esamineremo singolarmente tali presupposti.

ULPIANUS, *libro quadragesimo primo ad edictum*: 3.5 D. 38.2; Pal. 1150.

Ut patronus contra tabulas bonorum possessionem accipere possit, *oportet hereditatem aditam esse* [aut bonorum possessionem petitam]: sufficit autem vel unum ex heredibus adisse hereditatem [bonorumve possessionem petisse].

Anche nel fr. 4 pr. D. 37.4 Paolo, ponendo a raffronto la b. p. c. t. dei liberi e quella del patrono, dice che solo nella prima, e non nella seconda, si richiede che l'eredità sia adita. Sappiamo che questo presupposto è necessario anche per la querela inofficiosi testamenti. Se vogliamo renderci conto delle ragioni che richiesero l'esistenza di tale presupposto nella b. p. c. t. del patrono e lo escludessero, invece, in quella dei liberi, sarà necessario che noi ci richiamiamo all'edictum de legatis praestandis. Orbene, noi sappiamo che lo scopo per cui fu ammessa l'esistenza di una b. p. c. t. dei liberi anche in presenza di un testamento

deserto, fu quello di salvaguardare i diritti dei cognati legatari. Siccome gli eredi estranei, sapendo che sarebbero stati respinti dall'eredità dai liberi preteriti, non adivano generalmente l'eredità, lasciando deserto il testamento e provocando così la caduta dei legati, il pretore non volle che la tutela dei liberi si mutasse in danno per gli altri cognati: e a quest'uopo permise l'esistenza di una *bonorum possessio contra tabulas* anche in presenza di un testamento deserto. Ora queste ragioni non valevano né per la *b. p. c. t.* del patrono, né per la querella. Perché, nella prima, l'erede estraneo tratteneva pur sempre metà dell'asse ereditario (se era istituito nell'intero), nella seconda, l'esito del giudizio non era a priori certo; e infatti era possibile che il legittimario rimanesse soccombente nel giudizio di inofficiosità. Non v'era, perciò, ragione che in questi due casi l'erede estraneo si astenesse dall'adire l'eredità. In conseguenza, nessun motivo plausibile giustificava la deroga al principio per cui soltanto con l'adizione dell'eredità da parte degli eredi istituiti, e, quindi, col venire in vigore delle vocazioni testamentarie, si determina *iniuria* per i legittimari esclusi. Una ragione ulteriore, fondamentale, che richiedeva l'aditio nei due casi citati, era quella: che nella querella e, come sembra (16.1 D. 5.2), anche nella *b. p. c. t.* del patrono, si faceva luogo ad un regolare giudizio (extraordinaria cognitio), nel quale doveva naturalmente essere convenuto l'erede istituito nel testamento. Invece, nella *b. p. c. t.* dei liberi non era luogo a giudizio: il liber preterito aveva, per il fatto solo della preterizione, diritto al possesso dei beni ereditari<sup>7</sup>.

Dell'adizione come presupposto della *b. p. c. t.* del patrono è menzione in altri testi: per es. nel fr. 36 D. 38.2 (...cum a scriptis heredibus *adita* est hereditas. Cfr. 3.12 D. 38.2)<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Vedi quanto diciamo a p. 434<sup>2</sup>. Il fr. 3.5 D. 38.2 è interpolato.

<sup>8</sup> Una questione interessante presentano le fonti a proposito dell'adizione considerata quale presupposto della *b. p. c. t.* del patrono. E precisamente: quando il liberto abbia beni castrensi e beni non castrensi e nomini due eredi, uno per i primi e l'altro per i secondi, se il secondo erede non adisce mentre, invece, adisce il primo, potrà il patrono chiedere la *b. p. c. t.*?

PAPINIANUS, *libro tertio decimo quaestionum*: 42.1 D. 38.2: Pal. 223.

Castrensiu bonoru Titiu libertu fecit heredem, ceterorum aliu: adita est a Titio hereditas: magis nobis placebat nondum patronu possessionem contra tabulas petere posse. verum illa quaestio intervenit, an omittente eo qui reliqua bona accepit perinde Titio adcrecant, ac si partes eiusdem hereditatis accepissent. et verius mihi videtur intestati iure deferri bona cetera. Titius igitur heres non poterit invitare manumissorem, cum Titio nihil auferatur, nec bona cetera, quae nondum ad causam testamenti pertinent.

La mancata adizione dell'erede istituito nei beni non castrensi non determina accrescimento a favore dell'erede istituito in quelli castrensi ed adeunte. I due gruppi di beni non costituiscono una sola, bensì due distinte eredità. D'altro canto, l'adizione dell'erede istituito nei beni castrensi non costituisce il presupposto richiesto per la *b. p. c. t.* del patrono: il presupposto che si richiede per tale *b. p. c. t.* è l'adizione dell'erede istituito nei beni non castrensi. Se costui non adisce, allora non sorge la *b. p. c. t.* e si fa luogo a quella intestati.

§ 191. Presupposto della b. p. c. t. del patrono era anche che il liberto fosse morto senza aver lasciato discendenti. Dice Gaio III, 41.

«Prosunt autem liberto ad excludendum patronum naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habet, sed etiam emancipati et in adoptionem dati, si modo aliqua ex parte heredes scripti sint, aut praeteriti contra tabulas testamenti bonorum possessionem ex edicto petierint: nam exheredati nullo modo repellunt patronum». Cfr. § I Inst. III, 7; Ulp. XXIX, 1.

I discendenti del liberto, il patrono, ed i discendenti del patrono stanno nel sistema pretorio delle chiamate ereditarie in ordine di sequenza: è per questo che il patrono *a)* viene escluso dalla b. p. c. t. quando i discendenti del liberto abbiano attuato la loro vocazione, *b)* vi è, invece, ammesso quando costoro non l'abbiano attuata. Infatti, se essi sono stati efficacemente diseredati<sup>9</sup>, il patrono, come dice Gaio, può ottenere la b. p. c. t., e può altresì ottenerla quando, pur essendo stati istituiti o preteriti, si siano astenuti dall'eredità paterna o non abbiano chiesto la b. p. c. t. Interessanti situazioni giuridiche presentano le nostre fonti a proposito dei rapporti intercedenti tra la vocazione dei discendenti del liberto (*praecedentes*), e quella del patrono (*sequens*) secondo che la prima sia stata o non sia stata attuata.

ULPIANUS, *libro quadragesimo tertio ad edictum*: 6 pr. D. 38.2: Pal. 1153.  
Etsi ex modica parte instituti sint liberi liberti, bonorum possessionem contra tabulas patronus petere non potest: nam et Marcellus libro nono digestorum scripsit quantulacumque ex parte heredem institutum liberti filium patronum expellere.

Il testo di Ulpiano è, a mio avviso, suscettivo di una interpretazione approfondita. Esso, infatti, mostra chiaramente che sorse dubbio circa l'esclusione del patrono dalla b. p. c. t. quando il figlio del liberto fosse stato istituito in una parte minima del patrimonio paterno. Il dubbio dovette essere questo: che, essendo il figlio del liberto istituito in una parte piccola del patrimonio paterno, il patrono potesse chiedere contro gli eredi estranei la b. p. c. t. senza recare iniuria alcuna al figlio del liberto. Ma se nel caso prospettato si ammettesse il patrono alla b. p. c. t., verrebbe infranta l'assolutezza della regola generale secondo la quale i discendenti del liberto, che vengono alla eredità del loro padre, escludono il patrono dalla b. p. c. t. Invece è proprio l'assolutezza di tale regola che rende giuridicamente insostenibile la soluzione prospettata, che pure appare praticamente equa: perché ciò che esclude il patrono dalla b.

<sup>9</sup> Quando il figlio sia stato diseredato e ne sia stato, invece, istituito il servo allora, attraverso l'adizione compiuta dal servo, viene attuata la vocazione stessa del figlio diseredato. Ne consegue che il patrono non potrà chiedere la b. p. c. t.  
HERMOGENIANUS, *libro tertio iuris epitomarum*: 21.3 D. 37.14: Pal. 62.  
Naturales liberi liberti exheredati facti, alio ex parte herede instituto, si per servum ex alia parte parenti successerint, obiciuntur patrono.

p. c. t. è il fatto che sia stata attuata, entro qualsiasi limite, la vocazione dei discendenti del liberto. Discendenti del liberto e patrono stanno, come abbiamo detto, in ordine di sequenza: ora la caratteristica di quest'ordine sta in ciò, che la vocazione del sequens può essere attuata soltanto quando sia venuta a mancare quella del praecedens.

Un problema ulteriore potrebbe essere questo: se noi consideriamo il figlio del liberto che adì l'eredità paterna, quantunque istituito in una porzione minima, come *rinunziante* alla sua vocazione intestata (che avrebbe potuto attuare mediante la querella), allora potremmo dire che il patrono (sequens), approfittando della rinunzia del praecedens, possa venire nel caso nostro alla b. p. c. t. Questa soluzione è però insostenibile quando si pensi che l'adizione dell'eredità ex testamento da parte di un successibile ab intestato non equivale a rinunzia della vocazione intestata. Tale vocazione, infatti, pur perdendo quell'efficacia autonoma e per sé stante che le è propria, non viene però *estinta*: essa viene semplicemente assorbita nella vocazione testamentaria, ed ha efficacia sotto la forma ed entro i limiti di quest'ultima. Esatta giuridicamente è, pertanto, la soluzione di Marcello accettata anche da Ulpiano.

Il patrono è escluso dalla b. p. c. t. anche quando il figlio del liberto non abbia avuta l'eredità directo, ma per restituzione fedecommissaria ex senatus consulto Trebelliano.

PAULUS, *libro quadragesimo secundo ad edictum*: 4.3 D. 38.2: Pal. 595.

Si extraneus a liberto heres institutus rogatus sit filio hereditatem restituere, cum ex senatus consulto Trebelliano restituta hereditate heredis loco filius habetur, patronus summovendus est<sup>10</sup>.

La soluzione si giustifica per il fatto che il figlio, fidecommissario universale, viene considerato egli stesso quale erede.

Abbiamo detto che il patrono è escluso dalla b. p. c. t. quando il figlio del liberto abbia attuato la sua vocazione all'eredità paterna. Se costui, invece, vi abbia rinunciato, astenendosi dall'eredità, se suus, o, se emancipato istituito, non adandola, o, se preterito, non richiedendo la b. p. c. t., in tutti questi casi si applica l'edictum successorium ed il patrono attua, quindi, la sua vocazione.

HERMOGENIANUS, *libro tertio iuris epitomarum*: 21.4 D. 37.14: Pal. 62.

Liberti filius heres institutus si bona repudiaverit, patronus non excluditur.

ULPIANUS, *libro quadragesimo tertio ad edictum*: 6.2.3 D. 38.2: Pal. 1153.

Si filius liberti heres ab eo institutus abstinerit, *quamvis nomine sit heres*, patronus admittitur.

Sed et si per in integrum restitutionem is, qui mixstus est paternae hereditati vel qui adit hereditatem, abstinerit se, poterit quis patronum admittere.

<sup>10</sup> Infondata è l'emendazione proposta dal BESELER III, 63.

TERENTIUS CLEMENS, *libro nono ad legem Iul. et Papiam*: 38.1 D. 38.2: P. 23.

Si filius liberti omiserit patris sui hereditatem, hoc patrono proficiet (cfr. 20.6 D. 38.2).

Ulpiano nel fr. 6.2 accenna al regime diverso che disciplina la successione ereditaria nel diritto civile ed in quello pretorio. Infatti, l'abstentio del suus, cui i tre testi riferiti hanno riguardo, non cancella in costui la qualità di erede. E, quindi, nel caso nostro, per lo ius civile la delazione ereditaria non potrebbe, malgrado l'astensione, sorgere in capo al patrono. Ma nel diritto pretorio il principio «in legitimis non est successio» non ha, come sappiamo, applicazione, ed ha anzi applicazione il principio opposto della delazione successiva (v. §§ 127 segg.).

Non può considerarsi quale attuazione della vocazione ereditaria del discendente, l'adizione dell'eredità paterna che costui abbia compiuta suo malgrado, *iussu praetoris* (in base al sent.<sup>10</sup> Pegasiano).

IULIANUS, *libro vicesimo quinto digestorum*: 20.5 D. 38.2: Pal. 389.

Si libertus filium emancipatum heredem instituerit eiusque fidei commisit ut totam hereditatem Sempronio restitueret, et filius, cum suspectam sibi hereditatem diceret, iussu praetoris adierit eam et Sempronio restituerit: non inique patrono bonorum possessio partis [debitae] (dimidia) dabitur, perinde ac si non filius, sed is cui hereditas restituta est liberto heres exstisset.

La ratio dubitandi del caso nostro sta in ciò: che, almeno apparentemente, la vocazione ereditaria dell'emancipato è stata attuata, e che, in conseguenza, non potrebbe attuarsi quella del patrono. La ratio decidendi è da ricercare in due elementi giuridici che giustificano la soluzione prospettata nel testo ed impediscono quella che a prima vista sembrerebbe la soluzione regolare. Essi sono: 1) la *rinunzia* dell'emancipato istituito all'eredità paterna; 2) lo *iussum* del pretore che modifica radicalmente il valore dell'adizione compiuta dall'emancipato. In tale adizione l'emancipato assume una funzione meramente strumentale: il negozio giuridico dell'adizione, infatti, non si fonda sopra una spontanea determinazione, ma solo sullo *iussum* pretorio.

Ciò che viene allora in rilievo, ai fini dell'applicazione dell'edictum successorium, non è l'adizione, ma la rinunzia dell'emancipato: e in quanto vi ha rinunzia del praecedens, è perfettamente giustificata la chiamata del sequens. (Cfr. per situazioni analoghe i fr. 50.4 D. 38.2; 10.2 D. 37.4; 50 pr. D. 38.2).

Configura un caso di rinunzia il fatto che il figlio del liberto, istituito sotto condizione potestativa nel testamento paterno, non abbia adempiuta la condizione, permettendo così che si facesse luogo alla sostituzione. In tal caso il patrono potrà chiedere contro il sostituto la b. p. c. t.

IULIANUS, *libro vicesimo quinto digestorum*: 20.4 D. 38.2: Pal. 389.

Si libertinus filium emancipatum sub conditione heredem instituerit et deficiente conditione substitutus adierit, quaero, utrum patrono adversus

substitutum in partem [debitam] (dimidiam) praetor an emancipato filio in totam hereditatem succurrere debeat. respondi, cum pater filium sub condicione primo gradu heredem instituit, si deficiente condicione, sub qua filius heres institutus est, ad secundum gradum hereditas pertinet vel adhuc pendente condicione filius decesserit, patrono partis [debitae] (dimidiae) bonorum possessionem adversus substitutum competere. idemque est et si filius vel non petierit bonorum possessionem tempore exclusus vel repudiaverit. si vero deficiente condicione hereditas ad filium pertineat, emancipatum potius tuebitur praetor adversus substitutum. existimo autem, quotiens sub condicione heres filius scribitur, alias necessariam esse exheredationem a substitutis, alias supervacuum: nam si id genus conditionis fuerit, quae in potestate filii esset, veluti cum «testamentum fecerit» puto etiam omissa condicione filium locum substitutis facere: si vero condicio non fuerit in potestate filii, veluti «si Titius consul factus fuerit». tunc substitutus non admittitur nisi filius ab eo nominatim exheredatus fuerit.

La fattispecie che il testo presenta è la seguente: il testatore, liberto, istituisce il figlio emancipato sotto condizione potestativa e, pel caso di deficienza della condizione, gli sostituisce un estraneo. Il figlio non adempie la condizione e si fa, perciò, luogo alla sostituzione. Il mancato adempimento della condizione si configura quale *rinunzia* del figlio alla sua vocazione ereditaria, e questa rinunzia permette l'attuazione della vocazione successiva. In conseguenza, compete al patrono «partis dimidiae bonorum possessio adversus substitutum».

«Idemque est» – dice Giuliano – «et si filius vel non petierit bonorum possessionem tempore exclusus vel repudiaverit». Se, invece, il figlio fosse stato istituito sotto condizione casuale e non fosse stato diseredato per il caso che la condizione fosse mancata, allora l'eredità sarebbe sempre appartenuta all'istituito a titolo di bonorum possessor contra tabulas (3.13 D. 37.4) e non si sarebbe fatto, quindi, luogo alla sostituzione. In questo caso è chiaro che il patrono non potrà chiedere la b. p. c. t.<sup>11</sup>

§ 192. Abbiamo detto che presupposto della b. p. c. t. del patrono è che a lui il liberto non abbia lasciato a qualsivoglia titolo la quota legittima (la metà del suo patrimonio).

ULPIANUS, *libro quadragesimo primo ad edictum*: 3 D. 38.2: Pal. 1151.

§ 10. Totiens ad bonorum possessionem contra tabulas invitatur patronus, quotiens non est heres ex debita portione institutus.

§ 15. Sed si debita patrono portio legata sit, etsi scriptus heres non fuerit, satis ei factum.

<sup>11</sup> Cfr. ciò che diciamo sulla istituzione dei sui e degli emancipati sotto condizione casuale nei §§ 2 e 164 di quest'opera.

§ 16. Sed et si institutus sit ex parte minore quam ei debetur, residua vero pars suppleta est ei legatis et fideicommissis, et ita satisfactum ei videtur.

§ 17. Sed et mortis causa donationibus poterit patrono debita portio suppleri: [nam mortis causa donationes vice legatorum funguntur. *Mancaleoni*].

§ 18. [Sed et si non mortis causa donavit libertus patrono, contemplatione tamen debitaie portionis donata sunt, idem erit dicendum: tunc enim vel quasi mortis causa imputabuntur vel quasi adgnita repellent patronum a contra tabulas bonorum possessione. *Mancaleoni*].

§ 19. Si patrono condicionis implendae causa quid datum sit, in portionem debitam imputari debet, si tamen de bonis sit liberti profectum.

Da quanto ci dice Ulpiano appare che la debita portio poteva essere lasciata al patrono *a)* a titolo di istituzione di erede, *b)* a titolo di legato o di fidecommesso, *c)* a titolo di donazione mortis causa, e, *d)* per diritto giustiniano, a titolo di donazione inter vivos fatta *contemplatione debitaie portionis*.

Orbene, noi abbiamo qui un parallelo perfetto con le regole che disciplinano il lascito della quota legittima che spettava ai legittimarii nella querella inofficiosi testamenti. Perché anche ivi la quota poteva essere lasciata *a)* a titolo di istituzione di erede (fr. 19 D. 5.2; § 6 Inst. II, 18), *b)* a titolo di legato o di fidecommesso (§ 6 Inst. II, 18), *c)* a titolo di donazione mortis causa (§ 6 Inst. II, 18; 25 pr. D. 5.2), e, *d)* per diritto giustiniano, a titolo di donazione inter vivos fatta *contemplatione debitaie portionis* (25 pr. D. 5.2 interpolato). A proposito di quest'ultima forma del lascito della legittima, è da notare la parallela interpolazione del fr. 25 pr. D. 5.2, relativo alla querella, e del fr. 3.18 D. 38.2 relativo alla b. p. c. t. del patrono.

Altra coincidenza è data dalla parallela innovazione giustiniana dell'*actio ad supplendam legitimam* nei due istituti. Infatti, mentre in diritto classico i legittimarii che avessero ricevuto meno della quarta debitaie portionis, ed il patrono che avesse ricevuto meno della metà potevano rispettivamente intentare la querella o chiedere la b. p. c. t., nel diritto giustiniano essi possono solamente chiedere il *supplemento* della quota loro lasciata. Tanto lo stato del diritto classico, quanto quello del diritto giustiniano, ci sono chiaramente mostrati dalle fonti.

Gai III, 41 ... et si (libertus patrono) aut nihil aut *minus quam partem dimidiam* reliquerit, datur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiaie bonorum possessio.

HERMOGENIANUS, *libro tertio iuris epitomarum*: 21.1 D. 37.14: Pal. 62. Excluditur contra tabulas bonorum possessione patronus et si ex uncia heres instituat et [id quod deest ad supplendam debitam portionem] per servum iudicio liberti [sine condicione et dilatione] ei hereditate vel legato sive fideicommissio quaeri potest (cfr. 44.1 D. 38.2).

Nel testo di Ermogeniano, al posto dell'inciso *id... portionem* vi era certamente in origine, come opina il Gradenwitz, la menzione del *quincunx*. Ora

a noi preme di far notare come i compilatori usino qui una frase che è tecnica per designare l'actio ad supplendam legitimam, azione introdotta accanto ed in luogo della querella inofficiosi testamenti, ed estesa per analogia anche alla b. p. c. t. del patrono.

Anche l'altro inciso *sine... dilatione* si richiama a un principio introdotto nella querella ed esteso alla b. p. c. t. del patrono, appunto in considerazione della identità strutturale dei due istituti (cfr. c. 32 C. 3.28).

Che l'esperimento dell'actio ad supplendam legitimam, quando ne ricorrono le condizioni, abbia luogo anche nel nostro istituto, oltre che nella querella, ce ne dà chiara prova la costituzione giustiniana con cui venne riformato tutto il diritto di patronato. Nel sunto a noi pervenuto si dice (c. 4.17 C. 6.24) che il patrono, il quale abbia avuto meno del triente dovuto, ha diritto al supplemento: ἀναπληροῦται καθαρὸν τὸ τετραούγκιον.

Principio, questo, riaffermato nelle Istituzioni giustiniane: dove, mentre si introduce la nuova disposizione secondo cui al patrono non spetta più la metà, ma solo la terza parte, si soggiunge che quando al patrono sia lasciato meno della quota dovuta «quod deest... repleatur». (§ 3 Inst. III, 7).

Quanto alla computazione della quota legittima, si ha riguardo al momento della morte del liberto (... mortis enim tempus spectamus fr. 3.20 D. 38.2). Se, però, il liberto operò dolosamente, in guisa da ridurre il proprio patrimonio per recar danno al patrono, allora ciò che fu dolosamente sottratto «voluit praetor pro eo haberi, atque si in bonis esset» (fr. 3.20 cit.). Al principio che al patrono deve essere lasciata integra la metà dei beni esistenti, o che avrebbero potuto esistere (26 D. 38.2), nel patrimonio del liberto al momento della sua morte, sono ispirate le soluzioni contemplate nei fr. 41; 44 pr.; 44.1; 44.2; 45 D. 38.2.

§ 193. Particolare interesse presenta qui, come nella querella inofficiosi testamenti e nella b. p. c. t. dei liberi, il caso in cui il patrono (legittimario) venga istituito erede nel testamento del liberto.

Ha luogo, infatti, in tale caso, in conseguenza dell'istituzione, quel fenomeno di assorbimento della vocazione intestata e di correlativo rafforzamento del testamento, sul quale abbiamo già fermato la nostra attenzione in vari punti di quest'opera<sup>12</sup>.

Anche qui i principii che disciplinano il fenomeno dell'assorbimento sono i seguenti: 1) l'istituzione normalmente precluderebbe per sé sola al patronum la possibilità di succedere ab intestato, e, quindi, quella di chiedere la b. p. c. t.; 2) tuttavia quest'effetto preclusivo si verifica solo quando l'istituzione copra la quota legittima del patrono; 3) in ogni altro caso esso è spostato al momento dell'adizione. L'adizione consuma, assorbendola nella vocazione testamen-

<sup>12</sup> Cfr. § 14, 22, 166.

taria, la vocazione intestata del patrono, ed impedisce definitivamente a costui di chiedere la b. p. c. t.

ULPIANUS, *libro quadragensimo primo ad edictum*: 3.10 D. 38.2, Pal. 1151.

Totiens ad bonorum possessionem contra tabulas invitatur patronus, quotiens non est heres ex debita portione institutus.

ULPIANUS, *libro quarto disputationum*: 19.1 D. 38.2, Pal. 79.

Quod si ex debita parte fuerit institutus, *sive adiit sive non*, a contra tabulas bonorum possessione repellitur, quasi debitam sibi portionem acceperit. [nec poterit contra tabulas bonorum possessionem petere].

L'ultimo inciso è manifestamente insitizio: né a me sembra plausibile l'emendazione proposta dal Mommsen, di cambiare *contra* in *secundum*.

Nei due testi citati appare chiaramente come l'istituzione per sé sola, purché la quota d'istituzione copra quella legittima, precluda al patrono la possibilità di chiedere la b. p. c. t. La causa di tale preclusione va ricercata nella natura della vocazione testamentaria, la quale è siffattamente congegnata da provocare la preclusione e l'assorbimento di quella intestata. È soltanto per un principio di equità che questo effetto preclusivo è sottoposto alla condizione che la quota di istituzione copra quella legittima.

Perché l'effetto preclusivo si verifichi, è dunque necessario che il patrono possa avere senz'altro, a titolo di istituzione di erede, la sua quota legittima.

ULPIANUS, *libro quadragensimo primo ad edictum*: 3 D. 38.2, Pal. 1151.

§ 11. Si patronus sub condicione sit institutus eaque condicio vivo testatore extitit, contra tabulas bonorum possessionem accipere non potest.

§ 12. Quid ergo si mortis tempore pependit, extitit tamen, antequam patrono deferatur bonorum possessio, hoc est ante aditam hereditatem, an invitetur ex hac parte edicti? et magis est, ut aditae hereditatis tempus spectetur: hoc enim iure utimur.

§ 13. Si tamen in praeteritum collata sit condicio vel ad praesens, non videtur sub condicione institutus: aut enim impleta est et pure institutus est, aut non est et nec heres institutus est.

§ 14. Si libertus patronum suum ita heredem scripserit: «si filius meus me vivo morietur, patronus heres esto», non male videtur testatus: nam si decesserit filius, poterit hic existente condicione accipere bonorum possessionem (secundum tabulas).

Nei casi contemplati nel testo di Ulpiano, l'istituzione del patrono, quantunque apparentemente sottoposta a condizione, è però, in realtà, pura.

L'istituzione produce, perciò, ipso iure il suo effetto preclusivo ed impedisce al patrono la domanda della b. p. c. t. Va considerata quale istituzione pura quella fatta sub condicione iuris iurandi: condizione questa, che, come dice Giuliano (20 pr. D. 38.2), praetor remittere solet.

Quando, invece, l'istituzione in erede non procacci al patrono la sua quota legittima, l'effetto preclusivo non si verifica pel fatto solo dell'istituzione: esso

viene spostato sino al momento dell'adizione. Il che significa, che se il patrono istituito in una porzione minore della legittima, anziché chiedere la b. p. c. t., preferisca adire l'eredità, allora egli otterrà solamente la sua quota d'istituzione e non potrà più chiedere la b. p. c. t. neanche per la quota residua. Assorbita, infatti, la vocazione intestata in quella testamentaria, il patrono non avrebbe più titolo per venire alla b. p. c. t.

TRYPHONINUS, *libro septimo decimo disputationum*: 50 pr. D. 38.2. Pal. 62. Nihil interest ipse patronus scriptus heres *ex minore parte* adierit hereditatem, an servum suum scriptum iusserit adire hereditatem, quam retinet: nihilo minus enim repulsus erit a contra tabulas bonorum possessione.

ULPIANUS, *libro quadragensimo tertio ad edictum*: 6.4 D. 38.2. Pal. 1158. Patronus patronique liberi si secundum voluntatem mortui liberti hereditatem adierint legatumve aut fideicommissum petere maluerint, ad contra tabulas bonorum possessionem non admittuntur.

GAIUS, *libro quinto decimo ad edictum provinciale*: 7 D. 38.2, Pal. 289. Nam absurdum videtur licere eidem partim comprobare iudicium defuncti, partim evertere<sup>13</sup>.

In questi tre frammenti appare chiaro come il patrono istituito in una porzione minore della legittima ed adeunte non possa chiedere la b. p. c. t. Però, la ragione di questa impossibilità non va considerata, come i testi fanno, sotto il profilo del riconoscimento dello iudicium liberti. È vero che tale riconoscimento è implicito nell'adizione e che esso potrebbe, in conseguenza, costituire valido motivo di esclusione dalla b. p. c. t.: ma la ragione vera di tale esclusione va ricercata nella mancanza di titolo del patrono a chiedere la b. p. c. t. dopo che, per effetto dell'adizione, egli consumò la sua vocazione intestata, determinandone l'assorbimento in quella testamentaria.

È questa mancanza di titolo a chiedere la b. p. c. t. che impedisce altresì al patrono adeunte l'esperimento dell'actio Fabiana e Calvisiana; esse, infatti, sono coordinate alla vocazione intestata del patrono e ne costituiscono la garanzia. Venuta meno, per assorbimento, la vocazione intestata cui sono coordinate, viene meno, in conseguenza, il fondamento loro e lo scopo del loro esperimento.

ULPIANUS, *libro quadragensimo quarto ad edictum*: 3 pr. D. 38.5, Pal. 1168. Si patronus heres institutus ex debita parte adierit hereditatem, dum ignorat aliqua libertum in fraudem suam alienasse, videamus, an succurri ignorantiae eius debeat, ne decipiatur liberti fraudibus. et Papinianus libro quarto decimo quaestionum respondit in eadem causa manere ea, quae alienata sunt, [idcircoque patronum sibi imputare debere, qui, cum posset bonorum possessionem accipere contra tabulas propter ea quae alienata sunt vel mortis causa donata sunt, non fecit].

<sup>13</sup> Contro BESELER III, 34 cfr. 6.4 D. 38.2.

I compilatori, cui è evidentemente da attribuire l'ultima parte del testo<sup>14</sup>, giustificano l'esclusione del patrono dalla b. p. c. t. anziché col fatto dell'assorbimento con l'idea di un negligente comportamento dello stesso patrono. È questo uno dei tratti caratteristici della mentalità bizantina: la tendenza a spostare la causa degli effetti giuridici da una ragione oggettiva inerente alla struttura stessa dei negozi o delle situazioni giuridiche, ad una ragione soggettiva fondata sull'*animus* di coloro che i negozi stessi compiono. Questa tendenza è visibile in molte parti delle riforme giustinianee<sup>15</sup>.

Quel che a noi interessa comprendere è la decisione di Papiniano: il quale «respondit in eadem causa manere ea, quae alienata sunt». La ragione di tale decisione, come abbiamo detto, è da ricercare nella mancanza di titolo del patrono a chiedere la b. p. c. t. e, quindi, ad esperire le azioni revocatorie preordinate, appunto, alla garanzia di tale vocazione: mancanza, causata dall'assorbimento della sua vocazione intestata.

Prova della nostra tesi ci offre Ulpiano, nello stesso frammento, al § 2.

Patronum ex asse heredem institutum volentem Fabiana actione uti praetor admittit, quia erat iniquum excludi eum a Fabiana, qui non sponte adiit hereditatem, sed quia bonorum possessionem contra tabulas petere non potuit.

Come qui appare chiaro, l'adizione dell'eredità ex testamento priverebbe per sé sola di giuridico fondamento l'azione revocatoria. Ma per la considerazione che nel caso in esame l'adizione costituisce una strada che il patrono deve percorrere necessariamente per venire alla eredità del liberto, le si toglie valore preclusivo. Quantunque, perciò, a rigore, l'azione non possa essere esperita, tuttavia, per ragione di equità, (quia erat iniquum...), il pretore ne concede al patrono l'esperimento.

Quanto abbiamo detto ci apre l'adito ad intendere il valore della interpolazione introdotta dai compilatori nel fr. 8 pr. D. 38.2. Interpolazione, questa, che ha notevole importanza, perché ci mostra il nuovo contenuto che nel diritto postclassico assunse il principio dell'assorbimento. Essa, poi, trova il suo parallelo nella larga interpolazione del fr. 19 D. 5.2 che esamineremo più oltre, quando tratteremo della querella inofficiosi testamenti<sup>16</sup>.

ULPIANUS, *libro quadragesimo tertio ad edictum*: 8 pr. D. 38.2. Pal. 1158.  
Si vero non habuit effectum petitio eius, dico non impediri quo minus adiuvetur, quin immo et si sic adit quasi ex debita portione institutus, mox

<sup>14</sup> Cfr. BESELER III, 121.

<sup>15</sup> Non staremo qui ad elencare i numerosissimi punti in cui questo fenomeno, diciamo così, di *soggettivazione* appare nelle fonti giustinianee e bizantine: esempio mirabile ci fornisce la dottrina dell'*animus* nel possesso magnificamente posta in luce da ROTONDI, *Scritti*, III, p. 94 segg. Cfr. pure BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, p. 37 n. 3.

<sup>16</sup> Parte III, sez. III, § 224 e *Appendice*, § 261 segg. di quest'opera.

apparuit eum minorem partem quam speravit accepisse, aequissimum admitti eum ad suum auxilium. sed et si testato convenisset heredem, ut sibi legatum solveretur, mox paenituisset, puto eum posse adiuvari.

Il testo è tutto sostanzialmente interpolato, come ha riconosciuto il Mancaleni<sup>17</sup>. A noi basta notare che, in conseguenza dell'assorbimento, era impossibile, per diritto classico, che il patrono istituito ed adeunte potesse ormai chiedere la b. p. c. t. È soltanto per diritto giustiniano che, non essendo più rigorosamente applicato il principio dell'assorbimento, è possibile al patrono adeunte, sotto certe condizioni, di chiedere ancora la b. p. c. t.

§ 194. Un problema sorge a questo punto: quale è la sorte dei legati disposti nel testamento a carico del patrono istituito ed adeunte? La risposta, qualunque le fonti direttamente non la diano, può tuttavia desumersi dai principii.

Se il patrono ha adito l'eredità, è chiaro che egli si è, con questo atto, assoggettato a tutti gli effetti che dall'adizione necessariamente scaturiscono. Quindi, ancorché istituito in una porzione minima, egli non solo non potrà chiedere più di quello che l'istituzione gli attribuisce, ma sarà, anzi, tenuto all'adempimento di quegli oneri che alla istituzione sono correlativi. Se non voleva sottostare a simili effetti, egli poteva chiedere la b. p. c. t.: poiché non volle chiederla, e preferì adire l'eredità, non v'è ragione alcuna che possa sottrarlo agli effetti che dall'adizione compiuta oggettivamente discendono.

A sostegno di questa nostra tesi noi potremmo invocare l'esplicita testimonianza che ci porge il fr. 14 pr. D. 37.4. Non varrebbe l'obiezione che quel testo ha riferimento alla bonorum possessio contra tabulas dei liberi, e non a quella del patrono. I principii che disciplinano l'adizione hanno, infatti, un valore generale e sono, quindi, applicabili anche al nostro caso.

Ma una testimonianza indiretta ci porgono alcuni testi giustiniani relativi alla successione contro il testamento del liberto. Tali testi, mentre ci permettono di conoscere quale fosse la situazione giuridica del patrono istituito nel testamento del liberto ed adeunte nell'epoca giustiniana, ci permettono altresì di conoscere quale fosse tale situazione nell'epoca classica.

Le Istituzioni giustiniane (§ 3 Inst. III, 7) affermano: «si vero testamentum quidem fecerint (liberti), patronos autem vel patronas praeterierint, cum nullos liberos haberent... tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas non dimidiam, ut ante, sed tertiam partem bonorum liberti consequantur, vel quod deest eis ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerint, ita sine onere, *ut nec liberis liberti libertaevae ex ea parte legata vel fideicommissa praestentur, sed ad coheredes hoc onus redundaret...*».

<sup>17</sup> *Le donazioni mortis causa e la legittima del patrono* p. 9.

A queste affermazioni delle Istituzioni fanno riscontro quelle contenute nel compendio – serbatoci nei Basilici – della costituzione relativa alla successione dei liberti (c. 4.16.16<sup>a</sup>.16<sup>e</sup> C. 6.24). Vi si dice, infatti, che il triente del patrono dev'essere libero da qualsivoglia onere, e che non può essere gravato di legati o fedecommessi neanche a favore dei figli del liberto. I legati di cui il patrono è liberato vengono posti a carico degli altri eredi. *La quota legittima (il triente) viene, quindi, a profilarsi come la Falcidia del patrono*<sup>18</sup>.

Nel diritto giustiniano la posizione giuridica del patrono istituito era la seguente: *a)* quando fosse stato istituito in meno del triente, poteva richiedere il supplemento della quota; *b)* nei limiti del triente, egli non prestava né legati né fedecommessi e la quota gli perveniva pura da ogni onere; *c)* era costretto ad adempiere gli oneri a lui imposti dal testatore soltanto quando la quota di istituzione eccedeva il triente, e nei limiti di tale eccedenza. La ragione viene così enunciata:

ὁ γὰρ Θαλκίδιος ἐπὶ αὐτοῦ τετραουγκίου ἐστὶν (c. 4.18 C. 6.24).

Questo accostamento tra quota legittima e Falcidia è costruzione bizantina: nel diritto classico i due istituti erano nettamente distinti. Ora, se in diritto giustiniano il patrono istituito ed adeunte viene liberato dagli effetti che discendono dall'adizione (onere di prestare i legati ed i fedecommessi etc.) solo in virtù di tale accostamento, e se tale accostamento è giustiniano, ne segue che questa liberazione non poteva aver luogo in diritto classico. Nel quale, invece, valevano tutt'altri principii.

In esso il patrono aveva diritto alla metà del patrimonio del liberto morto senza lasciare discendenti naturali. Se il liberto, istituendolo, lo avesse siffattamente onerato da ridurre a meno della metà la quota di istituzione, il patrono, malgrado l'istituzione, aveva diritto di chiedere la b. p. c. t.: ma se egli, anziché chiedere la b. p. c. t., avesse preferito di adire l'eredità, allora era naturale che egli soggiacesse agli effetti dell'adizione. Ai legatarii che gli avessero chiesto l'adempimento degli oneri, a loro profitto disposti dal testatore, il patrono non avrebbe potuto eccepire che aveva diritto ad ottenere integralmente la quota legittima. Una volta accettata la delazione testamentaria, egli doveva necessariamente subirne gli effetti.

La riforma giustiniana trovò, peraltro, un addentellato nel diritto classico: il quale aveva ammesso che il patrono istituito potesse esimersi dalla prestazione dei *fedecommessi* che oneravano, diminuendola, la sua quota di istituzione.

Ciò non costituiva in realtà una deroga ai principii che regolavano l'adizione. Era, infatti, perfettamente possibile che il pretore fedecommissario, già nel diritto classico, esonerasse il patrono dalla prestazione dei fedecom-

<sup>18</sup> Cfr. TAMASSIA, *La Falcidia nei più antichi documenti del medio evo*, p. 8.

messi che diminuivano la sua quota legittima. Tutto ciò era del resto, conforme alla natura peculiare del fedecommesso ed ai rapporti di questo istituto col testamento nel diritto classico. Ciò di cui il patrono non avrebbe mai potuto liberarsi erano gli effetti procedenti dalla struttura della successione testamentaria, congegnata secondo i principii dello *ius civile* (per es. la validità delle manomissioni, delle nomine di tutori, dei legati). Essi, infatti, si producevano *ipso iure*, per virtù della sola adizione. Ma per quanto atteneva ai fedecommessi, il cui legame col testamento era soltanto esteriore, e il cui valore vincolante era esclusivamente fondato sopra la tutela del pretore, era ben possibile che il patrono fosse esonerato dalla loro prestazione per opera del pretore medesimo. Si comprende, infatti, come il pretore potesse ritirare quella tutela dove, come nel caso nostro, ragioni di equità e di opportunità lo avessero richiesto.

TRYPHONINUS, *libro septimo decimo disputationum*: 50.4 D. 38.2, Pal. 62. Si patronus ex debita portione a liberto scriptus rogatusque hereditatem restituere suspectam dixit et compulsus adire, *cum retinere posset*, restituerit, non poterit accipere contra tabulas bonorum possessionem, et quia agnovit iudicium liberti et quia sprevit et quasi damnavit eam possessionem<sup>19</sup>.

Da questo frammento appare chiaro che il patrono avrebbe potuto esimersi dalla prestazione del fedecommesso. Altra esplicita prova ci porge il fr. 45 D. 38.2.

PAULUS, *libro nono quaestionum*: 45 D. 38.2, Pal. 1359.

Si patronus ex sexta et servus eius ex [reliqua parte] (tertia parte) sit heres institutus, nec ex servi portione fideicommissum debetur: at si servus dumtaxat heres institutus est, puto nec his ex [debita] (dimidia) portione praestandum.

Anche in questo frammento, dunque, è chiaramente detto che entro i limiti della quota legittima il patrono istituito, o il servo del patrono, sono esonerati dalla prestazione dei fedecommessi.

Esplicita testimonianza di ciò ci porge ancora il seguente testo.

PAULUS, *libro octavo ad Plautium*: 3.1 D. 37.12, Pal. 1150.

Si filius emancipatus testamento suo patrem suum praeterierit sive heredem instituerit, fideicommissa non cogetur pater praestare ex sua parte, quae ei debetur, etiamsi adierit hereditatem.

Configurano casi analoghi i fr. 41 e 44 pr. D. 38.2.

§ 195. Un altro presupposto della b. p. c. t. del patrono sta in ciò: che il patrono non deve aver riconosciuto in qualsiasi maniera lo *iudicium liberti*.

<sup>19</sup> Interpolata è forse la chiusa «*et quia... possessionem*», BESELER IV, 218.

ULPIANUS, *libro quadragensimo tertio ad edictum*: 6.4 D. 38.2, Pal. 1158. Patronus patronique liberi *si secundum voluntatem mortui liberti hereditatem adierint legatumve aut fideicommissum petere maluerint, ad contra tabulas bonorum possessionem non admittuntur.*

Costituiscono forme di riconoscimento dello iudicium liberti: a) l'adizione dell'eredità del liberto da parte del patrono istituito (6.4; 50 pr.; D. 38.2); b) l'accettazione di legati o di fedecommissi disposti dal liberto a favore del patrono (6.4; 7; 8.2; 8.3; 8.4; 8.5; 50.6 D. 38.2). Questo presupposto della b. p. c. t. del patrono è anche un presupposto della b. p. c. t. dei liberi e della querela inofficiosi testamenti: indice, questo, non trascurabile di una fondamentale identità che esiste se non perfettamente nella struttura, almeno nella funzione che i tre istituti adempiono.

Il riconoscimento dello iudicium liberti viene configurato dalle fonti come rinuncia, la quale, in diritto classico, estingue immediatamente il diritto cui si è rinunciato. È soltanto nel diritto giustiniano che la rinuncia non produce più eo ipso la consunzione del diritto del rinunziante: al quale, anzi, è riconosciuto, sotto certe condizioni, un vero e proprio *ius poenitendi* (cfr. 6.1 D. 38.17; 8 pr. D. 38.2; 19 D. 5.2). In questo senso furono appunto interpolati i fr. 8 pr.; 8.1; 46 D. 38.2.

## CAPITOLO II

### LA POSIZIONE GIURIDICA DELLE PERSONE CHIAMATE ALLA BONORUM POSSESSIO CONTRO IL TESTAMENTO DEL LIBERTO

§ 196. Ordine di sequenza in cui stanno le persone chiamate alla bonorum possessio contro il testamento del liberto (patrono e suoi discendenti per virilem sexum). Autonomia della posizione giuridica di tali persone (fr. 2 pr.; 3.9; 16.4; 38 pr.; 5 pr. D. 38.2). Antinomia fra il fr. 5.1 ed il fr. 2.2 D. 38.2.

§ 197. Come la b. p. c. t. del patrono, nella quale viene in applicazione l'edictum successorium, sia disciplinata dalle stesse norme che disciplinano la b. p. intestati.

§ 198. Come i discendenti del patrono divengano titolari del rapporto di patronato per diritto proprio, indipendentemente dal fatto che essi siano o non siano divenuti eredi del patrono, loro padre (9 pr. D. 37.14; 12.7 D. 38.2; GAI III, 58).

§ 199. Riforma giuliana: la diseredazione disposta dal patrono a carico dei suoi discendenti, irrilevante nel diritto civile, diviene rilevante in quello pretorio al fine di escludere i discendenti dalla successione, intestata o contra tabulas, dei

liberti paterni. Erroneità della dottrina che vede nell'efficacia della diseredazione un indice della natura obbligatoria e non ereditaria della b. p. c. t. del patrono.

§ 200. Condizioni di efficacia della diseredazione. Esegesi dei fr. 10.1; 11 D. 38.2.

§ 201. Come la indipendenza del diritto di patronato dei discendenti del patrono non sia stata intaccata, in linea di principio, dalla riforma giuliana. Conferma di ciò, tratta dai fr. 16.4 e 38 pr. D. 38.2. Esegesi del fr. 42 pr. D. 38.2.

196. Dopo avere esaminati i presupposti della b. p. c. t. del patrono, passeremo ora ad esaminare la posizione giuridica dei legittimari, del patrono, cioè, e de' suoi discendenti per virilem sexum.

Orbene: possiamo caratterizzare tale posizione giuridica, dicendo che il patrono ed i suoi discendenti sono chiamati in ordine di sequenza: cioè, ha applicazione per loro l'edictum successorium. Ecco qui ancora una sorprendente analogia di struttura fra la b. p. c. t. del patrono e la querela inofficiosi testamenti: anche in quest'ultima, infatti, i legittimari sono chiamati in ordine di sequenza.

Tale ordine nella b. p. c. t. del patrono è il seguente: *a)* patrono; *b)* discendenti agnatizi del patrono.

S'intende, peraltro, che primo chiamato è colui che è *prossimo*, nell'ordine delle vocazioni intestate, *al momento della morte del liberto*. Quindi, anche un nipote concepito dopo la morte dell'avo patrono può benissimo essere il primo chiamato alla b. p. contro il testamento del liberto avito. Qui la regola che il postumo deve essere almeno concepito perché vengano riconosciuti e salvaguardati i suoi diritti ereditari nei confronti dei propri parenti (nonno, padre, fratelli, etc.), non può venire in applicazione: il rapporto di patronato, infatti, non è trasmesso dal patrono ai suoi discendenti iure hereditario. Costoro ne divengono titolari per diritto proprio. La loro qualità di discendenti del patrono vale da sé sola a far loro acquistare tale titolarità.

PAULUS, *libro undecimo responsorum*: 47.3 D. 38.2, Pal. 1546.

Paulus respondit nepotem etiam post mortem avi conceptum superstitute liberto bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti petere posse et ad hereditatem legitimam eius admitti: responsum enim Iuliani (6 D. 38.16) tantum ad hereditatem legitimam, item bonorum possessionem avi petendam pertinere.

Il responso di Giuliano (6 D. 38.16), in cui è affermato che colui «qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus heres neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest», ha applicazione solo relativamente all'eredità del nonno, non anche nei riguardi della bon. poss. del liberto avito.

Dell'edictum successorium, applicato nella b. p. c. t. del patrono, è menzione in parecchi testi. Esso ha luogo quando il primo chiamato o non accetti, o decada, o, comunque, non voglia, o non possa chiedere la b. p. c. t., che a lui viene per primo deferita.

POMPONIUS, *libro quarto ad Sabinum*: 2 pr. D. 38.2, Pal. 433.

Si patronus a liberto praeteritus bonorum possessionem petere potuerit contra tabulas et antequam peteret decesserit vel dies ei bonorum possessionis agnoscendae praeterierit, liberi eius vel alterius patroni petere poterunt ex illa parte edicti, qua, primis non petentibus aut etiam nolentibus ad se pertinere, sequentibus datur, atque si priores ex eo numero non essent.

Appare chiaro nel testo come fra il patrono ed i suoi discendenti abbia applicazione l'edictum successorium. Se il primo rinunzia, la bon. poss. si deferisce ai secondi.

Una importante applicazione dell'edictum successorium ci mostra il fr. 3.9 D. 38.2.

ULPIANUS, *libro quadragesimo primo ad edictum*: 3.9 D. 38.2, Pal. 1150.

Si capitis libertum accusaverit is, cui adsignatus est, non potest is petere contra tabulas bonorum possessionem fratribusque suis non obstat: sed hi contra tabulas bonorum possessionem petent, quemadmodum peterent, si ex altero filio nepotes essent: libertus enim, qui alteri ex filiis adsignatur, non desinit alterius filii libertus esse. amplius dicendum est: etiamsi omiserit frater bonorum possessionem, alter frater, cui adsignatus non est, potest succedere et contra tabulas bonorum possessionem petere.

La capitis accusatio priva l'accusatore dei diritti di patronato: egli, dunque, non potrà chiedere la b. p. c. t. Ma la potranno chiedere ormai i suoi discendenti o, nel caso che non ne abbia e che si tratti, come nell'ipotesi prospettata da Ulpiano, di un liberto assegnato, i suoi fratelli non assegnatari. I quali, anzi, potranno chiedere la b. p. c. t. quando il fratello assegnatario abbia omeso di chiederla.

Quel che abbiamo detto per la capitis accusatio, vale anche per la exhereditio e per la petitio in servitutum. Il figlio del patrono che sia stato diseredato, come il patrono che abbia tentato di far ridivenire servo il libertus, sono esclusi dalla b. p. c. t.: la quale viene, perciò, deferita ai sequentes. Questa regola subisce eccezione quando i sequentes siano in potestà dei praecedentes esclusi: eccezione, questa, giustificata dal fatto che, altrimenti, l'esclusione sarebbe praticamente irrisoria.

ULPIANUS, *libro quadragesimo quinto ad edictum*: 16.4 D. 38.2, Pal. 1175.

Si patroni filius sit vel exhereditatus vel si in servitutum libertum paternum petiit vel capitis accusaverit libertum, non nocet hoc liberis eius, qui in potestate non sunt: et hoc divi fratres Quintiliis rescripserunt.

TERENTIUS CLEMENS, *libro nono ad legem Iuliam et Papiam*: 38 D. 38.2, Pal. 23.

Quaeritur, an filio exhereditato etiam nepotes ex eo a bonorum possessione liberti excludantur. quod utique sic dirimendum est, ut vivo fi-

lio, donec in potestate eius liberi manent, non admittantur ad bonorum possessionem, ne qui suo nomine a bonorum possessione summoventur per alios eam consequantur, sin autem emancipati a patre fuerint vel alio modo sui iuris effecti, sine aliquo impedimento ad bonorum possessionem admittantur.

La controversia, cui Terenzio Clemente allude, e il rescritto dei divi fratres, cui accenna Ulpiano, ci sono ampiamente riferiti dallo stesso Ulpiano nel fr. 17 D. 37.14<sup>20</sup>.

Si ha pure un caso di delazione successiva quando il patrono (praecedens) sia stato deportato: allora, la b. p. c. t. spetterà al figlio sequens. Non così avviene, invece, quando il patrono sia prigioniero: «nam propter spem postliminii obstat liberis suis» (4.2 D. 38.2).

Dato, dunque, l'ordine di sequenza in cui sono chiamati il patrono ed i suoi discendenti, è evidente che il liberto, se vuole evitare la richiesta della b. p. contro il suo testamento, deve disporre le cose in guisa che venga soddisfatta non solo la pretesa del patrono, ma anche quella dei suoi discendenti; e ciò, in previsione del caso che costoro, per rinuncia o premorienza del patrono, abbiano diritto alla b. p. c. t.

GAIUS, *libro quinto decimo ad edictum provinciale*: 5 pr. D. 38.2, Pal. 288.

Libertinus, qui patronum patronique liberos habet, si patronum ex parte [debita] (dimidia) heredem instituit, liberos eius in eandem portionem substituere debet, ut, licet patronus vivo liberto mortuus fuerit, satisfactum videatur liberis eius.

Quel che Gaio dice per il caso di premorienza del patrono, va ripetuto anche per tutti gli altri casi in cui il patrono (praecedens) viene escluso dalla b. p. c. t. e vi vengono, invece, chiamati i figli (sequentes).

Un caso interessante si presentava ai giuristi romani allorché si fosse data questa situazione: che il patrono morendo avesse lasciato quale suus heres un nipote, figlio di un figlio emancipato, ed il figlio stesso emancipato. Chi, in tal caso, subentrava nel rapporto di patronato? Il figlio emancipato o il nipote, heres suus del patrono?

Come si vede, risorgeva qui il problema che era già sorto per la b. p. c. t. dei liberi, quando si trattò di disciplinare equamente il caso in cui insieme con l'emancipato che chiedeva la b. p. c. t. ci fosse stato un figlio di quest'emancipato, heres suus del nonno. Ora, mentre il problema fu in tal caso risolto mediante l'introduzione della *clausula Iuliani de coniungendis cum emancipato liberis eius*, tale soluzione non fu estesa alla b. p. c. t. del patrono: la clausola di Giuliano non venne qui in applicazione, e la titolarità del rapporto di patrona-

<sup>20</sup> Cfr. quanto ne diciamo nel § 103 di quest'opera. Relativamente alla critica del fr. 38 D. 38.2, cfr. BESELER III, 68.

to, e, quindi, il diritto di chiedere la b. p. c. t., fu esclusivamente attribuita al figlio emancipato, nonostante l'esistenza di un nipote *suus heres* del patrono.

GAIUS, *libro quinto decimo ad edictum provinciale*: 5.1 D. 38.2, Pal. 288.

Si patroni filium emancipatum et nepotem ex eo, qui in avi familia remansit, libertus habeat, *filio tantum, non etiam nepoti satisfacere debebit libertus*: nec ad rem pertinet, quod ad parentis bona pariter vocantur.

Questa esplicita attestazione di Gaio sembrerebbe contraddetta da quest'altra di Pomponio.

POMPONIUS, *libro quarto ad Sabinum*: 2.2 D. 38.2, Pal. 433.

Si filius emancipatus nepotem in potestate avi reliquisset, bonorum possessionem [partis dimidia] dandam ei filio intestati liberti, quamvis iure ipso legitima hereditas ad nepotem pertineat, quia et contra tabulas eius liberti filio potius bonorum possessio partis [debitae] (dimidia) daretur.

Dal testo di Pomponio sembrerebbe che anche nella successione del liberto avesse applicazione la clausola di Giuliano: infatti, nel supposto che ci sia un figlio emancipato del patrono ed un nipote ex eo, rimasto in potestà del patrono, Pomponio, anziché concedere la bonorum possessio intestati per intero al figlio emancipato, l'avrebbe, invece, concessa al figlio ed al nipote insieme. Tale soluzione non può, però, essere attribuita a Pomponio: essa è in aperta contraddizione col fr. 5.2 D. 38.2 di Gaio, e contraddice al tenore letterale del testo. A nostro avviso, l'inciso *partis dimidia* è insitizio.

Colui che lo interpolò credeva probabilmente che vi fosse necessaria coincidenza tra l'essere eredi del patrono e l'essere eredi del liberto, dimenticando che, invece, i figli del patrono assumono la titolarità del rapporto di patronato per un *diritto proprio*, indipendentemente dal fatto che essi siano o non siano stati eredi del patrono loro padre.

Rifacciamo noi il pensiero di Pomponio. C'è un patrono che ha un figlio emancipato ed un nipote (ex eo filio) in potestà. Il patrono muore (prima del liberto). L'eredità di costui spetterà iure civili al nipote in potestà. Ma iure pretorio verranno alla successione tanto il nipote quanto il figlio, in virtù dell'applicazione della clausula Iuliani. Dopo morto il patrono, muore il liberto senza lasciare figli. A chi spetta l'eredità di costui? Ecco: se il rapporto di patronato si trasmettesse dal patrono ai suoi discendenti iure hereditario, e se, quindi, eredi del liberto potessero essere soltanto gli eredi del patrono, allora l'eredità del liberto spetterebbe anzitutto al nipote e solo in virtù della clausula Iuliani andrebbe anche al figlio. Poiché, invece, il rapporto di patronato passa dal patrono ai suoi discendenti in base all'ordine di sequenza in cui costoro si trovano, e, quindi, indipendentemente dalla loro qualità di eredi del patrono, allora è evidente che nel caso prospettato la bonorum possessio del liberto spetterà per intero al figlio emancipato. In conclusione, dunque, il nipote verrà escluso dalla bonorum possessio del liberto, essendo preceduto, nell'ordine di sequenza (edictum successorium), dal proprio padre. Ora Pomponio nel testo inten-

deva appunto porre in rilievo questa anomalia: che malgrado unico erede iure civili del patrono fosse stato il nipote (quamvis iure ipso legitima hereditas ad nepotem pertineat), tuttavia era soltanto il figlio ad esser chiamato, come sequens, dopo il patrono, alla b. p. intestati del liberto.

Da tutto ciò, e dal raffronto col fr. 5.2 D. 38.2, chiaramente appare che le parole [partis dimidia] sono insitizie<sup>21</sup>.

§ 197. Il contenuto, diciamo così, negativo del principio affermato nell'editto successorio è questo: che fino a quando il primo chiamato non avrà perduta, per rinunzia, decadenza etc., la delazione della bonorum possessio, la delazione stessa non può passare al sequens.

«Et sine dubio qui sequentis gradus sunt, non admittuntur interim: cum enim praecedit alia possessio qui sequitur accipere non potest» (42.2 D. 38.2).

Ciò vale anche per il caso in cui ci siano un figlio del patrono e dei nipoti ex altero filio, premorto al liberto. Questi ultimi non pigliano, come potrebbe credersi, il posto del loro padre: cioè, non ha qui luogo quella *successio in locum* che si verifica, invece, quando si tratti di successione al nonno da parte di nipoti il cui padre sia premorto.

Tale *successio in locum*, trova, come sappiamo (§ 28), la sua causa nel congegno dello stesso organismo familiare che solleva i nipoti sino ad occupare il posto lasciato libero dal loro padre defunto. Per quanto concerne, invece, la successione dei nipoti del patrono al liberto, questa sarà possibile soltanto se essi occuperanno il primo posto nell'ordinamento dell'editto successorio, e se, quindi, non saranno preceduti da altri figli del patrono. Ciò trova la sua ragione anche nel fatto che il patrono ed i discendenti del patrono stanno, rispetto al liberto, nella stessa posizione giuridica degli agnati. E come tra questi ultimi la *successio in locum* non è ammessa, così essa non è ammessa neanche tra i primi (cfr. Gai III, 15 cfr. § 78).

IULIANUS, *libro vicesimo septimo digestorum*: 23.1 D. 38.2, Pal. 414.

Si libertus intestato decesserit relictis patroni filio et ex altero filio duobus nepotibus, nepotes non admittentur, quamdiu filius esset, quia proximum quemque ad hereditatem liberti vocari manifestum est.

Quando vi siano più patroni, essi vengono tutti congiuntamente chiamati alla eredità del liberto (Gai III, 59).

Naturalmente, quando vi sia un patrono ed un figlio di un altro patrono premorto al liberto, l'eredità del liberto toccherà per intiero al patrono superstite.

<sup>21</sup> L'indipendenza della qualità di patrono da quella di erede del patrono per i figli, è affermata nettamente dai fr. 12.7 D. 38.2; 9 pr. D. 37.14; 38 pr. D. 38.2; Gai III, 58 segg. Cfr. FERRINI, *Pandette*, p. 783, n. 3.

GAIUS, III, 60.

Item in hereditate civis Romani liberti patronus alterius patroni filium excludit, et filius patroni alterius patroni nepotem repellit.

È chiaro, infine, che tra i chiamati nel medesimo grado, quando qualcuno rinunzi, ha luogo il fenomeno dell'accrescimento.

IULIANUS, *libro vicensimo sexto digestorum*: 21 D. 38.2, Pal. 392.

Ex tribus patronis uno cessante bonorum possessionem petere duo aequas partes habebunt.

GAIUS, III, 62.

Item si alter ex his patronis suam partem in hereditate civis Romani liberti spernat, vel ante moriatur quam cernat, tota hereditas ad alterum pertinet.

Questo breve studio sull'edictum successorium ci ha mostrato come la b. p. c. t. del patrono sia disciplinata dalle stesse norme che disciplinano la b. p. intestati. Ciò che conferma, se pur vi fosse bisogno di conferma, che la b. p. c. t., in genere, e, nel caso nostro, quella del patrono, non è altro che la stessa b. p. intestati, qualificata dalla presenza del testamento contro cui essa viene chiesta.

§ 198. Ma perché la posizione giuridica delle persone chiamate alla b. p. c. t. del patrono sia meglio determinata, è necessario che noi analizziamo i rapporti che, relativamente al patronato, intercorrono tra il patrono ed i suoi discendenti.

La titolarità di tale rapporto, come già sappiamo (§ 87 e 98), viene assunta dai discendenti del patrono per diritto proprio, indipendentemente dal fatto che essi siano o non siano divenuti eredi del patrono loro padre.

MODESTINUS, *libro nono regularum*: 9 pr. D. 37.14: Pal. 261.

Filii hereditate paterna se abstinentes ius, quod in libertis habent paternis, non amittunt: idem et in emancipato.

ULPIANUS, *libro quadragesimo quarto ad edictum*: 12.7 D. 38.2: Pal. 1170.

Si patroni filius emancipatus noluerit adire hereditatem vel qui in potestate est retinere, nihilo minus liberti bonorum possessionem habebit.

Appare da questi due testi come il diritto di patronato appartenga al figlio del patrono indipendentemente dalla sua qualità di erede del padre (patrono). Più esplicita ancora è la testimonianza di Gaio.

GAI III, 58.

Nam civis Romani liberti hereditas ad extraneos heredes patroni nullo modo pertinet; ad filium autem patroni nepotesque ex filio et pronepotes ex nepote filio nato prognatos *omni modo pertinet, etiamsi a parente fuerint exheredati*.

Dunque, la titolarità del rapporto di patronato, almeno in ciò che attiene al suo contenuto ereditario ed a quello che abbiamo chiamato agnazio<sup>22</sup>, pas-

<sup>22</sup> Cfr. § 86 di quest'opera.

sa sempre ai discendenti del patrono, ancorché non siano divenuti eredi di costui, e, anzi, siano stati da lui diseredati. E per contro, questa titolarità non passa agli eredi estranei del defunto patrono. Dice, infatti, Gaio: «...extraneos heredes patronorum longe remotos esse ab omni eo iure, quod vel in intestatorum bonis vel contra tabulas testamenti patrono competit (III, 48). Nam civis Romani liberti hereditas numquam ad extraneos patroni heredes pertinet; ...» (Gai III, 64).

E ricordando come il senatoconsulto Largiano, malgrado gli accostamenti operati fra la successione dei liberti e quella dei latini, non avesse tuttavia annullata la sostanziale differenza di natura delle due successioni, il giurista ha cura di far notare, a prova della sua tesi, come la diseredazione nuoccia ai discendenti del manumissore nella successione del latino, mentre, invece, non nuoce loro nella successione del liberto. Ma tra le due specie di successioni rimangono punti notevoli di coincidenza.

«Itaque emancipatus filius patroni praeteritus quamvis contra tabulas testamenti parentis sui bonorum possessionem non petierit, tamen extraneis heredibus in bonis Latinorum potior habetur» (III, 65).

Questo che Gaio dice per i latini va ripetuto per i liberti. Ancorché il figlio emancipato preterito del patrono non chiedga la bonorum possessio contro il testamento del proprio padre, tuttavia egli assume lo stesso la titolarità del rapporto di patronato e può, quindi, chiedere la b. p. intestati e contra tabulas del liberto. Le medesime considerazioni vanno fatte per i *sui* che si siano astenuti dalla eredità paterna: essi, malgrado tale astensione, serbano inalterato il diritto di venire sia alla successione del liberto, che a quella del latino (Gai III, 67).

§ 199. Queste esplicite testimonianze di Gaio circa la indipendenza del diritto di patronato dei figli del patrono dalla loro qualità di eredi del padre sembrano, però, contraddette da un principio pure esplicitamente affermato nelle fonti: quello, secondo il quale la diseredazione disposta dal patrono a carico dei suoi discendenti esclude costoro dalla successione – intestata o contra tabulas – del liberto.

Infatti, contro l'affermazione di Gaio, secondo la quale «in hereditate civis Romani liberti *liberis manumissoris nulla exhereditatio nocet*», (III, 64) onde «civis Romani liberti hereditas... ad filium patroni nepotesque ex filio... omni modo pertinet, *etiamsi a parente fuerint exhereditati*», stanno le affermazioni non meno esplicite dei molti testi del Digesto, secondo le quali, invece, il figlio diseredato del patrono viene respinto dalla b. p. chiesta contro il testamento del liberto (fr. 10.1; 11; 12 pr.; etc. D. 38.2). Come spiegare questa antinomia che presentano le nostre fonti?

La spiegazione che il Leist ha dato è la seguente: che la diseredazione nuoce pel caso che venga chiesta la b. p. c. t. e non anche pel caso che venga chiesta la b. p. intestati: questa diversità di effetti andrebbe ricercata nella diver-

sità di struttura del diritto di successione intestata e di quello alla b. p. c. t. Quest'ultimo, come asserisce il Leist, sarebbe derivato dall'antico rapporto obbligatorio di società che astringeva il liberto al patrono: esso presenterebbe, secondo tale dottrina, la struttura di un diritto di obbligazione anziché quella di un diritto ereditario. Alla stregua di tale concezione si comprende come il patrono, titolare di tale diritto, avrebbe potuto impedirne la trasmissione ai suoi discendenti, diseredandoli<sup>23</sup>.

Come più volte abbiamo avvertito in quest'opera (§§ 87, 104) la concezione del Leist è infondata. Nessuna diversità di struttura c'è tra la b. p. c. t. e la b. p. intestati<sup>24</sup>. La b. p. c. t. è, infatti, nient'altro che la stessa b. p. intestati, sia pure qualificata.

Ora, a nostro avviso, la spiegazione dell'antinomia esistente fra i testi di Gaio e quelli del Digesto va ricercata nel fatto che essi riflettono due diversi stadi del diritto di patronato, relativamente all'efficacia della diseredazione disposta dal patrono a carico de' suoi discendenti: uno, in cui l'autonomia del diritto di patronato del discendente è assoluta e non subisce limitazione alcuna; un altro, in cui, ad opera di Giuliano, tale autonomia, pure mantenuta in linea di principio, viene meno in presenza di una diseredazione disposta dal patrono a carico del discendente. La dottrina giuliana fece prevalere un principio nuovo: che, cioè, il figlio diseredato dal patrono venisse escluso non solo dalla successione paterna, ma altresì da quella *intestata e contro il testamento* del liberto.

Questa innovazione può giustificarsi pensando che, quantunque i discendenti del patrono avessero un diritto proprio ad assumere il rapporto di patronato, tuttavia essi erano pur sempre discendenti, i quali profittavano, in quanto tali, di un rapporto giuridico cui il loro padre aveva dato origine.

Ora, se in virtù del carattere di piena autonomia proprio della vocazione al patronato era ben comprensibile che il patrono non potesse annullare, con la diseredazione, il diritto di patronato dei suoi discendenti, tuttavia altrettanto

<sup>23</sup> LEIST, *Cont. Glück*, libri 37-38, vol. V, p. 344 sgg., trad. it.

<sup>24</sup> Se, infatti, il diritto alla b. p. c. t. avesse la struttura di un diritto di obbligazione di cui fosse titolare il patrono bisognerebbe, tra l'altro, dire: 1) che tale diritto non può essere trasmesso ai figli se non in quanto essi siano eredi; 2) che il patrono titolare può spogliarsene a suo piacimento, concedendo al liberto la libera testamenti factio. Ma non è vero il primo punto, come abbiamo più sopra dimostrato (§ 198), e non è vero neanche il secondo, come attesta Paolo nel fr. 47.2 D. 38.2.

PAULUS, *libro undecimo responsorum*: 47.2 D. 38.2, Pal. 1546.

Patroni filius epistulam talem liberto emisit: Sempronius Zoilo liberto suo salutem, ob merita tua fidemque tuam, quam mihi semper exhibuisti, *concedo tibi liberam testamenti factionem*, quaero, an patroni filio nihil relinquere debeat. Paulus respondit eum libertum, de quo quaeritur, liberam testamenti factionem consecutum non videri.

La concessione fatta dal patrono non pregiudica né il patrono né, tanto meno, i suoi discendenti. Trattandosi di diritti ereditari, le rinunzie fatte inter vivos non hanno effetto alcuno. Cfr. § 105 di quest'opera.

naturale era che la qualità di discendenti dovesse via via assumere rilievo giuridico, ed infrangere, in certo modo, quell'autonomia.

Al rilievo assunto dall'elemento della discendenza, si aggiunga anche il fatto che il rapporto di patronato venne assumendo un profilo sempre più marcato di rapporto giuridico privato del patrono, il quale, perciò, poté, con la diseredazione, privarne i suoi discendenti.

Per questa duplice considerazione, sotto gli auspicî, come pare, di Giuliano, la giurisprudenza ammise che la diseredazione disposta dal patrono a carico dei suoi discendenti nuocesse a costoro, escludendoli dalla successione dei liberti paterni (cfr. §§ 103, 104).

Questa innovazione introdotta dalla dottrina nella disciplina del rapporto di patronato non ne muta però la fisionomia: perché, se astraiano da tale innovazione, possiamo dire che ne permanga nel resto inalterata la caratteristica: e cioè, la indipendenza della vocazione dei discendenti del patrono al rapporto di patronato, dalla vocazione all'eredità del patrono loro padre.

§ 200. Lo scopo della innovazione giuliana è questo: impedire al figlio, che il padre avesse ritenuto indegno di succedergli, di lucrare, in virtù della sua vocazione autonoma al rapporto di patronato, l'eredità del liberto. La diseredazione va, quindi, considerata sotto questo profilo: come indice della volontà del testatore di escludere il figlio indegno dalla successione propria e da quella del liberto: ma quando si possa chiaramente dimostrare che la diseredazione non possa essere assunta quale indice di siffatta volontà del testatore, allora la diseredazione non esplica effetto alcuno sul rapporto di patronato<sup>25</sup>.

ULPIANUS, *libro quadragesimo quarto ad edictum*: 12.6 D. 38.2, Pal. 1170.

Si patroni filius priore gradu sit heres scriptus, secundo exheredatus, huic non nocet exheredatio, cum voluntate patris vel extiterit heres vel existere poterit: *neque enim debet videri pater indignum existimasse filium bonis libertorum quem ad hereditatem suam primum vocaverit*. ac ne eum quidem existimandum est summoverti a bonis liberti, qui a primo gradu exheredatus et idem substitutus est. ergo is, qui institutus sit heres vel primo gradu vel sequenti vel alio quo gradu, licet exheres sit eodem testamento, non est summovendus a liberti bonis<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> TERENCEUS CLEMENS, *libro duodecimo ad legem Iuliam a Papiam*: 40 D. 38.2, Pal. 27.

Si pater exheredato filio ita cavit, ut ius in libertum salvum ei esset, nihil ei ad hanc rem nocet exheredatio.

Ecco qui un caso in cui la diseredazione non costituisce assolutamente indice della volontà del testatore di escludere il proprio figlio diseredato dalla successione del liberto. Appare qui pure come l'effetto esclusivo non discenda oggettivamente dalla diseredazione, ma dalla volontà di diseredare.

<sup>26</sup> Qualche indice formale di intp. nel testo non manca: ma il pensiero espressovi è classico.

Come appare chiaramente dagli esempi addotti da Ulpiano, la diseredazione disposta dal patrono a carico del discendente non ha effetto sul rapporto di patronato quando essa non possa valere come indice di indegnità per il diseredato.

Alla stessa guisa, e per la medesima ragione, non ha effetto la diseredazione disposta «bona mente» (12.2 D. 38.2) e quella che non fu disposta «notae gratia, sed alio consilio»: in tal caso, dice Paolo, «exheredationem nocere non oportere quo minus contra tabulas libertorum bonorum possessionem petere possit (exheredatus)» (47 pr. D. 38.2).

È, per contro, efficace la diseredazione disposta a carico di un figlio, i figli del quale, soggetti alla sua potestà, siano stati dal testatore istituiti eredi. Lo stesso dicasi per il caso di istituzione del servo del figlio diseredato.

IULIANUS, *libro vicensimo sexto digestorum*: 13 D. 38.2, Pal. 397.

Filius patroni exheredatus, quamvis nepos ex eo heres scriptus fuerit, bonorum possessionem contra tabulas paternorum libertorum accipere non potest: licet enim necessarius existat patri suo, non per semet ipsum, sed per alium ad hereditatem admittitur. et certe constat: si emancipatus filius exheredatus fuerit et servus eius heres scriptus, etsi iusserit servo hereditatem adire et ita patri suo heres extiterit, non habebit contra tabulas paternorum libertorum bonorum possessionem.

È evidente che la diseredazione, perché abbia efficacia, deve essere disposta in un testamento in base al quale l'eredità sia stata adita. «Ex testamento autem, ex quo neque adita hereditas est neque petita bonorum possessio, liberis exhereditatio non nocet: absurdum est enim in hoc tantum valere testamentum, ut exhereditatio vigeat, cum alias non valeat» (12.5 D. 38.2).

L'efficacia della diseredazione viene pure paralizzata quando il diseredato, sia pure per errore, «pronuntiatum vel perperam sit exheredatus non esse» (12.3 D. 38.2). Invece, la diseredazione si mantiene efficace quando il testamento sia stato soltanto parzialmente rescisso con la querela inofficiosi testamenti intentata dal diseredato. In tal caso, Ulpiano decide che la diseredazione nuoccia «quia testamentum valet, a quo (filius) exheredatus est» (12.4 D. 38.2).

Quando si tratti di testamento militare la preterizione produce gli stessi effetti della diseredazione (12 pr. D. 38.2).

Importanti fattispecie ci presentano le fonti relativamente agli effetti che la diseredazione spiega sul rapporto di patronato.

ULPIANUS, *libro quadragesimo quarto ad edictum*: 10.1 D. 38.2, Pal. 1170.

Iulianus ait eum, qui ab avo suo exheredatus est, a bonis libertorum eius summoveri, a patris vero sui libertorum bonis non excludi: quod si a patre sit exheredatus, ab avo non sit, non solum a libertorum paternorum bonis, verum etiam ab avi quoque excludi debere, quia per patrem avitos liberos consequitur: quod si pater eius sit ab avo exheredatus, ipse non sit, posse nepotem avitorum libertorum contra tabulas bonorum

possessionem petere. idem ait, si pater me exheredavit, avus meus patrem meum et prior avus decesserit, ab utriusque libertis me repelli: sed si ante pater decessisset, postea avus, dicendum erit nihil mihi nocere patris exheredationem ad avitorum libertorum bona.

Il giurista pone la seguente fattispecie:

C'è un nipote, e ci sono il padre e l'avo di costui. Quid iuris *a)* quando il nipote sia stato diseredato dall'avo, *b)* quando sia stato diseredato soltanto dal padre e non dall'avo, *c)* quando sia stato diseredato il padre e non il nipote, *d)* quando l'avo abbia diseredato il padre e questi, a sua volta, il figlio (nipote)?

Nel primo caso (*a*) il nipote sarà escluso dai beni dei liberti aviti, e non da quelli dei liberti paterni; nel secondo caso (*b*) «quia per patrem avitos libertos consequitur nepos» il nipote viene escluso tanto dai beni dei liberti paterni quanto da quelli dei liberti aviti<sup>27</sup>; nel terzo caso (*c*) la diseredazione disposta dall'avo a carico del padre non nuoce al nipote, il quale può perciò ottenere i beni dei liberti aviti; nel quarto caso (*d*) bisogna distinguere: 1) l'ipotesi in cui il padre diseredato sia morto prima dell'avo, 2) e quella in cui sia morto dopo l'avo. Nella prima ipotesi, il nipote, quantunque escluso dai beni dei liberti paterni, non sarà escluso dai beni dei liberti aviti; nella seconda ipotesi, egli sarà escluso tanto dai beni dei liberti paterni quanto da quelli dei liberti aviti.

Le soluzioni qui prospettate sono tutte ispirate al principio che *la diseredazione escluda il diseredato dalla successione dei liberti del diseredante*.

Ciò è chiaro nel primo caso. Nel secondo, il nipote viene escluso dalla successione dei liberti aviti perché costoro, alla morte dell'avo, sono divenuti liberti paterni. Ora per il fatto che i liberti aviti sono divenuti liberti del padre diseredante, il nipote diseredato sarà escluso dalla successione di costoro. Tutto ciò, invece, non ha luogo nel terzo caso, in cui il padre è stato diseredato. Perché diseredato, egli non diventa titolare del rapporto di patronato; i liberti, quindi, mantengono la loro qualità di liberti aviti. A costoro può, perciò, succedere benissimo il nipote non diseredato dall'avo. Infatti, escluso il figlio, vengono chiamati, in virtù dell'editto successorio, i nipoti. Il quarto caso, infine, rappresenta una combinazione del secondo e del terzo caso.

A proposito del terzo caso, è, però, da portare un chiarimento. Abbiamo detto che quando sia diseredato il padre e non anche il nipote, quest'ultimo potrà chiedere la bonorum possessio contro il testamento dei liberti avi-

<sup>27</sup> Nel caso di testamento militare, quantunque la preterizione valga in questo caso come diseredazione, il figlio preterito non viene escluso dalla successione dei liberti aviti: la preterizione, quindi, non produce in questo caso gli stessi effetti della diseredazione.

PAULUS, *libro undecimo responsorum*: 47.4 D. 38.2 Pal. 1546.

Paulus respondit, quamvis filii a patre milite praeteriti pro exhereditatis habeantur, tamen non eo usque silentium patris eis nocere debere, ut et a bonis libertorum avitorum repellere debeant.

ti. Quest'affermazione dev'essere, però, limitata nel senso che il nipote potrà chiedere tale bonorum possessio soltanto quando egli non sia in potestà del padre diseredato.

IULIANUS, *libro vicensimo sexto digestorum*: 11 D. 38.2, Pal. 396.

Quod si pater meus a patre suo sit exheredatus, ego neque a patre meo neque ab avo, mortuo quidem patre et adversus avitos et adversus paternos libertos ius habeo, vivente patre, quamdiu in potestate eius ero, non petam contra tabulas avitorum libertorum bonorum possessionem, emancipatus non summovebor.

Perciò: la diseredazione del padre, da parte dell'avo, non nuoce al nipote, il quale, morto il nonno ed il padre, potrà chiedere la b. p. contro il testamento dei liberti aviti e paterni. Quando, però, il padre diseredato sia vivo ed abbia in potestà il figlio (nipote), neanche quest'ultimo potrà chiedere la b. p. contro il testamento dei liberti aviti. Avrebbe potuto chiederla soltanto se emancipato.

§ 201. Dalle soluzioni giulianee prospettate nei testi esaminati appare chiaro come la natura del diritto di patronato sia rimasta sostanzialmente inalterata, anche dopo che fu ammessa, sotto certe condizioni, l'influenza della diseredazione su di esso. L'effetto di questa era soltanto quello di colpire il diseredato escludendolo dalla successione dei liberti del diseredante.

Malgrado che il diritto di patronato del discendente conservasse sempre, intrinsecamente, la natura di diritto proprio ed autonomo di costui, non derivato, perciò, dal padre iure ereditario, e malgrado che esso non dovesse logicamente soggiacere a limitazioni di sorta, tuttavia questa limitazione fu ammessa. La diseredazione, infatti, ne impedisce l'attuazione.

Ma è evidente che, se tale impedimento poteva nuocere al diseredato, non avrebbe dovuto nuocere anche a coloro che erano chiamati dopo di lui al rapporto di patronato. L'applicazione integrale di questo principio, però, avrebbe in molti casi resa irrilevante l'efficacia della diseredazione. Quando, infatti, il diseredato avesse avuto dei figli sotto la sua potestà, la chiamata di costoro – come sequentes dopo il padre – al rapporto di patronato avrebbe giovato praticamente al padre diseredato. Per ovviare a tale inconveniente, i giuristi romani ammisero i figli del diseredato a succedere al liberto avito soltanto quando essi non si trovassero in potestà del padre loro. Ciò è affermato chiaramente nel fr. 11 citato, e nei fr. 16.4 e 38 pr. D. 38.2 che passiamo ad esaminare.

ULPIANUS, *libro quadragesimo quinto ad edictum*: 16.4 D. 38.2, Pal. 1175.

Si patroni filius sit vel exheredatus vel si in servitatem libertum paternum petiit vel capitis accusaverit libertum, non nocet hoc liberis eius, qui in potestate non sunt: et hoc divi fratres Quintiliis rescripserunt.

TERENTIUS CLEMENS, *libro nono ad legem Iuliam et Papiam*: 38 pr. D. 38.2, Pal. 23.

Quaeritur, an filio exheredato etiam nepotes ex eo a bonorum possessione liberti excludantur. quod utique sic dirimendum est, ut vivo filio, donec in potestate eius liberi manent, non admittantur ad bonorum possessionem, ne qui suo nomine a bonorum possessione summoventur per alios eam consequantur. sin autem emancipati a patre fuerint vel alio modo sui iuris effecti, sine aliquo impedimento ad bonorum possessionem admittantur.

La soluzione concordemente prospettata nei testi di Giuliano, di Ulpiano, e di Terenzio Clemente, non fu però sempre unanimemente ammessa dai giuriconsulti romani. La disparità di vedute dei quali sopra il punto in esame venne superata mediante un importante rescritto dei Divi fratres (17 pr. D. 37.14)<sup>28</sup>.

Una fattispecie interessante presenta, a proposito della efficacia della diseredazione sul diritto di patronato dei nipoti, il fr. 42 pr. D. 38.2.

PAPINIANUS, *libro tertio decimo questionum*: 42 pr. D. 38.2, Pal. 223.

Filius qui patri heres extitit, fratrem exheredatum adrogavit atque ita herede eo relicto defunctus est: bonorum possessionem libertorum patris naturalis exheredatus non habebit: nam cui non adoptato talis exheredatio noceret, nocere debet adoptato, quoniam poena, quae legibus aut edicto inrogaretur, adoptionis remedio non oblitteraretur. PAULUS notat: ei qui alio iure venit quam eo, quod amisit, non nocet id quod perdidit, sed prodest quod habet: sic dictum est patrono eidemque patronae filio non obesse, quod quasi patronus deliquit, si ut patronae filius venire possit<sup>29</sup>.

Ci sono due figli del patrono, di cui uno diseredato. Quest'ultimo viene arrogato dal fratello. Problema: potrà il figlio diseredato venire come nipote alla successione dei liberti paterni? La soluzione è diversamente prospettata da Papiniano e da Paolo: il primo pensa che l'adozione non estingua l'efficacia della diseredazione [per un caso analogo cfr. 8.7 D. 37.4], il secondo, invece, facendo ricorso al principio secondo cui, quando si abbia diritto ad una cosa a duplice titolo, la perdita di un titolo non costituisce anche perdita dell'altro, decide per l'inefficacia della diseredazione. Il giurista porta a sostegno della sua tesi il caso di una persona che sia al tempo stesso patrono e figlio di una patrona. Malgrado che come patrono egli abbia perduto la titolarità del rapporto di patronato – per es. per petitio in servitutum dello schiavo, o per capitis accusatio – egli mantiene tuttavia la titolarità come figlio della patrona. Altro esempio avrebbe potuto trovare il giurista nel caso prospettato da Trifonino nel fr. 50.5 D. 38.2.

<sup>28</sup> Cfr. per tutto ciò quanto diciamo nei §§ 101, 102, 103, 104 e a pag. 397<sup>1</sup> di quest'opera.

<sup>29</sup> Ho accolto l'emendazione cuiaciana. Per la critica del testo cfr. BESELER II, 124.

## CAPITOLO III

## LEGITTIMAZIONE PASSIVA E CAUSE DI ESCLUSIONE DALLA B. P. C. T. DEL PATRONO. ATTEGGIAMENTI ANORMALI DEL RAPPORTO DI PATRONATO

§ 202. Come il patrono preterito non sia escluso dalla b. p. c. t. pel fatto che l'eredità sia oberata di debiti (fr. 36 D. 38.2).

§ 203. Come legittimato passivamente alla b. p. c. t. sia l'erede istituito adeunte. Particolare situazione che si determina quando erede istituito ed adeunte sia un compatrono. Esegusi dei fr. 34 e 10 D. 38.2. Interpolazione di quest'ultimo testo.

§ 204. Conseguenze della b. p. c. t.: esclusione del patrono da ogni beneficio disposto a suo favore dal liberto. Cause di esclusione dalla b. p. c. t.

§ 205. Atteggiamenti anormali del rapporto di patronato.

§ 202. Quando, pertanto, ne ricorrano tutti i presupposti, il patrono preterito, o non sufficientemente onorato, potrà chiedere la bonorum possessio partis dimidiae contro il testamento del liberto<sup>30</sup>.

Tale bonorum possessio può essere chiesta ancorché l'eredità sia completamente passiva.

LAVOLENUS, *libro octavo epistularum*: 36 D. 38.2, Pal. 110.

Libertus, qui solvendo non erat, praeterito patrono extrarios relinquit heredes: quaero, an possit patronus petere contra tabulas bonorum possessionem. respondit: cum a scriptis heredibus adita est hereditas, patronus contra tabulas bonorum possessionem petere potest, quia solvendo hereditas est, quae inveniatur heredem. et sane absurdum est ius patroni in petenda bonorum possessione contra tabulas aliorum computatione, non iudicio ipsius patroni aestimari auferrique patrono, quod modicum vindicaturus est. multi enim casus intervenire possunt, quibus expediat patrono petere bonorum possessionem, quamvis aeris alieni magnitudo, quam libertus reliquerit, facultates patrimonii eius excedat, veluti si praedia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus maiorum sepulchra sint, et magni aestimat patronus bonorum possessione iura pro parte ei ad se pertinere, vel aliquid mancipium, quod non pretio, sed affectu sit aestimandum. non ergo ideo minus habere debet ius petendae bonorum possessionis, qui animo potius quam aliorum computatione bona liberti aestimat, cum eo ipso sufficere patrimonium videri possit, quod et heredem habeat et bonorum possessorem<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Non torneremo più oltre ad insistere sulla identità strutturale tra la b. p. c. t. e quella intestata. Essa risulta dai principii generali e dalle applicazioni particolari che le fonti presentano. Cfr. GAI, III, 48; 57 segg.

<sup>31</sup> È certo una parafrasi tratta la lunga spiegazione «et sane... possessorem»: classico, invece, può essere «quia... heredem», v. BESELER III, 32.

Il fatto che l'eredità sia oberata di debiti non costituisce ragione sufficiente perché il patrono venga escluso dalla b. p. c. t. È soltanto il patrono che deve decidere circa la convenienza di attuare o di non attuare il proprio diritto. Del resto, dice Giavoleno, se l'eredità è stata adita dall'erede istituito, è segno che essa un certo contenuto deve pure averlo.

E fosse pure interamente passiva, vi possono essere ragioni di varia indole a spingere il patrono a chiedere la bonorum possessio contra tabulas: per esempio, il fatto che tra i campi del liberto ve ne siano alcuni in cui sono i sepolcri dei suoi antenati.

§ 203. – Legittimato passivamente alla b. p. c. t. del patrono è, naturalmente, l'erede adeunte del liberto<sup>32</sup>. Ma può darsi che legittimati passivamente siano anche altri patroni istituiti. Quando ricorra tale ipotesi, hanno applicazione i principii dell'*assorbimento* e del *rafforzamento*, in conseguenza dei quali si determinano situazioni giuridiche diverse tra i vari compatroni.

Quando vi siano più compatroni i quali siano stati tutti preteriti, essi hanno diritto congiuntamente alla metà del patrimonio del liberto. Il titolo della loro vocazione è, qui, identico: ed è il diritto che essi hanno di succedere anche in contrasto col testamento del liberto.

Diversamente stanno le cose, quando alcuno dei compatroni sia stato istituito nel testamento del liberto. La istituzione muta il titolo dalla sua vocazione, trasformandola da intestata in testamentaria.

Avverrà allora che l'altro compatrono o gli altri compatroni preteriti avranno essi soli diritto alla b. p. contro il testamento del liberto: e, per ottenerla, essi si rivolgeranno contro l'erede estraneo e contro il patrono istituito. Quest'ultimo potrà trattenere a titolo di istituzione soltanto quello che avrebbe avuto se avesse egli pure chiesto la b. p. c. t.

IAVOLENUS, *libro tertio ex Cassio*: 34 D. 38.2, Pal. 16.

Si libertus, cum duos patronos haberet, alterum praeteriit alterum ex semisse fecit heredem et alteri extraneo semissem dereliquit, scriptus quidem patronus debitam sibi partem immunem habet: de cetera autem parte patroni, quae supra debitum ei relicta est, et de semisse extraneo relicto alteri patrono pro rata portione satisfieri oportet.

Quel che interessa di fissare, in questo testo, è che il patrono istituito non potrebbe, a cagione dell'assorbimento della sua vocazione intestata in quella testamentaria, chiedere egli pure la b. p. contro il testamento del liberto.

<sup>32</sup> Un caso particolare di legittimazione passiva ci presenta il fr. 16.11 D. 38.2.

ULPIANUS, *libro quadragesimo quinto ed edictum*: 16.11 D. 38.2, Pal. 1176.

Si patronus sit substitutus et patronus vivo testatore decesserit, filium patroni petentem contra tabulas bonorum possessionem non solius substituti partem occupare, verum omnibus heredibus pro parte aliquid auferre constat. Perciò il figlio del patrono, nel caso prospettato da Ulpiano, non converrà in giudizio soltanto il sostituto del patrono premorto, ma toglierà la sua quota in parti proporzionali a tutti gli eredi istituiti.

Ora però il rigore di questo principio dell'assorbimento venne infranto nel diritto postclassico. Ce ne dà prova, tra l'altro, il seguente testo alterato di Ulpiano.

ULPIANUS, *libro quadragensimo quarto ad edictum*: 10 pr. D. 38.2, Pal. 1162.  
 Si ex patronis alicui satisfactum non erit ita, ut alii amplius sua portione ex bonis liberti relinquatur: ei, cui satisfactum non erit, [ita actio] (bonorum possessio contra tabulas) dabitur [ut eius portio suppleatur] ex eo, quod extraneo heredi et quod patrono supra suam portionem relictum est. eadem ratio et in pluribus patronis servabitur.

Il testo, così come ci viene presentato nei Digesti, è sicuramente alterato; l'alterazione è consistita nell'aver sostituito la menzione della b. p. c. t. con quella dell'actio ad supplendam legitimam. Infatti, al patrono istituito in meno della sua quota si presentavano, nel diritto classico, due vie: o adire l'eredità, o chiedere la b. p. c. t. Scelta l'una, veniva per ciò stesso preclusa l'altra. È soltanto nel diritto giustiniano che al patrono istituito in meno della sua quota legittima ed adeunte è data, malgrado l'adizione, la possibilità di ottenere il supplemento della sua quota. In questo caso egli converrà in giudizio tanto l'erede estraneo quanto l'altro patrono istituito, e toglierà a quest'ultimo la parte che eccede la sua quota legittima.

Tutto ciò è, poi, conforme a quanto avviene in casi analoghi nella querella inofficiosi testamenti classica e postclassica (§ 224).

§ 204. Un punto in cui la bonorum possessio contra tabulas del patrono coincide con quella dei liberi e con la querella inofficiosi testamenti, è quello per cui il patrono, che abbia chiesto la b. possessio contro il testamento del liberto, viene escluso da ogni beneficio che a suo favore avesse disposto il liberto medesimo.

ULPIANUS, *libro quadragensimo quinto ad edictum*: 16.5 D. 38.2, Pal. 1176.

Si quis bonorum possessionem contra tabulas liberti acceperit, ab omni liberti iudicio repellitur, nec tantum si ipsi liberto heres fuerit scriptus, verum etiam si impuberi filio substitutus. nam et Iulianus scripsit, si post petitam bonorum possessionem adierit impuberis filii liberti hereditatem patronus, denegari ei debere actiones.

Dunque, il patrono che chieda la b. p. c. t. sarà respinto non solo dalla eredità del liberto, alla quale sia stato chiamato ex testamento, ma altresì da quella del figlio impubere del liberto. Lo stesso principio vale per la b. p. c. t. dei liberi, come attesta il fr. 5.4 D. 37.5.

Alla stessa guisa viene negata al patrono l'esazione dei codicilli e dei legati a suo favore, direttamente o pel tramite di persone soggette, disposti dal testatore (16.6; 16.7; 16.8 D. 38.2). Si fa soltanto eccezione, e giustamente, pel caso in cui al patrono sia stato prelegato il prezzo dello schiavo cui egli deve concedere la libertà (16.9 D. 38.2).

Un altro punto di contatto, infine, tra la b. p. c. t. del patrono e quella dei liberi, sta nella *exceptio* che esse generano pro e contro l'erede istituito.

IULIANUS, *libro primo ad Urseium Ferozem*: 25 D. 38.2, Pal. 885.

Quamdiu patrono bonorum possessio partis debitae dari potest, exceptio debitoribus datur adversus heredem petentem: «si non in ea causa sit patronus, ut bonorum possessionem pro parte [debita] (dimidia) contra tabulas petere possit» (cfr. 15 D. 37.4).

La bonorum possessio contra tabulas non è concessa al patrono in vari casi. E cioè: *a*) quando egli abbia riconosciuto lo iudicium liberti; *b*) quando abbia avuto a qualsivoglia titolo la sua quota legittima; *c*) quando il figlio del patrono sia stato diseredato dal padre, o abbia tentato di ridurre in schiavitù il liberto, o l'abbia accusato con accusa che importi la pena capitale<sup>33</sup>; *d*) quando il servo abbia acquistato la libertà per avere vendicato la morte del padrone (4 pr. D. 38.2); *e*) quando il liberto abbia conseguito la natalium restitutio (3.1 D. 38.2); *f*) quando il patrono si sia fatto pagare dal liberto il prezzo della manomissione (3.4 D. 39.2); *g*) quando il patrono abbia ceduto ad altri il diritto alle prestazioni a lui dovute dal liberto, al quale le aveva imposte *onerandae libertatis causa* (37 pr. D. 38.2, 32 D. 38.1).

§ 205. Abbiamo sinora parlato della b. p. concessa al patrono contro il testamento del liberto. Ci resta da parlare dei diritti del patrono rispetto al testamento della liberta e di quelli della patrona rispetto al testamento del liberto e della liberta.

Una considerazione generale può essere fatta per tutti questi casi: ed è che essi configurano atteggiamenti anomali del rapporto di patronato, la cui fisionomia normale è soltanto quella che ci è data *quando* questo rapporto *corra tra un patrono (maschio), ed un liberto (maschio)*.

Quando uno di questi due termini sia diverso, il rapporto di patronato, di cui in tal caso siamo in presenza, non è quello tipico, ma è un rapporto anomalo.

Riferiamoci anzitutto al rapporto di patronato che corre tra patrono e liberta. Una differenza fondamentale che tale rapporto presenta rispetto a quello normale, è costituita dal fatto che la liberta è sottoposta, ancora in epoca classica, alla tutela perpetua del patrono (Gai I, 165). Questo elemento muta profonda-

<sup>33</sup> Le fonti pongono questo problema: quando il figlio del patrono abbia accusato il liberto per volontà dello stesso patrono, sarà pur sempre respinto dalla b. p. c. t.?

PAULUS, *libro undecimo responsorum*: 47.1 D. 38.2. Pal. 1546.

Quaero, an, si Titia patroni filia iactat Titium patrem suum, priusquam moreretur, litteras ad se fecisse, quibus se dicerit per libertos suos maleficiis appetitum, easque litteras [se] secutam post mortem patris libertos accusare, ad aliquid ei prodesse possit haec excusatio. Paulus respondit eam, quae ex voluntate patris accusavit, non debere repelli a bonorum possessione contra tabulas, quoniam non suum iudicium, sed alienum exsecuta est.

Come il testo afferma, gioverà alla figlia accusatrice il fatto che l'accusa sia avvenuta per volontà del padre suo (ex voluntate patris accusavit).

mente la struttura del rapporto: ne è chiaro indice il fatto che il pretore non concede al patrono la b. p. contro il testamento della liberta che lo abbia preterito.

GAI III, 43.

In bonis libertinarum nullam iniuriam antiquo iure patiebantur patroni. Cum enim hae in patronorum legitima tutela essent, non aliter scilicet testamentum facere poterant quam patrono auctore. Itaque sive auctor ad testamentum faciendum factus erat, aut sibi imputare debebat, quod heres ab ea relictus non erat, aut ipsum ex testamento, si heres ab ea relictus erat, sequebatur hereditas; si vero auctor ei factus non erat, et intestata liberta moriebatur, ad eundem, quia suos heredes femina habere non potest, hereditas pertinebat: nec enim ullus olim vel heres vel bonorum possessor erat, qui posset patronum a bonis libertae intestatae repellere<sup>34</sup>.

Un diritto di successione ab intestato del patrono, che si ponesse come limite alla potestà di testare della liberta, non era concepibile: poiché la liberta era soggetta alla tutela del patrono, e poiché essa poteva testare soltanto patrono auctore, è chiaro che una violazione del diritto di successione del patrono non poteva mai aver luogo. Perché, o il patrono prestava l'auctoritas, ed allora non poteva parlarsi di violazione di un suo diritto (volenti non fit iniuria), o il patrono si rifiutava di prestare tale auctoritas, ed allora il testamento della liberta non veniva in essere, ed in conseguenza non poteva sorgere per il patrono iniuria alcuna.

L'anomalia del rapporto di patronato nei confronti di una liberta è ancora più manifesta quando si pensi che la liberta non poteva avere *sui*, e che, pertanto, il patrono non era mai preceduto da alcuno nella vocazione ereditaria di lei<sup>35</sup>.

Anomalo è pure il rapporto di patronato intercorrente tra la patrona e il liberto o la liberta. Indice di tale anomalia è, qui pure, il fatto che il pretore non concesse alla patrona la b. p. c. t.

GAI III, 49.

Patronae olim ante legem Papiam hoc solum ius habebant in bonis libertorum, quod etiam patronis ex lege XII tabularum datum est. Nec enim ut contra tabulas testamenti ingrati liberti vel ab intestato contra filium adoptivum vel uxorem nurumve bonorum possessionem partis dimidiae peterent, praetor similiter ut de patrono liberisque eius curabat (cfr. III, 46).

Una analisi approfondita di queste anomalie condurrebbe, a nostro avviso, a notevoli risultati ai fini della ricostruzione del rapporto di patronato più antico. Ci contentiamo per ora solamente di porre in evidenza tali anomalie.

Non passiamo a trattare delle modifiche apportate dalle leggi Giulia e Papia Poppea; in ordine a ciò, rimandiamo alle trattazioni comuni.

<sup>34</sup> Ho accettata nel testo l'integrazione proposta dal Krüger e già dallo Huschke.

<sup>35</sup> L'anomalia di tale rapporto è più marcata quanto più noi risaliamo alle origini: quando la donna non aveva la testamenti factio attiva e quando, perciò, i suoi beni andavano alla sua morte *necessariamente* al patrono tutore.

## SEZIONE TERZA

## LA QUERELLA INOFFICIOSI TESTAMENTI

§ 206. Il fondamento giuridico della *querella inofficiosi testamenti* va ricercato nella nuova natura e nel nuovo fondamento delle vocazioni ereditarie, pretorie e civili. Concepite le vocazioni ereditarie dei più prossimi parenti – figli, padre, madre, fratelli, sorelle, etc. – quali diritti soggettivi, di carattere necessario, ne discende: *a)* che il testatore non deve lederli; *b)* che quando siano lesi, deve concedersi ai loro titolari un'azione diretta a rimuovere il testamento che è causa di *iniuria*, nei limiti in cui tale iniuria produce.

Se si domanda: *a)* sopra quale base siano sorti questi diritti soggettivi, *b)* con quale mezzo tecnico siano stati inseriti nel sistema ereditario, *c)* quale azione sia stata concessa a loro presidio, risponderò: ad *a)* che la loro base è da ricercare nel rapporto di *parentela naturale*, già dal pretore giuridicamente riconosciuto; ad *b)* che la loro inserzione nel sistema ereditario è stata tecnicamente realizzata con la introduzione in questo sistema della classe dei cognati; ad *c)* che l'azione concessa a loro presidio è appunto la *querella inofficiosi testamenti*.

Ora, poiché la querella è legata alla classe dei cognati e la presuppone, ne discende che, come di origine pretoria è questa classe, così di origine pretoria dev'essere l'azione che i diritti in essa contemplati mira a far valere.

L'origine pretoria di un istituto, però, non esclude che questo istituto possa, per recezione, essere penetrato nello ius civile e così essersi trasformato da istituto pretorio in istituto civile. Ce ne forniscono, tra l'altro, un esempio alcuni diritti successori cognatizi (diritti dei figli rispetto alla madre e della madre rispetto ai figli) che, sorti sul terreno del diritto pretorio, furono più tardi ricevuti nello ius civile mediante due noti senatoconsulti: il Tertulliano e l'Orfiziano. Così avvenne per la querella: formatasi sul terreno pretorio, come conseguenza necessaria dei nuovi diritti di successione dal pretore riconosciuti ai prossimi parenti, essa fu ricevuta nello ius civile, probabilmente mediante la misteriosa Lex Glitia<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La necessità di ammettere tale legge sta nel fatto che la querella, quantunque sostanzialmente istituto pretorio, ci si presenta *formalmente* quale istituto di diritto civile. Essa rescinde

Ma l'origine pretoria della querella è nettamente riconoscibile nella struttura di quest'azione. Indici di tale origine sono: *a*) la spettanza della querella ai prossimi parenti – figli, padre, madre, etc. – sulla base del semplice rapporto di parentela naturale; *b*) il fatto che i parenti siano legittimati all'azione l'uno dopo l'altro, secondo quell'ordine di sequenza (*edictum successorium*) che è caratteristico delle vocazioni ereditarie pretorie; *c*) la mirabile conformità strutturale esistente fra l'istituto pretorio della *bon. possessio contra tabulas* del patrono e la querella; *d*) alcuni punti di identità tra la *b. p. c. t.* dei liberi e la querella.

Da tutto ciò risulta evidente come la querella presupponga sviluppato il sistema ereditario pretorio e, quindi, presupponga riconosciuti quei diritti di successione che in tal sistema hanno origine e al cui presidio essa venne, appunto, concessa.

Affermatosi il principio che i prossimi parenti erano tenuti a far salvi nel testamento i loro reciproci diritti di successione, ne doveva necessariamente derivare: *a*) che il *paterfamilias* non potesse più, secondo i principii del diritto agnaticio, diseredare senza motivo i suoi discendenti: una ingiustificata diseredazione avrebbe ora costituito lesione del diritto di successione, riconosciuto nel nuovo diritto ai parenti più prossimi; *b*) che la madre non potesse più impunemente preterire i propri figli; i quali, quantunque a lei legati da un vinco-

anche *iure civili* il testamento inofficioso (8.16 D. 5.2). Questo effetto non può altrimenti spiegarsi se non ammettendo che una legge lo abbia espressamente ricollegato alla pronunzia di inofficiosità. Esatte in questo senso le osservazioni dell'EISELE, *Z. S. St.*, 15 (1894), pp. 267, 269, 270, 281. Non del tutto soddisfacenti sono, quindi, in proposito, le osservazioni del WOESS, *Das röm. Erbrecht und die Erbanwärter*, Berlin, 1911, pp. 217-220 e altrove. Verissimo che, come il WLASSAK, *Enc. P. W.*, v. *Centumviri*, III/2, p. 1944, aveva già notato, l'origine della querella va ricercata nell'attività creatrice del pretore: questa origine, che è palese per la *bon. possessio contra tabulas* dei liberi e del patrono, non lo è meno, per uno studioso attento, anche per la querella. Ma quest'ultimo istituto, diversamente dai primi, fu ricevuto dall'*ius civile*: ed è a questa recezione che si deve la capacità della querella di rescindere *iure civili* il testamento contro cui è esperita. Fino a quando questa recezione non avvenne, la querella ebbe per effetto la semplice attribuzione della *bon. possessio* da parte del pretore al cognato vincitore (come nei testi di VALERIO MASSIMO VII 7, 5 etc.). Sia che il pretore giudicasse egli stesso o facesse giudicare da un suo commissario (*extra ordinem*) della *querella* del legittimario preterito o diseredato, sia che questa querela venisse, mediante *sponsio praeiudicialis* (GAI IV, 95), portata al giudizio dei centumviri, la pronunzia di inofficiosità, nell'un caso o nell'altro, non poteva intaccare un testamento *iure civili* valido (cfr. EISELE, *l. c.*, p. 270). Il pretore poteva, è vero, attribuire la *bonorum possessio sine lege* al legittimario vincitore e denegare l'*actio* all'erede civile: ma, come si vede, ancora non si può parlare di rescissione *iure civili* del testamento, come ne parlano i fr. 8.16 e 21.2 D. 5.2. Per giustificare tale rescissione, dalle fonti testimoniata, è necessario supporre una formale recezione della querella da parte dell'*ius civile*. Che poi questa recezione sia avvenuta veramente mediante la *lex Glitia* o non piuttosto per opera della giurisprudenza è questione, come si vede, assolutamente secondaria. Quando il Woess a p. 270 afferma che anche nella *b. p. c. t.* le fonti parlano, come nella querella, di una rescissione del testamento, egli non tiene conto che mentre la prima non intacca *iure civili* il testamento, l'altra, invece, lo intacca e spesso radicalmente. Cfr. p. 415<sup>1</sup> [p. 911 nota 5].

lo esclusivamente cognatizio, non dovevano essere esclusi dalla sua successione; *c*) che, a loro volta, i discendenti non potessero preterire l'ascendente paterno o materno; *d*) che gli estranei non dovessero essere preferiti ai cognati nella chiamata ereditaria. Quando alcuna violazione (iniuria) di tal genere si fosse verificata, la querella costituiva il mezzo giuridico per rimuoverla, con la rescissione del testamento.

Ma come questa tutela dei cognati fu le prime volte attuata? E quale fu, dunque, la prima manifestazione della querella? Senza ricercare, come comunemente si fa, nella prassi centumvirale la radice della querella<sup>2</sup>, noi crediamo di poter, invece, affermare che la querella si svolse dalla bonorum possessio cum re che il pretore concedeva in origine ai parenti più prossimi, diseredati o preteriti, contro gli eredi civili ai quali denegava la legis actio. Prova di ciò ci dà la seguente testimonianza di Valerio Massimo (VII, 7, 5)<sup>3</sup>.

«Egredia C. quoque Calpurni Pisonis praetoris urbis constitutio: cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adulescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se *querellam* detulisset, bonorum adulescentis possessionem ei dedit heredesque lege agere passus non est. movit profecto Pisonem patria maiestas, donum vitae, beneficium educationis, sed aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, quia cum patre septem fratres impie exheredatos videbat».

La fattispecie è la seguente: Terenzio, padre di otto figli, di cui uno dato in adozione, «defert querellam» al pretore Calpurnio Pisone per il fatto che il figlio dato in adozione lo ha preterito (il testo dice diseredato, ma forse impropriamente) nel testamento, nominando eredi altre persone. Il pretore, stimato il caso degno di tutela, attribuisce a Terenzio la bonorum possessio, denegando la legis actio agli eredi civili.

L'epoca alla quale questo caso appartiene cade intorno al 67 a.C.; epoca, questa, dalla quale viene comunemente datata la nascita della querella<sup>4</sup>. Orbene, nel caso in esame la querella, come azione per sé stante, non c'è ancora; essa è confusa con la bonorum possessio. Ma già in questa fattispecie sono posti tut-

<sup>2</sup> EISELE, *op. cit.*, p. 257; HELLWIG, *Erbrechtsfeststellung und Rescission des Erbschaftserwerbes*, p. 8 segg. e, comunemente, tutti gli autori. GIRARD, *Manuel*, p. 909; BONFANTE, *Ist.*<sup>3</sup>, p. 612; ARANGIO R., *Ist.*<sup>2</sup>, p. 499; PEROZZI, *Ist.*<sup>2</sup>, II, p. 612 segg. Diversamente, invece, il WOESS, *op. cit.*, pp. 218-220. Cfr. anche WLASSAK, *op. cit.*, p. 1944; v. più oltre p. 504<sup>1</sup> [p. 1010 nota 172].

<sup>3</sup> A questa affermazione ci condusse una lunga e laboriosa revisione dei testi giuridici ed extragiuridici della querella. Con vero piacere ci accorgiamo ora che la stessa tesi era già stata dal WOESS, *op. cit.*, p. 220 ricavata dall'esame dei principali testi extragiuridici. Ma il W. si ferma a questa prima origine e non pensa, come ci sembra necessario, ad una evoluzione dell'istituto nel senso della sua recezione nell'ius civile: vedi quanto diciamo a pag. 412<sup>1</sup> [p. 908 nota 1].

<sup>4</sup> Cfr. WOESS, *op. cit.*, pp. 200-207 e le opinioni divergenti ivi richiamate. Esatta la critica rivolta contro la tesi di una maggiore antichità sostenuta dallo ZACHARIA V. LINGENTHAL e dall'HELLWIG (pp. 133, 200 segg.).

ti i principii che regoleranno più tardi la querella. Infatti, *a*) come la *b. p.* concessa dal pretore Calpurnio Pisone è unicamente fondata sopra il vincolo cognatizio che unisce il figlio dato in adozione al padre naturale, così la querella sarà concessa sulla base di questo medesimo vincolo; *b*) come nella concessione di questa *b. p.* vi sono – sia pure non tecnicamente distinti – tre momenti, 1) la querella del cognato, 2) la *causae cognitio* da parte del pretore, 3) la concessione propriamente detta della *b. p.*, così nella querella ci saranno più tardi tre momenti: 1) l'adgnitio della *b. p.* *litis ord. gratia* che legittima il cognato ad esperire l'azione, 2) l'esperimento dell'azione, 3) l'attribuzione dei beni ereditari.

Da questa *bonorum possessio* attribuita dai pretori, sul finire della repubblica, ai cognati preteriti o diseredati nel testamento dei loro congiunti, si svolse, dunque, la querella *inofficiosi testamenti*. In questa concessione di *bonorum possessio* che, diversamente da quel che avveniva nella *b. p. c. t.*, aveva luogo previa *causae cognitio*, poteva benissimo questa *causae cognitio* essere separata e così dar vita a un *procedimento* e ad un'azione *per sé stanti*.

Cioè il pretore, normalmente, prima di attribuire la *bon. possessio*, demandava *extra ordinem*, al giudizio di un suo commissario, la querella deferitagli dal cognato diseredato o preterito. Il giudice doveva giudicare intorno al punto *an testamentum inofficiosum sit*. In conseguenza di questa pronunzia, il pretore attribuiva o non attribuiva la *bon. possessio* al querelante. Si comprende, però, come siffatta pronunzia potesse dalle parti, mediante *sponsio praeiudicialis* (GAI IV, 95), essere anche provocata dal tribunale centumvirale, al quale si portavano normalmente le cause ereditarie.

Ma sia l'una che l'altra pronunzia, se procacciavano al querelante la *bon. possessio*, non potevano, però, intaccare il testamento<sup>5</sup>: il quale, dal punto di vista dell'*ius civile*, rimaneva perfettamente valido. Perché ne venisse ammessa la rescissione era necessario che la querella venisse accolta dall'*ius civile*. Solo una disposizione dell'*ius civile* poteva ricollegare alla pronunzia di *inofficiosità* gli effetti della rescissione *iure civili* testimoniati dalle fonti (8.16 D. 5.2)<sup>6</sup>. Fu, questa disposizione, la *lex Glitia*? Può anche essere: ciò che è certo è, però, che la querella divenne istituto di *ius civile*<sup>7</sup>. Ma il diritto civile si limitò qui ad ammantare con le sue forme un istituto, la cui struttura ed i cui principii dovevano indelebilmente attestarne l'origine pretoria.

<sup>5</sup> Cfr. EISELE, *op. cit.*, pp. 269 e 270. VAL MAX. VII, 7, 2 va interpretato o nel senso che la querella fosse stata già ricevuta dall'*ius civile*, o nel senso che il figlio avesse ottenuto vittoria nella *sponsio* e, in base a ciò, avesse ottenuta la *b. p.* Del resto nessuna meraviglia che Valerio Massimo non usi con proprietà i termini tecnici. Ciò per WLASSAK, *loc. cit.*

<sup>6</sup> EISELE, *op. cit.*, pp. 270, 281.

<sup>7</sup> Cfr. EISELE, pp. 270, 282 segg.: per la diversa tesi del WOESS cfr. quanto diciamo a pag. 412<sup>1</sup> [p. 908 nota 1].

Quale è, dunque, la fisionomia processuale di questa azione? Da quanto abbiamo detto risulta accertato: *a)* che si trattava di azione sin dalla sua origine autonoma, concessa dal pretore previa richiesta della *b. p. l. o. g.*, ed avente ad obbietto una *pronuntiatio* intorno al punto *an testamentum inofficiosum sit*<sup>8</sup>; *b)* che questa azione poteva essere esperita *extra ordinem*<sup>9</sup> o, mediante *sponsio praeiudicialis*, anche *apud centumviro*<sup>10</sup>; *c)* che l'ius civile ricollegava a siffatta *pronuntiatio* l'effetto della rescissione ipso iure del testamento<sup>11</sup>; *d)* che questa azione poteva essere esperita dai cognati, indipendentemente dalla loro qualità di eredi legittimi<sup>12</sup>.

Risulta per contro infondata l'idea, quasi universalmente ammessa<sup>13</sup>, che la querella sia stata nelle origini una semplice *hereditatis petitio* esperita, sul fondamento del *color insaniae*, presso i centumviri.

Le caratteristiche fondamentali della querella, nel diritto classico, possono così riassumersi: 1) la querella presuppone il sistema ereditario pretorio ed in particolare la classe dei cognati alla quale essa è collegata; 2) essa si è svolta dalla *b. p.* che veniva dal pretore concessa ai cognati preteriti o diseredati; 3) i cognati sono legittimati ad esperire la querella l'uno dopo l'altro, secondo la successio *graduum* che vige nella loro classe; 4) l'ordine delle persone legittimate

<sup>8</sup> *Pronuntiatio* nel senso da noi sopra indicato: non quindi in quanto costituisca un momento autonomo della *hereditatis petitio* esperita presso i centumviri o in quanto costituisca il risultato di una *formula praeiudicialis*, come in BEKKER, *Die Aktionen des röm. Privatrechts*, I, Band, 1871, pp. 272, 279 segg. Per la critica di questa tesi cfr. EISELE, *op. cit.*, p. 270, HELLOWIG, *op. cit.*, p. 39 segg.

<sup>9</sup> La querella è sin dall'origine una «kognitionsquerel», come appare dall'esegesi sopra fatta del testo di Valerio Massimo (VII, 7, 5). Cfr. in tal senso anche WOESS, *op. cit.*, p. 220. Radicalmente errata è, perciò, la comune idea – ripresa dall'EISELE, *op. cit.*, p. 257 segg. e riaffermata dall'HELLOWIG, *op. cit.*, p. 8 segg. (cfr. p. 414<sup>1</sup> [p. 910 nota 2]) – secondo cui, invece, la querella sarebbe in origine sorta quale *hereditatis petitio* ab intestato esperita presso i centumviri sul fondamento del *color insaniae*, e solo più tardi, per i successibili pretori e pei provinciali, si sarebbe modificata in un'azione autonoma di rescissione del testamento, esperibile *extra ordinem*. Peraltro è gran merito dell'EISELE, *op. cit.*, p. 271 segg., di avere notato nelle fonti la presenza di una querella azione autonoma esperita *extra ordinem*.

<sup>10</sup> LENEL, *Ed.*<sup>3</sup>, p. 143; WŁASSAK, *op. cit.*, 1943; WOESS, *op. cit.*, p. 224. Quando si ricorresse alla procedura *extra ordinem* e quando a quella della *sponsio*, non è possibile precisare: ma si trattava probabilmente di circostanze di fatto, diverse nei singoli casi, che consigliavano il pretore a rimettere il giudizio ora ad un suo commissario ora ai centumviri. Trae qui conferma la tesi del WŁASSAK circa la non esclusività della competenza dei centumviri. (*Prozessgesetze*, I, 109 segg., 206, II, 292). Su quest'ultimo tema cfr. però ora BOZZA, *Sulla competenza dei centumviri*, Napoli, 1928.

<sup>11</sup> Cfr. EISELE, p. 270.

<sup>12</sup> Cfr. VAL. MAX., VII, 7, 2; VII, 8, 2; QUINT., *Inst. or.*, 9, 2, 9. In tutti questi casi il querelante era legato al defunto da un mero vincolo cognatizio. Cfr. esattamente WOESS, *op. cit.*, pp. 215, 232, 233, nota 23. (Cfr. più oltre § 208).

<sup>13</sup> Cfr. p. 414<sup>1</sup> [p. 910 nota 2]. I testi in cui si parla di *hered. petitio* sono interpolati. Cfr. più oltre § 217.

ad esperire la querella è indipendente da quello delle vocazioni intestate; 5) la querella mira a rescindere il testamento ad esclusivo profitto dell'attore, nei limiti in cui il testamento reca a costui iniuria; 6) la querella viene esperita extra ordinem o, mediante la *sponsio praeiudicialis*, apud centumviros.

La fisionomia che abbiamo tracciata della querella, rispecchia la struttura classica di questo istituto. Come ognuno avrà notato, noi non abbiamo neanche accennato a quel *color insaniae* su cui fa, invece, unanimemente leva la dottrina comune<sup>14</sup>. E, infatti, questo *color insaniae* non ha, a nostro avviso, rilievo giuridico alcuno nel diritto classico. Se pure è innegabile che i classici hanno di esso fatto menzione, non meno innegabile è, a nostro avviso, che questa menzione non assume nel diritto classico importanza giuridica alcuna, ed ha un mero significato retorico<sup>15</sup>. Non è sulla base della pazzia del defunto che vengono difesi i cognati; ciò che li legittima ad agire con la querella è il fatto che al loro rapporto di parentela naturale col defunto il pretore, ed indirettamente lo stesso ius civile, dà tutela giuridica. Da ciò deriva che il testamento inofficioso non è *nullo*, come sarebbe quello fatto da un pazzo; esso è solamente *rescindibile*, e nei soli confronti del cognato che prova avergli il testatore recato iniuria preterendolo o diseredandolo. La querella classica non mira a togliere di mezzo la successione testamentaria ed a provocare quella intestata: essa mira, per contro, soltanto a rimuovere l'iniuria che si afferma recata col testamento ai parenti più prossimi. Di qui discende la possibilità di una rescissione solo parziale del testamento, e quel fenomeno (inspiegabile per chi non veda la querella sotto la visuale indicata) per cui la querella può profittare a persone che, se la eredità si fosse deferita ab intestato, sarebbero state escluse da altri successibili di grado poziore (§ 208).

Ma contro questa concezione classica della querella, un'altra concezione sorge e si afferma nel diritto postclassico (per mutare di nuovo nel diritto giustiniano)<sup>16</sup>. E questa nuova concezione ha il suo fondamento nel *color insaniae*. Da mera giustificazione retorica, questo *color insaniae* viene elevato, nel diritto postclassico, a vera ragione giuridica della nullità del testamento. La ingiustificata diseredazio-

<sup>14</sup> EISELE, *op. cit.*, 257 segg. e gli autori citati a pag. 414<sup>1</sup> [nota 2 p. 910].

<sup>15</sup> Sul *color insaniae*, sulle pretese influenze greche sostenute dal LEIST e dallo SCHULIN, e sulla sua origine retorica vedi WOESS, *op. cit.*, p. 179 segg., 191 segg. Anche pel WOESS il *color insaniae* non ha che un mero significato retorico. Cfr. VAL. MAX., VII, 8, 2; QUINT., *Inst.*, IX, 2, 9. Il Woess, però, non si accorge della funzione nuova assunta dal *color insaniae* nel diritto post-classico, e non sospetta, perciò, l'esistenza di una querella postclassica, proprio su questo *color insaniae* fondata. Cfr. quanto diciamo a pag. 430<sup>1</sup> [p. 928 nota 39] e nei §§ 216 e 256 segg.

<sup>16</sup> La concezione giustiniana della querella è diversa tanto da quella classica quanto da quella postclassica: cosicché, come vedremo più oltre (§ 236), non sarà arbitrario attribuire a giuristi postclassici la alterazione almeno sostanziale dei testi della querella. Esempi di reazione di Giustiniano a innovazioni postclassiche in ROTONDI, *Scritti II* p. 128, 129, 372.

ne o preterizione dei prossimi parenti fa sorgere una *praesumptio iuris et de iure* di pazzia del defunto (p. 430<sup>1</sup> [p. 928 nota 39] e § 216, 256 sgg.).

Le conseguenze di siffatta concezione sono palesi: esse danno alla querella un profilo radicalmente diverso da quello in precedenza delineato per la querella classica. Infatti: *a*) la querella avrà ora per obbiettivo l'annullamento del testamento e l'apertura della successione intestata; *b*) essa profitterà, perciò, ai più prossimi successibili ab intestato del defunto, ed all'attore solo in quanto rientri in tale categoria; *c*) essa potrà benissimo essere intentata anche da persone che dall'annullamento del testamento sanno di non poter trarre alcun diretto profitto.

Altre ancora, e ben profonde, sono le differenze fra la querella classica e quella postclassica. Esse, peraltro, sono comprensibili quando si pensi che il nesso fondamentale che univa nel diritto classico la classe dei cognati e la querella venne meno nel diritto postclassico. Nel quale il sistema ereditario venne sempre più mutando, e la classe dei cognati venne ad essere sostituita da quella dei legittimi (§§ 210, 211).

La progressiva scomparsa della classe dei cognati, da un lato, e il nuovo scopo della querella, tendente a provocare l'apertura della successione intestata, dall'altro, portavano necessariamente ad infrangere l'indipendenza dell'ordine dei cognati legittimati alla querella dall'ordine delle vocazioni intestate: indipendenza, che costituiva una delle più singolari caratteristiche della querella classica.

## CAPITOLO I

### RAPPORTI FRA L'ORDINE DEI LEGITTIMARI E QUELLO DEI SUCCESSIBILI AB INTESTATO NEL DIRITTO CLASSICO E POSTCLASSICO

§ 207. Finalità della querella in quanto istituto di origine pretoria: tutela del diritto di successione riconosciuto dal pretore ai membri della famiglia cognatizia.

§ 208. Coincidenza, in diritto classico, della cerchia dei legittimarî con quella dei cognati, e sua indipendenza da quella dei successibili ab intestato. Sua coincidenza, nel diritto postclassico, con la cerchia dei legittimi; vale a dire, dei prossimi successibili ab intestato. Interpolazione dei fr. 1 e 6 pr. D. 5.2 e della c. 21 C. 3.28.

§ 209. L'ammissione della delazione successiva nella cerchia dei legittimarî, indice della coincidenza di questa con la cerchia dei cognati (fr. 31 pr.; 14 D. 5.2).

§ 210. Interpolazione dei fr. 1; 6 pr.; 6.1 D. 5.2 nel senso di abolire l'indipendenza della cerchia dei legittimarî da quella dei successibili ab intestato. Contenuto originario del fr. 6.1 D. 5.2.

§ 211. Come nel diritto postclassico e giustiniano la cerchia dei legittimari coincide con la classe dei legittimi.

§ 212. La querella, nel diritto classico, azione d'impugnativa coordinata al diritto di successione del cognato legittimario. Mancanza di tale coordinamento nel diritto postclassico. Conseguente possibilità, in diritto postclassico, che anche un non legittimario intenti con successo la querella (fr. 6.1 D. 5.2). Come nel diritto classico chi è attivamente legittimato alla querella sia, per ciò stesso, legittimato all'interdetto *quorum bonorum* (Gai IV, 144); non così nel diritto postclassico.

§ 207. Nel diritto classico, in conseguenza della natura di diritti soggettivi incondizionati assunta da talune vocazioni ereditarie pretorie, il cui fondamento si era spostato dalla familia agnatzia alla cognatzia, sorse l'obbligo dei testatori di non preterire e di non diseredare senza giusto motivo i parenti più prossimi.

Il riconoscimento giuridico dei vincoli cognatizi fece considerarle conformi a natura e a giustizia insieme, che alla successione fossero anzitutto chiamati i figli, i genitori, e gli altri cognati più prossimi.

Questi vincoli non possono essere impunemente lesi. La loro violazione dà diritto al parente, a danno del quale essa si è verificata, di intentare la querella inofficiosi testamenti per rimuovere il testamento, in quanto è causa, e nei limiti in cui è causa, di iniuria per lui. Orbene, volendo ricercare l'origine della querella la ricercheremo nell'*ius civile* o in quello pretorio? La risposta è evidente: se il riconoscimento giuridico della famiglia naturale è opera del pretore (i vincoli giuridici che stringono i suoi membri hanno, infatti, carattere pretorio) *pretoria*, quale del resto si rivela attraverso il suo *contenuto* e la sua *struttura*, deve essere stata in origine anche l'azione che servi a far valere questi vincoli nelle successioni ereditarie: la querella inofficiosi testamenti<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Dopo quanto si è detto nella introduzione (p. 412 sgg. [p. 908 sgg.]) non dovrà più stupire la nostra affermazione che la querella è istituito di origine pretoria.

E del resto vedremo meglio come legittimati ad esperire la nostra azione siano i cognati: i quali possono agire solo dopo compiuta l'*adgnitio bonorum possessionis litis ordinandae gratia* (fr. 6.2; 7; 8 pr. D. 5.2; c. 2 C. 3.28).

Cognati, infatti, sono i figli emancipati, i figli dati in adozione, i discendenti per linea femminile, il padre rispetto ai figli che non siano in sua potestà, la madre, le sorelle e i fratelli uterini, che potevano pure esperire la querella prima della costituzione di Costantino, gli altri parenti naturali che, verosimilmente, erano pure ammessi alla querella. Quanto alla possibilità da parte della madre e dei discendenti per linea femminile, di intentare la querella anche prima dei senatori Tertulliano ed Orfiziano, oltre alle numerose testimonianze delle fonti extragiuridiche – VAL. MAX., VII, 7, 2, 5; PLIN., *Epist.*, V, 1; cfr. WOESS, *op. cit.*, 233<sup>23</sup> – abbiamo esplicite prove nelle nostre fonti.

Così MARCELLO, fr. 5 D. 5.2 – vissuto sotto gli Antonini, prima del Sen.to Orfiziano – dice che hanno la *facultas agendi* (de inofficioso) anche coloro che «non ex masculis descendunt». Così suppone già pienamente sviluppato l'uso della querella da parte dei figli, contro il testamento materno, un rescritto di ADRIANO (fr. 28 D. 5.2).

§ 208. Esaminiamo singolarmente queste classi di legittimari.

Attestano che la querella può essere intentata dai *liberi* e dai *parentes* i seguenti testi.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad edictum*: 1 D. 5.2: P. 485.

Sciendum est frequentes esse inofficiosi querellas: omnibus enim (cognatis) [tam parentibus quam liberis] de inofficioso licet disputare [cognati enim proprii qui sunt ultra fratrem melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum optinere spem non haberent]<sup>18</sup>.

Pretoria è altresì la struttura della querella come si rileva, fra l'altro, dall'ammissione della successio graduum (fr. 31 pr. D. 5.2).

E di natura pretoria è l'effetto che dalla querella vittoriosamente esperita discende. Infatti il legittimario cognato, *secundum quem iudicatum est* viene confermato nella bonorum possessio (*erit bon. possessor* 8.16 D. 5.2; cfr. p. 435<sup>1</sup>) e può esperire le azioni ereditarie (fittizie) contro i terzi (15.2 D. 5.2) e l'interdetto quorum bonorum contro l'erede (Gai IV, 144). Nel diritto postclassico, affievolitasi ormai la distinzione tra heredes e bonorum possessores, la querella subisce, come vedremo, profondi mutamenti e si trasforma in un'azione di inofficiosità notevolmente diversa.

<sup>18</sup> Il FABRO, *Rationalia ad Pandectas, ad h. l.*, che, fondandosi sul fr. 6.1 D. *eod.*, concepisce l'azione di inofficiosità *quasi pubblica accusatio* esperibile da chiunque, crede interpolato il testo e lo ricostruisce così: «sciendum est frequentes esse inofficiosi querellas: omnibus enim de inofficioso licet disputare».

In verità il testo è interpolato per due versi: 1°) in quanto vi fu tolta la menzione dei cognati («omnibus enim cognatis» diceva forse originariamente il testo) e fu ristretta la cerchia dei legittimari ai figli, ai genitori, ed ai fratelli consanguinei, nel supposto sempre che costoro fossero i primi successibili ab intestato del defunto; 2°) in quanto, tuttavia, anche ai cognati non legittimari fu concesso di esperire, anche con esito vittorioso, la querella, ma senza trarre dalla vittoria profitto alcuno per sé (cfr. p. 426 [p. 923]).

«Non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem» (6.1 D. 5.2). In questo senso essi «melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum optinere spem non haberent».

È manifesto, qui, il passaggio dalla concezione classica della querella a quella postclassica. In diritto classico la querella era data al cognato (figlio, padre, madre, fratello, sorella ecc.) cui il testatore aveva arrecato iniuria preterendolo o ingiustamente diseredandolo: il vittorioso esperimento dell'azione giovava unicamente all'attore in quanto valeva a rimuovere l'iniuria a lui recata. Nel diritto postclassico, invece, la querella è data *efficacemente* ai figli, al padre etc., solo in quanto essi siano i più prossimi successibili ab intestato. Siccome la querella ha, in quest'epoca, per effetto di rimuovere il testamento, quasi a *demente factum*, è naturale che di essa non possano profittare che i più prossimi successibili ab intestato.

Ora non c'è ripugnanza ad ammettere come prima anche gli altri cognati all'esperimento della querella: però, mentre *prima* essi solamente traevano profitto dal vittorioso esperimento della querella, *ora*, invece, poiché la querella «intestatum patrem familias facit», della vittoria profittano solo coloro «qui habent ab intestato successionem».

Senza le nostre spiegazioni, la menzione dei cognati nel fr. 1 non si comprende: si comprende, invece, pensando alla possibilità che essi prima avevano di intentare con profitto la querella. I testi bizantini riportano tutti la menzione dei cognati contenuta nel fr. 1. Cfr. TEOFILO, *Inst.*, II, 18, 1, *Bas.*, 39, 1, 1, sch. 1 in fine; *Bas.*, 39, 1, 48, sch. 1, 2, 3; *Bas.*, 39, 1, 52, sch. 2. In questo scolio si afferma apertamente che la legislazione imperiale postclassica mirò a restringere i diritti dei legittimari ex latere (constitutio, ... novando coangustavit fratrum iura – Heimbach).

PAPINIANUS, *libro quarto decimo quaestionum*: 15 pr. D. 5.2: P. 229.

Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentium et naturalem erga filios caritatem, turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet.

MARCIANUS, *libro quarto institutionum*: 30 pr. D. 5.2: P. 97.

Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest.

Come appare da questi tre frammenti la querella è concessa ai figli ed ai genitori *indipendentemente* dalla loro posizione agnatizia e sul solo fondamento del loro vincolo cognatizio.

Si discute, a proposito del figlio dato in adozione, se costui abbia azione contro il testamento del padre naturale che l'abbia preterito. La questione è stata generata dalla seguente dichiarazione di Giustiniano.

«...in adoptivis filiis, qui filii familias constituti a patribus naturalibus aliis dantur, antiquae sapientiae incidit quaedam dubitatio, si oportet talem filium, si praeteritus a naturali patre fuerat, habere contra eius testamentum de inofficioso actionem: quam Papinianus quidem negat, Paulus autem sine effectu derelinquit, Marcianus vero distinguit, ne ex hac causa utriusque patris perderet successionem, naturalis quidem voluntate eius circumventus, adoptivi propter egestatem, quam forte habebat...» (c. 10 pr. C. 8.47).

Sembrirebbe, dalle affermazioni di Giustiniano, che intorno alla questione se il figlio dato in adozione potesse esperire la querella contro il testamento del padre naturale, ci fosse discordia tra i giuristi classici: Papiniano sarebbe stato di parere *negativo*, Paolo non si sarebbe *pronunziato*, Marciano avrebbe distinto. Ma i testi di Valerio Massimo già citati (p. 412 sgg. [p. 908 sgg.]) e, più che altro, il nesso di coordinamento fra la querella e la classe dei cognati ci autorizzano pienamente a credere che anche il figlio dato in adozione potesse intentare la querella inofficiosi testamenti<sup>19</sup>.

Poiché la qualità di legittimario è data al figlio come tale, non vi è differenza tra figli e figlie, tra discendenti per il tramite di persona di sesso maschile o di sesso femminile.

MARCELLUS, *libro tertio digestorum*: 5 D. 5.2: P. 16.

Nam et his qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi, cum et de matris testamento agant [et optinere adsidue solent]<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. il caso riferito da VALERIO MASSIMO, VII, 7 § 2, in cui appare come un figlio dato in adozione potesse efficacemente esperire la querella contro il testamento del padre naturale.

<sup>20</sup> L'ultimo inciso è forse interpolato: esso mostra come sia presente nella mente dell'interpolatore la concezione di una querella che possa anche essere intentata senza speranza, per l'attore, di profittare della vittoria. È l'azione delineata nel fr. 6.1 D. 5.2 in cui l'attore, estraneo, non trae profitto dal vittorioso esperimento della querella. Ma è errata l'idea del BESELER III, 76 di voler considerare interpolato anche «cum et de matris testamento agant». Contro tale tesi si veda il fr. 28 D. 5.2.

ULPIANUS, *libro sexto opinionum*: 29. 1 D. 5.2: P. 2349.

De inofficioso testamento matris spurii quoque filii dicere possunt.

*Impp.* FILIPPUS A. et FILIPPUS C. *Aphrodisiae*: c. 15 C. 3.28.

Filiam praeteritam a matre ad successionem eius citra inofficiosi querellam adspirare non posse explorati iuris est (a. 245).

*Impp.* CARINUS et NUMERIANUS AA. *Florae*: c. 17 C. 3.28.

Cum filium tuum te praeterita sororem heredem instituisse proponas, inofficiosi querellam apud praesidem provinciae persequi potes (a. 284).

Come appare dai testi citati la querella è concessa anche ai figli contro il testamento della madre ed alla madre contro il testamento dei figli<sup>21</sup>.

Naturalmente anche i figli postumi potevano intentare la querella contro il testamento dei loro genitori che li avessero ingiustamente diseredati o preteriti.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad edictum*: 6 pr. D. 5.2: P. 487.

Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum quibus suus heres [vel legitimus] potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore: sed et cognatorum [quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere. quid ergo est? eis imputatur cur intestati non decesserant? sed hoc nemo apud iudicem potest impetrare: non enim interdicitur testamenti factione. hoc plane ei imputare potest... haberet]. simili modo et eum, qui post matris fatum exsecto ventre extractus est, posse queri dico<sup>22</sup>.

Il postumo, come suus o come cognato, può agire con la querella contro il testamento paterno o materno.

Poiché in diritto classico non ci sono legittimari agnati, non potrebbe un *postumus legitimus*, solo perché tale, essere legittimato alla querella. L'interpolazione (come nota l'Albertario)<sup>23</sup> è anche ispirata al nuovo valore assunto dal principio «conceptus pro iam nato habetur».

Caratteristica è poi l'interpolazione [quia et... haberent]: si fa dipendere l'esperimento della querella dal fatto che il postumo, se il defunto fosse morto intestato, avrebbe potuto chiedere la bon. possessio intestati. Ricorre qui, chiaramente, il principio postclassico che il legittimario è sempre il più prossimo successibile ab intestato, al quale soltanto può portare vantaggio il vittorioso esperimento della querella.

La querella postclassica, infatti, mira a rimuovere il testamento e a determinare l'apertura della successione intestata (più oltre, cap. VI § 222). Della quale, naturalmente, si gioveranno i più prossimi successibili ab intestato.

<sup>21</sup> Cfr. ancora c. 1; 3; C. 3.28; fr. 6 pr.; 13; 22 pr.; 27.4; 28 D. 5.2.

<sup>22</sup> Per la perfetta intelligenza del testo – secondo il diritto giustiniano – vedi l'interessante scolio di Stefano, nei Basilici (39.1, VI, 1). Cfr. la medesima interpolazione segnalata, per ragioni formali, dal BESELER III, 114.

<sup>23</sup> ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur*, in *BIDR*, 33 (1923) 34.

Indice chiarissimo di questa concezione postclassica è il § 1 dello stesso fr. 6, dove si afferma che l'azione può essere esperita da un estraneo: i vantaggi del vittorioso esperimento della querella non ricadranno sull'attore, ma su coloro «qui habent ab intestato successionem». Perché, aggiunge l'interpolatore, la querella ha per effetto di «facere intestatum patremfamilias».

In diritto classico, invece, l'ordine dei legittimari è indipendente da quello dei successibili ab intestato: la querella è concessa ai figli, ai genitori, ai fratelli, alle sorelle ed agli altri cognati, sul solo fondamento dei vincoli di sangue che legano costoro al defunto<sup>24</sup>. Illustreremo più oltre (§ 210) ampiamente, questo punto.

Passiamo agli altri cognati. È accertato che prima della riforma introdotta da Costantino (c. 1 C. Th. II, 19) tutti i fratelli, consanguinei od uterini, potevano esperire la querella. Anzi la cerchia dei legittimari coincideva, in diritto classico, almeno virtualmente, con la classe dei cognati creata dal pretore<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Prova testuale di questa autonomia ci porge Paolo (Sent. Rec. IV. 5. 4).

Qui inofficiosum dicere non potest, hereditatem petere non prohibetur.

Infatti coloro che possono esperire la querella non sono necessariamente i più prossimi successibili ab intestato. Per questi ultimi può avvenire che quantunque non siano tra coloro che possono *dicere inofficiosum* – non essendo legittimari – siano, per contro, tra coloro che *hereditatem petere non prohibentur*.

Il NABER (*Mnemosyne*, 34. p. 373), volendo restare fedele all'opinione comune, afferma che i *centumviri rescindunt testamentum non rescindunt legitimum hereditarium ordinem*. Egli tuttavia ammette che, come nel caso riferito da VALERIO MASSIMO (VII, 7 § 2), dapprima i centumviri mutassero l'ordine delle vocazioni intestate. Così nel caso riferito da Valerio Massimo – testamento di un padre naturale rescisso da un figlio dato in adozione – egli non può negare che tale ordine è stato mutato. E per giustificare ciò egli assume che *adoptionem quoque centumviri resciderunt*.

E continua: *idem dicendum puto de frequentibus apud centumviros maternorum testamentorum ante senatusconsultum Orfitianum accusationibus; neque enim mihi persuadeo toties in causam profuisse conventionem in mariti manum*.

A questa congettura il Nabor è costretto a ricorrere dal fatto che egli crede che legittimari siano esclusivamente i prossimi successibili ab intestato. Ora, come diciamo, ciò non è vero. Come spiegare, infatti, diversamente, il vittorioso esperimento della querella intentata dalla madre contro il testamento del figlio?

Queste difficoltà invece spariscono quando si pensi che l'ordine dei legittimari era quello stesso dei cognati, e che era, perciò, indipendente dall'ordine generale delle vocazioni intestate. Questa indipendenza, in fondo, si manifestava in ciò: che veniva così escluso dalla querella l'agnato prossimo come tale. Fa eccezione alla comune dottrina il WOESS, *op. cit.*, 233<sup>23</sup> quantunque egli non riallacci la querella alla classe dei cognati, come noi facciamo.

Esempio di questa indipendenza, del resto, ci porge la chiamata dei figli dati in adozione alla b. p. c. t. del loro padre naturale, quando fossero stati istituiti nel suo testamento (*commissio per alios edicto*). Ora costoro, se il padre fosse morto intestato, non sarebbero venuti ab intestato alla successione di lui. Ecco, dunque, un caso in cui un legittimario, pur non essendo prossimo successibile del defunto, viene tuttavia chiamato alla eredità di lui.

<sup>25</sup> La nostra affermazione deve essere intesa con discrezione.

Poiché i cognati non potevano intentare la querella senza l'*adgnitio bon. poss. litis ordinandae gratia*, era possibile al pretore, che era libero di accordare o di rifiutare la concessione di

I legittimari, come i cognati nelle vocazioni ereditarie intestate, stavano in un ordine di sequenza: la querella era concessa ai sequentes solo se i praecedentes vi avessero rinunciato, o ne fossero stati comunque esclusi.

Quindi l'azione poteva essere esperita anzitutto dai discendenti. Se costoro avessero rinunciato, o fossero stati esclusi, essa veniva concessa agli ascendenti (padre e madre). Successivamente ancora, in caso di esclusione o di rinuncia degli ascendenti, essa era concessa agli altri cognati: fratelli, sorelle ecc.

Che nell'epoca classica tutti i cognati potessero esperire con profitto la querella inofficiosi testamenti risulta da vari fatti.

1.° La cerchia dei cognati legittimari cominciò ad essere ristretta soltanto nel periodo postclassico. Conosciamo una costituzione (c. 21 C. 3.28) di Diocleziano e Massimiano (a. 294) in cui è disposto che i figli del fratello e della sorella vengano esclusi dall'esperienza della querella: «testamentum inofficiosum frustra dicunt, [cum nemo eorum qui ex transversa linea veniunt exceptis fratre et sorore ad inofficiosi querellam admittatur]»<sup>26</sup>.

2.° La restrizione della qualità di legittimarii ai soli fratelli consanguinei è dovuta a Costantino.

*Imp. COSTANTINUS A. ad Lucrium Verinum* (c. 1 C. Th. 2.19 = c. 27 C. 3.28).

Fratres uterini ab inofficiosis actionibus arceantur: germanis tantummodo fratribus, ... agnatione durante sine auxilio praetoris, petitionis aditus reseretur (a. 319).

Da questa costituzione possiamo, a contrario, argomentare che prima di essa i fratelli uterini e i fratelli non agnati, in genere, potevano, auxilio praetoris, intentare la querella contro tutti gli eredi istituiti senza distinguere, cioè, come fu fatto poscia, fra persone turpi e non turpi<sup>27</sup>.

questa bon. possessio, di escludere dalla querella – previa un'apposita *causae cognitio* – quei cognati che avessero un grado di parentela remoto col defunto. Questa circostanza vale, a nostro parere, a far vincere la ripugnanza che si potrebbe sentire a considerare come legittimarii i cognati fino al 6° grado.

Quel che a noi preme di affermare è che *l'ordine dei legittimarii era diverso da quello dei successibili ab intestato, ed era conforme a quello della classe dei cognati.*

<sup>26</sup> L'inciso [cum nemo... admittatur] è interpolato: esso è di conio schiettamente giustiniano e suppone tanto la costituzione di Costantino, quanto le modificazioni in essa introdotte da Giustiniano (c. 27 C. 3.28). Quanto alla frase «exceptis fratre et sorore» noto come essa ricorra in altre interpolazioni giustinianee (§ 1 Inst. III, 5).

<sup>27</sup> Prova decisiva di queste restrizioni apportate nel diritto postclassico alla cerchia dei cognati legittimarii ci porge lo scolio di Taleleo alla c. 27 C. 3.28 (*Bas.* 39, 1, 52 = c. 27 C. 3.28. sch. ἐβάρησεν).

A proposito della esclusione dei fratelli uterini dalla querella, e della distinzione tra persone turpi e non turpi e tra liberti proprii ed estranei, Taleleo afferma che le innovazioni introdotte con la costituzione debbono esclusivamente applicarsi ai casi in essa contemplati: esse non sono suscettive di interpretazione analogica; e ciò, perché *queste innovazioni restringono i diritti dei fratelli.*

L'*auxilium praetoris* è costituito dalla *bonorum possessio litis ordinandae gratia* che legittimava il cognato ad esperire l'azione.

3.° La delazione successiva fra i legittimari non è in alcun modo limitata. Ora chi erano questi legittimarii disposti in ordine di sequenza? Quelle stesse persone che erano raggruppate, con lo stesso ordine di sequenza, nella categoria pretoria dei cognati. Vale a dire, discendenti, ascendenti, collaterali. Ora una restrizione della *successio* (delazione successiva) ai soli ascendenti o ai fratelli consanguinei, nelle nostre fonti non c'è. È bensì vero che una attestazione esplicita della coincidenza della cerchia dei legittimari con quella dei cognati non c'è neanche nelle fonti, almeno nello stato in cui esse sono a noi pervenute. Ma il silenzio si spiega come conseguenza di soppressioni operate dai compilatori giustiniane.

§ 209. In ogni modo, la coincidenza in questione noi possiamo provare argomentando dal fatto stesso della introduzione della *successio* fra i legittimarii, e da una serie di interpolazioni dirette ad eliminare la coincidenza in parola.

Vediamo anzitutto i testi in cui è esplicita menzione della «*successio*».

PAULUS, *libro singulari de septemviralibus iudiciis*: 31 pr. D. 5.2: P. 45.

Si is qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur videndum est. Et placuit posse, ut fiat successioni locus.

Come dice Paolo, dunque, nella querella c'è *successio*: così se il *praecedens* non voglia (per rinunzia) o non possa intentare la querella (perché giustamente escluso, o perché morto o perché, per altra ragione, non sia a lui concesso l'esperimento dell'azione) l'esperimento di essa è concesso al *sequens*. Chi è costui? E fin dove giunge questo rapporto di sequenza? Cioè, se anche il primo *sequens* non voglia o non possa intentare l'azione, sarà chiamato il secondo *sequens* e così via? Il testo non risponde a tutte queste domande: esso afferma un principio generale.

Poiché, però, come abbiamo detto, il fatto solo della ammissione della *successio* fra i legittimari è indice indubbio che la cerchia di costoro coincide con quella dei cognati, fra i quali questa *successio* fu per la prima volta creata, possiamo dire che il rapporto di sequenza fra i legittimarii ha gli stessi confini del rapporto di sequenza tra i cognati<sup>28</sup>.

ἡ γὰρ διάταξις κατὰ καινοτομίαν στενόςασσα τῶν ἀδελφῶν τὰ δίκαια ἐπ' ἐκείνων κρατεῖ, ἐφ' ὧν εἰσηνέχθη.

(Nam constitutio quae novando *coangustavit* fratrum iura, in eis obtinet, in quibus introducta est).

<sup>28</sup> La delazione successiva ammessa nella querella non è quella ammessa tra i vari ordini, ma quella ammessa tra i gradi, entro l'ordine dei cognati.

L'ammissione della delazione successiva contraddice al principio secondo cui legittimarii sono sempre i più prossimi successibili ab intestato. La dottrina propende per ritenere quest'ammissione come una irriducibile anomalia della querella. MÜHLENBRUCH, *Cont.*

PAPINIANUS, *libro quinto quaestionum*: 14 D. 5.2: P. 113.

Pater filium emancipavit et nepotem ex eo retinuit: emancipatus suscepto postea filio, duobus exheredatis patre praeterito vita decessit. in quaestione de inofficiosi testamenti praecedente causa filiorum patris intentio adhuc pendet. quod si contra filios iudicetur, pater ad querellam vocatur et suam intentionem implere potest.

Un paterfamilias emancipa un figlio, trattenendo in potestà il nipote ex eo. Il figlio emancipato procrea un altro figlio e fa un testamento in cui disereda i due figli e preterisce il padre. Morto il testatore i figli intentano la querella, ma vengono sconfitti nel giudizio di inofficiosità. Dopo quest'esclusione dei figli – praecedentes – il padre – sequens – esperisce a sua volta la querella e vince.

È da notare come l'azione del padre, quantunque abbia qui per effetto di rimuovere il testamento, tuttavia giovi esclusivamente al padre. Ciò, perché la querella stava a garanzia del diritto del legittimario querelante e giovava a lui esclusivamente. Il che chiaramente dimostra come fosse indipendente la qualità di legittimario da quella di prossimo successibile ab intestato. Tutto ciò per diritto classico.

Nel diritto postclassico, invece, la vittoria del querelante che non sia successibile ab intestato, giova solamente a coloro che siano tali<sup>29</sup>.

*Glück*, XXVIII, II, 1421 e p. 318 e segg. trad. it.; *FRANCKE*, *Das Notherbenrecht*, 278 segg.; *CUIACIO*, V.° *Quaest. Papin. ad h. l.*; *NABER*, *Mnemosyne*, 34, p. 373.

La contraddizione, però, svanisce quando si pensi che la querella aveva la sua base nella classe dei cognati, dalla quale aveva mutuato tanto le persone dei legittimari, quanto il loro ordine di sequenza.

La delazione successiva è ancora ammessa nel diritto giustiniano: rimosso il testamento, la vocazione intestata sorge in capo al legittimario sequens, che è anche sequens nell'ordine delle vocazioni intestate; e sorge immediatamente in capo a lui perché il praecedens che non agì repudiantis animo, o che fu sconfitto, viene considerato come premorto. Lo scoliaste, in sch. 1 *Bas.* 39, 1, 27, dice che quando il testamento sia rescisso da colui che è di ordine inferiore (sequens) si apre, è vero, la successione intestata, ma non per questo viene ad essa chiamato il praecedens: costui è, infatti, considerato come premorto. Lo scoliaste si richiama alla parte interpolata del fr. 17 pr. D. 5.2.

In diritto giustiniano l'apertura della successione intestata porterebbe a chiamare all'eredità il praecedens: se costui ne viene escluso, è solo in virtù della sua rinuncia, che viene equiparata alla morte. Se non avesse rinunciato, profitterebbe ora egli stesso della successione intestata aperta. In diritto classico, invece, poiché la querella non provoca l'apertura della successione intestata, è perfettamente concepibile che la querella profitti ai sequentes, senza ricorrere, per giustificare questo effetto, alla finzione della morte dei praecedentes.

La differenza essenziale, poi, tra il diritto classico ed il postclassico si ha in ciò: che l'ordine di sequenza dei legittimarii, in diritto classico, non coincide con quello dei successibili ab intestato; vi coincide, invece, nel diritto postclassico. Se, infatti, nel diritto classico la cerchia dei legittimarii coincidesse con quella dei più prossimi successibili ab intestato, non si spiegherebbe, tra l'altro, l'ammissione della delazione successiva in contraddizione col principio «in legitimis non est successio». Da tutto ciò appare chiaro quanto arbitraria sia l'interpolazione segnalata da *BESELER* III, 8 nel fr. 31 pr. D. 5.2.

<sup>29</sup> Per diritto giustiniano il testo di Papiniano ha questo valore: i figli vinti vengono considerati come premorti: in conseguenza, la vocazione intestata, determinata dalla remozione

Papiniano applica, quindi, ad un caso concreto il principio della successio tra i legittimari. E se anche il padre fosse stato vinto, chi ci vieta di pensare che i fratelli avrebbero potuto, come ulteriori sequentes, esperire essi, e magari con successo, la querella? Le fonti, ripetiamo, non ci indicano i confini di questo rapporto di sequenza in cui stanno i legittimari: noi dobbiamo, però, pensare che essi coincidessero coi confini che tale rapporto aveva nella classe dei cognati<sup>30</sup>.

Casi di successio configuravano in origine i fr. 6.1 e 25.1 D. 5.2. Ma di essi diremo innanzi.

§ 210. Vediamo ora come furono interpolati i testi nei quali in origine si affermava la coincidenza della cerchia dei legittimari con quella dei cognati.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad edictum*: 1 D. 5.2: P. 485.

Sciendum est frequentes esse inofficiosi querellas: omnibus enim (cognatis) [tam parentibus quam liberis] de inofficioso licet disputare. [cognati... non habent].

Come ho già avvertito<sup>31</sup>, qui Ulpiano affermava che a tutti i cognati era lecito disputare de inofficioso: essi, naturalmente, stavano tra di loro in ordine di sequenza, ordine che, perciò, coincideva con quello della categoria dei cognati. I compilatori, costretti, per le ragioni che vedremo, a restringere la cerchia dei legittimari, operano nel testo una doppia interpolazione. Con l'una, tolgono la menzione dei cognati sostituendovi quella dei parentes e dei liberi: con l'altra, introducono nuovamente la menzione dei cognati, ma per limitarla ai fratelli. Quanto agli altri, dicono i compilatori, faranno bene a non intentare la querella: non perché essi ne siano necessariamente respinti: anzi, essi possono benissimo agire: ma l'azione, anche se vittoriosa, sarà vana, perché non porterà loro profitto<sup>32</sup>.

Ulpiano continua, nello stesso libro, a trattare dei legittimari. Dopo avere, perciò, detto che tutti i cognati sono ammessi alla querella, egli passa ai postumi.

del testamento ad opera della querella del padre, sorge immediatamente in capo al padre, il quale viene considerato prossimo successibile ab intestato. Erronee proposte di emendazione del testo, dovute a sconoscenza della struttura della querella, in BESELER III, 8 e Z. S. St. 47 (1927), 362. Certamento indici di alterazione nel testo ci sono: ma l'idea espressavi della *successio* è classica. La c. 34 C. 3.28 cui il B. si richiama non ha nulla a che fare con la successio.

<sup>30</sup> Si tengano presenti le osservazioni da noi fatte innanzi (p. 423<sup>1</sup> [p. 919 nota 25]) che, cioè, al pretore spettava un apprezzamento discrezionale circa l'opportunità di concedere o non concedere ai cognati di grado remoto la b. p. litis ordinandae gratia che doveva legittimarli ad esperire la querella.

<sup>31</sup> Cfr. p. 419<sup>2</sup> [p. 916 nota 18].

<sup>32</sup> Dice STEFANO, *Bas.* 39, 1, I sch. 1 infine ... μηδεμίαν ἔχουσιν ἐλπίδα τοῦ κρατήσαι τῆς οὕτω κινουμένης παρ' αὐτῶν ὑποθέσεως. ... nullam habent spem obtinendi causam ita ab iis institutam).

Cioè, è possibile che la lite venga istituita da parte dei cognati ex latere: solo che l'esperimento anche vittorioso della querella non porterà loro profitto. Pertanto vi è la legittimazione ad esperire l'azione anche con esito vittorioso, ma il risultato utile del processo non profitta all'attore, sibbene ai più prossimi successibili ab intestato (6.1 D. 5.2).

ULPIANUS, *eod.*: 6 pr. D. 5.2: P. 487.

Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus [vel legitimus] potuisset fieri... sed et cognatorum [quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere... haberet].

Anche per i postumi Ulpiano avrebbe dovuto dire che la loro qualità di cognata li legittimava, previa adgnitio della b. p. litis ord. gratiae, alla querella. Per un postumus legitimus, però, ai fini della querella, non c'era posto. Il legittimario o era suus o era cognato.

Ciò non esclude che il cognato potesse essere al tempo stesso anche agnato: ma anche in tal caso ciò che rilevava era la sua qualità di cognato. L'inciso «vel legitimus» è, come abbiamo già notato (p. 421 [p. 918]), interpolato. E interpolato è l'altro inciso «quia et horum... haberet»: con questi due incisi viene compiuto un collegamento tra la qualità di legittimario e quella di prossimo successibile ab intestato, che il diritto classico non conosceva. E, in conseguenza, viene infranta quell'indipendenza dell'ordine dei legittimarii, rispetto a quello dei successibili ab intestato, che costituiva la caratteristica della querella classica<sup>33</sup>.

Il principio postclassico, accolto anche dai compilatori, è questo. I cognati sono legittimarii in quanto siano al tempo stesso i più prossimi successibili ab intestato del defunto. Quanto agli altri cognati, che prima erano ammessi ad esperire la querella, possono essi pure essere ammessi ad esperirla: ma sappiano che la loro fatica è vana, perché la vittoria, determinando l'apertura della successione intestata, gioverà solo ai successibili ab intestato del defunto<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Che nella querella classica l'ordine dei legittimarii sia diverso dall'ordine dei successibili ab intestato, è quello che abbiamo cercato di dimostrare. Ce ne ha dato prova, in particolare, il fatto che nella querella sia ammessa la delazione successiva e che quali legittimarii sequentes, dopo il figlio, siano considerati dalle fonti il padre e la madre: ciò si desume apertamente dai fr. 14 e 15 pr. D. 5.2 di Papiniano. Eppure si sa che il padre e la madre – cognati – sono preceduti, nella vocazione intestata, dall'agnato prossimo. Che nella querella postclassica l'ordine dei legittimarii coincida con quello dei successibili ab intestato risulta solo dai testi interpolati delle Pandette e dalle esplicite affermazioni degli scolii dei Basilici.

*Bas.* 39, 1, VI, 1, pr. Δεῖ τὸν κινουῦντα τὴν δεινοφικίσοο δεικνύειν... ὅτι πρὸ τῶν ἄλλων αὐτῷ διέφερον ἐξ ἀδιαδέτου τὰ πράγματα, ἧτοι ἡ κληρονομία τοῦ τελευτήσαντος... (agentem de inofficioso testamento probare oportet... prae ceteris ad se pertinere ab intestato bona sive hereditatem defuncti).

Continuando il commento della lex 6 pr., lo scoliaste, a proposito del postumo suus o legitimus o cognatus, richiede costantemente, perché egli sia ammesso alla querella, tre requisiti: 1°) che egli sia il più prossimo successibile ab intestato; 2°) che nessuna legge impedisca la sua istituzione in erede; 3°) che non sia giustificata la sua esclusione dalla eredità. Questi tre requisiti lo scoliaste li riafferma continuamente: così, annotando la lex 6 § 1 egli ripete: «haec tria desiderari: ut et capax successionis sit ab intestato» etc... Cfr. *Bas.* 39, 1, VI, sch. 1; sch. 2; *id.*, XXXIX, sch. 2.

<sup>34</sup> Dice Giustiniano nelle Istituzioni § 1 Inst. II, 18 «ultra fratres et sorores cognati nullo modo aut agere possunt aut *agentes vincere*». Dunque essi possono agire ma non possono vincere; e ciò, per la decisiva ragione che essi non sono «ex his personis quae habent ab intestato successionem». Il fatto, però, che ancora in diritto giustiniano essi possano agire – sia pure senza profitto – è chiaro indice che prima essi potevano agire anche con profitto.

È questo il senso del § 1 dello stesso frammento 6 D. 5.2.

Prima, Ulpiano dice che il postumo può intentare contro il testamento dei cognati la querella. I compilatori restringono questa affermazione nel senso che il postumo deve, però, essere anche il più prossimo successibile ab intestato del defunto. E soggiungono che se, anzi, egli sia «ex his personis quae ad successionem ab intestato non admittuntur», ancorché ottenga vittoria, questa vittoria non gli porterà profitto alcuno.

§ 1. Si quis ex [his personis quae ad successionem ab intestato non admittuntur] (cognatis) de inofficioso egerit [(nemo enim eum repellit)] et [casu] optinuerit, [non ei prosit victoria, sed his qui habent intestato successionem: nam intestatum patrem familias facit]<sup>35</sup>.

Qui la frase «si quis etc.» si riferisce ai cognati «qui sunt ultra fratrem» e, in genere, a quelli che non sian prossimi successibili ab intestato del defunto (fr. 1 D. 5.2; c. 2 C. Th. 2.19). Il fr. 6.1 integra il pensiero giustiniano – risalente ai giuristi postclassici – già manifestato nel fr. 1. Ivi i compilatori, dopo avere omessa la menzione dei cognati vicino ad «*omnibus*», aggiunsero: *cognati enim proprii qui sunt ultra fratrem melius facerent si se sumptibus inanibus non vexarent, cum optinere spem non haberent*. Poiché, infatti, essi sono *ex his personis quae ad successionem ab intestato non admittuntur*, è chiaro che, se essi intentano la querella e vincono, *non eis prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem*<sup>36</sup>. E ciò, perché la querella *intestatum patrem familias facit*.

Come si vede, il pensiero corre perfettamente. Il legame esistente fra il fr. 6.1 ed il fr. 1 è provato anche dal fatto che essi sono estratti dallo stesso XIV libro *ad edictum* in cui anzitutto Ulpiano trattava dei legittimari.

Il § 1 del fr. 6 si collega poi perfettamente alla parte interpolata del pr. dello stesso frammento. Ivi, infatti, i compilatori collegano la qualità di legittimario del postumo cognato alla qualità di successibile ab intestato. Se questo legame non c'è, e il postumo tuttavia agisce de inofficioso e vince, anche qui è da dire che *non ei prodest victoria*.

Il testo in origine doveva, forse, porre una fattispecie analoga a quella che ora esso presenta, ma con soluzione opposta all'attuale.

Come si argomenta dagli scolii dei Basilici al fr. 6.1 e 25.1 D. 5.2, l'attore del fr. 6.1 è un legittimario sequens, un cognato, cioè, non prossimo successibile ab intestato. Rescindendo l'intero testamento egli provoca l'apertura della successione intestata, dalla quale, però egli è escluso. Ciò per diritto postclassico.

In diritto classico, invece, la bonorum possessio ottenuta dal sequens (cognato), che avesse intentata con successo la querella prima dei precedenti,

<sup>35</sup> È da notare come la formula *ex his personis* sia espressione cara ai giustiniani. Essa ricorre pure nel fr. 8.15 D. 5.2 ed è stata ivi riconosciuta interpolata dal NABER (*Mnemosyne*, 34, 372). Sul fr. 6.1 D. 5.2 vedi l'ampia esegesi che se ne fa al § 253.

<sup>36</sup> Non è certamente classica la frase «habere ab intestato successionem».

era a lui efficacemente attribuita: le *praecedentes personae* avrebbero soltanto potuto agire successivamente con la querella contro il *sequens* e avrebbero così potuto allontanare il *sequens* dalla eredità. È questo il caso del fr. 16.1 D. 5.2.

PAPINIANUS, *libro secundo responsorum*: 16.1 D. 5.2: P. 926.

Contra tabulas filii possessionem iure manumissionis pater accepit [et bonorum possessionem adeptus est]<sup>37</sup>: postea filia defuncti, quam ipse exheredaverat, quaestionem inofficiosi testamenti recte pertulit: possessio, quam pater accepit, ad irritum recedit: nam priore iudicio de iure patris, non de iure [testamenti] (filiae) quaesitum est: [et ideo universam hereditatem filiae cum fructibus restitui necesse est].

Qui il padre, iure manumissionis, chiese ed ottenne contro il testamento del figlio emancipato la bon. possessio. Dopo, la figlia diseredata agì con la querella contro il nonno ed ottenne essa l'eredità paterna.

Ecco, adunque, un caso in cui il *sequens* ottenne l'eredità e la trattenne sino a quando il *praecedens*, agendo con la querella, non gliela tolse. Se la figlia non avesse agito, la posizione dell'avo si sarebbe definitivamente consolidata.

Il caso prospettato da Papiniano coincide con quello prospettato da Ulpiano nel fr. 6.1: dunque, anche il fr. 6.1 doveva, in origine, contenere una soluzione analoga a quella contenuta nel fr. 16.1 D. 5.2.

Non si dica, contro le nostre conclusioni, che nel fr. 16.1 D. 5.2 non si tratta della querella, ma della b. p. c. t. concessa al padre come *parens manumissor*: questa obbiezione cade quando si pensi che la b. p. c. t. concessa al patrono ed al *parens manumissor*, ha gli stessi presupposti e la stessa struttura della querella, e produce effetti identici a quelli che la querella produce.

Ritengo interpolata la parola *testamenti* al posto di *filiae*: interpolazione, questa, ispirata alla concezione nuova della querella in quanto diretta a togliere di mezzo il testamento. Il diritto classico si preoccupava unicamente del diritto del legittimario querelante (de iure patris, de iure filiae, etc): il diritto postclassico si preoccupa, invece, della validità o invalidità del testamento (de iure testamenti) perché officioso o inofficioso. Quanto alla chiusa *et ideo... necesse est*, bisogna per lo meno dire che essa costituisce un'aggiunta superflua.

E tornando ora al fr. 6.1, dirò che mi sembrano genuine le parole «de inofficioso egerit et optinuerit»: è questa, infatti, una frase che ricorre in altri testi non interpolati (16 pr. D. 5.2, 19, in principio, etc.).

Conferma delle nostre considerazioni sui fr. 6.1 e 1 D. 5.2 ci porge anche la c. 2 C. Th. 2.19; = c. 28 C. 3.28.

*Imp.* COSTANTINUS A. *ad Lucrium Verinum* c. 2 C. Th. 2.19.

Licet legum auctoritas, filiorum potius, quam matruum personis voluit laborem incumbere (della prova circa il loro comportamento verso il

<sup>37</sup> Cfr. NABER, *Mnemosyne*, 48, p. 164.

defunto)... tamen si *mater* contra filii testamentum inofficiosi actionem instituat, (bisogna indagare diligentemente e la madre stessa deve provare che essa non aveva prestato al figlio alcun motivo di lagnanza: e ciò affinché, se l'azione risulti fondata), remoto testamento matri successio deferatur *si tamen defuncto consanguinei agnati non sunt superstites...*<sup>38</sup>.

Qui la concezione postclassica della querella è evidente. La madre può intentare con frutto la querella solo se è anche la più prossima successibile ab intestato del figlio defunto. Se, invece, è preceduta, nell'ordine delle chiamate, dai fratelli consanguinei del figlio, la querella esperita vittoriosamente dalla madre gioverà unicamente a costoro. Cioè, per essa ricorre in tal caso, integralmente, la fattispecie prospettata nel fr. 6.1 D. 5.2.

Possiamo, dunque, con ragione affermare che in diritto classico la querella era data ai cognati indipendentemente dalla loro qualità di successibili ab int., e in quell'ordine di sequenza che il pretore aveva creato entro la loro categoria. La querella tutelava il diritto dei singoli legittimarii querelanti e rescindeva soltanto a loro profitto il testamento che recava loro iniuria e nei limiti in cui la produceva. Cioè, contrariamente a quanto afferma il fr. 6.1 esaminato, *la querella classica non determinava mai l'apertura della successione intestata del defunto*.

§ 211. Nel diritto postclassico, invece, la categoria dei legittimarii è ristretta ai figli, ai genitori, ai fratelli ed alle sorelle consanguinei ed è stabilito un legame necessario tra la qualità di legittimario e quella di prossimo successibile ab int. del defunto; ciò, perché la querella ha per effetto, in quest'epoca, di annullare il testamento, quasi fatto da un pazzo, e di provocare l'apertura della successione intestata: la querella, dice il fr. 6.1, *patremfamilias intestatum facit*.

Queste conclusioni concernenti la querella classica e quella postclassica saranno ulteriormente confermate quando tratteremo degli effetti delle querelle classica e postclassica (più oltre, cap. V e VI).

Quanto ai motivi che determinarono questo mutamento nella natura della querella, e quello parallelo nella cerchia dei legittimarii, ne indichiamo due che ci sembrano fondamentali.

<sup>38</sup> L'inciso «si tamen defuncto consanguinei agnati non sunt superstites» non viene ripetuto nella corrispondente c. 28 del Codice giustiniano (3.28). La ragione di questa omissione va ricercata nel fatto che in diritto giustiniano la madre non è più preceduta, nell'ordine delle vocazioni intestate, dai fratelli consanguinei del figlio.

È da notare come il diritto giustiniano sia in questo, come in altri punti, molto più vicino al diritto classico che non a quello postclassico. Fenomeno, questo, già osservato a proposito delle riforme introdotte con le novelle 115 e 128 nel campo ereditario. L'ordinamento delle chiamate ereditarie nelle novelle è, infatti, molto vicino a quello delle chiamate nella categoria pretoria dei cognati, e notevolmente diverso, invece, da quello della categoria postclassica dei legittimi. Cfr. p. 274 [p. 759] di quest'opera.

Uno, è il valore giuridico nuovo assunto dal *color insaniae* nel diritto postclassico. Esso, infatti, da mera *giustificazione retorica* venne elevato a vera *ragione giuridica* della nullità del testamento. Questo venne considerato fatto *quasi a demente* (13 D. 5.2) e con la querella si mirò a provocarne il totale annullamento<sup>39</sup>.

Rimosso il testamento naturalmente venivano alla eredità i più prossimi tra i chiamati a succedere ab intestato.

Accanto a questa ragione, è da porne un'altra altrettanto importante: la sempre maggiore preminenza assunta dalla categoria dei legittimi nell'ordinamento delle chiamate ereditarie. Abbiamo veduto come già nell'epoca classica, e più in quella postclassica, si fosse iniziato un processo di trasposizione dei parenti più prossimi dalla categoria dei cognati in quella dei legittimi (p. 274 [p. 760]). Laddove il pretore aveva considerato *prevalenti*, almeno ai fini dell'esperimento della querella, le vocazioni ereditarie dei *cognati*, gli imperatori postclassici diedero invece questa prevalenza alle vocazioni dei *legittimi*, tra i quali molti cognati erano stati, con varie disposizioni, già ricompresi.

Esempio mirabile di questo fatto si ha nella disposizione di Valentiniano Teodosio ed Arcadio (a. 389). Essi trasportano dalla categoria dei cognati in quella dei legittimi i discendenti ex filia, e stabiliscono che costoro siano, al tempo stesso, legittimarii (c. 4 C. Th. 5.1; cfr. c. 9 C. 6.55).

Poiché, dunque, in diritto postclassico la querella annulla il testamento e determina l'apertura della successione intestata, è naturale che legittimarii siano solamente i più prossimi successibili ab intestato.

Si comprende così come la cerchia dei legittimarii sia stata nel diritto postclassico notevolmente modificata. Sono infatti legittimarii soltanto i figli e loro di-

<sup>39</sup> Nel diritto postclassico il *color insaniae*, che nel diritto classico aveva un valore solamente rettorico – cfr. *Thesaurus Linguae Latinae* – assume, invece, un vero e proprio valore giuridico. Si considerano, in conseguenza, le disposizioni testamentarie fatte «quasi a demente» (13 D. 5.2); si considera il defunto come privo di test. factio (testamenti factionem habuisse defunctus non creditur 17.1 D. 5.2; quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur 19 D. 5.2). Il *color insaniae* (χρῶμα μανίας) ricorre spesso nelle fonti bizantine: così nello scolio 5 *Bas.* 39, I, XXIII, il *color insaniae* viene considerato quale indice tecnico della querella. Cosicché dove non è possibile ricorrere all'idea della pazzia per giustificare la preterizione di un figlio, non si deve propriamente parlare di esperimento della querella.

In una glossa del VI secolo al fr. 17 pr. D. 5.2 (GRADENWITZ, *Z. S. St.*, 23, pag. 458) la pazzia è posta a giustificazione dell'annullamento del testamento.

La querella postclassica, pertanto, provocava un giudizio «de iure testamenti» e la sua tendenza naturale era quella di rimuovere l'intero testamento e provocare l'apertura della successione intestata.

πέφυκε γὰρ ἡ δεινοφοκίσιον, πᾶσαν καταλύουσα τὴν διαθήκην, τοῖς ἐξ ἀδιαθέτου χώραν ποιεῖν. Vale a dire la querella, che rescinda l'intero testamento, ha tale *natura* – πέφυκε – che di essa profitano i successibili ab intestato. *Bas.* 39, I, VI, sch. 2.

In questo senso sono interpolati i fr. 6.1; 17 pr.; 19; 8.8 D. 5.2. Su tutto ciò cfr. più oltre § 256 segg.: vedi pure p. 416<sup>6</sup> [p. 913 nota 15].

scendenti, i genitori, i fratelli e le sorelle consanguinei (in quanto agnati). L'ordine poi della loro chiamata alla querela è quello stesso della loro vocazione intestata.

Nel diritto giustiniano (del Codice e del Digesto) la cerchia dei legittimarii è alquanto diversa da quella formatasi nell'epoca postclassica; infatti, essendo ormai svanito ogni residuo dell'antico diritto agnatizio anche nella categoria dei legittimi (i quali perciò erano ormai tutti cognati), ed essendosi apportata qualche modifica nell'ordine delle vocazioni intestate (per es. la madre era stata preferita ai fratelli ed alle sorelle), queste modifiche si erano, in conseguenza, anche prodotte nell'ordine dei legittimarii. La cerchia e l'ordine dei quali, perciò, sono in diritto giustiniano molto più vicini a quelli dell'epoca classica, che non a quelli dell'epoca postclassica<sup>40</sup>.

§ 212. Non possiamo tralasciare qui di accennare al problema concernente i rapporti fra la qualità di legittimario e la legittimazione attiva all'esperimento della querela, nel diritto classico ed in quello postclassico.

Per diritto classico, invero, il problema è di pronta soluzione.

Legittimato attivamente alla querela era il legittimario; la vittoria o la sconfitta del quale giovava o nuoceva a lui esclusivamente. Esempio ce ne porge il fr. 14 di Papiniano già esaminato (p. 425 [p. 922]). Ivi il padre, sequens rispetto ai nipoti, agendo vittoriosamente dopo che costoro erano stati vinti nel giudizio di inofficiosità, rescinde totalmente, *a suo esclusivo profitto*, il testamento del figlio defunto<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Un esempio chiarirà la nostra affermazione: la madre, che nel diritto classico era legittimaria sequens dopo il figlio, e che nel diritto post-classico fu invece preceduta dai fratelli consanguinei agnati, tornò, nel diritto giustiniano, a precedere i fratelli. La coesistenza, nel diritto postclassico, delle due classi dei cognati e dei legittimi doveva determinare necessariamente notevoli incongruenze nell'ordinamento delle chiamate ereditarie: queste incongruenze furono eliminate quando le due classi vennero, in diritto giustiniano, fuse in una classe sola, la quale fu sostanzialmente ordinata come era stata ordinata l'antica classe pretoria dei cognati. Il fatto che nel diritto postclassico si tennero in vita le due classi dei cognati e dei legittimi determinò notevoli incongruenze nell'ordinamento delle chiamate ereditarie: queste incongruenze furono eliminate quando le due classi, in diritto giustiniano, furono fuse in una classe sola, la quale fu ordinata quasi intieramente come era stata ordinata l'antica classe pretoria dei cognati. Di qui, la maggiore conformità del diritto giustiniano col diritto pretorio e la minore conformità con quello postclassico (cfr. p. 484 [p. 987]).

<sup>41</sup> Così il sequens del fr. 31 pr. rescinde a suo esclusivo favore il testamento che il praecedens o non volle o non poté rescindere; così nel caso del fr. 17 pr. – secondo la nostra ricostruzione (p. 454 [p. 954]) – la querela esperita dal fratello non profitta, in diritto classico, al fratello che non volle o non poté agire; nel fr. 19 – secondo la nostra ricostruzione (p. 460 [p. 961]) – la sorella preterita ottiene essa sola l'eredità ab intestato (3/4 dell'asse); nel fr. 25.1 il sequens vincitore trattiene l'eredità a lui attribuita; nel fr. 16.1 il padre sequens che iure manumissionis ottenne la b. p. c. t. trattiene validamente i beni ereditari, sino a quando la figlia, praecedens, non glieli ritolga mediante la querela vittoriosamente esperita. La querela inofficiosi testamenti classica si modellò in questo sulla b. p. c. t. dei liberi: la b. p. c. t. chiesta ed ottenuta da un emancipato profitta a lui esclusivamente, e non può, invece, profittare a coloro che non la chiedono, sia che non vogliano, sia che non possano chiederla.

La pronunzia di inofficiosità ha valore solo in confronto dell'attore: in seguito ad essa è a costui possibile di rivendicare l'eredità del congiunto. Ma di questa pronunzia non possono profittare persone diverse dall'attore; le quali, a maggior ragione, non potrebbero da essa essere danneggiate.

Vi sono, dunque, due iudicia necessariamente collegati l'uno con l'altro<sup>42</sup>: un iudicium *rescindens* – quello di inofficiosità – al quale è subordinato, come a sua causa, un iudicium *rescissorium* (p. 438 [p. 937]) – l'interdetto quorum bonorum, che ha, in pratica, la funzione di una hereditatis petitio<sup>43</sup>. Ora questo collegamento manca nel diritto postclassico<sup>44</sup>.

Poiché in questo diritto la querella non mira più a rescindere il testamento solo nei confronti dell'attore e nei limiti in cui a lui è causa di iniuria, ma mira ad annullare il testamento e a determinare l'apertura della successione intestata, è chiaro che i due iudicia – *rescindens* e *rescissorium* – non sono più concettualmente uniti.

È vero che qui ancora, come in diritto classico, la querella è preliminare rispetto alla hereditatis petitio dei successibili ab intestato. Ma la hereditatis petitio, che ha ormai sostituito l'interdetto quor. bonor., ha ora per base giuridica non la pronunzia di inofficiosità, ma la chiamata ab intestato.

E allora: mentre in diritto classico la sentenza favorevole all'attore querelante fondava per lui – a prescindere dalla sua qualità di prossimo successibile ab intestato – il diritto di conseguire il possesso dei beni ereditari, nel diritto postclassico, invece, la pronunzia di inofficiosità aveva solamente per effetto di determinare l'apertura della successione intestata del defunto. La hereditatis petitio del legittimario era fondata non già sulla sentenza, ma sul diritto che egli aveva – se lo aveva – come prossimo successibile ab intestato, di venire alla eredità.

La querella postclassica, invece, provoca l'apertura della successione intestata e giova, quindi, all'attore solo quando egli sia prossimo successibile ab. int. del defunto. Se l'attore sia un legittimario sequens la vittoria gli giova solo quando: *a*) egli sia al tempo stesso sequens nell'ordine delle vocazioni intestate; *b*) si possa considerare come premorto il praecedens, a causa della sua rinunzia o della sua sconfitta.

Solo sotto queste due condizioni hanno anche valore per diritto postclassico i testi classici sopra menzionati, in cui è prospettata l'ipotesi della querella esperita con successo da un sequens.

<sup>42</sup> La necessità di questo collegamento appare chiara quando si pensi che con la querella si trattava di rendere *effettiva* la bonorum possessio litis ord. gratia chiesta dal querelante, oppure di farla cadere nel nulla. Il giudizio di inofficiosità era, appunto, compiuto in vista di questo consolidamento della b. p. litis ord. gratia.

<sup>43</sup> Cioè: una volta ottenutasi la pronunzia di inofficiosità e una volta rescisso, per questa via, il testamento a profitto del querelante, quest'ultimo era legittimato ad avere i beni ereditari (8.16; 15.2; 21.2 D. 5.2). Con quale mezzo processuale? Non certamente con l'*hereditatis petitio*, ma con l'interdetto *quorum bonorum* (Gai 4.144) che rendeva così effettiva l'antecedente attribuzione della b. p. l. o. g.

<sup>44</sup> Così nel fr. 6.1 D. 5.2 – interpolato – la querella è concepita come indipendente dal diritto dell'attore e, quindi, non ordinata all'acquisto dell'eredità. Bisogna anche necessariamente supporre che la b. p. litis ordinandae gratia non fosse più ormai un necessario presupposto della querella (§ 214).

È chiaro, dunque, come i due iudicia – rescindens (di inofficiosità), e rescissorium –, necessariamente collegati in diritto classico, erano invece separati in quello postclassico.

Le conseguenze di questa separazione sono importanti. In diritto postclassico, infatti, è possibile che anche un non legittimario intenti vittoriosamente la querella (iudicium rescindens). Ma sopra questo precedente iudicium rescindens egli non potrà fondare la hered. petitio (iudicium rescissorium): la quale, invece, spetterà al prossimo successibile ab intestato.

È chiaro, dunque, come la posizione giuridica dei legittimari nel diritto classico ed in quello postclassico sia profondamente diversa. Nel diritto classico, la qualità di legittimario suppone un diritto di successione pretorio a garanzia del quale sta la querella. Nel diritto postclassico, la qualità di legittimario conferisce solo un interesse ad intentare la querella: affinché mediante l'esperimento della querella venga rimosso il testamento, e venga aperta, in conseguenza, la successione intestata del defunto.

Perciò i non legittimari, nel diritto postclassico, sono respinti dall'esperimento della querella perché mancanti di interesse ad agire. Peraltro, ove il magistrato li ammetta alla querella e, per avventura, essi ottengano vittoria, questa vittoria non porta loro profitto alcuno. È questa l'ipotesi contemplata nel fr. 6.1 D. 5.2.

Vedremo, tuttavia, come nello stesso diritto postclassico – nella ipotesi di una rescissione parziale del testamento – è stato ammesso, a causa anche del favor testamenti, che anche un querelante non prossimo successibile ab intestato possa, eccezionalmente, profittare della vittoria ottenuta<sup>45</sup>.

## CAPITOLO II PRESUPPOSTI DELLA QUERELLA NEL DIRITTO CLASSICO E IN QUELLO POSTCLASSICO

§ 213. L'adizione della eredità presupposto oggettivo così della querella come della bonorum possessio contra tabulas del patrono. (fr. 8.10 D. 5.2; 3.5 D. 38.2).

§ 214. La bonorum possessio litis ordinandae gratia presupposto soggettivo della querella; sua differenza ed indipendenza dalla ordinaria b. p. intestati (fr. 6.2, 7, 8 pr. D. 5.2 e c. 2 C. 3.38). Come nel diritto postclassico la b. p. litis

<sup>45</sup> È questo il caso del fr. 25.1 D. 5.2. I bizantini giustificano la vittoria del legittimario sequens in quanto suppongono che costui sia anche sequens nella vocazione intestata e suppongono che il praecedens non abbia agito *repudiantis animo* (p. 456 [p. 957]). A queste ragioni si aggiunge ancora la circostanza della rescissione soltanto parziale del testamento.

ord. gr. diventi una bonorum possessio intestati qualificata, e la relativa agnitio venga configurata quale *aditio hereditatis ab intestato ex causa de inofficioso*.

§ 213. Passiamo ora ad esaminare i presupposti della querella classica e postclassica.

Tanto nel diritto classico, quanto in quello postclassico, presupposto oggettivo per la esperibilità della querella è che l'eredità sia stata adita ex testamento<sup>46</sup>. Il medesimo presupposto è richiesto anche per la petitio della bon. possessio contra tabulas liberti.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad edictum*: 8.10 D. 5.2: P. 495.

...quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querella.

Il presupposto dell'adizione è comune tanto alla querella classica quanto alla postclassica: e ciò, perché fino a quando l'eredità non è adita il testamento non prende vigore; e non prendendo vigore, né determina alcuna iniuria a carico del legittimario (in diritto classico), né gli impedisce (in diritto postclassico) di venire ab intestato alla eredità.

Le stesse considerazioni valgono per la bon. possessio c. t. liberti: in ordine alla quale abbiamo esplicite testimonianze in varii testi.

ULPIANUS, *libro quadregesimo secundo ad edictum*: 3.5 D. 38.2: P. 1150.

Ut patronus contra tabulas bonorum possessionem accipere possit, oportet hereditatem aditam esse... sufficit autem vel unum ex heredibus adisse hereditatem...

Altri testi in cui il presupposto dell'aditio è riaffermato, sono i fr. 36 e 43 D. 38.2<sup>47</sup>.

§ 214. Il presupposto soggettivo per la esperibilità della querella concerne la legittimazione attiva del querelante.

A qual titolo costui pretenderà dall'erede testamentario la restituzione, totale o parziale, dell'eredità? Come heres ab intestato, no sicuramente. Il testamento validamente eretto esclude, secondo i principî dell'ius civile (nemo pro par-

<sup>46</sup> Anche i Basilici richiedono l'aditio hereditatis.

*Bas.* 39, 1, VIII, Sch. 23. χρη πρόσωπον υπεῖναι καθ' οὗ κινεῖται ἡ δεῖνοφ. διὰ τοῦτο γὰρ πρὸ ἀδιτίου τοῦ κληρονόμου τίκτεσθαι τὴν δεῖνοφικίσο τῶν ἀδυνάτων. (Personam esse oportet, in quam agatur de inofficioso. Ideo enim ante aditionem heredis querela de inofficioso nasci non potest).

<sup>47</sup> La ragione per cui nella b. p. c. t. liberti si richiede l'adizione, sembra sia da ricercare nel fatto che anche per essa, come per la querella, si facesse luogo ad un giudizio. (Cfr. fr. 16.1 D. 5.2; 20.1 D. 38.2 e NABER, *Mnemosyne*, 48, p. 164). Peraltro la ragione profonda sta in ciò, che solo nel momento dell'adizione sorge l'iniuria. La b. p. c. t. liberti può considerarsi quale querella del patrono: essa è, infatti, strutturalmente costituita come la querella inofficiosi testamenti. Si veda con quanto fondamento il BESELER II, 86, consideri interpolato l'inciso *et potest... videatur* del fr. 8.10 D. 5.2. Certamente il testo è guasto – *Index Interpolationum* T. 1 e Suppl. 1 – ma il presupposto dell'*aditio* non è compilatorio.

te etc.), la possibilità di vocazioni intestate. Non solo: ma i querelanti, essendo normalmente legati al defunto da un mero vincolo cognatizio, non potrebbero in alcuna maniera accampare pretese riconosciute dall'ius civile. Nessun titolo giuridico legittima, perciò, il cognato ad esperire la querella: ora è appunto per costituire questo titolo, che il pretore ricorre alla caratteristica *bonorum possessio litis ordinandae gratia*<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> Intorno alla natura di questa b. p. l. o. g. la dottrina è discorde. È essa una bon. possessio intestati ordinaria? A favore di questa tesi, contro il Naber e lo Jobbé. D., si pronunzia LENEL, *Edictum*<sup>3</sup>, pag. 142. Noi, invece, col NABER, *Mnemosyne*, 48, p. 162 e col JOBBÉ-DUVAL, *Mel. Girardin*, p. 361 n. 1, riteniamo trattarsi, pel diritto classico, di una *b. p. sui generis*, diversa, perciò, dalla ordinaria. E, diversamente dalla ordinaria, essa, quantunque non attribuisca la possessio dei beni, non può propriamente dirsi *sine re*. Come giustamente osserva il NABER, il *bon. possessor nondum victor, minus iuris habet quam bonorum possessor sine re*. Dopo la vittoria la b. p. l. o. g. si converte in una vera e propria bonorum possessio cum re (...bonorum possessor erit (is) secundum quem iudicatum est. fr. 8. 16 D. 5.2).

La b. p. l. o. g. è, come la b. p. c. t., un mezzo giuridico con cui il pretore, prescindendo dall'ordine delle vocazioni ereditarie di ius civile, tutela il diritto di successione da lui riconosciuto ai più prossimi parenti.

Sembra – cfr. LEIST, *Cont. Glück*, 37-38, I, p. 54-58, II-III, p. 194 segg. (trad. it.) – che la b. p. l. o. g. si sia sviluppata dalla b. p. *quae sine lege datur*. Così, nel caso riferito da VALERIO MASSIMO (VII, 7 § 5) il pretore Calpurnio nega la legis actio all'erede civile ed attribuisce, invece, la b. possessio al padre naturale preterito. Sembra, quindi, che in origine non vi fosse un giudizio speciale – come quello più tardi instaurato con la querella inofficiosi testamenti – dal quale la b. p. dovesse trarre conferma: essa, invece, veniva attribuita dopo una causae cognitio compiuta dallo stesso pretore. Fu appunto questa causae cognitio che si trasformò in seguito in un giudizio di cognizione ordinaria, dall'esito del quale dipese il consolidamento o la eliminazione della posizione provvisoria di erede pretorio attribuita dal pretore al b. possessor. (Cfr. p. 412 segg. [p. 908 sgg.]).

Come diciamo nel testo, la b. p. l. o. g. è un presupposto sostanziale *necessario* della querella: con termine moderno potremmo chiamarla una condizione dell'azione (CHIOVENDA, *Principii*, 96 segg.).

Discende da ciò che un cognato che non l'avesse chiesta non avrebbe potuto esperire la querella. Se, invece, l'avesse chiesta ed avesse esperita la querella, avrebbero potuto verificarsi due ipotesi: *a*) che la b. p. si fosse consolidata diventando cum re; *b*) che, invece, il querelante fosse respinto. *Non avrebbe mai potuto verificarsi un caso simile a quello prospettato nel fr. 6.1 D. 5.2*. Poiché il querelante, infatti, deduce in giudizio un *proprio diritto*, il giudizio non può terminare altrimenti che col riconoscimento o disconoscimento di esso. Ciò, in diritto classico. Nel diritto postclassico, invece, la b. p. l. o. g., per i casi in cui è ancora richiesta, non è più un presupposto *necessario* della querella: essa costituisce in quest'epoca una vera e propria adizione ab intestato dell'eredità da parte del legittimario.

Sulla b. p. litis ordinandae gratia vedi: LENEL, *op. cit.*; JOBBÉ-DUVAL, *Melanges Girardin*, p. 361, n. 1; LEIST, *op. cit.*; MÜHLENBRUCH, *Cont. Glück*, 28, II, trad. it., p. 111 segg.; FRANCKE, *op. cit.*, p. 315-316; FABRICIUS, *Bon. Possessio*, p. 146-155; UNZNER, *Querela inoff. testamenti*, p. 125 segg.; VANGEROW, *Pand.*, II, 210; ottime osservazioni in FABRO, *Rationalia* ad. l. 6.2 D. 5.2. Ma Fabro è portato a considerare la b. p. l. o. g. da un punto di vista, diremo così, postclassico.

L'esistenza di questa bonorum possessio è argomento fondamentale in pro della nostra tesi relativa alla cerchia dei legittimarii (cognati), ed alla natura della querella classica: e il fatto che essa sia un presupposto necessario della querella, ci mostra chiaramente l'*origine pretoria* di quest'ultima.

Questa bonorum possessio era *diversa ed indipendente* dalla *bonorum possessio intestati* ordinaria<sup>49</sup>. Perché, mentre quest'ultima conferiva l'effettiva possessio dei beni, la prima, invece, consisteva unicamente nella attribuzione provvisoria di un titolo ereditario pretorio, che legittimava il cognato all'esperimento dell'azione.

Infatti il cognato, come tale, era iure civili estraneo rispetto al defunto: perché venisse giuridicamente tutelato con la querela il suo rapporto di parentela cognatizia, era anzitutto necessario che il pretore lo investisse della qualità di erede pretorio.

Questo carattere della b. p. l. o. g. è manifesto nella c. 2 C. 3.28.

*Impp. SEVERUS et ANTONINUS AA. Lucretio: c. 2 C. 3.28.*

Quamvis de inofficioso testamento acturum te bonorum possessionem accepisse proponas, tamen scriptis heredibus auferre possessionem incivile est (a. 193).

Altri testi in cui si fa menzione della b. p. l. o. g. sono i fr. 6.2; 7; 8 pr. D. 5.2; i primi due di Ulpiano (libro 14° ad edictum), il terzo di Paolo. Da questi tre frammenti si desume come la b. p. l. o. g. fosse un presupposto inderogabile della querela dei cognati.

Anche qui, peraltro, bisogna distinguere tra diritto classico e diritto postclassico. Nel diritto classico la b. p. l. o. g. è diversa da quella ordinaria, ed è, nei confronti di quest'ultima, indipendente. La bon. possessio ordinaria (cioè la intestati) viene, infatti, attribuita ai successibili ab intestato: la b. p. l. o. g. viene, invece, attribuita ai legitimarii, il cui ordine è, come già sappiamo, indipendente da quello delle chiamate ereditarie intestate.

Abbiamo detto che la b. p. l. o. g., in quanto ha per contenuto solamente l'attribuzione provvisoria di un titolo che legittima ad esperire la querela, può essere considerata come una *b. p. sine re*<sup>50</sup>: la quale è destinata a con-

<sup>49</sup> È molto discusso se esistesse nell'editto del pretore una rubrica «de inofficioso testamento». Ne ammette l'esistenza lo JOBBÉ-DUVAL, *Melanges Gerardin*, p. 362 e 371 n. 1 e il NABER, *Mnemosyne*, 40, p. 397 *ad edictum de inofficioso*. Indice decisivo di tale esistenza è certamente il fatto che presupposto della querela sia la b. p. l. o. g. non può confondersi con la ordinaria b. p. l. o. g. Se, come il Naber e lo Jobbé-Duval ritengono, la b. p. l. o. g. non può confondersi con la ordinaria b. p. l. o. g. è chiaro che la parte dell'editto in cui della b. p. l. o. g. era fatta menzione doveva pure aver riferimento al testamento inofficioso. In contrario cfr. LENEL, *Edictum*<sup>3</sup>, pag. 142 ove è criticata l'opinione dello Jobbé. Anche noi, però, concordiamo con la tesi dello Jobbé-Duval e del Naber relativa alla *indipendenza* della b. p. l. o. g. dalla b. p. l. o. g. intestati. Tale indipendenza è provata dalla indipendenza della classe dei legitimarii che potevano chiedere la b. p. l. o. g. da quella dei successibili ab intestato cui era deferita la b. p. l. o. g. intestati (§§ 208 segg.). L'esistenza, perciò, di una b. p. l. o. g. diversa ed indipendente dalla comune b. p. l. o. g. intestati conduce ad affermare l'esistenza di una rubrica *de officioso* nell'editto. Ciò, nonostante LENEL, *loc. cit.*

<sup>50</sup> *Sine re*, nel senso che la sua funzione è solo quella di conferire provvisoriamente il titolo di legittimazione alla querela, non nel senso comune che i beni attribuiti possano essere ritolti al bonorum possessor. Si tenga ancora presente che la b. p. l. o. g. era concessa nonostante fosse già stata chiesta la b. p. l. o. g. ordinaria (secundum tabulas) (c. 2 C. 3.28).

vertirsi in *b. p. cum re*, qualora abbia luogo la pronunzia di inofficiosità del testamento (8.16 D. 5.2).

In tal caso, infatti, la *bon. possessio litis ord. gratia* si converte in una *bon. possessio definitiva*, e ciò indipendentemente dal fatto che il querelante vincitore sia o non sia anche prossimo successibile *ab intestato* del defunto (14 D. 5.2; 31 pr. D. 5.2).

Nel diritto postclassico questa indipendenza è infranta. La *b. p. l. o. g.*, nei pochi casi in cui è richiesta si convertirà in una *bon. possessio ereditaria* solo quando il querelante vincitore sia anche il prossimo successibile *ab int.* del defunto<sup>51</sup>.

Ancora una volta dobbiamo qui affermare che mentre in diritto classico la legittimazione ad esperire la querella spetta esclusivamente al cognato legittimario, nel diritto postclassico, invece, essa può anche competere ad un non legittimario. Solo, però, che, in questa ipotesi, gli effetti della vittoria non torneranno a profitto del querelante vincitore<sup>52</sup>.

### CAPITOLO III

#### L'INIURIA FONDAMENTO GIURIDICO DELLA QUERELLA CLASSICA E IL COLOR INSANIAE FONDAMENTO DI QUELLA POSTCLASSICA

§ 215. Base della querella classica, il diritto di successione del legittimario, in quanto leso dal testamento. Suo obbiettivo, la rimozione di questa lesione

<sup>51</sup> Mentre nel diritto classico la *b. p. l. o. g.* è un istituto per sé stante, nel diritto postclassico essa viene a confondersi con la ordinaria *bon. possessio intestati*: poiché, infatti, il querelante – che è anche prossimo successibile *ab intestato* – intende rimuovere il testamento e rivendicare *ab intestato* i beni del defunto, la *b. p.* che egli chiede è la *ordinaria b. possessio intestati, sia pure qualificata*. La richiesta della *b. p. l. o. g.* viene equiparata nel diritto postclassico ad una *aditio hereditatis ab intestato*: e, appunto perché *aditio*, nel diritto giustiniano, essa poté essere sostituita da una qualsiasi manifestazione di volontà. STEFANO, (*Bas.* 39, 1, VI, sch. 5 e sch. 6) considera appunto la richiesta della *b. p. l. o. g.* come un modo di manifestare la propria volontà di acquistare l'eredità *ab intestato*. Egli anzi soggiunge: *μάλιστα δὲ σήμερον καὶ ψιλῆ γνώμη πράξεως ὑπομνήματος μέντοι συνισταμένης, δύναται τις δεικνύων οἰωδῆποτε τρόπῳ προαιρέσεως καταδεχομένης τὰ πράγματα, εἴσω μέντοι τῶν ὀρισμένων χρόνων. οὕτως εἶναι δοκεῖ, ὥσπερ ἂν εἰ ἔτυχεν αἰτήσας διακατοχὴν. οὕτως ἔγνωσ ἐν τῷ τέλει τοῦ θ'. τιτ. τῆς γ'. τῶν ἰνστιτ.* (*Hodie certe et nuda voluntate, actis tamen confectis, potest quis ostendens quocumque modo animum amplectendae hereditatis, intra statuta tamen tempora. Perinde enim esse videtur, ac si bonorum possessionem petisset et obtinisset. Sic didicisti in fine tit. 9 lib. 3. Institut. Heimbach*). Cfr. *Bas.* 39, 1, VII, sch. 5, 6; XXXV, sch. 1. Del resto, nel diritto postclassico, non solo i figli, ma anche gli altri successibili di diritto civile nuovo non ebbero più necessità della *b. p. l. o. g.*

<sup>52</sup> Cfr. fr. 6.1 D. 5.2.

(*iniuria*) mediante la rescissione del testamento nella misura in cui la produce (fr. 3, 5, 2, 4 D. 5.2; pr. Inst. II, 18).

§ 216. Come nel diritto postclassico la querella divenga un'azione d'impugnativa indipendente, non più coordinata a un diritto di successione, e abbia per obbiettivo l'annullamento del testamento siccome fatto da un presunto pazzo e l'apertura della successione intestata generale. Conseguente possibilità di un annullamento provocato da un estraneo (fr. 6.1 D. 5.2).

§ 217. Concezione bizantina della querella quale *hereditatis petitio* qualificata: come nel processo postclassico la querella, ove sia esperita dal più prossimo successibile ab intestato, venga confusa con la *hereditatis petitio* cui, in tal caso, sgombra la via (mescolanza di azioni). Interpolazione dei fr. 20 D. 37.4 e 20 D. 5.2. Parallela concezione bizantina della querella quale azione indipendente: Bas. 39.1, 1, 25 sch. 7.

§ 215. Abbiamo già veduto come in diritto classico la querella avesse fondamento nel diritto riconosciuto dal pretore ai prossimi cognati di venire alla eredità del loro congiunto. Diritto che veniva violato quando tali cognati fossero stati preteriti o diseredati senza giusto motivo. In vista di questo caso era appunto concessa la querella. La quale, perciò, aveva per scopo di rescindere il testamento in quanto determinava una *iniuria*, e nei limiti in cui la determinava a carico del cognato querelante<sup>53</sup>.

La querella classica non era, perciò, una *hereditatis petitio* ab intestato, come, sulla scorta dei Basilici, spesso si assume<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> In pratica le cose si configuravano in questo modo: il legittimario chiedeva al pretore la b. p. l. o. g. che lo legittimasse ad esperire la querella contro il testamento in cui egli era stato ingiustamente preterito o diseredato. Il pretore procedeva forse ad una cognizione sommaria, (Cfr. NABER, *Mnemosyne*, 34, p. 371) nella quale accertava: 1°) che non fosse trascorso il quinquennio, (8.17 D. 5.2); 2°) che il legittimario non avesse riconosciuto l'itudicium testatoris e che non avesse rinunciato alla querella; 3°) che egli non fosse preceduto da altri cognati di grado poziore (*praecedentes*). Naturalmente la rescissione del testamento aveva come limiti gli stessi limiti del diritto riconosciuto all'attore.

<sup>54</sup> In questo senso CUIACIO, *Recitationes* (lib. 5° Tit. 2 dei Digesti), vol. 3 p. 130 ed. Prati. NOODT, *Opera omnia*, Napoli, 1876, vol. 3°, p. 185 segg.; FRANCKE, *op. cit.*, p. 250 segg.; EISELE, *Z. S. St.*, 15 (1894), pag. 257 segg.; HELLWIG, *op. cit.*, p. 8 segg. Per una esposizione del problema vedi JOBBÉ-DUVAL, *Melanges Gerardin*, 359 segg.; LENEL, *Z. S. St.*, 46 (1926), p. 15. Per la storia della querella nel diritto bizantino e nel diritto intermedio sino ai glossatori ed ai commentatori v. JOBBÉ-DUVAL, *Nouvelle Revue Historique*, 1907; *Melanges Fitting*, 439 segg.; e più oltre, in quest'opera, § 247-248.

I testi principali dei Basilici, in cui è esplicitamente detto che la querella è una *hereditatis petitio*, sono: Bas. 39, 1, I, sch. 1; III sch. 1; IV sch. 1, sch. 5; XXXIV, sch. 1, sch. 2; Bas. 42, 1, pr. sch. 1, VII sch. 1 (cfr. p. 442<sup>1</sup> [p. 940 nota 62]).

La querella classica è azione autonoma (cfr. MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, 234 segg.); nel diritto postclassico, essa diventa inoltre indipendente da ogni diritto di successione; tuttavia, poiché normalmente esperita dai legittimari, essa viene *assorbita*, quantunque *non totalmente*

Essa era un'*impugnativa* fondata sulla iniuria che il testamento recava al querelante e diretta ad eliminare tale iniuria mediante la *rescissione* del testamento. È naturale, però, che a questo iudicium rescindens fosse necessariamente collegato, come conseguenza, un iudicium rescissorium tendente a procacciare effettivamente al vincitore i frutti della vittoria (p. 432 [p. 930]).

Il legittimario ha, pertanto, diritto, qualora non vi siano giusti motivi di esclusione, di venire alla successione del congiunto. Ed è appunto nel giudizio di inofficiosità che bisogna provare la inesistenza di tali motivi in ordine all'attuazione di quel diritto.

MARCELLUS, *libro tertio digestorum*: fr. 3; 5 D. 5.2: P. 16.

Inofficiosum testamentum dicere hoc est allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit; [quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt].

Huius autem verbi de inofficioso vis illa ut dixi est docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum. [resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret]<sup>55</sup>.

MARCIANUS, Inst. II, 18 pr. (cfr. fr. 2 D. 5.2).

[Quia plerumque parentes sine causa liberos suos vel exheredant vel omittunt]<sup>55</sup>, inductum est ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur aut inique se exheredatos aut inique praeteritos hoc colore quasi non sanae mentis fuerunt, cum testamentum ordinarent. sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecit testamentum, non autem ex officio pietatis: nam si vere furiosus est, nullum est testamentum<sup>56</sup>.

GAIUS, *libro singulari ad legem Glitiam*: fr. 4 D. 5.2: P. 446.

Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt. [quod plerumque faciunt maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium... corrupti]<sup>55</sup>.

*eliminata*, dalla hereditatis petitio. Cfr. più oltre p. 442<sup>4</sup> [p. 941 nota 65] e BRUGI, *Melanges-Fitting*, p. 115 segg. cui aderisce WOESS, *op. cit.*, pag. 216.

<sup>55</sup> La interpolazione segnata nel testo di Marcello (fr. 3 D. 5.2) e in quello delle istituzioni di Marciano (pr. Inst. II, 18) fa riscontro alla interpolazione già notata dal LENEL, *Pal.* 446 nel testo di Gaio (fr. 4 D. 5.2). Quanto poi alla interpolazione segnata nel fr. 5 di Marcello, essa è giustificata dal fatto che si tratta di una ripetizione quasi integrale della frase di Marciano. Grammaticalmente ne è indice il pronome «ille». A chi esso si riferisce? Sono i compilatori ad aggiungere la frase «resque ecc.»: ad essi preme porre in rilievo il color insaniae, fondamento peculiare della querella postclassica. Noto, poi, che i Basilici non riportano questa parte del testo di Marcello. Forse insitizio è anche «et ideo indigne». Cfr. BESELER, *Z. S. St.* 45 (1925), 460.

<sup>56</sup> I due testi di Marciano (fr. 2 D. 5.2; pr. Inst. II, 18) sono però sostanzialmente interpolati: essi contengono piuttosto principî didattici inseriti dai compilatori. Cfr. EISELE, *l. c.*, p. 261 n. 1 e più oltre p. 532 [p. 1041].

Come i testi chiaramente ci mostrano, il querelante deve provare di essere stato ingiustamente preterito o diseredato. Di questa prova che l'attore deve dare, della iniquità della preterizione o della diseredazione, è ancora parola in parecchie costituzioni<sup>57</sup>.

In conclusione possiamo dire che la querella classica ha fondamento nel diritto di successione riconosciuto dal pretore al cognato legittimario. Essa è concessa a *garanzia* di tale diritto per il caso che esso venga leso dal testatore mediante ingiusta diseredazione o preterizione. Da ciò deriva che scopo della querella non potrebbe essere altro che quello di rescindere il testamento in quanto è causa, e nei limiti in cui è causa, di *iniuria* al legittimario<sup>58</sup>.

§ 216. Diverso, invece, è il fondamento e lo scopo della querella nel diritto postclassico.

Bisogna anzitutto distinguere fra la querella propriamente detta (iudicium rescindens) e la hereditatis petitio o l'interdictum quorum bonorum (iudicium rescissorium) che sull'iudicium rescindens si fonda. In diritto classico fra i due iudicia vi è necessario collegamento: cioè l'attore che è riuscito vittorioso nel primo riesce necessariamente vittorioso anche nel secondo, sempreché ne concorra gli estremi (possessio pro herede o pro possessore) da parte del convenuto<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Diocleziano e Massimiliano stabiliscono che non costituisce giusto motivo di diseredazione il fatto che non si sia abbandonato il marito malgrado il desiderio contrario del padre c. 18 C. 3.28. Cfr. ancora le c. 19, 23, 28 pr. 1.2 C. 3.28.

<sup>58</sup> Cfr. fr. 4 D. 5.2 (non est consentiendum parentibus qui *iniuriam* adversus liberos suos *testamento* inducunt). fr. 8 pr. D. 5.2 (filii... enim *iniuria* est). 25 C. 3.28 (quibus (filiis) nullam *iniuriam* fecerit mater).

In molti altri testi la querella è concessa pel fatto solo della iniuria anche quando, cioè, non vi sia stato da parte del testatore un animus exheredandi. Cfr. fr. 27; 28 D. 5.2; c. 3 C. 3.28, etc. Si tenga però presente che *iniuria* va inteso nel senso di *non iure factum* non nel senso in cui se ne parla in relazione all'*actio iniuriarum*. Altrimenti, c'è pericolo di cadere nell'errore della dottrina che considera la querella quale *actio iniuriarum*. Cfr. JOBBÉ-DUVAL, *Nouvelle Revue Historique*, 1907, p. 784.

<sup>59</sup> Abbiamo, però, visto come in diritto classico la querella, quantunque necessariamente coordinata all'interd. q. bonor. è tuttavia ad esso pregiudiziale. La querella non è una hereditatis petitio qualificata, come si dice, né inerisce ad un giudizio di petizione di eredità: è vero soltanto che la sconfitta o la vittoria nella querella importano automaticamente legittimazione, o meno, in quanto ne concorrono gli estremi di legittim. passiva, all'interd. q. bon. (is, secundum quem iudicatum est erit bonorum possessor, dice il fr. 8.16 D. 5.2). Il rapporto fra le due azioni potremmo chiamarlo con termine moderno un rapporto di cumulo successivo o condizionale in senso stretto (cfr. CHIOVENDA, *Principii*, 1129).

Che la vittoria nella querella sia il presupposto per la vittoria nella hereditatis petitio è vero non solo quando il querelante sia attore, ma anche quando sia convenuto.

Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis, scriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in modum contradictionis querellam inducat, quemadmodum ageret, si non consideret, sed peteret. (8.13 D. 5.2).

Qui la querella si innesta sulla petitio hereditatis come domanda riconvenzionale: convenuto è il legittimario il quale alla hereditatis petitio intentata dall'attore contrappone la

Poiché il querelante fa valere in giudizio un suo diritto soggettivo che egli assume essere stato leso, è chiaro che o questa lesione sarà riconosciuta e rimossa con la sentenza, e allora il vincitore avrà diritto di ritogliere al vinto, che li possieda, i beni ereditari; o non sarà riconosciuta, e allora egli non otterrà neppure questi beni.

Nel diritto postclassico, invece, i due iudicia – la querella e, ora, la *hereditatis petitio* – non sono necessariamente collegati. E ciò, perché con la querella non viene più dedotto in giudizio un diritto subbiiettivo dell'attore: l'attore ha per mira di provare che il testamento è nullo perché fatto da un pazzo. Quindi dalla pronuncia, come tale, di una sentenza di annullamento del testamento, l'attore non trarrà profitto. Trarrà profitto, invece, dall'apertura della successione intestata provocata dall'annullamento, purché egli sia tra coloro cui la eredità si deferisce<sup>60</sup>.

Nel diritto postclassico, dunque, querella inofficiosi testamenti ed *hereditatis petitio* sono tra loro nettamente separate mancando quel nesso di condizione a condizionato che c'è, invece, fra queste due azioni nel diritto classico.

È vero che un nesso di causalità c'è pure nel diritto postclassico, in quanto la *hereditatis petitio* suppone anzitutto la rimozione del testamento inofficioso. Ma si tratta di una causalità *remota*; causa giuridica prossima della *hereditatis petitio* è, infatti, non già la sentenza di rimozione del testamento, ma la vocazione intestata del legittimario. Nel diritto classico, invece, base giuridica dell'interdetto *quor. bonor.* era proprio la rescissione del testamento. Nei limiti in cui tale rescissione aveva luogo, veniva infatti attuato il diritto del legittimario.

Questa separazione tra le due azioni, la querella e la *hereditatis petitio*, rende pensabile per il diritto postclassico un esperimento vittorioso della prima cui non consegua un esperimento egualmente vittorioso della seconda (fr. 6.1 D. 5.2).

querella. E poiché la querella è pregiudiziale rispetto alla h. p., è chiaro che la vittoria o la sconfitta nella querella importerà da parte sua vittoria o sconfitta nella h. p.

<sup>60</sup> Cfr. il fr. 6.1 D. 5.2. Grande interesse presenta a questo proposito il commento di FABRO al titolo *de inofficioso testamento*, nei *Rationalia ad Pandectas* vol. II ed. Genevae 1619. Il Fabro, fondandosi sul fr. 6.1 D. 5.2, concepisce la querella come diversa essenzialmente dalla *hereditatis petitio*. Per lui si tratta di un'azione popolare avente per scopo la rimozione del testamento inofficioso.

Il Fabro, così, si accosta, senza volerlo, alla concezione bizantina. Il NOODT (*Opera*, vol. III, p. 195 ed. Napoli 1786) respingendo le considerazioni del Fabro sul fr. 6.1, dice: *his locus...* (fr. 6.1 D. 5.2) *decepit Antonium Fabrum ex eo coniciendum aliam esse querelam, aliam petitionem hereditatis*. Ma la tesi del Fabro ha, entro certi limiti, un fondamento nei testi: essa, infatti, rispecchia in certo modo la concezione bizantina della querella. È vero che normalmente i bizantini concepiscono la querella quale *hereditatis petitio*: ma ciò, pel caso in cui l'attore sia lo stesso successibile ab intestato. In ogni altro caso, come nel fr. 6.1 D. 5.2, la querella postclassica palesa chiaramente la sua natura di azione non coordinata ad un diritto sostanziale di successione dell'attore.

Tutto ciò trova la sua spiegazione nel fatto che nel diritto postclassico la querella inofficiosi testamenti ha fondamento nella insania del defunto: insania argomentata, per una presunzione legale assoluta (*praesumptio iuris et de iure*), dallo stesso carattere inofficioso del testamento. Di conseguenza essa ha per scopo l'annullamento del testamento, perché *a demente factum*, e l'apertura della successione intestata<sup>61</sup>.

La prova di questa tesi è, anzitutto, data dal fr. 6.1 D. 5.2 di Ulpiano.

Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit) et casu optinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patremfamilias facit.

Il testo, che, come abbiamo veduto (p. 427 [p. 925]), è di fattura quasi interamente compilatoria, dimostra chiaramente: 1° la indipendenza della querella della hereditatis petitio (*de inofficioso egerit...* e tuttavia... *non ei prosit victoria*); 2° la possibilità, quindi, che legittimato alla querella sia chi non è legittimario; 3° l'annullamento del testamento inofficioso e la conseguente apertura della successione intestata. Questo testo ci è servito pure per dimostrare come nel diritto postclassico legittimarii siano, diversamente dal diritto classico, soltanto i più prossimi successibili ab intestato (p. 427 [p. 925]).

Una analisi approfondita intorno al fondamento ed allo scopo della querella postclassica verrà compiuta più oltre (cap. VI e VII). Intanto qui notiamo come la nostra tesi sia provata oltre che dal fr. 6.1 citato, anche dai fr. 17; 19; 8.8; 13 D. 5.2 interpolati dai compilatori; i quali, come vedremo, vi introdussero, accanto alla concezione classica cui erano ispirati, anche la concezione postclassica della querella.

§ 217. Non debbo qui passare sotto silenzio che i Basilici e gli stessi compilatori giustinianeî concepiscono la querella (postclassica) come hereditatis petitio<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Fr. 13 D. 5.2; 19 D. 5.2; etc. Cfr. p. 430<sup>1</sup>, 416<sup>6</sup>, [p. 928 nota 39, p. 913 nota 15] §§ 257 sgg.

<sup>62</sup> *Bas.* 39, 1, I sch. 1 (Stefano).

τὴν δεινοφορικίσο μέμψιν... οὐ γὰρ ἐστὶν ἀγωγή, ἀλλ' αἰτία τῆς ἀγωγῆς, ἥτοι τῆς νερεδιτάτις πετιτίονος. (querella non est actio, sed causa actionis vel hereditatis petitionis). *Bas.* 39, 1, III, sch. 1 (Stefano).

δεῖ δὲ τὸν βουλόμενον τὴν δεινοφορικίσο γυμνάσαι ἥτοι κινήσαι τὴν ἐξ αὐτῆς νερεδιτάτις πετιτίονα... (qui vero querela inofficiosi testamenti experiri vult, id est, agere hereditatis petitione ex ea oriunda...).

Cfr. ancora *Bas.* 39, 1, VI sch. 1, sch. 5; XXXIV sch. 1; sch. 2; *Bas.* 42, 1, pr.; sch. 1; VII sch. 1. In questi ultimi scolii, la querella viene considerata come una *species* di cui la hereditatis petitio è il *genus*. Cfr. EISELE, *l. cit.*, p. 302.

La maggior parte della dottrina comune si fonda appunto sui testi dei Basilici e sugli scolii di Stefano per affermare che la querella è una hereditatis petitio qualificata. Parlo di *hereditatis petitio* e non più di interdetto q. b. perché, come ben si comprende, la h. p. ha nel diritto postclassico assorbito l'interdetto quor. bon.

Come conciliare ciò con l'affermazione che nel diritto postclassico la querella non è più *necessariamente* coordinata ad un diritto di successione del querelante?

Per risolvere questo problema bisogna distinguere fra querelanti non legittimarii (come il querelante del fr. 6.1) e querelanti legittimarii. Nel primo caso non può sorgere dubbio che la querella sia nettamente distinta dalla hereditatis petitio. Un querelante non legittimario, infatti, vincitore nel giudizio di inofficiosità, non potrebbe esserlo altresì nel giudizio di petizione della eredità (fr. 6.1 cit.). Nel secondo caso, invece, poiché il legittimario è al tempo stesso successibile ab intestato del defunto, e poiché egli, in definitiva, intende fare annullare il testamento per ottenere l'eredità ab intestato, ciò che ha risalto nello stesso giudizio di inofficiosità è appunto la *hereditatis petitio*<sup>63</sup>.

Anche qui, però, le due azioni – la querella e la hereditatis petitio – sono *logicamente e giuridicamente separate*. Ma poiché ciò che in pratica preme all'attore è la revindica dei beni ereditari, i compilatori, che non si soffermano troppo sull'analisi dei fenomeni giuridici, concepiscono le due azioni come una sola e, precisamente, come hereditatis petitio, il cui obiettivo è quello a cui, in definitiva, l'attore aspira<sup>64</sup>.

Sono appunto in questo senso interpolati *a)* la fine del fr. 20 D. 37.4 «sed ad [hereditatis petitionem admittendus est ex causa] inofficiosi querella[e](m) contra emancipatum [movendae]», *b)* e l'inciso del fr. 20 D. 5.2 «...qui vero de inofficioso dicit, nec actiones movere debet nec [aliam ullam quam hereditatis petitionem exercere...]».

Queste due interpolazioni sono palesi<sup>65</sup>. Querella ed hereditatis petitio vengono, con esse, fuse dai bizantini; i quali pongono in luce soltanto la hereditatis petitio.

<sup>63</sup> Cfr. FABRO, *Rationalia*, vol. II, p. 122 ed. cit. ad. leg. 6.2 D. 5.2.

<sup>64</sup> Ricorre qui uno di quei casi di *mescolanza* di azioni che il LONGO ha messo in rilievo nel suo studio sulla *natura actionis* (BIDR 17), p. 34 segg., p. 39-94. Ha cercato di mettere in luce la confusione della querella con la hereditatis petitio il BRUGI, in *Cont. Glück*, vol. 37-38 *appendice* ai §§ 1605-1606 trad. ital. e specialmente in *Melanges Fitting*, 115 segg. Ma, come osserviamo alla nota 4 [p. 941 nota 65] ed a p. 438<sup>2</sup> [p. 936 nota 54], la querella non venne *assorbita*, quanto piuttosto *oscurata* dalla h. p. Inoltre, la querella di cui si parla non è la querella classica ma la nuova querella postclassica la cui fisionomia gli stessi bizantini tracciano nei loro testi. A rilevare tale fisionomia è diretto un interessante studio dello JOBBÉ-DUVAL, intorno alla natura della querella bizantina, in *Melanges Fitting*, p. 438 segg.

<sup>65</sup> Considera interpolati l'inciso del fr. 20 D. 5.2, e la chiusa del fr. 20 D. 37.4 il BRUGI in *Melanges Fitting*, p. 122-123 (n. 1-3). Cfr. per fr. 20 anche BEKKER, *op. cit.*, p. 273; cfr. pure WOESS, *op. cit.*, p. 216. Il Brugi opina che la *querella* fosse in origine e per tutto il periodo classico un tipo a sé nel processo civile romano. Solo nell'età giustiniana essa si sarebbe subordinata, come specie al genere, alla *hereditatis petitio* (p. 120). Il fenomeno esattamente notato dal Brugi (conferma della tesi del LONGO, BIDR, XVII, sulla *natura actionis* nelle fonti bizantine) è vero: ma la querella che si subordina alla hereditatis petitio non è quella classica, come il Brugi suppone: è, invece, la querella postclassica, di cui diamo nel testo i

CAPITOLO IV  
LEGITTIMAZIONE PASSIVA ALLA QUERELLA

§ 218. Legittimato passivo alla querella, l'erede istituito adeunte o chi ne abbia preso la posizione giuridica (c. 1 C. 3.28 interp.; fr. 20 pr. D. 37.4; 8.2; 16.2; 25.1 D. 5.2; c. 10 C. 3.28). Rafforzamento del testamento in cui sia istituito un prossimo successibile ab intestato (fr. 6 pr. D. 38.2; 4.3 D. 38.2).

§ 219. Caso anomalo di legittimazione passiva: erronea attribuzione dell'eredità ad un estraneo o ad un sequens che abbia intentato con successo la querella. Come qui la querella del vero legittimario in confronto dell'intruso assume la funzione di opposizione di terzo contro la sentenza di rescissione del testamento. Esesesi dei fr. 16.1 D. 5.2; 25.1 D. 5.2.

§ 218. Legittimati passivi alla querella sono, in diritto classico, gli eredi istituiti nel testamento, i quali abbiano già adito l'eredità. Tuttavia, potevano in via eccezionale essere passivamente legittimati coloro che avessero preso il posto degli eredi testamentari. Vale a dire: il fedecommissario universale (c. 1 C. 3.28), il bonorum possessor contra tabulas (fr. 20 pr. D. 37.4), il legittimario sequens che avesse intentata con successo la querella prima del praecedens (fr. 16.1; 25.1 D. 5.2) e il fisco (c. 10 C. 3.28).

Per quanto concerne la legittimazione passiva degli eredi istituiti, bisogna distinguere: *a)* il caso in cui eredi istituiti siano persone turpi e legittimarii siano i fratelli o le sorelle (distinzione, questa, introdotta nel diritto postclassico); *b)* il caso in cui eredi istituiti siano altri successibili ab intestato di pari grado dei legittimarii.

PAULUS, *libro singulari de septemviralibus iudiciis*: fr. 31.1 D. 5.2: P. 45.

Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentium querellam pertinet, nihil interest, qui sit heres scriptus [ex liberis an extraneis vel municipibus]<sup>66</sup>.

lineamenti salienti. Bisogna ancora aggiungere che questa subordinazione è da intendere non già nel senso che la querella postclassica non sia più assolutamente un tipo per sé stante e sia *esclusivamente* una hered. petitio qualificata; ma nel senso che essa, come azione indipendente, è posta nell'ombra dal maggior rilievo pratico assunto dalla hered. petitio. Può darsi, invero, che la querella sia esperita indipendentemente dalla hereditatis petitio come nel caso del fr. 6.1 D. 5.2, e come nel caso notato da Stefano (vedi anche EISELE, *Z. S. St.*, XV, 305-306; BRUGI, *op. cit.*, p. 122, n. 4) in *Bas.* 39, 1, XXV, sch. 7. ἀλλ'ἐνταῦθα τέως ἀπὸ τῆς δεῖνοφικίσο κινουμένης νερεδιτάτις πετιτίονος οὐπω κυρίως ἐστὶν ἰν ῥέμ. πὼς γὰρ ἔρρωμένης ἔτι τῆς διαθήκης; (Sed hoc loco cura agitur hered. petitione de inofficioso, *nondum proprie in rem actio est. Quomodo enim valente adhuc testamento in rem agi potest?*). Appare qui manifesto come i bizantini concepiscano tuttavia la querella come azione indipendente. A ciò contraddice la tesi del JOBBÉ-DUVAL, *Melanges Fitting*, 456-457: il quale, perciò, per tener salda la sua tesi, è costretto a supporre che lo scolio 7 cit. sia dovuto ad errore di Stefano.

<sup>66</sup> Sul testo LENEL, *Z. S. St.*, 39, p. 143.

Non può negarsi che questo testo sia, per lo meno, oscuro. Nell'epoca postclassica furono poste, è vero, restrizioni per i fratelli consanguinei, ai quali fu concesso di esperire la querella contro gli eredi istituiti solo quando si trattasse di persone turpi; ma nessuna restrizione di tal genere c'era invece per i figli e per i genitori. Tuttavia bisogna tener presente il caso in cui erede istituito sia un figlio del testatore: allora il padre o la madre non avranno assolutamente azione contro di lui<sup>67</sup>.

Quantunque nessun testo del titolo de inofficioso ci assicuri esplicitamente di ciò, noi possiamo tuttavia trarre conferma oltre che dal regolamento dell'edictum successorium anche dall'istituto parallelo della bonorum possessio contra tabulas liberti.

ULPIANUS, *libro quadragesimo tertio ad edictum*: fr. 6 pr. D. 38.2: P. 1153. Etsi ex modica parte instituti sint liberi liberti bonorum possessionem contra tabulas patronus petere non potest: nam et Marcellus libro nono digestorum scripsit quantulumcumque ex parte heredem institutum liberti filium patronum expellere.

La istituzione del figlio del liberto, anche in una parte minima, costituisce attuazione del diritto di successione del figlio ed impedisce, perciò, al patrono di chiedere la b. p. c. t. Così, parallelamente, quando nel testamento sia istituito un figlio il padre preterito del testatore non potrà contro di quello intentare la querella inofficiosi testamenti.

PAULUS, *libro quadragesimo secundo ad edictum*: fr. 4.3 D. 38.2: P. 595. Si extraneus a liberto heres institutus rogatus sit filio hereditatem restituere, cum ex senatus consulto Trebelliano restituta hereditate heredis loco filius habetur, patronus summovendus est.

Anche in questo caso, in cui il figlio, quale fedecommissario universale, è heredis loco, il patrono – nella b. p. c. t. – ed il padre – nella querella – non potranno agire contro il testamento.

Quando, invece, querelante sia il figlio e ci sia un altro figlio istituito, solo od assieme ad un estraneo, legittimato passivamente alla querella è l'estraneo o il figlio, nei limiti in cui la sua vocazione testamentaria non sia *rafforzata* da quella intestata. Ricorre qui il fenomeno, già ampiamente studiato, dell'*assorbimento* della vocazione intestata nella vocazione testamentaria<sup>68</sup>.

Quando un successibile ab intestato sia istituito erede e – qualora non si tratti di un suus – adisca l'eredità, la sua vocazione testamentaria assorbe quella intestata. Entro i limiti in cui questo assorbimento si verifica la vocazione testamentaria viene rafforzata da quella intestata del medesimo successibile. A

<sup>67</sup> Fenomeno di *rafforzamento* del testamento.

<sup>68</sup> Cap. III, sez. 1<sup>a</sup>, parte 1<sup>a</sup> § 14 e segg. di quest'opera; v. pure p. 344 [p. 834] e più oltre p. 459 [p. 960], e § 259, 260.

sua volta, però, la vocazione intestata non ha più efficacia che entro i confini e sotto la forma di quella testamentaria.

Gli effetti pratici di questo fenomeno di assorbimento, quando erede testamentario sia un figlio e l'altro figlio intenti la querella, si configurano nel modo che segue. Possono presentarsi tre casi: o il figlio è istituito in una quota maggiore della sua quota intestata, o è istituito nella intera e sola sua quota intestata, o in una quota minore.

Nelle due ultime ipotesi il figlio istituito non può essere convenuto nel giudizio di inofficiosità perché di fronte a lui il testamento, in quanto è rafforzato dalla sua vocazione intestata, non può essere rescisso. Nella prima ipotesi il testamento può essere rescisso anche nei confronti del figlio, solo nella parte in cui la vocazione testamentaria non è *coperta* da quella intestata. Così se l'uno dei due figli fu istituito nei  $\frac{3}{4}$  del patrimonio, poiché la sua quota intestata è solo della metà, nel  $\frac{1}{4}$  rimanente la vocazione testamentaria non è coperta da quella intestata, e può, quindi, essere rescissa.

Quando invece il figlio sia istituito nel  $\frac{1}{4}$  ed abbia adito l'eredità (se non era *suus*), l'adizione dà vigore al testamento e preclude all'adeunte la possibilità di far valere, ormai, la sua vocazione intestata, trasfusa in quella testamentaria. Così nei limiti del  $\frac{1}{4}$  di istituzione il testamento non può essere rescisso; per contro, il figlio non potrà più, per nessun motivo, in diritto classico, ottenere ad altro titolo il quarto rimanente per la integrazione della sua quota intestata<sup>69</sup>.

In conclusione bisogna dire che quando la vocazione testamentaria di un figlio istituito nel testamento paterno sia coperta dalla sua vocazione intestata, la querella non può essere esperita, perché il testamento, nei limiti di tale istituzione, non è rescindibile.

Questo fenomeno di *rafforzamento* giuridico si opera anche nel caso di un fedecommissario universale a favore del figlio. Quantunque la querella sia esperibile anche contro il fedecommissario, tuttavia, quando costui sia un figlio del testatore, la querella non può più, come abbiamo veduto<sup>70</sup>, intentarsi contro di lui.

Al rafforzamento giuridico del testamento operato dall'assorbimento è dovuta la esclusione del patrono o del padre dall'esperimento della *b. p. c. t. liberti* o della querella, quando nel testamento siano istituiti, anche *ex modica parte*, rispettivamente i figli del liberto o del figlio<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Applicazione di questo principio si ha nel fr. 14 pr. D. 37.4; è anzi conformandoci alla soluzione in esso contenuta, che ci è stato possibile ricostruire l'originaria soluzione del fr. 19 D. 5.2; cfr. più oltre p. 460 [p. 961] e § 259.

<sup>70</sup> Cfr. fr. 4.3 D. 38.2.

<sup>71</sup> Cfr. fr. 6 pr. D. 38.2.

Viceversa al venir meno di questo rafforzamento, a causa della astensione o del ripudio dei figli istituiti, è dovuta la possibilità che ha in tali casi il patrono (sequens) di agire contro il testamento del liberto<sup>72</sup>.

Della legittimazione passiva del fedecommissario universale ci dà notizia la c. 1 C. 3.28 degli

*Impp. SEVERUS et ANTONINUS AA. Victorino*

Cum de inofficioso matris suae testamento filius dicere velit adversus eum, qui ex causa fideicommissi hereditatem tenet, non est iniquum [hoc] (querellam) ei accommodari, ut perinde fideicommissarius teneatur, ac si [pro herede aut pro possessore possideret.] (heres institutus esset)<sup>73</sup>.

Della legittimazione passiva dei bonorum possessor contra tabulas è notizia nel fr. 20 pr. (in fine) D. 37.4. In questo frammento – la esegesi del quale facciamo altrove (p. 355 [p. 846]) – Trifonino afferma che nel caso in cui l'eman cipato preterito abbia chiesta la bon. possessio contra tabulas, il fratello diseredato, che a causa della valida diseredazione non può chiedere la bon. possessio, potrà tuttavia intentare contro il fratello bonorum possessor la querella inofficiosi testamenti. L'ultima parte di questo fr. 20, ove si fa menzione della hereditatis petitio, è interpolata (cfr. p. 442<sup>4</sup> [p. 941 nota 65]).

La legittimazione passiva del bonorum possessor è indice importante degli effetti della bon. poss. contra tabulas.

Essa dimostra come questa bon. poss. non rescinda il testamento, ma ponga, entro certi limiti, il bonorum possessor nel posto dell'erede<sup>74</sup>.

Della legittimazione passiva del fisco, ci dà notizia la c. 10 C. 3.28

*Imp. ANTONINUS A. Quintiliano.*

Si heredum Quintiani, quem patrem tuum esse dicis, adversus quos de inofficioso testamento acturus eras, iure successionis bona ad fiscum pertinent, vel ipsius Quintiani bona utpote vacantia fiscus tenet, causam apud procuratorem meum agere potes.

Se i beni di Quinziano, tuo padre, pervennero al fisco quale successore degli eredi di costui o se gli pervennero utpote vacantia, tu, figlio di Quinziano, po-

<sup>72</sup> Cfr. fr. 21.4 D. 37.14; 38.1 D. 38.2; 20.5 D. 38.2, etc.

<sup>73</sup> Le interpolazioni segnalate mi sembra debbano ricondursi alla confusione, di cui abbiamo parlato, della querella con la hereditatis petitio. Fondamento della legittimazione passiva alla querella era, infatti, l'adizione della eredità da parte dell'erede istituito, non il possesso pro herede o pro possessore dei beni ereditari. Sul testo vedi LENEL, *Z. S. St.*, 46, 1926, p. 15; il Lenel pensa ad una hereditatis petitio ex causa inofficiosi. Ma, come sappiamo (p. 442 [p. 941]), questa figura non è conforme al diritto classico, mentre è conforme a quello postclassico. Potrebbe darsi, però, che la chiusa della costituzione si riferisse originariamente all'interdetto *quorum bonorum* concesso dal pretore, dopo il vittorioso esperimento della querella. Tale interdetto presupponeva nel destinatario il *possesso pro herede o pro possessore*. Gai, IV, 144.

<sup>74</sup> È legittimato passivamente alla querella, come nel caso del fr. 16.1 D. 5.2, il padre che iure manumissionis ottenne la b. p. contro il testamento del figlio.

tra i esperire contro il fisco la querella. La legittimazione passiva del fisco è dovuta al fatto che esso si trova nella posizione giuridica dell'erede (*heredis loco*).

S'intende, poi, come legittimato passivamente sia anche l'imperatore che sia stato istituito erede nel testamento (8.2 D. 5.2).

§ 219. Dobbiamo ora passare allo studio di un caso speciale di legittimazione passiva alla querella inofficiosi testamenti.

Noi sappiamo che in diritto classico il querelante mira a rescindere il testamento, che è per lui causa di iniuria, e ad ottenere i beni ereditari nella misura in cui il testamento sarà, nei suoi confronti, rescisso.

Quindi i casi sono due: o egli ha azione ed allora verrà alla eredità del defunto, o egli non ha azione (perché non legittimario, o perché giustamente diseredato o preterito) ed allora sarà respinto dalla eredità.

Ma poniamo il caso, del resto contemplato nelle nostre fonti, che un querelante non legittimario, o legittimario *sequens*, vinca nel giudizio di inofficiosità e rescinda per intero, naturalmente a suo esclusivo profitto, il testamento. Poscia si fa innanzi il vero legittimario o il *praecedens*: *quid iuris*? Deve egli intentare la querella o profitta della rescissione del testamento già operatasi per l'azione del non legittimario o del *sequens*?<sup>75</sup>

In diritto classico il vero legittimario deve, nonostante la rescissione del testamento, esperire la querella contro il non legittimario o il *sequens* vincitore, come se si trattasse di un fedecommissario universale, o di un *bonorum possessor*, o del fisco, che siano *loco heredis*.

Vuol dire che la querella avrà in questi casi una funzione anormale: funzione che, con raffronto desunto dal processo moderno, possiamo paragonare a quella di una *opposizione di terzo* contro la precedente sentenza ottenuta dall'attuale convenuto<sup>76</sup>. In seguito a questa opposizione può avvenire che, *a*) o il legittimario provi la iniuria e venga quindi ammesso al possesso dei beni ereditari, o *b*) non provi la iniuria e perda nel giudizio di inofficiosità, e allora il non legittimario, se era *sequens*, consoliderà definitivamente la sua posizione (p. 524 [p. 1032]).

Così se ci riferiamo al fr. 6.1 D. 5.2 e consideriamo l'ipotesi dal punto di vista classico, dovremo dire: l'estraneo vincitore della querella tiene per sé va-

<sup>75</sup> Nel diritto postclassico della vittoria profittano unicamente i successibili ab intestato (Cfr. fr. 6.1 D. 5.2).

<sup>76</sup> Si potrebbe obiettarmi che i romani non conoscono una opposizione di terzo. E ciò è vero. Ma non è meno vero che i romani conoscessero mezzi giuridici diretti a rimuovere gli effetti di una sentenza che pregiudicasse il diritto dei terzi. Nel caso nostro il vero legittimario è stato pregiudicato dalla sentenza provocata dall'estraneo. È evidente che egli deve poter difendersi contro questo pregiudizio. In questo senso mi sembra che la querella nel caso prospettato abbia una funzione analoga a quella che nel processo moderno ha l'opposizione di terzo (v. p. 524 [p. 1032]). Su questo istituto e sui suoi primi germi in diritto romano cfr. BETTI, *Trattato dei limiti sogg. d. c. giud.*, pp. 61-63.

lidamente l'eredità. Quando poi i veri legittimarii vogliano contro di lui agire per ottenere i beni ereditari, essi debbono anzitutto convenirlo in giudizio mediante la querella inofficiosi testamenti esperita in funzione di opposizione di terzo. Se vinceranno in questa opposizione, otterranno anche, in conseguenza, il possesso dei beni ereditari, la cui concessione è alla querella subordinata.

Una ipotesi strutturalmente, se non formalmente, identica è quella prospettata nel fr. 16.1 D. 5.2 (v. p. 428 [p. 926]).

PAPINIANUS, *libro secundo responsorum*: fr. 16.1 D. 5.2: P. 426.

Contra tabulas filii possessionem iure manumissionis pater accepit [et bonorum possessionem adeptus est]: postea filia defuncti, quam ipse exheredaverat, quaestionem inofficiosi testamenti recte pertulit: possessio, quam pater accepit, ad irritum recedit: nam priore iudicio de iure patris, non de iure [testamenti] (filiae) quaesitum est [: et ideo universam hereditatem filiae cum fructibus restitui necesse est].

Qui si ha che un testatore ha preterito il proprio padre (parens manumissor) ed ha diseredato la figlia. Il padre, iure manumissionis, chiede ed ottiene la bon. possessio contro il testamento del figlio. Successivamente la figlia diseredata esperisce la querella. Chi converrà in giudizio? Naturalmente il nonno che, come parens manumissor, ha la possessio dei beni ereditari.

Ora se si considera che la bonorum possessio del parens manumissor – che è identica alla b. p. c. t. liberti – è istituto strutturalmente analogo alla querella inofficiosi testamenti, si comprende come la posizione del padre sia, qui, analoga a quella di un sequens che, quantunque non ancora legittimato, abbia esperita con frutto la querella<sup>77</sup>.

Una ipotesi di tal genere doveva, in origine, prospettare anche il fr. 25.1 D. 5.2.

ULPIANUS, *libro secundo disputationum*: fr. 25.1 D. 5.2: P. 39.

Si quis cum non(dum) possit de inofficioso queri, ad querellam admissus pro parte rescindere testamentum temptet et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querellam instituat, dicendum est quia [testamentum pro parte valet et] praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querellam instituisse<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> Si noti l'espressione *priore iudicio*: come giustamente osserva il NABER (*Mnemosyne* 48, 164), anche per la bonorum possessio contra tabulas concessa al patrono o al parens manumissor si procedeva ad un giudizio regolare. È questa, perciò, tra l'altro, la ragione onde si richiede, per la concessione della b. p., l'adizione dell'eredità.

Tutto ciò costituisce nuova prova della identità strutturale della b. p. c. t. liberti con la querella inofficiosi testamenti. Cfr. quanto diciamo a p. 434<sup>2</sup> [p. 932 nota 47]. Sul testo v. pure p. 428 [p. 926].

<sup>78</sup> Il testo, secondo le giuste avvertenze di FABRO, *Rationalia* ad h. l., è certamente alterato. Non mi pare dubbia l'interpolazione [testamentum pro parte valet] che io segnalo.

Per l'esatta valutazione di questo frammento bisogna fare ricorso alla interpretazione che di esso ci danno gli scolasti nei Basilici. STEFANO (*Bas.* 39, 1, VI, 3; XXI, 2), ammette la

Ai fini della legittimazione passiva alla querella, il testo ci interessa per l'ultimo inciso «et praecedentes eum personae exclusae sunt». Inciso, questo, che può intendersi così: colui che *nondum* (come propone il Fabro) *potest de inofficioso queri*, esperisce la querella e vince; di poi viene convenuto in giudizio dai veri legittimarii (*praecedentes eum personae*) e riporta contro costoro vittoria (*exclusae sunt*): allora, *dicendum est eum cum effectu querellam instituisse*.

Per il diritto classico possiamo pertanto così riassumere: legittimati passivamente alla querella erano quegli eredi istituiti (o coloro che ne avevano preso il posto) la cui istituzione recasse iniuria al legittimario querelante.

Nel diritto postclassico, invece, bisogna distinguere fra querella propriamente detta ed hereditatis petitio.

Questa distinzione non è necessario porla per il diritto classico perché qui – purché ne concorrano gli estremi – l'erede vinto nel giudizio di inofficiosità sarà necessariamente costretto a trasferire al querelante vincitore il possesso dell'eredità: è necessario, invece, porla per il diritto postclassico nel quale poteva avvenire che un estraneo esperisse con successo la querella e non potesse poi, ciononostante, esperire la hered. petitio.

Ora la querella postclassica, in quanto mira ad annullare il testamento perché fatto da un pazzo, non può avere che un risultato positivo o negativo. Il testatore o è pazzo o non è pazzo. A rigore, quindi, dalla pronunzia di inofficio-

vittoria del sequens solo quando ricorrano due condizioni: 1°) che le precedenti persone abbiano rinunciato ad esperire la querella, restando *contenti* della diseredazione; 2°) che il testamento sia parzialmente rescisso. Senza queste due condizioni e, soprattutto, senza la prima, la querella gioverebbe unicamente ai successibili ab intestato. Infatti, anche nei limiti di una rescissione parziale del testamento la querella postclassica giova sempre a questi ultimi. Lo stesso STEFANO (*Bas.* 39, 1, XIII, sch. 1) ammette, commentando il fr. 16 pr. D. 5.2, che entro i limiti del triente ottenuto dal figlio querelante possa considerarsi come aperta la successione intestata della madre. (...ἀδιάθετος ἢ κοινὴ μήτηρ τελευτηκέναι δοκεῖ...). Quando, però, il legittimario prossimo successibile ab intestato abbia rinunciato ad esperire la querella, o sia stato vinto nel giudizio di inofficiosità, egli viene considerato come premorto: questa finzione permette che la vocazione intestata sorga in capo al sequens querelante (e vincitore). In tal senso cfr. *Bas.* 39, 1, XXVII, sch. 2.

Ora la ragione per cui nel fr. 25.1 D. 5.2 la vocazione dei praecedentes non avviene, è da ricercare soltanto nella loro rinunzia (οὔτε γὰρ οἶόν τε ἐστὶ τέως ἐξ ἀδιαθέτου καλεῖσθαι τοὺς παῖδας. ἐφ' ὅσον, ὡς εἴρηται, διὰ τῆς ἐξννεδατίου μήπω τὴν δεῖνοφ. κινούντες ἡσφαλισμένοι τυγχάνουσιν. Non possunt enim filii ab intestato vocari, quamdiu, ut dictum est, propter exheredationem nondum de inofficioso querentes contenti sunt.). Se, infatti, le personae praecedentes non avessero rinunciato alla querella, ma si fossero curate di esperirla contro l'erede istituito, per la parte ancora valida del testamento, la vittoria non avrebbe giovato al sequens querelante.

Tutto ciò secondo il diritto postclassico: per il diritto classico, infatti, queste distinzioni fra legittimario rinunziante e non rinunziante non si pongono. Il sequens, il quale, malgrado l'esistenza di praecedentes, intenti la querella e vinca, trattiene efficacemente i beni ereditari. E la sua vittoria sarà poi definitiva quando, convenuto in giudizio dai praecedentes, riesca nuovamente ad ottenere vittoria. Cfr. più oltre § 254.

sità dovrebbe seguire l'annullamento totale del testamento<sup>79</sup>. Ma questa soluzione può alcune volte subire eccezioni.

Infatti se al giudizio di inofficiosità parteciparono tutti gli eredi istituiti, o coloro che ne hanno preso il posto, allora la pronunzia ha efficacia totale: il testamento viene rimosso e si fa luogo alla successione intestata. Ma se la pronunzia di inofficiosità avvenne solo in confronto di uno o di più degli eredi istituiti, ma non in confronto di tutti, quantunque la inofficiosità investa potenzialmente tutto il testamento, tuttavia questa pronunzia vale in concreto solo nei confronti di coloro contro cui fu emessa. Gli altri non potrebbero esserne pregiudicati.

Peraltro, poiché il testamento è stato dichiarato inofficioso, di questa pronunzia può profittare se vuole – quantunque non possa esserne pregiudicato – anche l'erede istituito non convenuto in giudizio. È il caso del fr. 19 D. 5.2 che è, come vedremo, largamente interpolato: in esso la sorella istituita nel quadrante profitta della querella intentata dalla preterita contro l'estraneo, e può così, essa pure, venire ab intestato alla eredità della madre (§§ 224, 260).

Nel diritto postclassico la legittimazione passiva alla querella non determina al tempo stesso la legittimazione passiva alla hereditatis petitio, perché può avvenire che coloro che sono passivamente legittimati alla querella, e contro i quali la querella stessa sia stata vittoriosamente esperita, non siano, tuttavia, almeno nei confronti del querelante vincitore, tenuti a trasferire a lui il possesso dei beni ereditari (cfr. fr. 6.1 D. 5.2).

## CAPITOLO V EFFETTI DELLA QUERELLA CLASSICA

§ 220. Obbiettivo della querella classica, la rescissione del testamento nei limiti dell'iniuria recata al legittimario attore. Come il diritto successorio del legittimario abbraccia virtualmente l'intera eredità, e come la querella tenda a rescindere a suo profitto l'intero testamento, sempreché il suo diritto non sia limitato dal concorso di altri diritti successorî di pari grado e non incontri ostacolo nella mancata partecipazione al giudizio di altri legittimati passivi (fr. 8.16; 21.2 D. 5.2; c. 22 C. 3.28; c. 13 C. 3.28; 15.2; 24; 10 pr. D. 5.2; 76 pr. D. 31; 12.4 D. 38.2).

§ 221. Accrescimento del diritto di un legittimario per la rinunzia o la esclusione di un altro legittimario di pari grado. (fr. 23.2; 16 pr. D. 5.2). Esegisi

<sup>79</sup> Infatti, come si afferma nel fr. 17.1 D. 5.2 interpolato, *cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur*.

del fr. 17 pr. D. 5.2. Come qui siano rispecchiate le due concezioni, classica e postclassica, della querella. L'accrescimento nella b. p. c. t. del patrono (fr. 4.1; 21 D. 38.2) ed in quella dei liberi (fr. 10.4 D. 37.4; § 10 Inst. 3.9; 12 pr. D. 37.4; 3.9 D. 37.1; 4 D. 37.1 etc.).

§ 220. La querella classica, abbiamo detto, mira a rescindere il testamento in quanto è causa di iniuria al legittimario che la promuove. Limiti di questa rescissione sono i limiti stessi della iniuria che si tratta di rimuovere: e, a sua volta, i limiti di questa iniuria sono dati dalla misura del diritto del legittimario. Bisogna, allora, determinare la portata di tale diritto.

Anzitutto, di che diritto si tratta? Del diritto di succedere al defunto. Ora *ogni diritto di successione abbraccia, almeno virtualmente, tutta quanta l'eredità*. In concreto, però, esso può venire limitato: *a)* o dal concorso di altri diritti di successione di pari grado, *b)* o dal fatto che nel processo di inofficiosità tale diritto sia fatto valere in confronto di uno, o di due, o di più eredi testamentari convenuti in giudizio, ma non in confronto di tutti. D'altro lato può avvenire che il diritto solo parzialmente attuato riceva posteriormente incremento per la rinuncia o la esclusione del diritto dell'altro o degli altri legittimari.

Si tenga intatti presente che nel diritto classico la querella inofficiosi testamenti è l'unico mezzo giuridico con cui i legittimari possono far valere il loro diritto di successione. La rinuncia alla querella o la esclusione da essa importano al tempo stesso rinuncia e perdita del diritto di successione, che con la querella soltanto poteva attuarsi.

Poiché il diritto del legittimario abbraccia, almeno virtualmente, l'intera eredità, è chiaro che esso avrà piena attuazione quando *a)* né sia limitato dal concorso di altri diritti di pari grado, *b)* né incontri ostacolo nella mancata partecipazione di alcuni legittimati passivi al giudizio: a prescindere, naturalmente, dall'ostacolo che esso può trovare nell'esito sfavorevole di questo giudizio.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad edictum*: fr. 8.16 D. 5.2: P. 501.

Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est, et bonorum possessor si hoc se contendit: et libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui optinuit et haec utili actione repetuntur.

Quando vi sia uno solo legittimario il quale vinca nel giudizio di inofficiosità il testamento è totalmente rescisso a suo esclusivo profitto.

L'ipotesi cui Ulpiano riferisce l'appello concerne, naturalmente, la querella esperita extra ordinem<sup>80</sup>.

<sup>80</sup> Non crediamo di accettare l'aggiunta *Non solum si centumviri* che il LENEL, *Pal. Ulp.* 501 vorrebbe premettere al testo. Ulpiano qui si riferiva esclusivamente alla querella esperita extra ordinem, come appare dalla menzione dell'appello. Cfr. EISELE, *op. cit.*, p. 278. Il testo

Qui il legittimario ha potuto attuare integralmente il suo diritto. Ne segue che con la rescissione del testamento verranno rescisse tutte le disposizioni che in esso erano contenute. Cadranno, quindi, i legati e i fedecommessi, le manumissioni etc.<sup>81</sup>

PAULUS, *libro tertio responsorum*: fr. 21.2 D. 5.2: P. 1455.

Idem respondit, evicta hereditate per inofficiosi querellam ab eo qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset: ed ideo et petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum qui superavit competere [et compensationem debiti]. (cfr. 15.2 D. 5.2)

Come dice esattamente Paolo, quando il testamento venga con la querella rescisso per intero «perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset». Ne segue che l'erede istituito evitto potrà chiedere al legittimario vincitore il pagamento del debito che il defunto aveva verso di lui: debito, che, con l'adizione, si era estinto per confusione. Poiché le cose si atteggiavano come se la adizione non fosse avvenuta, cessano anche gli effetti della confusione. (Tutto ciò potrebbe pure dirsi per la b. p. c. t.)

*Impp.* DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. *Statillae*: c. 22 pr. C. 3.28.

Si maritus tuus factio testamento te quidem ex asse scripsit heredem, filia autem quam habuit in potestate exheredata facta minime probetur

è anche di grande importanza perché dimostra la natura di istituto di ius civile assunta dalla querella – *testamentum... ipso iure rescissum est*.

Il testo non è privo di alterazioni, sostanziali e formali (si noti, per es., *de inofficiosi!*). Classica è però, l'affermazione «*is secundum quem iudicatum est erit bonorum possessor*». Essa conferma la nostra tesi della conversione in *bon. possessio cum re* della b. p. l. o. g. (p. 436 [p. 934]).

<sup>81</sup> Il principio affermato nel fr. 8.16 D. 5.2 non va inteso in senso assoluto: non è vero, infatti, che necessariamente dalla pronunzia di inofficiosità – almeno per quanto concerne la querella classica – discenda la nullità totale del testamento e, perciò, delle disposizioni in esso contenute. Infatti: 1) quando nel testamento siano istituiti altri legittimarii il testamento, nei limiti in cui è rafforzato (per assorbimento) dalla loro vocazione intestata, non può essere rescisso; 2) i legati lasciati dal testatore ad altri legittimarii, e da costoro accettati, non possono, naturalmente, se eseguiti, essere ripetuti dal legittimario querelante.

Ricorre qui pure una sorprendente analogia con la b. p. c. t. Anche in essa, infatti, si parla di rescissione del testamento (qui rescindunt iudicia patris... fr. 1 pr. D. 37.5), e di conseguente nullità dei legati e delle manumissioni. E quanto ai legati lasciati alle exceptae personae – liberi et parentes – essi hanno valore in vista, appunto, della possibilità che costoro altrimenti avrebbero di chiedere la b. p. c. t. o di esperire la querella.

Il fr. 8.16 è, dunque, da interpretare, per diritto classico, nel senso che nel caso ivi prospettato non ci fosse che un solo legittimario. Per diritto postclassico, invece, il testo si presta ad una interpretazione in senso assoluto: nel senso, cioè, che in esso venga applicato un principio generale. Nel diritto postclassico, infatti, il testamento viene annullato totalmente e tutti i legittimarii – quindi anche coloro cui era lasciata una portio hereditatis (fr. 19 D. 5.2) o un legato –, purché non rinunzianti, verranno chiamati ab intestato alla successione.

nihilque ei relictum est neque iustas causas offensae praestitisse convincatur, eam de inofficioso testamento patris querentem *totam* hereditatem obtinere posse non ambigitur (a. 294).

Qui la figlia diseredata, poiché non vi è nessun motivo di esclusione, intenterà vittoriosamente la querella contro la madre e otterrà così l'intera eredità; cioè attuerà integralmente il suo diritto di successione<sup>82</sup>.

Può darsi, invece, che attraverso il processo il diritto del legittimario consegua solo parziale attuazione. E ciò o perché il legittimario non riesca vincitore in confronto di tutti gli eredi istituiti, o perché le varie sezioni del tribunale (centumvirale o settemvirale?) pronunzino sentenze tra loro discordi.

*Imp. GORDIANUS A. Prisciano: c. 13 C. 3.28.*

Cum duobus heredibus institutis, uno ex quinque, altero ex septem unciis, adversus eum qui ex septem unciis heres scriptus fuerat iusta querella contendisse, ab altero autem victum fuisse adlegas, pro ea parte, qua resolutum est testamentum [cum iure intestati qui obtinuit succedat], neque legata neque fideicommissa debentur, quamvis libertates et directae competant et fideicommissariae praestari debeant (a. 239)<sup>83</sup>.

Il testo ci mostra come il diritto di successione del legittimario querelante abbia, attraverso il processo, avuto attuazione solo in confronto dell'erede istituito ex septem unciis. Il testamento è perciò parzialmente rescisso, ed entro i limiti di tale rescissione il legittimario succede iure intestati al defunto. Non valgono, perciò, né legati né fedecommissi: valgono solo le manomissioni perché il testamento è ancora, sia pure parzialmente, in vigore.

*PAPINIANUS, libro quarto decimo quaestionum: fr. 15.2 D. 5.2: P. 229.*

Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere: verum enim est familiae erciscundae iudicium competere [quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri]<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Configurano casi di rescissione totale del testamento il fr. 14 D. 5.2 e c. 1. C. 3.28; 15; 17; 18 C. 3.28. Intendiamo, naturalmente, alludere alla *rescissione* causata dalla querella classica, che è fenomeno ben diverso dall'*annullamento* che determina la querella postclassica. L'una giova esclusivamente all'attore, l'altra può anche profitare a persone diverse dall'attore.

<sup>83</sup> Il NABER, *Mnemosyne*, 34, 372, ritiene che al posto di «querella» fosse in origine «sacramentum», riferendo così la costituzione alla querella centumvirale. Seguo come intp. «cum... succedat» perché in diritto classico non si può dire del querelante, come non si potrebbe dire del bon. possessor c. t., che succeda *iure intestati*.

<sup>84</sup> Cfr. BERGER, *Teilungsklagen*, 21 che segna interp. «ideo... videri». Così anche BONFANTE, *Ist.*<sup>8</sup>, 541<sup>2</sup>.

Il testo di Papiniano è, sostanzialmente, identico alla costituzione di Gordiano. Anche qui il legittimario (figlio) vince uno solo dei due eredi istituiti. Il testamento è qui pure rescisso solo pro parte e la parte di eredità già di pertinenza dell'erede sconfitto passa al legittimario vincitore. Il quale, perciò, può con azioni fittizie convenire i debitori ereditari ed essere egli stesso convenuto dai creditori. Egli può, inoltre, chiedere la divisione dell'eredità (*iudicium familiae erciscundae*).

L'efficacia parziale della querella può essere causata dal giudizio diverso pronunziato sulla medesima questione dalle diverse sezioni del tribunale.

ULPIANUS, *libro quadragesimo octavo ad Sabinum*: fr. 24 D. 5.2: P. 2959.

Circa inofficiosi querellam evenire plerumque adsolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur. [quid enim si fratre agente heredes scripti diversi iuris fuerunt? quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur]<sup>85</sup>.

MARCELLUS, *libro tertio digestorum*: fr. 10 pr. D. 5.2: P. 17.

Si pars iudicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet [humanius erit sequi eius partis sententiam quae secundum testamentum spectavit: nisi si aperte iudices inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit]<sup>86</sup>.

Secondo questi due testi, dunque, il diritto del legittimario può avere attuazione parziale anche in seguito alla discordanza delle sezioni del tribunale<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> Il BESELER (3-44) crede interpolato «circa inofficiosi querellam»: al posto di «apud centumviro»: ma nulla costringe ad ammettere tale interpolazione.

Ritengo, invece, col FABRO, interpolata la frase «quid... videbitur». Esattamente osserva il Fabro che la distinzione tra persone turpi e persone non turpi, che nel testo si sottintende, non esisteva ancora al tempo di Ulpiano, essendo stata introdotta da Costantino. Cfr. c. 27 C. 3.28 e § 1 Inst. 2.18.

<sup>86</sup> L'interpolazione – per la quale cfr. *Index Interpolationum* I, p. 72 – è, evidentemente, ispirata alla tendenza di favorire la *voluntas testantium*; tendenza molto rilevante nel periodo giustiniano. Cfr. SUMAN, *Favor testamenti e voluntas testantium*, p. 16 e *passim*. È una tendenza che contraddice alla concezione postclassica della querella; concezione secondo la quale, a rigore, bisognerebbe annullare integralmente il testamento, ogni qual volta se ne provi la inofficiosità.

<sup>87</sup> PAPIANUS, *libro septimo responsorum*: 76 pr. D. 31: P. 511.

Cum filius divisus tribunalius actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset atque ita varia sententiae iudicium exstissent, heredem, qui filium vicerat, pro partibus, quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum praeceptiones sibi datas, ... cum pro parte filius de testamento matris litigasset.

ULPIANUS, *libro quadragesimo quarto ad edictum*: 12.4 D. 38.2 P. 1170.

Si filius patroni exheredatus in partem optinuerit de inofficioso, in partem victus sit, videamus an noceat ei exhereditatio. et nocere arbitror, quia testamentum valet a quo exheredatus est.

In questi due frammenti appare, adunque, ancora, come, sia possibile una vittoria parziale nel giudizio di inofficiosità. Il fatto che la vittoria sia stata solo parziale può nuocere al figlio querelante: così, infatti, poiché egli è stato diseredato dal padre (patrono), e poiché questa

§ 221. Passiamo ora ad esaminare i casi in cui il diritto del legittimario ottiene attuazione integrale a causa della rinuncia o della esclusione dell'altro legittimario.

Abbiamo detto che il legittimario ha diritto di venire alla successione del congiunto. Questo diritto egli può attuare solo mediante l'esperimento della querella. Il contenuto, almeno virtuale, di questo diritto abbraccia tutta l'eredità: esso può integralmente attuarsi quando non incontri, in concreto, né il concorso di altri diritti, né ostacolo nel giudizio di inofficiosità. E può avvenire che quantunque in un primo tempo fosse solo parziale, la sua attuazione divenga ex postfacto, per *accrescimento*, integrale.

PAULUS, *libro singulari de inofficioso testamento*: fr. 23.2 D. 5.2: P. 221.

Si duo sint filii exheredati et ambo de inofficioso testamento egerunt et unus postea constituit non agere, pars eius alteri ad crescit. idemque erit et si tempore exclusus sit.

La soluzione che il testo presenta è quanto mai nitida: se dei due legittimari l'uno fu vinto, o fu escluso, o abbandonò la lite già iniziata, è chiaro che «pars eius alteri ad crescit». Cioè: il legittimario querelante attuerà integralmente il suo diritto, dal momento che con esso non concorre più il diritto del legittimario rinuziante, e rescinderà così per intero il testamento.

PAPINIANUS, *libro secundo responsorum*: fr. 16 pr. D. 5.2: P. 426.

Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit et optinuit, filia, quae non egit aut non optinuit, [in hereditate legitima] fratri non concurrat.

La fattispecie è di solito ricostruita così: vi sono tre figli, di cui uno istituito e due (figlio e figlia) diseredati. La figlia, *quae non egit aut non optinuit, partem non facit* (8.8 D. 5.2) al fratello querelante<sup>88</sup>.

È chiaro, ad ogni modo, che la perdita della querella importa anche perdita del diritto di successione cui essa è coordinata.

PAULUS, *libro secundo quaestionum*: fr. 17 pr. D. 5.2: P. 1279.

Qui [repudiantis animo] non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querellam movere volunt. Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, [quia

diseredazione non è stata totalmente rescissa, essa impedisce al figlio di venire alla eredità del liberto paterno. Cfr. anche il fr. 30 D. 40.12 dove, a proposito di sentenze diverse date dai giudici intorno ad una stessa questione, viene interpolato il seguente principio: «commodissimum est eo usque cogi iudices, donec consentiant». Cfr. 29 pr. D. 44.2.

<sup>88</sup> Il NABER (*Mnemosyne*, 34, 366) suppone, invece, che i figli siano soltanto due e che il fratello istituito sia il fratello della madre. In questo caso Papiniano riprodurrebbe esattamente la fattispecie e la soluzione che abbiamo trovato nel fr. di Paolo.

Segnalo intp. l'inciso «in hereditate legitima» perché l'esperimento della querella non provoca in diritto classico l'apertura della *legitima hereditas* come la provoca in diritto postclassico (p. 456 [p. 956]).

*recisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset:]* hic si optinueri uteretur rei iudicatae auctoritate quasi centumviri hunc solum filium [*in rebus humanis*] esse [*nunc, cum facerent intestatum,*] crediderint<sup>89</sup>.

Come appare anche da questo frammento (v. p. 559 [p. 1072]), secondo la redazione che di esso proponiamo, il figlio diseredato che rinunciò alla querella non concorre più col fratello che, invece, la intentò con successo. Il querelante può, anche qui, come nelle ipotesi dei fr. 16 pr. e 23.2 D. 5.2 citati, attuare integralmente il suo diritto rescindendo tutto il testamento a suo esclusivo profitto.

Anche nella bonorum possessio contra tabulas liberti ha luogo l'accrescimento della parte del patrono rinunziante a favore di quello non rinunziante<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> La interpolazione [quia... vindicasset] era stata già dal GRADENWITZ (*Z. S. St.* 23.458) segnalata come glossema. Il NABER (*Mnemosyne*, 34-367) ritiene invece che si tratti di interpolazione ispirata ad un diverso regime del diritto di accrescimento nel diritto classico ed in quello giustiniano. Anche il BETTI (*Trattato*, 461 sgg., 463) nota la interpolazione riconducendola, esattamente, al fatto che in diritto giustiniano manca tra la querella e il diritto di successione che con essa si fa valere, quel necessario coordinamento che esisteva invece nel diritto classico. Così il non aver esperito la querella, purché l'inazione non sia repudiantis animo, non determina, nel diritto giustiniano, come in quello classico, perdita del diritto di successione ab intestato del legittimario che non agì (più oltre p. 456 e 559 sgg. [p. 957 e 1071 sgg.]).

Peraltro, la ragione più profonda dell'interpolazione è da ricercare nella diversa natura della querella postclassica: la quale avendo ad oggetto l'annullamento del testamento perché fatto da un pazzo e determinando così l'apertura della successione intestata, giovava necessariamente a tutti i successibili ab intestato. «...*recisso testamento alter quoque ab intestato vocatur*».

L'interpolazione «in rebus humanis» è giustificata dalla tendenza giustiniana a considerare come morti i diseredati, i condannati e, qui, i rinunzianti. Per l'interpolazione «*repudiantis animo*» cfr. quanto diciamo a p. 456 ed alla nota 1 [p. 956 e p. 957 nota 91], ed a p. 457<sup>1</sup> [p. 958 nota 92]. Quanto alla frase «cum facerent intestatum» essa è di conio schiettamente compilatorio e richiama la frase corrispondente del fr. 6.1 D. 5.2 «*intestatum patremfamilias facit*». Essa, poi, rispecchia un pensiero che è conforme alla concezione che della querella si erano formata i bizantini. Cfr. *Bas.* 39, 1, XIV, sch. 1 e la esegesi che ne facciamo a p. 456<sup>1</sup> [p. 957 nota 91].

Sulla auctoritas rei iudicatae e sulla differenza dalla exceptio r. i. cfr. BETTI, *Trattato*, pag. 464 sg.

Il Gradenwitz, loc. cit., nota giustamente la identità di espressioni che ricorrono nel fr. 17 pr. e nel fr. 19 in fine. Egli crede che la frase «quia rescisso... vindicasset» sia una glossa al fr. 19 in fine. Invece è da ritenere che nell'un caso e nell'altro si tratti di interpolazioni.

Notevole è la menzione della pazzia nella glossa 1 b. al fr. 17.1 D. 5.2 del papiro di Heidelberg: *δοκει γαρ ουτος ως μαινομενος διατιθεσθαι*.

<sup>90</sup> L'accrescimento causato da rinunzia, decadenza, morte ed esclusione, per altri motivi, di un legittimario (chiamiamo così, per brevità, anche l'emancipato preterito che ha diritto di chiedere la b. p. contra tabulas) si verifica anche nella b. p. c. t. concessa ai liberi. Cfr. fr. 10.4 D. 37.4. «Liberi qui contra tabulas habere non possunt, *nec partem faciunt* si per alios committatur edictum». Cfr. § 10 Inst. III, 9; 12 pr. D. 37.4; 3.9 D. 37.1; 4 D. 37.1; 5 D. 37.1 etc. (cfr. più oltre p. 560 [p. 1073]).

ULPIANUS, *libro quadragesimo tertio ad edictum*: fr. 4.1 D. 38.5: P. 1160. Et si plures patroni sint, omnes unam partem habebunt: sed si viriles non petent, portio ceteris ad crescet. quod in patronis dixi et in liberis patronorum est: sed non simul venient, sed patronis deficientibus (cfr. fr. 6 pr. D. 37.1: Pal. 575 pr.).

Quando taluno dei compatroni non chieda la b. p. c. t. – perché non voglia o perché non possa – la sua porzione si accresce agli altri. Lo stesso è da dire per i figli dei patroni: i quali, peraltro, sono ammessi alla b. p. c. t. deficientibus patronis.

IULIANUS, *libro vicensimo sexto digestorum*: fr. 21 D. 38.2: P. 392.

Ex tribus patronis uno cessante bonorum possessionem petere duo aequas partes habebunt. (Cfr. ancora 2.1 D. 37.14).

## CAPITOLO VI

### LA NATURA DELLA QUERELLA POSTCLASSICA

§ 222. Obiettivo della querella postclassica, l'annullamento del testamento e l'apertura della successione intestata a profitto di tutti i più prossimi successibili ab intestato. Come essa cessi di profittare al solo legittimario che si sia astenuto dalla querella *repudiantis animo*. Costruzione bizantina di quest'*animus*; equiparazione della rinuncia alla premorienza. Prova tratta dalla esegesi dei fr. 17 pr. e 8.8 D. 5.2; Bas. 39.1 XIV, sch. 1; VIII, sch. 16. Significato della interpolazione del fr. 8.8 D. 5.2.

§ 223. Carattere bizantino della ricerca di un criterio onde determinare come e quando il comportamento di un legittimario debba considerarsi quale rinuncia (interpolazione del fr. 19 D. 5.2).

§ 224. Fattispecie, questione e soluzione classica del fr. 19 D. 5.2: loro ricostruzione – Contrastanti opinioni degli interpreti. Interferenza di principî classici e postclassici nel fr. 19 considerato nella sua redazione attuale.

§ 222. Le interpolazioni segnate nel fr. 17 pr. (p. 454 [p. 954]) ci mettono in grado di valutare la portata del mutamento sopravvenuto nella *natura* della querella nel diritto postclassico.

Anche qui, come nella querella, quando il testamento venga paralizzato intieramente – sia cioè chiesta contro di esso una bonorum possessio totale – di questa *rescissione pretoria* profitta solo colui che ha chiesto ed ottenuto la possessio dei beni ereditari. Gli altri vengono esclusi. Ciò, del resto, si comprende perfettamente quando si pensi che il testamento, sia pure vuoto di contenuto, un valore per diritto civile lo ha tuttavia.

Il testo, nella sua redazione classica, applicava il principio secondo cui il legittimario non poteva venire alla successione del congiunto che l'aveva diseredato o preterito se non attraverso il vittorioso esperimento della querella. E ciò, in connessione con l'altro principio secondo cui la querella giova unicamente al legittimario che l'esperisce e non può giovare ai legittimarii che non agiscano.

Allorché, quindi, un legittimario o non avesse voluto o non avesse potuto esperire la querella (perché aveva riconosciuto lo iudicium testatoris o perché sufficientemente beneficiato), era escluso che egli potesse concorrere (partem facere) con gli altri legittimarii che, invece, l'avessero esperita con successo.

Poiché, infatti, la querella, come la b. p. c. t. dei liberi, era la *via necessaria* per giungere alla successione cui si aveva diritto, è chiaro che ripudiata o comunque perduta la querella era estinta, altresì, quella vocazione intestata che essa presidiava. Nessun rilievo aveva l'*animus* del legittimario: non aveva, cioè, importanza alcuna che costui non avesse esperito la querella con o senza l'*animus repudiandi*.

Diversamente, invece, stanno le cose nel diritto postclassico.

In linea di principio la querella, per il fatto che provoca l'annullamento del testamento e l'apertura della successione intestata, giova a tutti i successibili ab intestato: quindi, anche a coloro che non vollero o non poterono intenderla. In via di eccezione a questo principio, peraltro, si ammette che colui che non esperì la querella *repudiantis animo* e colui che fu vinto nel giudizio di inofficiosità, vengano considerati come premorti e siano perciò esclusi dalla successione<sup>91</sup>. Tutto ciò risulta ancora più evidente dagli scolii di Stefano ai fr. 17 pr.;

<sup>91</sup> Tutto questo è chiaramente detto da STEFANO nello scolio al fr. 17 pr. *Bas.* 39, 1, XIV sch.1. Δύο τις ἔχων ἢ καὶ πλείονας παῖδας καὶ ἀλόγως αὐτοὺς ἐξνερεδάτους ποιήσας ἐξωτικὸν ἔγραψε κληρονόμον. ἀλλ'ὁ μὲν εἰς τῶν παίδων ἐφησυχάσεν, οὐχ ἀπλῶς, ἀλλὰ ῥεπουδιατεύοντος ψυχῆ. βούλονται δὲ κινήσαι τὴν μέμψιν οἱ ἄλλοι τῶν ἀδελφῶν. φησὶ τοίνυν ὁ Παῦλος, τὸν ψυχῆ ῥεπουδιατεύοντος ἐφησυχάσαντα μὴ ποιεῖν μέρος τοῖς ἄλλοις, οἱ βούλονται κινήσαι τὴν μέμψιν. ἀλλὰ δύο τυχόν ὄντων παίδων, εἰ θάτερος αὐτῶν ῥεπουδιατεύοντος ἐφησυχάσει ψυχῆ, κινῶν ὁ ἕτερος πᾶσαν καταλύει, [εἰς τὸ πᾶν καταλυομένην]. τότε δὴ καὶ ὁ ἐφησυχάσας ἐξ ἀδιαθέτου καλεῖται, καὶ κατὰ τοῦτον τὸν λόγον εὐρίσκεται ὁ νενικηκός, ὅσον ἦκεν εἰς ἐξ ἀκριβείας, μὴ δεόντως τὴν πᾶσαν ἐκδικῶν κληρονομίαν. εἰκότως ἐνθαῦτα εἰ κινήσει καὶ καταλύσει τὴν διαθήκην, κέχρηται τῇ αὐθεντίᾳ τῆς ἀποφάσεως ὡσανεὶ τῶν δικαστῶν αὐτὸν εἶναι καὶ μόνον ψηφισαμένων, ὅτε πᾶσαν κατέλυσε τὴν διαθήκην, ὡσανεὶ τῶν ἐτέρων παίδων, δι' ὧν ἐφησυχάσαν, ῥεπουδιατευσάντων τὴν μέμψιν, ἤδη τεθνάναι νομιζομένων.

Dunque, come afferma Stefano, la querella promossa dall'uno dei legittimari, e che abbia rescisso l'intiero testamento, determina l'apertura della successione intestata e, perciò, giova anche a colui che non agì. Questo beneficio viene meno per costui, solo quando si provi che egli ebbe un *animus repudiandi*. In tal caso egli viene considerato come premorto (ἤδη τεθνάναι) e, perciò, viene escluso dall'eredità.

Interessante è il commento di CUIACIO, *Recitationes*, vol. III, col. 137 (Opera ed. Prati 1840) al fr. 8.8. Cuiacio nel determinare se la querella esperita da uno dei fratelli giovani anche all'altro fratello che non l'ha esperita, decide diversamente secondo che l'inazione di quest'ultimo

8.8; 19; 16.2; 23.2 D. 5.2, ed è nettamente espresso dall'inciso *repudiantis animo* interpolato nel fr. 17 pr.<sup>92</sup>. Che la rescissione del testamento provochi, in seguito all'apertura della successione intestata, anche la chiamata del diseredato *qui non queritur*, e che i bizantini pongano la distinzione fra l'inazione semplice e quella osservata *repudiantis animo*, ce ne danno, altresì, prova il fr. 8.8 D. 5.2 e lo scolio correlativo di Stefano nei Basilici.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad edictum*: fr. 8.8 D. 5.2: P. 493.

Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querellam, videndum erit, an exheredatus partem faciat qui non queritur: ut puta sumus duo filii exheredati. et utique faciet, ut Papinianus respondit [, et si dicam inofficiosum non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere].

Il testo originale aveva questo significato: che anche coloro che non vogliono o non possono intentare la querela fanno numero, ma al solo fine della computazione della porzione debita. Il testo, invece, come ci viene presentato attualmente, significa che anche coloro che non agiscono – purché non *repudiantis animo* – sono chiamati alla successione intestata, e, in conseguenza, essi concorrono nell'acquisto dell'eredità con il legittimario vincitore.

Così se di due fratelli diseredati l'uno non agisca, ed agisca, invece, l'altro ed annulli l'intero testamento, la vittoria profitterà anche al diseredato *qui non queritur*. Per questo, il legittimario «si dicat inofficiosum non totam hereditatem debet, sed dimidiam petere»<sup>93</sup>.

sia inazione *pura e semplice* (ἀπλῶς) o *repudiantis animo* (ῥεπουδιατεύοντος ψυχῆ). Come appare da questa distinzione, Cuiacius riproduce qui esattamente il pensiero bizantino.

Si pater nihil etiam legavit primo, vel si minus ei legavit quam rescunciam, primus aget querela, per quam rescindet testamentum in totum; sed eadem ratione non vindicabit nisi dimidiam partem hereditatis, alteram dimidiam relinquet fratri suo. *Atque querela et victoria primi proficiet secundo fratri suo tacenti*, et quodammodo acquiescenti iudicio defuncti: *secus erit, si secundus repudiaverit querelam, vel si repudiantis animo tacuerit*. nam tunc primo rescuncia non sufficit, et vindicat *hereditatem totam*. Cfr. ancora il commento al fr. 16 pr. nelle *Recitationes* e nel libro II *Respons. Papin.*

<sup>92</sup> L'interpolazione risponde ad una tendenza schiettamente giustiniana secondo cui gli effetti giuridici, che in diritto classico scaturivano oggettivamente dal negozio, vengono riportati invece all'*animus* di colui che questo negozio compie. Così nella novazione: mentre in diritto classico la novazione si produce per il fatto solo che ne esistano i presupposti oggettivi, nel diritto postclassico il prodursi della novazione è fatto dipendere dalla presenza di un requisito ulteriore: l'*animus novandi*. Sul quale modo di vedere cfr. PRINGSHEIM, *Z. S. St.*, 42, 273-327; BETTI, *Bull. d. rom.*, 34, p. 283; *Arch. giur.*, 93, p. 290 segg.; KOSCHAKER, *Bedingte Novation und Pactum in röm. Recht*, p. 35 segg.; 40 segg. Quanto al *non volere* esso non è da intendere nel senso di una determinazione di volontà rimasta entro la sfera interna del legittimario: ma è da intendere, invece, come un comportamento assunto dal legittimario di fronte agli altri interessati: comportamento, quindi, idoneo ad impegnarlo verso costoro. V. ora anche BETTI, *Dir. rom. e dogm. od.*, p. 37 n. 3.

<sup>93</sup> Che quest'inciso sia interpolato è cosa che, dopo quanto abbiamo detto, apparirà chiaro. Esso fa perfetto riscontro all'inciso [quia rescisso... vindicasset] del fr. 17 pr.

Quanto alla distinzione fra colui che non agisce *simpliciter* e colui che non agisce *repudiantis animo*, quantunque non sia esplicitamente fatta nel testo, essa vi è, tuttavia, sottintesa. Ce ne dà prova il lungo scolio di Stefano a questo frammento<sup>94</sup>.

Possiamo concludere dicendo che il fr. 8.8 è stato interpolato nello stesso senso del fr. 17 pr.: l'interpolazione ha mirato a porre in luce i due principii postclassici, concernente, l'uno, la natura della querella – azione di annullamento del testamento inofficioso della quale profittano tutti i successibili ab intestato – relativo, l'altro, alla efficacia dell'*animus repudiandi*.

L'interpolazione, del resto, era stata pure sospettata dal FABRO, *Rationalia* ad. h. l., e dal NABER, *Mnemosyne*, 34, p. 366. Cfr. l'ampia analisi che del testo è fatta nel § 266.

<sup>94</sup> Bas. 39, 1, VIII, sch. 16. (Heimbach). Quoniam antea diximus, legitimam portionem filio relictam eum a querela excludere, illud inde quaeri discique dignum est, an filius exheredatus, qui non queritur, partem faciat fratri. Hoc vero quid sit, cognosce apertius. Quidam habens duos filios extraneum quidem instituit heredem, filios autem exheredavit: et uni filiorum octavam bonorum suorum partem reliquit, alteri vero filio nihil.

ἀλλ' ὁ μὲν παῖς, ᾧ μηδὲν καταλείπειν ὁ πατήρ, ἐφησυχάσεν, οὐ ῥεπουδιατεύων μέντοι τὴν μέμψιν. βούλεται δὲ ὁ ἕτερος τῶν παίδων ὁ τὸ ἢ μέρος ἔχων παρὰ γνώμην τοῦ τεστάτορος ἕτερον ἢ ἔχειν, λέγων ὅτι ὁ ἐξνερεδάτος μου ἀδελφός οἷα δὴ γερονῶς ἐξνερεδάτος καὶ ἐφησυχάζων τετελευτηκέναι δοκεῖ, καὶ μόνος εἰμὶ τοῦ κατοικομένου παῖς. μόνον δὲ με ὄντα δίκαιόν ἐστι, φησί, τὸ νόμιμον ἔχειν ποστημόριον. ταῦτα λέγοντος αὐτοῦ καὶ δικαιολογουμένου φησὶν ὁ Παππιανὸς πάρτεμ ποιεῖν ἐκείνῳ [τῷ ἐφησυχάζοντι] (τὸν ἐφησυχάζοντα, μὴ ῥεπουδιατεύοντος μέντοι ψυχῇ ἀδελφόν). τουτέστι μέρος ἔχειν σὺν ἐκείνῳ δοκεῖν, καὶ μὴ νομίζεσθαι μόνον εἶναι τὸν νῦν ἐπιφυόμενον παῖδα, μηδὲ ὀφείλειν τέλειον κομίζεσθαι τὸ νόμιμον ποστημόριον. πάρτεμ δὲ αὐτῷ ποιεῖ τῷ ἀδελφῷ τοσοῦτον, ὅτι ἔνθα μηδὲν αὐτῷ (κατὰ) γνώμην τοῦ τεστάτορος καταλείπεται, καὶ ἀρμόττει δεῖνοφ. ἐπὶ καταλύσει τῆς διαθήκης, ἐφησυχάζει δὲ θάτερος τούτων, κινῶν ὁ ἕτερος οὐ πάσαν, ἀλλὰ κατὰ μέρος καταλύσει τὴν διαθήκην. συνελόντα τοῖνον εἰπεῖν, ὁ ἐξνερεδάτος παῖς κἂν ἐφησυχάζῃ, μὴ ῥεπουδιατεύοντος μέντοι ψυχῇ, πάρτεμ δοκεῖ ποιεῖν ἐκείνοις, οἷς ἅμα αὐτῷ τὸ τῆς ἀναπληρώσεως ἀρμόττει δίκαιον ἢ ἐπὶ καταλύσει τῆς διαθήκης ἢ μέμψις. ἀνάγωθι τὸ ἰζ'. διγ. τοῦ παρόντος tit.

(Heimbach. Hic vero filius, cui pater nihil reliquit tacebat, non repudians tamen querelam. Alter vero filius, qui octavam partem habet, contra voluntatem testatoris alteram octavam habere vult, dicens fratrem suum exheredatum, exheredatum quippe et tacentem *mortuum esse videri*, seque solum esse filium defuncti. Ait autem, aequum esse, se, cum solus sit, habere portionem legitimam. Haec dicente eo et allegante Papinianus ait, partem ei facere *fratrem tacentem, nec tamen repudiandi animo*, hoc est, partem videri cum illo habere, nec credi illum solum superesse filium, qui nunc insurgit, nec debere ferre integram portionem legitimam. Partem vero ipsi fratri facit adeo, ut cum nihil ei ex voluntate testatoris relictum sit, et competat querela inofficiosi ad rescindendum testamentum, taceat vero alter eorum, alter agens non totum, sed ex parte rescindat testamentum. Ut igitur brevi omnia complectamur, filius exheredatus, *etiamsi taceat, non repudiantis tamen animo*, partem videtur facere iis quibus simul cum eo competit ius supplendae portionis legitimae, vel querela ad rescindendum testamentum. Lege dig. 17 huius tit.

Stefano qui afferma decisamente che anche colui che non agisce (exheredatus qui non queritur) concorre alla successione intestata: onde il beneficio della vittoria per il querelante deve essere ristretto nei limiti della sua porzione intestata. Si fa eccezione soltanto per il caso in cui l'altro legittimario omise di esperire la querela repudiantis animo: in questo caso, infatti, egli viene considerato come premorto. Cfr. Bas. 39.1, XXI, sch. 2; fr. 23.2 D. 5.2.

§ 223. Il seguente problema, ignoto al diritto classico, dovette sorgere in quello postclassico.

In diritto classico i legittimari diseredati o preteriti che non vogliono o non possono intentare la querella restano esclusi dalla successione del loro congiunto; la querella è, infatti, la *via necessaria* per giungere a tale successione.

Nel diritto postclassico, invece, in linea di principio, tutti i legittimarii, in quanto successibili ab intestato, rimosso il testamento ed apertasi la successione intestata, vengono ad essa chiamati. Vengono, quindi, chiamati anche coloro che non vollero o non poterono intentare la querella. Però i legittimarii che col loro contegno manifestarono chiaramente un animus repudiandi vengono considerati come premorti, e restano, perciò, esclusi dalla successione.

Si comprende allora come nel diritto postclassico avesse assunto grande importanza il problema concernente la dimostrazione dell'animus repudiandi nei legittimarii che non vollero o non poterono esperire la querella. Così, mentre nel diritto classico colui che riconobbe il testamento (*adgnovit iudicium defuncti*) accettando un legato in esso disposto, o adendo l'eredità, non poteva più in nessun modo venire alla successione intestata del proprio congiunto, nel diritto postclassico, invece, quando si poteva provare che l'accettazione del legato o l'adizione dell'eredità *non volevano significare rinunzia alla vocazione intestata*, anche il legittimario che aveva accettato il legato e che aveva adito l'eredità ex testamento, poteva venire alla successione intestata provocata dal vittorioso esperimento della querella da parte di un altro legittimario.

Di qui, pertanto, la necessità, per i giuristi postclassici, di indagare quando nel caso concreto ricorresse o non ricorresse una rinunzia.

Orbene non venne considerato come rinunzia il fatto che un legittimario, istituito nella quarta debitaie portionis, avesse adito l'eredità ex testamento. Infatti, colui che adì non intese con ciò rinunziare alla vocazione intestata che si fosse eventualmente prodotta per esperimento vittorioso della querella da parte dell'altro legittimario.

§ 224. Tenendo presenti questi principii possiamo ora accostarci al fr. 19 D. 5.2, conosciuto col nome di *lex damnata e crux interpretum* (cfr. più oltre §§ 259 segg.).

La fattispecie è la seguente: una madre istituisce erede una figlia nel quadrante, un estraneo nel dodrante, e preterisce l'altra figlia. La questione sta nel sapere la misura in cui la preterita rescinderà a suo profitto il testamento. Per diritto classico la soluzione è chiara. Poiché l'istituita ha adito l'eredità materna – come nel testo si suppone –, poiché l'adizione ha *assorbito* la vocazione intestata dell'adeunte circoscrivendola nei confini dell'istituzione, poiché il testamento, nei limiti in cui l'assorbimento si è verificato, è sta-

to *rafforzato* dalla vocazione intestata assorbita (§ 14), segue che la preterita potrà rivendicare il dodrante in cui è istituito l'estraneo e non potrà, invece, rescindere il testamento nei limiti della quota di istituzione della sorella (p. 563 seg. [p. 1076 sgg.])<sup>95</sup>.

Tutto ciò, per diritto classico. Per diritto postclassico bisogna invece distinguere secondo che l'adizione dell'istituita si consideri o non si consideri quale rinuncia alla vocazione intestata. Nel primo caso, l'annullamento del testamento e l'apertura della successione intestata profitteranno unicamente alla querelante che potrà, perciò, rivendicare l'intero asse ereditario. Nel secondo caso, anche l'istituita profitterà dell'annullamento del testamento e verrà essa pure ab intestato alla successione della madre.

Queste due ipotesi sono prospettate nel testo di Paolo: ma, come è ormai evidente, esse non possono naturalmente essere a Paolo attribuite. Se è vero, come ci pare che esaurientemente dimostrino gli scolii di Stefano, che il problema dell'*animus repudiandi* è schiettamente bizantino, e che è interpolato l'inciso «repudiantis animo» del fr. 17 pr., è vero pure che tutte le questioni connesse al problema della rinuncia sono di fattura bizantina.

PAULUS, *libro secundo quaestionum*: fr. 19 D. 5.2: P. 1280.

Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit: haec de inofficioso egit et optinuit. quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit.

*respondi: filia praeterita [id] (dodrantem) vindicare debet [quod intestata matre habitura esset: itaque dici potest eam quae ommissa est etiam si totam hereditatem petat et optineat, solam habituram universam successionem, quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem. sed] non est (enim) admittendum ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso: [praeterea dicendum est non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit:] et ideo ab extraneo [semissem] (dodrantem) vindicandum. [et defendendum totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat.] secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte [intestata efficitur licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur. ceterum si quis putaverit filia optinente totum testamentum infirmari, dicendum est etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem: nec enim quae ex testamento adiit, quod putat va-*

<sup>95</sup> Una soluzione simile ci mostra il fr. 14 pr. D. 37.4 (p. 335, 547 [p. 824, 1058]). Il figlio istituito che adisce l'eredità ex testamento restringe nei limiti della quota di istituzione la sua vocazione intestata (¼); e il fratello che chiede la b. p. c. t. rescinderà il testamento nei ¾ in cui è istituito l'estraneo. Il fatto che nel fr. 19 si tratti della querela e nel fr. 14 pr. si tratti della b. p. c. t. non esclude che identica possa essere la soluzione della fattispecie contemplata nei due testi: sappiamo, infatti, che quanto agli effetti e, in certo senso, anche quanto alla struttura i due istituti presentano analogie importanti p. 311 segg. [p. 799 sgg.]

lere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri: cum et hi qui sciunt ius suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant. quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti falsa opinione motus amplexus est: is enim non videtur bonorum possessionem repudiasse. ex quibus apparet non recte totam hereditatem preteritam vindicare, cum rescisso testamento etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditatis].

Non pretendo di presentare, con la ricostruzione tentata, il testo classico, ma solo di isolare elementi sicuramente classici del testo. Nella sua redazione originaria il testo doveva dire: la figlia preterita rivendicherà il dodrante; essa, infatti, non viene ammessa ad agire contro la sorella; il dodrante deve essere, perciò, rivendicato in confronto dell'estraneo. Il testamento, dunque, è solo parzialmente rescisso.

Su questa decisione i bizantini innestano la questione della rinunzia. E come nel fr. 17 pr. prima modificano il testo nel senso di impedire che l'attore rivendichi l'intera eredità e poi lo modificano nel senso contrario, così nel fr. 19 – tratto dallo stesso libro di Paolo dal quale proviene il fr. 17 pr. – prima modificano il testo nel senso che la preterita possa rivendicare l'intero asse e poi lo modificano nel senso contrario, in quanto limitano alla porzione intestata la revindica dei beni ereditari da parte della querelante.

Queste due diverse soluzioni si riconducono a due diverse valutazioni dell'azione: secondo che, cioè, essa venga considerata o non venga considerata quale rinunzia. Prevale, però, quest'ultima valutazione<sup>96</sup>.

<sup>96</sup> Il fr. 19 D. 5.2 è conosciuto col nome di *lex damnata*.

Nell'Appendice di quest'opera (§ 259 segg.) il testo viene analizzato minutamente e viene posto a raffronto coi testi paralleli: vengono anche analizzate le opinioni dei glossatori. In quella parte, inoltre, viene anche proposta una ricostruzione, diciamo così, più *conservatrice* del testo. Peraltro questa diversa ricostruzione non significa che noi abbiamo dubbi sulla portata sostanziale del pensiero classico che in esso era originariamente espresso. La soluzione classica ed i principii che la animano sono, infatti, identici tanto in questa come in quella ricostruzione.

Le soluzioni che sono state prospettate sono le seguenti: 1) la preterita rescinderà il testamento solo nella metà; il quarto rimanente della porzione dell'estraneo resterà a costui: 2) ovvero si accrescerà alla istituita, 3) o andrà pure alla preterita. Per quest'ultima soluzione, che è pure la nostra, è GIOVANNI BASSIANO, il quale, con sicuro intuito giuridico, richiama, a sostegno della sua tesi, il fr. 14 pr. D. 37.4. (Cfr. Glossa ad h. l.). La soluzione che noi prospettiamo è, però, fondata sopra una sistemazione nuova di tutta la materia del testamento inofficioso: sistemazione che discende dallo scerveramento di tre regimi diversi della querella nelle nostre fonti.

I Basilici (39, 1, XV) interpretano il fr. 19 nel senso che la preterita debba rivendicare il semisse e che l'altro semisse debba toccare alla istituita; la quale, perciò, otterrà  $\frac{1}{4}$  a titolo di erede testamentaria ed  $\frac{1}{4}$  a titolo di erede ab intestato. Questa soluzione è prettamente giustiniana: perché il diritto classico tenne sempre fermo il principio *nemo partim iure intestati partim iure testamenti ad successionem eiusdem personae venire potest*.

Sostanzialmente l'ultima parte del fr. 19 è giustiniana. In essa, in definitiva, si afferma: 1°) che la querella determina l'apertura della successione intestata, 2°) che colei che già adì l'eredità ex testamento può *nuovamente* adirla ab intestato.

Ora queste due proposizioni sono schiettamente giustiniane. È tale la prima, perché risponde alla concezione postclassica della querella; è tale la seconda, perché in diritto classico l'adizione ha effetto preclusivo; cioè essa *consuma*, trasformandola in testamentaria, la vocazione intestata della adeunte, rendendo impossibile a costei una ulteriore azione ab intestato della medesima eredità (p. 544, 551 [p. 1055, 1062])<sup>97</sup>.

In conclusione possiamo dire che anche il fr. 19, come il fr. 17 pr. ed il fr. 8.8, rivela la natura diversa della querella nel diritto classico ed in quello postclassico: azione tendente alla rescissione del testamento in quanto reca *iniuria* al legittimario querelante, l'una; azione, invece, che mira ad annullare il testamento e ad aprire la successione intestata, l'altra. Di questo effetto della querella postclassica profitano tutti i successibili ab intestato; ne sono esclusi solamente coloro che compiono atti tali da lasciar chiaramente argomentare una rinunzia.

La glossa III al fr. 19. del papiro di Heidelberg (GRADENWITZ, *Z. S. St.*, 23.459) così riassume il testo.

σημο (σημείον ὅτι) ηνικα γραφη εξωτικος  
κληρονομος εις ς ουγκιας η εις  
πλεον ο κινων την δε inoffi-  
cioso ουκ απο δυο κληρο-  
νομων λαμβανει το ανηκον αυ-  
τω αλλ απο μονου του εξωτι-  
κου ωσπερ εστιν επι τουτου  
του θεματος

Cioè, la querelante agirà per ottenere il semisse che le spetta ab intestato. Poiché la querella si configura ormai come hereditatis petitio, l'attore deve chiedere la sua porzione di eredità intestata.

Il Gradenwitz considera quali glossemi gli incisi «itaque... hereditatem» e «praeterea... adiit». Considera interpolata la chiusa «ex quibus...» l'EISELE (*Z. S. St.*, 15.299). Per un tentativo recente di ricostruzione del fr. 19, vedi NABER, *Mnemosyne*, 34, 367 segg. Credo inutile riferire l'enorme quantità di ricostruzioni che la dottrina, in vari periodi, ha tentato di fare. Il BESELER, *Beiträge*, I, 23.24, IV 233, crede il testo essere in gran parte una parafrasi.

<sup>97</sup> Cfr. fr. 14 pr. D. 37.4; 15.2 D. 37.5. Né mi si opponga il fr. 8 D. 5.3 (261) o il fr. 46 D. 38.2 (1456) Perché il fr. 8 ha riguardo ad un testamento nullo (is qui, cum ignorabat *vires testamenti*...) e nel caso nostro si ha invece un testamento perfettamente valido; il fr. 46 non suppone, da parte del patrono, l'adizione della eredità. Se la supponesse, allora bisognerebbe dire che esso pure è interpolato. Propendiamo anzi per quest'ultima tesi fondandoci soprattutto sul fr. 3 pr. D. 38.5 in cui è espresso il principio classico, e sul fr. 8 pr. D. 38.2 in cui è, invece, espresso il principio giustiniano, e che è senza dubbio alcuno interpolato. Cfr. MANCALEONI, *Le donazioni*, 9: vedi più oltre § 261.

CAPITOLO VII  
EFFETTI DELLA QUERELLA POSTCLASSICA

§ 225. La querella postclassica, azione indipendente dal diritto di successione dell'attore, fondata sulla inofficiosità, come base di una presunzione legale di pazzia del testatore, e avente per obbiettivo l'annullamento del testamento e l'apertura della successione intestata generale.

§ 226. Prove che si desumono:  $\alpha$ ) dalla presenza di questo tipo di querella nei fr. 6.1; 25.1; 17 pr.; 8.8; 19 D. 5.2 e negli scolii corrispondenti dei Basilici;  $\beta$ ) dal valore giuridico assunto nel diritto postclassico dal color insaniae (fr. 13 D. 5.2);  $\gamma$ ) dalla scissione fra iudicium rescindens ed iudicium rescissorium nel diritto postclassico;  $\delta$ ) dalla concezione bizantina (*Bas.* 39.1, XIII, sch.) onde anche nei casi di annullamento parziale del testamento si considera tuttavia aperta, entro i limiti di tale annullamento, la successione intestata generale.

§ 227. Sorte dei legati e delle altre disposizioni testamentarie. Come nel diritto classico la loro caduta dipendesse dal fatto che la successione del legittimario è *contra voluntatem* e nel diritto postclassico, invece, essa derivasse dalla presunzione legale di pazzia del testatore (fr. 28 D. 5.2; 19 D. 5.2; 17.1 D. 5.2; 18 D. 5.2; 29 pr. D. 5.2).

§ 225. Vediamo ora quali siano gli effetti della querella nel diritto postclassico.

Nel diritto postclassico la querella mira anzitutto a provare che ha luogo l'applicazione di una presunzione assoluta *iuris et de iure* di pazzia nei confronti del testatore. Questa presunzione di pazzia si basa sul fatto solo della inofficiosità, consistente nella ingiusta preterizione o diseredazione dei legittimarii. In applicazione della presunzione in parola cade il testamento e viene aperta la successione intestata generale<sup>98</sup>.

Questo effetto totale si ottiene quando la querella sia stata intentata con successo contro tutti gli eredi istituiti: o quando, pure intentata soltanto contro uno o alcuni di essi, anche gli altri intendano valersi della pronunzia di inofficiosità che investe virtualmente l'intero testamento. Quando, invece, la pronunzia di inofficiosità ha luogo fra il querelante ed uno, od alcuni, soltanto degli eredi istituiti, il testamento non viene totalmente annullato e non può, in conseguenza, aprirsi la successione intestata generale per l'intera eredità. Con questo annullamento parziale del testamento viene giustificato il fatto che un sequens che non sia prossimo successibile ab intestato – qual è il querelante del fr. 25.1 – possa intentare con effetto la querella<sup>99</sup>.

<sup>98</sup> Più oltre, ai §§ 250 segg. gli effetti e la natura della querella postclassica sono largamente studiati.

<sup>99</sup> Vedi la spiegazione di ciò a p. 448<sup>2</sup> [p. 947 nota 78].

Quantunque diritto classico e diritto postclassico sembrino coincidere in ciò, che ammettono entrambi la possibilità di una rescissione parziale del testamento inofficioso, tuttavia le cause giuridiche che provocano questi effetti identici sono fra loro profondamente diverse.

Nel diritto classico era perfettamente concepibile la rescissione parziale del testamento come effetto della querella. Essa derivava dal fatto che il diritto di successione del legittimario querelante abbracciava in concreto una parte soltanto dell'eredità. Nel diritto postclassico, invece, ciò che, in alcuni casi, impedisce l'annullamento totale del testamento è *l'interesse degli eredi testamentari* non convenuti nel giudizio di inofficiosità. Vale a dire: la pronunzia di inofficiosità emessa anche contro uno solo degli eredi istituiti investe, è vero, virtualmente l'intero testamento. Ma in concreto, ostando a un annullamento totale il diritto degli eredi testamentari non convenuti in giudizio, il testamento non è effettivamente annullato se non in confronto di coloro che parteciparono al giudizio stesso. Tuttavia, anche in tal caso, nei limiti del parziale annullamento, si determina l'apertura della successione intestata.

§ 226. Che la querella postclassica determini l'annullamento del testamento e l'apertura della successione intestata è provato da molteplici fatti.

*a)* Ce ne dà anzitutto prova il fr. 6.1 D. 5.2 già esaminato. *b)* Prova ci porge a contrario anche il fr. 25.1 D. 5.2 cit. Ivi si afferma che il legittimario sequens, il quale esperì la querella quando ancora non poteva, trae profitto dalla sua impugnativa perché egli convenne uno solo degli eredi istituiti e così determinò l'annullamento solo parziale del testamento. Se avesse convenuto tutti gli eredi istituiti e se, quindi, avesse provocato l'annullamento totale del testamento, la vittoria non gli avrebbe portato alcun frutto, ma avrebbe giovato soltanto ai successibili ab intestato. *c)* Prova ci offre il fr. 17 pr. D. 5.2 esaminato: dove i compilatori affermano che l'annullamento totale del testamento, in seguito alla querella, determina l'apertura della successione intestata, della quale profittano anche coloro che erano stati esclusi dalla querella o che vi avevano rinunciato. *d)* Prova ci porge il fr. 8.8 D. 5.2 cit., in cui l'inciso interpolato «et si dicam inofficiosum non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere» significa che il fratello querelante, provocando l'annullamento totale del testamento e l'apertura della successione intestata, giova – agli effetti della hereditatis petitio – per metà a se stesso e per metà all'altro fratello.

*e)* Prova ci offrono i fr. 1; 6 pr.; 6.1 D. 5.2 e i testi e gli scolii corrispondenti dei Basilici. Tanto nei fr. citati – interpolati dai compilatori – quanto nei testi e negli scolii dei Basilici, è esplicitamente affermato che legittimarii sono soltanto i successibili ab intestato del defunto. Il che significa che soltanto essi, intentando la querella, possono trarre profitto dall'apertura della successione intestata, conseguente al vittorioso esperimento della querella. *f)* Prova ci porge, ancora, la insistenza con cui i compilatori pongono in rilievo particolare il *co-*

lor insaniae, elevandolo da mera giustificazione retorica, quale era in diritto classico, a vera causa giuridica della nullità del testamento. Come più oltre diremo (§§ 256 sgg.), è da ricondurre a questa ragione l'interpolazione della chiusa del fr. 13 D. 5.2 «quasi a demente».

g) Prova ci offre, infine, la scissione, nel diritto postclassico, fra la querella propriamente detta (iudicium rescindens) e la hereditatis petitio (iudicium rescissorium). La legittimazione attiva alla querella non coincide più con la legittimazione attiva alla hered. petitio o all'int. q. b. Infatti la querella può essere esperita anche da un non legittimario; soltanto che costui, anche vincitore, non potrà intentare la hereditatis petitio che dovrebbe seguire all'esperimento della querella (fr. 6.1 D. 5.2).

Che la querella postclassica, ancorché esperita contro uno solo degli eredi istituiti, investa virtualmente l'intero testamento e che dell'annullamento possa profittare, se voglia, anche l'erede istituito non convenuto in giudizio, è provato dal fr. 19 D. 5.2 esaminato<sup>100</sup>.

Ivi la sorella querelante agisce contro l'estraneo perché «non est admittendum ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso». I compilatori oscillano: bisogna ammettere la rescissione parziale o l'annullamento totale del testamento?

La loro soluzione, in sostanza, è questa: che la preterita possa rivendicare solo la metà del patrimonio materno e che l'altra metà di esso vada alla istituita. Il che significa che le due sorelle vengono, in definitiva, ab intestato alla successione materna<sup>101</sup>. Del resto ciò è esplicitamente affermato, sia pure in forma indecisa, dagli stessi compilatori, allorché soggiungono: «ceterum si quis putaverit totum testamentum infirmari, dicendum est etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem. ex quibus apparet... cum rescisso testamento etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditatis».

Il che significa che la querella, ancorché esperita soltanto contro l'estraneo, ha tuttavia virtualmente investito l'intero testamento: del che ha potuto profittare anche la figlia istituita, non convenuta nel giudizio di inofficiosità.

Ma dobbiamo ora prevenire una obbiezione: se è vero che la querella postclassica annulla per intero, almeno virtualmente, il testamento, quasi fosse fatto da un pazzo, e provoca la successione intestata generale, come spiegare i casi di annullamento parziale, ammessi dai compilatori nelle nostre fonti? A questa

<sup>100</sup> È schiettamente giustiniana tanto l'idea della validità parziale di un negozio in sé nullo (cfr. CUGIA, *Nullità parziale del negozio giuridico*, p. 7 e *passim*; PARTSCH., *Z. S. St.*, 42, 266; BETTI, *Ist.*, 509), quanto l'idea che anche un terzo estraneo al processo possa profittare di esso senza, invece, poterne essere danneggiato; cfr. fr. 19 D. 8.5 ed intorno a questo fenomeno BETTI, *Trattato c. giud.*, p. 444 e 462.

<sup>101</sup> Praticamente ha scarsa importanza la questione se il titolo per cui l'istituita ottiene il  $\frac{1}{4}$  che le è stato lasciato sia il testamento o la vocazione intestata. Quest'ultima assorbe in sé, come più estesa, la vocazione testamentaria.

obbiezione risponderemo dicendo che tali casi non intaccano in realtà la tesi da noi sostenuta. Bisogna, infatti, distinguere fra querella ed hereditatis petitio.

La pronunzia di inofficiosità (nel iudicium rescindens) tende ad investire l'intero testamento. Ma in ogni caso la hereditatis petitio (iudicium rescissorium) non può avere effetto se non nei confronti di coloro che furono convenuti nel primo giudizio. Da ciò la contraddizione della efficacia parziale di un testamento dichiarato inofficioso (§ 225).

Tuttavia, come si è detto, pur *nei limiti dell'annullamento parziale*, i bizantini concepiscono ancora la querella quale azione che determina l'apertura della successione intestata generale. Ce ne dà prova lo scolio alla legge XIII Bas. 39.1 (fr. 16 pr. D. 5.2) (v. p. 456<sup>1</sup> [p. 957 nota 91]).

Il testo delle Pandette dice che, quando di due figli uno esperisca la querella e l'altro no, il secondo non concorre col primo nella successione intestata. È presupposto che ci sia anche un altro fratello istituito erede. Lo scoliaste interpreta nel senso che nei limiti della sua quota – cioè nei limiti dell'annullamento parziale del testamento – il fratello querelante determinò la successione intestata generale e che, in conseguenza, sarebbe conforme a diritto ammettere a partecipare di questo beneficio anche il fratello che non agì.

Δύο τις ἔχουσα παῖδας καὶ θυγατέρα μίαν τὸν μὲν ἕνα τῶν παίδων ἔγραψε κληρονόμον. σιωπηρῶς δὲ τὸν ἕτερον καὶ τὴν θυγατέρα παρέδραμεν, ὡς ἀρμόττειν δεῖνοφ. κατὰ τῆς διαθήκης. ἀλλ' ὁ μὲν υἱὸς ὁ πραετέριτος ἐκίνησε τὴν μέμψιν, καὶ κατέλυσε τὴν διαθήκην εἰς μέρος, καὶ δ' ἔλαβεν οὐγκίας, αἴτινες αὐτῷ καὶ ἐξ ἀδιαθέτου καλουμένῳ διέφερον. δέον δὲ καὶ τὴν θυγατέρα κινήσαι καὶ παρὰ τοῦ γεγραμμένου κληρονόμου τὸ ἀνήκον τῶν ἐξ ἀδιαθέτου μέρος λαβεῖν, τοῦτο μὲν οὐκ ἐποίησεν, ἦκε δὲ πρὸς τὸν ἀδελφὸν τὸν διὰ τῆς δεῖνοφ. λαβόντα τετραοὔκιον, βουλομένη μέρος ἐκ τούτου λαβεῖν. ἔλεγε γὰρ πρὸς αὐτὸν ὅτι ὅσον ἦκεν εἰς τὰς δ'. ταύτας οὐγκίας, ἃς ἐκομίσω τὴν δεῖνοφικίσο κινήσας, ἀδιάθετος ἢ κοινὴ μήτηρ τελευτηκέναι δοκεῖ, καὶ ὀφείλω μέρος ἐκ τούτων λαβεῖν.

Cioè, il fratello che non agì tenne a quello che agì questo discorso: che entro i limiti del triente ottenuto dal medesimo mediante la querella bisognava considerare la madre comune come morta intestata, e che, in conseguenza, bisognava dividere tra loro due il triente.

Ora perché i bizantini giungessero sino ad ammettere che la querella, anche quando il testamento è solo parzialmente annullato, determini la successione intestata generale, era necessario che avesse nel loro pensiero salde radici la concezione postclassica della querella testé configurata: quale azione, cioè, di annullamento del testamento, siccome fatto da un pazzo, diretta a determinare l'apertura della successione intestata.

§ 227. Quanto ai legati, ai fedecommissi ed alle altre disposizioni contenute nel testamento dichiarato totalmente o parzialmente inofficioso, è chiaro che

di esse non può essere onerato il querelante: esse cadono totalmente o parzialmente col testamento in cui sono disposte. Ciò è affermato da vari testi (c. 13 C. 3.28; fr. 8.16; 21.2; 13 D. 5.2). Vi sono due sole eccezioni nelle nostre fonti.

PAULUS, *libro singulari de septemviralibus iudiciis*: fr. 28 D. 5.2: P. 44.

Cum mater militem filium falso audisset decessisse et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit hereditatem ad filium pertinere ita, ut libertates et legata praestentur. [hic illud adnotatum quod de libertatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet].

L'eccezione, come si vede, è dovuta ad evidenti ragioni di equità. Qui la preterizione è stata, infatti, causata dalla erronea credenza della testatrice<sup>102</sup>. Altra eccezione fondata sulle stesse ragioni di equità è quella che presenta la c. 3.1 C. 3.28.

A proposito degli effetti della querella sulle manumissioni, nelle nostre fonti si distingue secondo che la querella sia stata esperita intra quinquennium o post quinquennium e secondo che si tratti di manumissioni dirette o fedecommissarie. Ulpiano (fr. 8.17 D. 5.2) dice che le manomissioni, tanto dirette quanto fedecommissarie, non sono revocabili quando la querella sia esperita dopo il quinquennio (ex magna et iusta causa); Modestino dice (fr. 9 D. 5.2) che quando la querella sia esperita entro il quinquennio le manumissioni dirette restano annullate mentre i fedecommissi di libertà *devono essere eseguiti*.

Si autem intra quinquennium egerit, libertates non competunt. Sed Paulus ait [praestaturum] (non revocandas) fideicommissas libertates. [scilicet rell.].

Io credo, col Fabro, che Modestino non dicesse che le libertà lasciate per fedecommissario debbano essere prestate: egli diceva che le libertà fedecommissarie *già prestate* non potevano essere revocate. E ciò perché, quantunque il testamento venga rescisso, e quindi vengano rescisse tutte le disposizioni che in esso hanno fondamento, non possono tuttavia essere annullati quegli effetti rispetto ai quali il testamento funge da *causa remota*. Ora le libertà già prestate ex fideicommissario hanno fondamento *nell'atto di manomissione* esecutivo del fedecommissario: dal che

<sup>102</sup> Questo frammento è particolarmente interessante per ciò che concerne la storia della querella. Infatti esso ci mostra *a*) la querella concessa a un figlio contro il testamento materno sulla base del semplice rapporto cognatizio (si tenga, infatti, presente che all'epoca di Adriano non è ancora emesso il SC. Orfiziano); *b*) la procedura extra ordinem che per la querella viene qui usata. La chiusa del testo è manifestamente insitizia: la frase *nihil ex eo testamento valet* rispecchia vivamente la concezione postclassica della querella. Sul testo cfr. quanto diciamo al § 257 p. 535 [p. 1045]. Cfr. sul testo EISELE, *op. cit.*, p. 275 e ora SCHULZ, *Der Irrtum im Beweggrund bei der testamentarischen Verfügung in Gedächtnisschrift für E. Seckel* (1927), pp. 93-95. Lo Schulz ritiene interpolata, per motivi formali, la chiusa del testo. Quanto all'azione che nel testo viene supposta, lo Schulz non sa decidere se trattarsi di querella o di hereditatis petitio. Ma che non possa trattarsi di hereditatis petitio appare evidente appena si pensi che nessun diritto di successione, né civile né pretorio, aveva nel caso in esame il figlio nei confronti della madre; *egli non aveva che il solo diritto di esperire la querella*.

deriva che, annullato il testamento, nessuna necessità giuridica vi è che vengano altresì annullati gli effetti rispetto ai quali esso costituì solamente la causa remota.

Giustiniano dalla non revocabilità delle libertà già prestate ex fideicommissso trasse il principio che i fedecommissi di libertà avessero sempre efficacia.

Questi effetti, però, tanto nel diritto classico quanto in quello postclassico, si producono quando si sia giunti alla sentenza attraverso un processo condotto regolarmente.

Che se, invece, il convenuto si sia disinteressato della lite, o ci sia stata collusione fra attore e convenuto, o la lite sia stata decisa per transazione, in questi casi l'interesse dei terzi (legatarii, schiavi manomessi etc.) non può essere lesa: saranno, perciò, valide le disposizioni a loro favore contenute nel testamento e anzi potranno i terzi interessati *voluntatem defuncti tueri*.

PAULUS, *libro secundo quaestionum*: fr. 17.1 D. 5.2: P. 1279.

Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, [testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. non idem probandum est,] si herede non respondente secundum praesentem iudicatum sit [: hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri: et ideo] libertates competunt et legata petuntur<sup>103</sup>.

IDEM, *libro singulari de inofficioso testamento*: fr. 18 D. 5.2: P. 884.

De qua re etiam constitutio extat divorum fratrum, quae huiusmodi distinctionem admittit. (Cfr. fr. 14.1 D. 49.1, 8.14 D. 5.2).

Quando, perciò, «herede non respondente secundum praesentem iudicatum sit», la sentenza non può portare alcun nocumento ai legatarii e ai manomessi. Perché, secondo la costituzione dei divi fratres, nei loro confronti è come se «nihil esset iudicatum». In caso di collusione i legatarii possono sostituirsi al convenuto nell'appello contro la sentenza. (fr. 29 pr. D. 5.2)<sup>104</sup>.

Che se la lite viene decisa per transazione, allora manumissioni e legati rimangono validi (fr. 29.2 D. 5.2)<sup>105</sup>.

Per quanto concerne la ragione che determina la caduta delle disposizioni contenute nel testamento inofficioso bisogna distinguere fra diritto classico e diritto postclassico. Nel diritto classico essa va ricercata nel fatto che il querelante otteneva l'eredità *contra voluntatem defuncti*; ciò che escludeva che tali disposizioni potessero considerarsi sotto il profilo di fedecommissi ab intestato. In questo senso è da interpretarsi il fr. 13 D. 5.2 che riporta un sibillino responso di Scevola.

Nel diritto postclassico, invece, va ricercata nel fatto che tali disposizioni erano considerate come erette da un pazzo (*quasi a demente*: fr. 13 D. 5.2).

<sup>103</sup> Le interpolazioni segnalate, frutto della concezione postclassica della querella, sono più oltre esaminate (§ 257 p. 536).

<sup>104</sup> V. in proposito BETTI, *Trattato dei lim. sogg. d. c. giud.*, 50 sg.

<sup>105</sup> L'appello e gli altri istituti processuali qui richiamati sono istituti propri della cognitio extra ordinem. cfr. EISELE, *l. cit.*, 278, 274 e *passim*.

CAPITOLO VIII  
RAGIONI DI ESCLUSIONE DALLA QUERELLA ED EFFETTI  
DELLA SOCCOMBENZA NEL GIUDIZIO DI INOFFICIOSITÀ

§ 228. Ragioni di esclusione dalla querella; in particolare il lascito della quarta debitaie portionis. Come, però, tale lascito costituisca soltanto impedimento all'attuazione del diritto successorio del legittimario, ma non ne rappresenti la misura. Analogie che si riscontrano in questo punto fra la querella e la b. p. c. t. dei liberi e del patrono.

§ 229. La possibilità di esperire l'*actio ad suppleendam legitimam*, motivo di esclusione dalla querella solo in certi casi nel diritto postclassico (c. 4 C. Th. 2.19), sempre nel diritto giustiniano (c. 30 C. 3.28). Intp. dei fr. 25 pr. D. 5.2; 21.1 D. 37.14.

§ 230. Effetti della soccombenza nel giudizio di inofficiosità. (fr. 8.14; 22.1; 22.2; 22.3 D. 5.2).

§ 228. Sono anzitutto esclusi dalla querella i legittimari cui il testatore abbia lasciata la *quarta debitaie portionis* (8.8 D. 5.2).

Si tenga presente, a questo proposito, che il lascito della legittima è soltanto causa di esclusione dall'esperimento della querella; il diritto di successione del cognato, infatti, non è diretto ad una quota legittima ( $\frac{1}{4}$  della porzione intestata), ma abbraccia, anzi, virtualmente l'intera eredità. L'efficacia di questo diritto è, però, paralizzata quando il testatore abbia provveduto a lasciare al legittimario la quarta parte della quota che egli avrebbe avuto succedendo ab intestato. La misura di questa quota legittima fu forse determinata sotto l'influenza della Falcidia<sup>106</sup>.

Oltre coloro cui sia stato lasciato  $\frac{1}{4}$  della debita portio, sono anche esclusi dall'esperimento della querella: *a)* coloro che abbiano ricevuto la quota legittima mediante donazioni mortis causa (8.6 D. 5.2). Per diritto giustiniano hanno efficacia, ai fini della esclusione dalla querella, anche le donazioni inter vivos fatte «hac contemplatione ut in quartam habeantur» (25.1 D. 5.2 interpolato); *b)* coloro che hanno diritto alla quarta Divi Pii (8.15 D. 5.2)<sup>107</sup>; *c)* coloro che, istituiti ex asse, possono trattenere la quarta falcidia (8.9 D. 5.2); *d)* coloro che abbiano comunque riconosciuto il *iudicium testatoris*, per esempio accettando i legati da lui disposti a loro favore o compiendo, in qualunque maniera, un

<sup>106</sup> Sul qual punto vedi però ALIBRANDI, *Sopra un senatoconsulto fatto nell'anno 176 dell'era volgare*. Scritti per l'8° centenario dell'Univ. di Bologna, 1888; VOIGT, *BIDR*, 9 (1896), 106 segg.; cfr. pure EISELE, *Z. S. St.*, XX, p. 238; WOESS, *op. cit.*, p. 227 segg.; TAMASSIA, *La Falcidia*, p. 15.

<sup>107</sup> Cfr. NABER, *Mnemosyne*, 34, 371.

atto di riconoscimento del testamento<sup>108</sup>. Come si ricorderà, anche nella bonorum possessio concessa al patrono contra tabulas liberti ed in quella data ai liberi, il riconoscimento del iudicium testatoris è causa di esclusione da esse<sup>109</sup>.

e) Naturalmente, e a più forte ragione, costituisce causa di esclusione dalla querella il fatto che il legittimario abbia adito l'eredità, quantunque istituito in una porzione minima. Ciò vale tanto per la querella, quanto per le due indicate bonorum possessiones<sup>110</sup>.

Costituiscono ancora causa di esclusione dalla querella, come dalla b. p., f) la rinuncia ad esperire la querella<sup>111</sup>; g) l'abbandono del giudizio già instaurato (8.1 D. 5.2; 23.2 D. 5.2). Fatto impeditivo dell'azione costituisce la giusta diseredazione o preterizione. È giusta la diseredazione o la preterizione quando il diseredato o il preterito abbiano tenuto verso il defunto un comportamento tale da giustificare l'atto di diseredazione o la preterizione. i) Causa di esclusione è, infine, la decadenza per decorso del quinquennio entro cui la querella poteva essere esperita (fr. 8.17; 9 D. 5.2).

Tutte queste ipotesi vengono contenute nella dizione ulpiana (8.8 D. 5.2) *exheredatus qui non queritur*.

Orbene, riaffermiamo qui che il diseredato *qui non queritur* non concorre (*partem non facit*) con coloro che, invece, possono intentare la querella. Il diritto di questi ultimi non sarà, quindi, limitato da quello degli esclusi.

<sup>108</sup> Cfr. fr. 8.10 – accettazione di legato da parte dell'erede o del legatario o dello statuliber – 8.11, 10.1, 12 pr., 12.1, 12.2, 12.3, 22 pr., 23.1, 31.3, 31.4, 32 pr. D. 5.2; c. 8.1 c. 3.28, fr. 5 pr. D. 34.9.

Quid iuris quando il querelante diventi erede del legatario o dell'erede istituito nel testamento contro cui egli vuole agire de inofficioso?

PAULUS, *libro singulari de septemviralibus*: 31.2 D. 5.2 P. 45.

Si heres extiterim ei, qui eo testamento institutus est quod de inofficioso arguero volo, non mihi nocebit [maxime si eam portionem non possideam vel iure suo possideam].

IDEM, *libro singulari de inofficioso testamento*: 32.1 D. 5.2 P. 886.

Si legatario heres extiterit exheredatus petieritque legatum, videbimus an sit summovendus ab hac accusatione: [certum est] (secutum) enim iudicium defuncti et rursus nihil ei ex testamento relictum verum est [tutius tamen fecerit, si se abstinerit a petitione legati].

Forse la chiusa è insitizia.

Quando il padre accetta un legato lasciatogli nel testamento materno che il figlio vuole impugnare con la querella, è evidente che l'atto di riconoscimento compiuto dal padre non nuoce al figlio. Né, per questo fatto, il padre viene escluso dall'esperimento della querella *nomine filii*.

TRYPHONINUS, *libro septimo decimo disputationum*: 22 pr. D. 5.2 P. 63.

Filius non impeditur, quominus inofficiosum testamentum matris accusaret, si pater eius legatum ex testamento matris accipiet vel adisset hereditatem, quamquam in eius esset potestate: nec prohiberi patrem dixi iure filii accusare: nam indignatio filii est.

<sup>109</sup> Cfr. fr. 50.4; 50.6; 8.3; 8.4 D. 38.2; 21.1; 21.2 D. 37.14; 14 pr.; 15 D. 37.4; 5.2 D. 37.5; 3.18 D. 38.2.

<sup>110</sup> Cfr. fr. 19 D. 5.2; 14 pr.; 15.2 D. 37.4; 50 pr. D. 38.2; 50.5 D. 38.2; 21.1 D. 37.14.

<sup>111</sup> Fr. 17 pr.; 16 pr.; 23.2 D. 5.2; 4.1 D. 38.5; 21 D. 38.2, Gai III, 69 segg.; § 10 Inst. 3.9; 12 pr. D. 37.4 etc.

Errata è, perciò, la tesi che sostengono alcuni scrittori (Francke, Mühlenbruch)<sup>112</sup> secondo i quali il diseredato che non abbia diritto alla querella non può far profittare gli altri di un diritto che non ha. Infatti, come abbiamo visto, il diritto del legittimario non è limitato ad una semplice quota legittima, ma abbraccia, almeno virtualmente, tutta l'eredità. Questo diritto, in concreto, può ricevere restrizioni a causa del concorso di altri diritti di pari grado. È naturale, però, che quando questo concorso venga meno, il legittimario che può agire profitti della esclusione degli altri. Da ciò deriva che l'accrescimento non configura un acquisto derivativo (p. 542 [p. 1052]).

§ 229. Dobbiamo, ora, trattare di una particolare causa di esclusione dall'esperimento della querella sorta nel diritto postclassico, ma assurda a notevole importanza nel diritto giustiniano: alludiamo all'*actio ad supplendam legitimam*.

*Impp.* COSTANTIUS A. *et* IULIANUS CAESAR *Olybrio* (c. 4 C. Th. 2.19).

Cum scribit moriens, ut arbitratu boni viri, si quid minus filiis sit relictum quam modus quartae, quae per successionem bonis tantum liberis debetur, efflagitat, id ipsum ab herede iisdem in pecunia compleatur, manifestum est nullam iam prorsus nec super testamento nec super donationibus, querelam remanere; praesertim, cum universam eandem repellat et reprimet, quae ad pecuniam redigit, iusta taxatio (a. 361).

Con questa costituzione di Costanzo viene, dunque, stabilito che il legittimario, il quale abbia già avuto una porzione di beni dal defunto, non possa esperire la querella quando il testatore, con una clausola inserita nel testamento, abbia disposto che l'erede dia al legittimario ciò che rimane per il completamento della porzione legittima. Con la c. 30 C. 3.28 (a. 528) Giustiniano stabilì che la clausola «arbitratu boni viri» si intendesse sempre inserita nei testamenti, e che, pertanto, i legittimarii non potessero intentare la querella se non quando *nihil eis penitus (testatores) reliquerint*. In questo caso Giustiniano dispose «vetera iura locum habere». La c. 31 C. 3.28 estende queste nuove disposizioni anche *ad testamenta sine scriptis facienda*. Cfr. anche § 3 Inst. 2.18.

Ciò che spinse Giustiniano ad introdurre queste nuove disposizioni fu la necessità di eliminare quella *magna et innumerabilis occasio subvertendae testatorum dispositionis*, quale era appunto la querella. La quale nel diritto giustiniano, come già in quello postclassico, era doppiamente malvista: *a)* perché odiosa, *b)* perché portava al radicale annullamento della volontà del defunto.

Sono interpolati, nel senso di introdurre l'*actio ad supplendam legitimam*, i seguenti testi.

ULPIANUS, *libro secundo disputationum*: fr. 25 pr. D. 5.2: P. 39.

Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur; potest dici inofficiosi querellam cessa-

<sup>112</sup> FRANCKE, *op. cit.*, p. 270 segg. MÜHLENBRUCH contin. Glück lib. 28 vol. II trad. it. p. 277 segg.

re, si quartam in donatione habet aut, si minus habeat, quod deest *viri boni arbitrato* repleatur: aut certe conferri oportere id quod donatum est.

Il testo è sostanzialmente interpolato, come ha già riconosciuto il Ferrini<sup>113</sup>. Tanto per le donazioni inter vivos quanto per l'actio ad supplendam legitimam esso, infatti, si ispira al diritto nuovo (cfr. § 6 Inst. 2.18; c. 35.2; 29; 30.2 C. 3.28).

Lo stesso è a dirsi per questi altri frammenti.

ULPIANUS, *libro quadragesimo primo ad edictum*: fr. 3.18 D. 38.2: P. 1151.

[Sed et si non mortis causa donavit libertus patrono, contemplatione tamen debitae portionis donata sunt, idem erit dicendum rell.].

La interpolazione è stata notata dal Mancaloni<sup>114</sup>.

HERMOGENIANUS, *libro tertio iuris epitomarum*: fr. 21.1 D. 37.14: P. 62. Excluditur contra tabulas bonorum possessione patronus et si ex uncia heres instituitur et [id, quod deest ad supplendam debitam portionem] per servum iudicio liberti [sine condicione et dilatione] ei hereditate vel legato vel fideicommisso, quaeri potest<sup>115</sup>.

Il testo ci interessa perché in esso i compilatori introducono la menzione dell'actio ad supplendam legitimam.

Queste coincidenze, anche relativamente all'introduzione dell'actio ad supplendam legitimam, fra la querella inofficiosi testamenti e la b. p. c. t. liberti, costituiscono una nuova prova della identità strutturale dei due istituti.

§ 230. Quando il querelante venga vinto nel giudizio di inofficiosità, perde tutto ciò che nel testamento era stato disposto a suo favore.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad edictum*: fr. 8.14 D. 5.2: P. 498.

Meminisse autem oportebit eum, qui testamentum inofficiosum improbe dixit et non optinuit, id quod in testamento accepit perdere et id fisco vindicari quasi indigno ablatum. sed ei demum aufertur quod testamento datum est, qui usque ad sententiam iudicum lite improba perseveraverit: ceterum si ante sententiam destitit vel decessit, non ei aufertur quod datum est: proinde et si absente eo secundum praesentem pronuntietur, potest dici conservandum ei quod accepit.

Il querelante sconfitto perde ciò che a lui è lasciato nel testamento quando abbia condotto la lite usque ad sententiam (cfr. fr. 16.3 D. 38.2) e quando sia stato presente nel giudizio. Si intende, invece, come non possa essere tolto al querelante ciò che egli deve restituire ex causa fideicommissi. Dice, infatti, Ulpiano nel fr. cit.: «eo autem solo carere quis debet, cuius emolumentum

<sup>113</sup> *Pandette*, p. 778, n. 2.

<sup>114</sup> *Le donazioni tra vivi e la legittima del patrono* in Studi in onore di V. Scialoja estr. p. 6.

<sup>115</sup> GRADENWITZ, *Z. S. St.*, 23, 343, ritiene che al posto dell'inciso [id... portionem] fosse originariamente la menzione del *quincunx*.

ad eum pertinet: ceterum si id rogatus fuerit restituere, non debet iniuria (fideicommisso) fieri. unde non male Papinianus libro secundo responsorum refert, si heres fuit institutus et rogatus restituere hereditatem, deinde in querella inofficiosi non optinuit, id quod iure Falcidia potuit habere solum perdere»<sup>116</sup>.

## CAPITOLO IX

### LA TRASMISSIONE DELLA QUERELLA NEL DIRITTO CLASSICO, POSTCLASSICO E GIUSTINIANEO

§ 231. Presupposto della trasmissione della querella in diritto classico: α) la *litis contestatio*, per la querella centumvirale; β) la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, per la querella esperita extra ordinem.

§ 232. La *praeparatio litis*, configurata quale adizione della eredità ab intestato, presupposto per la trasmissione della querella postclassica. Equivalenza dei termini «litis contestatio» e «litis praeparatio» desunta dai Basilici.

§ 233. Tre diversi regimi della trasmissione della querella presenti nel fr. 6.2 D. 5.2. Originario contenuto del fr. 7 D. 5.2 e motivi della sua alterazione. Valore postclassico del testo desunto dallo scolio corrispondente dei Basilici. 39.1. VII, sch. 2.

<sup>116</sup> Perché il querelante sconfitto venga spogliato di ciò che a lui era stato lasciato nel testamento, bisogna supporre che egli abbia agito nel proprio interesse. Che se, invece, egli esperì la querella in nome di altri – per es. in nome del figlio, se padre, o in nome del pupillo, se tutore, non si verificano per lui gli effetti della soccombenza.

TRYPHONINUS, *libro septimo decimo disputationum*: 22.1 D. 5.2 P. 63.

Et quaerebatur, si non optinisset in accusando, an quod patri datum est publicaretur? quoniam alii commodum victoriae parat, et in hac causa nihil ex officio patris, sed totum de meritis filii agitur, et inclinandum est non perdere patrem sibi datum, si secundum testamentum pronuntiatum fuisset.

§ 2. Multo magis si mihi legatum testator dedit, cuius de inofficioso testamento filius agens decessit me herede relicto, egoque hereditariam causam peregi et victus sum: id quod mihi eo testamento relicto est, non perdam: utique si iam defunctus agere coeperat.

§ 3. Item si adrogavi eum, qui instituerat litem de inofficioso testamento eius qui mihi legatum dedit, litemque peregero nomine filii nec optinero: perdere me legatum non oportet, quia non sum indignus, ut auferatur mihi a fisco id quod relicto est: cum non proprio nomine sed iure cuiusdam successionis egi.

Come appare nei tre esempi prospettati da Trifonino il padre che agisca nomine filii (§§ 2 e 3) o che continui la lite già iniziata dal legittimario di cui è divenuto erede, anche rimanendo sconfitto non perde i legati che a lui il testatore ha lasciati. Cfr. 32.1 D. 5.2.

Lo stesso deve dirsi per il tutore che agisca pupilli nomine.

Tutorem pupilli nomine sine periculo, quod testamento datum est, agere posse de inofficioso divi Severus et Ant. rescripserunt (fr. 30.1 D. 5.2).

§ 234. Esegesi della c. 5 C. 3.28; sua interpolazione secondo la nuova concezione della querella.

§ 235. Modificazioni introdotte da Giustiniano con la c. 34 C. 3.28.

§ 231. In ordine al problema della trasmissione della querella, bisogna nettamente distinguere tra diritto classico e post-classico e, nel diritto classico, fra il caso in cui la querella venga esperita presso il tribunale centumvirale e quello in cui essa venga esperita extra ordinem.

Quanto alla querella, diciamo così, centumvirale, presupposto indispensabile della sua trasmissione è la *litis contestatio*.

Quando, cioè, il diritto di azione del legittimario si sia esercitato con quell'atto tipico col quale i termini della lite vengono definitivamente fissati – la *litis contestatio* –, allora soltanto esso diventa trasmissibile. Prima di questo momento, infatti, non esiste che un mero diritto d'impugnativa in virtù del quale il legittimario potrà rescindere a suo profitto il testamento. Ora questo diritto – che nella odierna dogmatica si direbbe potestativo – prende concreta consistenza patrimoniale e diventa trasmissibile solo nel momento in cui sia stato, con la *litis contestatio*, fatto valere in giudizio. Una sua propria e autonoma consistenza questo diritto di querella non l'ha, più di quello che l'abbia il diritto di adire una eredità deferita. Ed è per questo che, morto il legittimario prima dell'effettivo suo esperimento, esso non passa a' suoi eredi. La *litis contestatio* ha, rispetto ad esso, una funzione analoga a quella che ha l'*aditio* rispetto alla vocazione ereditaria. Come soltanto se è messa a profitto con l'*aditio* la vocazione ereditaria fa acquistare al vocato il patrimonio ereditario e ne permette la trasmissione agli eredi, così soltanto se già esercitato con la *litis contestatio* il diritto di querella diventa trasmissibile agli eredi del legittimario.

Quello che abbiamo detto per la *litis contestatio* vale, nella straordinaria cognitio, per la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*; con la richiesta di questa bonorum possessio coincide, infatti, nel processo extra ordinem, la introduzione del giudizio di inofficiosità.

Certo, la b. p. l. o. g. non è istituito che abbia esclusivo riferimento al processo extra ordinem: anche nel procedimento ordinario deve il cognato chiedere la b. p. l. o. g. per essere legittimato ad esperire la querella. Ma la funzione di questa b. p. è diversa nell'uno e nell'altro procedimento. In quello ordinario essa ha per scopo di porre il cognato *in grado di contestare*, con l'erede, la lite intorno al punto «*an testamentum inofficiosum sit*»; ma si comprende come in tale procedimento il giudizio di inofficiosità sia definitivamente posto in essere soltanto con la *litis contestatio*. Nel procedimento extra ordinem, invece, la b. p. l. o. g. esplica contemporaneamente una duplice funzione: a) quella di legittimare il cognato all'esperimento della querella, e b) quella di segnare essa stessa l'effettivo inizio del processo e l'atto con cui, come con la *litis contestatio*, il diritto di azione si esercita.

*Litis contestatio*, dunque, e *bonorum possessio litis ordinandae gratia* sono i due presupposti per la trasmissione della querella nel diritto classico: l'una per la querella centumvirale, l'altra per quella esperita extra ordinem<sup>117</sup>.

§ 232. Nel diritto postclassico la querella – che viene configurata quale *hereditatis petitio de inofficioso* – si trasmette non solo quando il legittimario abbia già adito il magistrato e costui «per narrationem negotii causam audire coeperit» (narratio che è un surrogato della classica *litis contestatio*: cfr. c. 1. C. 3.9), ma altresì quando egli abbia in qualunque modo manifestata l'intenzione di agire.

Di qui l'uso promiscuo, nelle fonti bizantine, di *litis contestatio* (προκάταρσις) e di *praeparatio*<sup>118</sup> (praeparare προευντρέψαι). Con questi due termini, peral-

<sup>117</sup> Con la *litis contestatio* e con la *bon. possessio litis ordinandae gratia* si fissa in capo al legittimario il diritto di venire, mediante la querella, alla successione paterna. E questo diritto, attraverso l'azione già sperimentata, è trasmissibile agli eredi.

Ricorre, qui, una situazione analoga a quella che ricorre nella trasmissione della delazione ereditaria *ex capite in integrum restitutionis*. Attraverso la in integrum restitutio, come attraverso la querella, viene trasmessa la stessa delazione dell'eredità.

<sup>118</sup> L'uso promiscuo di *litis contestatio* e di *praeparatio* non deve meravigliare: infatti, nel diritto postclassico la *litis contestatio* ha perduto completamente il suo significato originario: essa, come dice l'ALBERTARIO, *R. I. L.*, 47, 505 (cfr. anche WENGER, *Inst. des röm. Zivilprozessrechts*, § 28, 277), esiste nominalmente ma non così da poter produrre effetti maggiori di quelli che produce l'inizio della lite o, come nel caso nostro, la preparazione della lite. Tra la *praeparatio litis* e la *contestatio litis* nel diritto postclassico non c'è che una differenza soltanto esteriore: in quanto esse si verificano in due momenti successivi. Ma gli effetti che produce la *litis contestatio* li produce ormai anche la *praeparatio*.

Ora nelle fonti bizantine si nota un curioso fenomeno: che quasi costantemente dove il testo dei Digesti parla di *praeparatio litis* i bizantini sostituiscono *contestatio litis*.

ULP. 6.2 D. h. t. ...iam tamen coepta controversia vel praeparata; Bas. vol. IV. Hb. p. 7 sch. 5. (Bas. 39, 1, 6, sch. 5).

καὶ μετὰ προκαρταξίν...

ULP. 8.1 D. h. t. ...si quis post rem inofficiosi ordinatam; Bas. vol. IV. Hb. p. 10 sch. 5. (Bas. 39, 1, 8, sch. 5).

ἐὰν τις μετὰ προκαρταξίν...

ULP. 8.10 D. h. t. ...antequam iudicium moveatur...; Bas. vol. IV. Hb. p. 15 sch. 23. (Bas. 39, 1, 8, sch. 23).

ἐὰν πρὸ τῆς προκατάρξεως...

PAUL. 21 pr. D. h. t. Eum, qui inofficiosi querellam instituit...; Bas. vol. IV. Hb. p. 23 XVII. (Bas. 39, 1, 17).

προκαταρξάμενόν με τῆς κατὰ τῆς διαθήκης μέμψεως...

PAP. 15.1 D. h. t. ...post litem de inofficioso praeparatam; Bas. vol. IV. Hb. p. 19 XII. (Bas. 39, 1, 12).

καὶ μετὰ προκαρταξίν...

TRYPH. 22.2 D. h. t. ...utique si iam defunctus agere coeperat; Bas. Vol. IV. Hb. p. 24 XVIII. (Bas. 39, 1, 18).

... ὅτε περιὼν ὁ τελευταίος προκατήρξατο.

ULP. 27 pr. D. h. t. Si instituita de inofficioso testamento accusatione; Bas. vol. IV. Hb. p. 26 XXIII. (Bas. 39, 1, 23).

ἐὰν μετὰ προκαρταξίν...

tro, i bizantini non intendono riferirsi a due diversi istituti ai quali essi riconducano (come i classici alla *litis contestatio* o alla *b. p. l. o. g.*) la trasmissione della querella. La *praeparatio* o la *litis contestatio* nel diritto postclassico hanno valore solo in quanto indice indubbio che il legittimario *vuole adire e rivendicare* l'eredità dalla quale il defunto l'ha escluso.

Poiché, infatti, nel diritto postclassico i legittimari sono i più prossimi successibili ab intestato del defunto, la *volontà* di intentare la querella equivale, per sé sola, ad un atto di adizione ab intestato della eredità. È naturale, allora,

ULP. 29.2 D. h. t. instituta testamenti inofficiosi accusatione...; Bas. vol. IV. Hb. p. 27 XXV. (Bas. 39, 1, 25).

εἰ καὶ μετὰ προκάταρξιν...

Quest'elenco, compilato dall'EISELE (*Z. S. St.*, 15, p. 304), mostra chiaramente una tendenza bizantina a sostituire al concetto di *praeparatio litis* quello di *contestatio litis* (WENGER, p. 278). Ciò ha spinto l'EISELE, *op. cit.*, p. 304 a ritenere interpolate nella c. 5 C. 3.28 le parole «*post litem contestatam*» e «*causam coeptam*».

Il testo della costituzione è il seguente:

Si pater tuus *post litem contestatam* vel postquam propositum habuisset inofficiosum fratris testamentum dicere, te herede relicto decessit, *causam coeptam* vel quocumque modo illi placitam exsequi non prohiberis.

L'Eisele dice: il termine *litis contestatio* riferito alla querella (in conseguenza della trafusione della querella centumvirale – *hered. petitio* – in quella autonoma extra-ordinem) è prediletto dai bizantini: la querella extra ordinem non aveva *litis contestatio*: ergo le frasi «*post litem contestatam*» e «*causam coeptam*» della c. 5 C. 3.28 sono insitizie. Esse, inoltre, sono attribuibili alla querella giustiniana che si configura come *hereditatis petitio*. Però, come ha già rilevato il SUMAN, *Saggi Minimi*, p. 9, è da dire: 1°) che anche l'h. p. nel diritto giustiniano si propone nella procedura per *cognitionem* e che anche in essa, pertanto, la *litis contestatio* non ha più il suo valore originario; 2°) che se la *litis contestatio* non può riferirsi alla querella extra ordinem essa può, invece, riferirsi benissimo alla querella centumvirale; 3°) che lo scambio di termini operato dai bizantini non ha nessun valore né sostanziale, né formale: *praeparatio litis* e *contestatio litis* non hanno nessuna intrinseca differenza. Come dice l'ALBERTARIO, *R. I. L.*, 47, 505 i compilatori hanno tanto nelle orecchie la classica terminologia che essi stessi scambiano la *litis contestatio* per l'inizio della lite: così nel fr. 8.1 D. 27.7 anziché dire che le azioni penali diventano trasmissibili con la sola *conventio*, essi scrivono che diventano trasmissibili mediante la *litis contestatio*. È evidente che qui *litis contestatio* equivale all'inizio della lite.

A me pare che lo scambio di *praeparatio litis* con *contestatio litis*, operato dai bizantini nei testi della querella, vada ricercato in ciò: che essi parlano di *litis contestatio* tutte le volte che la lite è già incoata, ed il giudizio è stato, quindi, regolarmente istituito, mentre usano il termine di *praeparatio litis*, quando nel caso si aveva un semplice *animus agendi* nell'attore, ma esso, sia pure manifesto, non si fosse concretato in una regolare istituzione del giudizio. Questa giustificazione è facilmente desumibile dall'analisi delle singole fattispecie.

Pertanto io credo, in contraddizione con l'Eisele, che la c. 5 C. 3.28 non sia interpolata nel senso da lui indicato, ma che siano anzi insitizie le frasi [vel *postquam propositum habuisset*] e [vel *quocumque modo illi placitam*] che l'Eisele ritiene classiche: esse sono, infatti, il perfetto riflesso delle interpolazioni dei fr. 6.2 e 7 D. 5.2 e si ispirano al principio bizantino onde la querella – in quanto *hereditatis petitio* ab intestato – può trasmettersi quando il legittimario abbia manifestato in qualsivoglia modo il proposito di adire l'eredità.

che una eredità già adita, quantunque non ancora acquistata, possa trasmettersi agli eredi dell'adeunte.

Il problema della trasmissione della querella, in sé considerato, non ha senso nel diritto postclassico: l'erede del legittimario potrebbe, infatti, indipendentemente dalla trasmissione che gliene abbia fatto il defunto, esperire lo stesso la querella. In questo caso, però, egli non trarrebbe profitto dalla vittoria (fr. 6.1 D. 5.2). Ma tale problema acquista, invece, importanza quando venga profilato *come problema della trasmissione dell'eredità*. Infatti il legittimario mediante una qualsiasi preparazione della querella adisce, per ciò stesso, l'eredità del defunto: e questa adizione gli procaccia quel *ius hereditatis* (δικαίον κληρονομίας) che egli può trasmettere all'erede.

In conclusione possiamo dire che il presupposto della trasmissione della querella è diverso secondo che si abbia riguardo al diritto classico od a quello postclassico, e, per il diritto classico, secondo che si abbia riguardo alla querella centumvirale o a quella esperita extra ordinem. Per la querella centumvirale esso è dato dalla *litis contestatio*; per la querella extra ordinem esso è dato dalla *bonorum possessio litis ordinandae gratia*; per la querella postclassica esso è dato dall'adizione dell'eredità da parte del legittimario defunto: adizione che si ravvisa nel fatto solo della *praeparatio litis*.

§ 233. I tre diversi regimi di trasmissione della querella sono presenti nelle nostre fonti.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad edictum*: fr. 6.2 D. 5.2: P. 487.

Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querellam transferat? Papinianus respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur, si post adgnitam bonorum possessionem decesserit esse successionem accusationis. [et si non sit petita bonorum possessio, iam tamen coepta controversia vel praeparata, vel si cum venit ad movendam inofficiosi querellam decesserit, puto ad heredem transire]<sup>119</sup>.

La interpolazione, oltre che dai motivi già segnalati dall'Albertario, è giustificata da ragioni sostanziali importanti. E, infatti, come sarebbe possibile la trasmissione della querella quando non fosse ancora avvenuta la richiesta della b. p. l. o. g. che nel diritto classico è l'inderogabile presupposto non solo della trasmissione, ma altresì della nascita della querella? La possibilità di trasmissione della querella anche senza la previa richiesta della b. p. è concepibile solo

<sup>119</sup> La interpolazione [et... transire] è stata segnalata (*Z. S. St.*, 35, 315) dall'ALBERTARIO in quanto conforme ad una generale tendenza giustiniana che riporta all'inizio della lite quegli effetti che in diritto classico scaturivano unicamente dalla *litis contestatio*. Cfr. ancora ALBERTARIO, *Lis contestata e controversia mota*, *R.I.L.*, 47, 505 sgg., 565 sgg. e MESSINAVITRANO, che per primo pose mente a questa tendenza, *BIDR*, 20, 230 sgg. Sui fr. 6.2 e 7 D. 5.2 cfr. anche SUMAN, *Saggi minimi*, p. 7 e DE FRANCISCI, *Arch. Giurid.*, 1923, p. 123.

se si consideri, come avvenne nel diritto postclassico, la successione ex capite de inofficioso quale una specie della successione intestata e l'esperimento della querella quale vero e proprio atto di adizione. Allora si comprende come il proposito solo di esperire la querella *equivalga ad una adizione ab intestato dell'eredità*<sup>120</sup> e renda possibile, attraverso la trasmissione della querella, la trasmissione di tale eredità agli eredi del legittimario.

<sup>120</sup> I bizantini concepiscono la preparazione della querella quale *adizione dell'eredità* e l'esperimento effettivo di essa quale hereditatis petitio fondata appunto sull'adizione compiuta. Poiché, però, riconoscevano che esistendo un testamento valido non poteva propriamente parlarsi di adizione ab intestato, essi concepirono l'adizione del querelante come adizione ex causa de inofficioso, così come concepirono la hereditatis petitio correlativa come hereditatis petitio ex causa inofficiosi. Per i bizantini, infatti, la *causa inofficiosi testamenti è un titolo di successione intestata*, una specie, di cui la successione in testata è il genere. Questo titolo sta accanto agli altri titoli di successione. Dice Stefano: come i successibili chiamati ab intestato ex senatusconsulto Tertulliano (o ex sen.to Orfitiano), interrogati per quale titolo esperiscano la hereditatis petitio, rispondono: in base al senato consulto Tertulliano (εἰ ἐρωτηθῆ πόθεν νερεδιτάτις πετιτίονα κινεῖ, ἐκ τοῦ Τερτυλιανείου φησὶ δόγματος) così il querelante che esperisca la hereditatis petitio interrogato a qual titolo agisca, dirà: «ex inofficioso» (πόθεν δὲ κινεῖ ἐρωτώμενος, εἴτοι ἂν ἐκ τῆς δεῖνοφικίσο) (*Bas.*, 39, 1, 1 sch. 1: Hb. IV, 2). E allora: se l'esperimento della querella equivale ad una hereditatis petitio ab intestato qualificata (αἰτία... τῆς νερεδιτάτις πετιτίονος) e se il titolo che la giustifica è la causa inofficiosi, ne segue che il *presupposto della querella è l'adizione ex causa inofficiosi*. Ecco, infatti, la testuale dichiarazione di Stefano (*Bas.* 39.1, VI sch. 5: Hb. IV, 7) δεῖ τὸν βουλόμενον κινήσαι τὴν δεῖνοφικίσο, ἐν ᾧ μὴ σοῦός ἐστιν, ἀδιτεῦει πρότερον ἢ αἰτεῖν διακατοχήν, καὶ οὕτω γυμνάζειν τὴν ἀγωγήν, ἥτοι τὴν νερεδιτάτις πετιτίονα κινεῖν. πὼς γὰρ οἶόν τέ ἐστι τὴν νερεδιτάτις πετιτίονα κινεῖν αὐτόν, μὴ κατασκευάσαντα πρότερον ἑαυτῷ δίκαιον κληρονομίας, ἢ ἀπὸ πολιτικῆς νομοθεσίας ἢ ἀπὸ πραιτωρίας δικαιοδοσίας; (Qui de inofficioso testamento agere vult, si non sit suus, prius adire debet vel petere bonorum possessionem, et sic actionem exercere, id est hereditatis petitione agere. Quomodo enim agere poterit hereditatis petitione, nisi prius sibi ius hereditatis comparaverit, vel ex iure civili, vel ex praetoria iurisdictione?). Lo scoliaste prosegue dicendo: ma come sarà possibile adire ab intestato se c'è un testamento valido? Al che risponde che il pretore permette al querelante di chiedere una b. p. (quella litis o. g.) che lo faccia apparire come chiamato ad una *specie particolare di successione intestata* (ἀλλ'ἵνα πως δόξη διαδοχῆς σχῆμα λαμβάνειν). Peraltro, la richiesta della bonorum possessio l. o. g. non era necessaria: era necessario soltanto preparare in qualsiasi modo la lite, affinché si dimostrasse l'animus amplectendae hereditatis. Nello scolio successivo, infatti (Hb. IV, 8), Stefano dice che il querelante οφείλει διακατοχήν αἰτεῖν, λίτις ὀρδινάνδαε γράτια, ἢ καὶ ἀδιτεῦειν ἢ πρὸ νερέδε γεριτεῦειν ἐσχηματισμένως. μάλιστα δὲ σήμερον καὶ ψιλῆ γνώμη πράξεως ὑπομνήματος μέντοι συνισταμένης, δύναται τις δεικνύων, οἰωδήποτε τρόπῳ προαιρέσεως, καταδεχομένης τὰ πράγματα, εἶσω μέντοι τῶν ὀρισμένων χρόνων. οὕτως εἶναι δοκεῖ, ὥσπερ ἂν εἰ ἔτυχεν αἰτήσας διακατοχήν. (debet b. p. petere litis ordinandae gratia, vel etiam adire aut pro herede gerere ficticia. Hodie certe et nuda voluntate, actis tamen confectis, potest quis ostendens, quocumque modo animo amplectendae hereditatis, intra statuta tamen tempora. Perinde enim esse videtur, ac si bonorum possessionem petisset et obtinisset). Cfr. *Bas.*, 39, I, VII, sch. 1, 2, 3; XVIII, sch. 3 (Hb. IV, 8; 24). etc.

Noi possiamo, perciò, sicuramente affermare che nel diritto postclassico il proposito di esperire la querella, manifestatosi mediante la petitio b. p. l. o. g. o anche nuda voluntate, equivale ad una adizione ab intestato dell'eredità che il legittimario ha adito.

Ciò è nettamente visibile nel fr. 7 D. 5.2: nel quale sono presenti tutti e tre i regimi della trasmissione: i due classici e il postclassico.

PAULUS, *libro singulari septemviralibus iudiciis*: fr. 7 D. 5.2: P. 43.

Quemadmodum [praeparasse litem] quis [videatur, ut] possit transmittere actionem, videamus, et ponamus in potestate fuisse eum [ut neque bonorum possessio ei necessaria et aditio hereditatis supervacua sit.] is si [comminatus tantum accusationem fuerit vel usque ad denuntiationem vel libelli dationem praecesserit] (litem contestaverit) ad heredem suum accusationem transmittet: idque divus Pius [de libelli datione et denuntiatione] rescripsit. Quid ergo si in potestate non fuerit, an ad heredem actionem transmittat? [et recte videtur litem praeparasse si ea fecerit quorum supra mentionem habuimus] (dicendum est eum posse querellam transmittere si bonorum possessionem litis ordinandae gratia adgnoverit)<sup>121</sup>.

A nostro avviso, secondo la ricostruzione che proponiamo, il testo poneva nettamente la distinzione tra la querella centumvirale e la querella extra ordinem, e ciò anche in relazione alla richiesta della b. p. l. o. g.: dalla quale erano esonerati i figli in potestà, che potevano, in tale ipotesi, esperire la querella centumvirale. Il presupposto per la trasmissione era, nella prima, la litis conte-

<sup>121</sup> Conferma della interpretazione postclassica del fr. 7 da noi fatta ci porge lo scolio di STEFANO nei Basilici (39, 1, VII, sch. 2). Noi diciamo: ciò che rileva, nella trasmissione della querella, è l'adizione dell'eredità da parte del legittimario. La proposizione della lite od il proposito di intenderla vengono poste in rilievo in quanto equivalgono ad atti di adizione. E Stefano dice:

Μόνον γὰρ τὸ προνερέδε γεριτεῦσαι δεῖται ὁ σοῦος. εἰ γὰρ ἔδοξέ πως ἀναφαίνεσθαι κληρονόμος, οἷα δὴ ὑπεξούσιος ὄν, ὅμως οὐ ταῦτὸν δύναται ποιεῖν τῇ αἰτήσει τῆς λίτις ο. γ. διακατοχῆς ἢ νομιζομένη πως ἀνάφανσις. καὶ οὐκ ἄλλως δύναται παραμέμψαι τὴν μέμψιν ἐπὶ κληρονόμους, εἰ μὴ ἔτυχεν ἀπειλήσας τὴν μέμψιν κινεῖν, καὶ διὰ τῆς ἀπειλῆς προαίρεσιν ἔδειξε βουλομένην τὴν μέμψιν γυμνάζειν. (*Hoc enim tantum in suo exigitur, ut pro herede gerat.* Nam etsi quodammodo ipso iure heres existere videatur, quippe cum suus sit, tamen hoc, quod suus heres ipso iure heres esse creditur, non idem efficere potest, quod agnitio bonorum possessionis litis ordinandae gratia, et non aliter potest querelam ad heredes transmittere, quam si querela se acturum comminatus sit, et comminatione ostenderit voluntatem querelae instituendae). Perciò: il suus quantunque erede ipso iure deve tuttavia compiere un atto qualsiasi di gestione affinché possa dirsi che egli intenda acquistare l'eredità: e come atto di gestione viene considerata anche la semplice comminatio della querella (immixtio).

Il pensiero dei bizantini è poi, nettamente espresso da CUIACIO, *Recitationes ad leges* 6, 7, 8 D. 5.2, Op. vol. III, 133. «Constat vero hereditatem non aditam vel b. p. non agnitam, hodierno vel antiquo iure, hoc est, solemniter, vel nuda voluntate, in heredem non transmitti, et consequenter petitio hereditatis antequam adeatur hereditas, vel agnoscat bon. poss. non transmittitur in heredem, quia hereditas non transmittitur; ergo nec actio. Quod locum habet non tantum in petitione hereditatis de inofficioso testamento sed et in qualibet petitione hereditatis».

Come appare chiaramente da queste espressioni, Cuiacio è nell'ordine di idee dei giuristi bizantini: ...hereditas non adita ...non transmittitur in heredem.

statio, nella seconda, l'adgnitio b. p. l. o. g. Siccome nel diritto classico ciò che si trasferiva era proprio *l'azione d'impugnativa*, e siccome questa veniva fissata in capo al legittimario o mediante litis contestatio, o mediante b. p. l. o. g., era questo, in conseguenza, il necessario presupposto della trasmissione. Invece nel diritto postclassico ciò che propriamente si trasmette è il *ius hereditatis* (δικαίον κληρονομίας). Da ciò segue che quel che ha rilievo per la trasmissione è l'adizione dell'eredità compiuta dal legittimario (p. 476<sup>2</sup> [p. 979 nota 120]).

Ora l'adizione può compiersi in qualsivoglia maniera né, ormai, vi è differenza fra il suus ed il non suus. La distinzione che nel testo si fa fra la comminatio del suus e la praeparatio del non suus è inconsistente: perché anche la praeparatio del non suus può consistere in una mera comminatio. Infatti il «venire ad movendam inofficiosi querellam» del fr. 6.2 D. 5.2, è nient'altro che un «comminari querellam».

Le interpolazioni segnalate sono giustificate dalle seguenti considerazioni<sup>122</sup>.

[ut neque... supervacua sit]. Ci domandiamo: che ragione poteva avere un classico di dire che il suus acquista ipso iure l'eredità paterna e non gli è, perciò, necessaria né la b. p. né l'aditio? Il problema, in diritto classico, aveva riguardo all'esperimento della querella, e non c'entrava per nulla quello dell'acquisto. Nel diritto postclassico, invece, poiché la trasmissione della querella si configura come trasmissione dell'*ius hereditatis* – δικαίον κληρονομίας – che il legittimario si è già procacciato, ciò che rileva è, appunto, il modo con cui al legittimario è reso possibile l'acquisto di questo diritto. Si comprende allora che nel testo venga detto che al suus non è richiesta né la petitio b. p., né l'aditio hereditatis, ma solamente una comminatio [comminatus tantum accusatio-nem] con la quale manifesti *a)* di voler intentare la lite, cioè la hereditatis petitio qualificata; *b)* e, implicitamente, di confermare l'acquisto in lui ipso iure verificatosi. In diritto classico, invece, la questione doveva necessariamente imperniarsi sulla avvenuta o non avvenuta litis contestatio (si litem contestaverit).

Le interpolazioni relative alla datio e denuntiatio libelli sono, mi sembra, nette espressioni della procedura postclassica. Così non mi sembra dubbio che il rescritto di Antonino Pio non potesse concernere la datio e la denuntiatio libelli.

L'interpolazione [si ea fecerit quorum supra mentionem habuimus] è di pal-mare evidenza: essa si riattacca alla parte interpolata del precedente fr. 6.2 D. 5.2. Noi abbiamo creduto di sostituirvi la menzione della b. p. l. o. g., che è il presupposto necessario per la nascita e la trasmissione della querella esperita extra ordinem. Con essa, infatti, il legittimario otteneva il riconoscimento provvisorio della sua qualità di legittimario ed instaurava *contemporaneamente* la querella.

Il significato postclassico del testo è il seguente: la querella è, ormai, come si sa, una hereditatis petitio qualificata: ora in qual maniera essa deve essere pre-

<sup>122</sup> Cfr. p. 475 (nota) [p. 977 nota 18] e 476<sup>1</sup> [p. 978 nota 19].

parata affinché ne sia possibile la trasmissione agli eredi? Intanto è evidente che il presupposto di ogni hereditatis petitio è l'adizione: è, quindi, soltanto dopo l'adizione che l'eredità può essere trasmessa. Ma quanto all'adizione è differente la posizione dei sui e dei non sui. Per i primi, infatti, poiché «neque bonorum possessio eis necessaria et aditio hereditatis supervacua est», può dirsi che è sufficiente la comminatio accusationis o la datio libelli per far nascere e per far passare agli eredi la hereditatis petitio ex causa inofficiosi. Quanto ai secondi, poiché non acquistano ipso iure ed una adizione da parte loro è necessaria per fondare l'h. p. ex causa inofficiosi, ne segue che l'adizione, comunque compiuta, sia mediante la petitio della b. p. l. o. g., sia mediante una semplice dichiarazione di volontà, è il presupposto necessario dell'azione e della sua trasmissione. Come ho detto, però, la distinzione posta tra sui e non sui è solo apparente: e può dirsi, in generale, che presupposto della nascita e della trasmissione della hereditatis petitio de inofficioso (querella) è nel diritto postclassico l'adizione dell'eredità che si vuole rivendicare.

Naturalmente, quando parliamo di adizione, noi ci riferiamo ad una adizione che si differenzia dalla comune per questo: che la sua efficacia è provvisoria e condizionata dall'esito del giudizio di inofficiosità.

§ 234. – Prova ancora del diverso regime classico e postclassico del problema della trasmissione ci porge una costituzione dell'imperatore Antonino.

*Imp. ANTONINUS A. Aelio: c. 5 C. 3.28. (a. 211).*

Si pater tuus post litem contestatam [vel postquam propositum habuisset] (de) inofficios(o)[um] fratris testament(o)[um] [dicere] te herede relicto decessit, causam coeptam [vel quocumque modo illi placitam] exsequi non prohiberis.

Come abbiamo detto<sup>123</sup> le frasi [vel... habuisset] e [vel... placitam] sono state inserite per applicare qui i nuovi principii bizantini: esse sono il perfetto riflesso delle interpolazioni del fr. 7 D. 5.2 esaminato.

Il testo classico aveva riguardo ad una querella centumvirale; ora, come sappiamo, il presupposto della sua trasmissione era la litem contestatio. Nel diritto postclassico, invece, ciò che interessa è l'adizione dell'eredità; e siccome la sola comminatio litem viene equiparata ad un atto di gestione (*Bas.* 39.1 VII, sch. 2 – v. p. 477<sup>1</sup> [p. 980 nota 121]), ne segue che ai fini della trasmissione è sufficiente che il legittimario abbia manifestato il proposito di iniziare la lite (vel postquam propositum habuisset) o vi abbia, comunque, dato inizio (vel quocumque modo illi placitam)<sup>124</sup>.

<sup>123</sup> Cfr. p. 474<sup>1</sup> [p. 976 nota 117].

<sup>124</sup> Il testo corrispondente dei Basilici (39.1, XXXVII) anziché riprodurre la fattispecie della c. 5 C. 3.28, formula un principio generale relativo alla trasmissione. ἐάν τις προκαταρξάμενος τὴν κατὰ τῆς διαθήκης μέμψιν, ἢ ἄλλως πῶς τὴν οἰκείαν προαίρεσιν δείξας μετὰ ταῦτα

Si può dire che ai due istituti classici della *litis contestatio* e della *b. p. l. o. g.*, i bizantini sostituirono la *praeparatio querellae*<sup>125</sup>, e mentre il contenuto giuridico della *litis contestatio* e della *b. p. l. o. g.* stava in ciò, che con esse il diritto d'impugnativa del legittimario si esercitava e si rendeva così trasmissibile, il contenuto giuridico della *praeparatio* sta invece nel fatto che essa viene equiparata ad una adizione ab intestato dell'eredità da parte del legittimario. Una volta adita, l'eredità può essere trasmessa.

§ 235. Giustiniano apportò al regime della trasmissione alcune modifiche. Egli stabilì con la C. 34 C. 3.28 che la querella si trasmettesse ai discendenti ancorché il padre loro diseredato non l'avesse per nulla preparata. L'imperatore fa l'ipotesi che il figlio diseredato sia morto prima dell'adizione dell'eredità da parte dell'erede istituito. Se «*deliberante herede scripto filius decesserit, nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta vel praeparata omne adiutorium nepotem dereliquit...*» – «*iubemus in tali specie – soggiunge l'imperatore – eadem iura nepoti dari, quae filius habebat, et nisi praeparatio facta est ad inofficiosi querellam instituendam, tamen posse nepotem eandem causam proponere: et si non heres apertissimis probationibus ostenderit ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse, testamento remoto ab intestato eum vocari...*». Altra disposizione in ordine alla trasmissione è quella contenuta nella c. 36.2b C. 3.28.

τελευτήση, παρεπέμπει αὐτὴν εἰς τοὺς κληρονόμους. (Si quis post litem de querela inofficiosi testamenti contestam, vel alio modo indicato proposito suo postea decesserit, transmittit eam ad heredes). Inutile avvertire che la *litis contestatio* non differisce qui in nulla dalla qualsivoglia maniera con cui si sia indicato il proposito di sperimentare la querella.

<sup>125</sup> Interpolati nel senso di sostituire la *praeparatio* alla *litis contestatio* o alla *b. p. l. o. g.*, a me sembrano oltre ai fr. 6.2 e 7 D. 5.2 già analizzati, i seguenti frammenti:

fr. 8.1 D. 5.2. Si quis post [rem inofficiosi ordinatam] (adgnitam litem ordinandae gratia bonorum possessionem)...

Questa interpolazione, già notata, ma in altro senso, dal LENEL, *P. Ulp.*, 490, appare chiara quando il testo sia raffrontato col paragrafo precedente, dove la *b. p. l. o. g.* viene esplicitamente considerata quale presupposto per la trasmissione della querella.

fr. 15.1 D. 5.2 – Heredi eius, qui post [litem de inofficioso praeparatam] (litem contestatam) o (adgnitam litem ordinandae gratia bonorum possessionem).

La frase «litem de inofficioso praeparatam» sostituisce, io credo, o «litem contestatam» o «adgnitam litem ordinandae gratia bonorum possessionem», che si trovavano nel testo originario. L'espressione *litis praeparatio* è caratteristica del linguaggio giustiniano. Così nella c. 34 C. 3.28 si parla di «*hereditatis petitio ex nomine de inofficioso constituta vel praeparata*», di «*praeparatio ad inofficiosi querellam instituendam*»; nella 36.2b C. 3.28 si afferma che la querella viene trasmessa ai propri discendenti quantunque il defunto «*non se praeparaverit*»; essa, invece, viene trasmessa agli eredi estranei soltanto quando «*antiquis libris insertam faciat praeparationem*». (Non bisogna interpretare nel senso che l'espressione preparazione ricorresse anche negli antichi libri: è Giustiniano che col nome di preparazione ricomprende i presupposti della querella classica; la *litis contestatio* o la *b. p. l. o. g.*).

Dopo aver stabilito che l'erede istituito debba adire entro sei mesi o dentro un anno dalla morte del testatore per dar modo al legittimario di intentare la querella, l'imperatore dispone: «in medio tamen, id est a morte quidem testatoris, ante aditam autem hereditatem, etsi decessit filius, huiusmodi querellam, licet non se praeparaverit, ad suam posteritatem transmittet, ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciat praeparationem».

Nella c. 36 si intende, però, ripetuto ciò che è detto nella c. 34: vale a dire, che le nuove disposizioni hanno valore solo quando il padre non abbia prima di morire repudiato la querella. «Nisi pater adhuc superstes repudiavit querellam».

## CAPITOLO X

### LA QUERELLA INOFFICIOSI TESTAMENTI NELLA LEGISLAZIONE GIUSTINIANA DEL CODICE

§ 236. Come la legislazione giustiniana del codice abbia per presupposto la querella postclassica e sia ispirata allo scopo di circoscriverne l'applicazione. Se le interpolazioni segnalate risalgano all'attività interpretativa delle scuole bizantine. Tendenza della legislazione giustiniana a tener salda la volontà dei testatori, in contrasto con la portata della querella postclassica.

§ 237. Cospicua limitazione della sfera di applicazione della querella per effetto dell'*actio ad supplendam legitimam* (c. 30 C. 3.20).

§ 238. Altre innovazioni giustiniane: c. 32, 27, 26.2 C. 3.28; c. 10 C. 8.47.

§ 236. Il problema che suscita anzitutto lo studio della legislazione giustiniana relativa alla querella inofficiosi testamenti è il seguente: furono i compilatori ad interpolare nei testi classici la querella postclassica, o la querella postclassica è un istituto già compiutamente elaborato prima che si inizi l'attività legislativa di Giustiniano? E in questo caso, le interpolazioni segnalate nei testi classici sono opera dei compilatori o possono anche concepirsi quali interpolazioni pregiustiniane (v. p. 515 [p. 1021])?

Rispondiamo che la legislazione giustiniana suppone compiutamente elaborata la querella postclassica quale azione di nullità contro il testamento inofficioso – nullità determinata da una presunzione legale di pazzia del defunto; azione, la cui portata è tale da annullare l'intero testamento e da provocare la successione intestata. Che la querella postclassica sia presupposta dalla legislazione giustiniana del Codice si argomenta dal fatto che le costituzioni 30, 31, 36 del titolo 3.28, mirano a circoscriverne in tutti i modi il campo di applicazione.

Dobbiamo, dunque, dire che le interpolazioni dei testi classici, con le quali la querella postclassica fu in essi introdotta e sostituita a quella classica, non siano dovute ai compilatori? Ecco: una risposta sicura noi non possiamo darla. Possiamo solo dire con sicurezza che se anche (ciò che non è da escludere) tali interpolazioni fossero *materialmente* dovute all'attività dei compilatori, costoro, però, non solo non avrebbero introdotto con esse principii nuovi, ma avrebbero solo consacrato principii che già vigevano nell'epoca romano-ellenica: *principii, anzi, che lo stesso imperatore cercò, in certa maniera, di mitigare, in particolare escludendo nelle novelle la presunzione di pazzia (color insaniae) quale fondamento della querella*<sup>126</sup>.

Infatti, Giustiniano cercò di tener ferma per quanto fosse possibile la volontà dei testatori: e stabilì a tal fine: 1) che la querella non dovesse essere esperita quando poteva esperirsi l'actio ad supplendam legitimam: alla quale dovevano ora *necessariamente* ricorrere tutti i legittimari cui il testatore avesse lasciato anche una minima parte della quota legittima (c. 30; 31 C. 3.28); 2) che la querella non provocasse più l'annullamento totale delle disposizioni del defunto, ma si limitasse ad annullare la istituzione d'erede (nov. 115 cap. 3-15).

§ 237. Presupposta, perciò, come compiutamente elaborata la querella postclassica, vediamo come si comportò rispetto ad essa Giustiniano.

Intanto era chiara una cosa: che la querella, così come si era venuta configurando nell'epoca postclassica, si trovava in perfetta antitesi con la tendenza giustiniana (c. 24 C. 6.23, c. 1 C. 6.41) a rispettare la volontà dei testatori. Il primo passo, perciò, per eliminare il più possibile questa antitesi, era quello di restringere il campo di applicazione della querella. È quello che, infatti, Giustiniano fece con la c. 30 C. 3.28<sup>127</sup>.

Nell'epoca postclassica l'imperatore Costanzo (c. 4 C. Th. 2.19 a. 361) aveva stabilito che il legittimario cui fosse stato lasciato meno della quarta debita portionis non potesse intentare la querella, ma un'actio ad supplendam legitimam quando il testatore avesse inserito nel testamento una clausola di questo tenore:

«ut arbitrato boni viri, si quid minus filiis sit relictum quam modus quartae, ... id ipsum ab herede iisdem in pecunia compleatur».

<sup>126</sup> Sul punto se il *color insaniae* non abbia avuto più nessun valore nel diritto delle novelle, cfr. le controversie del diritto comune esposte in MATTHIAE, *Controversen-Lexicon des röm. Civilrechts*, Leipzig, 1859; II, 2, sub *Querela inoff. test.*, p. 109.

<sup>127</sup> Nota giustamente il DE FRANCISCI, *Bull. Ist. dir. romano*, 23 p. 196, che con la c. 30 C. 3.28 venne enormemente ristretta la sfera di applicazione della querella. Saggiunge ancora (p. 198) che alla introduzione dell'actio ad supp. leg. Giustiniano era stato spinto dal desiderio di rispettare per quanto fosse possibile la volontà del defunto; l'espressione più decisa di questa intenzione è data dalla nov. 115 in seguito alla quale la querella, nei pochi casi in cui è ammessa, rescinde solamente l'istituzione d'erede.

Orbene, era questo un ottimo addentellato per ulteriori disposizioni tendenti a limitare la sfera d'applicazione della querella e ad estendere, invece, il campo dell'actio ad supplendam legitimam. È quello, appunto, di cui si servì Giustiniano.

*Imp. IUSTINIANUS A. Menae pp. (c. 30 C. 3.28).*

«Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere quam liberis eorum vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat; *ut, sive adiciatur testamento de implenda legitima portione sive non, firmum quidem testamentum sit*, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum quaeri poterant, *id quod minus portione legitima sibi relictum est ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere.*»

Giustiniano stabilisce dunque che l'actio ad supplendam legitimam debba sostituire la querella tutte le volte che il testatore abbia lasciato al legittimario una porzione anche minima della sua quota, anche quando non abbia inserito nel suo testamento la clausola «ut arbitrato boni viri... quarta compleatur». La querella può essere intentata soltanto quando al legittimario non sia stato lasciato nulla.

«Sin vero vel praeterierint aliquam eorum personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione vel alia eorum mentione facta *nihil eis penitus reliquerint, tunc vetera iura locum habere sancimus, nullam ex praesenti promulgatione novationem vel permutationem acceptura.*»

Le stesse disposizioni furono estese anche ai testamenti orali (c. 31 C. 3.28).

«Quae nuper ad testamenta conservanda nec facile retractanda sanximus ut... *quod deest legitimae portioni, id est quartae parti ab intestato successionis, tantum repleatur*, exceptis illis quibus nihil in testamento derelictum est, in quibus *prisca iura illibata servavimus*, etiam ad testamenta sine scriptis facienda locum habere sancimus».

Come si vede, Giustiniano afferma recisamente che nei casi in cui la querella è ammessa vengano in attuazione i *vetera e prisca iura*.

Questi *vetera iura* sono, peraltro, i principi postclassici della querella, secondo i quali il testamento veniva considerato come fatto da un presunto pazzo.

Appunto per introdurre l'actio ad supplendam legitimam vennero interpolati, come abbiamo visto (§ 229), i fr. 25 pr. D. 5.2 e 21.1 D. 37.14.

§ 238. La tendenza giustiniana, diretta a circoscrivere il campo d'applicazione della querella, si affermò ancor più: così Giustiniano decise che nella computazione della quarta debitaie portionis dovessero essere consi-

derate anche le donazioni inter vivos fatte «hac contemplatione ut in quartam habeantur»<sup>128</sup>.

E in un'altra costituzione (32 C. 3.28) egli stabilì che le condizioni o gli oneri che gravassero sulla quota lasciata al legittimario in tal maniera da ridurre questa quota e da permettere, in conseguenza, l'esperienza della querella, venissero considerati come non apposti:

«ipsa condicio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcumque onus introducens tollatur et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset». (c. 32 C. 3.28 a. 529)<sup>129</sup>.

Noi possiamo dire, perciò, che l'atteggiamento di Giustiniano rispetto alla querella fu quello di impedirne il più possibile l'esperienza e di sostituire ad essa l'actio ad supplendam legitimam. Ora questo atteggiamento prova che il valore giuridico del color insaniae, in quanto presunzione legale di pazzia del testatore, e la querella che vi si fondava, non sono creazioni giustinianee, ma sono anzi presi di mira dalla legislazione di Giustiniano.

Altre modificazioni furono da Giustiniano apportate in ordine alla cerchia dei legittimari, alla trasmissione della querella, ed al periodo entro cui essa doveva essere sperimentata.

Quanto alla cerchia dei legittimarii le modificazioni giustinianee si riassumono in ciò:

- 1) che, non avendo più rilievo il vincolo agnatizio, vengono considerati quali legittimarii anche i fratelli non agnati;
- 2) che, in conseguenza, la madre, diversamente che nel diritto postclassico, viene preferita ai fratelli.

Sappiamo, infatti, che nel diritto postclassico, quando la querella divenne azione di annullamento del testamento, legittimarii vennero, in conseguenza, ad essere i più prossimi successibili ab intestato: ora tra costoro non c'erano i fratelli che fossero solo cognati; e la madre, chiamata alla successione dal senatoconsulto Tertulliano, era preceduta dai fratelli agnati. Nel diritto classico, invece, dove l'ordine dei legittimarii era indipendente da quello dei successibili ab intestato, ed era conforme a quello dei cognati, legittimarii erano anche i fratelli cognati, e la madre era a questi ultimi preferita.

Il diritto giustiniano, eliminando ogni vincolo agnatizio e fondando il sistema successorio intestato esclusivamente sulla cognazione, portò con piena coerenza al suo estremo sviluppo l'idea nuova che aveva ispirato il sistema pretorio.

Le modificazioni giustinianee risultano dalle interpolazioni privative apportate alle c. 1 e 3 e alla c. 2 del codice teodosiano II, 19. La c. 27 del Codice giu-

<sup>128</sup> Cfr. 25.1 D. 5.2, 3.18 D. 38.2 interpolati e c. 29, 30.2, 35.1, 35.2, 36.1 C. 3.28.

<sup>129</sup> Cfr. gli art. 808 e 849 del Codice civile ital. v. DE PIRRO, *Contributo alla dottrina della legittima*, p. 11; 84 sg.

stiniano (3.28), infatti, riassumendo le costituzioni 1 e 3 del codice teodosiano equipara agli agnati i fratelli consanguinei non agnati («durante *vel non agnatione*»); e la c. 28, riportando la c. 2 C. Th. II, 19, pone la madre in una posizione di preminenza rispetto ai fratelli in una posizione preminente rispetto alla madre.

«Si mater contra filii testamentum inofficiosi actionem instituat, inquiri diligenter iubemus... ut testamento remoto matri successio deferatu [si tamen defuncto consanguinei agnati non sint superstites].»

La chiusa, che si trova nella costituzione del codice Teodosiano (Constantinus, a. 321), è stata omessa nella costituzione corrispondente del codice giustiniano (cfr. § 210, 211).

Una innovazione importante, introdotta da Giustiniano, fu quella relativa alla successione intestata e necessaria dei figli adottivi.

Con la c. 10 C. 8.47 (48) tutta la materia dell'adozione subisce profonde modificazioni e vengono create – com'è noto – due forme di adoptio: l'adoptio minus plena e l'adoptio plena. Ora nei riguardi di queste due forme di adozione, il diritto di successione necessaria venne diversamente regolato.

Criterio direttivo è per Giustiniano il fatto che mentre nell'adoptio minus plena il figlio adottivo mantiene inalterati i vincoli con la sua famiglia naturale, nell'adoptio plena, invece, questi vincoli *solamente naturali* vengono posti nell'ombra dai nuovi vincoli *civili e naturali insieme*, che l'adozione ha tra di loro fusi. Segue, allora, che nell'adoptio minus plena il figlio adottivo potrà esperire la querella contro il testamento del padre naturale e non anche contro quello del padre adottivo, mentre nell'adoptio plena egli potrà esperire la querella contro il testamento del padre adottivo e non anche contro quello del padre naturale.

Avendo l'imperatore sancito, quanto all'adoptio minus plena (cioè ad *extraneam personam facta*):

«iura naturalis patris minime dissolvi, sed ita eum (filium) permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus»,

era naturale che egli altresì stabilisse:

«*maneant integra iura sive ad de inofficiosi querellam sive ad alias omnes successiones sive ab intestato sive ex testamento, quae liberis deferentur, ut et ipse possit prodesse patri naturali et ab eo naturalia debita percipere*».

Nell'adoptio plena invece,

«quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptiva iura, maneat stabile ius patris adoptivi et naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo constrictum: et ad eum solum respiciat filius, cui eum et natura adgregavit et lex per adoptionem adsignavit, et Papiniani sententia in hac specie procedat, *et ad eum tantummodo filius adoptivus spes totas extendat et non patris naturalis successionem molestare concedatur*, sed avita et proavita tantummodo reverentia protegetur, eique adquirat quae possunt adquiri et prodesse, et is ei solus pater intellegatur, quem lex fecit et natura non dereliquit».

Perciò, il figlio dato in adozione poteva esperire la querella contro il testamento del padre naturale soltanto nell'adoptio *minus plena*, non anche in quella *plena*.

Per giustificare questa disposizione, Giustiniano cerca un addentellato in un supposto dissidio tra i giureconsulti classici, alcuni dei quali non avrebbero ammesso la querella del figlio dato in adozione, contro il testamento del padre naturale, mentre altri l'avrebbero ammessa solo a certe condizioni.

«Cum in adoptivis filiis, qui filii familias constituti a patribus naturalibus aliis dantur, antiquae sapientiae incidit quaedam dubitatio, si oportet talem filium, si praeteritus a naturali patre fuerat, habere contra eius testamentum de inofficioso actionem quam Papinianus quidem negat, Paulus autem sine effectu derelinquit, Marcianus vero distinguit, ne ex hac causa utriusque patris perderet successionem, naturalis quidem voluntate eius circumventus, adoptivi propter egestatem, quam forte habebat».

Giustiniano si richiama a quest'addentellato classico per giustificare la sua riforma, nella quale sono contemplate ambedue le tesi: quella di Papiniano e quella di Marciano.

Noi abbiamo già manifestato il nostro avviso sopra questo punto: dato il fondamento cognatizio della querella non crediamo che, come principio, Papiniano avesse negato la querella al figlio dato in adozione. (cfr. innanzi p. 420 [p. 917])

La controversia riferita da Giustiniano avrà avuto probabilmente riguardo ad una decisione di specie in cui era possibile una diversità di vedute tra Papiniano, Paolo e Marciano<sup>130</sup>.

Quanto al periodo entro cui la querella doveva essere esperita, Giustiniano mantenne il quinquennio; stabili – c. 36.2 C. 3.28 –, però, che esso, secondo l'opinione di Ulpiano, dovesse decorrere ab adita hereditate. E per impedire che l'erede, con l'astenersi arbitrariamente per lungo tempo dall'adizione dell'eredità, venisse a ledere la legittima aspettativa del legittimario, Giustiniano pose agli eredi istituiti un termine entro cui, in questi casi, essi dovessero adire: sei mesi o un anno.

«Illud praeterea sancimus, ut tempora de inofficiosi querellae ab adita hereditate secundum Ulpiani opinionem currant, Herennii Modestini sententia recusata, qui a morte testatoris ilico cursum de inofficioso querellae temporibus dabat, ut non liceat heredi quando voluerit adire, ne per huiusmodi tramitem iterum filius defraudetur debito naturali».

«Sancimus itaque, ubi testator decesserit alio scripto herede et speratur de inofficioso querella, necessitatem habere scriptum heredem, ... intra sex mensuum spatium... tunc intra annale... sin vero scriptus heres in-

<sup>130</sup> Cfr. DE FRANCISCI, *Bull. ist. dir. rom.*, 23, p. 229 segg. Anche il De Francisci è, in fondo, dubbioso circa la vera portata della testimonianza di Giustiniano intorno al nostro problema.

tra statuta tempora minime adierit, per officium quidem iudicis scriptum compelli hoc facere».

Quanto alla trasmissione della querella ed alle innovazioni giustinianee, rinviamo a ciò che ne abbiamo detto (§ 235).

Disposizioni emanò pure Giustiniano in ordine ai testamenti dei figli in potestà che avessero avuto un peculio quasi castrense (c. 37 C. 3.28).

Passiamo ora a trattare della successione contro il testamento nel diritto giustiniano delle novelle<sup>131</sup>.

## CAPITOLO XI

### LA SUCCESSIONE CONTRO IL TESTAMENTO NEL DIRITTO GIUSTINIANO DELLE NOVELLE

§ 239. La successione contro il testamento prima della Novella 115. Come la necessità di istituire o diseredare i sui venga profilata nel diritto postclassico quale garanzia del diritto successorio del suus preterito.

§ 240. Riforme della Novella 115, e problemi cui essa dà luogo. Identità e differenze fra l'azione ex Nov. 115 e la querella postclassica: nesso di immediata derivazione dell'una dall'altra. Come anche la nuova azione, entro limiti più ristretti della querella postclassica, provochi l'apertura della successione intestata generale.

§ 241. Sostanziale conformità dell'azione ex Nov. 115 con la querella postclassica: prova testuale desunta dalla legge e dai Basilici (39, 1, XXIV, sch. 1).

§ 242. Validità dei legati, dei fedecommissi etc. disposta dalla Nov. 115 anche nel caso di rescissione delle istituzioni di erede: sua ragione nella trasformazione subita in diritto giustiniano dal testamento, che non era più (come in diritto classico) negozio giuridico unitario imperniato nella istituzione di erede.

§ 243. L'azione ex Nov. 115, disciplinata dalle norme non abrogate della querella postclassica.

§ 244. Intrinseca diversità fra l'antica e la nuova esigenza di istituire o diseredare i discendenti. Fondamento della esigenza giustiniana in una nuova concezione morale della successione dei discendenti e degli ascendenti, quali continuatori della personalità del defunto.

§ 245. Assorbimento, nell'azione ex Nov. 115, degli altri rimedi prima accordati ai legittimari.

<sup>131</sup> Cfr. MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, p. 677, 696 segg.; FRANCKE, *op. cit.*, p. 350 segg.; cfr. pure WOESS, *op. cit.*, p. 256 segg.

§ 246. Giustificazione dallo studio condotto sulla querella inofficiosi testamenti.

§ 239. Dallo studio sin qui fatto risulta evidente che l'antica esigenza della istituzione o diseredazione dei sui, e la nullità del testamento quando a tale esigenza non si sia soddisfatto, non possono, avuto riguardo alla loro origine e alla loro natura, essere in alcun modo accostati all'obbligo del testatore di beneficiare i più prossimi parenti (legittimarii) ed all'azione che in quest'obbligo ha fondamento: la querella. Si tratta, abbiamo detto, di istituti radicalmente diversi.

Orbene, questa loro diversità intrinseca è superata nel diritto giustiniano, nel quale essi vengono accostati e danno così luogo ad un sistema unico di successione contro il testamento.

Ciò che campeggia nella concezione giustiniana è il diritto soggettivo dei discendenti, degli ascendenti, e dei collaterali, di venire alla successione dei loro congiunti. Ora la nullità del testamento in cui era stato preterito un *suus*, mentre nella successione antica era la conseguenza necessaria del modo organico di prodursi di tale successione, e non poteva assolutamente profilarsi come garanzia di un diritto di successione del *suus* preterito (§ 1 e 45), questo profilo assume nettamente nel diritto postclassico e giustiniano.

V'è in ciò, chiaramente, il fenomeno tante volte notato di strutture antiche che assumono funzioni nuove. Così soltanto, infatti, si spiega il permanere di quell'antichissima esigenza che appare sin dai primi albori della successione romana.

Vi è, dunque, nel diritto giustiniano un sistema unico di successione contro il testamento. I principî di cui questo sistema si compone sono vari.

1) La necessità di istituire o diseredare i sui: la sanzione della quale sta nella nullità del testamento quando non si sia soddisfatto a questa esigenza.

2) La necessità di istituire o diseredare gli emancipati: ai quali, in caso di preterizione, è concessa la *bonorum possessio contra tabulas*.

Si noti che ai sui ed agli emancipati, Giustiniano (c. 4 C. 6.28) equipara le figlie ed i nipoti. Tanto le une quanto gli altri debbono essere istituiti o nominativamente diseredati: la preterizione importa nullità del testamento o diritto alla *bonorum possessio contra tabulas*.

3) Il principio che i discendenti, gli ascendenti, ed i collaterali, non debbono essere ingiustamente diseredati o preteriti: l'ingiusta diseredazione o preterizione dà fondamento alla querella.

4) Il principio del supplemento della quota per i legittimarii non sufficientemente beneficiati (*actio ad supplendam legitimam*).

La intrinseca eterogeneità dei due primi principii (e specie del primo) con gli altri due successivi, viene superata nel diritto postclassico. Il significato originario del principio che impone la istituzione o diseredazione dei sui venne per tempo obliato e ad esso fu sostituito quello comunemente accettato, an-

che dalla dottrina moderna, secondo cui tale principio deve essere considerato come una vera e propria garanzia del diritto soggettivo di successione dei discendenti (p. 3 segg. [p. 469 sgg.]).

§ 240. Questo sistema di successione contro il testamento viene profondamente modificato con la novella 115 (cap. III, IV). Lo studio delle disposizioni in essa contenute dà luogo ad una triplice serie di problemi. Bisogna, infatti, vedere:

- 1) le identità e le differenze tra la nuova azione e la querella inofficiosi testamenti postclassica;
- 2) la ragione giuridica della disposizione giustiniana onde si richiede che i discendenti e gli ascendenti debbano essere istituiti eredi;
- 3) i rapporti tra il sistema di successione contro il testamento creato dalla novella ed il precedente sistema da noi delineato<sup>132</sup>.

Il testo della novella, per ciò che si riferisce ai discendenti, è il seguente (nov. 115, cap. III, principio):

«Sancimus igitur *non licere penitus* patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae *suum filium vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento*, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcumque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsitan ingrati et ipsas nominarim ingratiitudinis causas parentes suo inseruerint testamento».

Quanto agli ascendenti, il testo della legge è dello stesso tenore (cap. IV, principio):

«Sancimus itaque *non licere liberis parentes suos praeterire* aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas quas enumerabimus in suis testamentis specialiter nominaverint».

Dunque coi cap. III e IV della nov. 115, Giustiniano stabilisce che i discendenti e gli ascendenti debbano essere istituiti eredi: essi non debbono essere preteriti né diseredati, ammenoché la preterizione o la diseredazione non siano giustificate da una causa riconosciuta dalla legge (a tal uopo l'imperatore enumera 14 cause per i discendenti ed 8 per gli ascendenti) ed esplicitamente inserita nel testamento. Non è più sufficiente che i discendenti o gli ascendenti abbiano la loro quota legittima mediante legati o fedecommissi, o, in genere, mediante disposizioni mortis causa, o per atti inter vivos: essi debbono ricevere tale quota *a titolo di eredi*. Quando il testatore non si sia conformato a questa esigenza, *il testamento, in ciò che attiene alle istituzioni di erede, è nullo e si fa*

<sup>132</sup> Cfr. MATTHIAE, *Controversen-lexicon* cit., II, 2, sub *Notherbenrecht*, p. 6 segg.

*luogo alla successione intestata.* Però, rimangono valide le altre disposizioni contenute nel testamento: legati, fedecommissi, nomine di tutori etc.

Dice la legge (cap. III n. 15):

«Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas sive certas ex his sive quamlibet unam parentes testamento suo inseruerint, et *scripti heredes* nominatam vel nominatas causas vel unam ex his *veram esse monstraverint, testamentum suam firmitatem habere decernimus; si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte pervenire...* Si tamen contingerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa aut libertates aut tutorum dationes relinquere... *ea omnia iubemus adimpleri* et dari illis quibus fuerunt derelicta, *ut tamquam in hoc non rescissum obtineat testamentum*».

Nel cap. IV (n. 9) in relazione agli ascendenti, si dispone similmente:

«Si tales igitur causas... scripti heredes... probaverint, testamentum in sua firmitate manere praecipimus. Si autem haec omnia non fuerint observata, *nullam vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus*: sed rescisso testamento, *eis qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus*; legatis videlicet vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus, seu aliis capitulis... suam obtinentibus firmitatem».

Nei due capitoli della legge è, perciò, esplicitamente detto che quando il testatore non si sia attenuto alle nuove norme, il testamento, in ciò che attiene alla istituzione di erede, è nullo e si apre, perciò, la successione intestata. Le differenze più appariscenti tra questa nuova azione di nullità e la querella postclassica sono le seguenti:

a) L'obbligo sancito nella nuova legge di lasciare la quota legittima a titolo di istituzione di erede e non, come prima, a qualsivoglia titolo.

b) L'onere della prova incombente all'erede e non, come prima, al legittimario querelante.

c) La validità di tutte le disposizioni contenute nel testamento ad esclusione della sola istituzione di erede. La querella, invece, come si sa, annullava radicalmente il testamento.

d) La scomparsa del color insaniae quale praesumptio iuris et de iure di pazzia del defunto.

Però, tra la nuova azione e la querella postclassica c'è *una identità fondamentale*: la quale consiste nell'effetto comune delle due azioni, e cioè nel *provocare l'apertura della successione intestata*.

Come sappiamo, infatti, la querella postclassica provoca l'apertura della successione intestata generale (fr. 6.1, 17 pr., 19, 8.8 D. 5.2) e lo stesso effetto produce l'azione di nullità introdotta con la novella 115. La quale esplicitamente

dispone: «*rescisso testamento, eis qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus*».

Anche nella espressione il linguaggio della novella ricorda quello delle interpolazioni operate nei testi delle Pandette.

Ora, tenuto conto delle differenze sopra notate, noi crediamo di potere affermare che l'azione di nullità introdotta con la novella 115 abbia nel rimanente la stessa disciplina della querella postclassica. Cioè, nei limiti in cui la nuova legge non modifica le precedenti disposizioni che regolavano la querella, queste disposizioni si intendono tacitamente richiamate<sup>133</sup>. Restano quindi in vigore, anche pel diritto delle novelle, le norme relative alla trasmissione della querella (fr. 6.2, 7 D. 5.2), quelle relative al quinquennio entro cui essa doveva essere esperita, quelle relative alla rinunzia, quelle concernenti gli effetti della soccombenza nella querella, quelle relative ai presupposti, alla legittimazione attiva e passiva, etc. Inutile dire che tali disposizioni restano in vigore in quanto la legge non le abbia abrogate o mutate, e che il loro contenuto è quello assunto nell'epoca postclassica, quale noi abbiamo già determinato (P. III<sup>a</sup> sez. III<sup>a</sup>).

Possiamo chiamare l'azione di nullità introdotta con la novella 115, col nome di querella inofficiosi testamenti? Ecco: noi non crediamo di usare l'antico nome, perché la novella 115 non si limitò soltanto a modificare il regime della querella, ma mutò tutto quanto il sistema postclassico di successione contro il testamento: dunque l'azione di nullità ex iure novo – come dicono i pandettisti – non è propriamente il surrogato della querella; essa, invero, sostituisce non solo la querella, ma anche l'antica azione di nullità fondata sulla preterizione dei sui, e la bonorum possessio contra tabulas<sup>134</sup>. Tuttavia, il contatto con la querella e la linea di derivazione da essa è palese nella nuova azione. Del resto, già nel diritto postclassico la querella campeggiava sugli altri rimedi giuridici, avendo l'antica azione di nullità e la b. p. c. t. via via perduto la loro fisionomia originaria.

Dalla querella postclassica e dall'antica azione di nullità, la nuova azione ripete il suo effetto fondamentale: quello dell'apertura della successione intestata<sup>135</sup>. Dalla bonorum possessio c. t. essa ripete il principio (sia pure allargato) della validità dei legati e delle altre disposizioni contenute nel testamento. E, infine, dalla querella postclassica ripete la sua rimanente disciplina<sup>136</sup>.

Dunque non possiamo chiamare col nome di querella la nuova azione di nullità: tra l'altro, anche perché è venuto meno in essa il segno distintivo della querella: il color insaniae. Ma possiamo affermare che nella nuova azione, c'è un visibile nesso di derivazione dalla querella. Ed è fondandoci su di esso, che

<sup>133</sup> Cfr. MATTHIAE, *op. cit.*, sub *Nothbenrecht*, p. 7 a proposito dell'«Inofficiositätssystem».

<sup>134</sup> Cfr. MATTHIAE, *l. cit.*, p. 6 e p. 25, questione VII.

<sup>135</sup> Cfr. MATTHIAE, *op. cit.*, sub *Querela ecc.*, pp. 112-113, quest. XIII, XIV.

<sup>136</sup> Questa derivazione da tre fonti diverse ha grande analogia col testamento *tripertitum* del diritto giustiniano (§ 3 Inst. II, 10).

noi possiamo estendere alla nuova azione le disposizioni non abrogate o mutate che disciplinavano la querella postclassica.

Con queste premesse noi possiamo affrontare il problema le cui opposte soluzioni sono rappresentate dal c.d. sistema della inofficiosità e da quello della nullità<sup>137</sup>.

§ 241. Dai glossatori ai pandettisti del secolo scarso, è stata largamente dibattuta la seguente questione: l'azione spettante al legittimario in base alla novella 115 è la querella inofficiosi testamenti o è un'azione di nullità assolutamente diversa dalla querella?<sup>138</sup>. La soluzione è stata duplice: perché gli uni hanno asserito l'identità della nuova azione con la querella, gli altri hanno sostenuto la sua radicale diversità<sup>139</sup>.

Le differenze cui danno luogo i due indirizzi sono palesi: se, infatti, la nuova azione è la stessa querella inofficiosi, sia pure modificata, continuerà ad avere vigore, per la nuova azione, la precedente disciplina della querella. Se, invece, si tratta di azione radicalmente diversa, se, come si dice, il testamento è *legalmente nullo*, la nuova azione sarà disciplinata come se si trattasse di una qualsiasi azione di nullità di un negozio giuridico. Sarà quindi, tra l'altro, prescrivibile in 30 anni, e non in 5 come la querella, e non verranno ad essa estese le disposizioni già vigenti per la querella<sup>140</sup>.

La nostra opinione appare chiara dalle premesse: noi non crediamo che l'azione introdotta con la nov. 115 sia radicalmente diversa dalla querella. E quantunque, per le ragioni dianzi dette, non possiamo chiamarla querella, tuttavia noi opiniamo che essa derivi dalla querella e che da questa ripeta anche le disposizioni non abrogate o mutate dal diritto delle novelle.

La nostra opinione trova, tra l'altro, una giustificazione importante nel fatto che Giustiniano tenne in vita, accanto alla nuova azione, anche l'*actio ad supplendam legitimam*.

Dice la legge (nov. 115, cap. V):

«Ceterum si qui heredes fuerint nominati etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus: quicquid autem minus ei legitima portione relictum est, *hoc secundum alias nostras leges ab heredibus adimpleri*».

<sup>137</sup> MATTHIAE, *Controversen-lexicon*, II, 2, sub *Notherb.*, pp. 6-7.

<sup>138</sup> Cfr. MÜHLENBRUCH., *op. cit.*, p. 778 segg.

<sup>139</sup> Opinano che la nuova azione abbia la stessa disciplina della querella i BASILICI, CUIACIO, DONELLO ed altri. Per l'opinione contraria si dichiarano invece alcuni glossatori (tra cui MARTINO GOSIA, glossa *nullum ad auth. coll. VIII, XII*) e, tra i moderni, il MÜHLENBRUCH., *op. cit.*, p. 783 e FRANCKE, *op. cit.*, p. 382 segg. La nostra opinione, espressa nel testo, è, invece, conforme a quella dei Basilici.

Per l'esposizione delle controversie fra gli interpreti cfr. MATTHIAE, *l. cit.*, pp. 6-7.

<sup>140</sup> Le differenze cui danno luogo i due sistemi sono esaminate in MÜHLENBRUCH., *op. cit.*, p. 807-810.

Perciò, quando i discendenti e gli ascendenti sono stati istituiti, ma la loro quota di istituzione non raggiunge la quota legittima, essi non intenteranno l'azione di nullità, ma l'actio ad supplendam legitimam: e ciò, in conformità della c. 30 C. 3.28. Questo richiamo alla legislazione della querella è molto significativo. Esso fornisce una prova evidente che l'azione introdotta con la nov. 115, è legata da un nesso fondamentale di derivazione con la querella.

La novella 115 non ha fatto, in fondo, che continuare la legislazione iniziata con le costituzioni 30 e segg. del Codice (3.28). Come noi abbiamo già avuto occasione di notare (p. 482 [p. 985]), lo spirito di questa legislazione è quello di conciliare il diritto dei legittimarii e la volontà dei testatori. Giustiniano mirò in tutti i modi a tener salda questa volontà, pur preoccupandosi di non ledere il diritto dei legittimarii. Ora la conciliazione tra gli effetti della querella, dall'un lato, ed il mantenimento delle disposizioni del defunto, dall'altro, fu raggiunta con le novelle. In esse, infatti, mentre viene salvaguardato il diritto dei discendenti e degli ascendenti ed è concessa a tutela di esso l'azione di annullamento delle istituzioni di erede, è tuttavia mantenuta in vigore la volontà del defunto in ciò che si riferisce a tutte le rimanenti disposizioni contenute nel testamento. Un argomento testuale a favore della tesi che l'azione di nullità introdotta con la nov. 115 derivi immediatamente dalla querella, e ne conservi lo spirito, ci è dato da uno scolio dei Basilici.

*Bas. 39.1, XXIV, sch. 1 ... σήμερον γὰρ κἄν ὡς ἀπὸ τῆς δεῖνοφρικίῃσιν ἀνατραπῆ διαθήκη, ἐπὶ μὲν τῇ ἐνστάσει τοῦ κληρονόμου καταλύεται διαθήκη τὰ μέντοι ληγᾶτα καὶ φιδεϊκόμισσα καὶ αἱ ἐλευθερίαι παρέχονται.*

Dunque lo scoliaste dice: oggi (cioè dopo la nov. 115) anche quando si rescinde il testamento *con la querella*, il testamento viene rescisso nella sola istituzione di erede, e vengono invece prestati i legati, i fedecommissi e le libertà. Il che dimostra che lo scoliaste concepisce come querella anche la nuova azione scaturente dalla nov. 115.

Ciò che, peraltro, impediva ai glossatori, ai commentatori, ed ai pandettisti, di veder chiaro nel problema da essi posto e da essi diversamente risolto, era la ignoranza della vera natura della querella postclassica.

Se essi avessero saputo che la querella era già nel diritto postclassico azione di annullamento del testamento e che questa stessa natura continuò ad avere nel diritto delle novelle, la controversia non sarebbe stata insolubile.

Avevano ragione gli uni, di dire che la nuova azione derivava dalla querella ed era disciplinata dalle disposizioni non abrogate di essa. Avevano ragione gli altri, di dire che si trattava di azione di nullità; ma quest'ultima affermazione non contraddiceva alla prima, perché anche la querella postclassica era configurata come azione di annullamento.

Possiamo concludere dicendo che l'azione introdotta dalla nov. 115 deriva immediatamente dalla querella postclassica di cui assume la disciplina: come la

querella, sia pure entro limiti più ristretti, essa mira ad annullare il testamento e a provocare l'apertura della successione intestata.

§ 242. Un altro problema, che si pone a proposito dell'annullamento parziale del testamento è il seguente: come è possibile che, annullato il testamento e apertasi la successione intestata, abbiano tuttavia valore le disposizioni (legati etc.) che il testamento contiene? Rispondo che ciò è possibile, perché il testamento non è più, nel diritto giustiniano, come era nel diritto classico, una unità giuridica avente il suo cardine nella istituzione di erede. Nel diritto classico tutte le disposizioni contenute in un testamento dipendevano giuridicamente dalla istituzione di erede. Annullata quest'ultima erano automaticamente annullate le prime. Nel diritto giustiniano, invece, il testamento ha una unità meramente esteriore. Esso costituisce un *complesso* di atti giuridici tra i quali predomina pur sempre, ma senza costituire ormai il presupposto necessario degli altri, l'istituzione di erede. L'annullamento di quest'ultima non provoca necessariamente l'annullamento dei primi. Si spiega così come la novella 115 sancisca la nullità della sola istituzione di erede. Ciò che preme è appunto l'eliminazione delle vocazioni testamentarie, per far luogo a quelle intestate<sup>141</sup>.

§ 243. L'aver considerato l'azione di nullità ex nov. 115 quale azione derivata dalla querella, ci permette di risolvere prontamente varii problemi posti dai pandettisti e diversamente risolti<sup>142</sup>.

1) Per quanto concerne la validità di un testamento in cui sia stato preterito un legittimario premorto al testatore, dobbiamo decidere nel senso che questa validità ci sia. La iniuria per la mancata istituzione sorge, infatti, soltanto al momento della morte del testatore: e se in questo momento il legittimario non è in vita, è evidente che non può più parlarsi di testamento annullabile.

2) Per ciò che concerne la trasmissione dell'azione di nullità, poiché questa, come la querella post-classica quando sia intentata dal legittimario, si configura come hereditatis petitio, è evidente che non potrà essere trasmessa se non quando si sia adita, in qualunque modo, l'eredità ab intestato. Valgono qui tutte le regole che abbiamo visto valere per la trasmissione della querella postclassica.

3) È ammessa nell'azione di nullità, come nella querella, una delazione successiva? Cioè, se il legittimario praecedens rinuncia, può l'azione essere intentata dal sequens? E a chi profitta l'annullamento del testamento?

<sup>141</sup> Quanto alla *parziale* validità di un negozio giuridico *nullo* vedi CUGIA, *Nullità parziale del negozio giuridico*, p. 7 e *passim*.

<sup>142</sup> Per tutti questi problemi cfr. MATTHIAE, *op. cit.*, p. 6 segg.; 109 segg.; MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, p. 785 segg.; FRANCKE, *op. cit.*, p. 379 segg., 386 segg. Le nostre soluzioni divergono qua e là da quelle del M. e del F. Ciò perché noi, diversamente dai nostri autori, crediamo che l'azione di nullità ex nov. 115 vada disciplinata con gli stessi principii della querella.

Anche a queste domande noi dobbiamo rispondere conformemente ai principii che disciplinano la querella. È ammesso il sottentrare di un legittimario ad un altro nell'azione di nullità. La quale, poiché annulla il testamento, come la querella, *giova sempre e necessariamente ai prossimi successibili ab intestato* (praecedentes)<sup>143</sup>. E giova anche ai sequentes quando i primi vengano considerati come premorti a cagione della loro rinunzia (fr. 17 pr.; 21 pr. D. 5.2).

Ci vien fatto qui di richiamare il fr. 6.1 D. 5.2. Come alla querella postclassica, così all'azione di nullità ex nov. 115 può essere legittimato attivamente anche un non legittimario. La vittoria gli porterà profitto solo se egli si troverà tra i successibili ab intestato più prossimi. Ritornano qui proprio gli stessi problemi da noi già posti e risolti per la querella postclassica.

§ 244. Dopo aver visto, oltre le differenze, la fondamentale identità che intercede tra la querella postclassica e l'azione di nullità introdotta con la nov. 115, possiamo ora a ricercare la ragione giuridica onde si richiese che i discendenti e gli ascendenti ottenessero la quota legittima a titolo di istituzione di erede.

In questa disposizione di Giustiniano si è voluto vedere una mera esaltazione del diritto formale<sup>144</sup>, e come un ingiustificato e romantico ritorno all'antico.

Credo, invece, che la disposizione si collochi con coerenza vicino a quelle altre che posero su nuova base i rapporti di famiglia e di successione.

Certamente se raffrontiamo l'antica esigenza di ius civile che imponeva di istituire o diseredare i sui, con quella nuova della istituzione o della giusta diseredazione dei discendenti e degli ascendenti introdotta dalla nov. 115, la loro radicale diversità apparirà evidente. L'una, ha radice nell'organismo familiare agnatizio, ed è il presupposto stesso della libertà di testare; l'altra, discende da una esplicita disposizione di legge. La prima costituisce una necessità immanente all'organismo familiare ed è il riflesso della posizione preminente che i sui avevano in tale organismo; la seconda, invece, si configura come garanzia di un diritto soggettivo di successione dei discendenti e degli ascendenti.

La ragione, perciò, che determinò l'una, non può aver determinato l'altra. E, invero, la ragione della disposizione giustiniana è essa pure familiare, ma in senso profondamente diverso dall'antico (cfr. p. 112 [p. 587]).

Nel diritto giustiniano l'influenza del pensiero cristiano, sul terreno dei rapporti familiari e successorii, operò in duplice senso: distruttivo e costruttivo insieme. Distruttivo, perché abbattè l'organismo agnatizio, ancora saldo sotto l'impero; costruttivo, perché esso diede fondamento sistematico alla famiglia cognatizia, rinsaldando potentemente i vincoli di sangue e configurandoli come vincoli sacri (p. 161 [p. 639]).

<sup>143</sup> Cfr. MATTHIAE, *op. cit.*, II, 2, sub *Querela ecc.*, pp. 112-113, quest. XIII, XIV.

<sup>144</sup> Così BONFANTE, *Ist.*<sup>8</sup>, p. 616.

Con espressione netta, Giustiniano nella c. 10 C. 8 47, con cui si riforma l'istituto dell'adozione, dice che sono *nexu divino copulata* i diritti del figlio nei confronti del padre suo naturale.

Ora nella successione dei discendenti e degli ascendenti Giustiniano vede una continuazione della persona del defunto nell'erede<sup>145</sup>. Data la concezione cristiana della famiglia – concezione secondo cui i vincoli che uniscono il padre ai figli, e viceversa, sono considerati come sacri – è evidente che gli eredi per eccellenza, continuatori della personalità del defunto, sono i discendenti o, in loro mancanza, gli ascendenti. Queste vocazioni naturali, conformi all'ordine stesso della legge divina, non possono essere trascurate: esse hanno su tutte le altre una decisiva prevalenza. Ond'è che non è sufficiente beneficiare con legati i discendenti e gli ascendenti. Essere legatari non significa essere eredi: e la distinzione tra gli uni e gli altri è, dal punto di vista morale e giuridico, grandissima. L'erede rappresenta, secondo la concezione giustiniana, il defunto: ne continua i rapporti giuridici ed anche i rapporti morali. È dunque evidente che designato naturale a ciò è il discendente o, in mancanza, l'ascendente. Non si creda, peraltro, che questa concezione morale della successione ereditaria intestata e contro il testamento, sia esclusiva del diritto giustiniano: essa è, invece, passata nei codici odierni. È manifesta nel codice napoleonico che considera eredi soltanto quelli legittimi, e nel codice civile nostro che considera (art. 808) la quota riservata ai discendenti ed agli ascendenti come quota di eredità<sup>146</sup>.

Possiamo, dunque, concludere dicendo, che ciò che spinse Giustiniano a sancire l'obbligo della istituzione dei discendenti e degli ascendenti non fu una mera ragione formale e un semplice ritorno romantico al passato. Fu, invece, una profonda ragione di carattere morale e giuridico insieme, che discendeva dalla concezione della successione ereditaria dei discendenti e degli ascendenti quale continuazione nell'erede della persona del defunto. Concezione, questa, la quale sta anche a base dei sistemi successorî moderni<sup>147</sup>.

<sup>145</sup> Dice Giustiniano nella nov. 48 pr. *καίτοι γε τοῖς ἡμετέροις δοκεῖ νόμοις ἔν πως εἶναι πρόσωπον τὸ τοῦ κληρονόμου καὶ τὸ τοῦ εἰς αὐτὸν παραπέμποντος τὸν κληρονόμον...* Secondo le leggi nostre, dice Giustiniano, in certo modo appare essere *una* la persona dell'erede e del defunto.

<sup>146</sup> Sotto questo profilo la *riserva* del nostro diritto appare, nonostante i suoi precedenti germanistici, come ricollegantesi alla legislazione giustiniana. Sull'istituto cfr. BOISSONADE, *Histoire de la Reserve* e DE PIRRO, *Contributo alla dottrina della legittima*.

<sup>147</sup> Cfr. le recenti osservazioni del CICU, *La nozione di erede nel diritto italiano vigente*, in *Studi per Zanzucchi*, p. 159 segg. Cfr. pure BRUNETTI, *Scritti giuridici varii*, vol. I, p. 171 segg. Il BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, p. 556 e segg. e altrove, ritiene, invece, che sia da respingere l'idea onde anche nel diritto odierno l'erede subentrerebbe nella posizione giuridica del defunto. Il Bonfante tende ad annullare ogni differenza essenziale tra erede e legatario (id. p. 184 segg.). Tesi questa che noi, per le considerazioni fatte nel testo, non possiamo in tutto condividere; lo spirito e la struttura del nostro ordinamento familiare ed ereditario pone, infatti, una distinzione ben netta tra i legatari e gli eredi. Per una critica alla costruzione

§ 245. Infine dobbiamo vedere brevemente quali fossero i rapporti tra il sistema di successione creato dalla novella 115 e quello precedente<sup>148</sup>.

Anche a questo proposito la controversia fu viva tra i glossatori, i commentatori ed i pandettisti. Gli uni sostenevano che la novella 115 aveva abrogato il precedente sistema di successione contro il testamento, gli altri opinavano, invece, che tale abrogazione non ci fosse stata<sup>149</sup>. Senza addentrarci nella disputa, noi diciamo che è molto verosimile che una abrogazione esplicita dell'antico sistema non ci sia stata. Piuttosto, però, quest'abrogazione si operava nella pratica<sup>150</sup>. E quando si pensi che nel diritto giustiniano non si saprebbe più come distinguere l'eredità civile dalla bonorum possessio, apparirà chiaro che è almeno praticamente incongruente ammettere nel diritto avanzato di Giustiniano un'utile richiesta di b. p. c. t. L'azione di nullità introdotta con la novella 115 è la figura predominante ed il rimedio naturale che garantisce il diritto di successione dei legittimarii: gli altri rimedi, se c'erano, finivano in pratica per confondersi col primo<sup>151</sup>. Fenomeno, questo, che si era già verificato per la querella. Mentre infatti la querella decisamente campeggia nelle fonti bizantine, per la b. p. c. t. troviamo in esse la seguente affermazione: (*Bas.*, 40, 3, I sch. 1): *παρῶν τίτλος κατὰ τὸ κρατοῦν μεριττός ἐστι*. Cioè: il titolo de bonorum possessione contra tabulas è *superfluo* dal punto di vista del diritto in vigore (dopo la novella 115).

§ 246. – Lo studio condotto sulla querella ci ha permesso di giungere ad alcuni fondamentali risultati che noi riteniamo sicuri. Qualche ombra rimane, peraltro, ancora relativamente alla fisionomia *processuale* della querella.

La nostra cura principale, del resto (nel che ci siamo distaccati dagli altri scrittori), è consistita, *a*) nel trovare anzitutto il posto che occupava la querel-

del CICU ved. BETTI, *Dir. to di successione*: parte generale (Lez. 1927-28), § 10, p. 26 sgg.; GANGI, in *Riv. dir. civ.*, 1929 (21), p. 1 sgg.

<sup>148</sup> Cfr. MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, § 1425. c, vol. 28, p. II, p. 810 segg. trad. it.; FRANCKE, *op. cit.*, p. 366 segg.

<sup>149</sup> Per l'abrogazione si manifestano chiaramente i BASILICI, cfr. p. 491<sup>3</sup>. Tra i glossatori la controversia fu viva come si desume dalla glossa *nullum ad auth. coll. VIII t.-t. XII*. La controversia specialmente veniva dibattuta tra MARTINO ed AZONE da un lato, e GIOVANNI ed altri, dall'altro. Per l'opinione che la novella 115 non avesse abrogato il sistema precedente, parteggia decisamente CUIACIO, *Resp. Papiniani*, V, ad leg. 17 D. 28.3 t. 5, p. 976. Cfr. MATTHIAE, *op. cit.*, pp. 6-7.

<sup>150</sup> Cfr. MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, p. 819; FRANCKE, *op. cit.*, p. 355.

<sup>151</sup> Così i BASILICI, – 39.2, V, e sch. 1 – chiaramente dicono che anche il testamento in cui era stato preterito un postumo veniva annullato soltanto in ciò che atteneva alle istituzioni ἀρξάμενος γὰρ ῥήσσειν, ὅλην ἐφεξῆς ἐπὶ μόναις δηλονότι ταῖς ἐνστάσεσιν ἀκυροῖ τὴν διαθήκην. (Nam cum coepit rumpere, totum in sequentibus, videlicet quod ad institutiones tantum attinet). Alla stessa maniera si esprime lo scolio correlativo. Ciò significa che nel diritto giustiniano non ha più vigore l'antica azione di nullità del testamento in cui era stato preterito il suus. All'antica si è, invece, sostituita la nuova azione di nullità.

la nel sistema generale della successione contro il testamento; *b*) e nello studiare l'istituto avendo riguardo al posto occupato nel sistema e, perciò, con riferimento agli istituti paralleli.

Ma convinti che sarebbe stato impossibile conoscere il sistema e lo spirito della successione contro il testamento senza prima avere conosciuto il sistema e lo spirito della successione intestata, ci siamo prima preoccupati di studiare la natura giuridica delle vocazioni intestate di *ius civile vetus*, di *ius praetorium* e di *ius civile novum*. E solo così, dopo avere ricostruito nella loro vera fisionomia i vari sistemi di successione intestata, susseguitisi dal diritto antico sino al diritto giustiniano, abbiamo potuto conoscere i sistemi paralleli di successione contro il testamento.

Questa veduta d'insieme, mentre ha gettato luce sui singoli istituti, ci ha permesso di vedere con sufficiente chiarezza nell'intricata disciplina della querela inofficiosi testamenti.

Lo studio integrale della successione intestata contro il testamento ci ha condotto a questa conclusione: che la querela non poteva mantenere nel diritto postclassico la stessa disciplina del diritto classico.

Particolare risalto ebbe nel nostro studio il rapporto fra il riconoscimento pretorio dei diritti di successione dei cognati e la querela: la quale fu appunto l'azione con cui il pretore tutelò il diritto di successione dei cognati, indipendentemente dal posto che essi, come agnati, occupavano nell'ordinamento delle vocazioni intestate (§ 208). Essa, già nell'epoca classica, ebbe la sua base in un sistema di successione intestata fondato esclusivamente sui vincoli cognativi (§ 209): sistema, che Giustiniano doveva più tardi accettare e definitivamente integrare con le Novelle 118 e 127.

Dopo avere minutamente studiato la struttura della querela nel diritto classico, servendoci per questo studio delle strutture in certo modo analoghe della *b. p. c. t. dei liberi e dei patroni*, siamo passati allo studio della querela postclassica (§§ 222 segg.).

Elemento fondamentale di distinzione tra la querela classica e quella postclassica è questo: che la seconda, diversamente dalla prima, è azione di annullamento del testamento, si fonda su una presunzione *iuris et de iure* di pazzia del defunto e provoca l'apertura della successione intestata generale. Per conformare a questa nuova natura la querela classica, furono interpolati, tra gli altri, i *fr. 6.1, 8.8, 17 pr., 19, 13 D. 5.2*.

Alla luce della distinzione posta tra querela classica e querela post-classica, abbiamo potuto risolvere una serie numerosa di problemi.

Passando, infine, al diritto giustiniano (*cap. X e XI*) abbiamo visto come esso supponesse già elaborata la querela postclassica, la cui natura venne assunta, ma con effetti limitati, dall'azione di nullità introdotta con la novella 115.

Dal punto di vista della sistemazione dogmatica della successione intestata e contro il testamento nel diritto romano, noi abbiamo potuto nettamen-

te distinguere tra le vocazioni di *ius civile vetus* e quelle di *ius praetorium* e di *ius civile novum*.

Il criterio distintivo ci è stato fornito dal fatto che le prime, diversamente dalle altre, hanno carattere organico: sono cioè conseguenze necessarie ed automatiche dell'organismo familiare. Esse ineriscono ai posti che i vocati occupano nella *familia agnatzia* e non hanno assolutamente la natura di diritti soggettivi. Le altre, invece, sono veri e propri diritti soggettivi dei vocati e non hanno alcun rapporto con il posto da questi ultimi occupato in quella *familia*. Loro presupposto è soltanto la parentela naturale (§ 154 segg.).

Correlativamente a questa duplice natura delle vocazioni ereditarie intestate si ha una duplice configurazione dommatica della successione contro il testamento.

Onde mentre la nullità del testamento in cui è stato preterito un *suus* ha radice nel modo organico di operarsi della successione nell'antico *ius civile* e non può assolutamente configurarsi, come inesattamente fa la dottrina comune, quale garanzia di un preteso diritto di successione necessaria dei *sui*, la rescindibilità pretoria del testamento mediante *b. p. c. t.*, e la rescindibilità di esso, prima, ed annullabilità, dopo, mediante querela inofficiosi testamenti, costituiscono, invece, veri e propri mezzi diretti a garantire il diritto soggettivo di successione sorto già nell'epoca classica in capo ai cognati più prossimi.

Alla luce della distinzione dommatica introdotta abbiamo potuto rivalutare dommaticamente e criticamente gli istituti fondamentali della successione intestata e contro il testamento: e mentre ci sembra legittimo credere che la nostra ricerca non sia stata infruttuosa, auguriamo ad altri che la via tracciata sia feconda di maggiori e migliori risultati.

## CAPITOLO XII

### CENNI STORICI SULLA QUERELLA INOFFICIOSI TESTAMENTI, CONSIDERATA NELLA SUA STRUTTURA PROCESSUALE

§ 247. Persistente incertezza intorno alla struttura processuale della querela. Suo carattere di azione per sé stante in tutte le sue varie fasi.

§ 248. Querela ed *hereditatis petitio*: cenno storico sui loro rapporti nelle diverse interpretazioni, dai giuristi bizantini sino a noi.

§ 247. La querela inofficiosi testamenti ha costituito in tutti i tempi un tema sul quale si sono sempre appuntati gli sforzi degli interpreti. Dai giuristi contemporanei ed immediatamente posteriori a Giustiniano, ai glossatori, ai commentatori, sino ai romanisti dell'epoca nostra, è stata sempre posta, e sem-

pre diversamente risolta, la questione: *quale è la natura processuale della querela inofficiosi testamenti?*

Dico subito che il problema così posto non poteva portare ad una soluzione univoca. Gli interpreti, infatti, si sono sempre preoccupati di conoscere la *struttura processuale* della querela, la sua natura, cioè, formale. Ora la conoscenza completa di questa struttura è ancora oggi, almeno entro certi limiti, non del tutto sicura. Ed è tale, perché le fonti non ci permettono in questo campo ricostruzioni sicure.

Invece (ed è quel che abbiamo fatto) il problema ci sembra vada posto così: come sorse presso i romani l'idea di una successione necessaria contro il testamento? Quale rapporto c'è tra le vocazioni intestate pretorie e di ius civile nuovo, e questa forma di successione? Qual è il posto della querela nel sistema della successione contro il testamento? Quali sono i suoi rapporti, le sue identità e le sue differenze con gli istituti paralleli? Insomma prima di riguardare la querela nella sua struttura processuale, bisognava considerare la struttura del diritto sostanziale alla cui tutela essa era rivolta.

Si sarebbe visto, allora, come la querela costituisse la difesa processuale di quel diritto di successione che il pretore aveva riconosciuto ai cognati sulla base del loro vincolo di sangue. La querela sarebbe apparsa quale istituto coordinato al nuovo sistema pretorio di successione intestata: e la sua origine pretoria avrebbe costituito un ottimo indice per indurre lo studioso a ricercare elementi di ricostruzione in altri istituti pretori paralleli: la *b. p. contra tabulas dei liberi e dei patroni*.

Un altro profilo sotto il quale la querela andava studiata, era quello dello *scopo* e degli *effetti*. Si sarebbe assodato, allora, che, guardata sotto questo profilo, la querela appariva nelle fonti come istituto bifronte: avente ora un certo scopo e producente certi effetti e ora un altro scopo ed effetti diversi. Questa duplicità, però, avrebbe dovuto essere spiegata con la stratificazione di due diversi regimi nelle fonti: l'uno classico e l'altro postclassico.

Relativamente alla sua struttura processuale la storia della querela può così riassumersi: *a)* La prima origine della querela sta nella attribuzione della *bonorum possessio sine lege* (cfr. § 206, p. 412 sgg. [p. 908 sgg.]). Tale attribuzione è preceduta da una *causae cognitio* di carattere discrezionale compiuta dallo stesso pretore. *b)* Posteriormente questa *causae cognitio* viene, per così dire, isolata e si fa luogo ad un vero e proprio processo di cognizione. La *bon. possessio* viene ora attribuita solamente *litis ordinandae gratia*: l'esito del processo renderà definitiva o farà cadere nel nulla tale attribuzione. Tale processo è appunto quello di inofficiosità.

Quali ne sono le forme? Sono: *a)* quella dell'agere per *sponsionem* (GAI IV, 95) presso i centumviri; *b)* quella della straordinaria *cognitio* (cfr. § 206, p. 415 [p. 911]). Sotto qualunque profilo venga studiata, e qualunque sia il periodo cui ci si riferisca, la querela appare sempre quale azione autonoma, diversa e distinta così dalla *hereditatis petitio* come dall'*interdictum quorum bonorum*.

Ora tanto la querella *esperita apud centumviros* quanto quella *esperita extra ordinem* ci appaiono quali azioni per sé stanti. L'*hereditatis petitio* e l'*interdictum quorum bonorum* sono ad essa coordinati solo in questo senso; che la querella può essere *esperita* soltanto da coloro che, vincendo, possono *esperire* l'h. p. od ottenere la *bonorum possessio*. Ma poiché il testamento, sino a quando non venga rescisso con la querella, è valido *iure civili*, una adizione ab intestato da parte del legittimario è impossibile, ed è impossibile, in conseguenza, una corrispondente *hereditatis petitio intestati*<sup>152</sup>.

È questa anche la tesi della glossa. Alla quale si è obbietato che il legittimario, basandosi sulla finzione di pazzia del defunto, può considerare come aperta la successione intestata ed *esperire*, perciò, l'h. p. ab intestato. Ma questa obiezione non ha valore per diritto classico, perché, come sappiamo, non è classica la presunzione legale di pazzia.

La prova che la querella *centumvirale* e quella *extra ordinem* vengano concepite dai romani quali azioni per sé stanti si ha nel regime della loro trasmissione. Come abbiamo visto a proposito dei fr. 6.2 e 7 D. 5.2 (§ 233) ciò che si trasmette nel diritto classico è proprio *l'azione*. E presupposto della trasmissione è, per la querella *centumvirale*, la *litis contestatio*, per la querella *extra ordinem*, la *b. poss. litis ordinandae gratia*.

Infatti, prima di avere *esperito* l'azione il legittimario non ha ancora un vero e proprio diritto soggettivo: ha soltanto una facoltà di acquisto. Con termine moderno potremmo anche chiamarla diritto potestativo: ma è un diritto che non ha ancora una esistenza definitiva e perfetta. Questa sorge soltanto con l'*esperimento dell'azione*. La *litis contestatio* o la *b. p. l. o. g.* fissano in capo all'attore un diritto che soltanto ora egli può trasmettere ai suoi eredi.

Per quanto concerne la querella *postclassica* e l'azione *ex nov. 115*, dobbiamo dire che esse pure ci si presentano quali azioni per sé stanti, ma ciò in senso profondamente diverso dal primo: la querella *postclassica* è, infatti, per sé, *indipendente* da ogni diritto di successione, laddove quella classica era soltanto *autonoma* rispetto all'*int. quor. bon.* o alla *hered. pet.* cui era necessariamente preordinata. Questa loro natura appare, peraltro, in pochissimi casi e sono scarsi i testi che ce la mostrano. In tutti gli altri casi *le due azioni vengono confuse con la hereditatis petitio*. La struttura formale dell'azione viene oscurata dallo scopo sostanziale ultimo a cui l'attore mira. Qual è lo scopo della querella? Quello di permettere al legittimario querelante di conseguire i beni ereditari. Orbene: i bizantini non vedono, come i classici, la necessità di distinguere tra le due azioni (la querella e l'h. p. o *int. quorum bonorum*). Ma, sacrificando la struttura formale della querella, pongono in viva luce lo scopo ultimo cui essa mira. Essi,

<sup>152</sup> JOBBÉ-DUVAL, *Nouvelle Revue Historique*, 1907, p. 770-771.

infatti, come ha avvertito il Brugi<sup>153</sup>, e come più oltre ancora vedremo (p. 511 [p. 1017]), concepiscono la querella quale *hereditatis petitio qualificata* (§ 217).

Ricorre qui uno dei casi di mescolanza di azioni notati dal Longo<sup>154</sup> nei suoi studi sulla *natura actionis*.

Non bisogna, però, dimenticare che, se ciò è vero nei casi in cui attore sia lo stesso legittimario, nei casi, invece, in cui attore non sia lo stesso legittimario – ipotesi possibile solo nella querella postclassica – la querella palesa ancora la sua natura di azione indipendente.

In conclusione la querella ci si presenta sempre, in tutte le sue fasi, quale azione distinta e diversa dalla *hereditatis petitio*.

È tale la querella centumvirale e la querella extra ordinem: è tale ancora la querella postclassica e quella ex nov. 115. Ma queste due ultime sono normalmente poste nell'ombra dalla *hereditatis petitio* che ha grandissimo risalto nelle fonti bizantine.

§ 248. Ora intorno a questa duplice concezione processuale della querella, presente nelle nostre fonti, si è svolta una letteratura abbastanza vasta. Il problema è posto di solito così: la querella è azione autonoma od è *hereditatis petitio*?<sup>155</sup>

Si comprende già che la soluzione non può essere univoca. Hanno ragione gli uni di considerare la querella quale azione autonoma ed hanno, in parte, ragione gli altri di considerarla quale *hereditatis petitio*. Ma hanno torto tutti nel credere che la loro soluzione si adatti a tutte le fasi della storia della querella. Perché mentre la querella, nella sua duplice fisionomia di azione centumvirale e di azione esperita extra ordinem, si presenta quale azione per sé stante nell'epoca classica, essa, invece, si presenta *normalmente* – *non necessariamente* – nell'epoca postclassica e giustiniana quale *hereditatis petitio qualificata*.

Diamo ora uno sguardo alla storia della dottrina.

Prescindiamo, naturalmente, dai testi delle Pandette e cominciamo dalle costituzioni di Giustiniano. Nella c. 34 C. 3.28 l'imperatore concepisce la querella quale *hereditatis petitio*: *nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta vel praeeparata*.

La concezione della querella quale *hereditatis petitio* è, come sappiamo, tipicamente giustiniana e secondo questa concezione furono interpolati vari testi delle pandette (cfr. § 217).

<sup>153</sup> Cfr. p. 442 n. 3, 4.

<sup>154</sup> Cfr. p. 442<sup>3</sup>.

<sup>155</sup> Cfr. MATTHIAE, *op. cit.*, sub *Querela ecc.*, quest. I (p. 109), VI (p. 110), XII (p. 112). E per la letteratura più recente oltre i noti lavori dell'EISELE e del BRUGI, cfr. WOESS, *op. cit.*, p. 207 segg. Vedi pure HELLOWIG, *op. cit.*, p. 1 segg.

Tra i giureconsulti bizantini del VI sec. chi nettamente parteggia per la concezione giustiniana è STEFANO.

Nel lunghissimo scolio sulla natura della querella, conservatoci nel libro 39.1 dei Basilici, egli, come abbiamo visto (§ 217 pag. 442 n. 1 [p. 940 nota 62]), afferma che la querella non è, propriamente, azione ma causa dell'azione, cioè della hereditatis petitio. (οὐ γὰρ ἐστὶν ἀγωγή, ἀλλ' αἰτία τῆς ἀγωγῆς ἥτοι τῆς νερεδιτάτις πετιτίονος). Così in un altro scolio introduttivo del libro 42.1 dei Basilici, relativo alla hereditatis petitio, Stefano avverte che già della stessa azione egli ha trattato nel *titolo precedente* a proposito della hereditatis petitio nascente dal testamento inofficioso<sup>156</sup>.

Tuttavia lo stesso Stefano concepisce in alcuni casi la querella quale azione autonoma: così in *Bas.* 39, 1, XXV, sch. 7 e in *Bas.* 39, 1, VI, sch. 2, 3<sup>157</sup>.

Degli altri giuristi bizantini del VI secolo, possiamo dire che Teofilo non sembra concepire, nella sua parafrasi, la querella quale hereditatis petitio<sup>158</sup>. E ciò è dovuto forse al fatto che lo scrittore bizantino lavorava sopra modelli classici di istituzioni (Gaio e, forse, Marciano); Taleleo sembra invece aderire alla concezione giustiniana. La conclusione sicura che possiamo trarre relativamente ai giureconsulti bizantini del VI secolo, è che essi, in linea di massima, come appare evidente nei numerosi scolii di Stefano, concepiscono la querella quale hereditatis petitio qualificata<sup>159</sup>.

Quanto agli altri giuristi bizantini di questo secolo – l'Anonimo, Cirillo, Attanasio, Teodoro, allievo di Stefano – tutti sostanzialmente concordano nella nuova concezione<sup>160</sup>.

Ma questa concezione non sembra accettata nelle glosse del papiro di Heidelberg (VI sec.)<sup>161</sup>.

I primi glossatori, come appare nelle glosse di Irnerio nella *Summa Codicis*, e nelle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* attribuite pure dal Fitting ad Irnerio, concepiscono la querella inofficiosi testamenti come una petitio hereditatis utilis, perché il legittimario aveva la qualità di erede non secondo la subtilitas iuris, ma secondo l'equità<sup>162</sup>.

<sup>156</sup> Cfr. JOBBÉ-DUVAL, *Melanges Fitting*, p. 454 segg.

<sup>157</sup> Sullo scolio 7 hanno posto mente l'EISELE, il quale ha notato come Stefano qui concepisca la querella quale azione autonoma (*op. cit.*, p. 306), e lo JOBBÉ-DUVAL (*op. cit.*, p. 456) il quale crede piuttosto ad un equivoco di Stefano: vedi quanto diciamo a p. 443 nota, in fondo.

<sup>158</sup> Crede diversamente lo JOBBÉ-DUVAL, *op. cit.*, p. 451.

<sup>159</sup> Cfr. JOBBÉ-DUVAL, *op. cit.*, p. 457 sg.

<sup>160</sup> Così JOBBÉ-DUVAL, *op. cit.*, p. 457 sg.

<sup>161</sup> *Z. S. St.*, 1902, p. 458. (cfr. JOBBÉ-DUVAL, *op. cit.*, p. 459).

<sup>162</sup> Vedi glossa *teneatur* c. 1 C. 3.28 dove è esposta, ma contraddetta, questa opinione sostenuta da Ugone. Cfr. JOBBÉ-DUVAL, *Nouvelle Revue Historique*, 1907, p. 765.

Peraltro, nella terza generazione dei glossatori – Bulgaro ed i suoi discepoli Rogerio e Giovanni Bassiano – prevalse decisamente la concezione della querella quale azione autonoma. Questa concezione passò anche nella glossa di Accursio<sup>163</sup>.

*Glossa exercere* (20 D. 5.2):

Huius legis argumentum dicunt quidam cum intendere petitionem hereditatis, qui querelam proponit. *Sed hoc falsum est.* a) Primo, quia institutus est heres, donec contra eum pronuncietur; ... b) Secundo, quia caeteras actiones intendit pater invito filio: sed querelam non... c) Item iste (scilicet qui de inofficioso dicit) si petit hereditatem... ex testamento, vel ab intestato (debet petere. Sed) ex testamento (petere) non (potest), cum non sit institutus: sed nec ab intestato (petere potest) quia «quamdiu ex testamento hereditas adiri potest, ab intestato non deferitur». d) Item petitio hereditatis datur contra eum qui possidet pro herede putativo, vel pro possessore. Hic autem verum est esse eum heredem, ergo ea non tenetur. Si autem obiiciatur, quod secundum hoc sunt duo iudicia, respondeo sic ita, (scilicet) *querela et petitio hereditatis*. Vel dic *quod licet petitio sil nova actio, tamen statim mandatur executioni, quasi de ea sit cognitum...*

Questa distinzione tra querella ed hereditatis petitio è nuovamente ribadita nella glossa *teneatur* (c. 1 C. 3.28). Accursio dopo avere riferito che secondo Ugone agire con la querella è la stessa cosa che agire con una «utilis hereditatis petitio», afferma che ciò

non placet: imo *aliud prorsus est querela, et aliud petitio hereditatis*, ut plene diximus de lege qui de inofficioso in glossa *huius legis argumentum*.

Come si vede, Accursio si richiama alla glossa sopra citata. E con vera audacia il glossatore, a proposito della frase di Giustiniano nella c. 34 C. 3.28... *nulla hereditatis petitione de inofficioso constituta vel preparata*, annota:

<sup>163</sup> Una digressione fuori tema. A proposito dell'attività scientifica dei glossatori, lo JOBBÉ-DUVAL, *op. cit.*, p. 764, n. 3, e p. 772-73, sembra dire – l'A. non si esprime chiaramente – che tale attività fu quasi impedita dalla concezione cattolica del pensiero e della vita. E lo JOBBÉ cita a questo proposito una frase di PIERRE DE NOHLAC (Petrarque et l'humanisme): «tout le Moyen âge italien vit de l'*obscur* desir de la pensée antique». Frase questa, in verità, assolutamente acritica. Questa concezione sul medioevo italiano, condivisa anche dallo Jobbé, è frutto di erronei pregiudizi relativi alla influenza, che fu invece salutare, del pensiero cattolico in quel periodo. E per fermarci all'attività scientifica dei glossatori, bisogna dire che mai, neanche, in certo senso, nell'epoca odierna, lo studio del diritto romano fu così profondo e così fruttuoso come in quell'epoca. Pure sprovvisti dei mezzi tecnici e dei risultati critici di cui noi oggi godiamo, i glossatori della prima, della seconda e della terza generazione riuscirono spesso a vedere la vera natura degli istituti classici. Nel corso di questo lavoro (§ 264) abbiamo occasione di notare ciò frequentemente. Non comprendiamo perciò in che propriamente consistesse questa supposta influenza dannosa della concezione cattolica del pensiero e della vita.

innuit *querelam et petitionem hereditatis esse idem, quod est falsum*, ut diximus...

E ancora nel commento al pr. del tit. XVIII lib. II delle *Istituzioni* il glossatore (gl. *agere possint*) dice che la querella

non est actio prorsus, nec accusatio, sed medium tenet, et quandoque actio, quandoque accusatio dicitur, sed proprius dicitur querela.

Dalle citazioni fatte appare chiaramente che fu predominante tra i glossatori la concezione della querella quale azione autonoma<sup>164</sup>. E questa concezione veniva comunemente giustificata col fatto che una hereditatis petitio ab intestato non poteva essere concessa quando esisteva un testamento valido. Né è giusta l'osservazione dello Jobbé-Duval<sup>165</sup> che il legittimario poteva fondarsi sulla presunzione legale di pazzia del defunto e considerare aperta la successione intestata. Siffatta concezione è straniera ai classici e, se vogliamo rinvenirla nelle fonti, dobbiamo attribuirla esclusivamente al periodo postclassico (§§ 216, 249, 256).

Giustamente, pertanto, i glossatori concepiscono la querella quale *iudicium rescindens* e la hereditatis petitio successiva quale *iudicium rescissorium* fondato sul primo. Il testamento inofficioso era per essi, giustamente, rescindibile e non nullo<sup>166</sup>.

Con questa concezione i glossatori si avvicinarono mirabilmente al pensiero dei giuristi classici<sup>167</sup>.

L'idea che la querella fosse un'azione autonoma fu, ora con maggiore ora con minore fermezza, sostenuta dai giureconsulti del XIV e del XV secolo<sup>168</sup>.

Nel secolo XVI, invece, la concezione della querella quale hereditatis petitio qualificata riprende decisamente il sopravvento: e ciò fu dovuto, specialmente, al fatto che in quest'epoca il giurista Viglius Zuichemus venne in possesso di un manoscritto contenente i libri 38, 39, 40, 41, 42 dei *Basilici*. La dottrina dei giuristi bizantini venne perciò nuovamente in auge e fu accettata anche da Cuiacio<sup>169</sup>.

<sup>164</sup> Cfr. JOBBÉ-DUVAL, *op. cit.*, p. 769 segg.

<sup>165</sup> *Op. cit.*, pp. 770-771.

<sup>166</sup> Questa rescissione veniva considerata da Bartolo quale «in integrum restitutio per officium iudicis».

<sup>167</sup> Lo JOBBÉ-DUVAL, *op. cit.*, p. 771 segg., crede, invece, che ciò costituisca un regresso; ma vedremo che il punto di vista da cui egli parte è fondamentalmente errato.

Del resto lo stesso Jobbé è costretto ad affermare che questa distinzione dei due mezzi di procedura permetteva ai glossatori della seconda scuola di spiegare più agevolmente alcuni testi; tra questi testi egli cita la c. 16 C. 3.28 affermando che questa costituzione si comprende meglio se la querella viene concepita come azione autonoma. Orbene, è proprio sulla c. 16 C. 3.28 che lo Jobbé fonda, come vedremo, la sua teoria della querella concepita quale *incidente nell'iudicium* di una *hereditatis petitio*.

<sup>168</sup> Cfr. MATTHIAE, *op. cit.*, sub *Querela ecc.*, p. 109, quest. I.

<sup>169</sup> Cfr. JOBBÉ-DUVAL, *op. cit.*, p. 781, e più oltre il § 249 di quest'opera.

Tuttavia una distinzione netta tra le due concezioni è difficile trovarla nei loro stessi sostenitori: e così in Cuiacio l'idea che la querella, quantunque considerata quale hereditatis petitio, sia tuttavia un'azione simile all'*actio iniuriarum* appare evidente. Quest'idea venne più tardi ampiamente e audacemente sostenuta dal Fabro<sup>170</sup>, il quale giunse sino a concepire la querella quale azione popolare. Allo Jobbé, che accusa il Fabro di errore, si può dare in certo senso ragione: ma bisogna anche tener presente che il punto di vista del Fabro non è totalmente campato in aria ed ha, entro certi limiti, fondamento nelle fonti (cfr. § 251). La querella, è vero, non è azione popolare: ma non è nemmeno – quella postclassica – azione coordinata ad un diritto sostanziale. E come tale, le fonti, alterate, dicono che essa può essere esperita anche da un non successibile ab intestato (6.1 D. 5.2).

Tra i giuristi più eminenti del XVII secolo la concezione della petitio hereditatis fu sostenuta dal Vinnio, dal Voët, dal Noodt.

...multi existimant – dice il Noodt<sup>171</sup> – tantum continere (querelam) preparationem petitionis hereditatis: alii contra, illa non preparari hereditatis petitionem sed ipsam peti hereditatem. *Quod mihi suadet.*

L'idea della querella quale azione autonoma venne però ripresa con grande fermezza, quantunque non con pari precisione, dai giuristi del secolo passato e da quelli del nostro. Il Klenze, l'Hartmann, il Bekker, l'Unzner, l'Eisele, il Wlassak, l'Hellwig, e, in maniera più netta, il Woess. Ma anche l'idea della querella quale hereditatis petitio ab intestato non è stata priva di sostenitori: il Francke, il Mühlenbruch, il Vangerow e, più recentemente, sia pure con qualche modifica, lo Jobbé-Duval.

La dottrina anteriore all'Eisele (Hartmann, Bekker) ha il merito di aver posto in luce che la natura della querella si presentava sotto il profilo di un *praeiudicium* avente per scopo di provocare una pronunzia intorno al punto «*an testamentum inofficiosum sit*». Ma non era vero: 1) che questo *praeiudicium* fosse derivato da una hereditatis petitio; 2) che esso fosse un *praeiudicium* in senso tecnico, perché di applicazione del sistema formulare non presentano traccia i testi della querella; e, d'altro canto, restavano nell'ombra i numerosi testi della querella nei quali erano evidenti le tracce di un procedimento diverso dall'ordinario.

Fu per primo l'Eisele ad accorgersi che le tracce della *extraordinaria cognitio* erano numerose nei testi della querella e ad argomentare da ciò l'esistenza di un'azione autonoma, diversa e distinta dalla hereditatis petitio, esperibile extra ordinem ed avente ad oggetto la pronunzia di inofficiosità del testamento. L'efficacia di questa pronunzia derivava forse da una apposita statuizione legisla-

<sup>170</sup> *Rationalia ad Pandectas*, Genevae, 1619, vol. II, p. 120.

<sup>171</sup> Opera, Neapolis 1786, T. 3, p. 185.

tiva (lex Glitia). Questa tesi dell'Eisele, sostanzialmente vera, riceve, però, ombra dalla affermazione della cosiddetta querella centumvirale, identica alla hereditatis petitio ab intestato, dalla quale si sarebbe più tardi svolta la querella extra ordinem. Questa parte della tesi dell'Eisele è, per le ragioni innanzi svolte (§ 206), completamente errata<sup>172</sup>.

E passiamo, infine, alla tesi dello Jobbé-Duval.

Egli vede nella querella «un incident conduisant à un jugement interlocutoire autorisant la preuve, puis à un second jugement d'avant dire droit, qui reconnaissait le caractère injuste du testament, *pronuntiare testamentum inofficiosum esse*: ce second jugement précédait, en principe, de quelques instants seulement la sentence définitive, déclarant *iustum* le *sacramentum* du légitimaire, qu'il fût du reste demandeur à la petitio hereditatis intestati ou défendeur à la petitio hereditatis ex testamento»<sup>173</sup>.

Lo Jobbé, perciò, opina che la querella sia un incidente nel giudizio di petizione dell'eredità. Egli si fonda specialmente sullo scolio di Stefano in cui la querella è detta *causa actionis, non actio*. Si fonda ancora sui fr. 20 pr. in fine D. 37.4, 20 D. 5.2 e sulla c. 34 pr. 3.28: ma i due primi testi sono interpolati e la c. 34 pr. è di Giustiniano. E quanto allo scolio di Stefano noi sappiamo (p. 501 [p. 1006]) che esso esprime nettamente la concezione postclassica della querella. Lo Jobbé si fonda ancora sulla c. 16 C. 3.28; ma la vera interpretazione di tale costituzione non conduce davvero a confermarne la tesi; egli, infatti, in un lavoro posteriore, afferma che «ce texte se comprenait mieux si la querela inofficiosi testamenti constituait une action independante»<sup>174</sup>.

Ed infine non bisogna dimenticare che il legittimario in diritto classico era normalmente un cognato al quale l'esperimento vittorioso della querella fruttava l'acquisto della bonorum possessio mediante l'*interdictum quorum bonorum*. La sostituzione della *hereditatis petitio* a questo interdetto è fenomeno tipicamente postclassico.

Come conclusione di questo sguardo sommario dato alla storia della dottrina relativa alla natura della querella, noi diciamo che, quantunque la dottri-

<sup>172</sup> Queste stesse considerazioni valgono anche per l'HELLWIG, *op. cit.*, cap. II, pp. 8-23, III, pp. 24-35, ecc. L'H. si muove in sostanza sulla falsariga della tesi dell'Eisele: egli ammette che la querella sia sorta dalla pratica del tribunale centumvirale e che in origine essa fosse null'altro che una hereditatis petitio giustificata dalla presunzione di pazzia del defunto. In origine, quindi, questa presunzione di insania provocava la *nullità* del testamento. Fu solo posteriormente, quando un diritto di successione necessaria fu riconosciuto anche ai cognati, che la querella assunse una struttura processuale propria (*kognitionsquerel*) ed ebbe come effetto non più la *nullità*, ma la *annullabilità* del testamento (p. 52 segg.). A sostegno delle sue tesi l'H. si richiama di frequente a certi testi (i fr. 19, 17 pr., 13 D. 5.2) la interpolazione dei quali è, a nostro avviso, indiscutibile.

<sup>173</sup> *Melanges Gerardin*, p. 369.

<sup>174</sup> *Nouvelle Rev. Hist.*, 1907, p. 772, n. 1. Le stesse critiche fa il DE FRANCISCI, *op. cit.*, p. 193, n. 1.

na si sia sempre unicamente rivolta ad individuare la struttura processuale della querella, questa struttura non ci è ancora nota in tutti i suoi particolari: ma possiamo considerare come acquisiti i seguenti punti: 1) che tra le due concezioni della querella, quella della *hereditatis petitio* e quella dell'azione autonoma, quest'ultima rispecchia il pensiero classico, mentre la prima rispecchia il pensiero bizantino; 2) che la querella si svolse dalla *causae cognitio* del pretore; 3) che essa fu esperibile tanto *extra ordinem* che mediante il procedimento della *sponsio*, *apud centumviros*; 4) che essa mirava a provocare una pronunzia intorno al punto *an testamentum inofficiosum sit*; 5) e che a questa pronunzia l'*ius civile* riconosceva piena efficacia.

Col nostro studio, peraltro, noi abbiamo mirato piuttosto a spostare il campo della indagine, trasportandolo dal diritto formale al diritto sostanziale: e pure interessandoci, nei limiti consentiti dai testi, della natura formale della querella ci siamo di preferenza intrattenuti intorno alla natura del diritto sostanziale alla cui tutela essa mirava.



APPENDICE ESEGETICA E CASISTICA  
LA QUERELLA INOFFICIOSI TESTAMENTI CLASSICA  
E POSTCLASSICA



## CAPITOLO I

### ANTINOMIE DELLE FONTI: PRESENZA DI DUE REGIMI DIVERSI DELLA QUERELLA

§ 249. Testi in cui si fa menzione del *color insaniae*: fr. 2; 5; 13 D. 5.2; 36 D. 32; 17.1 D. 5.2; Inst. 2.18 pr. Base che trova, in questi testi la dottrina comune per cui la querella sarebbe fondata sul *color insaniae* e avrebbe per effetto di rimuovere il testamento e di provocare l'apertura della successione intestata generale. Esame della natura della querella tratta dalla esegesi del fr. 6.1 D. 5.2: azione non coordinata ad un diritto di successione, e che ha per obbiettivo l'accertamento della inofficiosità e nullità del testamento. Impossibilità di concepire in tal caso la querella quale *hereditatis petitio* qualificata (Basilici e Cuiacio).

§ 250. Contemporanea presenza nelle fonti di una querella concepita come coordinata al diritto di successione dell'attore. Soluzione cui condurrebbe questa concezione in una ipotesi simile a quella prospettata nel fr. 6.1 D. 5.2.

§ 251. La querella supposta nel fr. 6.1 D. 5.2, considerata da Fabro quale azione popolare.

§ 252. Ragione delle antinomie dei testi: due diversi regimi della querella stratificati l'uno sull'altro nelle fonti giustiniane; l'uno classico, fondato sulla iniuria, l'altro postclassico, fondato sul *color insaniae*. Esposizione delle differenze principali fra i due regimi.

§ 253. Interpolazione del fr. 6.1 D. 5.2. Come Ulpiano nei fr. 8 pr.; 6.2 D. 5.2 ed altrove concepisca la querella quale azione coordinata al diritto di successione del legittimario.

§ 254. Conferma della nostra tesi tratta dall'esegesi del fr. 21.1 D. 5.2.

Interpretazione dei Basilici, della Glossa ed in particolare di Cuiacio. Intrinseca differenza della querella presupposta nel fr. 25.1 D. 5.2 da quella rispecchiata nel fr. 6.1 D. 5.2.

§ 255. Conferma tratta dall'esegesi dei fr. 16.1 D. 5.2 e 14 D. 5.2. Esclusivo profitto che la querella classica, come la *bon. poss. contra tabulas*, porta a chi la esperisce.

§ 249. È necessario anzitutto vedere se i testi ci dimostrino che fondamento della querella sia, come comunemente si assume, il *color insaniae*, e che obiettivo di essa sia la rimozione del testamento, perché intrinsecamente nullo, e l'apertura della successione intestata generale.

I testi in cui si fa menzione del *color insaniae* sono i seguenti: fr. 2 D. 5.2; 5. D. id.; 13 fine D. id.; 36 D. 32; 17.1 D. 5.2; Inst. 2.18 pr. Di questi, il fr. 2 e il testo delle istituzioni appartengono a Marciano, il fr. 13 (fine) D. 5.2, e il fr. 36 D. 32 costituiscono, dove si fa menzione del *color insaniae*, note di Paolo e di Claudio a responsa di Scevola. Il principio affermato nei fr. 2 e 5 D. 5.2; pr. Inst. II, 18, è che:

*hoc colore agitur de inofficioso testamento quasi non sanae mentis fuerunt (parentes) ut testamentum ordinarent.*

In correlazione, si afferma in 17.1 D. 5.2 che:

*cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur.*

Il testamento è perciò ipso iure rescissum (8.16 D. 5.2), ossia caduco per vizio di mente del defunto, non appena il vizio sia stato accertato; e non valgono neanche i fedecommessi ab intestato in esso disposti: *nec fideicommissa ab intestato data deberi quasi a demente* (13 D. 5.2). Si soggiunge, anzi, alla fine del fr. 28 D. 5.2, che:

*cum inofficiosum testamentum arguitur nihil ex eo testamento valet.*

Fondandosi sopra questi testi, e sopra gli altri che ora indicheremo, la dottrina assume: 1°) che la querella abbia fondamento sul *color insaniae*; 2°) che essa abbia per effetto la rimozione del testamento e l'apertura della successione intestata generale (§ 212).

Si afferma, infatti, comunemente che in processo di tempo si sarebbe introdotto nella prassi del tribunale centumvirale l'uso di considerare come nullo per vizio di mente del testatore quel testamento in cui senza ragione fossero stati diseredati o preteriti o insufficientemente beneficiati gli stretti congiunti. La ingiusta preterizione o diseredazione sarebbe stata indice della insanità mentale del defunto e avrebbe giustificato la dichiarazione di nullità o, quanto meno, l'annullamento del testamento<sup>1</sup>.

La querella avrebbe, inoltre, mutuato la sua natura da un istituto simile del diritto greco: la δίκη μανίας<sup>2</sup>.

Ora, in realtà, un'azione fondata sul *color insaniae* e diretta ad annullare il testamento e ad aprire la successione intestata del defunto esiste nelle nostre fonti. In alcuni testi, infatti, si dice che con la querella

*hoc colore agebatur quasi non sanae mentis testator fuisset.*

<sup>1</sup> Cfr. EISELE, *op. cit.*, p. 256 segg.; HELWIG, *op. cit.*, p. 8 segg; cfr. p. 414<sup>1</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. WOESS, *op. cit.*, p. 179-180 e gli autori ivi citati.

In altri, sono chiaramente mostrati gli effetti di tale azione<sup>3</sup>.

Questi effetti sono: *a*) la rimozione del testamento perché *a demente factum*; *b*) di conseguenza, l'apertura della successione intestata generale (6.1 D. 5.2).

L'attore profitta indirettamente della vittoria; ne profitta, cioè, solo quando sia successibile ab intestato del defunto.

Da questi effetti è possibile risalire alla *natura* della causa (la querella) che li produce. Poiché, infatti, l'attore non profittava della sentenza che indirettamente e pel solo fatto che egli fosse, ove lo fosse, prossimo successibile ab intestato, si può dire che, dunque, come la sentenza, così l'azione che la provocava, *non avevano per fondamento un diritto dell'attore*. L'azione, cioè, non assumeva la funzione di *rappresentare* il diritto di successione del querelante: era un'azione per sé stante, indipendente da un diritto siffatto (§ 216). Per conseguenza era possibile che anche un *estraneo* intentasse la querella: vuol dire che della sentenza favorevole egli non avrebbe tratto quel profitto indiretto che ne avrebbe risentito se fosse stato successibile ab intestato del defunto. Ai fini della legittimazione attiva la differenza tra legittimarii ed estranei stava solo in ciò: che in questi ultimi un interesse ad agire normalmente non c'era.

Poteva, peraltro, avvenire che un interesse ad agire venisse riconosciuto anche ad un estraneo. In questo caso la querella, rimuovendo il testamento e provocando l'apertura della successione intestata generale, profittava soltanto ai più prossimi successibili ab intestato.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad edictum*: 6.1 D. 5.2.

Si quis ex his personis quae ad successionem ab intestato non admittuntur de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit) et casu optinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patrem familias facit<sup>4</sup>.

La natura della querella supposta in questo testo è quella che noi abbiamo testé delineata: azione fondata sul color insaniae, concessa ai legittimarii o anche ad estranei che dimostrino un interesse ad esperirla, diretta a rimuovere il testamento e a provocare l'apertura della successione intestata generale.

Da ciò discende: 1°) che l'azione supposta nel testo non è una *hereditatis petitio qualificata*, come assumono, con Cuiacio, molti autori moderni<sup>5</sup>; 2°) che essa non è neanche coordinata ad una *hereditatis petitio*.

Che la querella non sia una *hereditatis petitio qualificata* si intende subito quando si pensi che essa mira anzitutto ad annullare il testamento. È quindi un'azione d'annullamento, *pregiudiziale* rispetto alla *hereditatis petitio*.

<sup>3</sup> Fr. 6.1 D. 5.2, fr. 8.8 D. id., fr. 1 pr. D. 5.2, fr. 19 D. id., fr. 13 D. id., fr. 23 D. id.

<sup>4</sup> Cfr. per la critica del testo § 210 specie p. 427 [p. 924]: v. pure p. 441 [p. 939].

<sup>5</sup> Cfr. § 215, p. 438<sup>2</sup> [p. 936 nota 54].

Nel sostenere che la querella sia una *hereditatis petitio* qualificata, la dottrina è stata tratta in inganno dai Basilici. I quali, come abbiamo visto (§ 217), consideravano la querella quale *hereditatis petitio*, soltanto perché confondevano le due azioni, dando rilievo a quella che aveva pratica importanza pel legittimario querelante. Tuttavia anche i Basilici concepiscono in alcuni punti (BAS., 39. 1. 25, sch. 7) la querella quale azione autonoma (p. 442<sup>4</sup> [p. 941 nota 65]). Nel fr. 6.1 D. 5.2 la natura della querella, quale azione indipendente, appare evidente. Non solo essa non appare ivi configurata come *hereditatis petitio*, ma essa non appare neanche, in nessun modo, coordinata ad una *hereditatis petitio*. L'estraneo, infatti, se poteva far dichiarare inofficioso il testamento contro cui agiva, non poteva, però, rivendicare a sé i beni ereditari, perché non aveva nessun titolo che a ciò lo legittimasse.

§ 250. Se la querella, infatti, fosse stata un'azione necessariamente connessa con la *hereditatis petitio* – nel senso che il legittimario querelante dovesse essere necessariamente una persona legittimata a rivendicare i beni ereditari – essa avrebbe avuto la funzione di *rappresentare* il diritto di successione dell'attore. Onde il giudice sarebbe stato chiamato a riconoscere e ad attuare il diritto dall'attore fatto valere in giudizio, e a rimuovere, in quanto vi ostasse e nella misura in cui vi ostasse, il testamento inofficioso. E allora l'azione d'impugnativa sarebbe apparsa fondata su di una iniuria causata all'attore dal testamento, e sarebbe stata configurata come azione coordinata ad un diritto sostanziale di successione.

Ma in tal caso si sarebbe in presenza di un'azione di personale spettanza dei singoli legittimari lesi dal testamento, avente per scopo la rimozione di questo, in quanto è lesivo e nella misura in cui sia lesivo dei loro diritti.

Concepita la querella in codesto modo, mutano, naturalmente, i presupposti della legittimazione attiva. Legittimato ad intenderla non è più in genere chi vi abbia interesse – sia pure un estraneo; ma solamente il legittimario. Poiché, infatti, secondo tale concezione, l'attore deduce in giudizio il proprio diritto di successione violato, che intende far valere con la querella, attore non può essere che il legittimario, in quanto titolare del diritto violato. Non potrebbe in nessun caso essere un estraneo.

Ora, una querella di tal natura, *fondata sull'iniuria recata col testamento al legittimario e diretta a rescindere il testamento in quanto (e nei limiti in cui) tale iniuria produce*, esiste anche nelle nostre fonti. E pertanto sarà bene conoscere le soluzioni cui darebbero luogo, secondo questa concezione, ipotesi analoghe a quella prospettata nel fr. 6.1 D. 5.2.

In tali ipotesi, infatti, l'attore chiede, come conseguenza della pronunciata rescissione, che gli si attribuisca l'intera eredità o una certa quota corrispondente al suo diritto di successione. Onde il pretore dovrà, anzitutto, *a*) accertare se l'attore sia veramente legittimario. Il che porta, come vedremo, ad indagare se non ci sia stato, da parte dell'attore, un atto di riconoscimento del testamen-

to, o una rinuncia alla querella, che equivale a rinuncia alla successione intestata, o decorso di termini che lo abbia fatto decadere dalla querella. Dovrà inoltre, il pretore, *b)* accertare se il querelante sia chiamato alla eredità nella misura chiesta, e finalmente *c)* accertare egli stesso, o fare accertare da un suo commissario, che il querelante sia stato ingiustamente preterito o diseredato affinché si addivenga a quella pronunzia di inofficiosità dalla quale l'attore attende l'attuazione del suo diritto ereditario. Provvedere a tale attuazione non significa giudicare del testamento in sé e per sé considerato, e pronunziarne la rescissione totale, ma giudicare di esso nei confronti dell'attore e *rescinderlo nella misura in cui osta all'attuazione del suo diritto di successione intestata*.

E allora i casi che potevano presentarsi erano tre:

1) Poteva, anzitutto, avvenire che attore fosse stato un vero legittimario, il quale avesse chiesto, nella misura esatta (pro parte), l'attuazione del proprio diritto. Qui, dunque, l'attore fondava la propria azione sulla *iniuria* a lui recata dal testamento, e mirava a rimuovere il testamento nella misura in cui la produceva (fr. 1, 15.2 D. 5.2; c. 13 C. 3.28).

Nel caso prospettato, adunque, il testamento era rescisso pro parte soltanto e la rescissione profittava – né poteva essere diversamente – solo all'attore.

Riferendoci, invece, alla querella fondata sul color insaniae, dobbiamo dire che con essa il testamento veniva normalmente annullato per intero, e che, anche annullato parzialmente (nel caso in cui l'annullamento totale portasse pregiudizio al diritto degli eredi istituiti non convenuti in giudizio) (p. 465 [p. 966]), essa provocava sempre l'apertura della successione intestata generale. Giovava sempre, perciò, non al solo attore, ma anche agli altri successibili ab intestato (BAS., 39, 1, XIII, sch. 1: Hb. IV, 20).

2) Poteva inoltre avvenire che attore fosse stato un vero legittimario, il quale, a cagione della rinuncia di altro legittimario, avesse chiesto la rescissione dell'intero testamento. Il magistrato doveva accertare se l'attore fosse un legittimario e se il petitum si mantenesse entro i limiti del suo diritto. Esistendo un altro legittimario, l'attore, qui, non avrebbe avuto diritto che alla metà dell'asse ereditario. Poiché, però, l'altro legittimario aveva rinunciato, il diritto del querelante si era esteso alla intera eredità. Il magistrato, o il suo commissario, accertato l'accrescimento, rimuoveva il testamento intero ed attribuiva al querelante tutta l'eredità (fr. 17 pr. D. 5.2).

Ecco qui un caso di rescissione totale del testamento, in cui la vittoria giova solamente all'attore. Se lo raffrontiamo col caso prospettato nel fr. 6.1 D. 5.2, ci accorgeremo subito della diversità delle soluzioni contenute nei due testi: nell'uno, la querella profitta unicamente all'attore; nell'altro, la querella profitta a tutti i successibili ab intestato<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> È, però, da tener presente che da questo profitto sono esclusi nel diritto postclassico i legittimari che non agiscano *repudiantis animo*. Cfr. p. 454, 456<sup>1</sup>, 457<sup>1</sup>, 458<sup>2</sup> [p. 954, 957 nota 91, 958 nota 92, 959 nota 94].

3) Poteva, infine, accadere che un *estraneo* venisse ad impugnare con la querella tutto il testamento. Concepita la querella come coordinata ad un diritto di successione, il magistrato, o il suo commissario, in tal caso, avrebbe dovuto anzitutto accertare nell'attore la qualità di legittimario. E allora le ipotesi possibili erano due:  $\alpha$ ) o il magistrato riconosceva nell'attore un estraneo,  $\beta$ ) o per errore riconosceva in lui un legittimario, avente diritto all'intera eredità. 1) Nella prima ipotesi il magistrato rifiutava all'estraneo la concessione della b. p. l. o. g. impedendo, così, il processo. Concepita l'azione come rappresentante un diritto sostanziale dell'attore, era logico che la questione di inofficiosità non venisse trattata quando fosse stato scoperto che l'attore era un estraneo. 2) Nella seconda ipotesi, invece, per effetto dell'erroneo riconoscimento all'attore di un diritto di successione su tutta l'eredità, verrà rescisso il testamento nei confronti dell'attore, e attribuita a lui l'eredità intera. Si è, insomma, nei confini della fattispecie decisa in precedenza. Quindi, anche allorché un estraneo, essendosi fatto credere successibile ab intestato, ottenga di rescindere per intero il testamento, la vittoria gioverà a lui e a lui esclusivamente. Ma tale soluzione è in evidente contrasto con quella contenuta nel fr. 6.1 D. 5.2.

Ciò posto, può ulteriormente affacciarsi l'ipotesi che, dopo la sentenza, i veri legittimari agiscono contro il vincitore per avere i beni ereditari, fondandosi sul fatto che egli non è un successibile ad intestato, ma un estraneo. Quid iuris, in tal caso? La risposta è diversa secondo che ci riferiamo alla querella fondata sulla *iniuria*, o a quella fondata sul *color insaniae*. Nel primo caso, i legittimari debbono dimostrare, se vogliono profittare della rescissione del testamento, che il testatore li preterì o li diseredò ingiustamente e che, quindi, essi avevano diritto di querella. Solo in quanto diano quella prova, essi potranno far propri gli effetti dell'avvenuta rescissione (cfr. fr. 20 pr. in fine D. 37.4).

Nel secondo caso, invece, mentre sarebbe inconcepibile che una rescissione totale del testamento non giovasse a tutti i chiamati ab intestato, sarebbe altrettanto inconcepibile che, respinto l'estraneo dalla eredità, i legittimari dovessero ancora provare di avere il diritto di querella.

Possiamo concludere dicendo che la querella supposta nel fr. 6.1 D. 5.2 non è concepita come azione coordinata ad un diritto di successione del legittimario e meno che mai quale *hereditatis petitio*.

Concepita, invece, la querella quale azione coordinata al diritto di successione del legittimario, ne deriva che è impossibile: 1) che l'azione non giovi all'attore; 2) che essa giovi ad altri; 3) che un estraneo, come tale, possa provocare un giudizio d'inofficiosità. Ciò è possibile solo quando egli abbia tratto in errore il pretore sulla sua qualità. Nel qual caso, però, la rescissione dell'intero testamento giova a lui solamente. Pertanto non poteva *mai* verificarsi una soluzione simile a quella formulata nel fr. 6.1 D. 5.2. Chi si prospettò l'ipotesi del fr. 6.1 non aveva dell'azione d'inoffi-

ciosità la concezione che gli attribuiscono Cuiacio e i sostenitori della *petitio hereditatis* qualificata.

§ 251. Nel fr. 6.1, invece, la querella viene concepita come azione diretta ad annullare il testamento inofficioso e a provocare la successione intestata generale.

Essa è ivi concepita come azione diversa ed indipendente dalla *hereditatis petitio*. La quale, infatti, potrà essere esperita dai successibili ab intestato solo dopo che la querella abbia provocato l'apertura della successione intestata.

Il fatto che la querella supposta nel fr. 6.1 né era una *hereditatis petitio*, né giovava – almeno direttamente – all'attore, e poteva anche essere esperita da un estraneo, fece dire alla glossa che la querella, «non est actio», perché se fosse tale «prodesset victori, quod non facit»; con essa, infatti, «non petitur quid dari». La Glossa non considera la querella né come actio né come accusatio, ma come «quoddam jus medium tenens inter utrumque (scilicet actionem et accusationem) rescindens in totum testamentum vel pro parte»<sup>7</sup>.

Chi in certo modo intravide la vera natura della querella presupposta nel fr. 6.1, fu il Fabro. Nei *Rationalia ad Pandectas*, nel commento che fa della legge 6.1, il Fabro<sup>8</sup> concepisce la querella come un'azione con la quale «omnibus licet agere ac disputare», e il cui oggetto è «disputare de inofficioso testamento et memoriae testatoris impietatem obiicere quasi fuerit impius in eos quibus pietatem debebat». L'effetto di quest'azione sta in ciò che «sententia afficit jus ipsum testamenti ex persona testatoris»; «nihil... aliud – infatti – Centumviri pronunciant nisi hoc ipsum quod intendit actor quisquis agit de inofficioso: testamentum, scilicet, non valere tamquam ab eo factum qui cum suprema ordinaret demens fuerit et furiosus».

Pertanto, chiunque agisca, «testamentum non magis valere potest quod ad eos qui non egerunt, quam quod ad eum qui agit». E tutto questo è naturale: perché «est... *jus testamenti individuum*». Ond'è che «nec rursus fieri potest ut testator pronuncietur furiosus, quin pro tali habendus sit quod ad omnes, quia sicuti cuiusque persona ipsa individua est, ita et jus ac condicio personae»<sup>9</sup>.

E riferendosi all'azione esperita dall'estraneo a profitto non suo, ma di altri, afferma non aversi qui deroga alla regola «res iudicata tertiis neque prodest neque nocet», perché qui «sententia inter quosdam lata necesse est facere ius inter omnes», essendo questo uno dei casi in cui la sentenza verte «super statu et condicione personae»<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Glossa *successionem* al fr. 6.1 D. 5.2.

<sup>8</sup> *Rationalia ad Pandectas*, ed. Genevae 1619, vol. II, pp. 120-121.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 121.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 121.

Fabro ha sostanzialmente individuato il pensiero del giurista autore del fr. 6.1. Trattandosi con la querella non già di «petere aliquam rem», ma solo di esperire «accusationem, querelam, et postulationem de impietate testatoris, ut testamentum ipsius pronuncietur nullum tamquam factum a furioso et demente, *nulla tamen de hereditate ipsius facta mentione*», ne seguiva che essa poteva essere esperita anche da un estraneo. Senonché, un estraneo, perché tale, non si avvantaggiava degli effetti riflessi che derivavano «per necessariam consequentiam» dalla sentenza, in quanto determinava l'apertura della successione intestata. Dice lo stesso Fabro: «mirum non est victoriam actoris qui casu obtinuerit, quamvis prodesse ipsi non possit, quia non est ex his qui ad intestati successionem admittuntur, prodesse tamen caeteris successoribus legitimis»: e ciò, perché non si tratta già di un vantaggio arrecato «directo», ma «fit hoc (ossia la vocazione dei successibili ab intestato) non principaliter sed per necessariam consequentiam»<sup>11</sup>.

Quest'azione d'inofficiosità colta da Fabro nel fr. 6.1 è, in sostanza, quella già da noi delineata, avente a fondamento il *color insaniae*. Orbene, tale concezione della querella non è classica. Per le ragioni già dette nella parte III sez. III (§ 236) essa non è neanche di creazione giustiniana. Bisogna, dunque, ricondurla alla elaborazione della pratica giudiziaria o delle scuole postclassiche. Le quali, peraltro, non fecero che adattare la querella alle esigenze del nuovo sistema ereditario.

Secondo questa concezione postclassica furono interpolati i fr. 8.8, 17 pr., 17.1, 19, 13, 28 D. 5.2, 36 D. 32: dove alla originaria decisione fu sostituita una decisione conforme ai nuovi principii.

§ 252. La querella inofficiosi testamenti si presenta nelle nostre fonti sotto *due regimi diversi*. Riconducendo a questi due diversi regimi, secondo la loro diversa natura, le soluzioni discordi che i testi ci presentano, è possibile eliminare le antinomie.

Già noi conosciamo le differenze di natura tra la querella classica e quella postclassica (cfr. specialmente § 215 segg.). La prima è nelle fonti concepita come azione coordinata ad un diritto pretorio di successione del legittimario e diretta a rimuovere il testamento in quanto (e nei limiti in cui) lede tale diritto. La seconda, invece, è concepita quale azione indipendente dal diritto di successione del querelante, concessa ai legittimarii perché *interessati* ad esperirla, essendo essa diretta a rimuovere il testamento, perché fatto da un pazzo, e a provocare l'apertura della successione intestata generale.

Possiamo dire in sintesi che la querella classica ha fondamento nella *iniuria* recata al legittimario, quella postclassica sulla presunta pazzia (*color insaniae*) del defunto (§ 215 segg.).

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 121.

Come abbiamo detto, queste concezioni della querella sono ambedue presenti nelle nostre fonti: ma è avvenuto che gli autori hanno, invece, considerato unilateralmente or l'una or l'altra delle due concezioni, e non sono, così, riusciti a dare una spiegazione esauriente delle antinomie.

Così, per fermarci a Cuiacio e a Fabro, bisogna dire che né il tentativo dell'uno né quello dell'altro di ricostruire l'istituto sotto un'unica visuale è riuscito. Non è riuscito quello di Cuiacio – e di coloro che con lui credono che la querella sia una *hereditatis petitio* o, almeno, un'azione autonoma ma coordinata necessariamente ad una *h. p.* – perché non si spiegano, secondo tale ricostruzione, i fr. 6.1, 19, 17 pr., 8.8, 13 D. 5.2. In questi frammenti, infatti, è supposta una querella avente per scopo l'annullamento del testamento e l'apertura della successione intestata generale.

Non è neppure riuscito il tentativo di Fabro. Quantunque, invero, la sua concezione della querella, quale azione indipendente da qualsiasi diritto sostanziale del querelante e tendente all'annullamento del testamento perché fatto da un pazzo, sia, in certo modo, conforme a quella supposta nel fr. 6.1 e negli altri frammenti interpolati, tuttavia non si spiegano con essa gli altri testi in cui la querella è concepita come azione coordinata ad un diritto di successione del legittimario.

La ricostruzione di Fabro, infatti, urta contro antinomie insuperabili.

È il caso qui di esporre le più importanti: dalla visione di queste differenze tra le due querellae meglio ci appariranno i loro contorni.

A) Una prima differenza ci è data dal diverso valore della rinuncia nella querella classica e nella querella postclassica. In diritto classico, la rinuncia di un legittimario determina ipso iure accrescimento del diritto dell'altro legittimario di pari grado. Nel diritto postclassico, invece, *in linea di principio*, la rinuncia ad esperire la querella non impedisce che, apertasi la successione intestata ad opera di un altro legittimario querelante, *anche il rinunziante ne profitti e venga chiamato ab intestato alla successione*. Solo in via d'eccezione si ricorre all'espedito di considerare come premorto il rinunziante, e così lo si esclude dalla successione. Quantunque, in definitiva, la rinuncia produca praticamente gli stessi effetti nel diritto classico ed in quello postclassico, tuttavia la valutazione dogmatica di essa nei due diritti è, come si vede, profondamente diversa (cfr. 17 pr. D. 5.2 e p. 454, 456<sup>1</sup>, 457<sup>1</sup>, 458<sup>2</sup> [p. 954, 957 nota 91, 958 nota 92, 959 nota 94]).

B) Una seconda differenza tra le due querellae si manifesta nel diverso valore giuridico che ha in esse il riconoscimento dell'*iudicium testatoris*.

Nel diritto classico, esso importa decadenza dalla querella e, quindi, perdita del diritto di successione che la querella rappresenta.

Nel diritto postclassico, invece, esso produce un semplice ostacolo all'esperimento della querella, in quanto fa cessare *l'interesse* ad esperirla. Ma poiché la querella postclassica non ha la funzione di rappresentare un diritto sostanziale, ne segue che il riconoscimento non pregiudica, almeno in modo defini-

tivo, il diritto di successione; così, se ad opera di altri il testamento verrà dichiarato inofficioso, anche colui che riconobbe l'*iudicium testatoris* potrà venire alla successione.

In questo senso è risolta la fattispecie del famoso fr. 19 D. 5.2 (cfr. § 224 e più oltre § 256 segg.).

La fattispecie è la seguente: una madre ha due figlie: ne istituisce una in  $\frac{1}{4}$ , preterisce l'altra e istituisce nei  $\frac{3}{4}$  rimanenti un estraneo. La preterita intenta la querella: *quid iuris?*

In diritto classico la istituita in  $\frac{1}{4}$  non ha diritto di querella per due motivi: 1° perché ha avuto la quarta *debitae portionis* (8.8 D. 5.2); 2° perché, in ogni caso, avendo adito l'eredità ex testamento, essa ha riconosciuto l'*iudicium matris* e quindi ha rinunciato ad esperire la querella. Ora, non avere diritto di querella significa non aver neppure un diritto di successione intestata.

Per questo, l'istituita in  $\frac{1}{4}$  non poté in nessun modo venire iure intestati alla eredità della madre. Avrebbe a ciò insuperabilmente ostato il principio classico: «*nemo partim iure testamenti partim iure intestati ad hereditatem eiusdem personae venire potest*» (cfr. § 259, p. 541 [p. 1052]).

Nel diritto postclassico, invece, la istituita in  $\frac{1}{4}$  quantunque non potesse intentare la querella (per gli stessi motivi), tuttavia profittava dell'apertura della successione intestata che fosse stata provocata dall'esperimento dell'azione da parte della preterita. E ciò era possibile, perché la decadenza dalla querella, nel diritto postclassico, non equivaleva, come nel diritto classico, a decadenza dal diritto di successione: soltanto la querella classica, e non anche quella postclassica, era a tal diritto coordinata. Nel senso ora indicato viene appunto risolta dai giureconsulti postclassici la questione proposta da Paolo.

C) Una terza fondamentale differenza tra le due querellae è data dai diversi effetti che esse determinano. La querella classica, infatti, mira a rescindere il testamento in quanto reca iniuria al legittimario e nei limiti in cui gliela reca. Onde è perfettamente concepibile una rescissione parziale del testamento. Per ciò stesso la querella classica giova esclusivamente al querelante.

La querella postclassica, invece, è di sua natura tale da giovare a tutti i successibili ab intestato: essa giova all'attore solo in quanto sia nella cerchia di costoro. Essa annulla, normalmente, l'intero testamento quasi a *demente factum*. Solo nell'ipotesi che i legittimati passivi fossero più e che la querella fosse stata esperita contro uno o alcuni soltanto di essi, il testamento veniva annullato per la sola porzione spettante ai convenuti, ostando ad un annullamento totale il diritto dei non convenuti (sopra, § 225). Ma anche in tal caso, nell'ambito della parziale nullità, si apriva la successione intestata generale. Poiché la condizione giuridica del testamento, come dice il Fabro, era un *ius individuum*, la pronunzia di inofficiosità investiva – in quanto non trovasse ostacolo nel diritto dei non convenuti – tutto quanto il testamento (p. 465 [p. 966]).

Risulta chiaro, pertanto, che una costruzione dogmatica come quella proposta da Fabro, se può portare luce sulla querella postclassica, disconosce la querella classica, alla quale pure hanno riferimento tanti testi delle fonti. Come spiegare, infatti, i problemi attinenti alla rinunzia, alla decadenza, alla rescissione parziale del testamento inofficioso, rimanendo sul terreno della querella concepita come mera «*accusatio*» e quasi come azione popolare?

Da queste esigenze Fabro è spinto a concepire, accanto alla querella («*actio de inofficioso*») con cui l'attore – un *quisquis de populo* – «*obiicit impietatem memoriae testatoris*», una querella data esclusivamente ai legittimarii, sul fondamento del loro diritto di successione ab intestato. Ma la natura di quest'azione e le sue differenze dalla prima rimangono del tutto nell'ombra.

In verità, nel diritto postclassico non c'erano due querellae: l'una concessa agli estranei e l'altra concessa ai legittimarii. È vero soltanto che, quanto agli effetti definitivi, naturalmente erano diversi quelli ottenuti dai legittimarii da quelli ottenuti dagli estranei. Che la querella postclassica tendesse, per sua *natura*, ad annullare l'intero testamento e ad aprire la successione intestata del defunto, si argomenta anche dal fatto che i giuristi postclassici interpolarono in tal senso alcuni testi, i quali in origine avevano riguardo alla querella classica e prospettavano casi di rescissione parziale del testamento.

Per tacere degli altri frammenti, mi riferisco al fr. 19 D. 5.2. In esso originariamente si affermava che la preterita, agendo contro l'estraneo, rescindeva il testamento solo nei limiti della sua istituzione (§ 224 p. 459 [p. 960]).

I giuristi postclassici, invece, introdussero nel testo una *ratio dubitandi* (*caeterum si quis putaverit, filia obtinente totum testamentum infirmari*) diretta a porre il principio dell'annullamento totale. Anzi, l'idea che il testamento potesse venire annullato per intero finì per prevalere, e fu perciò deciso che *resciso testamento et iam institutae salvum ius sit adeundae hereditatis*.

D) Una quarta differenza tra le due querellae attiene al problema della *transmissione* della querella agli eredi del legittimario. Tale problema è perfettamente proponibile nella querella classica: non è, invece, proponibile in quella postclassica. Infatti, nel diritto classico la querella era coordinata al diritto di successione del legittimario, in quanto questo diritto poteva farsi valere solo per mezzo di essa. Dunque, il legittimario, trasmettendo la querella ai propri eredi, trasmetteva loro, al tempo stesso, la possibilità di far valere il suo diritto di successione<sup>12</sup>.

Nel diritto postclassico, invece, una trasmissione della querella, propriamente non c'era. Se la querella non era necessariamente coordinata ad un diritto di successione (tanto che poteva financo essere esperita da un estraneo) è chia-

<sup>12</sup> Cfr. per analogia la classica *transmissio delationis ex capite in integrum restitutionis ex persona defuncti* (BONFANTE, *Ist.*, § 191; FERRINI, *Pandette*, n. 602). Come ivi, attraverso la *in integrum restitutio* veniva a trasmettersi la stessa delazione ereditaria, così nel caso nostro attraverso la querella veniva trasmesso lo stesso diritto di successione del legittimario.

ro che gli eredi del legittimario avrebbero potuto esperirla indipendentemente da qualsiasi trasmissione che ne avesse loro fatto il defunto, per diritto proprio.

Dice Fabro: poiché la querella è data «cuilibet de populo quasi accusatio publica», è evidente, che essa è data all'erede del legittimario «non tamquam heredi, sed tamquam ei cuius intersit ut alterius cuiuslibet non violari a quocumque officia pietatis»<sup>13</sup>.

Eppure le nostre fonti pongono chiaramente il problema della trasmissione e stabiliscono alcune condizioni perché questa abbia luogo. I testi, infatti, richiedono, affinché la trasmissione avvenga, che la querella sia stata *preparata*, e fanno consistere questa preparazione: *a*) nella *adgnitio honorum possessionis litis ordinandae gratia* o, almeno, *b*) in una *semplice manifestazione di volontà* dalla quale si desuma che il legittimario voleva intentare la lite (cfr. fr. 6.2, 7, 8 pr. D. 5.2; c. 2 C. 3.28).

Ora una cosa è certa: che il fatto solo che venga posto il problema della trasmissione della querella costituisce un indice che la querella è concepita quale azione coordinata ad altro diritto sostanziale. Come conciliare ciò con la concezione postclassica? Ecco: il problema della trasmissione della querella è peculiare alla querella classica. Tuttavia esso ha senso anche riferito al diritto postclassico, in quanto venga *profilato come problema concernente la trasmissione dell'eredità* (cfr. §§ 231 segg.).

Infatti, la preparazione della querella viene concepita dai bizantini quale adizione dell'eredità: adizione sui generis, si intende, ma adizione. Essa procura al legittimario lo *ius hereditatis* – δίκαιον κληρονομίας (BAS., 39.1, VI-2 sch. 3) – sul quale egli può fondare la hereditatis petitio. Dunque, ciò che il legittimario trasmette all'erede non è la querella, ma questo *ius hereditatis*. La querella, infatti, come tale, potrebbe essere intentata dall'erede del legittimario anche se costui non gliene avesse fatta trasmissione. Vuol dire che l'attore, in tal caso, diversamente dal primo, non profiterebbe dell'annullamento del testamento con essa provocato: egli si troverebbe, cioè, nelle stesse condizioni in cui si trova l'attore del fr. 6.1 D. 5.2.

Questa distinzione tra la querella e l'*ius hereditatis* Fabro la intravide quando, a proposito della trasmissione della querella<sup>14</sup>, egli distinse tra querella ed hereditatis petitio, e riferì la trasmissione a quest'ultima.

Ma restavano ancora da spiegare i testi genuini, in cui la trasmissione aveva proprio esclusivo riferimento alla querella (classica).

L'indeterminatezza del pensiero di Fabro<sup>15</sup> è, poi, manifesta quando si pensi che per spiegare l'esigenza della *preparazione*, e non della contestazione della

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 122: commento al fr. 6.2 D. 5.2.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 122.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, pp. 122-123.

lite, per trasmettere la querella, egli ricorre alla seguente giustificazione. Poiché la querella, egli dice, non passerebbe come «actio iniuriarum nisi contestata», poiché, invece, passerebbe come «petitio hereditatis» anche non contestata, ne segue che «haec actio partim vindictae partim rei persecutoria non transmittatur ad heredem nisi praeparata, quamvis non contestata».

Possiamo, adunque, concludere in ordine alla concezione di Fabro, come già per quella di Cuiacio, che essa urta contro una serie di antinomie. Perché, se è vero che Fabro intravide, sia pure vagamente, la natura della querella presupposta dal fr. 6.1 D. 5.2, non è men vero, però, che gli sfuggì la fisionomia dell'altra querella, che sta a base degli altri testi. Anche Fabro si trovava, come già Cuiacio, dinanzi al seguente dilemma: o spiegare le soluzioni dei testi che rispecchiano la querella classica come deviazione dai principii, ispirate da speciali situazioni di fatto; o, dal momento che ciò non era possibile, mettere i testi contrastanti fuori del sistema ideato, e vedere di sistemarli, a loro volta, secondo principii diversi.

Era questa l'unica maniera onde risolvere le contraddizioni che presentano i testi. I quali ci rispecchiano due regimi distinti, che si fondano sopra due punti di vista diversi e rispondono a due diverse concezioni della querella. L'una, fondata sul color insaniae e avente come scopo la rimozione del testamento inofficioso e l'apertura della successione intestata generale; l'altra, fondata sulla iniuria recata al legittimario e tendente a rimuovere il testamento solo nei limiti in cui gliela reca. I due regimi si trovano come stratificati l'uno sull'altro nelle fonti giustiniane.

§ 253. Dalle cose sin qui dette, risulta chiaramente che la querella supposta nel fr. 6.1 D. 5.2 è quella postclassica; dunque, tale frammento non è classico<sup>16</sup>. L'azione, infatti, ivi delineata non può essere attribuita ad Ulpiano: ciò si desume anche dal fatto che in tutti gli altri frammenti di Ulpiano la querella è concepita come azione coordinata al diritto di successione del legittimario, fondata sulla iniuria a costui recata dal testatore, e diretta a rimuovere il testamento nei limiti in cui gliela reca.

Questa concezione è manifesta nel seguente testo:

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad edictum*: 8 pr. D. 5.2: P. 489.

Papinianus libro quinto quaestionum recte scribit inofficiosi querellam patrem filii sui nomine instituere non posse invito eo: *ipsius enim iniuria est*.

La fattispecie è la seguente: un figlio, che si trova soggetto alla potestà del proprio paterfamilias, viene preterito nel testamento materno: il padre può esperire la querella soltanto *col consenso del figlio*: e ciò, perché soltanto il figlio è titolare dell'azione. Poiché la madre lo ha ingiustamente preterito, ledendo così

<sup>16</sup> Sul fr. 6.1 D. 5.2 vedi quanto diciamo a p. 427 [p. 925].

il suo diritto di successione, sul fondamento di questa lesione egli ha l'azione d'impugnativa. In vece sua, ma per suo conto (nomine filii), può esercitarla il padre in qualità di suo sostituto processuale<sup>17</sup>.

Dunque Ulpiano – sulle orme di Papiniano – concepisce l'azione d'inofficiosità come coordinata al violato diritto di successione del legittimario; non la concepisce nel modo del fr. 6.1, ossia come un'azione indipendente da qualsiasi diritto sostanziale e solamente diretta alla dichiarazione della inofficiosità del testamento. Se l'avesse concepita in tal maniera, egli avrebbe dovuto ammettere il padre ad esperire la querella per diritto proprio, anche invito filio, e non come suo sostituto processuale. Invece il padre non ha diritto di querella: questo diritto lo ha solo il figlio: *ipsius enim iniuria est*. L'azione, cioè, spetta a colui cui è stata recata iniuria: e iniuria non può essere recata se non a chi abbia un diritto.

In questo frammento, dunque, la querella è coordinata a un diritto sostanziale, ed è perciò, diversa da quella supposta nel fr. 6.1.

Lo stesso dicasi per la seconda parte del fr. 8 pr. D. 5.2.

«sequenti loco scribit (Papinianus) si filius post adgnitam litis ordinandae gratia bonorum possessionem decesserit, finitam esse inofficiosi querellam».

Ora noi sappiamo che la b. poss. litis ord. gr. era una condizione dell'azione: condizione inderogabile della querella classica. Essa, infatti, era destinata ad attribuire al cognato legittimario un titolo ereditario pretorio, che lo legittimava all'azione.

Orbene, se la querella presuppone necessariamente l'adgnitio b. p. l. o. g., vuol dire che essa non può essere esperita da chiunque, come si suppone nel fr. 6.1, ma può essere esperita solo da coloro che il pretore abbia riconosciuto come aventi diritto di successione contro il testamento. Cioè, ancora una volta Ulpiano concepisce la querella diversamente da come si suppone nel fr. 6.1.

Nello stesso fr. 6, al § 2 D. 5.2, Ulpiano concepisce la querella come coordinata al diritto di successione del legittimario, e quindi ben diversamente da come sembra concepirla nel § 1.

«Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querellam transferat? Papinianus respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur, si post adgnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis».

Viene qui posto il problema della trasmissione della querella. Abbiamo già detto (p. 518 [p. 1025]) che tale problema in tanto ha senso, in quanto la querella si concepisce come coordinata ad un diritto sostanziale di colui che la trasmette. Ed infatti l'esigenza della b. poss. litis ord. gr. come presupposto neces-

<sup>17</sup> Sulla sostituzione processuale vedi CHIOVENDA, *Principii*, § 36, p. 596 segg.

sario della trasmissione, indica che il legittimario trasmette al proprio erede, attraverso la querella, il suo diritto di successione<sup>18</sup>.

Tutto ciò non avrebbe senso se la querella non fosse coordinata a tale diritto, e, anzi, potesse anche essere intentata da un estraneo.

È legittima, ora, la domanda: come poteva Ulpiano ammettere nel fr. 6.1 che l'azione d'inofficiosità fosse esperibile *da un estraneo*, senza essere preparata da quella *adgnitio bonorum possessionis litis ordinandae gratia*, che, come ci dimostrano i fr. 6.2, 7, 8 pr. D. 5.2, c. 2 C. 3.28, era condizione inderogabile dell'azione?

Si potrebbe pensare che Ulpiano abbia taciuta la menzione dell'*adgnitio bonorum possessionis* trattandosi di un elemento talmente connaturale alla istituzione del giudizio che era possibile passarlo sotto silenzio. Ma allora le cose sarebbero andate in questo modo: l'estraneo sarebbe riuscito ad ingannare il pretore, facendosi credere cognato del defunto: e come tale egli avrebbe potuto vittoriosamente esperire la querella. In tal caso, però, la vittoria, avrebbe giovato solo a lui: nel giudizio, infatti, sarebbe stato dedotto solo il suo preteso diritto di successione. Ma questa non è la soluzione che si dà nel testo.

È dunque da respingere l'ipotesi che Ulpiano avesse nel fr. 6.1 soltanto taciuta la menzione dell'*adgnitio bonorum possessionis*. Ivi, invece, non poteva esserne parola perché essa non costituiva una condizione dell'azione, essendovi questa concepita come indipendente da ogni diritto sostanziale. Nel concetto dell'autore del passo ciò che richiedevasi nell'attore era un interesse ad agire anche scompagnato da un proprio diritto di successione: interesse che poteva bene riconoscersi ad un estraneo.

Dobbiamo pertanto concludere che il § 1 del fr. 6 non si può attribuire ad Ulpiano, perché rispecchia una concezione della querella fundamentalmente diversa da quella *classica* supposta dal giurista negli altri frammenti.

§ 254. A sostegno della nostra tesi possiamo ancora richiamare il fr. 25.1 D. 5.2 dello stesso Ulpiano:

«Si quis, cum non(dum) possit de inofficioso queri ad querellam admissus pro parte rescindere testamentum temptet et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querellam instituat, dicendum est, quia [testamentum pro parte valet et] praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querellam instituisse».

La fattispecie è stata diversamente concepita dai Basilici, da Cuiacio e dalla Glossa. Secondo lo scoliaste dei Basilici (Bas., 39.1, XXI, sch. 2), si tratterebbe della seguente fattispecie. Tizio avente due figli ed un fratello istituì eredi

<sup>18</sup> Nel fr. 8 pr. la querella non si trasmette, nonostante la richiesta della b. p. l. o. g., perché il padre non è mai erede del figlio. Ciò spiega l'apparente contraddizione col fr. 6.2 D. 5.2.

due estranei, di cui uno persona turpe, diseredò i figli e preterì il fratello. Dopo morto il testatore gli eredi istituiti adirono. Ora, essendoci dei figli, il fratello non avrebbe potuto esperire la querella. Tuttavia egli agì contro l'erede turpe e, *per obreptionem*, ottenne vittoria, rescindendo pro parte il testamento. Dice Ulpiano che, poiché il testamento è stato rescisso pro parte e poiché le *praecedentes personae*, cioè i figli, non hanno agito, riconoscendo con ciò la fondatezza della loro diseredazione, bisogna concludere che il sequens istituì cum effectu la querella. Cioè, la vittoria giovò in tal caso all'attore. Per superare il principio postclassico onde la querella giova ai prossimi successibili ab intestato, secondo l'attestazione del fr. 6.1 D. 5.2, lo scoliate porta in campo due ragioni: 1) i figli non possono essere chiamati ab intestato perché non agendo hanno riconosciuta fondata la diseredazione; 2) perché il testamento qui non è rescisso per intero.

Secondo lo scoliate, perciò, *exclusae sunt* è da interpretare non nel senso che i *praecedentes* siano stati *vinti* in un giudizio d'innocuità da essi intentato dopo il fratello, né nel senso che abbiano perduto il diritto di querella per rinuncia o per decadenza, ma nel senso che essi abbiano riconosciuto giusta la diseredazione.

Simile alla fattispecie prospettata dai Basilici è quella supposta da Cuiacio<sup>19</sup>.

«Quidam testator duos habebat filios et duos fratres, duos extraneos scripsit heredes: unum honestum hominem, alterum turpem, duos filios exheredavit, duos fratres praeteriit, quod etiam est pro exheredatione: fratres non possunt agere querela ne adversus turpem quidem heredem scriptum, quia eos excludunt filii qui potiores sunt ab intestato. Verum dum filii exheredati non habent querelam, quia agnoscunt forte se suo merito exheredatos, si agant fratres adversus turpem personam, atque ita si agant pro parte, pro parte rescindent testamentum et eam partem hereditatis tenebunt, atque ita eis proficit victoria, quia praecedentes personae, hoc est filii exclusi sunt... Secus esset si illi duo heredes scripti fuissent turpes personae, et egissent fratres adversus omnes, atque ita praevenissent filios, et totum testamentum infirmassent, non ipsis victoria proficeret sed filiis quia filiorum exheredatio rescissa est, et ab intestato sunt proximiores».

La Glossa invece fa la seguente ipotesi:

«Cum emancipatus duos filios haberet et patrem, duos extraneos instituit filios exheredavit et patrem praeteriit. Pater egit quaerela de facto, quia de iure non potuit quia filii sui praecedebant, et obtinuit pater. Filii egerunt et succubuerunt, tempore forte vel repudiatone exclusi. An videtur pater recte egisse? Et videtur quod sic».

<sup>19</sup> Op. ed. Prato, vol. 3, pag. 131.

E a proposito di «*exclusae sunt*» commenta:

«*exclusae sunt tempore vel repudiatione vel sententia, sive post litem contestatam ab isto, sive quodcumque. Nota quod duo dicit: scilicet et testamentum pro parte valere et exclusos esse filios. Secus si in totum deficeret: tunc enim ab intestato admitterentur in totum etiam qui prius essent exclusi a querela tempore vel per sententiam. (Al.). Quod si alio modo per repudiationem, non venirent quia fecerunt locum successorio edicto*».

L'ipotesi della Glossa trova riscontro nel fr. 14 D. 5.2. L'ipotesi prospettata dai Basilici e da Cuiacio potrebbe essere accettata solo se si credesse originaria la restrizione della cerchia dei legittimarii ai cognati «qui non sunt ultra fratrem»; ma questa restrizione è, come sappiamo (§ 207), posteriore. E ad ogni modo non è affatto esatta la interpretazione che i Basilici e Cuiacio danno della frase «*exclusae sunt*».

Per essi tale frase è da interpretare nel senso che i figli diseredati non hanno agito «quia agnoscunt forte se suo merito exheredatos», come dice Cuiacio, o perché ἀποκεκλεισμένοι διὰ τῆς ἐξνερεδατίονός εἰσιν, come annota lo scoliate dei Basilici. Nell'una e nell'altra interpretazione non si avanza assolutamente l'ipotesi che i figli diseredati siano stati esclusi in seguito all'esito sfavorevole del giudizio di inofficiosità, promosso *dopo* quello intentato con profitto dal *sequens*. Anzi, poiché tale ipotesi è fatta dalla Glossa, Cuiacio rimprovera ad Accursio un errore d'interpretazione.

Orbene quali erano le ragioni giuridiche che, probabilmente, impedivano a Cuiacio di pensare che la esclusione dei *praecedentes* si fosse operata in seguito ad un giudizio, in cui essi fossero stati soccombenti? Prima di rispondere a questa domanda, vediamo quale fosse la posizione del *sequens* e quella dei *praecedentes*.

Se i *praecedentes* avessero promosso un giudizio dopo quello intentato dal *sequens*, essi si sarebbero trovati nella necessità di convenire tanto l'altro erede, contro cui il *sequens* non agì, quanto il *sequens* medesimo. Ma quest'ultimo a quale titolo sarebbe stato convenuto?

Esperando la querella gli attori intendono rescindere il testamento nella misura in cui osta all'attuazione del loro diritto di successione. Se, dunque, questa *rescissione* è possibile ottenerla in confronto dell'erede istituito nel testamento, come sarà possibile ottenerla in confronto del *sequens*, dal momento che questi non ha preso il posto dell'altro erede istituito vinto, ma ha ottenuto la sua quota ereditaria a un titolo completamente diverso?

Il *sequens*, infatti, possiede l'eredità iure intestati; e poiché la querella ha per scopo la rescissione del testamento in quanto porta lesione al diritto dei legittimarii, ne deriva che contro il *sequens* non potrà la querella esplicare la sua funzione normale. Il *sequens*, infatti, non è erede testamentario, non possiede l'eredità iure testamenti, e non può dirsi che, relativamente alla sua porzione, i legittimari di primo grado siano *lesi dal testamento*.

È vero che in realtà essi sono lesi, perché non hanno la porzione ereditaria che detiene il sequens. Ma qui la lesione ha origine diversa, poiché si riporta alla illegittimità del giudizio dal sequens prima intentato: giudizio, per effetto del quale fu rescisso a suo favore il testamento. Questa rescissione, sia pure parziale, *lese* il diritto di *terzi* (i legittimari di primo grado). Ai quali, pertanto, a garanzia del loro diritto, resta bensì la querella, ma non nella sua funzione normale, bensì in funzione di azione diretta a *rescindere la sentenza* favorevole ottenuta dal sequens, in quanto *lesiva del loro diritto*.

Pertanto costoro, agendo dopo il sequens, mentre dovevano convenire l'erede istituito con la querella in funzione normale, dovevano, invece, convenire il sequens vincitore pure con la querella, ma *in funzione di opposizione di terzo*<sup>20</sup> alla sentenza da lui ottenuta. Ho detto però che questa querella in funzione di opposizione di terzo in tanto poteva essere efficace in quanto vi fosse lesione del diritto dei primi legittimari. Sorge qui, perciò, il problema: come si poteva veramente accertare questa lesione? Avevano veramente i legittimari di primo grado un diritto di querella? A questa domanda non si sarebbe potuto rispondere che dopo l'esperienza della querella. Ma poiché, ormai, la querella in funzione normale non poteva più esperirsi, mancando la persona passivamente legittimata e mancando altresì un testamento alla cui rescissione essa potesse mirare, è naturale la domanda: come si poteva accertare che il diritto di querella spettava in realtà ai legittimari di primo grado, in guisa che, se essi avessero intentato il giudizio d'inefficienza, vi sarebbero riusciti vittoriosi?

La risposta è la seguente: è vero che contro il sequens non si può esperire la querella in funzione normale, ma la si può intentare in funzione di opposizione di terzo. Nel relativo giudizio i legittimari di grado anteriore dovevano dimostrare al giudice che il sequens aveva illegittimamente istituito il giudizio di inefficienza: e ciò non tanto perché egli era sequens, e quindi legittimato in secondo luogo, quanto perché con tale giudizio egli, rescindendo il testamento a suo favore, aveva reso loro impossibile di esperire la querella contro l'erede istituito: querella, che loro spettava perché, come essi ora provavano, erano stati dal testatore ingiustamente diseredati o preteriti. In seguito a questa prova si determinava la seguente situazione giuridica:

*a)* a favore dei legittimati in primo luogo viene accertato che, se il testamento non fosse stato rescisso, essi avrebbero potuto esperire con successo la querella; *b)* questo significa che essi avrebbero avuto azione di inefficienza: e poiché l'azione era coordinata al loro diritto di successione, significa altresì che essi avevano tale diritto; *c)* questo diritto essi non hanno perduto né per rinuncia né per decadenza; *d)* tale diritto è stato leso dalla pronuncia di una sentenza

<sup>20</sup> Sulla querella esperita in funzione di opposizione di terzo vedi quanto diciamo al § 219 p. 447 [p. 946].

che lo disconosce (la sentenza provocata dal sequens a suo favore); e allora, *e*) poiché la sentenza è causa di *iniuria*, *f*) colui a cui la iniuria è causata ha azione per rimuoverla; *g*) questa azione, in definitiva, è la *querella*, ma non in funzione normale, bensì in funzione di opposizione di terzo intentata dai legittimati in primo luogo contro il sequens.

Dunque i *praecedentes* avrebbero dovuto, nel caso in esame, esperire due azioni diverse; la querella in funzione normale contro l'erede istituito, e quella in funzione di opposizione di terzo contro il sequens vincitore.

Quale era, invece, il pensiero di Cuiacio? Il pensiero di Cuiacio, disorientato dal famoso fr. 6.1, va presumibilmente ricostruito così:

*a*) se i legittimati in primo luogo convengono il sequens, non potranno certamente intentare contro di lui la querella perché mancano tutti i presupposti per poterla intentare. *b*) Intanto è vero che il testamento fu rescisso dal sequens nella parte in cui egli agì. *Per questa parte almeno* la vittoria del sequens, secondo il fr. 6.1, dovrebbe giovare ai legittimati in primo luogo. *c*) A ciò osta, però, il fatto che il testamento è efficace pro parte, ed è efficace, perciò, anche la diseredazione in quel testamento contenuta. Il sequens non poteva, dunque, essere convenuto con l'azione di inofficiosità, e la rescissione parziale del testamento non giovava ai diseredati.

Cosa dovevano fare i legittimati in primo luogo? Ecco il pensiero probabile di Cuiacio: essi avrebbero convenuto l'erede per rescindere il testamento nella parte in cui ancora era efficace: ottenuta vittoria contro l'erede, e rescisso il testamento nella parte in cui era efficace, si può dire che *tutto il testamento* è rescisso (essendo l'altra parte stata rescissa dal sequens in precedenza). Ma se tutto il testamento è rescisso, non vale più la diseredazione; essi sono eredi ab intestato e a questo titolo, senza *esperimento di altra azione*, essi potranno *rivendicare* dal sequens la parte di eredità che gli proviene dalla querella da lui efficacemente promossa. A questo punto sembrerebbe intervenire, perciò, il principio del fr. 6.1: «victoria ei prosit qui ad successionem ab intestato admittitur». E sul fondamento di questo principio, i *praecedentes* verrebbero liberati dalla necessità di esperire una opposizione di terzo contro la sentenza ottenuta dal sequens, e dalla necessità di dimostrare, attraverso questo giudizio, che essi avevano, *anche* in confronto dell'erede vinto dal sequens, *diritto di querella*.

Senonché il principio esposto nel fr. 6.1 non poteva qui operare. Nel fr. 6.1 si fa, infatti, l'ipotesi che l'attore non abbia esperito un'impugnativa di carattere patrimoniale, ma che abbia semplicemente intentato un'azione diretta a far dichiarare la inofficiosità del testamento. In questo caso, invece, il sequens agì a tutela del suo diritto di successione, e richiese ed ottenne che gli venisse attribuita una corrispondente porzione dell'eredità. Adunque, esisteva qui una sentenza la quale non si limitava a dichiarare, come nel caso del fr. 6.1, un certo stato giuridico che, quantunque prodotto in seguito al giudizio tenutosi tra *A* e *B*, valeva tuttavia per tutti i possibili partecipi dello stato dichiarato: la sen-

tenza, qui, invece, riconosceva un diritto di successione necessaria nell'attore ed attribuiva a costui una porzione corrispondente dei beni ereditari. Esisteva, dunque, una cosa giudicata che garantiva il sequens contro la eventuale revindica dei praecedentes: egli poteva opporre loro l'*auctoritas rei iudicatae*<sup>21</sup>; e questa *auctoritas* serbava pieno effetto sino a quando i praecedentes non avessero dimostrato che quel giudicato ledeva un loro diritto. E poiché l'esistenza di questo diritto era condizionata dall'esistenza di un diritto di querella nei praecedentes, costoro, per vincere il sequens, dovevano dimostrare che avrebbero avuto questo diritto di querella in confronto dell'erede testamentario, se il testamento non fosse stato rescisso.

I principii contenuti nel fr. 6.1 qui non potevano avere efficacia, ed era necessario, perciò, convenire il sequens con la querella in funzione di opposizione di terzo. Era, probabilmente, davanti a questa necessaria soluzione che si arrestava il pensiero di Cuiacio: perché, se bisognava ammettere queste conclusioni, dove andava a finire l'applicabilità dei principii esposti nel fr. 6.1? E per non complicare la questione, la quale si presentava senza via di uscita, Cuiacio preferì con i Basilici interpretare la frase *exclusae sunt* come mero effetto della diseredazione e non come il risultato di un regolare giudizio di inofficiosità.

Poniamo ora a raffronto il fr. 25.1 e il fr. 6.1 D. 5.2.

Tanto nell'uno che nell'altro, si prospetta il caso che una persona non legittimata ad intentare la querella riesca tuttavia ad intenderla e vinca. L'unica differenza tra le due ipotesi sta in ciò: che nell'una (fr. 6.1), la querella è stata esperita contro tutto il testamento, nell'altra, invece (fr. 25.1), è stata esperita contro una parte soltanto di esso. L'antinomia fondamentale tra i due testi sta nelle rispettive soluzioni: perché mentre nel fr. 6.1 la querella non giova in nessun modo all'attore, nel fr. 25.1, invece, essa gli giova.

La spiegazione che comunemente si dà è questa: nel caso del fr. 25.1 la querella giova all'attore soltanto perché il testamento è stato rescisso parzialmente; se, invece, fosse stato rescisso per intero la querella avrebbe giovato ai prossimi successibili ab intestato. In questo senso si esprimono, coi Basilici, la Glossa e Cuiacio. Ora però sarebbe strano che un'azione esperita in una certa misura producesse determinati effetti e, invece, producesse effetti opposti quando fosse esperita in una misura diversa.

Noi crediamo che bisogna scegliere tra queste due soluzioni: 1) o ritenere che anche entro i confini di una rescissione parziale del testamento si apra la successione intestata, e quindi la querella giovi anche in tal caso ai prossimi successibili ab intestato; 2) o ammettere che, se è possibile che la querella possa profittare all'attore non prossimo successibile ab intestato quando sia espe-

<sup>21</sup> BETTI, *Trattato*, p. 464; cfr. fr. 17 pr. D. 5.2.

rita contro una parte del testamento, è possibile altresì che profitti a costui anche quando sia esperita contro l'intero testamento.

Queste due concezioni, peraltro, si ritrovano nel testo. Vi è, infatti, affermato il principio che la querella giova all'attore; ma esso è limitato al caso di rescissione parziale del testamento. Ora, mentre il principio è classico, non è classica la limitazione ad esso apposta.

Che, poi, anche entro i limiti di una rescissione parziale del testamento, la querella postclassica determini l'apertura della successione intestata generale è cosa che noi già vedemmo (§ 221).

Sono, quindi, errate le interpretazioni comuni secondo le quali si assume che, se il sequens avesse impugnato l'intero testamento, avrebbe favorito soltanto i successibili ab intestato. In verità, se il sequens esperisce contro l'intero testamento un'*azione identica* – sia pure quantitativamente più lata – a quella esperita contro una parte del testamento, l'effetto non potrà essere che la rescissione totale del testamento a suo esclusivo vantaggio. E a coloro che opporessero che il fr. 6.1 è esplicito nel senso contrario, è da replicare che la ragione di ciò va ricercata nel fatto che il fr. 6.1 suppone una querella, non solo quantitativamente diversa, ma addirittura radicalmente opposta a quella esperita dal sequens nel fr. 25.1. Io non nego che il fr. 6.1 parli di effetti favorevoli che una sentenza pronunciata fra *A* e *B* spiega in confronto di *C*, *D*, *E*, *F* etc. partecipi dello stato giuridico con quella sentenza dichiarato. Nego, però, che sulla base del fr. 25.1, si possa dire che, se il sequens, anziché esperire l'azione contro una parte del testamento, l'avesse esperita contro tutto il testamento, egli avrebbe ottenuto effetti diametralmente opposti. Insomma, l'azione di cui si fa menzione nel fr. 6.1 non è la stessa azione di cui si parla nel fr. 25.1, solo quantitativamente modificata: è un'*azione affatto diversa*. Ed è quindi falsa l'analogia, anzi la identità, che gli interpreti hanno trovato tra il fr. 6.1 e il fr. 25.1. Non c'è studioso che non accosti i due frammenti con l'esplicita dichiarazione che l'uno è il complemento dell'altro. Invece bisogna dire che il fr. 6.1 e il fr. 25.1 sono indici di due sistemi tra loro radicalmente diversi.

Comunemente, invece, si ritiene che il sequens ottenne vittoria solo perché si limitò ad agire pro parte. Se invece avesse impugnato l'intero testamento egli avrebbe determinato la successione intestata generale, e avrebbe così giovato ai prossimi successibili del defunto.

L'ipotesi comunemente accettata è quella di Cuiacio. In un testamento sono diseredati due figli, preteriti due fratelli, istituite due persone estranee di cui una onesta e l'altra turpe.

È noto che i fratelli possono, almeno nel diritto postclassico, esperire la querella solo contro la persona turpe, istituita nel testamento.

Si suppone che i fratelli (*sequentes*) anziché attendere che i figli (*praecedentes*) esperiscano la querella, la esperiscano essi per primi, rivolgendosi contro la persona turpe: è supposto, ancora, che essi vincano. La loro vittoria, che potrà

essere annullata da una posteriore azione dei *praecedentes*, sarà, invece, efficace se i *praecedentes* non agiscano o, agendo, soccombano nel giudizio.

Mi chiedo: *quid iuris* se gli eredi istituiti fossero stati ambedue *personae turpi*, e i fratelli li avessero scacciati dalla intiera eredità? Non sarebbero qui ricorsi gli stessi elementi del caso precedente? E come è, dunque, possibile che ne fossero, invece, seguiti effetti opposti ai primi?

Se, infatti, i due fratelli si fossero rivolti contro tutte e due le persone turpi ed avessero ottenuta vittoria, non si comprende perché questa vittoria non avrebbe dovuto portar loro profitto. Non si comprende come in questa ipotesi i fratelli, che pure avevano esperito un'azione perfettamente identica nella sua natura a quella esperita pro parte, sia pure quantitativamente diversa, potessero determinare, invece, effetti radicalmente diversi dai primi.

Bisogna, dunque, dire che il fr. 25.1 non si concilia col fr. 6.1. I due frammenti rispecchiano due concezioni diverse della querella. Ond'è che anche variando l'ipotesi del fr. 25.1, e supponendo che il sequens avesse agito contro l'intiero testamento, la soluzione sarebbe opposta a quella che viene prospettata per una fattispecie analoga nel fr. 6.1.

§ 255. Le nostre conclusioni trovano conferma testuale nel fr. 16.1 D. 5.2 di Papiniano (libro II *responsorum*).

*Contra tabulas filii possessionem iure manumissionis pater accepit [et bonorum possessionem adeptus est]: postea filia defuncti, quam ipse exheredaverat, quaestionem inofficiosi testamenti recte pertulit: possessio quam pater accepit ad irritum recidit: nam priore iudicio de iure patris non de iure [testamenti] (filiae) quaesitum est [: et ideo universam hereditatem filiae cum fructibus restitui necesse est]<sup>22</sup>.*

La ipotesi è la seguente: un figlio emancipato istituisce nel proprio testamento un erede estraneo, preterisce il padre (che lo aveva manomesso) e disereda la figlia. Lui morto, il padre, sul fondamento della propria qualità di *parens manumissor*, chiede la bonorum possessio *contra tabulas* (fr. 1 pr.; 6 D. 37.12) e la ottiene. Quantunque il testo non lo dica, tuttavia bisogna supporre che egli abbia ottenuto il possesso di tutti i beni del figlio (cfr. 3 pr. D. 37.12).

Ora, quantunque qui la b. p. c. t. ottenuta dal padre abbia, per diritto pretorio, rescisso il testamento, tuttavia questa rescissione non gioverà alla figlia diseredata (cfr. anche fr. 20 pr. D. 37.4). Il testamento, infatti, è iure civili ancora in vita, e perciò non si è aperta la successione intestata generale. La diseredata, pertanto, sarà costretta ad esperire la querella se vorrà venire alla eredità del proprio padre.

Ora anche nella querella la rescissione totale di un testamento profitta soltanto a colui a beneficio del quale è pronunziata.

<sup>22</sup> Cfr. quanto diciamo sul testo a pag. 428 e p. 447 [p. 925 e p. 946].

Come nella *bonorum possessio contra tabulas*, così nella querella il testamento viene rescisso solo nei confronti dei rispettivi legittimari che agiscono, e nella misura in cui esso ostacola l'attuazione del loro diritto di successione. Queste rescissioni, quantunque diverse quanto alla loro natura formale – essendo pretoria l'una e civile l'altra – coincidono nello scopo cui mirano: quello di attuare il diritto di successione dei rispettivi legittimari.

Infatti: 1) Il figlio emancipato preterito, chiedendo al pretore la *bonorum possessio c. t.*, intende attuare il proprio diritto di succedere ab intestato. Attuazione, alla quale osta il testamento paterno. Ora l'attribuzione della *bonorum possessio contra tab.* ha giuridicamente – dal punto di vista del diritto *pretorio* – valore di rescissione del testamento nei confronti del preterito. 2) Il figlio diseredato (o gli altri legittimari) intendono essi pure attuare il loro diritto di succedere ab intestato (almeno quali cognati legittimari): ma anche qui a tale attuazione osta il testamento. Epperò mentre nel primo caso tale ostacolo veniva rimosso dal pretore senza bisogno di un giudizio, in questo secondo caso, il pretore, *prima* di concedere una *bonorum possessio* definitiva, vuole che venga *accertato* in un giudizio (quello di inofficiosità) che non v'era motivo alcuno *perché* il testatore *diseredasse* (o *preterisse*) *il legittimario*<sup>23</sup>. In seguito a questo giudizio il testamento viene rescisso nei confronti del legittimario che agisce, e ciò, al solo scopo di togliere l'ostacolo che impediva l'attuazione del diritto di costui di succedere ab intestato al defunto.

Dunque, nell'un caso e nell'altro si tratta di attuare il diritto di successione ab intestato dei rispettivi legittimari; con questa differenza: che mentre nella *bonorum possessio contra tabulas* la preterizione per sé sola costituisce iniuria pei liberi o pel patrono preteriti, nella querella la diseredazione o la preterizione non bastano di per sé sole a concretare la iniuria pei legittimari. La iniuria è provocata solo dalla *ingiusta diseredazione o preterizione*: e per dimostrare che questa diseredazione o preterizione siano ingiuste è necessario un giudizio. È questo lo scopo della querella (§ 261).

Le due forme di rescissione del testamento hanno limiti soggettivi identici. Infatti, come la *bonorum possessio contra tabulas* chiesta da uno non giova mai agli altri, ancorché si tratti di una *petitio omnium bonorum*, e quindi ancorché si operi la rescissione pretoria dell'intero testamento, così la querella esperita da un legittimario non giova che a lui, anche nel caso che investa il testamento nella sua interezza.

Prova di ciò ci porge il fr. 14 D. 5.2.

PAPINIANUS, *libro quinto quaestionum*: 14 D. 5.2: P. 113.

Pater filium emancipavit et nepotem ex eo retinuit: emancipatus suscepto postea filio, duobus exheredatis patre praeterito vita decessit. in qua-

<sup>23</sup> Su tutto ciò cfr. § 215 e § 206 p. 414 [p. 910].

estione de inofficiosi testamenti, praecedente causa filiorum, patris intentio adhuc pendet. quod si contra filios iudicetur, pater ad querellam vocatur et suam intentionem implere potest<sup>24</sup>.

La fattispecie è la seguente: un figlio emancipato il quale aveva lasciato, al momento della emancipazione, un proprio figlio in potestà dell'avo, e aveva avuto un altro figlio dopo l'emancipazione, fa testamento diseredando i due figli e preterendo il padre.

Tanto i figli quanto il padre hanno diritto di esperire la querella inofficiosi testamenti: ma il padre – sequens – ha questo diritto solo *dopo o in mancanza* dei figli. Costoro intentano l'azione d'inofficiosità, ma senza successo (quod si contra filios iudicetur...). Afferma Papiniano che *intentio patris adhuc pendet* e che, perciò, il padre potrà, dopo l'inefficace azione dei figli, esperire la querella a sua volta.

Completiamo l'ipotesi e consideriamo cosa avviene quando il padre, avvalendosi del suo diritto, intenta la querella contro l'intero testamento e vince. Cosa avverrà dei figli soccombenti? Profitteranno essi della rescissione totale del testamento per pretendere, ancorché vinti nel giudizio d'inofficiosità, l'eredità paterna iure intestati? Rispondo subito che per Papiniano, secondo la *natura classica* della querella, ai figli vinti nel giudizio d'inofficiosità era definitivamente preclusa la via della successione intestata. La soccombenza nel giudizio d'inofficiosità aveva questo valore giuridico: di *disconoscere* ai soccombenti un'azione diretta ad attuare il diritto di succedere ab intestato da loro preteso, e il disconoscimento di tale azione equivaleva alla impossibilità di attuare, ormai, il diritto che senza effetto si era fatto valere in giudizio. Però la rescissione totale del testamento, operatasi in seguito al giudizio di inofficiosità intentato dal padre, *non può portare alcun profitto ai figli. E ciò per due ragioni*: la prima, 1) fondamentale, che attiene ai limiti soggettivi della cosa giudicata, la quale *tertiis neque nocet neque prodest*<sup>25</sup>; la seconda, 2) che attiene ai limiti oggettivi della c. giudicata; limiti che coincidono con quelli del diritto di successione fatto valere dall'attore.

Ora se confrontiamo il fr. 14 e il fr. 25.1, vediamo che le due fattispecie in essi prospettate coincidono.

Se, infatti, introduciamo nel fr. 25.1 una variante, nel senso che il sequens avesse agito contro l'intero testamento, avremo, nell'un caso e nell'altro, che la rescissione totale di esso profitta unicamente a coloro che l'hanno provocata. E questo beneficio è definitivo quando è certo che il sequens vincitore non potrà più essere molestato dai praecedentes. Certezza, questa, che si ha allor-

<sup>24</sup> Sul testo cfr. pag. 425 [p. 922].

<sup>25</sup> Su questo principio v. però il fr. 63 D. 42.1 e l'analisi che se ne fa in BETTI, *Trattato*, p. 1 segg.

ché costoro o siano stati sconfitti nel giudizio d'inofficiosità, intentato prima (fr. 14) o dopo (fr. 25.1) del sequens, o abbiano perduta la querella per rinunzia (fr. 17 pr.) o per decadenza (fr. 16 pr., fr. 19 D. 5.2).

Il fr. 25.1 – con la variante indicata – ed il fr. 14, e, come abbiamo visto, anche il fr. 16.1 D. 5.2, costituiscono, dunque, una chiara riprova della nostra tesi, e mostrano che la soluzione prospettata nel fr. 6.1 non può essere classica.

Possiamo dunque concludere, dicendo che, se è vero che nelle nostre fonti esiste una querella fondata sul *color insaniae* di cui dà prova il fr. 6.1 D. 5.2 e gli altri testi in conformità a questa concezione interpolati, è vero altresì che esiste in esse anche una querella fondata sulla *iniuria*, alla quale sono ispirati i fr. 8 pr., 6.2, 7, 25.1, 16.1, 14 D. 5.2 che abbiamo analizzato.

Giusta è, dunque, la nostra tesi circa la presenza nelle nostre fonti di due regimi diversi della querella stratificati l'uno sull'altro per modo da determinare una serie di antinomie: di un regime, cioè, classico e di un regime postclassico.

## CAPITOLO II

VALORE GIURIDICO DEL COLOR INSANIAE  
NEL DIRITTO POSTCLASSICO

§ 256. La ingiusta diseredazione o preterizione dei legittimarii, considerata nel diritto postclassico quale praesumptio iuris et de iure di pazzia del defunto. Esegesi dei fr. 2 D. 5.2 e pr. Inst. II, 18 di Marciano. Ragioni che giustificano la duplice interpolazione di *demens* nel fr. 2 D. 5.2.

§ 257. Come al nuovo valore giuridico del color insaniae si ispirino le principali interpolazioni introdotte nei testi delle Pandette. Esegesi di testi interpolati: fr. 36 D. 32; 13 D. 5.2; 28 D. 5.2; 17.1 D. 5.2. Interpolazioni analoghe nei fr. 17 pr. D. 5.2; 19 D. 5.2; 8.8 D. 5.2.

§ 256. Che la querella postclassica avesse a fondamento la finta pazzia del defunto (*color insaniae*), e che, per questo, essa fosse per sua *natura* (come dice Stefano, *Bas.* 39, 1, VI, sch. 2) diretta da annullare il testamento e ad aprire la successione intestata generale, noi desumiamo da una duplice serie di ragioni. Anzitutto,  $\alpha$ ) dal fatto che i bizantini attribuiscono al color insaniae valore di vera ragione giuridica dell'annullamento del testamento, poscia,  $\beta$ ) dal fatto che in conformità di questa concezione furono interpolati i testi più significativi dei Digesti (D. 5.2).

Proveremo queste due affermazioni. Per quanto concerne il color insaniae, dobbiamo eliminare una obiezione che potrebbe facilmente essere avanzata. E cioè, che il color insaniae non è di creazione postclassica essendo esso già conosciuto dai classici. Esso ricorre, infatti, negli scrittori non giuridici e ricorre anche nel testo di Marciano inserito nei Digesti (2 D. 5.2) e nelle Istituzioni (pr. II, 18).

A questa obiezione bisogna rispondere che per i giureconsulti classici il color insaniae aveva soltanto valore di una motivazione sociale della rescissione del testamento. Si trattava di una giustificazione meramente *retorica*<sup>26</sup> senza alcun valore giuridico. Il testamento era rescisso non *perché* il testatore fosse pazzo; *anzi esso restava pienamente valido nei limiti in cui non era cagione di iniuria al legit-*

<sup>26</sup> Cfr. quanto diciamo sul *color insaniae* a pag. 416, nota 6 e 430 nota 1 [p. 913 nota 15 e p. 928 nota 39].

*timario*. Esso veniva rescisso solo perché produceva lesione del diritto di costui. La ragione giuridica della rescissione del testamento era appunto la iniuria, sulla quale la querella si fondava e a riparare la quale essa era diretta. La preterizione o la diseredazione ingiusta dei prossimi congiunti si profilava  $\alpha$ ) sul terreno giuridico come causa di *iniuria* per costoro,  $\beta$ ) sul terreno sociale come mancanza di quella naturale *pietas* (*officium pietatis*) che tutte le persone di buon senso debbono sentire verso i prossimi congiunti. Di qui il color *insaniae*, che venne a sovrapporsi, come giustificazione sociale, alla giustificazione propriamente giuridica.

Nel diritto postclassico la giustificazione sociale assunse anche valore di giustificazione giuridica; e fu così che la ragione della rescissione del testamento inofficioso si spostò dalla *iniuria* alla *pazzia*.

L'ingiusta preterizione o diseredazione dei legittimarî venne considerata come indice della insania del defunto, mediante una vera e propria *praesumptio iuris et de iure*. Sulla base di questa insania veniva ormai pronunziato l'annullamento del testamento e provocata l'apertura della successione intestata.

Si spiega soltanto così: 1°) che la querella fosse considerata come azione indipendente e potesse, perciò, essere esperita anche da un estraneo e che, comunque, non profittasse all'attore se non in quanto fosse successibile ab intestato; 2°) che in alcuni passi dei Digesti le interpolazioni siano dirette ad affermare che effetto della querella è sempre l'apertura della successione intestata generale; 3°) che altre interpolazioni neghino al defunto, in questi fasi, la *testamenti factio*, e dichiarino assolutamente nulle tutte le disposizioni contenute in un testamento inofficioso.

Principii, codesti, che non valgono pel diritto classico: perché, come abbiamo veduto (§ 252), in diritto classico, 1°) la querella è sempre coordinata al diritto di successione dell'attore e giova a lui solamente; per conseguenza, 2°) non si apre la successione intestata generale; 3°) ed è perfettamente concepibile tanto che il testamento sia parzialmente rescisso, quanto che, rescisso anche per intero, abbiano valore i legati in esso disposti a favore di altri legittimarî.

Di questa mutata natura del color *insaniae* è, del resto, traccia nelle fonti.

MARCIANUS, *libro IV institutionum*  
(2 D. 5.2).

pr. Inst. II, 18

Hoc colore inofficioso testamento agitur quasi non sanae mentis fuerunt ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur non quasi vere furiosus [*vel demens*] testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset [*vel demens*] nullum est testamentum.

...inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur aut inique se exheredatos aut inique praeteritos, hoc colore, quasi non sanae mentis fuerunt, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecit testamentum, non autem ex officio pietatis: nam si vere furiosus est, nullum est testamentum.

Dei due testi citati quello certamente più vicino al pensiero di Marciano è il testo delle istituzioni. Il testo dei Digesti presenta, invero, rispetto al primo, delle differenze che non sono soltanto formali: esso è più conforme al valore postclassico del *color insaniae*.

Dal punto di vista classico il significato del passo di Marciano è questo: i figli e – come si soggiunge più sotto, nel testo delle istituzioni – i genitori possono agire con la querella quando siano stati *ingiustamente* (inique) preteriti o diseredati. Il fondamento giuridico dell'azione sta, appunto, nella preterizione o diseredazione ingiusta. La quale socialmente viene configurata quasi come effetto di una insanità mentale del defunto (*hoc colore agitur quasi non sanae mentis fuisset*).

Ora la differenza tra il valore di questa finzione nel diritto classico e in quello postclassico sta in ciò: che nel diritto classico, il testatore non viene *giuridicamente equiparato ad un pazzo*. Nel diritto postclassico, invece, *il testatore viene giuridicamente equiparato ad un pazzo e, in piena coerenza con tale equiparazione, si nega a lui la testamenti factio* (fr. 17.1).

Se fermiamo la nostra attenzione sui due testi di Marciano, questo duplice valore giuridico del *color insaniae* apparirà chiaramente.

Nel testo delle istituzioni, il richiamo alla pazzia non ha, infatti, un valore tecnico-giuridico. Nel testo delle Pandette, invece, i due *demens* interpolati ci rivelano che, dunque, i compilatori intendevano riferirsi a quelle due forme di pazzia che avevano un preciso contenuto giuridico: cioè, al *furor* ed alla *dementia*. Il testatore, perciò, che avesse preterito o diseredato i suoi più prossimi parenti, veniva considerato, quantunque in realtà non lo fosse, come *furiosus* o *demens*.

Il testo dei Digesti può, perciò, tradursi così: contro il testamento inofficioso si agisce come se esso fosse fatto da un pazzo o da un demente.

Il vago richiamo alla insanità, diviene, nel diritto postclassico, richiamo specifico a due forme di alienazione mentale (*furor vel dementia*) produttrici di effetti giuridici. Queste due forme sono proprie del diritto postclassico<sup>27</sup>.

Se poi si accede alla tesi<sup>28</sup> secondo la quale tutto l'inciso «et hoc dicitur... nullum est testamentum» sarebbe di creazione postclassica (interpolazione pregiustiniana), la nostra tesi assume ancora maggiore risalto. I bizantini, che hanno giuridicamente equiparato il testatore ad un *furiosus vel demens*, tengono tuttavia a dichiarare che si tratta pur sempre di una finzione giuridica e non già di una realtà psichica. Se, infatti, il testatore fosse stato *realmente* pazzo allora non si sarebbe agitata una questione «de inofficioso testamento», e i legittimarii (prossimi successibili del defunto) avrebbero potuto senz'altro chiedere ab intestato la hereditas o la bonorum possessio (60 D. 29.2. Filium emanci-

<sup>27</sup> Cfr. SOLAZZI, *Furor vel dementia*, in *Aegyptus* est. p. 8, 10, 24.

<sup>28</sup> SOLAZZI, *op. cit.*, p. 8; EISELE, *Z. S. St.*, 15, p. 261, n. 1.

patum pater solum heredem instituit... filius, tamquam pater demens fuisset, bonorum possessionem ab intestato petit...).

Pregevole contributo a sostegno della nostra tesi ci porgono le fonti bizantine. STEFANO (*Bas.*, 39.1, I, sch. I) parlando del testamento inofficioso, in generale, dice che ἀνατρέπεται γὰρ ὡς μαινομένου διαθήκη (il testamento viene abbattuto quasi fosse di un pazzo); πῶς γὰρ οὐκ ἔστιν εἰπεῖν μανίαν τὸ χαλεπαίνειν οὕτω κατὰ τῆς φύσεως; (come si fa a dire che non sia pazzia adirarsi talmente contro natura?).

E commentando la lex II (fr. 2 D. 5.2) egli ripete: πῶς γὰρ οὐκ ἂν τις εἴποι μανίαν τὸ κατ' αὐτῆς ὥσπερ ἀλόγως χαλεπαίνειν τῆς φύσεως;

Ancora, commentando la lex XXIII, 4 (= 27.4 D. 5.2) lo scoliaste concepisce la querella come fondata esclusivamente sul color insaniae. τὸ ποιήσαν τὴν ζητήσιν ἐνταῦθα τοῦτό ἐστιν, ὅτι οὐ δύναται τῇ οὕτω διαθεμένη χρῶμα περιτεθῆναι μανίας.

La glossa I<sup>b</sup> del manoscritto di Heidelberg<sup>29</sup> giustifica così la decisione del fr. 17.1 (testamenti factionem habuisse defunctus non creditur)

δοκει γαρ ουτος ως μαινομενος διατιθεσθαι

Nel fr. 19 D. 5.2 è manifestamente interpolato l'inciso «*licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur*».

E appunto al fine di porre in rilievo il fondamento della querella, a me sembra – come ho già segnalato (pag. 439<sup>1</sup> [p. 937 nota 55]) – che sia stato aggiunto dai compilatori l'inciso finale del fr. 5 D. 5.2.

«resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret».

§ 257. A questi rilievi, pur essi importanti, di carattere formale, altri se ne aggiungono di carattere sostanziale; essi vengono desunti dalle interpolazioni che in conformità di questi nuovi principii vennero introdotte nei testi delle Pandette.

Come abbiamo già visto (§ 220), in diritto classico il testamento viene rescisso in confronto dell'attore (legittimario) nei limiti in cui è per lui causa di iniuria. Questa rescissione può, perciò, essere totale o parziale e possono, in conseguenza, le disposizioni del defunto essere totalmente o parzialmente annullate. Ora se ciò è vero, non possono essere di Scevola né di Trifonino le considerazioni che si fanno alla fine del fr. 36 D. 32.

*Apud SCAEVOLAM libro octavo decimo digestorum CLAUDIUS notat.*

Nec fideicommissa ab intestato data deberi ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset [*quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet*].

<sup>29</sup> Cfr. GRADENWITZ, *Z. S. St.*, 23, 458-9; *Philologus*, 62, p. 123.

Che il legittimario non sia tenuto in diritto classico a prestare neanche i fedecommissi ab intestato, si comprende quando si considera che la querella mira a rescindere proprio lo *iudicium defuncti*. Essa tocca, perciò, non solo il testamento, ma altresì ogni altra disposizione del defunto. La ragione, dunque, della invalidità dei fedecommissi ab intestato nel diritto classico è da ricercarsi ancora nella *iniuria*.

Se, invece, ci riferiamo al diritto postclassico, la ragione della loro invalidità va ricercata nella presunzione di pazzia che determina l'annullamento del testamento inofficioso e, con esso, l'annullamento di tutte le altre disposizioni del defunto. Poiché costui «*crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet*».

Un testo parallelo, pure di Scevola, ma con nota di Paolo, e riguardante la stessa questione – cioè la validità di fedecommissi ab intestato disposti nel testamento rescisso, a carico del legittimario querelante – è il fr. 13 D. 5.2. Orbene, questo frammento è interpolato; e tale interpolazione fa perfetto riscontro a quella notata nel fr. 36 D. 32.

SCAEVOLA, *libro tertio responsorum*: 13 D. 5.2.

Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit: eodem testamento ita cavit: ea omnia quae supra dari fieri iussi, ea dari fieri volo ab omni herede bonorumve possessore qui mihi erit etiam iure intestato: item quae dari iussero, ea uti dentur fiantque, fidei eius committo. quaesitum est, si soror centumvirali iudicio optinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur. respondi: si hoc quaeratur, an iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes bonorumve possessores successores credat, fidei committere possit, respondi posse. PAULUS, *notat*: probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi [*quasi a demente*].

La fattispecie, accettata anche dal Mommsen, viene così ricostruita da Cuiacio<sup>30</sup>: «*mater filium heredem instituit (sic legendum, non *filiam*) et filiam exheredavit et ei filiae legatum dedit (sic etiam legendum hoc loco, filiae, sunt permutata verba)*».

Ma essa urta contro due ostacoli: un ostacolo, diciamo, letterale, in quanto costringe a mutare la lettera del testo, senza una ragione decisiva; un altro ostacolo è di carattere logico perché la questione non sorge quando, come fa Cuiacio, si supponga che fedecommissario sia lo stesso querelante. Il problema, infatti, sorge solo quando il legittimario viene a trovarsi nella posizione di onerato: è egli, in tal caso, tenuto alla prestazione del fedecommissario ab intestato? Il testo, quindi, richiede necessariamente che fedecommissario sia un terzo estraneo. Dico terzo estraneo perché non sarebbe neanche possibile accettare l'ipotesi della Glossa, vale a dire che nel caso nostro ci sia: *a*) una figlia istituita; *b*) una figlia diseredata; *c*) un figlio diseredato ma beneficiato mediante il le-

<sup>30</sup> *Opera cit.* vol. 3 p. 148.

gato. In questo caso, infatti, se il legato lasciato al figlio rappresenta la sua quota legittima, esso dovrà *comunque essere prestato*.

Pertanto è necessario supporre che la testatrice avesse due figlie, che avesse istituita l'una e preterita l'altra, e che al figlio di quest'ultima avesse lasciato un legato.

Si domanda: se la preterita agisce con la querella e vince, sarà essa tenuta alla prestazione di questo legato, che la testatrice aveva avuto cura di convertire in fedecommesso ab intestato?

La risposta di Scevola, che nel testo è evidentemente monca, doveva essere la seguente: quantunque, normalmente, i fedecommessi ab intestato siano validi e gli eredi ab intestato (civili o pretori) siano tenuti a prestarli, tuttavia questa regola non vale nei riguardi di colui che sia venuto alla successione attraverso la querella: e ciò, perché costui succede in contrasto con la volontà del defunto.

Tuttavia, si tenga presente che, nel caso nostro, se del legato non verrà gravato il querelante, ne verrà pur sempre gravata, pro parte, la figlia istituita. Poiché, infatti, il testamento rimarrà parzialmente efficace, nei limiti in cui è efficace sono anche efficaci le altre disposizioni che il testamento contiene. Il responso di Scevola era stato, naturalmente, accettato da Paolo, come già ne aveva accettato uno simile Trifonino (fr. 36 D. 32).

Ma anche in questo frammento, come nel precedente, i compilatori introducono il loro principio favorito: il color insaniae. E così aggiungono nella chiusa del testo un *quasi a demente* che ne altera tutto il significato. Il valore postclassico del frammento è, infatti, questo: i fedecommessi ab intestato, e tutte le altre disposizioni mortis causa erette da una persona contro il testamento della quale si è agito con la querella, non sono validi perché si considerano come fatti da un pazzo. Interpolata in questo senso a noi sembra pure la chiusa del fr. 28 D. 5.2.

PAULUS, *libro singulari de septemviralibus iudiciis*: 28 D. 5.2: P. 44.

Cum mater militem filium falso audisset decessisse et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit hereditatem ad filium pertinere ita, ut libertates et legata praestentur. [*hic illud adnotatum quod de libertatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet*].

Una madre, nella falsa credenza che il proprio figlio militare fosse morto, lo preterisce nel suo testamento, istituendo altri eredi e disponendo legata e libertates. Adriano stabilisce, avuto riguardo alla peculiarità del caso, che il figlio debba ottenere l'eredità con l'obbligo, però, di prestare i legati e di eseguire le manumissioni<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Nei Basilici, (*Bas.* 39.1, XXIV sch. 1) Stefano considera il caso ὅς ἂν ἔλεγε, διὰ τοῦτο ἐνταῦθα τὰς ἐλευθερίας εἰρήκαμεν ἐρρῶσθαι καὶ τὰ ληγάτα, ἐπειδὴ μὴ ἐστὶ δεινοφικίσο ἢ κινουμένη (quasi dixerit, ideo hoc loco libertates et legata valere diximus, quod non sit actum querela inofficiosi). Cfr. quanto diciamo a pag. 466<sup>1</sup> [p. 968 nota 102] ove è rilevata anche l'importanza del testo per la storia della querella.

Il carattere insitizio dell'adnotatio che segue alla decisione si rivela a prima vista. Per diritto classico non è vero che debba di necessità essere totalmente nullo un testamento contro cui sia stata intentata la querella. Sappiamo, infatti, che esso può essere anche parzialmente rescisso.

Il carattere insitizio è rivelato ancora dal fatto che l'adnotatio è priva di legame necessario con la parte precedente del testo. Non c'era bisogno di dire che «cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet»; perché, se questo era l'effetto normale della querella, il porlo in rilievo sarebbe stata cosa, per lo meno, superflua. A nostro avviso, quest'adnotatio fu interpolata al fine di porre in luce un principio generale conforme al fondamento nuovo della querella.

Dopo quanto abbiamo detto apparirà chiara anche l'interpolazione introdotta nel fr. 17.1; con essa si afferma che si considera privo di testamenti factio colui contro il testamento del quale sia intentata la querella.

PAULUS, *libro secundo quaestionum*, 17.1 D. 5.2: P. 1279.

Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur [*testamenti factionem habuisse defunctus non creditur*].

La frase «testamenti factionem habuisse defunctus non creditur» è certamente insitizia. Essa fu probabilmente sostituita alla frase «libertates non valent nec legata debentur» (p. 467 [p. 969]). L'interpolazione determina esattamente gli effetti che produce la presunzione di pazzia del defunto: se costui viene, equiparato ad un pazzo, è chiaro che egli deve essere considerato privo di testamenti factio.

In conformità di questi nuovi principii furono interpolati, inoltre, i testi in cui era menzione degli effetti della querella (v. p. 510 [p. 1016]).

Il principio che bisognava introdurre era: la querella mira ad annullare il testamento e a provocare l'apertura della successione intestata generale. La quale gioverà, perciò, a tutti i più prossimi successibili ab intestato del defunto. Dal che discendono importanti corollari.

1) Anzitutto anche colui che rinunziò ad esperire la querella è, almeno in linea di principio, chiamato alla successione intestata apertasi in seguito alla querella intentata da un altro legittimario.

«Si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret... rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur» (17 pr. D. 5.2).

Se il rinunziante, in definitiva, viene escluso dalla successione – come si argomenta dal seguito del testo e dallo scolio corrispondente dei Basilici – ciò è dovuto al fatto che i bizantini equiparano la rinunzia alla premorienza, ed impediscono, così, il sorgere stesso della vocazione ereditaria.

2) Inoltre il riconoscimento dello iudicium defuncti da parte di un legittimario, se esclude costui dall'esperimento della querella, non lo esclude dalla successione intestata aperta in seguito alla querella intentata da un altro legittimario.

Così l'adizione dell'eredità ex testamento da parte di un legittimario istituito, non impedisce a costui, nel caso sopra detto, di venire ab intestato alla successione del defunto. Tutto ciò è chiaramente espresso nella seguente parte interpolata del fr. 19 D. 5.2.

*Ceterum si quis putaverit filia optinente totum testamentum infirmari, dicendum est etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem: nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur.* et rell. (p. 550 [p. 1062]).

3) Poiché il testamento viene, con la querella, annullato e viene, in conseguenza, provocata l'apertura della successione intestata, è evidente che il legittimario debba limitare la hereditatis petitio alla sua porzione intestata. Infatti, poiché *resciso testamento etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditatis* (fr. 19 D. 5.2), e poiché nel caso che ci sia un legittimario che rinunci o che «non queritur» (fr. 8.8 D. 5.2) anche costui, *resciso testamento... ad successionem ab intestato vocatur* (fr. 17 pr. D. 5.2), ne segue che il legittimario querelante *non recte totam hereditatem vindicasset* (fr. 17 pr. D. 5.2).

Come dice il fr. 8.8 D. 5.2 *non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere*. Pertanto nel caso che ci siano, come nel fr. 19, due successibili ab intestato il legittimario querelante *semissem vindicandum et defendendum totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat*.

La conclusione cui possiamo arrivare con sicurezza è la seguente. Nel diritto postclassico il color insaniae, specificandosi nelle due forme tecniche di pazzia – furor e dementia –, venne assunto a vera ragione giuridica dell'annullamento del testamento. E in conseguenza di questa sua mutata natura, mutò la natura della querella inofficiosi testamenti. Per conformare alla nuova querella i testi classici, furono interpolati tutti i frammenti nei quali si faceva parola della finzione di pazzia, e tutti quelli relativi agli effetti della querella. Queste interpolazioni mutarono, indirettamente, il valore giuridico degli altri testi non alterati. Per i motivi già detti innanzi (§ 236) queste interpolazioni, se pure furono materialmente fatte dai compilatori (il che è, tuttavia, contestabile), sono frutto di mutamenti avvenuti nel periodo postclassico. Giustiniano, infatti, ebbe della querella una concezione diversa dalla postclassica.

## CAPITOLO III

LA NATURA DELLA QUERELLA POSTCLASSICA  
DESUNTA DALLA ESEGESI DEL FR. 19 D. 5.2

§ 259\*. Esegesi introduttive per la interpretazione del fr. 19 D. 5.2. In particolare, esegesi del fr. 16 pr. D. 5.2; problemi che si propongono.

§ 260. Fattispecie del fr. 19 e sua disciplina giuridica alla luce dei principii classici. Fattispecie, principii e soluzione analoghe contenute nel fr. 14 pr. D. 37.4.

§ 261. Esegesi e ricostruzione del fr. 19 D. 5.2.

§ 262. Carattere insitizio dell'ultima parte del fr. 19 D. 5.2. Richiamo, in esso contenuto, a dottrine postclassiche concernenti la posizione giuridica del patrono istituito nel testamento del liberto in una porzione minore della sua quota legittima. Esegesi comparativa dei fr. 50 pr. D. 38.2; 3 pr. D. 38.5: applicazione, in essi, del principio classico. Esegesi dei fr. 8 pr. D. 38.2; 46 D. 38.2: affermazione del principio postclassico in questi altri testi.

§ 263. L'interpretazione della Glossa e quella di Cuiacio.

§ 264. Il fr. 19 D. 5.2 nella interpretazione di Irnerio e di Giovanni Bassiano. Coscienza che i due glossatori ebbero delle contraddizioni presenti nel fr. 19 D. 5.2. La soluzione di Giovanni Bassiano, desunta dall'accostamento del fr. 19 col fr. 14 pr. D. 37.4, conforme al pensiero classico.

§ 259. Passeremo ora alla esegesi approfondita dei testi interpolati nei quali si tratta degli *effetti* della querella. Noi già conosciamo tali interpolazioni, perché le abbiamo desunte dai raffronti fatti tra la querella classica e la postclassica e, specialmente, dal valore postclassico del *color insaniae*.

Ci proponiamo ora di desumerle dall'analisi dei principi che regolano, nel diritto classico e postclassico, il testamento contro il quale sia stata attuata una vocazione necessaria (testamento rescisso mediante b. p. c. t. o mediante querella inoff. testamenti). I testi che esamineremo sono i fr. 19, 17 pr. e 8.8 D. 5.2. Prima di iniziare l'analisi del fr. 19 è necessario analizzare il fr. 16 pr. D. 5.2. Esso non è

\* N.d.R.: Nell'edizione originale al paragrafo 257 segue il 259, in assenza del 258; per un criterio di assoluta fedeltà si è mantenuta la medesima numerazione.

interpolato: ma la fattispecie che presenta ed i principii che vi risultano applicati costituiscono, se ben considerati, una buona introduzione all'analisi del fr. 19.

PAPINIANUS, *libro secundo responsorum*: 16 pr. D. 5.2: P. 426.

Filio qui de inofficioso testamento matris contra fratrem institutum de parte ante egit et obtinuit, filia quae non egit aut non obtinuit [in hereditate legitima] fratri non concurrat (v. p. 454<sup>1</sup> [p. 954 nota 88]).

La fattispecie è la seguente. Nel testamento la madre aveva istituito un figlio ed aveva preterito l'altro figlio e la figlia; il figlio diseredato agì pro triente e vinse; la figlia non agì, o, pur avendo agito, venne respinta nel giudizio di inofficiosità. Quid iuris circa la *portio* (triente) che la figlia diseredata non poté rivendicare? Resterà all'istituito (così la Glossa, Mühlenbruch<sup>32</sup>, Francke<sup>33</sup>), o si accrescerà proporzionalmente allo istituito e al querelante (così Cuiacio)?<sup>34</sup> Io accetto quest'ultima tesi, escludendo, però, che nel caso possa parlarsi di *accrescimento* in senso proprio<sup>35</sup>. È vero che l'istituito e il querelante otterranno ciascuno metà del patrimonio ereditario; ma tale risultato non deve configurarsi come conseguenza dell'accrescimento del diritto della legittimaria che non agì, a favore dell'istituito e del querelante; perché tra l'istituito e la rinunziante manca quella *identità di titolo*, e, quindi, quella congiunzione nella vocazione che è il presupposto dell'accrescimento. Se per attribuire la porzione della rinunziante si dovesse far ricorso al principio dell'accrescimento, bisognerebbe dire che la rinunzia profitta unicamente all'altro legittimario, il diritto del quale ha titolo *identico* al diritto del rinunziante (diritto di successione ab intestato). L'accrescimento è possibile soltanto tra più chiamati congiuntamente (e allo stesso titolo). E ciò, perché in tal caso le singole vocazioni abbracciano virtualmente tutta l'eredità e solo in concreto si limitano a vicenda. Onde è naturale, che, venendo meno qualcuna di queste limitazioni, le altre vocazioni, per fenomeno, diremo, di «elasticità», cioè per la loro intrinseca tendenza al tutto, si espandono naturalmente fino ad occupare il vuoto lasciato dalle vocazioni mancanti.

Ora, tra l'istituito e la rinunziante non c'è né congiunzione nella chiamata, né identità di titolo: infatti sono chiamati alla eredità l'uno ex testamento e l'altra ab intestato. Se, tuttavia, anche l'istituito profitta della rinunzia della legittimaria, ciò è dovuto ad una causa diversa dall'accrescimento: *alla concorrenza, cioè, fra l'acquisto – ex testamento – compiuto dall'istituito e quello – ab intestato – compiuto dal querelante.*

<sup>32</sup> Cont. GLÜCK, lib. 28, vol. II, pag. 277 segg.

<sup>33</sup> *Das Notherb.*, pag. 272 segg.

<sup>34</sup> *Opera ed. cit.*, vol. 3, pag. 150.

<sup>35</sup> Per argomentazioni analoghe in ordine al problema dell'*accrescimento* nel nostro diritto positivo, cfr. BETTI, *Lezioni sulla successione legittima intestata e necessaria*, 1928-1929, Milano, pag. 47 segg.

Infatti il figlio era stato, nel caso, istituito ex asse; dunque la sua adizione abbracciava l'intero patrimonio ereditario. Poiché, però, vi erano altri due figli preteriti, costoro avrebbero potuto rescindere nei 2/3 il testamento, limitando così all'acquisto di 1/3 l'effetto dell'adizione da parte dell'istituito. Ora, dei due figli preteriti uno rinunziò ad esperire la querella e pertanto a venire ab intestato alla successione. Rimase, perciò, un solo legittimario. Ci domandiamo: la querella intentata da costui in qual misura avrà rescisso il testamento? Ed in quali limiti, per conseguenza, avrà ristretta l'efficacia dell'adizione compiuta dall'istituito? Certamente, per metà. Infatti, l'adizione ab intestato del legittimario è essa pure, come quella ex testamento dell'istituito, virtualmente diretta ad abbracciare l'intero asse ereditario. Ora queste due adizioni avranno efficacia ciascuna nei limiti in cui è compatibile con la concorrente efficacia dell'altra.

È dalla reciproca limitazione che si determina la quota: sin dove l'una adizione non è efficace, è efficace l'altra. E poiché l'istituito nel testamento non potrebbe difendere che nella metà la sua vocazione testamentaria, essendo questa la portata del suo diritto di succedere ab intestato<sup>36</sup> – diritto che, come elemento extratestamentario, tiene fermo il testamento, in questa misura, contro i querelanti – nell'altra metà, in cui il testamento è rescisso, ha efficacia l'adizione ab intestato del querelante. La interpretazione che Cuiacio dà del testo è la seguente.

«Mater habet tres filios. Primum, Secundum et Tertium: Primum et Secundum praeteriit, Tertium instituit ex asse. Primo et Secundo competit querela inofficiosi... vel etiam si Primus primum egerit pro triente, cum nondum esset exclusus Secundus, si postea Secundus excludatur vel repudietur querela, tantum abest ut primus Secundo repudiante vel excluso communicet trientem, quem abstulit, ut potius, Secundi pars ad crescat Primo pro rata. Nam ad crescit utrique portio Secundi: Primo exheredato et Tertio scripto. Atque ita singuli hebebunt semissem, ac si Secundus in rebus humanis non fuisset»<sup>37</sup>.

La decisione di Cuiacio è giusta, perché è vero che ognuno dei due figli – il querelante e l'erede istituito – avranno la metà del patrimonio. Non sembra esatta, però, la motivazione: per la quale bisogna ricorrere non già al concetto dell'accrescimento, ma a quello della concorrenza tra le due adizioni.

Tuttavia non avrei difficoltà a considerare come accrescimento il beneficio che l'istituito risente per effetto della soccombenza o della rinuncia di un legittimario. Ma bisognerà allora tener presente che l'accrescimento ha in questo caso fondamento nel testamento; esso si opera perché la vocazione testamen-

<sup>36</sup> Si potrebbe parlare di accrescimento solo con riguardo a questo diritto ab intestato *sottostante* alla vocazione testamentaria, in quanto non ristretto da questa ad una porzione minore. (Cfr. pag. 40 segg., 335 segg., 460 [p. 509 sgg., 824 sgg., 961]).

<sup>37</sup> *Op.* vol. 3, pag. 150.

taria *comprende anche la parte accresciutas*<sup>38</sup>: che se la vocazione testamentaria non comprendesse già in sé (*qui il figlio è istituito ex asse*) la parte che si accresce, questo accrescimento non potrebbe operarsi. Il che significa che *non è iure intestati* che qui si opera un vantaggio per l'erede istituito – il quale per questa via non potrebbe ricevere profitto alcuno – ma *iure testamenti*.

Ho insistito su questo punto perché, come vedremo, è la falsa opinione che un accrescimento in senso tecnico possa in tali casi verificarsi, che induce Cuiacio<sup>39</sup> ad ammettere nel caso del fr. 19 che, scacciato l'erede estraneo, la porzione di costui venga divisa tra la querelante e la istituita in maniera che quest'ultima venga ad acquistare *iure intestati* la parte residua della sua quota intestata. Il che è un errore.

Introduciamo ora una variante nel caso prospettato nel fr. 16 pr., in guisa che la fattispecie che ne risulta sia simile a quella del fr. 19 che dovremo analizzare.

Pongasi il seguente caso: che la madre invece di istituire il figlio ex asse, lo avesse istituito nella 3<sup>a</sup> parte dell'eredità, diseredando gli altri figli e istituendo nei 2/3 un estraneo. Anche in questo caso uno dei due diseredati viene escluso dalla querella, l'altro, invece, agisce pro triente prima della rinuncia o della soccombenza del fratello. Cosa avverrà quando tale rinuncia sarà accertata o la soccombenza sarà avvenuta?

Nel caso nostro ognuno dei due legittimarî, una volta riconosciuta ingiusta la diseredazione, era chiamato all'intera eredità. Ma essi non potevano avere tutta l'eredità perché, per la 3<sup>a</sup> parte in cui era istituito il loro fratello, il testamento, rafforzato dalla vocazione intestata dell'istituito, restava efficace. Le vocazioni, dunque, dei due diseredati – se avessero tutti e due vinto nell'esperimento della querella – erano praticamente limitate ai 2/3 del patrimonio ereditario. Qui i due fratelli *erano vocati congiuntamente e allo stesso titolo* e cioè, fra di loro esisteva *la base di un eventuale accrescimento*. Se ora facciamo l'ipotesi che uno dei due diseredati abbia rinunciato ad esperire la querella, o sia rimasto soccombente nel giudizio di inofficiosità, sorge il problema: a chi andrà la porzione del soccombente? 1) All'altro legittimario, o 2) al legittimario e al figlio istituito, o 3) all'estraneo?<sup>40</sup>

<sup>38</sup> E la comprende perché ha assorbito la vocazione intestata.

<sup>39</sup> *Op. cit.*, vol. 3, pagg. 150-151.

<sup>40</sup> Mentre, come mostriamo nel testo, il problema sta nel sapere cosa avverrà della porzione che la soccombente (o rinunziante) non ha potuto rivendicare, i Basilici e la Glossa interpretano il fr. di Papiniano come se in esso fosse posta quest'altra questione: se, cioè, giovi alla sorella soccombente o rinunziante l'azione vittoriosamente esperita dal fratello querelante. È evidente, qui, l'influenza del fr. 6.1 D. 5.2, e, quindi, della concezione postclassica della querella. Lo scoliaste fa questo discorso: il testamento è stato rescisso nel triente: poiché questa rescissione è stata provocata con la querella e poiché la querella provoca l'apertura della successione intestata dunque, ἀδιάθετος ἡ κοινὴ μήτηρ τελευτεκῆναι δοκεῖ. Ne segue che nei limiti del triente anche la soccombente dovrebbe partecipare alla successione. Se

Esaminiamo le singole ipotesi:

1) Andrà all'estraneo la porzione del soccombente? No: perché ogni querelante vincitore ha virtualmente diritto – come erede ab intestato – all'intera eredità: egli ottiene tutta l'eredità se non trovi ostacolo nella concorrenza di altri legittimarî o nella istituzione (nella debita portio o in una quota minore) di un successibile ab intestato di pari grado. Un estraneo non avrebbe modo di opporsi validamente all'azione del legittimario vincitore. Costui è un *potior*, e il suo diritto non trova limite che quando incontri il diritto di un altro successibile ab int. di pari grado. L'estraneo non è tale. Dunque a lui non rimarrà alcuna porzione dell'eredità, dalla quale verrà completamente escluso.

2) Andrà allora la porzione del soccombente o del rinunziante ad accrescersi proporzionalmente al legittimario e allo istituito? (Cuiacio). No; perché l'accrescimento ha base in una chiamata congiuntiva a titolo identico. Qui il legittimario è chiamato invece *iure intestati* e l'*istituito iure testamenti*. E se si ammettesse che quest'ultimo potesse avere una parte proporzionale della quota del soccombente, poiché questa porzione a lui non potrebbe venire altronde che *iure intestati*, si verrebbe ad urtare il principio, saldissimo per tutto il periodo classico, *nemo partim iure testamenti partim iure intestati ad hereditatem eiusdem personae venire potest* (cfr. p. 337, 517, 544 [pp. 826, 1024, 1055]).

3) La porzione del mancante si accrescerà, pertanto, solamente *al legittimario vincente*? Sì, si accrescerà a costui. E la ragione di ciò è palese: il legittimario vittorioso e il soccombente erano chiamati *congiuntamente* alla eredità della madre loro, *iure intestati*. Il loro fratello istituito nel testamento era stato escluso, per il fatto stesso dell'adizione, da ogni eventuale successione intestata. Dunque non concorreva con loro se non nel solo senso che restringeva *la loro vocazione*, che altrimenti sarebbe stata all'intero asse, ai  $\frac{2}{3}$  dell'asse medesimo. Dunque, la chiamata congiuntiva si aveva soltanto per i due legittimarî: ed allora è logico che, venendo meno uno di costoro per *rinunzia* o *soccombenza*, la parte del rinunziante o del soccombente si accresca all'altro. Cioè, nel caso no-

non vi partecipa, ciò è dovuto a una mera ragione di equità o, se ne ricorrono i termini, alla finzione della morte. (Bas. 39.1, XIII sch. 1. Cfr. pag. 466 [p. 967]).

BARTOLO interpreta: «si unus ex filiis pro parte sua querelam instituat alteri tacenti non prodest. La Glossa pone così la fattispecie. Titia duos filios habebat et unam filiam. Decessit, uno filio istituito et altero exheredato una cum sorore. Filius exheredatus querelam movit et obtinuit, quaeritur utrum sorori exheredatae prosit querelam non moventi? Et respondit quod non – unde filius ille, qui obtinuit, non tenebitur communicare illae sorori quod consecutus fuit».

Ripeto che la questione non è «utrum sorori exheredatae prosit querelam»; su questo Papiniano non poteva avere dubbio alcuno. La questione è quest'altra: a chi andrà, ed a che titolo, la porzione della soccombente? La risposta esatta è quella di Cuiacio: della porzione della soccombente profiteranno – per un motivo diverso dell'accrescimento – come abbiamo visto (p. 539 [p. 1050]) – l'istituito e l'altro legittimario.

stro, il querelante vincitore respingerà del tutto l'erede estraneo e acquirerà egli solo i due terzi del patrimonio ereditario.

Questa soluzione che, come appare dalle premesse fatte, è coerente ai principi classici, contrasta con quella prospettata dal Noodt e dal Mühlenbruch<sup>41</sup>. La diversità di questa soluzione va ricercata in una concezione del diritto di accrescimento diversa dalla nostra. Noi diciamo: l'accrescimento deve essere considerato come una conseguenza naturale della portata virtualmente universale delle vocazioni ereditarie. Esso si verifica non perché il diritto del rinunziante si unisca a quello del non rinunziante, ma perché il diritto del non rinunziante, venendo meno la «compressione» che gli apportava il diritto del rinunziante, automaticamente si «espande». Quindi non si tratta di un diritto che si unisca ad un altro, ma di un limite che viene tolto all'efficacia di quest'ultimo.

Invece il Noodt ed il Mühlenbruch concepiscono l'accrescimento come l'assommarsi del diritto del rinunziante col diritto del non rinunziante. Partendo da questa concezione, essi dicono: si deve parlare di accrescimento solo quando sia certo che il diritto che dovrebbe accrescersi all'altro diritto, abbia avuto effettiva esistenza. Perché se questo diritto non è mai esistito, allora non può parlarsi di accrescimento, essendo impossibile che un diritto che non esiste vada ad accrescersi ad altro diritto.

Per cui, nel caso da noi prospettato, e nel fr. 16 pr., poiché il legittimario restò soccombente nel giudizio di inofficiosità e poiché, perciò, fu *accertato* che egli non aveva ab initio diritto di querella, non potrà parlarsi di accrescimento della porzione del soccombente né a vantaggio dell'altro legittimario, né a vantaggio dell'erede istituito nel testamento. Ma si avrà solamente questo: che la porzione del mancante *non sarà tolta all'erede testamentario* a cui sarebbe stata tolta se il soccombente avesse vinto.

L'errore del Mühlenbruch e del Noodt è palese. Essi pensavano che i legittimari non rivendicassero, con la querella, che la loro porzione intestata astrattamente fissata al momento della morte del testatore. C'erano, poniamo, quattro figli? Ebbene, se essi fossero stati diseredati, poiché la loro rispettiva porzione intestata era di  $\frac{1}{4}$ , la loro querella avrebbe dovuto mirare a ottenere questo quarto. Se di questi 4 diseredati, due fossero stati giustamente diseredati, o fossero stati esclusi dalla querella per aver conseguito dal testatore la quarta debitae portionis, allora costoro non avrebbero avuto diritto di querella e il testamento non sarebbe stato rescindibile che nei  $\frac{2}{4}$  spettanti agli altri due diseredati ingiustamente. L'accrescimento sarebbe stato possibile, al massimo, soltanto tra i due querelanti vincitori e nei limiti delle rispettive quote.

Ma questa concezione è errata (v. p. 562<sup>1</sup> [p. 1075 nota 54]). Bisogna, infatti, pensare che il legittimario è *anzitutto* un successibile ab intestato (pretorio).

<sup>41</sup> Cont. GLÜCK lib. 28 vol. II trad. it. p. 277 segg.

Ora, ripeto, le vocazioni ereditarie sono, almeno virtualmente, dirette all'intero asse ereditario e si attuano in concreto nei limiti in cui non incontrino ostacolo nella vocazione di altri successibili ab intestato di pari grado. Dunque il querelante vincitore avrebbe diritto, potenzialmente a tutto l'asse; solo che questo suo diritto *totale* viene in concreto ad essere compresso, limitato, dai pari diritti degli altri chiamati. Ma quando questi chiamati sono esclusi dalla successione intestata, chi profitta della esclusione è il querelante vincitore, il cui diritto non incontrerà, in concreto, quei limiti entro cui sarebbe stato circoscritto se anche gli altri fratelli fossero venuti con lui alla successione intestata.

Qui, come nel diritto di proprietà<sup>42</sup>, si può dire che il diritto dei legittimari ha un contenuto virtualmente universale. Giusta è pertanto la nostra soluzione ed errata quella che propongono il Mühlenbruch ed il Noodt: il querelante otterrà egli solo i 2/3 dell'eredità, nel caso da noi ipotizzato.

§ 260. La fattispecie prospettata come variante del fr. 16 pr. coincide perfettamente con quella formulata nel fr. 19 D. 5.2.

*Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante alteram praeteriit: haec de inofficioso egit et optinuit.*

Si tenga, anzitutto, presente che qui si tratta di successione alla madre. La madre non ha *sui* e, perciò, non è costretta ad istituire o diseredare i propri figli. Ancora: la preterizione, nel testamento materno, non pone la figlia preterita nella condizione di un emancipato preterito nel testamento paterno. Perché, mentre l'emancipato preterito nel testamento paterno ottiene dal pretore la bonorum possessio contra tabulas, ciò non avviene quando si tratti di un figlio o di una figlia preteriti nel testamento della madre. Altro rimedio non resta a costoro che l'esperimento della querella.

«Filiam praeteritam a matre ad successionem eius citra inofficiosi querella adspirare non posse explorati iuris est». (c. 15 C. 3.28)

Esaminiamo ora la situazione che nella fattispecie ci viene presentata. Possiamo dividere questo esame in tre parti: esame della posizione giuridica 1) della figlia istituita; 2) dell'estraneo istituito; 3) della preterita querelante.

A) Si suppone, intanto, l'esistenza di un testamento iure civili valido; si suppone, anche, che l'eredità sia stata adita ex testamento tanto dall'erede estraneo quanto dalla figlia istituita. Infatti si ammette che la querella possa venire esperita anche contro quest'ultima: il che non sarebbe possibile se l'istituita non avesse adito (ante aditam hereditatem nec nascitur querella 8.10 D. 5.2).

Ora la figlia istituita nel ¼ è esclusa dalla successione intestata per un triplice motivo: 1) perché fu istituita nella debita portio; sicché, in quanto sufficientemente beneficata, essa non potrà in nessun modo agire contro il testamen-

<sup>42</sup> FERRINI, *Pand.*, p. 349.

to (8.8 D. 5.2); 2) perché adendo riconobbe l'itudicium matris, precludendosi, così, la via ad una eventuale impugnativa di esso (p. 469<sup>3</sup> [p. 971 nota 108]); 3) perché l'adizione ha consumato la sua vocazione intestata, assorbendola definitivamente entro quella testamentaria (p. 462 [p. 963]).

E allora si può dire che nei confronti della figlia istituita il testamento è definitivamente efficace; esso le preclude la possibilità di una eventuale vocazione intestata. E definitivamente efficace è anche in confronto dalla preterita, perché esso si presenta nei rispetti di quest'ultima come *rafforzato* dalla vocazione intestata dell'istituita, trasfusa in quella testamentaria.

Onde la figlia istituita riceverà, in tutti i casi, soltanto il  $\frac{1}{4}$  di istituzione. Non sarebbe possibile che costei ricevesse ancora altra parte dell'eredità, *a titolo diverso* da quello testamentario. E, precisamente, non sarebbe possibile, come invece crede Cuiacio<sup>43</sup>, che la sua quota di istituzione si accrescesse *iure intestati*. Così, se la preterita respingerà l'estraneo dall'eredità, essa sola profitterà della vittoria facendo sua tutta la porzione ( $\frac{2}{3}$ ) in cui l'estraneo era istituito. Cuiacio, invece, dopo aver detto che nel caso nostro «institutio extranei in totum rescinditur», afferma che «ex institutione extranei praeterita non feret nisi semissem; quadrans pertinebit ad *institutam iure legitimo, hoc est intestati*: atque ita praeterita habebit semissem ab intestato, instituta quadrantem ex testamento et *quadrantem ab intestato*».

Ora è sufficiente rievocare i principii sopra esposti (p. 538 segg. [p. 1048 sgg.]) per vedere quanto sia erronea la conclusione cui arriva Cuiacio, e, con Cuiacio, la grande maggioranza degli interpreti. A quale titolo, infatti, l'istituita potrebbe avere una porzione di eredità diversa da quella che le proviene dal testamento? Cuiacio dice, *iure intestati*. Ma noi sappiamo che la vocazione intestata dell'istituita non potrebbe avere più rilevanza alcuna essendo stata assorbita nella vocazione testamentaria. Ha vigore, in tal caso, il principio: *nemo partim iure testamenti, partim iure intestati ad hereditatem eiusdem personae venire potest* (p. 541 [p. 1052]).

La soluzione di Cuiacio, secondo la quale la figlia istituita avrebbe diritto a metà del patrimonio ereditario, è pensabile solo se si consideri nullo il testamento e quindi aperta la successione intestata. È pensabile ancora se non si ha difficoltà ad ammettere che una persona possa venire alla successione di un'altra tanto ex testamento quanto ab intestato. Ma queste due soluzioni non furono mai ammesse dal diritto classico e possono essere accettate solo pel diritto postclassico (p. 462 [p. 964]).

Possiamo concludere dicendo che per diritto classico l'istituita nel  $\frac{1}{4}$  – nel caso del fr. 19 – tratteneva validamente la sua porzione di istituzione, ma non poteva aspirare ad ulteriori accrescimenti della quota.

<sup>43</sup> Op. vol. 3 col. 150.

B) Esaminiamo ora la *posizione giuridica dell'estraneo*. L'estraneo istituito sarà interamente respinto dall'eredità se la preterita intenta con successo la querella contro di lui. Infatti la querella mira ad attuare il diritto di successione del legittimario. Questo diritto, come sappiamo, abbraccia virtualmente l'intera eredità. In concreto esso avrà attuazione nei limiti in cui non sarà ostacolato da altro diritto concorrente di pari grado. Ora, nel caso, l'estraneo, non essendo successibile ab intestato, non può in nessun modo impedire che la querelante rivendichi i  $3/4$  di eredità in cui egli è istituito. L'unico ostacolo che la querelante incontra è l'istituzione della sorella. Ma questo è insuperabile: perché qui la vocazione testamentaria, essendo giuridicamente rafforzata dalla vocazione intestata in essa assorbita, non può essere rescissa.

A nostro avviso, dunque, l'estraneo sarà escluso dall'eredità (v. p. 460 [p. 961]).

Intorno alla posizione giuridica dell'estraneo, nel caso del fr. 19, le opinioni della dottrina sono, in verità, discordi. La conclusione comune alla quale giungono, per vie diverse, i Basilici, la Glossa e Cuiacio è, peraltro, conforme alla nostra: vale a dire, che l'estraneo viene escluso dall'eredità. Diversa, invece, è la soluzione avanzata dal Mühlenbruch; secondo questa soluzione, la preterita rivendicherebbe soltanto la metà del patrimonio ereditario, e  $1/4$  – dei  $3/4$  – rimarrebbe all'estraneo.

Il Mühlenbruch ragiona come segue<sup>44</sup>.

La querella ha la stessa estensione del diritto di succedere ab intestato che tende a fare attuare: nel caso concreto (fr. 19), essendoci due sorelle, il diritto di succedere ab intestato della querelante si estende alla metà del patrimonio ereditario: dunque, soltanto questa metà può essere rivendicata con la querella.

L'errore del Mühlenbruch sta nel credere che, per il fatto solo che ci siano due successibili ab intestato, le quote ereditarie di costoro siano necessariamente determinate nella metà (p. 542 [p. 1052]). La misura delle quote, invece, risulta in concreto dal grado di energia dei varii diritti in concorso (*concursum partes fiunt*).

In verità il M. non vide che le vocazioni ereditarie tendono, per loro stessa natura, ad estendersi a tutta l'eredità (p. 543 [p. 1053]). La loro limitazione nasce dal concorso delle varie vocazioni. Il numero di tali vocazioni, al momento della morte del testatore, ci può far conoscere, in via di probabilità, quale potrà essere eventualmente la quota che toccherà a ciascuno dei chiamati: ma si tratta di una mera probabilità, d'un calcolo soltanto pratico e non già di una determinazione con valore giuridico. Sino a quando, infatti, l'eredità non è adita, possono verificarsi fatti varii che possono mutare, in concreto, la misura prevista delle quote.

<sup>44</sup> Cont. GLÜCK, lib. 28, vol. II, trad. it., pag. 264 segg., 289.

Così, nel caso nostro; è vero che ci sono due sorelle alla morte della madre e che, perciò, in astratto, spetterebbe a ciascuna di esse la metà dell'asse ereditario; ma (e il Mühlenbruch, sia pure per altre ragioni, conviene in questo) la figlia istituita non può far valere il proprio diritto di succedere ab intestato.

Che valore ha codesta impossibilità? Questo: che, dunque, la vocazione intestata della preterita, vocazione tendente virtualmente all'intera eredità, non sarà limitata dalla vocazione della sorella istituita.

E poiché il testamento è in grado di resistere alla rescissione nel solo quarto di istituzione dell'altra figlia, la preterita, agendo contro l'estraneo, richiederà legittimamente i 3/4 dell'eredità. Questa soluzione è, come si vede, in armonia coi principii.

C) Resta a indagare la *posizione giuridica della preterita*. Come già sappiamo, il legittimario con la querella intende sempre attuare il proprio diritto di successione: diritto, che, almeno virtualmente, abbraccia tutta quanta l'eredità.

Ora nel caso nostro si ha la seguente situazione.

a) Sola successibile ab intestato è la querelante; b) la figlia istituita, in quanto riconobbe il testamento e perché sufficientemente beneficata, non concorre con la querelante nella successione intestata; c) il testamento non è rescindibile nei limiti dell'istituzione di tale figlia.

Da ciò discende che la preterita querelante verrà da sola alla successione intestata della madre e rivendicherà dall'estraneo i 3/4 dell'eredità.

E se, per errore del giudice, venisse pronunciata la rescissione totale del testamento? Cosa avverrebbe della porzione in cui era stata istituita la figlia? Potrebbe costei, sulla base della rescissione totale, chiedere di venire alla eredità della madre *iure intestati*?

A nostro avviso, come abbiamo già detto, la istituita nel quadrante non potrebbe, fondandosi sulla rescissione totale del testamento, venire *iure intestati* alla eredità della madre. La rescissione anche totale del testamento, in diritto classico, *non significa mai dichiarazione di inesistenza di esso*. La rescissione opera ex nunc e non fa venir meno ex tunc anche gli effetti che per la presenza del testamento si siano già verificati. Onde *chi profitta qui dell'errore del giudice è soltanto il legittimario querelante*, a vantaggio del quale la sentenza fu pronunciata.

La istituita, a danno della quale si produsse la rescissione del testamento, ha però sempre *la possibilità di agire contro la sentenza di rescissione con un mezzo giuridico che ricorda la odierna opposizione di terzo; e ciò, al fine di farsi restituire in integrum* (cfr. p. 524<sup>1</sup> [p. 1032 nota 20]).

È perciò erronea l'opinione del Mühlenbruch, secondo il quale, mentre la istituita non potrebbe più profittare del suo originario diritto di successione ab intestato e dovrebbe quindi contentarsi, quando il testamento non sia rescisso per intero, della quota che le è stata attribuita nel testamento, potrebbe, invece, quando abbia luogo una rescissione totale, far valere la propria vocazione intestata e, quindi, acquistare la metà del patrimonio ereditario.

Anche il Mühlenbruch soggiace qui all'errore cui induce il supposto contrasto fra il fr. 6.1 e il fr. 25.1 D. 5.2. Si crede, infatti, che mentre, allorché la querella sia esperita pro parte, essa produca certi effetti, quando, invece, sia diretta contro tutto il testamento, produca effetti completamente diversi (v. p. 527 [p. 1035]). Il Mühlenbruch nota che, a rigore, l'istituita non potrebbe «dalla dichiarazione di inofficiosità derivare alcun diritto che non le competa per legge», essendo essa esclusa con la quarta ex testamento dalla successione intestata. «Tuttavia», egli soggiunge quasi a malincuore, «la legge 6.1 D. 5.2, comunque la si voglia intendere, parte dal principio che quando il testamento sia annullato per intero si deve considerare come non mai esistito... Onde bisogna ammettere che gli eredi necessari, impugnando il testamento per intero, anziché per la sola parte loro spettante, provochino l'apertura della successione intestata per tutta l'eredità, e quindi la chiamata di tutti gli eredi intestati; perocché, se quel principio è vero, l'annullamento totale del testamento deve avere sempre le stesse conseguenze, sia esso stato occasionato dall'iniziativa dei veri eredi necessari o di persone che non avevano diritto di intentare la querella»<sup>45</sup>. Come si vede, è il fr. 6.1 che confonde sempre le idee.

Poiché, però, abbiamo visto che il fr. 6.1 non è classico<sup>46</sup>, non sono classiche le ipotesi che su di esso si fondano. Ottima è l'osservazione del Mühlenbruch intorno alla possibilità che anche un estraneo possa validamente instaurare un giudizio di inofficiosità e provocare così la successione intestata. Ma tutto ciò ha esclusivo riferimento al diritto postclassico. Per questo rimandiamo a quanto abbiamo esposto in precedenza (§ 216 p. 441 [p. 939]).

Noi possiamo concludere dicendo che nel caso prospettato nel fr. 19 D. 5.2, la soluzione che discende dai principii classici è questa: *il testamento verrà rescisso nei 3/4, quota di istituzione dell'estraneo; la preterita acquisterà per intero questi 3/4 del patrimonio ereditario, mentre all'istituita non potrà toccare altro all'infuori del suo quarto di istituzione.*

Prova testuale di questa soluzione ci porge il fr. 14 pr. D. 37.4 di Africano (cfr. § 165 pag. 335 [p. 824]; p. 460<sup>1</sup> [p. 961 nota 95]; p. 554 [p. 1066]). Qui c'è un figlio emancipato istituito nel testamento in meno della quota virile, per es. nel quadrante; un estraneo istituito nel resto dell'eredità (3/4), ed un altro figlio emancipato preterito. Il figlio istituito poteva, commissio per alium edicto, prima di adire l'eredità ex testamento, chiedere egli pure la bonorum possessio contra tabulas. Preferì, invece, adire l'eredità ex testamento. L'altro fratello chiese la bonorum possessio contra tabulas.

Quale è la posizione giuridica del figlio istituito adeunte? Dice Africano: il testamento non sarà rescisso nella parte che attiene alla istituzione del figlio: il

<sup>45</sup> *Op. cit.*, pag. 291.

<sup>46</sup> Cfr. § 253 p. 520<sup>1</sup> [p. 1027 nota 16].

quale non avrà che la sua quota di istituzione ( $\frac{1}{4}$ ). E poiché il testamento entro tali limiti è efficace, ne segue che il figlio «extraneis quoque legata praestare cogitur». Cfr. 15.2 D. 37.5.

La fattispecie e la soluzione del fr. 14 pr. D. 37.4, sono perfettamente conformi alla fattispecie ed alla soluzione classica del fr. 19 D. 5.2, da noi prospettate. Gli stessi principii vengono in applicazione nei due testi: *a*) il principio dell'assorbimento e del conseguente rafforzamento relativamente alla istituzione del figlio in una quota minore della virile ( $\frac{1}{4}$ ); *b*) l'esclusione dell'estraneo dall'eredità ad esclusivo profitto della querelante o del bonorum possessor contra tabulas.

In queste due ipotesi, come già nell'ipotesi del fr. 16 pr. D. 5.2, noi possiamo operare con l'idea del concorso dei due acquisti: quello ex testamento, dell'istituito, e quello ab intestato, del legittimario. Il secondo acquisto è efficace sin dove non è efficace il primo. Orbene, poiché l'acquisto – ex testamento – dell'istituito è circoscritto ad  $\frac{1}{4}$  dell'eredità ed ha efficacia solo entro questi limiti, ne discende necessariamente che l'acquisto – ab intestato – della querelante si estenderà sui  $\frac{3}{4}$  rimanenti. La soluzione è determinata oggettivamente dal concorso dei due acquisti.

Una obiezione che si potrebbe fare all'accostamento del fr. 14 pr. D. 37.4 al fr. 19 D. 5.2, è questa: che mentre il primo ha riferimento alla bon. poss. contra tab., l'altro ha riferimento alla querella inofficiosi testamenti (p. 558 [p. 1070]). Orbene simile obiezione è priva di fondamento: perché nell'un caso e nell'altro la condizione giuridica del testamento è identica. Il testamento, infatti, nelle due ipotesi, è *rescindibile* nei limiti dell'istituzione dell'estraneo: non lo è nei limiti dell'istituzione del figlio e della figlia. È rescindibile nel primo caso, perché la vocazione intestata del legittimario (querelante o bonorum possessor) è piziore rispetto alla vocazione testamentaria dell'estraneo.

Non è rescindibile nel secondo caso, perché la vocazione testamentaria del figlio istituito è rafforzata dalla sua medesima vocazione intestata.

§ 261. Dopo che, in base ai principii, abbiamo risolta la fattispecie posta dal fr. 19 D. 5.2, vediamo ora se la nostra soluzione trova rispondenza nel testo. Diciamo subito che questa rispondenza non c'è. Il testo è profondamente alterato e la soluzione che esso, in definitiva, presenta è questa: «*non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, quia rescisso testamento etiam institutae saluum ius sit adeundae hereditatis*». Vale a dire: la preterita deve rivendicare solo il semisse, perché l'altro semisse è di pertinenza dell'istituita, essa pure succedibile ab intestato. Appar chiaro, qui, come alla soluzione classica sia stata sostituita quella postclassica, in armonia con la mutata concezione della querella.

PAULUS, *libro secundo quaestionum*: 19 D. 5.2: P. 1280.

Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit: haec de inofficioso egit et obtinuit. Quaero scriptae filiae quomodo succurrendum sit.

Qual'è il significato della questione? Ecco: Paolo nello stesso libro – e probabilmente in relazione ad una fattispecie in esame (v. fr. 17 pr. D. 5.2) – aveva affermato che quando un legittimario non voglia o non possa intentare la querella non concorre con coloro che la intentano (*partem non facit his qui eandem querellam movere volunt*). Ora, nel caso nostro, quale è il valore da attribuire all'adizione compiuta dalla figlia istituita? Certamente, questo: che l'adeunte non potrà più esperire la querella – anche se prima l'avesse potuto – epperò non concorre (*partem non facit*) con la preterita «*quae eandem querellam movere vult*». Pertanto, *sola successibile ab intestato è la sorella preterita*. Ma se vi ha un solo successibile ab intestato è legittimo domandarsi: dunque l'eredità spetterà per intero a costui? La preterita potrà, come nel fr. 17 pr., «*recte vindicare universam hereditatem*»? Accanto a queste domande, sorgeva naturalmente quest'altra: «*scriptae filiae quomodo succurrendum est*»?

La risposta alle due questioni è evidente: quantunque l'effetto prodotto dall'adizione dell'istituita sia, da un punto di vista negativo, identico a quello prodotto dalla rinunzia, tuttavia questa identità è solo apparente: perché, mentre il rinunziante non avrà assolutamente nulla del patrimonio ereditario, l'istituita, in virtù del principio dell'assorbimento, avrà la sua quota di istituzione. Questo è il processo naturale del pensiero di Paolo: il quale, perciò, poteva bene continuare così:

«Respondi: filia praeterita id vindicare debet quod intestata matre habitura esset».

Nella ricostruzione del fr. 19 innanzi prospettata (§ 223), io ho, in via di ipotesi provvisoria, supposto insitizie le parole [id] e [quod intestata matre habitura esset] e ho proposto di sostituire ad [id], (*dodrantem*). Come ho avvertito colà, questa ricostruzione non pretende però di essere *formalmente* definitiva. È vero che la preterita deve rivendicare il dodrante, e che, quindi, *sostanzialmente* la ricostruzione è esatta: ma a tale soluzione si può giungere anche considerando genuina l'attuale formulazione della risposta di Paolo. In tal caso il problema starà proprio nel determinare ciò che la preterita dovrà rivendicare. E poiché, come abbiamo detto, nel caso, *unica successibile ab intestato è la preterita*, avendo la sorella adito l'eredità ex testamento ed essendosi così preclusa la via a succedere ab intestato, potrebbe venir fatto di pensare che la preterita possa rivendicare l'intera eredità.

«Itaque dici potest eam quae ommissa est etiam si totam hereditatem ab intestato petat et obtineat, solam habituram universam successionem [quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem]».

L'inciso [quemadmodum... hereditatem] è indubbiamente interpolato. Mentre per i classici l'esclusione della adeunte dalla successione intestata è oggettivamente determinata dal fatto dell'adizione – in quanto essa consuma, assorbendola, la vocazione intestata di essa adeunte –, per i bizantini l'esclusione è causata unicamente dalla *rinunzia*, sia esplicitamente manifestata, sia manife-

stata attraverso atti giuridici che ad essa vengono equiparati. Nella sez. III<sup>a</sup> della p. III<sup>a</sup> (§§ 222, 223), partendo dal concetto che tutte le questioni connesse al problema della rinunzia fossero di origine bizantina, io avevo considerato come interpolato tutto il periodo. Per la considerazione ora fatta, però, non c'è ripugnanza a considerare questa ratio dubitandi come parte del pensiero di Paolo.

Il dubbio che nel testo viene avanzato, se cioè la preterita, in quanto sola successibile ab intestato, possa rivendicare tutta l'eredità, deve peraltro essere respinto: la preterita non può agire contro la sorella istituita. Infatti, per il principio del rafforzamento, il testamento, in ciò che attiene alla istituzione di co-*stei*, non è rescindibile.

«Sed non est admittendum ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso: [praeterea dicendum est non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit]».

L'inciso [praeterea... adiit] fa perfetto riscontro all'altro [quemadmodum... hereditatem], già segnalato come interpolato. Il Gradenwitz<sup>47</sup> opina che si tratti di glosse: ma noi abbiamo già visto che si tratta invece del problema degli effetti della rinunzia, di creazione schiettamente bizantina (cfr. infatti l'«*animus repudiantis*» nel fr. 17 pr.: v. §§ 222, 223).

E allora, poiché la preterita non potrà rivolgersi contro la sorella, è chiaro che essa si rivolgerà contro l'estraneo; e rivendicherà da lui il dodrante in cui è stato istituito. È questa la soluzione naturale, conforme ai principii classici. Potevano i bizantini accettarla? No: posto che, infatti, la querella postclassica provoca l'apertura della successione intestata, ne segue che il legittimario, che a tale successione viene chiamato, deve rivendicare unicamente la sua quota intestata. Poiché nel caso nostro vi sono due successibili ab intestato – la preterita e l'istituita –, poiché l'adizione della istituita non viene dai bizantini configurata quale rinunzia, segue che la preterita non dovrà rivendicare il dodrante, ma soltanto il semisse. In questo senso è stata interpolata la soluzione pauliana.

«et ideo ab extraneo [semissem] (dodrantem) vindicandum [et defendendum totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc perineat]. secundum quod non in totum testamentum infirmatur sed pro parte [intestata efficitur, licet furiosae iudicium ultimum eius damnetur]».

Che al posto di «*semissem*» Paolo avesse scritto «*dodrantem*» a noi pare non debba più apparir dubbio. Quanto all'inciso [et defendendum... pertineat] la forma stessa di esso mi dispensa da ulteriori chiarimenti; l'altro inciso [intestata efficitur... damnetur] rappresenta così vivamente la concezione bizantina del color *insaniae*, da rendere molto plausibile il sospetto di interpolazione.

Si potrebbe dire: ma perché, dunque, anche i bizantini ammettono un annullamento parziale del testamento? Non è ciò in contrasto con la tesi da noi

<sup>47</sup> Z. S. St. 23.459.

sostenuta, secondo la quale la querella postclassica annulla il testamento quasi fatto da un pazzo, e provoca l'apertura della successione intestata? Ecco: la querella postclassica, qui pure, annulla tutto il testamento, come risulta dalla parte successiva – interpolata – del testo. I bizantini confondono sempre la querella con la *hereditatis petitio ex causa inofficiosi*: solo quest'ultima è parziale, in quanto è limitata alla quota intestata del legittimario.

La decisione di Paolo finiva con la conclusione che «*testamentum pro parte infirmatur*». Al problema «*quomodo scriptae filiae succurrendum sit*» Paolo aveva risposto che «*non est admittendum ut adversus sororem audiat (praeterita) agendo de inofficioso: et ideo ab extraneo dodrantem vindicandum*».

I bizantini interpolano la decisione nel senso che la *praeterita* debba rivendicare solo il *semisse*. Ma il problema, per essi, non era così esaurito. E l'istituita deve, dunque, accontentarsi solo del quadrante? Per rispondere a questa domanda essi se ne pongono un'altra: l'istituita deve essere equiparata ad una rinunziante (p. 459 [p. 960])? No: e allora, poiché in realtà con la querella viene provocata l'apertura della successione intestata, anche alla figlia istituita deve restar salvo l'*ius adeundae* (ab intestato) *hereditatis*.

Alla soluzione di questi problemi mira, appunto, il lungo brano inserito dai bizantini come chiusa del fr. 19.

«[*ceterum si quis putaverit filia optinente totum testamentum infirmari, dicendum est etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem: nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri: cum et hi qui sciant ius suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant*]».

Che questa parte del fr. 19 non sia di Paolo appar chiaro se si pensi che il giurista, il quale aveva detto che «*adversus sororem praeterita non auditur agendo de inofficioso*», non poteva ora prospettare l'ipotesi dell'annullamento totale del testamento. Se la figlia istituita non può esser convenuta in giudizio, come sarà possibile annullare il testamento anche nei suoi confronti? Ma anche ammesso che, per errore del giudice, il testamento venisse tutto rescisso, la rescissione viene fatta esclusivamente nei confronti della querelante e giova a lei soltanto. L'istituita, potrà, facendo rilevare l'errore, farsi restituire in *integrum*. Ciò, per diritto classico. Nel diritto postclassico, invece, si comprende come, anche convenuto il solo estraneo ed intentata contro di lui la querella, la pronunzia di *inofficiosità* investa virtualmente l'intero testamento (§ 226). E anche la figlia istituita non convenuta, può, se vuole, profittare di questo virtuale annullamento di tutto il testamento e venire ab intestato alla successione.

Ancora: Paolo non poteva dire che colei «*quae ex testamento adiit quod putat valere non videtur repudiare legitimam hereditatem*» per inferirne che, dunque, essa poteva ancora adire ab intestato l'eredità. Ciò urtava contro il principio dell'assorbimento. Infatti, una volta adita l'eredità ex testamento, la vocazione intestata dell'adeunte veniva assorbita in quella testamentaria e non pote-

va più operare che entro i limiti di questa. Nel diritto postclassico questo principio viene superato (p. 462, 544 [pp. 964, 1055]). Nel caso nostro, del resto, poiché il testamento si considera come intrinsecamente nullo, nulla è pure l'adizione che in base ad esso sia stata compiuta. Il testo continua:

«[quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti falsa opinione motus amplexus est: is enim non videtur bonorum possessionem repudiasse]».

L'esempio che il testo qui richiama è l'indice più evidente della sua non genuinità. Perché, come più sotto vedremo, in diritto classico il patrono, ancorché avesse adito l'eredità del liberto «falsa opinione motus», non poteva, tuttavia, sottrarsi agli effetti che necessariamente discendevano dall'adizione. Sono i compilatori ad interpolare nel fr. 8.1 D. 38.2 il principio opposto.

Ed infine il fr. 19 finisce con una chiusa in cui la mano ed il pensiero dei bizantini sono di indubbia evidenza.

«[ex quibus apparet non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, cum rescisso testamento etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditatis]».

Questa chiusa è la ripetizione quasi letterale dell'interpolazione analoga segnalata nel fr. 17 pr. D. 5.2.

«[quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo (qui egit) universam hereditatem non recte vindicasset]».

Questa conclusione getta luce su tutto il frammento: la fattispecie ha qui la sua soluzione logica; qui si sciogliono tutti i nodi dell'intricata matassa. Poiché la querella annulla il testamento e provoca l'apertura della successione intestata, poiché l'adeunte non è equiparata ad una rinunziante, segue che anche ad essa, come alla preterita, è concesso di adire ab intestato l'eredità materna<sup>48</sup>.

Come giustamente assume il Mühlenbruch<sup>49</sup>, la soluzione del fr. 19 è prospettata sotto la luce del fr. 6.1: la decisione del quale, come sappiamo, è tipicamente bizantina (p. 427, 441, 511 [pp. 924, 939, 1017]).

§ 262. Il richiamo al patrono contenuto nel fr. 19 D. 5.2 ha bisogno di essere chiarito alla luce dei testi. Vediamo anzitutto i testi in cui si afferma che una volta riconosciuto l'iudicium liberti (e tanto più se questo riconoscimento è avvenuto mediante adizione), il patrono non può chiedere la b. p. contra tabulas liberti.

TRYPHONINUS, *libro septimo decimo disputationum*: 50 pr. D. 38.2: P. 60. Nihil interest ipse patronus scriptus heres *ex minore parte* adierit hereditatem an servum suum scriptum iusserit adire hereditatem, quam retinet: nihilo minus enim repulsus erit a contra tabulas bonorum possessione.

<sup>48</sup> Cfr. § 223 segg. di quest'opera; EISELE, *Z. S. St.*, 15.299; NABER, *Mnemosyne*, 34.367 segg.; GRADENWITZ, *Z. S. St.*, 23-459.

<sup>49</sup> *Op. cit.*, pag. 291.

Qui il patrono, *istituito in meno della metà dovutagli*, per il fatto che adì l'eredità – o la fece adire dal servo istituito – verrà respinto dalla b. p. c. t.

Non solo: ma anche quando il patrono adisce per errore, in quanto crede di essere stato sufficientemente onorato dal liberto, e dopo l'adizione si avveda d'essersi ingannato, egli non potrà più né chiedere la b. p. c. t., né far rescindere gli atti compiuti dal liberto in frode sua.

ULPIANUS, *libro quadragensimo quarto ad edictum*: 3 pr. D. 38.5: P. 1168. Si patronus heres institutus ex debita parte adierit hereditatem, dum ignorat aliqua libertum in fraudem suam alienasse, videamus, an succurri ignorantiae eius debeat, ne decipiatur liberti fraudibus. Et Papinianus libro quarto decimo quaestionum respondit in eadem causa manere ea quae alienata sunt. idcircoque patronum sibi imputare debere, qui, cum posset bonorum possessionem accipere contra tabulas propter ea quae alienata vel mortis causa donata sunt, non fecit.

Forse il testo da «idcircoque» in poi è il risultato di un glossema: ma il suo contenuto non è stato sostanzialmente alterato.

Ecco qui un caso in cui il patrono, ancorché abbia adito l'eredità *falsa opinione motus*, come dice il fr. 19, tuttavia non viene più ammesso alla b. p. c. t.

La ragione, a mio avviso, è sempre la stessa: i classici hanno riguardo allo scopo oggettivo, tipico e costante, del negozio giuridico e prescindono, in linea di massima, dai motivi soggettivi di colui che lo compie. Il patrono ha adito, ancorché *falsa opinione motus*? Non c'è che fare: ciò che rileva è l'adizione. Se questa è stata compiuta, essa mantiene, malgrado tutto, la sua indistruttibile efficacia<sup>50</sup>.

È evidente, però, che questo principio classico non poteva essere accolto dai bizantini. I quali, infatti, sentirono il bisogno di sostituirlo con un altro principio in virtù del quale venisse considerata anche l'intenzione di colui che compiva il negozio; in particolare, essi presero in considerazione l'errore che avesse indotto il patrono a riconoscere lo iudicium liberti. In questo senso è interpolato il fr. 8 pr. D. 38.2.

ULPIANUS, *libro quadragensimo tertio ad edictum*: 8 pr. D. 38.2: P. 1158. Si vero non habuit effectum petitio eius, dico non impediri, quominus adiuvetur, quin immo et si sic adit quasi ex debita portione institutus, mox apparuit eum minorem partem quam speravit accepisse, aequissimum est admitti eum ad suum auxilium. Sed et si testato convenisset heredem, ut sibi legatum solveretur, mox paenitisset, puto eum posse adiuvari.

Si tenga presente che lo stesso Ulpiano nel fr. 6.4 D. 38.2 dice:

«patronus patronique liberi si secundum voluntatem mortui liberti hereditatem adierint legatumve aut fideicommissum petere maluerint, ad contra tabulas bonorum possessionem non admittuntur».

<sup>50</sup> Per ciò che concerne la valutazione dell'errore nei negozi giuridici, nel diritto romano vedi ora BETTI, *Ist.* § 62. Cfr. pure LAURIA, *Riv. Diritto Civile*, n. 3, 1927.

Se confrontiamo questo testo ed il fr. 3 pr. D. 38.5 col fr. 8 pr. D. 38.2, l'interpolazione di quest'ultimo risulterà evidente. È impossibile che Ulpiano avesse potuto dire che il patrono che adì l'eredità ex testamento potesse, dopo avvedutosi dell'errore commesso, chiedere ancora la b. p. c. t. Dove se ne andrebbero, così, i principii classici dell'assorbimento, e del riconoscimento dell'*iudicium defuncti*? Del resto, è inutile soffermarci più oltre sul fr. 8 pr. D. 38.2, la interpolazione del quale, segnalata dal Mancaloni<sup>51</sup>, è ormai autorevolmente accettata. Interpolato è pure il § 1, dello stesso fr. 8. Ebbene, se confrontiamo ora il fr. 19 D. 5.2 coi fr. 50 pr. D. 38.2, 3 pr. D. 38.5, 8 pr. D. 38.2, 8.1 D. 38.2, vedremo che esso è in contrasto coi primi due ed in armonia con gli ultimi due. Il che significa che è in contrasto coi testi in cui sono applicati i principii classici ed in armonia con quelli in cui sono applicati i principii postclassici.

Ancora altri due testi hanno attinenza alla nostra questione.

PAULUS, *libro sexto decimo ad edictum*: 8 D. 5.3: P. 261.

Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is qui, cum ignorabat vires testamenti, iudicium defuncti secutus est.

Questo testo non ha, però, un vero riferimento al caso nostro: infatti noi supponiamo che il testamento fosse perfettamente valido, mentre nel fr. 8 D. 5.3 Paolo suppone che esso sia nullo. Ed infine veniamo al fr. 46 D. 38.2.

PAULUS, *libro tertio responsorum*: 46 D. 38.2: P. 1456.

Paulus respondit: patronus, qui deceptus falsum iudicium testatoris secutus est, bonorum possessionem contra tabulas testamenti liberti petere [non] prohibetur.

Davanti a questo testo il mio avviso non può essere dubbio: poteva Paolo rispondere in tal senso? No: perché per Paolo, come per tutti i classici, era irrilevante il motivo che aveva determinato il patrono a compiere l'adizione o ad accettare il legato. E se compì l'adizione ed accettò il legato, egli è irrimediabilmente respinto dalla b. p. c. t.

Se il testo potesse essere interpretato come applicazione di questo principio, allora potremmo crederlo genuino; ma giacché, come appare chiaro, esso fa riferimento proprio al principio opposto, bisogna, invece, dire che è interpolato<sup>52</sup>.

§ 263. Non priva di interesse è l'analisi del pensiero dei glossatori e di Cuiacio in ordine alla nostra questione. La Glossa così annota «...ut dicitur de patrono, qui accepit legatum, quod tamen erat ademptum codicillis, unde iuste erravit – vide § 33 Inst. IV, 6 – Secus si in iure errasset ut 3 pr. D. 38.5».

Questa distinzione tra errore di fatto ed errore di diritto è davvero fuor di proposito: ed ha ragione Cuiacio di rimproverarne Accursio. Ciò che a noi pre-

<sup>51</sup> *Le donazioni tra vivi e la legittima del patrono*, pag. 10.

<sup>52</sup> Cfr. p. 462<sup>1</sup> [p. 963 nota 97].

me notare è che anche la glossa si accorse dell'antinomia cui le fonti danno luogo, e cercò, sia pure erroneamente, di eliminarla. Come concilia Cuiacio il fr. 19 D. 5.2 col fr. 3 pr. D. 38.5?

Alla giustificazione della Glossa, secondo la quale il contrasto è da ricercare nel fatto che nel fr. 3 pr. si tratta di errore di diritto, Cuiacio<sup>53</sup> osserva: «Cui Accursius dum opponit 3 pr. D. 38.5 male respondet in ea lex patronum jus ignorasse... *Fuit enim ignorantia facti non juris*, quia ignorabat libertum quaedam alienasse in fraudem sui... Ibi patronus falso non putabat se heredem scriptum, sed vere fuit scriptus ex debita parte et adiit, dum ignoraret libertum quaedam alienasse in fraudem. Haec ignorantia non restituet patrono bon. poss. c. t. quia adiit vere sibi hereditatem relictam ex testamento».

Sembrerebbe che, secondo Cuiacio, l'adizione o la richiesta del legato non nuociano al patrono quando egli erroneamente credette di essere stato istituito erede o di essere stato onorato di legati. Ora in questi casi anche noi crediamo che il patrono non risenta alcun danno dai suoi atti: essi sono, infatti, giuridicamente irrilevanti, essendo stati compiuti allorché mancavano tutti i presupposti essenziali della loro validità. Infatti, nessun valore giuridico ha un'adizione compiuta in base ad un testamento nel quale l'adeunte non è stato istituito, e nessun valore giuridico ha la richiesta di un legato di cui l'attore non è stato onorato. In questi casi è giusto dire che il patrono «*nihil sibi praeiudicat*». Ma se il patrono *erra*, non tanto intorno all'esistenza del diritto che egli ha di adire l'eredità, ma sulla misura di esso, allora l'adizione è pienamente valida ed ha duplice valore: *a*) quello di fare acquistare al patrono la quota di istituzione; *b*) quello di escluderlo definitivamente dalla bonorum possessio contra tabulas. In questo caso siamo, infatti, in presenza di quella che Cuiacio chiama ignorantia facti, e nella quale egli fa rientrare anche la fattispecie del fr. 3 pr. D. 38.5.

Ma si mantiene poi Cuiacio fedele alla distinzione cui il suo pensiero medesimo sembrerebbe condurre?

No: perché egli stesso considera come ignorantia iuris quella prospettata nel fr. 19, che, mantenendo la terminologia di Cuiacio, è, invece, una vera e propria ignorantia facti.

Noi possiamo ormai concludere anche su questa questione, dicendo che il richiamo al patrono nel fr. 19 non è classico, e si ispira agli stessi principii cui si ispira il fr. 8 pr. D. 38.2, che è notoriamente interpolato.

§ 264. Vediamo ora come viene interpretato da Irnerio e da Giovanni Bassiano il fr. 19 D. 5.2.

Noi già abbiamo detto che prova testuale della soluzione classica della fattispecie del fr. 19 da noi proposta ci porge il fr. 14 pr. D. 37.4 (p. 335, 460<sup>1</sup>, 547

<sup>53</sup> *Opera cit.*, vol. 3, pag. 151.

[pp. 824, 961 nota 95, 957 nota 91]). Ebbene, anche Irnerio, e più esplicitamente Giovanni Bassiano, sostengono che il fr. 19 vada interpretato alla luce del fr. 14 pr. D. 37.4. I glossatori intesero perfettamente la portata dell'adizione, in quanto negozio che consuma, fondendola nella vocazione testamentaria, la vocazione intestata dell'adeunte. Esaminiamo le glosse ai punti principali del testo.

*Glossa m* (a proposito della figlia istituita adeunte). Ex testamento adiit: nec enim adhuc ab intestato poterat succedere.

Da questa glossa noi possiamo già argomentare che i glossatori escludono quanto, invece, ammettono i bizantini nel fr. 19: che cioè la figlia istituita possa, dopo l'adizione, venire ab intestato alla successione della madre. È questa, infatti, l'opinione di Irnerio e di Giovanni Bassiano, come vedremo.

*Glossa* «et ideo ab extraneo *semissem* vindicandum...».

*Semissem*. Sed nonne *pro dodrante* contra extraneum ruptum est testamentum? Dicunt quidam quod sic – quis ergo petet quod penes extraneum remanet? Respondeo: nec praeterita potest petere, ut hic (cioè come si afferma nel testo), nec etiam instituta: quia *non est jus ad crescendi post aditam* hereditatem de illis tribus unciis... Tu ergo dic, ut evitetur absurditas praedicta, non nisi pro semisse vitiari testamentum per lata querela: ... et ita *unus quadrans* remanebit penes institutum (cioè l'estraneo) qui ab aliquo auferri non potest.

Ecco lo schema del pensiero del glossatore:

α) egli è di avviso – seguendo il pensiero di Paolo – che il testamento è rescisso solo nel dodrante: dunque la revindica di tale dodrante spetterebbe alla querelante vincitrice;

β) ma il testo afferma che invece la revindica deve limitarsi al semisse;

γ) cosa avverrà, dunque, del quadrante rimanente? Il quale: α) *non può restare all'estraneo*, perché il testamento in ciò che attiene la sua istituzione è stato rescisso; β) *non può andare alla querelante* «quia *semissem* ab extraneo vindicandum» secondo quanto afferma la legge 19; γ) *non può andare alla istituita* per il principio che *non est ius ad crescendi* post aditam hereditatem.

E allora a chi rimarrà? Se il glossatore, il quale si accorge della incoerenza che qui la menzione del semisse produce, avesse osato l'ardimento di sostituire a *semissem*, *dodrantem*, come risultava dai principii, la domanda: qui ergo petet quod penes extraneum remanet? non sarebbe rimasta, come è rimasta, senza risposta. Infatti il problema qui resta insoluto.

Accursio, però, anziché risolvere lui la questione, per venire ad una soluzione pratica, rivolto all'apprenditore, dice:

come tu vedi, qui vi sono delle contraddizioni tra la soluzione vera, secondo i principii giuridici, e la soluzione adottata dal testo: e poiché il testo ha valore di legge e poiché è, comunque, necessario dare una spiegazione di esso, «*tu dic ut evitetur absurditas praedicta, non nisi pro semisse* vitiari testamentum per lata querela». Tu dirai, dice il glossatore, che il testamento è rescisso per metà e

che perciò l'erede estraneo avrà il quadrante rimanente, il quale non può accrescersi alla istituita «quia non est ius ad crescendi post aditam hereditatem».

Qui appare chiaro che il glossatore si accorge della incoerenza che presenta la soluzione prospettata nel fr. 19. Egli la nota, ma non la supera; anzi vi si conferma. Vedremo, però, che questa incoerenza viene superata da Irnerio e da Giovanni Bassiano.

Può, peraltro, pensarsi che anche la glossa in esame, nella sua formulazione genuina, superasse essa pure l'incoerenza del fr. 19, e che sia da attribuire, invece, ad Accursio la chiusa «tu dic ut evitetur etc.», che ha carattere didattico. Parlo di genuinità anche a proposito delle glosse, perché a me sembra che Accursio stia, rispetto ai glossatori, come Giustiniano rispetto ai giureconsulti classici. Anche l'opera di Accursio ha carattere compilatorio ed essa, quindi, mira ad eliminare i contrasti tra i testi di legge e l'interpretazione dottrinale. Il pensiero originale dei glossatori appare, però, netto nella glossa k, che passiamo ora a commentare.

*Glossa K* (relativa alla chiusa del fr. 19 «...etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditatis») Adeundae hereditatis; scilicet in semissem. non enim tantum debet habere eam partem, ex qua fuit instituta, sed virilem ut fr. 8.14 D. 37.4, fr. 20.1 D. 37.4. Et hoc sit consequens secundum Irnerium.

Sembra che Irnerio aderisca alla soluzione del fr. 19: che, cioè, egli creda che la figlia istituita abbia diritto, ancorché abbia adito l'eredità ex testamento, ad adire ancora l'eredità ab intestato. Ma dalla successiva annotazione di Accursio e dai richiami ai fr. 8.14. e 20.1 D. 37.4, si argomenta chiaramente che la soluzione di Irnerio ha per presupposto la mancata adizione ex testamento da parte della istituita.

Dice Accursio «Tu autem dicere potes quod dictum Irnerii locum habeat, quando instituta non adivit ex testamento, tamen extraneus adivit, contra quem proposita fuit querela». Che questo sia il pensiero di Irnerio ce ne dà conferma il richiamo dei fr. 8.14 e 20.1 D. 37.4. Nel fr. 8.14 D. 37.4 viene espresso questo principio:

«Si ex parte minima sit heres institutus, non pro ea parte, qua institutus est, tuendus est, commisso edicto, sed amplius per bonorum possessionem habere potest (virilem)». Ora il presupposto necessario di questo principio sta in ciò: che l'istituito non abbia adito l'eredità ex testamento.

Se Irnerio vi si richiama e se egli lo applica anche al caso del fr. 19, vuol dire che egli suppone anche qui che la istituita non abbia adito l'eredità. In tal caso non è certamente inconcepibile pensare che alla istituita non adeunte «salvum ius sit adeundae hereditatis». Certo, il fr. 19 non fa questa ipotesi, perché suppone che l'istituita abbia adito. Non solo: ma anche se non avesse adito ella sarebbe stata pur sempre sufficientemente beneficata avendo avuto la quarta debitaie portionis. È notevole, però, l'audace tentativo di Irnerio il quale, non sapendosi adattare alla soluzione incoerente del fr. 19, e non potendo, d'altro can-

to, rifiutarla, essendo chiaramente affermata nel testo, cerca una via attraverso la quale giungere con perfetta coerenza alla soluzione che il testo presenta.

Dunque, secondo il pensiero di Irnerio, non è vero che alla istituita potesse spettare ancora l'*ius adeundae hereditatis quando essa avesse adito l'eredità*; e poiché nel fr. 19 ella adì l'eredità, non è da ammettersi – secondo Irnerio – che le possa ancora rimanere il diritto di succedere ab intestato.

Ancora maggiore interesse presenta la seconda parte della glossa.

«Sed secundum Joannem est salvum tantum in ea parte, qua fuit instituta cum ex testamento adeat, non ab intestato, et quod dicitur eam habere virilem verum est cum ex virili vel maiori parte fuit instituta: ut fr. 5.7 D. 37.5; fr. 15.2 D. 37.5; fr. 14 pr. D. 37.4».

Giovanni Bassiano ha individuato perfettamente il contenuto classico del fr. 19. Pure in mezzo alle numerose antinomie che il testo presenta, e malgrado in esso si dica che l'istituita può, anche dopo adita l'eredità ex testamento, adirla ancora ab intestato, Giovanni è tuttavia di opinione che l'istituita adeunte – cum ex testamento adeat non ab intestato – potrà avere solamente la sua porzione di istituzione.

Ripugna alla sua mente di giurista pensare che dopo l'adizione della eredità ex testamento, la quale assorbe la vocazione intestata della adeunte, si possa ancora parlare di adizione ab intestato. Egli cita, a sostegno della sua tesi contrastante con la soluzione del fr. 19, tre testi di notevole importanza, che noi abbiamo largamente usato per la ricostruzione dei principii che disciplinarono nell'epoca classica la querella inofficiosi testamenti.

L'opinione di Giovanni Bassiano getta molta luce sul pensiero del glossatore a proposito della querella.

La citazione di quei tre frammenti – tutti relativi alla bonorum possessio contra tabulas – ci attesta che secondo Giovanni la b. p. c. t. e la querella inoff. testamenti ponevano gli stessi problemi e postulavano le medesime soluzioni. Ci attesta altresì che egli concepiva la querella secondo i principii classici: infatti nel caso del fr. 19 il glossatore nega che si determini l'apertura della successione intestata e che vi sia, quindi, vocazione, a questo titolo, anche della figlia istituita e adeunte. Il richiamo, infatti, ai tre frammenti, vuole significare richiamo a tutti i principii in essi applicati e loro estensione anche alla querella. Essi sono:

1) l'adizione ex testamento, da parte di una persona che avrebbe potuto – commissio per alium edicto – chiedere la bonorum possessio contra tabulas, significa rinuncia ad adire iure intestati l'eredità che si è adita ex testamento;

2) la bonorum possessio contra tabulas chiesta dall'emancipato non giova che a lui, anche quando abbracci l'intera eredità. È escluso che, anche chiedendo la possessio di tutti i beni ereditari, e, quindi, rescindendo praticamente per intero il testamento, possa determinarsi la successione intestata generale.

Ora questi principii il glossatore li applica anche al fr. 19 il quale si riferisce alla querella e non alla b. p. c. t. Come, dunque, conciliare il pensiero di

Irnerio e quello di Giovanni? Ecco la soluzione che presenta Accursio: «tu autem dicere potes quod dictum Irnerii locum habeat, *quando instituta non adivit ex testamento*, tamen extraneus adivit contra quem proposita fuit querela: ... sed dictum Joannis *quando ex testamento adivit* locum habet: et sic praedicta iura quae videntur contraria solvuntur, et hoc placet».

Tale conciliazione è pur sempre in contrasto col fr. 19; ed allora per venire ad una soluzione conforme a quella del testo, Accursio dice che, però, l'opinione di Giovanni Bassiano può essere respinta perché fondata sulla bonorum possessio contra tabulas e non sulla querella inofficiosi testamenti.

«Vel aliud in querela quam in contra tabulas, quia per querelam ipso jure desinit esse heres qui adivit: et ideo in virilem succedit: sed non desinit esse heres per contra tabulas, quia nec praetor heredem facere potest».

Ma l'obbiezione di Accursio contro l'accostamento della querella alla b. p. c. t., è infondata.

I due istituti, sia pure diversi quanto alla loro natura formale – perché civile l'uno e pretorio l'altro – e quanto al loro fondamento, diciamo così familiare – perché dove l'uno suppone ancora in certo modo l'organizzazione agnaticia della familia, l'altro, invece, ha base esclusiva sulla famiglia cognaticia –, sono tuttavia identici nello scopo cui mirano: realizzare il diritto di successione del liber preterito o del parente preterito o diseredato o insufficientemente beneficiato. La loro identità si manifesta ancora in ciò, che nei due istituti vengono in applicazione gli stessi principii per determinare quale sia la situazione giuridica del testamento quando contro di esso sia fatto valere dai legittimari il loro diritto di successione intestata. E si pensi, infine, che la querella è istituto di *ius civile novum* cioè di quel diritto civile che consiste in un mero rivestimento formale di istituti pretori.

Abbiamo così compiutamente esaurita l'analisi del fr. 19; analisi che ha investito tutto il problema della natura della querella nel diritto classico e postclassico.

La conclusione che se ne trae è che veramente la querella si mostra sotto due profili diversi, di cui l'uno, il postclassico, ha il suo fondamento sulla finzione di pazzia del testatore.

## CAPITOLO IV

LA NATURA DELLA QUERELLA POSTCLASSICA  
DESUNTA DALL'ESEGESI DEI FR. 17 PR.; 8.8 D. 5.2

§ 265. Valore giuridico della rinuncia ad esperire la querella nel diritto classico e postclassico. Come nel diritto classico, per la coordinazione esistente tra diritto di successione e querella, la rinuncia o la perdita di quest'ultima importa rinuncia o perdita del primo. Come, invece, nel diritto postclassico in linea di principio la rinuncia o la perdita della querella non importa rinuncia o perdita del diritto di successione da parte del singolo legittimario. Eseggesi del fr. 17 pr. D. 5.2 e del fr. 10.4. D. 37.4: loro parallelismo. La presenza della querella classica e di quella postclassica nel fr. 17 pr. D. 5.2.

§ 266. Eseggesi del fr. 8.8 D. 5.2; problemi che esso propone e significato della sua interpolazione. Come qui ancora appaiano nettamente i profili delle due querellae.

§ 265. Dopo l'analisi del fr. 19, dobbiamo ora passare all'analisi del fr. 17 pr. e porre, in ordine a questo frammento, il seguente problema: l'efficace esperimento della querella da parte di un legittimario, quali effetti produce nei confronti dell'altro o degli altri legittimari che vi hanno rinunciato? Questo problema noi l'abbiamo già innanzi (§ 222, 224) posto e risolto: abbiamo visto che la rinuncia ad esperire la querella nel diritto postclassico si profila sotto due diversi punti di vista.

E cioè: 1) la rinuncia ad esperire la querella per sé sola, poiché la querella è azione per sé indipendente dal diritto di successione del querelante, non costituisce al tempo stesso, come nel diritto classico, rinuncia alla vocazione intestata. Quindi, provocata l'apertura della successione intestata per opera di altri, anche il rinunziante sarà ad essa, a rigore di diritto, chiamato. 2) Tuttavia i bizantini, fondandosi sull'*animus* del rinunziante, apertasi la successione intestata trovano modo di escludere costui mediante la finzione della premorienza (p. 456<sup>1</sup> [p. 957 nota 91]).

In tale fenomeno si ricomprendono, perciò, due momenti distinti: 1) la chiamata di tutti i successibili, compreso il rinunziante; 2) l'esclusione di

quest'ultimo dalla successione. Ora a noi preme vedere come è possibile che si verifichi il primo momento. Come è possibile che colui che rinunciò ad esperire la querella, sia, malgrado ciò, chiamato alla successione intestata? Per spiegare ciò, bisogna richiamare quanto si è detto intorno alla natura della querella postclassica.

La querella, in diritto postclassico, mira a fare dichiarare inofficioso il testamento e a provocare, perciò, la successione intestata generale. È un'azione alla quale si è attivamente legittimati in ragione dell'interesse che si ha a provocare la successione intestata del defunto e a trarre vantaggio, di riflesso, dalla apertura di essa.

Quel che preme notare si è che *non c'è coordinazione fra querella e diritto di succedere ab intestato del querelante*.

Mancando questa coordinazione, la rinuncia alla querella ha soltanto questo effetto: che fa *perdere al rinunziante il diritto di esperire la querella in quanto diritto per sé stante*. Ma poiché rinunciare ad esperire la querella *non significa altresì rinunciare al proprio diritto di succedere ab intestato*, quando, ad opera di altri querelanti, *si produca la successione intestata del defunto*, il rinunziante potrà profittare di riflesso della successione intestata prodottasi, e potrà, quindi, giustamente chiedere la sua quota di eredità intestata. Se richiamiamo il fr. 6.1 D. 5.2 e lo applichiamo al caso nostro, la soluzione che prospettiamo risulterà confermata. Cosa insegna il fr. 6.1? Che con la querella si provoca la successione intestata del defunto e che del vittorioso esperimento di essa profittano tutti i successibili ab intestato. *L'attore profitterà della vittoria solo quando egli stesso sia tra costoro*. Secondo questi principii è appunto interpolato il fr. 17 pr. D. 5.2.

PAULUS, *libro secundo quaestionum*: 17 pr. D. 5.2: P. 1279.

Qui [*repudiantis animo*] non venit ad accusationem inofficiosi testamenti partem non facit iis qui eandem querellam movere volunt. Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exhereditatis ageret [*quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur: et ideo universam hereditatem non recte vindicasset*] hic si obtinuerit uteretur rei iudicate auctoritate quasi centumviri hunc solum filium [in rebus humanis] esse, [nunc cum facerent intestatum], crediderint.

Fermiamoci alle parole «quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur: et ideo universam hereditatem non recte vindicasset». Qui si afferma che quando il testamento fosse stato rescisso per intero, in seguito alla querella intentata dall'altro legittimario, anche il legittimario rinunziante avrebbe profittato di questa rescissione e avrebbe potuto chiedere la porzione di beni che gli spettava *iure intestati*. Come noi già sappiamo (p. 454 [p. 954] e § 222) l'inciso «quia rescisso... vindicasset» è interpolato. E questa interpolazione ci conferma che la querella postclassica non è coordinata al diritto di successione dei querelanti, e che è, perciò, concepibile che si rinunci all'una senza per questo rinunciare all'altro.

Se noi ora poniamo a raffronto l'inciso interpolato e la prima parte del testo, ci accorgeremo di una stridente contraddizione. La prima parte del testo dice che colui «qui non venit ad accusationem inofficiosi testamenti partem non facit his qui eandem querellam movere volunt»; l'inciso successivo afferma, invece, il principio opposto.

L'antinomia è dovuta a ciò: che nella prima parte del testo si ha riguardo alla querella classica e nell'inciso, invece, a quella postclassica.

Studiamo ora il valore giuridico della rinunzia nel diritto classico e, perciò, vediamo anzitutto cosa significhino le espressioni *partem facere* e *partem non facere*. Esse ricorrono oltre che nel fr. 17 pr. D. 5.2, anche nei fr. 8.8 D. 5.2; 1.5 D. 37.4; 10.4 D. 37.4

ULPIANUS, *libro quadragesimo ad edictum*: 10.4 D. 37.4: P. 1106.

Liberi, qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt, si per alios committatur edictum: quo enim bonum est eis favere ut partem faciant nihil habituris?

Coloro che non possono chiedere la bonorum possessio contra tabulas (p. es. i diseredati) non concorrono con quelli che possono chiederla.

Cosa sia questo concorso appare chiaro se si pensi che la b. p. c. t. è, in fondo, una successione pretoria intestata. Ogni vocazione abbraccia, quindi, almeno virtualmente, l'intero patrimonio ereditario. Ma la sua estensione concreta viene determinata dal concorso delle altre vocazioni. Appunto nel fr. 10.4 si dice che i liberi che non possono avere la bonorum possessio contra tabulas e non concorrono, quindi, con coloro che possono chiederla, partem non faciunt (v. p. 455<sup>1</sup> [p. 955 nota 90]).

Il che significa, da un lato, perdita del diritto di successione in colui che più *non concorre*, dall'altro, un accrescimento nel diritto di coloro che sono ammessi alla successione.

In contrario, *partem facere* significa avere un diritto di successione in virtù del quale *si concorre*, nella successione intestata, alla determinazione delle quote dei chiamati. (fr. 1.5 D. 37.4 ... quamdiu postumus speratur in ea causa est ut *partem faciat*).

È chiaro, perciò, che nel fr. 17 pr., si vuol dire che la rinunzia determina non solo un effetto *negativo*, in quanto preclude al rinunziante la possibilità di esperire la querella, ma altresì un effetto *positivo*, in quanto determina nell'altro legittimario un accrescimento del proprio diritto in misura eguale a quella del diritto cui il primo ha rinunciato.

Ora in tanto un diritto si accresce, in quanto un altro diminuisce o si estingue. E, nel caso, può appunto dirsi che il diritto di successione del rinunziante si è estinto a profitto del diritto del legittimario querelante. Se, come dice il testo, il rinunziante partem non facit, ciò vuol dire che egli non potrà venire alla successione del padre assieme al fratello.

Che nel fr. 10.4 D. 37.4 sia questo il senso della frase «partem non facere» è cosa indubbia: in esso si dice che quelli che non possono chiedere la bono-

rum possessio contra tabulas non concorrono nella determinazione delle quote di coloro che possono chiederla.

E che anche nel fr. 17 pr. sia questo il senso di «partem non facere» credo non ci debba essere dubbio. Il vincitore otterrà tutta l'eredità, essendone il rinunziante escluso.

Ora se raffrontiamo i due frammenti ne vedremo la perfetta coincidenza.

Colui che non vuole o non può esperire la querella è nella stessa posizione giuridica di colui che non vuole o non può chiedere la b. p. c. t.: l'uno e l'altro sono esclusi dalla successione intestata alla quale avrebbero potuto venire, l'uno mediante la querella, l'altro mediante la b. p. c. t.

Dell'uno e dell'altro i due testi, con dizione analoga, dicono: «nec partem facit si per alios committatur edictum» e «non facit partem his qui eandem querellam movere volunt».

Dinanzi a questa perfetta identità di principii che disciplina i due casi come spiegare la diversa soluzione che i testi ci presentano? Se coloro che *partem non faciunt* sono definitivamente esclusi tanto dalla b. p. c. t. (fr. 10.4 D. 37.4), quanto dalla querella (17 pr. *inizio* D. 5.2), come spiegare l'inciso «*quia rescisso etc.*» del fr. 17 pr. (*corpo*) in base al quale gli esclusi tornerebbero a profittare del diritto cui hanno rinunciato? Leggendo il fr. 10.4 D. 37.4 noi ci accorgiamo che esso è perfettamente coerente: ma questa coerenza esso perderebbe qualora contenesse un inciso simile a quello contenuto nel fr. 17 pr. D. 5.2. E, infatti, sarebbe ben strano che dopo la precisa affermazione «liberi, qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt, si per alios committatur edictum», si soggiungesse che tuttavia gli esclusi possano profittare della richiesta della b. p. da parte degli altri liberi ad essa legittimati. Ora le ragioni che renderebbero assurda una aggiunta cosiffatta nel fr. 10.4 D. 37.4, la rendono parimenti assurda nel fr. 17 pr. D. 5.2. Abbiamo visto che questo fr. coincide perfettamente col fr. 10.4 D. 37.4: è lo stesso stile, la stessa direzione di pensiero, le stesse espressioni tecniche che ricorrono nei due casi. Come, dunque, non accetteremmo una *conclusione illogica* nel fr. 10.4, così non dobbiamo neanche accettarla nel fr. 17 pr. E a coloro che osservassero che pure tale decisione è inserita nel testo, bisogna rispondere che essa è sicuramente interpolata.

Infatti la frase «*quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur*» è stata inserita nel testo originale in conformità del nuovo concetto che i bizantini avevano della querella, e di cui essi fecero applicazione nel fr. 6.1 D. 5.2. Alla querella postclassica, in quanto azione non collegata al diritto di successione, si poteva rinunciare senza che ciò importasse anche rinuncia di una eventuale vocazione intestata. Alla querella classica, che era, come la b. p. c. t., necessariamente coordinata al diritto di successione dei legittimarii, non si poteva rinunciare senza rinunciare al diritto che essa rappresentava.

Possiamo concludere dicendo che la prima parte del fr. 17 pr. ha riguardo alla querella classica ed è perfettamente conforme al fr. 10.4 D. 37.4, mentre la parte centrale ha riguardo alla querella postclassica ed è interpolata.

Il raffronto tra i due testi ci mostra ancora una volta come b. p. c. t. e querella siano istituti giuridici fundamentalmente identici: e ciò si desume, da un lato, dalla identica posizione giuridica di coloro che non vogliono o non possono chiedere la b. p. c. t. e di coloro che non vogliono o non possono esperire la querella, dall'altro, dal corrispondente accrescimento che si verifica nel diritto di coloro che, invece, chiedono l'una od esperiscono l'altra<sup>54</sup>.

Abbiamo analizzato la prima parte e la parte centrale del fr. 17 pr., notando come esse siano tra di loro in assoluto contrasto. Vediamo ora cosa bisogna dire dell'ultima parte (sulla quale v. p. 454 [p. 954]).

«hic si obtinuerit uteretur rei iudicatae auctoritate quasi centumviri hunc solum filium [in rebus humanis] esse [nunc cum facerent intestatum] crediderint».

Il senso è chiaro: il querelante otterrà da solo l'intera eredità. A giudicare, dunque, dall'apparenza, la chiusa del testo sarebbe in piena armonia con la prima parte di esso mentre sarebbe in contrasto con la parte centrale. Cioè, sarebbe conforme agli effetti della querella classica e in disaccordo con quelli della querella postclassica. Invece, è conforme agli uni ed agli altri.

Infatti anche nel diritto postclassico il rinunziante viene escluso dalla successione intestata: ma questo avviene non perché, come in diritto classico, la rinunzia alla querella importi necessariamente rinunzia al diritto di successione cui essa sia coordinata, ma perché il rinunziante viene considerato come pre-

<sup>54</sup> Tutto quanto abbiamo esposto ha naturalmente valore anche per il caso in cui l'esclusione dalla querella fosse stata determinata da cause diverse dalla rinunzia: poniamo per soccombenza o per decadenza.

L'opinione del Mühlenbruch (v. p. 542 [p. 1052]) che di accrescimento deve parlarsi solo quando sia certo che colui che veniva escluso aveva realmente diritto, è falsa tra l'altro per questo: che, dunque, neanche nel caso di rinunzia potremmo parlare di accrescimento, come tuttavia chiaramente affermano il fr. 17 pr. e il fr. 23.2 D. 5.2; è, infatti, impossibile sapere se il rinunziante avesse o non avesse diritto di querella. Se il rinunziante aveva o non aveva diritto di querella era cosa che avrebbe dovuto risultare dal processo. Ma poiché il processo non c'era stato, bisognava dire che la rinunzia di un legittimario non poteva portare accrescimento al diritto degli altri. Accrescimento, infatti, di che cosa? Concepito l'accrescimento come qualche cosa che proviene non da un incremento *interno* del diritto accresciuto, ma come un'aggiunta esterna, come un *aliquid novi* che si aggiunge ad altri diritti, è chiaro che questo *aliquid* non può accrescersi ad altri diritti se prima non abbia vita esso stesso: e che abbia avuto vita non può dirsi non essendoci stato di ciò un accertamento giudiziale.

Concepito invece l'accrescimento come incremento interiore, espansione naturale del diritto a cui viene meno il concorso di altro diritto, è chiaro che la rinunzia o la soccombenza, facendo venir meno la concorrenza tra il diritto del rinunziante e del soccombente e quello del non rinunziante, fanno accrescere, in misura corrispondente alla mancanza, il diritto di quest'ultimo.

morto; epperò anche prodotta l'apertura della successione intestata, la vocazione non può sorgere in capo a lui (p. 456<sup>1</sup> [p. 957 nota 91]).

Allora si spiega perfettamente come la chiusa del fr. 17 pr. possa essere in armonia con la parte centrale del testo. È vero che prodottasi la successione intestata anche il rinunziante dovrebbe essere ad essa chiamato: poiché, però, costui viene considerato come se «in rebus humanis non esset», la sua vocazione viene in conseguenza impedita.

Dall'esegesi del fr. 17 pr. noi abbiamo potuto trarre tre conclusioni fondamentali:

1) che la querella classica era necessariamente coordinata al diritto di successione: onde, ripudiata o impedita l'una, era, in conseguenza, ripudiata od impedita l'attuazione dell'altro;

2) che nella querella postclassica questo coordinamento mancava: onde, provocata la successione intestata per opera di altri, lo stesso rinunziante, in linea di principio, profittava necessariamente di essa.

3) Questa conseguenza necessaria fu impedita mediante la finzione della premorienza del rinunziante. I bizantini formularono questo principio generale: tutti i successibili ab intestato profittano della successione intestata provocata dalla querella (6.1 D. 5.2; 19 D. 5.2); profittano, quindi, anche coloro che non tentarono la querella per semplice inazione o perché, comunque, impediti. Sono esclusi soltanto coloro che non la esperirono «repudiantis animo» (17 pr. D. 5.2) o coloro il cui contegno avesse manifestato apertamente una rinunzia (19 D. 5.2).

Tutto ciò è chiarissimo nello scolio di Stefano, che abbiamo a suo luogo esaminato (p. 456<sup>1</sup> [p. 957 nota 91]).

Veramente interessante è il commento della glossa al fr. 17 pr. D. 5.2.

I glossatori, per superare la contraddizione del testo, immaginano che Paolo faccia qui tre ipotesi:

Haec lex ponit tre casus. Primus est: Titius decessit tribus filiis relictis exheredatis – duo egerunt querela inofficiosi, unus repudiavit. dicit quod *portio illius* accrescit istis duobus...

Dunque il glossatore concepisce la rinunzia della querella in senso perfettamente classico, come rinunzia della vocazione intestata che essa rappresenta. Il glossatore afferma esplicitamente che la rinunzia opera *accrescimento* a profitto dei non rinunzianti e che, per conseguenza, «isti duo agent in solidum, et non pro partibus».

Stando a questo principio, il rinunziante non potrebbe, neanche pel glossatore, venire dopo la rinunzia alla successione intestata. E allora come spiegare la frase «quia rescisso testamento etc.»? Il glossatore la spiega prospettando una ipotesi diversa.

*Secundus casus* est si duo erant filii exheredati te unus agit in totum et male, cum non debeat agere nisi pro parte: dicitur hic quod si obtineat, alter, qui non egit, admittitur una cum isto, qui agit.

In questo secondo caso il glossatore fa leva sulla mancata rinuncia da parte di colui che non agì. Egli, quindi, fa propria la distinzione postclassica (v. pag. 457 [p. 958]) tra colui che non agisce *repudiantis animo* e colui che non agisce *senza, però, quest'animo*.

Siccome, peraltro, l'ultima parte del testo afferma, contraddicendo alla parte centrale e in conformità con quella iniziale, che il legittimario querelante rivendicherà tutta l'eredità «quasi hunc solum filium esse in rebus humanis centumviri crediderint», il glossatore per spiegare questa nuova contraddizione sente il bisogno di prospettare una terza ipotesi.

Tertius (casus) est quod si iste qui non egit, pendente iudicio renunciavit, dicitur hic quod accrescit isti qui egit in totum et ei solvi proficit.

Cioè l'ultima parte del testo si spiegherebbe pensando ad una rinuncia intervenuta pendente iudicio.

Inutile dire che in realtà il fr. 17 pr. D. 5.2 non prospetta tre ipotesi diverse. Le contraddizioni che in esso si trovano sono dovute alle interpolazioni da noi segnalate. Epperò è notevole la interpretazione dai glossatori prospettata: essa, se non si potesse con certezza affermare che il testo è interpolato, costituirebbe l'unica interpretazione coerente del frammento in esame.

§ 266. Passiamo, infine, ad analizzare il fr. 8.8 D. 5.2.

ULPIANUS, *libro quarto decimo ad edictum*: 8.8 D. 5.2: P. 493.

Quoniam autem quarta debitaie portionis sufficit ad excludendam querellam, videndum erit an exheredatus partem faciat qui non queritur: ut puta sumus duo filii exheredati. et utique faciet, ut Papinianus respondit [, *et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere*].

I problemi che si pongono in questo testo sono: 1) quello attinente alla maniera onde si determina la quarta debitaie portionis. 2) La ricostruzione della fattispecie classica ed il valore postclassico della chiusa «et si dicam... petere» (v. p. 457 seg. [pp. 958 sgg.]).

Come si determina la debita portio? Gli elementi della risposta sono: *a)* poiché si è esclusi dalla querella quando si abbia ricevuto dal testatore la *quarta debitaie portionis* a qualsivoglia titolo; *b)* poiché la debita portio è la quota di patrimonio che il legittimario *avrebbe ricevuto se il testatore fosse morto intestato*; *c)* poiché, come è risaputo, ogni erede ab intestato è chiamato alla intiera eredità e la sua portio, quantunque astrattamente prevedibile, può ricevere, in concreto, variazioni dipendenti dal concorso che si verifica fra i chiamati; *d)* si domanda: la quarta debitaie portionis deve avere riguardo alla portio come risulta in concreto, tenendo quindi conto delle eventuali rinunzie, soccombenze etc. degli altri concorrenti, o deve avere riguardo soltanto a quella che risulta in astratto?

La risposta che i giuristi danno a questo problema è: la portio, la quarta parte della quale «sufficit ad excludendam querellam», è *quella che è prevedibile in astratto al momento della morte del testatore*.

Pertanto, *a determinare questa portio concorrono tutti i successibili ab intestato di pari grado, anche se costoro, in concreto, non intendessero concorrere con gli altri, alla divisione della eredità.*

Si domanda quale sia il senso di «exheredatus qui non queritur». Ora bisogna dire che questa frase non si riferisce né a rinunzia, né a soccombenza etc. «Exheredatus qui non queritur» è, in genere, colui che *non esperisce la querella, qualunque sia il motivo per cui non la esperisca.* Ulpiano designa, col «qui non queritur», un *genere* di cui il rinunziante, il soccombente etc., non sono che *single specie*. Si prescinde perciò dal *concorso concreto*, cioè effettivo, nella determinazione della quota. Quale la ragione di questa soluzione? Evidentemente si tratta di una ragione di carattere pratico; è *una esigenza della certezza dei rapporti giuridici, che ha indotto i giuristi romani a preferire il concorso astratto (possibile) a quello concreto, per la determinazione della quota.* Infatti, mentre il concorso astratto sorge immediatamente e non è suscettivo di modifica alcuna, quello concreto non sorge immediatamente e può dar luogo a vaste modifiche, specie in sede di querella.

Poniamo, infatti, che ci siano quattro figli diseredati, a uno dei quali sia stata lasciata la quarta debitaie portionis, cioè la quarta parte del quarto (1/16). Se la portio dovesse essere determinata in concreto bisognerebbe: *a) sapere, anzitutto, se i tre figli diseredati intendano tutti e tre esperire la querela; b) attendere che tutti e tre l'abbiano effettivamente esperita.*

Se uno dei tre rinunziasse, è evidente che la portio debita verrebbe accresciuta. Se successivamente un altro filius rinunziasse, o venisse vinto nel giudizio di inofficiosità, si avrebbe ancora accrescimento: e se, infine, anche il terzo rinunziasse o venisse vinto, ecco ancora un accrescimento ulteriore. E allora il principio, che l'aver lasciata ad un legittimario la quarta debitaie portionis è causa di esclusione di costui dalla querella sarebbe irrisorio, perché solo dopo i cinque anni suonati (e anche più oltre, quando vi sia una *giusta causa* fr. 9 D. 5.2) sarebbe *possibile sapere* se il legittimario ebbe o non ebbe la quarta «*quae sufficit ad excludendam querellam*».

Davanti a questa insuperabile esigenza pratica viene deciso che si debba avere riguardo al *concorso astratto*: cioè tutti i legittimarii, anche quelli che in concreto non partecipassero al *concorso effettivo*, fanno numero, in astratto, per la determinazione della debita portio.

È perciò errato l'esempio, cui in genere ricorrono gl'interpreti, per chiarire il senso di exheredatus qui non queritur: si suole dire, infatti, per influenza del pensiero bizantino, che qui Ulpiano aveva riguardo al diseredato *tacente, ma non rinunziante: ora non ha interesse alcuno sapere se il non queritur significa solo tacente e non rinunziante: ché anzi tra coloro che non queruntur ci sono anche i rinunzianti che non possono più agire.*

Ripeto: il problema posto da Ulpiano ha riguardo alla alternativa tra concorso astratto e concorso concreto, ed è risoluto nel senso di dichiarare decisivo soltanto il primo. Di questo avviso era anche Papiniano.

Quale valore ha l'aggiunta finale «et si dicam inofficiosum...»? Dichiaro subito che *essa non ha nessun legame* con la parte precedente del testo. Perché la questione posta da Ulpiano si riferiva soltanto alla *determinazione della quota sufficiente ad escludere la querella*. Come si propone ora la diversa questione concernente il diritto di succedere ab intestato del legittimario querelante e la misura di esso?

Prospettiamoci l'ipotesi affacciata dal testo. Ci sono due fratelli diseredati: ad uno di essi è stata lasciata l'*ottava* parte del patrimonio ereditario, all'altro non è stato lasciato alcunché dei beni paterni.

Ci domandiamo: l'ottava parte è una porzione sufficiente ad escludere la querella? La risposta non può essere che positiva: l'ottava parte è portio sufficiente: e ciò, perché per la determinazione delle quote intestate si ha riguardo al *concorso astratto* dei vocati. Poiché qui i vocati sono due, la portio intestata è la metà: la quarta parte della metà, cioè l'ottava parte del patrimonio ereditario, costituisce allora la quarta debita portio. Dunque il diseredato che ebbe la quarta debita portio non potrà esperire la querella e, in conseguenza, non potrà più venire iure intestati alla successione del padre.

Ora molto probabilmente, a questo punto, Ulpiano (o Papiniano) doveva mettere in rilievo *il contrasto tra la posizione del diseredato non escluso e quella del diseredato escluso*. Mentre il primo, ancorché inattivo, concorre (partem facit) col secondo, *al fine della determinazione della quota* sufficiente ad escluderlo dalla querella, il secondo, invece, non concorre col primo alla successione intestata determinatasi con l'esperimento della querella. La ragione di ciò è palese: il legittimario *che ebbe la debita portio*, si trova nella condizione stessa, in senso *negativo*, di un rinunziante: *egli ha diritto di trattenere la quota avuta, ma non ha diritto di richiedere più altro*. Si trova nella categoria di coloro che, *essendo esclusi dalla querella, sono in conseguenza esclusi dall'attuazione di quel diritto di successione intestata che solo con la querella poteva realizzarsi*. Esempi ce ne danno il fr. 17 pr., il fr. 19 (la istituita nella quarta), il fr. 16 pr.; in questi casi vi sono delle persone le quali sono escluse dalla querella e, perciò, dal diritto di succedere ab intestato che la querella rappresenta. Ora il fr. 17 pr. attesta che il rinunziante, e in genere tutti coloro che non possono agire de inofficioso «partem non faciunt iis qui eandem querellam movere volunt».

Perciò, qui, mentre l'exheredatus qui non queritur *concorre nella determinazione della debita portio* col diseredato escluso, viceversa *quest'ultimo, escluso mediante la debita portio, non concorre col diseredato che esperisca la querella e succeda ab intestato*.

La questione fondamentale doveva perciò concernere il valore giuridico dei due termini *partem facere* e *partem non facere*. E i giuristi, Ulpiano sulle tracce di Papiniano, tendevano a mettere in evidenza con un esempio, questa che parrebbe una sottigliezza giuridica ed è, invece, una conseguenza esatta dei principii. Si potrebbe obiettare che simile situazione era palesemente ingiusta, perché, mentre favoriva gli uni, danneggiava gli altri; ma a questa obiezione si può rispondere che non è vero che ci fossero dei danneggiati. Infatti quale era il diritto del

legittimario? Di avere una certa porzione di beni. Per le esigenze stesse della esistenza della legittima, abbiamo visto come i giuristi romani fossero stati costretti a calcolare questa quota con l'*unico mezzo* possibile che avevano a disposizione: cioè il *concorso astratto*. Una volta attribuita la legittima porzione ad alcuni legittimarii, essi erano senz'altro esclusi dall'*agone ereditario*; non potevano più dolersi di una iniuria loro arrecata. Essi erano stati soddisfatti e non avevano più diritto di prendere parte alla contesa ereditaria, che gli altri legittimarii non soddisfatti intendessero impegnare. Non potevano *partem facere con costoro nella successione intestata*, dalla quale erano stati esclusi: e ciò, quantunque, in altro senso, i legittimarii non soddisfatti avessero fatto numero con loro nella determinazione della debita portio. Ma non si trattava né di posizione di favore degli uni, né di posizione di sfavore degli altri: bensì di due posizioni giuridiche necessarie. L'una, necessariamente richiesta come condizione di esistenza della legittima: l'altra, necessariamente derivante dai principii fondamentali sull'accrescimento.

Come va risolta, secondo il diritto classico, la fattispecie prospettata? Uno dei due diseredati *fu escluso* mediante la porzione dovuta: non rimase che l'altro *ad esperire* la querella. Che cosa dovrà egli chiedere? La risposta è chiara: egli è solo erede ab intestato, essendo stato l'altro fratello escluso con la quarta: dunque, egli deve rivendicare *tutta quanta la eredità*; si intende, *dedottane la porzione lasciata dal testatore al fratello*. È questa, del resto, la soluzione che abbiamo visto adottata nel fr. 19 e nel fr. 16 pr.

Cosa avrebbero fatto dinanzi a tale soluzione coloro che modificarono il fr. 17 pr. e il fr. 19 D. 5.2? Essi non potevano ammettere che il querelante ottenesse una porzione di beni maggiore di quella ottenuta dal non querelante. *E poiché per essi la querella determinava la successione intestata*, la decisione che essi avrebbero dovuto sostituire a quella classica è evidente:

«et si dicam inofficiosum non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere».

È la stessa soluzione che ricorre nel fr. 19 e nel fr. 17 pr. e che, ormai, dopo le cose dette, non deve riuscire nuova se la affermiamo decisamente non classica.

\* \* \*

Così noi crediamo di aver chiaramente mostrata la duplice fisionomia della querella inofficiosi testamenti: la classica e la postclassica.

Questo duplice profilo dell'azione è balzato fuori, con contorni netti, dall'esegesi dei testi interpolati.

Ma, come si è visto, il problema concernente la natura della querella ha investito tutto il complicato congegno dei principii che disciplinano la vita del testamento nei casi di successione contro di esso. E ancora in questo campo, dal raffronto tra i principii classici e quelli postclassici, la nostra tesi ha tratto ulteriore e, potremmo dire, definitiva conferma.

## CONCLUSIONE RIASSUNTIVA

§ 267. Se ora ci volgiamo a considerare l'opera compiuta per contemplarne l'argomento nell'unità dell'insieme, la struttura della successione romana, nonostante incompiutezze ed asimmetrie dell'opera nostra, balzerà netta agli occhi nostri.

Ciò avviene perché tale struttura resta discriminata da un'idea centrale. Infatti, come in ogni insieme vi ha una idea centrale che al tempo stesso funge da linea di distinzione e di coordinamento fra le sue parti, così nella successione romana, quale è studiata nell'opera presente, vi è un'idea centrale che costituisce contemporaneamente la linea di distinzione e di coordinamento fra le due parti fondamentali di cui essa consta.

Questa idea è quella della *successione necessaria contro il testamento*: e le due parti dell'ordinamento successorio che essa distingue e coordina sono, l'una, il sistema della successione ereditaria (ab intestato ed ex testamento) dell'ius civile ai cui principii quell'idea è del tutto eterogenea, l'altra, il sistema della successione ereditaria (ab intest. ed ex test.) del diritto pretorio e del diritto civile nuovo, ai cui principii quell'idea è, invece, immanente.

La successione ereditaria romana (ab int. ed ex test.) viene così ad apparire distinta in due sistemi diversi: l'uno, in cui per la intrinseca natura dei principii che lo costituiscono non può trovar posto l'idea di una successione necessaria contro il testamento, l'altro, invece, in cui tale idea trova proprio la sua scaturigine necessaria.

Ora nella intrinseca impossibilità e, viceversa, nella esigenza della successione necessaria contro il testamento nel sistema ereditario, sta proprio il criterio discriminante che distingue alla radice, nella loro diversa *natura* e, quindi, nella loro diversa *struttura* e *finalità*, i due grandi sistemi della successione ereditaria romana.

Posta questa idea, il piano dell'opera doveva essere svolto in funzione della stessa: quindi, esso doveva essere ordinato a separare nella successione ereditaria

romana i due grandi sistemi di cui essa risulta, a configurarne la diversa struttura e finalità, ed a cercare nella loro particolare natura la ragione della assenza nell'uno, e della presenza nell'altro, della successione necessaria.

## I.

1. – Orbene: poiché i due sistemi di cui parliamo sono, l'uno, quello dell'ius civile e, l'altro, quello del diritto pretorio e del diritto civile nuovo, il punto di partenza della nostra indagine non poteva essere che questo: vedere se l'idea della successione necessaria contro il testamento fosse coerente ai principii della successione ereditaria di ius civile. Perché se questa coerenza non fosse risultata, ma fosse anzi risultata una radicale ripugnanza a quei principii, questa medesima ripugnanza avrebbe indicato una eterogeneità fra il sistema del ius civile e il sistema del diritto pretorio e civile nuovo, tra i cui principii quella idea si collocava invece con piena coerenza.

Di qui il primo e fondamentale problema: la necessità di istituire o diseredare i *sui* (*sui aut instituendi sunt aut exheredandi*) costituisce veramente, secondo l'unanime insegnamento, una applicazione della successione necessaria contro il testamento (successione necessaria formale, come si dice)? Cioè: esiste veramente nel *paterfamilias* un *obbligo* di istituire o diseredare i *sui*, e correlativamente, nei *sui*, un *diritto* ad essere istituiti o diseredati?

La risposta nettamente negativa a questa domanda fu data appunto nelle prime parti della nostra indagine: la necessità di istituire o diseredare i *sui* non costituisce una manifestazione della successione necessaria contro il testamento: essa, quindi, non ha il suo fondamento giuridico né in un *obbligo* del *paterfamilias*, né in un *diritto* dei *sui* (§§ 1 segg.).

La sua ragione giuridica va cercata nella *genesì familiare* che ha la successione ereditaria nel puro sistema dello ius civile. Essa è, infatti, in tal sistema, esclusivamente causata dal funzionamento, diremmo quasi automatico, che si verifica nell'organismo familiare agnaticio per effetto della morte del *paterfamilias*.

La struttura di tale organismo è, come si sa (§ 45), costituita dal vincolo di potestà che assoggetta tutti i membri della familia all'autorità di un capo; tale assoggettamento si realizza attraverso una serie di rapporti di soggezione gerarchicamente disposti e culminanti in quello immediato fra il *paterfamilias* ed i *sui*. Ora, morto il *paterfamilias* si verificano nella familia, per una specie di scatto automatico, una serie di successioni, delle quali la più caratteristica ed appariscente è quella dei *sui* al posto del *paterfamilias* defunto (successione ereditaria). Ma oltre quest'ultima, altre successioni hanno luogo contemporaneamente, e per la medesima causa, nell'interno dell'organismo familiare: perché i nipoti succedono ai *sui*, i pronipoti ai nipoti e così via. Tutte codeste successioni hanno un carattere comune: quello di essere necessariamente causate dal funzionamento stesso dell'organismo familiare (§ 28).

Ora, dato un ordinamento giuridico in cui la successione presenti una siffatta genesi, il problema dell'esistenza di un testamento – atto con cui si nomina un erede – non può avere che due soluzioni: o una soluzione negativa (e questa, come ha genialmente visto il Bonfante, è esclusa dal sistema romano), o una soluzione per cui la funzione del testamento risulti coerente alla genesi familiare della successione; e questa seconda è la soluzione romana.

Il paterfamilias, infatti, col testamento non provoca egli, a suo arbitrio, indipendentemente dall'organismo familiare, una successione. Ciò sarebbe impossibile. Egli ha soltanto il potere di conformare la successione, col testamento, alla unità di struttura della familia; e ciò, mediante l'istituzione di erede di un *suus*, sul quale può *concentrare*, diseredando gli altri, la qualità di erede. *Institutio* ed *exhereditatio* sono i due mezzi con cui il paterfamilias obbedisce, conservando l'unità della familia, alla esigenza della successione automatica causata dall'organismo familiare.

La necessità, dunque, che i sui, nello stesso diritto classico, siano istituiti o diseredati appare chiara. Poiché essi sono dallo stesso organismo familiare sollevati al posto di erede (la cui occupazione, perciò, non dipende da un loro atto di volontà, ma ha luogo in virtù di una insuperabile necessità giuridica), il paterfamilias non può prescindere da questo stato di cose: egli deve, quindi, o conformarsi all'intrinseco movimento di tale organismo istituendo erede il *suus*, o, se vuole impedire gli effetti di questo movimento, egli deve togliere al *suus* la qualità di erede, che ipso iure a lui inerisce, ricorrendo all'unico mezzo a questo fine apprestatogli dallo ius civile: la *exhereditatio*. Che se, invece, egli non ha cura né di istituire né di diseredare il *suus*, quest'ultimo occuperà ipso iure il posto di erede: ed essendo allora questo posto occupato ad un titolo (*ab intestato*), non ne sarà più possibile l'occupazione a titolo diverso (*ex testamento*). Di qui la radicale nullità del testamento in cui un *suus* sia stato preterito (*testamentum nullius momenti*) (§§ 1, 41). La ragione, dunque, del principio *sui aut instituendi sunt aut exheredandi* va ricercata nella genesi familiare della successione e nei rapporti che ha con quest'ultima il testamento. Il testamento non ha la funzione di creare esso la successione, indipendentemente dall'organismo familiare: la successione, nonostante l'esistenza del testamento, ha sempre una genesi familiare.

La funzione del testamento (nella concezione del puro sistema di ius civile) non è, infatti, quella di spostare la successione dall'ambito della familia, quella, cioè, di infrangere la precisa struttura dell'organismo familiare che col suo meccanico funzionamento provoca il fatto successorio. Il testamento ha in Roma una funzione analoga a quella che presso altri popoli ha l'istituto della primogenitura: esso cioè ha una funzione conservatrice della unità dell'organismo agnatizio, mirando allo scopo di perpetuarla anche per dopo la morte del paterfamilias. Con esso, infatti, il paterfamilias concentra, mercé l'istituzione, sopra uno dei sui la qualità di erede spogliandone, mediante diseredazione, gli altri sui che, come tali, naturalmente la possiedono.

Ma l'istituzione del *suus* nel testamento non modifica in nulla la causa e la natura agnaticia della successione. Perché anche mediante il testamento la successione del *suus* istituito al suo *paterfamilias* resta pur sempre un fatto che ha la sua causa nel funzionamento dell'organismo familiare.

La prova invincibile di questa unitarietà di genesi della successio ci è data dal fatto che, nonostante la istituzione nel testamento, il *suus* succede sempre *ipso iure* al suo *paterfamilias*: ora poiché questa successione *ipso iure* è causata dall'intrinseco movimento dell'organismo familiare, ciò dimostra ancora una volta che il testamento non prescinde da tale organismo, ma vi si conforma e, anzi, come diciamo, ne conserva la struttura unitaria (§§ 14, 19, 3).

Mi preme di dichiarare che qui ci muoviamo non sul terreno della congettura, ma su quello del sistema positivo dell'*ius civile*. Infatti: *a*) principio positivo è quello concernente l'istituzione o la diseredazione dei suoi (§ 1); *b*) principio positivo è quello dell'acquisto *ipso iure* – come, cioè, se succedessero ab intestato – dei suoi istituiti nel testamento (§ 3, 14, 19); *c*) principio positivo è quello della conformità del testamento alla struttura dell'organismo familiare agnaticio (§§ 33-39).

Ora questi tre principii hanno *una medesima causa* e adempiono *una medesima funzione*.

La medesima causa è costituita da ciò, che la successione è un fatto determinato necessariamente dal funzionamento dell'organismo familiare agnaticio; infatti, *a*) i suoi sono da istituire o da diseredare perché la loro successione al *paterfamilias* si produce necessariamente in conseguenza delle varie successioni che la morte del *pater* determina nella struttura potestativa della famiglia; *b*) il *suus* istituito acquista *ipso iure* l'eredità del *paterfamilias* perché automaticamente subentra nella sua posizione giuridica; ora la designazione testamentaria non potrebbe mutare la natura di tale successione; *c*) il testamento deve conformarsi alla struttura dell'organismo familiare, e deve in sé questa struttura rispecchiare, perché la successione che esso disciplina ha pur sempre nell'organismo familiare la causa che la genera.

La medesima funzione che quei principii sono destinati a realizzare è costituita dalla creazione di un rapporto siffatto fra il testamento e l'organismo familiare, che per suo mezzo risultino contemporaneamente salvaguardati la struttura della famiglia e la libertà di scelta del *paterfamilias*.

Costruito in siffatta maniera il sistema dei rapporti fra testamento ed organismo familiare agnaticio, il torturante problema dei rapporti fra successione intestata e successione testamentaria viene ad essere senz'altro risolto (p. 7 segg. [pp. 473 sgg.]). *Non vi sono due specie di successioni in antitesi fra loro: una testamentaria ed una intestata*: non vi è che una sola successione, la quale è sempre ed esclusivamente causata dal funzionamento stesso dell'organismo familiare agnaticio; e questa successione ha il suo paradigma nella successione automatica (*ipso iure*) del *suus* al *paterfamilias*. Orbene, questa autogenesi della successio non esclude, ma anzi postula, l'intervento del *paterfamilias* nel fat-

to successorio: è questo intervento, infatti, che mediante il congegno della *institutio* e delle correlative *exheredationes* realizza quell'unità di successione, che è destinata a perpetuare l'unità dell'organismo familiare. Il testamento, quindi nella sua originaria funzione, non prescinde dall'organismo familiare, non crea una *successio* al di fuori ed indipendentemente da esso: per contro, fa sua la *successio* provocatasi nell'organismo familiare, e nel farla sua ne determina i limiti secondo l'esigenza unitaria a esso intrinseca.

Genesi familiare, dunque, della successione e concentrazione in capo ad un *suus* di essa mediante testamento appaiono essere gli elementi fondamentali del fenomeno successorio. Questi elementi sono ambedue primigeni. Perché, come incontestabilmente primigenia è la genesi puramente familiare della successione, così parimenti primigenia è l'esigenza di assicurare nella successione la permanente unità dell'organismo familiare. A questo fine servì in Roma il testamento con il suo caratteristico congegno della *institutio heredis* e della *exhereditatio* a questa *institutio* preordinata.

Non già, dunque, antitesi fra genesi familiare della successione e designazione testamentaria dell'erede, ma convergenza e fusione. E ciò che resta, ad ogni modo, incontestabilmente assodato, è *la unità di genesi della successione*, ci sia o non ci sia un testamento: la genesi, cioè, familiare.

Ciò risulta, nello stesso diritto classico, dalla successione del *suus* istituito. La successione di costui, nonostante la valida istituzione nel testamento paterno, ha sempre la sua genesi nell'organismo familiare: è questa la ragione per cui egli è anche qui erede ipso iure (Gai II, 157; cfr. §§ 3, 14, 19).

*Unità di genesi* (l'organismo familiare), dunque, ed *unità di direzione* (determinata dal testamento) sono le due fondamentali caratteristiche della successione tipica romana: quella del *suus*.

2. – Ma bisogna prevenire le obiezioni che si potrebbero fare a questa concezione unitaria della successione. Come provare questa *unità di genesi e di direzione*?

La prova dell'una e dell'altra va cercata sempre nella successione del *suus*. Per quanto concerne l'unità di genesi nella successione testamentaria del *suus*, la prova noi l'abbiamo già fornita. E fino a quando ci muoviamo sul terreno della successione del *suus*, la saldezza di tale concezione non può esser posta in dubbio.

Tuttavia, ancora su questo terreno, resta da provare quella che noi abbiamo detta la funzione perpetuatrice dell'unità dell'organismo familiare, che il testamento è chiamato a disimpegnare (*unità di direzione della successio*).

Come dimostrare che il *paterfamilias* concentra sopra un *suus*, spogliandone gli altri, la qualità di erede?

La risposta ci è fornita anzitutto dall'istituto della *exhereditatio*. E, infatti, quale è la funzione di questo istituto? Perché il *paterfamilias* disereda i suoi? Indubbiamente non per infliggere loro una pena, come si suol credere nell'opi-

nione volgare: è fuor di questione che la *exhereditatio*, come la *institutio*, non realizzi in nessun modo (almeno direttamente) una funzione di natura patrimoniale (§§ 1, 9 segg.). E allora? Essa c'è appunto, per rendere possibile al paterfamilias quella che abbiamo chiamata *unità di direzione* della successio. Mediante la *exhereditatio*, e solo per suo mezzo, il paterfamilias riesce a *concentrare* in capo al suus designato la qualità di erede. Altre ragioni che legittimino l'esistenza della *exhereditatio* a mio avviso non ci sono.

Una prova, ulteriore di questa concentrazione in capo ad un suus della qualità di erede è fornita dall'istituto classico dell'*adsignatio libertorum* (§§ 107 segg.). Con tale *adsignatio* il patrono concentra in capo ad un suus, escludendone per ciò stesso gli altri sui, il rapporto di patronato.

Ora i sui stanno rispetto al rapporto di patronato nella stessa posizione in cui stanno rispetto all'*hereditas*: vi sono, cioè, necessariamente chiamati. Il rapporto di patronato è, infatti, per sua natura, un rapporto schiettamente agnazio.

Orbene, come il paterfamilias può impedire ai *sui* l'acquisto necessario della *hereditas* mediante diseredazione, così egli può loro impedire di diventare titolari del rapporto di patronato concentrando questo rapporto in capo ad uno solamente dei *sui*. Non sono qui identici i due fenomeni? Nel primo caso, disereda gli altri *sui* e concentra in un *suius* la qualità di erede; nel secondo caso, concentra in un suus la qualità di patrono, escludendo per ciò stesso gli altri *sui*. È vero che nel secondo caso il fatto solo della *adsignatio* esclude i sui non assegnatari, senza che sia necessario ricorrere ad una loro diseredazione. Ma questa diversità si spiega pensando che l'*adsignatio* di cui parlano le fonti è istituto che sorge soltanto nel 1° secolo dell'impero.

Questo istituto, che ha riferimento al caso della perdita della civitas, ricalcò, però, la sua struttura sopra un modello più antico: quello della concentrazione della qualità di patrono in capo a quel suus sul quale il paterfamilias aveva concentrata la qualità di erede. Quest'ultima concentrazione causava *ipso iure* anche la prima.

L'argomento che si trae dalla funzione della *exhereditatio* e quello che si trae dall'*adsignatio libertorum* sono, diremmo quasi, decisivi in pro della nostra tesi: altri potrebbero portarsene di minor peso, fra i quali quello che ci viene fornito dalla c.d. capacità virtualmente universale del titolo di erede. Il titolo di erede ha natura tale da apparire universale ed esclusivo; come, cioè, se un titolo di erede dovesse di necessità avere riferimento a tutta l'eredità e non comportasse altri titoli di erede accanto a sé. Se ciò in fatto non si verifica, ed il fenomeno della coeredità è, anzi, frequentemente praticato in epoca classica, tuttavia la nostra affermazione non è per questo priva di fondamento: infatti, ciascun erede è considerato come successore nella posizione giuridica del defunto.

E sopra la natura universale ed esclusiva del titolo di erede ha inoltre fondamento il fenomeno caratteristico dell'accrescimento.

Dunque la tesi che il testamento abbia nella successione ereditaria una funzione diretta a perpetuare l'unità dell'organismo familiare agnazio, risulta ave-

re salde fondamenta nel puro sistema dell'ius civile. Ma, come abbiamo avvertito, sin qui noi ci muoviamo pur sempre sul terreno della successione dei sui.

L'obbiezione più forte alla nostra tesi è data dalla struttura classica della successione testamentaria degli estranei. Questa struttura è, nel diritto classico, radicalmente diversa da quella della successione dei *sui*. Non si può più parlare senz'altro di unità di genesi, come avevamo fatto per il *suus*: non può più dirsi che la successione dell'estraneo si produca nell'ambito della familia, per un movimento intrinseco dell'organismo familiare. L'estraneo istituto erede non fa parte, in diritto classico, come il *suus*, di tale organismo: quindi la sua successione è esclusivamente causata dal testamento.

Ora per la prima volta sorge netta l'antitesi fra successione testamentaria e successione intestata. Nella successione dell'estraneo, in diritto classico, la successione non ha sicuramente quella natura *unitaria* (quanto alla sua genesi) che avevamo rivendicato, anche pel diritto classico, alla successione del *suus*; ed il testamento non ha, in tale caso, quella funzione che ha nella successione del *suus*.

Ma tutto ciò non toglie valore alle nostre conclusioni precedenti. Perché la successio per eccellenza, nella sua struttura originaria, è, per unanime consentimento, quella del *suus*. Che se, già ab antiquo, il paterfamilias avesse voluto designare erede un estraneo, per rendere possibile tale designazione non vi era che una via: fare entrare nella familia quale *suus*, mediante adozione, l'estraneo, affinché una volta partecipe dell'organismo familiare fosse resa possibile la successione di costui al *paterfamilias*.

*Adoptio e testamentum* sono però, come si vede, due atti tra loro radicalmente differenti aventi ciascuno una funzione del tutto propria e diversa. I casi cosiddetti di adozione testamentaria sono fenomeni aberranti, i quali derivano dall'intorbidarsi della purezza del sistema sopra cui poggiava la tipica *successio* romana. Quando l'intelligenza di questi principii venne meno, per lo scompagnarsi della rigida struttura agnaticia, fu possibile la nascita della ibrida figura dell'*adoptio* testamentaria e quella più libera, e più conforme alla nuova funzione patrimoniale della successione, dell'estraneo istituito senz'altro erede.

Ma torniamo alla successione del *suus*, come ci appare nello stesso diritto classico: l'unità di genesi di questa successione è incontestabile: sia, cioè, che il *suus* succeda ab intestato, sia che succeda ex testamento, la successione è necessariamente causata dall'organismo familiare cui il *suus* appartiene. Qui un'antitesi fra successione intestata e successione testamentaria non c'è: e la funzione del testamento appare rivolta – nella purezza della sua concezione originaria – a dare alla successione quell'unità di direzione che ha per scopo di perpetuare l'unità dell'organismo familiare.

3. – Partendo dal principio *sui aut instituendi sunt aut exheredandi* e lasciandoci da esso guidare, come da filo conduttore, noi siamo così riusciti a conoscere il congegno del puro sistema successorio romano. Questo congegno risul-

ta basato: *a)* sull'organismo familiare che genera il fatto successorio; *b)* sul testamento che concentra la successione in capo ad un *suus* al fine di perpetuare l'unitaria struttura della familia. Ora l'armonico coordinamento fra familia e testamento è realizzato da una serie di principî, di cui quello della necessaria istituzione o diseredazione dei *sui* è il più caratteristico. Allo studio di questi principî è stata, appunto, dedicata la 1ª sezione della prima parte dell'opera (§§ 1-45). Diamo qui i lineamenti sommari del sistema cui essi, nel loro reciproco coordinamento, danno luogo.

Posto l'organismo familiare a base del sistema, ed affermato che la successione del *suus* è esclusivamente causata dal funzionamento di tale organismo, la prima conseguenza che ne derivava era quella dell'occupazione automatica, da parte del *suus*, del posto di erede (principio dell'acquisto *ipso iure* da parte dei *sui*). Questo effetto ha luogo tanto nel caso che non vi sia, quanto nel caso che vi sia un testamento. In quest'ultima ipotesi, come già si è detto, la designazione testamentaria utilizza il fatto successorio prodottosi nell'organismo familiare (§§ 3 segg.).

Oltre questo dell'acquisto *ipso iure*, gli altri principî più importanti che regolano i rapporti fra testamento ed organismo familiare sono i seguenti.

1) Quello fondamentale «*sui aut instituendi sunt aut exheredandi*». L'istituzione e la diseredazione appaiono così come istituti che reciprocamente si postulano: essi hanno radice in una medesima causa e rispondono ad una medesima esigenza: perché la funzione della diseredazione è quella di rendere possibile quella concentrazione della qualità di erede in capo ad un *suus* cui l'istituzione mira (§ 1 segg.).

Visti sotto questo profilo i due istituti vengono illuminati di nuova luce; e la loro disciplina eccessivamente formale ci appare non più quale costruzione dovuta a sottigliezze di giuristi, ma quale costruzione rispondente alla funzione cui essi sono preordinati (§§ 9-13; 14-16).

2) Una derivazione del precedente è il principio che anche i postumi debbano essere istituiti o diseredati. Tutta la complessa disciplina della istituzione o diseredazione dei postumi resta un enigma qualora non sia vista sotto il profilo dei rapporti fra organismo familiare e testamento (§§ 24-32).

3) Una logica conseguenza di tali rapporti è il principio della *nullità (nullius momenti)* del testamento in cui sia stato preterito un *suus*. Poiché nonostante questa preterizione la successione del *suus* preterito al *paterfamilias* si è automaticamente verificata, ne deriva che essendo già il posto di erede occupato dal *suus* preterito ad un titolo (ab intestato), esso non può più essere occupato ad un titolo diverso (ex testamento). Di qui la radicale invalidità delle vocazioni testamentarie (§§ 1, 41-45).

4) E, infine, un'altra conseguenza dei rapporti fra organismo familiare e testamento è il principio che quest'ultimo, mentre deve di necessità avere riguardo alle posizioni di *sui* esistenti nell'organismo familiare nel momento in cui

viene eretto, non può, invece, avere riguardo a quelle che potessero successivamente sorgere ex novo nella familia. Esso, quindi, per essere valido, deve e può in sé rispecchiare solamente la struttura dell'organismo familiare così come è costituita al momento in cui viene eretto: che se posteriormente questa struttura venga a modificarsi, poiché per effetto di questa modificazione cessa quella conformità con la familia che è condizione per l'esistenza del testamento, questo viene ad essere ipso iure revocato (§§ 33-39).

Ebbene, quale è la comune causa generatrice di tutti questi principi? Evidentemente questa: che la successione (del *suus*) è un fatto che si verifica sempre *ipso iure* nell'interno dell'organismo familiare e dal quale il *paterfamilias* non può prescindere quando fa testamento. Se ne prescindesse (preferendo il *suus*, o il postumo *suus*, o non tenendo conto di tutti i posti di *sui* esistenti nel momento in cui egli testa) o se non potesse, pur volendo, tenerne conto nel momento in cui testa, perché il posto di *suus* non è ancora sorto nella familia, allora la conseguenza non potrebbe essere che una: *la radicale invalidità del testamento*.

4. – Dopo questo esame dei rapporti fra organismo familiare e testamento nell'ius civile, noi possiamo ora ripresentare la domanda postaci in principio: è possibile parlare qui di successione necessaria contro il testamento?

Quando parliamo di successione necessaria contro il testamento, noi supponiamo che esista fra prossimi parenti un vero *diritto soggettivo* alla successione. Quando questo diritto sia stato leso, i legittimari possono agire contro il testamento del loro congiunto e provocarne a loro profitto la *rescissione*. Ma se non agiscono il testamento mantiene inalterata la sua efficacia. Ciò dimostra che nonostante la violazione di quel diritto il testamento è stato validamente eretto e che la successione dei legittimari non si impone al testatore come una impreteribile condizione di validità. Confrontiamo questa successione con quella del *suus*. Quest'ultima successione, invece, si impone al testatore come una impreteribile necessità giuridica: essa è il presupposto per la valida erezione del testamento. Quando di questo presupposto non si sia tenuto conto, il testamento non esiste. E questa *inesistenza* non è già causata, come la *rescissione*, dall'azione del *suus* preterito, in guisa che se quest'azione non sia esperita, tale inesistenza non abbia luogo. No, essa deriva necessariamente dal fatto solo della preterizione.

Nel primo caso, quindi, l'*obbligo* del testatore costituisce un limite che determina l'estensione della sua libertà di testare: tale *obbligo* sta a servizio di un *diritto* correlativo ed in tanto produce effetti (*rescissione del testamento*) in quanto sia fatto valere in giudizio.

Nel secondo caso, invece, l'*onere* del testatore di non preterire il *suus* costituisce una condizione di esercizio della sua facoltà di testare e, quindi, un presupposto impreteribile per la validità del testamento. Tale onere non sta a servizio di alcun diritto: o esso è stato osservato, ed allora il testamento è valido,

o non è stato osservato, ed allora il testamento è *inesistente*. Tutto ciò deriva dal fatto che *il testatore non può chiamare direttamente un estraneo alla successione, essendo in questo sistema unica la genesi della successione: l'organismo familiare*.

Ecco allora la ragione che diversifica i due sistemi: secondo che la genesi della successione sia o non sia nell'organismo familiare, non ha luogo o ha luogo la successione contro il testamento.

A prova di quanto diciamo, portiamo quest'esempio. Si faccia l'ipotesi di un suus regolarmente diseredato. Poiché la diseredazione ne impedisce la successione, il suus non avrebbe alcun titolo per succedere.

E, infatti, se la successione non ha la sua genesi altrove che nell'organismo familiare, se questa genesi è stata impedita con la *exheredatio*, come potrà il suus pretendere più di succedere? Tutto ciò secondo il puro sistema successorio di ius civile. Rivolgamoci ora al nuovo sistema (di diritto pretorio e civile nuovo). Poiché in questo sistema la successione non ha più la sua genesi nell'organismo familiare, non vi è nessuna intrinseca impossibilità che impedisca al suus diseredato di venire alla successione. Anzi, poiché ormai c'è nei prossimi parenti un *diritto* di venire reciprocamente alla successione, ne segue che il suus diseredato potrà agire (con la querella) contro il testamento del padre; e se prova di essere stato ingiustamente diseredato, egli potrà *rescindere* il testamento a suo profitto, ed attuare così una successione necessaria contro di esso.

Perché sorga l'idea della successione contro il testamento occorre, pertanto, che la successione muti la sua base: che essa, cioè, sia svincolata da quell'organismo familiare che, nel puro sistema di ius civile, esclusivamente la genera. Allora ed allora soltanto sarà possibile pensare al fatto che dei membri della famiglia chiedano di essere essi, invece degli estranei, chiamati alla successione del loro congiunto in base ad un *diritto* che in loro genera l'appartenenza ad un medesimo gruppo parentale. In questa nuova concezione della successione quale fatto indipendente dall'organismo familiare, è possibile la nascita di quell'*obbligo* e di quel *diritto* reciproco dei più prossimi congiunti ad essere chiamati alla successione, che costituisce la base della c.d. *successione necessaria*.

5. – Una volta conosciuti i lineamenti del puro sistema successorio di ius civile e una volta dimostrata la ripugnanza ai principii di tale sistema dell'idea di una successione necessaria contro il testamento, si sarebbe dovuto passare senz'altro a studiare i lineamenti di quell'altro sistema in cui, invece, la successione necessaria trova con coerenza il suo posto.

Non è questo, peraltro, il piano d'indagine seguito nell'opera: il concetto di successione guadagnato nello studio dei rapporti fra organismo familiare e testamento richiedeva che esso non fosse lasciato senza ulteriore approfondimento. E poiché il meccanismo della famiglia, nel suo caratteristico funzionamento alla morte del *paterfamilias*, era stato studiato solo in relazione agli effetti che esso generava nel testamento, era naturale che l'indagine venisse este-

sa anche all'ipotesi in cui un testamento non vi fosse: cioè, all'ipotesi della successione intestata.

Ma bisognava prima procedere ad ulteriori precisazioni. Se la successione è un fatto causato dal funzionamento dell'organismo familiare, deriva da ciò che dove non c'è organismo familiare non ci può essere neppure successione. E, inoltre, se la successione consisteva nel subentrare nella posizione giuridica del *paterfamilias* e se per suo mezzo, grazie alla funzione del testamento, si manteneva inalterata l'unità della familia, bisognava concludere che la successione non potesse aver luogo a favore di una persona incapace di esercitare la *potestas*. Quindi la donna, che non ha *familia* e che non è *suae potestatis*, non può mai, nel puro sistema successorio dell'ius civile, essere soggetto di un rapporto successorio: non può, cioè, alla stregua di questo sistema, né avere eredi in senso vero, né essere essa stessa erede (§§ 46, 82). Questa affermazione potrebbe a prima vista meravigliare, quasi fosse in contrasto con l'esplicita testimonianza delle fonti classiche. Ma tale meraviglia non ha ragione di essere quando ci si abitui a considerare il sistema successorio classico come risultante da due strutture diverse in esso stratificate e contemporaneamente in esso operanti. Una struttura più antica e meno appariscente, rappresentata ancora dalla caratteristica successione del *suus* ed avente la sua causa nell'organismo familiare, l'altra, più recente e più visibile, svincolatasi da questo organismo, ed in cui la successione ha perduto il suo collegamento con la struttura della famiglia. Alla stregua di questa concezione recente non c'è più ripugnanza ad ammettere che una donna possa essere soggetto di un rapporto successorio. Ma se restassimo sul terreno della concezione pura dell'ius civile, e ci riferissimo, quindi, a quella che abbiamo chiamato struttura più antica della successione (struttura, però, sempre presente ed operante nel diritto classico) sarebbe possibile parlare della successione di una donna e ad una donna? La risposta è evidentemente negativa.

In pro di questa tesi depone la posizione assolutamente anomala ed isolata che ha la donna nello stesso sistema successorio del diritto classico (§ 82). E la prova, poi, squisita ci è fornita dall'istituto della tutela (§§ 46, 82). La donna non è *paterfamilias*: essa, perciò, non ha *sui* e non esercita *potestas*; quindi non sorge per essa il problema della successione nella *potestas* (tutela). E poiché, d'altro canto, la tutela è un *munus virile*, la donna non potrebbe essere nominata tutrice. Cioè, la donna né può – in questo campo della tutela – avere un successore, né può essere successore essa stessa.

Orbene: si potrebbe ripetere per la successione ereditaria del puro sistema di ius civile quanto si dice per la successione tutelare? Questa ammissione sarebbe possibile solo se si dimostrasse che nelle sue linee centrali la struttura dell'una successione coincide, nello stesso diritto classico, con quella dell'altra, e che la diversità di funzione che queste due successioni disimpegnano nel diritto classico non è originaria. Da ciò risulterebbe altresì dimostrato che la *funzione potestativa* disimpegnata dalla successione tutelare è conforme alla struttura di

questa successione, mentre tale conformità manca tra la funzione patrimoniale disimpegnata dalla successione ereditaria nel diritto classico e la struttura di tale successione. Questa difformità risulterebbe avere la sua causa nella *funzione potestativa* che secondo il puro sistema di ius civile doveva prima disimpegnare anche la successione ereditaria.

Successione ereditaria e successione tutelare ci appariranno allora nella loro origine essere state uno stesso istituto posteriormente sdoppiatosi: in questo processo di sdoppiamento l'uno, quello tutelare, mantenne quasi inalterata la struttura e la funzione dell'istituto originario; l'altro, quello ereditario, mentre mantenne la struttura mutò invece la funzione. Da ciò, quella armonia fra struttura e funzione che si nota nella successione tutelare e quella disarmonia fra struttura e funzione che si nota, invece, in quella ereditaria (§§ 47 segg.).

Ora questa tesi – dal Bonfante genialmente intuita – trae piena conferma dall'analisi della struttura classica delle due forme di successione. Infatti, come la successione ereditaria ha la sua genesi nell'organismo familiare, nella famiglia ha parimenti la sua genesi la successione tutelare (intestata). Da ciò deriva:

a) che come per la hereditas così per la tutela l'uscita dalla familia per *capitis deminutio* impedisce l'una e l'altra forma di successione (§ 73);

b) che tanto l'una che l'altra successione si verificano automaticamente, dando luogo all'acquisto *ipso iure* della qualità di erede e di tutore (§ 60);

c) che queste due qualità ineriscono necessariamente a coloro che occupano il posto preminente nella familia, tanto che essi non potrebbero in nessun modo spogliarsene (impossibilità di una rinuncia agli effetti di queste successioni automatiche) (§ 54, 60);

d) che tanto nell'hereditas quanto nella tutela vale il principio «*in legitimis non est successio*»: cioè che la successione ereditaria e tutelare non può verificarsi che a favore di chi occupa il posto preminente nell'organismo familiare, e in modo tale che una rinuncia da parte sua sarebbe irrilevante, non potendo in nessun modo provocare la successione del *sequens* (§ 52 segg.);

e) la necessità, quindi, di un pratico superamento di tale impossibilità di rinuncia mediante il caratteristico istituto della *in iure cessio* applicato tanto alla hereditas quanto alla tutela (§§ 60 segg.).

Altre coincidenze fra tutela ed hereditas si trovano nel campo delle vocazioni testamentarie<sup>1</sup>.

Si può pertanto dire con Q. Mucio, *quo tutela redit eo et hereditas pervenit* (73 pr. D. 50, 17) e, quindi, *ubi tutela ibi hereditas* (p. 130<sup>2</sup> [p. 606 nota 26]). E poiché la donna non può essere soggetto di un rapporto tutelare, essa non

<sup>1</sup> Per es.: a) la nomina di un tutore non può aver luogo, come quella dell'erede, che per testamento; b) *quamdiu potest ex testamento adiri hereditas ab intestato non defertur*, che vale anche per la tutela: *quamdiu tutela testamentaria speratur legitima cessat*; c) la impossibilità della nomina di un erede o di un tutore *ex re certa*, e così via (§ 72).

poteva, secondo le esigenze del puro sistema di ius civile, essere neanche soggetto di un rapporto ereditario (§§ 51, 82).

Lo studio parallelo del sistema tutelare e di quello ereditario ci mostra l'origine comune dell'uno e dell'altro. Esso ci mostra altresì come veramente la *successio* nella sua fisionomia originaria sia fenomeno avente struttura familiare e funzione potestativa a questa struttura adeguata (§§ 47 segg.).

6. – Dopo queste precisazioni intorno al concetto di *successio* secondo il puro sistema di ius civile, si poteva ormai passare allo studio della così detta successione intestata.

Ci sia o non ci sia testamento, il fenomeno successorio, come abbiamo visto, non muta natura: perché nell'una o nell'altra ipotesi rimane immutata la causa che lo produce: l'organismo familiare.

Orbene, l'organismo familiare che provoca la successione intestata può essere o quello *proprio iure* (§§ 7 segg.) – nel qual caso si ha la successione del *suus* – o quello *communi iure* (§§ 80 segg.), quando dei *sui* non vi siano – nel qual caso si ha la successione dell'agnato prossimo. La differenza precipua fra queste due successioni sta in ciò: che mentre mediante la prima la familia *proprio iure* viene a *perpetuarsi*, mediante la seconda essa viene ad essere *assorbita* nell'ambito di quella *communi iure* (p. 120<sup>2</sup> [p. 596 nota 11] e §§ 78, 80, 81).

Dal fatto che la successione sia sempre provocata necessariamente dall'organismo familiare discende che la successione dell'agnato prossimo, come quella del *suus*, ha essa pure carattere necessario (§§ 61-64). Questa affermazione sembrerebbe contraddetta dal fatto che le fonti classiche considerano sempre come erede volontario l'agnato prossimo, richiedendo da lui, per l'acquisto dell'eredità, l'atto di adizione (§ 65).

Tale contraddizione, però, svanisce quando si ponga mente al principio della impossibilità di una delazione successiva (*in legitimis non est successio*) vigente per la chiamata ereditaria dell'agnato prossimo. *Quest'ultimo non può rinunciare alla chiamata*, nel senso che, nonostante la rinuncia, la chiamata si ferma in capo a lui e non procede più oltre. E appunto per superare praticamente questa impossibilità di delazione successiva venne introdotto l'istituto della *in iure cessio hereditatis* (§ 65).

Orbene: che cosa significa il fatto che la delazione ereditaria si ferma necessariamente in capo al prossimo agnato? Esso significa che la successione si è automaticamente verificata a favore dell'agnato prossimo (che vorrebbe rinunciare), perché egli è colui che occupa nella familia il posto preminente: quel posto, cioè, cui la chiamata ereditaria è organicamente collegata (§ 64). Ora, come è possibile, dato un congegno siffatto della successione, una rinuncia a succedere? È pertanto un principio che deriva con logica coerenza da tale congegno quello che afferma l'impossibilità di una delazione successiva (*in legitimis non est successio*) (§ 63).

Ma, ed ecco la contraddizione, come spiegare allora il carattere *volontario* dell'acquisto dell'hereditas da parte dell'agnato prossimo? (§ 63). Se la vocazione di costui è necessaria, necessario, come pei sui, dovrebbe essere anche l'acquisto dell'eredità.

Vi è qui, certamente, una incoerenza che noi non crediamo di potere ascrivere al sistema puro dell'ius civile antico. La prova di ciò, noi la ripetiamo dalla tutela. Come si sa, l'agnato prossimo è tutore *ipso iure* ed *ipso iure* acquista la titolarità dell'ufficio tutelare. Ora, data la identità strutturale fra successione ereditaria e successione tutelare, noi possiamo supporre che nel sistema ereditario puro alla necessità della successione dell'agnato corrispondesse anche la necessità dell'acquisto (§ 64).

Avremmo potuto, a questo punto, considerare esaurito l'argomento della prima parte dell'opera: infatti l'uno dei due sistemi, di cui nel suo complesso risulta costituita la successione ereditaria romana, era stato ormai ricostruito: ne erano state configurate la *struttura*, la *finalità* ed era stata trovata la ragione della assenza in questo sistema di ogni idea di successione necessaria contro il testamento. Avremmo potuto, quindi, procedere allo studio dell'altro sistema ereditario: ma una ragione di completezza ci indusse ad approfondire ancora la conoscenza dell'organismo familiare agnatizio, esaminandone quella caratteristica appendice costituita dal rapporto di patronato (§§ 88-119). La familia del patrono, infatti, funge, rispetto a quella proprio iure del liberto, da *familia communi iure* (§ 83). Sta in ciò la causa della successione del patrono al liberto, quando quest'ultimo sia morto intestato senza lasciare discendenti. La necessità di questo approfondimento stava specialmente nel fatto che nell'ulteriore sviluppo dell'opera il rapporto di patronato sarebbe stato ancora studiato in quanto fonda nel patrono un diritto di successione necessaria contro il testamento del liberto (*bonorum possessio partis dimidia*).

L'importanza, dei risultati qui ottenuti si desume dalla luce che l'analisi della *adsignatio libertorum* ha proiettato sulla parallela concentrazione in un suus della qualità di erede (§§ 107-119).

Riepilogando: tutta la prima parte dell'opera, diretta a provare l'esistenza di un sistema ereditario di ius civile in cui è inconcepibile una successione necessaria contro il testamento, gravita intorno al principio *sui aut instituendi sunt aut exheredandi*. Esso ha per noi operato quale filo conduttore che ha diretto l'indagine. Scavando in profondità, nella direzione da esso indicata, la ricerca è stata coronata da risultati.

Essi sono: a) *l'unità di genesi* della successione nell'organismo familiare agnatizio; b) *l'unità di direzione* della successione, mediante la concentrazione testamentaria in capo ad un solo suus della qualità di erede; c) l'esclusione concettuale di una successione necessaria contro il testamento a cagione dei caratteristici rapporti fra organismo familiare e testamento.

## II.

7. – Le fonti romane mostrano, e con abbondanza di linee particolari, la struttura di tre grandi istituti miranti a realizzare una vera e propria successione contro il testamento: 1) la *bonorum possessio contra tabulas* concessa ai *liberi*, 2) la *bonorum possessio contra tabulas* concessa al patrono, 3) la *querella inofficiosi testamenti* concessa in generale ai parenti più prossimi.

Tutti e tre questi rimedi giuridici hanno un medesimo presupposto – l'esistenza di un *testamento valido* in cui la vocazione non sia stata disposta a favore dei rispettivi titolari di tali rimedi –, un medesimo fondamento – il *diritto* di costoro ad essere, invece, chiamati alla successione del congiunto contro il testamento del quale agiscono –, un medesimo scopo – la *rescissione* a loro profitto del testamento che reca loro iniuria, nei limiti in cui la reca.

Tutti e tre questi rimedi giuridici hanno, perciò, natura (almeno sostanzialmente, se non formalmente) di azioni di impugnativa, dal cui vittorioso esperimento deriva la *rescissione* del testamento impugnato; ma se questi rimedi non vengono sperimentati, il testamento mantiene inalterata la sua intrinseca validità.

Se confrontiamo questi casi di successione contro il testamento con quello della successione automatica del *suus preterito*, la eterogeneità di queste due diverse successioni apparirà evidente. Quando il *suus* è *preterito*, infatti, il testamento è *nullius momenti* (inesistente e non solamente rescindibile), e la causa di tale nullità sta nella genesi automatica della successione del *suus* che il testamento *preterì*.

Orbene, se quando il *suus* è *preterito* il testamento è *ipso iure* nullo, se invece è valido, e solamente rescindibile (p. 112 [p. 587]), nei casi in cui può aver luogo una vera successione contro di esso, è segno che nei due casi operano due cause diverse. E poiché nel primo questa causa è costituita dalla genesi familiare della successione, è chiaro che nel secondo tale causa non può più ritrovarsi in questa genesi familiare di essa.

Da ciò deriva logicamente che presupposto della successione necessaria contro il testamento è la genesi non familiare (nel senso illustrato sopra) del fatto successorio e che, quindi, il sistema ereditario in cui questa forma di successione con coerenza si inserisce non deve più poggiare, come su base necessaria, sopra l'organismo familiare agnatzio.

In questo modo la demarcazione fra i due grandi sistemi del diritto ereditario romano risulta netta: essa è data dal fatto che nell'uno e non nell'altro la successione ha la sua genesi necessaria nell'organismo familiare. Da questo fatto deriva poi, come naturale conseguenza, che non si possa nell'uno, e si possa nell'altro, ammettere la così detta successione necessaria contro il testamento.

Prima, quindi, di passare allo studio dei particolari rimedi giuridici con cui viene attuata questa successione necessaria contro il testamento, era necessario

approfondire l'indagine intorno al punto centrale del nuovo sistema ereditario: la genesi non familiare della successione.

In che senso l'organismo familiare non è qui la base e la fonte della successione? E quale è, allora, la sua base nuova?

Per rispondere alla prima domanda è necessario ripensare ancora un momento all'organismo familiare agnatzio: lo vedemmo costituito da una serie di *posti* gerarchicamente subordinati a quello supremo del *paterfamilias*. Il loro legame intrinseco è il vincolo di potestà. Ora, allorché si renda vacante il posto del *paterfamilias* esso viene automaticamente occupato da colui che prima occupava il posto immediatamente subordinato (*suus*): e per effetto di questa successione altre parallele successioni si verificano in tutti i posti familiari. Orbene, mentre nel sistema ereditario precedentemente studiato la *successione* ha in questo organismo la sua sola base e genesi, nel nuovo sistema questa base manca, cioè la successione non è qui costituita da un moto automatico dell'organismo familiare. Di questa successione familiare si serberà il mezzo tecnico (la *successio in ius*, il subentrare, cioè, nella posizione giuridica del defunto), ma se ne eliminerà la causa (l'organismo familiare).

La successione risulterà ora da due elementi: 1) il *titolo a succedere*, e 2) l'*atto di adizione* sopra questo titolo fondato.

La rilevanza giuridica che ha ancora in questo sistema la famiglia è soltanto quella di determinare, attraverso i gradi di parentela, le persone che avranno *titolo a succedere* in caso di inesistenza di un testamento, o nonostante la presenza di esso.

Ma la differenza fra il determinare le persone che hanno *titolo a succedere* ed il *provocare automaticamente la successione* (come avveniva nell'antico sistema) è, come si vede, radicale.

Orbene, se la successione non è più automaticamente generata dall'organismo familiare, i rapporti fra testamento e famiglia saranno in questo sistema radicalmente diversi da quelli che erano nel sistema precedente. Il vincolo di parentela costituirà ora *titolo a succedere*, genererà, quindi, nei parenti un *diritto alla successione*. Ma la successione dipenderà dall'effettivo esercizio di tale diritto. È questa la ragione per cui potrà il testatore, anche ledendo tali diritti, con la istituzione di estranei, validamente testare. Vuol dire che in seguito all'azione dei parenti potrà il testamento essere eventualmente rescisso: ma la rescissione stessa ne presuppone la piena validità.

8. – La funzione nuova che adempie la famiglia nel nuovo sistema successorio, essendo l'elemento differenziatore di questo sistema dal precedente, andava naturalmente approfondita. Ed a questo approfondimento ha mirato tutta la seconda parte dell'opera.

Come procedere a questo approfondimento? La via migliore era quella dello studio della *successione intestata* del nuovo sistema. Qui la funzione nuova

della famiglia sarebbe apparsa in tutta la sua portata: bisognava vedere come reagiva – per dire così – l'organismo familiare quando dovesse nel suo ambito aver luogo una successione.

Nell'antico sistema la reazione consisteva nell'automatico prodursi nell'organismo familiare di tante successioni, coronate da quella ereditaria; nel nuovo sistema, invece, l'organismo familiare si limita ad una funzione di pura *designazione*: esso determina, attraverso i suoi gradi di parentela, le persone che, per la loro vicinanza col defunto, hanno titolo a succedere.

Nell'antico sistema la successione è automaticamente *causata*, nel nuovo essa è semplicemente *deferita*: dal che discende che mentre è impossibile che nell'antico sistema abbia luogo il fenomeno della così detta *delazione successiva* (*in legitimis non est successio*), questo fenomeno ha naturalmente luogo nel nuovo (*edictum successorium*). Infatti, mentre non è possibile sottrarsi all'automatico funzionamento dell'organismo familiare che causa la successione, è possibile rifiutare la delazione non adempiendo quell'atto volontario (adizione, *adgnitio bon. poss.* etc.) che ora si richiede per la successione.

La nuova funzione della famiglia nella successione intestata è visibilissima appunto nel sistema pretorio della *bonorum possessio ab intestato*. La riforma pretoria non consiste, come si crede comunemente, nel semplice allargamento della base familiare sopra cui sono fondate le vocazioni alla bonorum possessio. Essa non sta soltanto nel fatto che assieme agli agnati anche (e con visibile preferenza) i cognati vengono chiamati alla b. p.; essa sta precipuamente nella funzione nuova che viene attribuita alla famiglia in generale (agnatizia e cognatizia) nel sistema successorio. E questa funzione è appunto una funzione indicatrice delle persone che hanno titolo a succedere al defunto. Il pretore deferisce la *bonorum possessio* (la successione pretoria) ai parenti: questa delazione può essere accettata (mediante *adgnitio*) o può essere rifiutata; in quest'ultima ipotesi la delazione passa oltre (*edictum successorium*), fino a trovare un parente che l'accetti. Questa delazione crea nel delato un *diritto soggettivo*; diritto soggettivo fondato sopra il rapporto di parentela, e che il delato può, se vuole, esercitare come può anche rinunziarvi (§ 121).

Se confrontiamo ora le vocazioni ereditarie dell'antico sistema successorio con quelle del nuovo la loro diversità intrinseca apparirà consistere in ciò: che le prime hanno carattere familiare, si presentano, cioè, organicamente collegate ai posti familiari, mancano del carattere di diritti soggettivi e non sono, quindi, né rinunziabili né deferibili in ordine successivo; le seconde, invece, hanno carattere patrimoniale, hanno natura di diritti soggettivi ai quali il chiamato può rinunziare e rispetto ai quali è perfettamente concepibile una delazione successiva.

Posti così nettamente i confini di demarcazione fra il sistema successorio del ius civile e quello del diritto pretorio e del diritto civile nuovo, bisognava procedere all'esame di quest'ultimo sistema. Era necessario, quindi, studia-

re i rapporti fra *hereditas* e *bonorum possessio* e il modo di coordinarsi delle rispettive chiamate. E bisognava, inoltre, esaminare la *natura* delle chiamate del nuovo diritto civile (SC.ti Tertulliano ed Orfiziano, costituzioni imperiali etc.) per differenziarla da quella delle chiamate del *ius civile vetus* e per mostrarla, invece, conforme a quella delle chiamate pretorie. La seconda parte dell'opera (nelle sue due sezioni relative, la prima, al sistema delle vocazioni intestate di diritto pretorio, e la seconda a quello del *ius civ. novum*) ha avuto tutto ciò per oggetto. E le conclusioni cui questo esame ha condotto (risultati dommatici ed esegetici) sono sommariamente riferite al § 153, pagg. 303-307 [pp. 790-795], al quale rinviamo.

9. – Guadagnata la base dommatica sopra la quale doveva erigersi la successione necessaria contro il testamento ed espone ancora una volta sommariamente le linee principali (§§ 154-158), restavano a studiare, quale oggetto della terza parte dell'opera, gli istituti che l'ordinamento giuridico romano creò per realizzare la successione necessaria contro il testamento. Questi istituti sono: 1) la *bonorum possessio contra tabulas* concessa ai *liberi*, 2) la *bonorum possessio contra tabulas* concessa al patrono, 3) la *querella inofficiosi testamenti* concessa in generale ai parenti più prossimi.

Questi tre istituti, come si disse (p. 312, 316, 318, 581 [pp. 800, 804, 806, 1095]), hanno una comune origine, un identico fondamento, un identico presupposto ed un identico fine: identità, questa, che non doveva essere straniera, sia pure con certi limiti, anche alla loro struttura. E allora la struttura di ognuno di questi tre istituti andava studiata tenendo d'occhio anche quella degli altri.

Questo metodo d'indagine da noi seguito ci è stato largamente fruttuoso, perché ci ha permesso di determinare la struttura classica della *querella inofficiosi testamenti* così profondamente alterata nelle fonti giustinianee. Le tre sezioni in cui è divisa questa terza parte del lavoro riguardano, appunto, la prima, la *bonorum possessio contra tabulas* concessa ai *liberi*; la seconda, la *bonorum possessio contra tabulas partis dimidia* concessa al patrono; la terza, la *querella inofficiosi testamenti*.

10. – In ordine alla *bonorum possessio contra tabulas* dei *liberi*, ponemmo in rilievo il caratteristico mezzo della finzione di suità con cui opera il pretore per concederla, ed esaminammo gli elementi da cui risulta la qualità di *liber* e la funzione puramente giuridica che la classe dei *liberi* disimpegna: ciò, contro la tesi che fa di tale classe una vera realtà sociale (§§ 157, 159-161). Vedemmo altresì come pel fatto che il pretore disciplina la successione dei *liberi* modellandola sopra quella dei *sui*, le due successioni mostrano, almeno all'apparenza, un vero parallelismo di struttura (§§ 162-164). Ma questo parallelismo è solo apparente: perché, mentre i principî che re-

golano la successione dei sui hanno carattere organico, gli altri sono, invece, una pura creazione pretoria. La loro differenza si manifesta, infatti, in ciò: che mentre la preterizione del suus importa *inesistenza* del testamento e questa inesistenza, per le ragioni dette, non può essere configurata quale indice di una successione necessaria in senso tecnico, la preterizione del liber ha per effetto di rendere possibile una successione contro il testamento determinando soltanto una *rescissione pretoria* di esso mediante attribuzione al preterito della b. p. c. t.

La parte centrale del nostro studio intorno alla *bonorum possessio contra tabulas* fu rivolta ad esaminare la *condizione giuridica del testamento* contro cui la *bon. possessio* è chiesta. Condizione naturalmente diversa, secondo la diversità delle circostanze: tra le quali interessantissima quella che il testamento contenga l'istituzione di un altro liber. Infatti, secondo che costui adisca o non adisca, o, nel primo caso, secondo che la quota di istituzione sia maggiore, eguale o minore di quella intestata, si verificano nella vita del testamento fenomeni varî. Notevoli quello dell'*assorbimento* nella vocazione testamentaria di quella intestata del liber istituito adeunte, e quello correlativo del *rafforzamento* del testamento che contiene l'istituzione del liber adeunte. Questi due fenomeni sono della massima importanza per conoscere la condizione giuridica del testamento contro cui venga attuata una successione necessaria; tanto, quindi, che si tratti della b. p. c. t. (nelle sue due forme), quanto che si tratti della *querella inofficiosi testamenti* (§§ 165-166, 193, 224, 260 etc. cfr. §§ 14 segg.).

Fenomeni che attengono pure alla vita del testamento contro cui è chiesta la b. p. c. t. sono quelli che si verificano allorché siano istituiti dei figli dati in adozione e siano preteriti altri liberi (§§ 167-171).

Ponemmo poscia in rilievo come la b. p. c. t. abbia la *natura* di bonorum possessio ab intestato qualificata (§ 172); e studiammo i tre casi in cui le fonti parlano di b. p. c. t.: uno, il più importante, che si ha quando la b. p. sia chiesta contro un testamento in base al quale l'eredità sia stata adita, l'altro, che si ha quando il testamento sia rimasto desertum; il terzo, nel quale, però, solo impropriamente la b. p. viene qualificata come *contra tabulas*, che si ha quando il testamento sia nullo per preterizione di un suus. In quest'ultimo caso, però, siccome il testamento è inesistente, non può parlarsi di una vera b. p. chiesta contro di esso: e pertanto la b. p. chiesta ed ottenuta si rivela una mera b. p. ab intestato (§§ 173-181).

Ponemmo per ultimo in luce la connessione dell'*edictum de legatis praestandis* con la b. p. c. t., rilevando il fondamento cognatizio di tale editto (§ 182 segg.).

11. – In ordine alla *bonorum possessio partis dimidia* concessa al patrono, dopo aver sommariamente tracciato la storia della tutela giuridica del rapporto di patronato ed aver cercato le ragioni per cui nel ius civile non esiste un istituto analogo a questo della bon. possessio (§ 188), siamo passati a notare le

sorprendenti analogie di struttura che questo istituto presenta con la *querella inofficiosi testamenti* (§ 189). Siamo poscia passati ad esaminare partitamente la struttura dell'istituto (§§ 190-195), soffermandoci particolarmente sull'autonoma posizione giuridica dei discendenti del patrono (rispetto al patrono) nel rapporto di patronato: abbiamo visto, infatti, come abbia qui applicazione l'*edictum successorium* (§§ 196-201). Dopo lo studio di altri particolari di questo istituto (§§ 202-205), siamo finalmente passati a quella che rappresenta la parte più elaborata ed esegeticamente più importante di tutta l'opera (§§ 206-265): la *querella inofficiosi testamenti*.

Lo studio della b. p. c. t. dei *liberi* e del patrono, infatti, ebbe, oltre lo scopo generale della completezza del lavoro, quello specifico di costituire la premessa necessaria per la intelligenza della querella.

Della loro struttura noi ci siamo, infatti, serviti per ricostruire la struttura classica di quest'ultimo istituto.

12. – I risultati cui siamo pervenuti in ordine a questo istituto si trovano esposti ai §§ 206 e 247.

Sarà peraltro opportuno darne qui breve notizia.

Lo studio della querella ci pose innanzi a due problemi: l'uno, era quello della sua *struttura processuale*; l'altro, quello della *struttura del diritto sostanziale* alla cui tutela la querella mirava. Ora questo secondo problema ci apparve preliminare rispetto al primo: e fu anzi così viva in noi questa esigenza, che fu proprio essa a spingerci ad estendere l'indagine a tutto il campo della successione ereditaria intestata e contro il testamento. Sopra quale sistema successorio poggia, ci domandammo, la *querella inofficiosi testamenti*? La risposta a questa domanda, che importava la separazione fra i due grandi sistemi successori, doveva costituire evidentemente il punto di partenza della nostra indagine.

Orbene: la risposta era già indicata dalle prime due parti dell'opera: la querella poggia sul sistema successorio creato dal pretore ed assunto anche dal ius civile nuovo. Infatti, *la querella sorge come azione con cui è tutelato il diritto di successione riconosciuto dal pretore ai cognati sulla base del vincolo di sangue. Origine pretoria*, dunque, quella della querella. La soluzione di questo problema pregiudiziale ci poneva in grado, oltre che di cogliere tanti lati importanti nella fisionomia classica dell'istituto (es. §§ 207-212), di determinarne anche la struttura processuale. Perché, posto che la querella sia sorta a tutela di un diritto pretorio di successione, è chiaro che essa non può avere avuto una struttura diversa da quella dell'altro rimedio con cui venivano parimenti tutelati altri diritti pretorii di successione: la *bonorum possessio contra tabulas*.

La prima origine della querella sta, infatti, a nostro avviso, nella attribuzione della *bonorum possessio* fatta dal pretore ai cognati querelanti (§ 206). Tale attribuzione è preceduta da una *causae cognitio* di carattere discrezionale compiuta dallo stesso pretore. Posteriormente questa *causae cognitio* viene isolata

dando luogo ad un vero e proprio processo di cognizione. In questo secondo momento la *bonorum possessio* viene attribuita puramente *litis ordinandae gratia*: l'esito del processo ne renderà definitiva e ne farà cadere nel nulla l'attribuzione. Questo processo è appunto quello di inofficiosità: le sue forme sono due: 1) quello dell'*agere per sponsionem* presso i centumviri, 2) quello della *extraordinaria cognitio*.

Oggetto della querella era, quindi, la pronunzia intorno al punto *an testamentum inofficiosum sit*: da questa pronunzia discendeva pel querelante la legittimazione, o meno, all'*interdictum quorum bonorum*.

Di qui discendeva anche la soluzione del primo problema concernente la struttura processuale della querella: questo si mostrava nel diritto classico *quale azione autonoma coordinata ad un diritto pretorio di successione*. Ne risultavano anche le identità e le differenze della querella rispetto alle due forme di *bonorum possessio contra tabulas*. Le identità erano costituite dal fondamento comune e dalla comune finalità di questi rimedi giuridici: le differenze, dalla maniera con cui tale finalità veniva raggiunta. Infatti, nella b. p. c. t. l'attribuzione non ha luogo previa *causae cognitio*, ma in base al semplice fatto della preterizione dei rispettivi legittimati; nella querella, invece, l'attribuzione definitiva presuppone l'esito favorevole del giudizio di inofficiosità. La querella, cioè, e non la domanda della b. p. c. t., ha vera natura di *azione*. Azione, peraltro, la cui autonomia andò oscurandosi in epoca postclassica, quando la querella venne spesso confusa con l'*hereditatis petitio*.

Oltre ai due problemi esaminati, un altro ne presentava lo studio delle fonti: quello degli effetti della querella sul testamento. In relazione a questo problema le contraddizioni che le fonti presentavano erano numerose e gravi. La querella appariva come istituto bifronte: avente ora un certo scopo e producendo certi effetti, ed ora un altro scopo ed effetti diversi. Ora questa duplicità fu spiegata con la stratificazione di due diversi regimi nelle fonti: l'uno classico e l'altro postclassico (§§ 246-252).

I risultati raggiunti con lo studio della querella, condotto sotto il triplice angolo visuale ora indicato, possono riassumersi come segue.

1) La querella presuppone il sistema ereditario pretorio ed in particolare la classe dei cognati alla quale essa è collegata. Essa è una manifestazione del diritto soggettivo dei *cognati* di venire alla successione dei loro parenti (§§ 206, 207, 208, 209). 2) La querella, infatti, si è svolta dalla b. p. che veniva dal pretore concessa ai cognati ingiustamente preteriti o diseredati (§ 206). 3) I cognati sono legittimati ad esperire la querella l'uno dopo l'altro, secondo la *successio graduum* che vige nella loro classe (§ 209). 4) L'ordine delle persone legittimate ad esperire la querella è indipendente da quello delle vocazioni intestate (§ 208). 5) La querella è un'azione d'*impugnativa* la quale mira a rescindere il testamento ad esclusivo profitto dell'attore, nei limiti in cui il testamento reca a lui iniuria (§ 212, 215, 223). 6) La querella è azione autonoma e pregiudiziale

rispetto all' *interdictum quorum bonorum* o alla *hereditatis petitio*, cui il suo vittorioso esperimento apre l'adito (§ 212): essa viene esperita o *extra ordinem*, o, mediante *sponsio praeiudicialis*, presso i centumviri (§ 206, 247).

13. – La fisionomia che abbiamo tracciata della querella non risponde quasi in nessun punto a quella comunemente conosciuta. E infatti noi non abbiamo qui neanche accennato a quel *color insaniae* su cui, invece, fa leva la dottrina comune.

La ragione di ciò è da ricercare nel fatto che la querella si presenta nelle fonti giustinianee sotto due diversi regimi: e ciò che distingue questi due regimi è la diversa funzione che in essi disimpegna il *color insaniae*. Nell'uno, esso ha una importanza centrale perché costituisce il fondamento della *nullità* del testamento; nell'altro, per contro, esso non ha nessun rilievo giuridico e ne ha solo uno meramente retorico. In questo secondo regime il testamento è soltanto *rescindibile* (e non *annullabile*) ed il fondamento della rescissione è costituito dalla lesione del diritto di successione del legittimario che intenti la querella.

Ora mentre il primo regime è quello postclassico, è classico solo il secondo. La diversa fisionomia che la querella doveva assumere nel regime postclassico derivava naturalmente dalla nuova funzione attribuita al *color insaniae*.

Obbiettivo della querella era, infatti, in questo regime, l'annullamento del testamento e l'apertura della successione intestata generale. Da ciò derivava: *a)* che la querella veniva ormai a profittare a tutti i più prossimi successibili ab intestato; *b)* che essa (ancorché vittoriosamente esperita) non profittava all'attore se non quando egli fosse un successibile ab intestato; *c)* che poteva essere intentata anche da persone diverse dai legittimari: persone, quindi, che dall'annullamento del testamento non avrebbero tratto alcun profitto; *d)* che era naturalmente infranta quella indipendenza fra ordine di legittimari e ordine di successibili ab intestato che costituiva una delle caratteristiche della querella classica.

Tutte queste differenze – e le numerose altre che sono state notate nel corso dell'indagine – sono dovute oltre che alla funzione nuova assunta dal *color insaniae* nel diritto postclassico, anche alla progressiva scomparsa della classe dei cognati alla cui vocazione la querella era nel diritto classico, come a sua base, collegata. Questa classe, grazie al fenomeno di trasposizione de' suoi membri in quella dei legittimi, venne nel diritto postclassico ad essere sostituita dalla classe generale dei legittimi.

Querella classica e querella postclassica sono nelle fonti stratificate l'una sull'altra: di qui le numerose incoerenze, il cui superamento ha tanto preoccupato esegeti e giuristi, dagli scolasti dei Basilici sino ai romanisti dell'epoca nostra.

Siamo riusciti in questo lavoro di separazione dei due regimi e, quindi, di superamento di quelle incoerenze? Tutta la minuta e complessa critica esegetica

ca che abbiamo fatto dei testi alterati (specie nei §§ 249-266) è riuscita a individuare con esattezza le interpolazioni e a configurare, così, le due diverse strutture della querella? Noi, modestamente, lo crediamo.

\* \* \*

Così la successione ereditaria romana intestata e contro il testamento è stata assisa sopra basi nuove e, per conseguenza, aspetti nuovi hanno assunto i suoi istituti. A questo risultato, pur con qualche asimmetria e incompletezza, siamo potuti arrivare mercé un'analisi diretta a restituire, attraverso l'esegesi dei testi, i lineamenti organici degli istituti, ad approfondirne l'intima logica, a ricostruirne la configurazione dommatica. Vi siamo, cioè, potuti arrivare con un'applicazione paziente del metodo organico e di quello dommatico insieme congiunti.



## INDICE DELLE FONTI

GAI INSTITUTIONES	
I, § 93, 263, 323	» 118, 97
§ 94, 323	» 119, 97
» 104, 116 <sup>1</sup> , 174	» 120, 97
» 114, 116	» 121, 97
» 115, 118, 188	» 122, 97
» 115 <sup>a</sup> , 174	» 123, 82, 98
» 144, 174	» 124, 174
» 155, 122, 125	» 125, 348
» 156, 176	» 127, 9, 36
» 158, 158	» 129, 98
» 164, 128	» 130, 69, 98
» 165, 126, 188, 410	» 131, 69, 98
» 168, 144	» 132, 69, 98
» 169, 144	» 133, 72, 98
» 170, 144	» 134, 98
» 171, 144	» 135, 98, 321, 323, 328
» 174, 145 <sup>8</sup>	§ 136, 98, 323
» 182, 140, 141	» 137, 98, 323, 325
» 186, 138	» 138, 88, 92, 98
» 187, 138, 145 <sup>8</sup>	» 139, 98
» 189, 116	» 140, 88, 98
» 192, 119	» 141, 88
II, § 34, 149	» 142, 88
§ 35, 149	» 143, 93, 98
» 36, 149	» 144, 98
» 37, 149	» 145, 98
» 112, 118, 174, 188	» 146, 98
	» 147, 98, 239 <sup>2</sup>
	» 148, 98
	» 149, 98

- » 150, 186<sup>2</sup>
- » 151<sup>a</sup>, 247
- » 157, 10<sup>2</sup>, 11, 17, 40, 42, 51<sup>2</sup>
- » 158, 49
- » 167, 241, 241<sup>1</sup>
- » 179, 116
- » 188, 186<sup>2</sup>
- » 252, 349
- » 253, 349
- » 274, 174

## III, § 1, 116

## § 2, 116

- » 3, 116
- » 4, 116
- » 5, 116
- » 6, 116
- » 7, 116, 166
- » 8, 116, 164
- » 9, 170
- » 10, 166, 176<sup>1</sup>
- » 11, 176<sup>2</sup>
- » 12, 132, 146, 147
- » 13, 176
- » 14, 173, 174
- » 15, 165, 166
- » 16, 166
- » 17, 179
- » 18, 257
- » 19, 257
- » 20, 263, 323
- § 21, 158, 258, 265, 272
- » 22, 258
- » 23, 258
- » 24, 258, 270
- » 25, 258, 239<sup>2</sup>
- » 27, 253, 272<sup>2</sup>
- » 28, 253
- » 32, 232<sup>2</sup>, 233, 348
- » 35, 239<sup>2</sup>, 247
- » 36, 239<sup>2</sup>, 247
- » 37, 239<sup>2</sup>, 247, 252
- » 38, 239<sup>2</sup>
- » 40, 184, 313, 376

- » 41, 313, 378, 383
- » 43, 189, 410
- » 45, 190
- » 46, 190<sup>1</sup>, 410
- » 47, 190<sup>1</sup>
- » 48, 190<sup>1</sup>, 400<sup>1</sup>, 407<sup>1</sup>
- » 49, 190, 410
- » 50, 190<sup>1</sup>
- » 51, 116, 116<sup>1</sup>, 190<sup>1</sup>
- » 52, 190<sup>1</sup>
- » 53, 190<sup>1</sup>
- » 55, 314, 399
- » 57, 407<sup>1</sup>
- » 58, 185, 199, 213, 398<sup>1</sup>, 400
- » 59, 186<sup>3</sup>, 199, 215, 399
- » 60, 186<sup>1</sup>
- » 61, 186<sup>1</sup>, 199
- » 62, 186<sup>2</sup>, 199, 399
- » 63, 199
- » 64, 185, 199, 213, 400, 401
- » 65, 400
- » 67, 401
- » 69, 470<sup>1</sup>
- » 71, 116<sup>1</sup>
- » 80, 234<sup>1</sup>
- » 85, 149
- » 86, 149
- » 87, 149
- » 155, 190
- » 156, 190
- » 157, 190
- § 158, 190
- » 159, 190
- » 160, 190

IV, § 34, 232<sup>2</sup>, 234<sup>1</sup>§ 95, 412<sup>1</sup>, 415, 499

- » 111, 232<sup>2</sup>
- » 144, 446<sup>1</sup>

## DIGESTA

## D. I. 7

## 15.1, 324

- 17.1, 279<sup>2</sup>  
23, 270<sup>2</sup>  
41, 323
- D. II. 4  
8.2, 196, 196<sup>1</sup>  
10.3, 202<sup>2</sup>, 203<sup>1</sup>  
10.11, 197<sup>2</sup>
- D. II. 14  
34, 178, 201
- D. IV. 2  
21.5, 50<sup>2</sup>
- D. IV. 4  
30, 32<sup>3</sup>
- D. IV. 5  
3 pr. 157, 169  
7 pr. 158, 159
- D. V. 2  
1\*, 419, 426, 428, 464, 512  
2\*, 439, 439<sup>2</sup>, 510, 531, 532  
3\*, 438, 439<sup>1</sup>  
4\*, 439, 439<sup>1</sup>, 439<sup>3</sup>  
5\*, 419<sup>1</sup>, 421, 438, 510, 533  
6 pr.\* , 176<sup>4</sup>, 421, 421<sup>2</sup>, 426, 464, 538, 547  
6.1\*, 419<sup>1</sup>, 421<sup>1</sup>, 426, 426<sup>3</sup>, 427 segg., 433, 435<sup>1</sup>, 437<sup>2</sup>, 440<sup>2</sup>, 441, 442, 447<sup>1</sup>, 463, 464, 475, 489, 493, 503, 510, 511 segg., 519, 520, 525, 526, 528, 541, 546, 559, 563  
6.2\*, 419<sup>1</sup>, 436, 474<sup>2</sup>, 476, 478, 490, 499, 519, 521, 530  
7\*, 419<sup>1</sup>, 436, 474<sup>2</sup>, 477, 480, 490, 499, 519, 521, 530  
8 pr.\* , 419<sup>1</sup>, 436, 439<sup>4</sup>, 519, 520, 521, 530  
8.1, 470, 474<sup>2</sup>, 480<sup>3</sup>  
8.2, 446  
8.6, 469
- 8.8\*, 430<sup>1</sup>, 441, 457, 468, 470, 489, 515, 537, 560, 564  
8.9, 469  
8.10, 434, 434<sup>2</sup>, 469<sup>3</sup>, 474<sup>2</sup>  
8.11, 469<sup>3</sup>  
8.13, 440<sup>1</sup>  
8.14, 467, 471  
8.15, 427<sup>3</sup>, 469  
8.16\*, 412<sup>1</sup>, 415, 432<sup>3</sup>, 435<sup>1</sup>, 440<sup>1</sup>, 450, 466, 510  
8.17, 438<sup>1</sup>, 466, 470  
9, 467, 470, 565  
10 pr., 453  
10.1, 469<sup>3</sup>  
12 pr., 469<sup>3</sup>  
12.1, 469<sup>3</sup>  
12.2, 469<sup>3</sup>  
12.3, 469<sup>3</sup>  
13\*, 103<sup>1</sup>, 421<sup>2</sup>, 430<sup>1</sup>, 441, 464, 466, 468, 504, 510, 515, 534  
14\*, 425, 427<sup>1</sup>, 431, 436, 452<sup>1</sup>, 523, 529, 530  
15 pr., 419, 427<sup>1</sup>  
15.1, 474<sup>2</sup>, 480<sup>2</sup>  
15.2\*, 451, 452, 512  
16 pr., 41<sup>1</sup>, 429, 454, 465, 470<sup>1</sup>, 530, 566  
16.1\*, 382, 428, 432<sup>1</sup>, 434<sup>2</sup>, 443, 446<sup>2</sup>, 447, 528, 530  
17 pr.\* , 424<sup>1</sup>, 430<sup>1</sup>, 432<sup>1</sup>, 441, 454, 456, 470<sup>1</sup>, 489, 493, 504, 513, 515, 516, 530, 536, 537, 548, 551, 559, 566  
17.1\*, 430<sup>1</sup>, 449<sup>1</sup>, 467, 510, 515, 536  
18, 467  
19\*, 41<sup>1</sup>, 250<sup>1</sup>, 387, 394, 430<sup>1</sup>, 432<sup>1</sup>, 441, 445<sup>1</sup>, 449, 451<sup>2</sup>, 454<sup>2</sup>, 459 segg., 464, 489, 504, 515, 517, 530, 533, 537, 540, 543 segg., 548, 554, 563, 566  
20\*, 442, 442<sup>4</sup>, 502, 504  
21 pr., 474<sup>2</sup>, 493  
21.2, 412<sup>1</sup>, 432<sup>3</sup>, 451, 466  
22 pr., 421, 469<sup>3</sup>

22.1, 472 <sup>1</sup>	12 pr., 50
22.2, 472 <sup>1</sup> , 474 <sup>2</sup>	
22.3, 472 <sup>1</sup>	D. XI. 7
23.1, 469 <sup>3</sup>	6 pr., 49 <sup>2</sup>
23.2, 562 <sup>1</sup> , 454, 470 <sup>1</sup>	
24*, 453	D. XIV. 6
25 pr., 387, 471, 483	2, 218 <sup>1</sup>
25.1*, 426, 432 <sup>1</sup> , 433, 443, 448, 463, 469, 483 <sup>1</sup> , 522, 526, 528, 530, 546	D. XXII. 6 9.4, 20 <sup>1</sup>
27 pr., 434 <sup>4</sup> , 474 <sup>2</sup>	
27.4, 421 <sup>2</sup>	D. XXIII. 2
28*, 419 <sup>1</sup> , 421 <sup>1</sup> , 434, 466, 510, 515, 535	48.2, 204
29.1, 421	D. XXIV. 1
29.2, 468, 474 <sup>2</sup>	67, 20 <sup>1</sup>
30 pr., 419	
30.1, 472 <sup>1</sup>	D. XXV. 3
31 pr., 424, 424 <sup>1</sup> , 432 <sup>1</sup> , 436	6 pr., 195
31.1*, 444	
31.2, 469 <sup>3</sup>	D. XXVI. 1
31.3, 469 <sup>3</sup>	13.1, 141
31.4, 469 <sup>3</sup>	
32 pr., 469 <sup>3</sup>	D. XXVI. 2
32.1*, 469 <sup>3</sup> , 472 <sup>1</sup>	1 pr., 207 1.4, 143
D. V. 3	9, 351
8, 462 <sup>1</sup> , 553	10 pr., 138 <sup>2</sup>
20.6, 248 <sup>1</sup>	11 pr., 138
25.2, 248 <sup>1</sup>	11.1, 140
50 pr., 233 <sup>3</sup>	11.4, 138 12, 156
D. V. 4	13 pr., 156 <sup>2</sup> , 157
3, 20, 176 <sup>4</sup>	15, 157
D. VII. 1	D. XXVI. 4
46 pr. 323	1 pr., 125
D. X. 2	1.1, 129, 131, 142
35, 374	1.2, 136, 137, 138 <sup>1</sup> , 141, 142
39.1, 375	1.3, 129, 131, 142, 174, 209
46, 3 <sup>1</sup>	3 pr., 127
	3.4, 129
	3.5, 136
D. XI. 1	3.6, 136, 138

- 3.7, 128  
 3.8, 136  
 3.9, 159  
 5 pr., 125  
 6, 122, 123<sup>2</sup>, 139  
 7, 176<sup>1</sup>  
 8, 128  
 9, 128  
 10 pr., 129, 174  
  
 D. XXVI. 10  
 10, 142  
  
 D. XXVII. 1  
 44.3, 203<sup>1</sup>  
  
 D. XXVII. 3  
 9.5, 141<sup>2</sup>  
  
 D. XXVII. 4  
 9, 338<sup>1</sup>  
  
 D. XXVII. 7  
 8.1, 474<sup>2</sup>  
  
 D. XXVIII. 1  
 3, 119  
 6 pr., 86, 118  
 12, 51<sup>2</sup>  
  
 D. XXVIII. 2  
 3 1, 9, 33  
 3.2, 9, 29, 31, 40<sup>1</sup>  
 3.3, 9, 29, 40<sup>1</sup>  
 3.5, 40<sup>1</sup>  
 3.6, 40, 47  
 4, 94<sup>1</sup>  
 5, 94<sup>1</sup>  
 7, 102<sup>1</sup>, 105  
 8, 82  
 9, 94<sup>1</sup>  
 9.2, 14, 21<sup>1</sup>, 29, 37, 39<sup>1</sup>  
 10, 70  
 11\*, 11, 51<sup>2</sup>  
  
 12, 69  
 13.2, 9, 14, 35  
 14 pr., 80  
 14.1, 45  
 16, 25, 43, 45<sup>1</sup>, 59<sup>1</sup>, 65<sup>1</sup>  
 19, 9, 32  
 20, 67  
 23 pr., 90, 261<sup>1</sup>  
 23.1, 90  
 24, 196<sup>1</sup>  
 28 pr.\*, 5, 13, 35, 83  
 28.1, 85, 87<sup>1</sup>  
 28.3, 94<sup>1</sup>  
 29 pr., 73  
 29.1, 73  
 29.2, 73  
 29.3, 73  
 29.4\*, 73  
 29.5\*, 74, 195  
 29.6\*, 74  
 29.7, 74  
 29.10, 9, 14, 36, 94  
 29.11\*, 75  
 29.12\*, 76  
 29.13\*, 76  
 29.14\*, 77  
 29.15\*, 77  
 30, 99  
 31, 38, 99  
 32, 99  
  
 D. XXVIII. 3  
 1, 97  
 2, 97, 102<sup>1</sup>, 103, 110  
 3 pr., 70  
 3.2, 70  
 3.3, 78  
 3.6, 78, 80  
 4, 80  
 5, 40, 78  
 6 pr., 21<sup>1</sup>, 39, 176<sup>4</sup>  
 6.1, 39  
 6.4, 77  
 8 pr., 88

- 8.1, 88  
 12 pr., 97, 102<sup>1</sup>, 103, 104, 110  
 13, 72  
 17, 96, 102<sup>1</sup>, 103, 104, 110, 495<sup>3</sup>  
 18, 89, 92  
 19 pr., 81
- D. XXVIII. 5  
 1 pr., 29  
 1.4, 33, 156  
 4 pr., 16, 62  
 4.2, 9, 14, 36, 46, 64  
 5, 65  
 6 pr., 63  
 9.12, 233<sup>3</sup>  
 9.13, 156  
 10, 156  
 11, 156<sup>1</sup>  
 33, 156<sup>1</sup>  
 35, 33, 156<sup>1</sup>  
 36, 156<sup>1</sup>  
 69, 9, 31  
 70, 58  
 75, 156  
 76, 47, 78  
 87, 48, 59
- D. XXVIII. 6  
 2 pr., 207  
 2.1, 350  
 2.4, 51<sup>2</sup>  
 2.46, 279<sup>2</sup>  
 10.1, 51<sup>2</sup>, 53  
 10.2, 54<sup>1</sup>  
 10.3, 54<sup>1</sup>  
 10.4, 54<sup>1</sup>, 350  
 12, 50, 56<sup>2</sup>  
 34.2, 350, 363  
 40, 279<sup>2</sup>  
 41.3, 103<sup>1</sup>  
 43.2, 46
- D. XXVIII. 7  
 3, 67
- 11, 67  
 12, 62  
 15, 16, 60<sup>1</sup>, 67  
 28, 59<sup>1</sup>, 65, 65<sup>1</sup>, 67
- D. XXVIII. 8  
 1 pr., 241<sup>1</sup>  
 4, 250<sup>1</sup>  
 5, 241<sup>1</sup>  
 8, 241<sup>1</sup>, 250<sup>1</sup>  
 10, 241<sup>1</sup>
- D. XXIX. 1  
 3, 1031
- D. XXIX. 2  
 1, 177<sup>1</sup>  
 2, 177<sup>1</sup>  
 10, 177<sup>1</sup>  
 15, 20<sup>1</sup>  
 16, 20<sup>1</sup>  
 17 pr., 20<sup>1</sup>  
 17.1, 259<sup>3</sup>  
 22, 20<sup>1</sup>  
 23, 20<sup>1</sup>  
 30.1, 20, 20<sup>1</sup>, 21, 22, 176<sup>4</sup>  
 30.4, 20<sup>1</sup>  
 30.6, 20, 45  
 30.8, 20<sup>1</sup>  
 31, 20, 177<sup>1</sup>  
 32 pr., 51<sup>2</sup>, 20<sup>1</sup>  
 32.1, 20<sup>1</sup>  
 32.2, 20<sup>1</sup>  
 35 pr., 177<sup>1</sup>  
 38\*, 53, 56<sup>2</sup>, 177<sup>1</sup>  
 39, 23, 34, 44, 138  
 40, 55, 56<sup>2</sup>  
 41, 50, 53, 56<sup>2</sup>  
 42, 56<sup>2</sup>  
 51, 20<sup>1</sup>  
 52.1, 177<sup>1</sup>  
 53 pr., 1771  
 53.1, 177<sup>1</sup>  
 55, 177<sup>1</sup>

57, 49 <sup>2</sup>	9.2, 184
60 pr., 323	
60.6, 51 <sup>2</sup> , 533	D. XXXIV. 9
63, 51 <sup>2</sup>	2 pr., 323
69, 240	5 pr., 469 <sup>3</sup>
76 pr., 177 <sup>1</sup>	
77, 259 <sup>3</sup>	D. XXXV. 1
80 pr., 177 <sup>1</sup>	83, 16, 60 <sup>1</sup> , 67
80.1, 177 <sup>1</sup>	
80.2, 177 <sup>1</sup>	D. XXXVI. 1
80.3, 177 <sup>1</sup>	18 pr., 231 <sup>1</sup>
84, 19, 43, 45, 51 <sup>2</sup>	18.3, 231 <sup>3</sup>
85, 50 <sup>1</sup>	27.3, 50, 57
98, 177 <sup>1</sup>	28.6, 323
99, 50, 177 <sup>1</sup>	51, 349
	80, 323
D. XXIX. 4	
1.7*, 18, 49 <sup>2</sup> , 51, 51 <sup>2</sup> , 52, 56	D. XXXVII. 1
1.8, 67	1*, 232 <sup>2</sup> , 234, 234 <sup>3</sup>
23, 334	3 pr., 232 <sup>2</sup> , 233, 234 <sup>3</sup>
	3.1, 232 <sup>2</sup> , 233, 233 <sup>3</sup>
D. XXIX. 7	3.7, 235, 236
8.1, 103 <sup>1</sup>	3.9, 234, 345, 455 <sup>1</sup>
16, 103 <sup>1</sup>	4, 234, 345, 455 <sup>1</sup>
	5, 234, 345, 455 <sup>1</sup>
D. XXX	6 pr., 234 <sup>4</sup> , 455
89, 49 <sup>2</sup> , 50	6.1, 243, 260, 321
114.6, 231 <sup>1</sup>	7.1, 236
114.8, 231 <sup>1</sup>	7.2, 236
	8, 236
D. XXXI	13, 235
76 pr., 453 <sup>3</sup>	
89.3, 323	D. XXXVII. 4
	1 pr., 323, 324, 325, 327
D. XXXII	1.1, 260, 323, 327, 344
36*, 510, 515, 534, 535	1.3, 313
41.8, 231 <sup>1</sup>	1.4, 323
	1.5, 560
D. XXXIII. 2	1.6, 262, 323
20.4, 60 <sup>1</sup>	1.7, 323, 324
	1.8, 195, 218, 265, 324
D. XXXIV. 5	1.9, 323, 324
5, 176 <sup>4</sup>	2, 234, 324
9.1, 278 <sup>1</sup>	3 pr., 264, 321, 324

- 3.1, 324  
 3.2, 324  
 3.4, 323, 324  
 3.5, 324  
 3.6, 261, 338  
 3.7, 262, 324, 325  
 3.8, 262, 323, 325  
 3.9, 259<sup>1</sup>, 264<sup>1</sup>, 324  
 3.10, 344<sup>1</sup>  
 3.11, 331  
 3.12, 332<sup>1</sup>  
 3.13, 332, 386  
 3.14, 332  
 3.15, 345, 357  
 3.16, 345, 357  
 4 pr., 354, 382  
 4.1, 325  
 4.2, 325  
 4.3, 20, 21, 24  
 5, 24, 324  
 6 pr., 218, 324  
 6.1, 323, 324  
 6.2, 263, 323, 325  
 6.3, 323  
 6.4, 259<sup>1</sup>, 262<sup>1</sup>, 323, 324  
 7, 264, 323  
 8 pr., 328, 344  
 8.1, 40, 329  
 8.2, 329  
 8.3, 32, 329  
 8.5, 329, 354  
 8.6, 331  
 8.7, 90, 261<sup>1</sup>, 330, 406  
 8.8, 90, 330  
 8.9, 90, 330  
 8.10, 330  
 8.11, 262<sup>1</sup>, 338, 338<sup>1</sup> 239  
 8.12, 262<sup>1</sup>, 340  
 8.13, 338<sup>2</sup>  
 8.14, 333, 338<sup>2</sup>, 342, 556  
 10 pr., 338<sup>2</sup>, 339<sup>1</sup>  
 10.1, 261, 338<sup>1</sup>, 341<sup>1</sup>, 354  
 10.2, 323, 338<sup>2</sup>, 341, 385  
 10.3, 338<sup>2</sup>  
 10.4, 345, 560, 561, 455<sup>1</sup>  
 10.5, 344  
 10.6, 342, 354  
 11 pr., 260, 345  
 12 pr., 234<sup>4</sup>, 345, 455<sup>1</sup>, 470<sup>1</sup>  
 12.1\*, 97, 102<sup>1</sup>, 103, 104<sup>1</sup>, 106, 110  
 13 pr., 360, 360<sup>1</sup>  
 13.1, 340<sup>1</sup>, 345  
 13.2, 262<sup>1</sup>, 338<sup>1</sup>, 338<sup>2</sup>  
 13.3, 323  
 14pr., 41<sup>1</sup>, 335, 336<sup>1</sup>, 345, 352, 363,  
 364, 366, 392, 445<sup>1</sup>, 460<sup>1</sup>, 461<sup>1</sup>,  
 462<sup>1</sup>, 469<sup>4</sup>, 547, 554, 556  
 14.1, 259<sup>1</sup>, 324  
 15, 323, 345, 348, 357, 410, 469<sup>4</sup>  
 16, 323  
 17, 259<sup>1</sup>, 264<sup>1</sup>, 324, 397  
 18 pr., 9, 33, 329  
 18.1, 357  
 19, 353, 363  
 20 pr.\*, 323, 344, 351, 353, 354, 355,  
 442, 442<sup>4</sup>, 443, 446, 504, 513, 528  
 20.1, 373, 556  
 20.2, 355  
 20.3, 355  
 21 pr., 263, 323, 324  
 21.1, 262, 324, 325, 387  
 21.2, 264  
 21.3, 283<sup>1</sup>  
 21.4, 384  
 D. XXXVII. 5  
 1 pr., 318, 358, 451<sup>2</sup>  
 1.1, 318, 358  
 1.2, 358  
 1.3, 358  
 3 pr., 358  
 3.1, 358  
 3.3, 358  
 3.5, 358  
 3.7, 354, 360  
 4, 351, 354, 360  
 5 pr., 350, 362  
 5.1, 350, 362

- 5.2, 345, 357, 356, 469<sup>4</sup>  
 5.4, 357, 409  
 5.5, 370  
 5.6, 365, 370  
 5.7, 366, 370, 556  
 5.8, 336, 364, 366, 370  
 6.7, 370  
 7, 366  
 8.2, 351  
 8.10, 370  
 10.2, 360, 361  
 11, 361  
 12, 361  
 13, 362, 363  
 14 pr., 323, 334, 342, 363  
 15 pr.\* 96, 102<sup>1</sup> 107, 110, 323, 357, 358  
 15.1, 323, 335, 336<sup>1</sup>, 357, 363, 364  
 15.2, 41, 336, 345, 462<sup>1</sup>, 547, 556  
 16\*, 96, 102<sup>1</sup>, 109, 110, 323, 336<sup>1</sup>, 357, 358  
 18, 367, 370  
 19, 368, 370  
 20 pr., 323, 370  
 21, 370  
 22, 370  
 23, 370  
 25 pr., 323, 324  
 25.1, 323, 338<sup>2</sup> 367  
 25.2, 324, 367, 369, 370
- D. XXXVII. 6  
 1 pr., 323  
 1.3, 373  
 1.4, 373  
 1.5, 373  
 1.14, 323, 338<sup>2</sup>  
 1.21, 323  
 2.1, 234<sup>3</sup>  
 2.5, 243  
 3.6, 323  
 5 pr., 323, 338<sup>2</sup>
- D. XXXVII. 7  
 1.9, 323  
 2, 338<sup>2</sup>  
 5 pr., 323
- D. XXXVII. 8  
 1 pr., 265  
 1.2, 323  
 1.9, 323  
 3, 323, 369, 370  
 4, 259<sup>1</sup>, 323  
 5, 323  
 6, 324  
 7, 368, 370
- D. XXXVII. 9  
 1.11, 323  
 1.12, 338<sup>2</sup>
- D. XXXVII. 10  
 1 pr., 259<sup>4</sup>, 260  
 1.1, 259<sup>4</sup>  
 8.1, 323
- D. XXXVII. 11  
 2 pr., 242, 259<sup>2</sup>  
 3, 176<sup>4</sup>  
 5 pr., 323  
 5.1, 323
- D. XXXVII. 12  
 1 pr., 528  
 3 pr., 528  
 3.1, 393  
 6, 528
- D. XXXVII. 14  
 2.1, 455  
 4, 193, 197<sup>1</sup>  
 5.1, 195  
 6, 196<sup>1</sup>  
 9, 182<sup>1</sup>, 197<sup>1</sup>, 197<sup>2</sup>, 398<sup>1</sup>, 400  
 10, 197, 197<sup>2</sup>  
 11, 197, 197<sup>1</sup>, 197<sup>2</sup>  
 15, 196, 196<sup>1</sup>, 198<sup>1</sup>, 200

- 17, 197, 198<sup>1</sup>, 200, 406  
 21 pr., 197<sup>1</sup>  
 21.1, 469<sup>4</sup>, 471, 483  
 21.2, 489<sup>4</sup>  
 21.4, 455<sup>4</sup>
- D. XXXVIII. 1  
 7.8, 339<sup>1</sup>  
 42, 178
- D. XXXVIII. 2  
 1 pr., 314, 315, 377  
 1.1, 377  
 1.2, 377  
 2 pr., 220, 349, 379, 396  
 2.2, 398  
 3 pr.\*, 203<sup>1</sup>, 390  
 3.1, 202<sup>1</sup>, 410  
 3.2, 391  
 3.4, 410  
 3.5\*, 381, 382<sup>1</sup>, 434  
 3.6, 434  
 3.7, 197  
 3.9, 196, 197<sup>2</sup>, 204, 213, 213<sup>1</sup>, 219,  
 396  
 3.10, 386, 388  
 3.11, 389  
 3.12, 382, 389  
 3.13, 389  
 3.14, 389  
 3.15, 386  
 3.16, 386  
 3.17, 386  
 3.18\*, 386, 387, 469<sup>4</sup>, 471, 483  
 3.19, 386  
 3.20, 388  
 4 pr., 410  
 4.2, 194, 197<sup>1</sup>, 397  
 4.3, 384, 444, 445<sup>2</sup>  
 5 pr., 397  
 5.1, 397  
 6 pr., 383, 444, 445<sup>3</sup>  
 6.2, 384  
 6.3, 256<sup>1</sup>, 384
- 6.4, 389, 394, 551  
 7, 390, 394  
 8 pr.\*, 250<sup>1</sup>, 391, 394, 551  
 8.1, 394  
 8.2, 394  
 8.3, 394, 469<sup>4</sup>  
 8.5, 394, 469<sup>4</sup>  
 9, 197<sup>2</sup>  
 10 pr., 212, 409  
 10.1, 200, 200<sup>1</sup>, 212, 401, 404  
 11, 199, 200, 200<sup>1</sup>, 401, 405  
 12, 200<sup>1</sup>, 213<sup>1</sup>  
 12 pr., 401, 404  
 12.2, 403  
 12.3, 404  
 12.4, 404, 453<sup>3</sup>  
 12.5, 403  
 12.6, 403  
 12.7, 182<sup>1</sup>, 398<sup>1</sup>, 400  
 13, 200<sup>1</sup>, 403  
 14, 197<sup>2</sup>  
 15, 197<sup>2</sup>  
 16.3, 472  
 16.4, 196, 197<sup>2</sup>, 198, 200, 200<sup>1</sup>, 396,  
 406  
 16.5, 409  
 16.6, 409  
 16.7, 409  
 16.8, 409  
 16.9, 409  
 16.11, 408<sup>2</sup>  
 19.1\*, 388  
 20 pr., 389  
 20.1, 434<sup>2</sup>  
 20.4, 385  
 20.5, 385, 445<sup>4</sup>  
 20.6, 385  
 21, 399, 455, 470<sup>1</sup>  
 23.1, 399  
 25, 348, 410  
 33, 195, 197, 198<sup>1</sup>, 200  
 34, 408  
 36, 378, 382, 407  
 37 pr., 410

- 38 pr., 196, 198, 200, 200<sup>1</sup>, 396, 397<sup>1</sup>, 398<sup>1</sup>, 406  
 38.1, 384, 445<sup>4</sup>  
 40, 403  
 41, 388, 394  
 42 pr., 406  
 42.1, 382<sup>1</sup>  
 43, 434  
 44 pr., 394  
 44.1, 387, 388  
 44.2, 388  
 45, 388, 393  
 46\*, 394, 462<sup>1</sup>, 553  
 47 pr., 403  
 47.1, 410<sup>1</sup>  
 47.2, 196, 201, 401  
 47.3, 395  
 47.4, 404<sup>1</sup>  
 48, 197<sup>2</sup>  
 50 pr., 41<sup>1</sup>, 385, 389, 394, 551  
 50.4, 385, 393, 469<sup>4</sup>  
 50.5, 407  
 50.6, 394, 469<sup>4</sup>
- D. XXXVIII. 4  
 1 pr., 102<sup>2</sup>, 206, 207<sup>1</sup>  
 1.1, 205<sup>2</sup>  
 1.3\*, 208, 210, 211<sup>1</sup>, 214<sup>1</sup>, 217  
 1.5, 200<sup>1</sup>, 213<sup>1</sup>  
 1.6, 200<sup>1</sup>, 213<sup>1</sup>  
 1.7, 213  
 1.8, 215  
 2, 216  
 3 pr.\*, 216  
 3.1\*, 218  
 3.2\*, 218  
 3.3\*, 218  
 3.4\*, 217  
 3.5\*, 217  
 3.7, 214  
 4\*, 214  
 5 pr., 170<sup>1</sup>, 214  
 5.1\*, 170<sup>1</sup>, 214  
 6, 212<sup>2</sup>
- 7\*, 210, 211<sup>1</sup>, 212, 217, 231<sup>1</sup>  
 8\*, 220  
 9\*, 209, 217  
 11, 221  
 12, 215  
 13 pr., 212<sup>1</sup>  
 13.1, 209  
 13.2, 212
- D. XXXVIII. 5  
 3 pr., 41<sup>1</sup>, 462<sup>1</sup>, 552  
 4.1, 455, 470<sup>1</sup>
- D. XXXVIII. 6  
 1 pr., 242  
 1.1, 243, 260  
 1.2, 243, 259<sup>2</sup>  
 1.3, 259  
 1.4, 260  
 1.6, 260, 262<sup>1</sup>, 323, 325, 344  
 1.7, 323, 324  
 1.9, 100, 323  
 2, 323  
 3, 259  
 4, 261, 321, 323, 325  
 5 pr., 259<sup>1</sup>, 267  
 5.1, 263, 323, 324  
 5.2, 323  
 6, 259<sup>1</sup>, 264, 323  
 7.1, 266  
 9, 261
- D. XXXVIII. 7  
 1, 265  
 2 pr., 251<sup>1</sup>, 252, 266  
 2.1, 267  
 2.2, 267  
 2.3, 21<sup>2</sup>, 267  
 2.4, 268  
 3, 268  
 4, 265, 267  
 5.1, 167, 267  
 6, 192<sup>1</sup>

## D. XXXVIII. 8

1 pr. 269  
 1.2, 274<sup>1</sup>  
 1.3, 270, 271  
 1.4, 273  
 1.5, 273  
 1.8, 273  
 1.9, 273, 274  
 1.10, 271  
 2, 269, 270  
 3, 273  
 4 pr., 270<sup>2</sup>, 271  
 5, 265  
 7, 274<sup>1</sup>, 279<sup>1</sup>  
 8, 271  
 9 pr., 256<sup>1</sup>, 272, 272<sup>1</sup>  
 10, 274

## D. XXXVIII. 9

1 pr., 237, 256  
 1.5, 235  
 1.6, 235, 246, 249  
 1.7, 235  
 1.8, 238, 249  
 1.9, 238<sup>1</sup>  
 1.10, 249  
 1.11\*, 251, 251<sup>1</sup>, 323  
 1.12, 238  
 1.13, 238<sup>1</sup>  
 1.14, 238  
 1.15, 238<sup>4</sup>  
 1.16, 238<sup>4</sup>  
 2, 256

## D. XXXVIII. 10

1.3, 271  
 1.7, 271  
 4.2, 270<sup>2</sup>  
 10 pr., 130<sup>1</sup>  
 10.4, 267

## D. XXXVIII. 14

1 pr., 268<sup>1</sup>  
 1.1, 268<sup>1</sup>

1.2, 268<sup>1</sup>

## D. XXXVIII. 15

1 pr., 342, 260  
 1.1, 242, 259<sup>2</sup>  
 1.2, 242, 323  
 2 pr., 237, 238<sup>5</sup>  
 2.1, 238<sup>5</sup>  
 2.2, 238<sup>5</sup>  
 2.3, 238<sup>5</sup>  
 2.4, 238<sup>5</sup>  
 2.5, 238<sup>5</sup>  
 4 pr., 234<sup>4</sup>, 235  
 4.1, 238<sup>3</sup>

## D. XXXVIII. 16

1.4, 158, 164  
 1.5, 164<sup>1</sup>  
 1.7, 164<sup>1</sup>  
 1.8, 21<sup>1</sup>, 65, 82, 165, 168  
 1.9, 171  
 1.10, 171  
 1.11, 171  
 2 pr., 148, 175, 176<sup>4</sup>  
 2.1, 176  
 2.2, 176<sup>1</sup>  
 2.4, 148, 176, 253  
 2.5, 148, 253  
 2.6, 176  
 2.7, 176  
 3 pr., 184  
 3.4, 220  
 3.5, 196<sup>1</sup>  
 3.9\*, 20, 21, 23, 69, 167, 176<sup>4</sup>  
 3.10, 20, 45, 51<sup>2</sup>, 167<sup>1</sup>  
 4, 169  
 6, 69, 167, 395  
 7, 167  
 8.1, 297  
 9, 177  
 11, 158, 177, 277  
 12, 252  
 13, 116, 116<sup>1</sup>, 174  
 14, 18, 51<sup>2</sup>, 61

16, 178	32, 50
D. XXXVIII. 17	D. XL. 5
1.1*, 21 <sup>2</sup> , 294, 306	30.10, 50
1.2, 294	
1.3*, 279, 294, 306	D. XL. 9
1.7, 295	30.5, 205
1.8, 158, 276, 294	31, 196 <sup>1</sup>
1.9, 295, 307	
1.10, 295	D. XL. 10
1.11, 277 <sup>1</sup> , 296, 256 <sup>1</sup>	3, 203
2 pr.*, 279, 301, 306	5, 203
2.1, 279	6, 203
2.3*, 279, 306	
2.5, 279	D. XL. 11
2.6*, 279, 285 <sup>1</sup> , 307, 324	2, 202, 202 <sup>1</sup>
2.7, 256 <sup>1</sup> , 277 <sup>1</sup> , 281	3, 202 <sup>1</sup>
2.8*, 49 <sup>2</sup> , 67, 281, 284, 309	4, 196, 202
2.9*, 270 <sup>1</sup> , 285, 307	5 pr., 202
2.10, 277 <sup>1</sup> , 284	5.1, 202 <sup>1</sup>
2.11, 282	
2.12, 282	D. XL. 12
2.14*, 282, 282 <sup>1</sup> , 283 <sup>1</sup> , 284, 295, 307	26, 197 <sup>2</sup>
2.15, 288	30, 453 <sup>3</sup>
2.17, 288	
2.18, 290	D. XLII. 5
2.20, 291	28*, 18, 49 <sup>2</sup> , 50, 51 <sup>2</sup> , 52, 56 <sup>2</sup>
2.21, 246, 250	
2.22, 291	D. XLIV. 1
2.23, 292	7.1, 377
2.46, 292	
2.47*, 292, 307	D. XLIV. 2
3, 279 <sup>2</sup>	2, 323, 349
4, 294	29 pr., 453 <sup>3</sup>
5 pr.*, 280, 285 <sup>1</sup> , 307	
5.1, 280	D. XLIV. 4
5.2, 289	4.28, 152
6 pr., 116 <sup>1</sup> , 293	
6.1, 238 <sup>4</sup> , 246, 250, 250 <sup>1</sup> , 296, 394	D. XLIV. 5
7, 289	1.5, 377
9, 281, 293	1.6, 377
10.1, 281, 288	1.7, 378
	1.8, 377
D. XL. 4	1.9, 377

D. XLIV. 7  
15, 323, 349

D. XLV. 3  
20, 19, 51<sup>2</sup>

D. XLVI. 1  
21 pr., 350

D. XLVI. 8  
24, 236

D. XLVII. 10  
12, 197<sup>2</sup>

D. XLVIII. 4  
9, 194, 197<sup>1</sup>

D. XLVIII. 10  
14.2, 323  
22.8, 212

D. XLVIII. 22  
3\*, 169, 191, 197, 197<sup>1</sup>, 200, 267

D. XLIX. 1  
14.1, 467

D. L. 1  
1 pr., 186<sup>4</sup>  
6.3, 186  
22 pr., 187  
22.2, 186<sup>4</sup>  
23, 186<sup>4</sup>  
27 pr., 186<sup>4</sup>

D. L. 16  
20, 211<sup>1</sup>  
39.1, 234<sup>3</sup>  
107, 204  
119, 232<sup>2</sup>, 233, 234<sup>3</sup>  
120, 5<sup>3</sup>, 139, 313, 315  
138, 232<sup>2</sup>, 233<sup>3</sup>  
178.1\*, 233<sup>3</sup>

195.1\*, 117, 127  
195.2\*, 124, 163, 168  
195.5, 116, 116<sup>1</sup>  
196, 116<sup>1</sup>  
208, 232<sup>2</sup>, 233, 233<sup>2</sup>

D. L. 17  
8, 261<sup>1</sup>  
73 pr.\*, 130, 130<sup>2</sup>, 146, 174  
77, 31, 32<sup>1</sup>, 33  
89, 139  
97, 192<sup>1</sup>, 267  
117, 234

#### IUSTINIANI INSTITUTIONES

I, 15, § 1, 176<sup>1</sup>  
15, § 2, 123  
16, § 7, 128  
17 pr., 131  
17, § 3, 127  
20, § 1, 138<sup>2</sup>  
20, § 2, 138<sup>2</sup>  
22, § 4, 159  
II, 12 pr., 119<sup>1</sup>  
13 pr., 98, 101  
13, § 1, 9, 36  
13, § 2, 72  
13, § 3, 323  
13, § 4, 323  
13, § 7, 116<sup>1</sup>  
18 pr., 439, 439<sup>2</sup>, 510, 531, 532  
18, § 1, 427<sup>2</sup>, 453<sup>3</sup>  
18, § 3, 470  
18, § 6, 387, 471  
19, § 2, 11, 17, 51<sup>2</sup>  
20, § 27, 94<sup>1</sup>  
III, 1, § 2<sup>a</sup>, 299  
1, § 3, 172, 173  
1, § 5, 165  
1, § 9, 260, 323  
1, § 10, 261, 323  
1, § 11, 261<sup>1</sup>, 325

1, § 12, 261 <sup>1</sup> , 262 <sup>1</sup> , 323	c. 3, 323
1, § 13, 262, 270, 323	
1, § 14, 264 <sup>1</sup> , 298, 307	Lib. III, 9
1, § 15, 265, 297	c. I, 474
1, § 16, 297	
2, § 1, 176 <sup>2</sup> , 176 <sup>1</sup>	Lib. III, 28
2, § 3 <sup>a</sup> , 300	c. 1, 421, 443, 445, 452 <sup>1</sup> , 502
2, § 3 <sup>b</sup> , 300	2, 233 <sup>3</sup>
2, § 4, 300	3 pr., 421, 439 <sup>4</sup>
2, § 5, 166 <sup>1</sup>	3.1, 466
2, § 6, 176 <sup>3</sup>	5, 474 <sup>2</sup> , 479
2, § 7, 132, 148, 253, 305	8.1, 469 <sup>3</sup>
3 pr., 278	10, 443, 446
3, § 1, 18, 51 <sup>2</sup> , 61	13, 452, 466, 512
3, § 3, 279, 287, 289	15, 116 <sup>1</sup> , 543, 421, 452 <sup>1</sup>
3, § 4, 301	16, 503 <sup>2</sup>
3, § 5*, 301, 302	17, 421, 452 <sup>1</sup>
4 pr., 116 <sup>1</sup> , 293	18, 439 <sup>3</sup> , 452 <sup>1</sup>
4, § 1, 282 <sup>1</sup> , 307	19, 439 <sup>3</sup>
4, § 2, 276, 294	21, 423
4, § 3, 294	22 pr., 451
4, § 4, 177	23, 439 <sup>3</sup>
5, § 1, 272, 299, 423 <sup>2</sup>	25, 439 <sup>4</sup>
5, § 3, 270, 272	27, 423, 423 <sup>2</sup> , 428 <sup>3</sup> , 453 <sup>1</sup> 484
5, § 4, 271	28, 429 <sup>1</sup> , 439 <sup>3</sup>
5, § 5, 272 <sup>1</sup>	29, 471, 483 <sup>1</sup>
6, § 1, 271	30 pr., 96, 470, 482, 482 <sup>2</sup> , 483, 491
6, § 11, 269, 270 <sup>1</sup>	30.2, 471, 483 <sup>1</sup>
6, § 12, 270, 272 <sup>1</sup>	31, 96, 470, 482
7, § 1, 383	32, 96, 387, 484
7, § 3, 388, 292	34, 480, 480 <sup>2</sup> , 500, 502, 504
8 pr., 192 <sup>2</sup> , 206	35.1, 483 <sup>1</sup>
8, § 1, 206, 218	35.2, 471, 483 <sup>1</sup>
8, § 2*, 207, 217	36.1, 483 <sup>1</sup>
8, § 3*, 210, 217	36.2 <sup>b</sup> , 480 <sup>2</sup> , 481, 482, 486
9, § 2, 258	37, 486
9, § 3, 187, 252, 260	
9, § 9, 237, 238 <sup>1</sup> , 238 <sup>4</sup> , 256	Lib. III, 31
9, § 10, 249, 345, 455 <sup>1</sup> , 470 <sup>1</sup>	c. 6, 323
9, § 11, 237	

## CODEX IUSTINIANUS

Lib. I, 18

Lib. IV, 6  
c. 4.5, 196<sup>1</sup>

Lib. V, 25

- c. 2, 162
- Lib. V, 30  
c. 2, 159  
3, 162  
4, 162
- Lib. V, 70  
c. 5, 299
- Lib. VI, 3  
c. 11, 186
- Lib. VI, 4  
c. 1.1, 194, 197<sup>1</sup>  
3 pr., 201  
3.2, 200  
3.4, 196  
4.1, 202  
4.2, 202  
4.23, 287, 188  
4.24, 199, 199<sup>1</sup>, 200<sup>1</sup>
- Lib. VI, 5  
c. 6, 279<sup>1</sup>
- Lib. VI, 6  
c. 4.8, 197<sup>2</sup>  
5, 19<sup>3</sup>, 197<sup>1</sup>
- Lib. VI, 7  
c. 4, 187
- Lib. VI, 8  
c. 2, 203
- Lib. VI, 9  
c. 2, 238<sup>1</sup>, 245<sup>1</sup>  
4, 235, 238<sup>4</sup>, 323  
5, 238<sup>5</sup>  
6, 238<sup>5</sup>
- Lib. VI, 10  
c. 1, 234<sup>4</sup>
- Lib. VI, 14  
c. 1, 323  
2, 323
- Lib. VI, 15  
c. 3, 271
- Lib. VI, 20  
c. 3, 178  
6, 234<sup>3</sup>
- Lib. VI, 23  
c. 21.5, 97, 102, 104<sup>1</sup>  
24, 482
- Lib. VI, 24  
c. 4.16<sup>a</sup>, 392  
4.16<sup>b</sup>, 392  
4.16<sup>c</sup>, 392  
4.17, 387  
4.18, 392
- Lib. VI, 25  
c. 4 pr., 16, 60<sup>1</sup>
- Lib. VI, 28  
c. 1 pr., 40  
2, 100  
3, 37  
4.6, 101
- Lib. VI, 29  
c. 1, 100  
2, 100
- Lib. VI, 30  
c. 3 pr., 18, 51<sup>2</sup>  
3.1, 238<sup>1</sup>  
7, 235  
8, 246<sup>1</sup>  
13, 246<sup>1</sup>
- Lib. VI, 31  
c. 6, 250<sup>1</sup>

Lib. VI, 36  
c. 8.1<sup>a</sup>, 103<sup>1</sup>

Lib. VI, 41  
c. 1, 482

Lib. VI, 48  
c. 1, 94<sup>1</sup>, 176<sup>4</sup>

Lib. VI, 51  
c. 1.1, 361

Lib. VI, 55  
c. 1, 245<sup>1</sup>  
2, 165  
3, 166  
4, 167  
5, 260  
7, 184  
9, 297, 299, 306, 431  
12, 297, 298, 299

Lib. VI, 56  
c. 2, 288  
4.5, 301  
7 pr., 302  
7.1, 302  
7.2, 302

Lib. VI, 57  
c. 6, 306

Lib. VI, 58  
c. 1, 299  
5, 270  
6, 256<sup>1</sup>  
7, 270  
13, 302  
14.4, 300  
14.6, 300  
15.1, 300  
15.2, 300  
15.3, 301

Lib. VI, 65  
c. 10, 116<sup>1</sup>

Lib. VIII, 47  
c. 10 pr., 264<sup>1</sup>, 298, 299,  
420, 425, 494

Lib. VIII, 58  
c. 2, 278<sup>1</sup>, 301, 306

Lib. IX, 21  
c. 1, 186<sup>4</sup>, 203<sup>1</sup>

Lib. X, 39  
c. 2, 187

Lib. X, 40  
c. 7, 186<sup>4</sup>

#### NOVELLAE IUSTINIANI

48, 494<sup>2</sup>  
78, 196  
115.3, 101, 429<sup>1</sup>, 482, 482<sup>2</sup>, 488 segg.,  
495  
115.4, 488 segg.  
115.5, 491  
118, 274, 302  
127, 274, 302  
128, 429<sup>1</sup>

#### FRAGM. DE IURE FISCO

12, 189

#### FRAGMENTA VATICANA

155, 139, 140  
226, 203  
250-258, 374  
274, 374  
277, 374  
279, 374

281, 374  
 290, 374  
 294, 374  
 295, 374  
 296, 374

XIV, 1, 11, 221

FRAGM. AUGUST.

II, 52, 57, 241

COLLATIO LEGUM  
 ROMANARUM  
 ET MOSAICARUM

ULPIANI  
 LIBER SINGULARIS  
 REGULARUM

XVI, II, 1, 164  
 2, 164  
 3, 164  
 4, 164  
 5, 164  
 6, 164  
 7, 164  
 8, 164, 166<sup>1</sup>  
 9, 170  
 10, 176<sup>1</sup>  
 11, 176<sup>2</sup>  
 12, 147  
 13, 176<sup>1</sup>, 176<sup>3</sup>  
 14, 173, 176<sup>1</sup>  
 15, 166<sup>1</sup>  
 16, 166<sup>1</sup>

XI, 2, 125<sup>1</sup>  
 3, 125, 127  
 4, 176<sup>1</sup>  
 6, 145  
 7, 145  
 9, 158  
 17, 139  
 23, 140

XIX, 12, 149  
 13, 150  
 14, 150

XX, 10, 118, 119

XXII, 16, 99  
 19, 69, 87<sup>2</sup>  
 23, 323, 328  
 24, 17, 51<sup>2</sup>

III, 5, 167  
 6, 11, 167  
 8, 166<sup>1</sup>  
 9, 166<sup>1</sup>  
 13, 171  
 15, 171, 176  
 20, 173

XXIII, 6, 239<sup>2</sup>  
 8, 247

IV, 1, 171  
 2, 179

XXVI, 1, 171, 176<sup>1</sup>  
 2, 166<sup>1</sup>  
 3, 166<sup>1</sup>, 167  
 4, 166<sup>1</sup>  
 5, 132, 148, 177  
 7, 293  
 8, 279, 289

VII, 2, 263, 323

IX, 1, 187

XXVII, 1, 184, 377  
 4, 186<sup>1</sup>  
 5, 158, 272<sup>2</sup>

PAPINIANI RESPONSA

9, 272<sup>2</sup>

6, 166

7, 272<sup>2</sup>

XXVIII, 3, 323

7, 187, 260

8, 278, 323

9, 272

12, 232<sup>2</sup>, 23313, 239<sup>2</sup>, 247

24, 32

XXIX, 1, 313, 314<sup>1</sup>, 377, 378, 383

2, 189

## PAULI

## RECEPTAE SENTENTIAE

III, II, 2, 186<sup>2</sup>3, 186<sup>1</sup>IV, VIII, 3, 171<sup>1</sup>, 179

5, 167

6, 167

8, 166<sup>1</sup>9, 166<sup>1</sup>

10, 166

11, 165

13, 171, 176<sup>1</sup>15, 176<sup>1</sup>17, 176<sup>2</sup>18, 166<sup>1</sup>19, 166<sup>1</sup>

21, 132

22, 172, 173, 174, 272<sup>2</sup>

23, 148

24, 177

IV, IX, 1, 278

## GAI EPITOME

I, VII, 1, 127, 176<sup>1</sup>

II, VIII, 2, 166

5, 173

## CODEX

## THEODOSIANUS

Lib. II, 19

1, 423, 484

2, 428, 429, 484

3, 484

4, 470, 482

Lib. IV, 10

3, 187<sup>1</sup>

Lib. V, 1

1, 301

2, 301

4 pr., 297, 431

4.1, 297

4.2, 297

4.3, 297

## SCHOLIA SINAITICA

46, 139

47, 139

48, 139

51, 145

## THEOPHILI PARAPHR.

II. 13, 3, 322<sup>2</sup>II, 18, 1, 419<sup>1</sup>

## PAP. HEIDELBERG

430, 461<sup>1</sup>, 533

## LIBRI BASILICORUM

XXXV, 8

7, 105

- XXXIX, 1  
 1, 501  
 1, sch. 1, 419<sup>1</sup>, 426<sup>3</sup>, 438<sup>2</sup>, 442<sup>1</sup>, 426<sup>3</sup>,  
     533  
 2, 533  
 3, sch. 1, 438<sup>2</sup>, 442<sup>1</sup>  
 6, sch. 1, 421<sup>3</sup>, 427<sup>1</sup>, 438<sup>2</sup>, 442<sup>1</sup>  
 6, sch. 2, 427<sup>1</sup>, 430<sup>1</sup>, 501, 531  
 6, sch. 3, 448<sup>2</sup>, 501  
 6, sch. 5, 437<sup>1</sup>, 438<sup>2</sup>, 442<sup>1</sup>, 474<sup>2</sup>, 476<sup>2</sup>  
 6, sch. 6, 437<sup>1</sup>, 476<sup>2</sup>  
 7, sch. 2, 476<sup>2</sup>, 477<sup>1</sup>, 480  
 7, sch. 3, 476<sup>2</sup>  
 7, sch. 5, 437<sup>1</sup>  
 7, sch. 6, 437<sup>1</sup>  
 8, sch. 5, 474<sup>2</sup>  
 8, sch. 16, 456<sup>2</sup>  
 8, sch. 23, 434<sup>1</sup>, 474<sup>2</sup>  
 12, 474<sup>2</sup>  
 13, 465  
 13, sch. 1, 465, 448<sup>2</sup>, 541<sup>1</sup>  
 14, sch. 1, 454<sup>2</sup>, 456<sup>1</sup>  
 15, 461<sup>1</sup>  
 17, 474<sup>2</sup>  
 18, 474<sup>2</sup>  
 18, sch. 3, 476<sup>2</sup>  
 21, sch. 2, 448<sup>2</sup>, 456<sup>2</sup>, 523  
 23, § 4, 474<sup>2</sup>, 533  
 23, § 5, 430<sup>1</sup>  
 21, sch. 1, 492, 535<sup>1</sup>  
 25, 474<sup>2</sup>  
 25, sch. 7, 442<sup>1</sup>, 501, 511  
 27, 421<sup>1</sup>  
 27, sch. 2, 448<sup>2</sup>
- 34, sch. 1, 438<sup>2</sup>, 442<sup>1</sup>  
 34, sch. 2, 438<sup>2</sup>, 442<sup>1</sup>  
 35, sch. 1, 437<sup>1</sup>  
 37, 480<sup>2</sup>  
 39, sch. 2, 427<sup>1</sup>  
 48, sch. 1, 419<sup>1</sup>  
 48, sch. 2, 419<sup>1</sup>  
 48, sch. 3, 419<sup>1</sup>  
 52, 423<sup>3</sup>  
 52, sch. 2, 419<sup>1</sup>
- XXXIX, 2  
 3, sch. 1, 104<sup>1</sup>  
 5, 496<sup>1</sup>  
 5, sch. 1, 496<sup>1</sup>
- XL, 3  
 1, sch. 1, 496  
 11, 107<sup>1</sup>  
 11, sch. 1, 107<sup>1</sup>
- XLII, 1  
 pr. sch. 1, 438<sup>2</sup>, 442<sup>1</sup>  
 7, sch. 1, 438<sup>2</sup>, 442<sup>1</sup>, 476<sup>2</sup>
- XLV, 2  
 25, sch. 8, 251<sup>1</sup>  
 26, sch. 1, 265<sup>1</sup>
- XLIX, 4  
 2, 219<sup>2</sup>
- XLIX, 6  
 1, 207<sup>1</sup>

## ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO

[Università degli studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza], Firenze, 1973.



## INTRODUZIONE

### I. SCOPO DEL CORSO

Il nostro corso ha questo scopo: conoscere – e in conseguenza ammirare – la mirabile costruzione scientifica della giurisprudenza romana: costruzione che è un modello insuperato di logica giuridica a servizio della giustizia e che educa le menti (che sappiano mirarla) ad una visione unitaria del mondo giuridico.

Questa costruzione è soprattutto opera della giurisprudenza classica (fine della repubblica – primi tre secoli dell’Impero): essa però ha il suo primo largo abbozzo nell’epoca anteriore (repubblica). Nell’epoca posteriore (post-classica e giustinianèa) questa costruzione subisce alterazioni varie e la bellezza delle linee classiche viene qua e là oscurata: sarà compito nostro, però, mettere in luce le linee pure dell’architettura classica studiando separatamente quelle dell’architettura nuova (post-classica e giustinianèa).

Le linee dell’edificio classico vennero modificate mediante le interpolazioni che i compilatori giustinianeî fecero nelle fonti di cognizione (opere della giurisprudenza classica, in specie quelle raccolte – in frammenti – nella grande compilazione giustinianea: il Digesto).

Inutile aggiungere che questo studio del diritto romano avrà, se fatto con amore, due risultati: 1) educerà la mente alle discipline giuridiche, abituandola a pensare giuridicamente e quindi, a porre ed a risolvere problemi giuridici; 2) darà alla mente le categorie principali del pensiero giuridico (es. concetto di successione etc.), categorie che sono il fondamento della scienza giuridica moderna (specie la privatistica).

### II. CONCETTO DI SCIENZA

Diamo alcuni concetti fondamentali del sapere scientificamente inteso.

Il sapere scientifico si ha quando si abbia un complesso di conoscenze derivate le une dalle altre in modo da formare un tutto unitario e perciò organico: “scire rei causas”.

Nel sapere scientifico, perciò, bisogna distinguere:

a) il **principium** (cioè ciò da cui la conoscenza, come la fonte) procede: dice S. Tommaso (“id a quo aliquid procedit quocumque modo”) che è la fonte del sapere scientifico;

b) la **scientia**, cioè il complesso delle conoscenze che da questo principio sono derivate (**scientia** in senso vero).

Il rapporto che c'è fra principio e scienza è, perciò, quello di causa ed effetto: e come tutti gli effetti che una causa produce sono potenzialmente contenuti nella causa già prima di essere prodotti, così la scienza è tutta potenzialmente contenuta nel principio o nei principii, da cui deriva.

“Scientiae procedunt ex principiiis” (S. Thom. I, 1, 2); “tota scientia virtute contineatur in principiiis”, (idem I, 1, 7). Come si passa dal principio alle conclusioni e, quindi, alla scienza, che è la risultante di tutte queste conclusioni? Cioè, come si ricavano le conclusioni dei principii? Per mezzo della **dimostrazione**; cioè procedendo dal principio, per via di identità, mediante il sillogismo (“demonstratio est syllogismus faciens scire”) diceva Aristotele (cfr. S. Tommaso I, 117, 1).

Questo processo della mente umana che partendo da un punto (principium) passa a punti successivi pervenendo a conclusioni sempre più particolari, è quello che si chiama propriamente il “**Processus rationis**”, o “**discursus rationis**”, o “**rationatio**”: esso consiste, appunto, in un certo movimento della mente che partendo da un punto noto perviene, mediante la dimostrazione, a conoscenze particolari prima ignote: “Tunc enim ratiocinativa est nostra consideratio, quando ab uno considerato in aliud transimus, sicut syllogizando a principiiis in conclusionem” (Contra Gentiles I, 57, 1).

Perciò in ogni sapere scientifico sono da notare:

a) il **principio** (o i principii) che costituisce il punto di partenza della scienza;

b) le **conoscenze particolari** da questo principio ricavate e che nella loro unità formano la scienza;

c) il **metodo** mediante cui si è proceduto a ricavare dal principio le conclusioni particolari (dimostrazione per via di identità, cioè mediante sillogismo).

Avendo chiaro il concetto di scienza si comprende che cosa si intenda dire quando si parla di costruzione scientifica, di sistema scientifico, di edificio scientifico e così via: sono tutte espressioni le quali servono a indicare il carattere unitario della vera scienza.

Quando si ha una costruzione, un edificio, un sistema? Quando si ha un complesso di parti organicamente collegate, quando nel molteplice c'è l'uno e tanto più un edificio od un sistema è ammirabile, quanto più perfetto è il collegamento armonico in unità delle parti, che lo compongono.

La capacità di una mente si misura proprio dalla sua forza costruttiva: cioè, dalla sua capacità di cogliere i principii fondamentali per discendere da essi alle più lontane conseguenze.

Diciamo che un'opera di pensiero è perfetta, quando essa, pur essendo complessa, è unitaria: questa unità nel molteplice rende l'opera armoniosa e proporzionata e da questa armonia e proporzione scaturisce una luce che rende all'opera di pensiero i caratteri stessi della bellezza (che, appunto, consiste nella debita proporzione delle parti in un tutto).

Del resto in questa sua capacità a costruire la mente umana non fa che uniformarsi alla legge fondamentale della creazione: **quella dell'unità nel molteplice**.

Tutte le cose – in ogni ordine di realtà, tanto fisica che spirituale – sono create secondo questa legge; qualunque oggetto si osservi, fisico o spirituale, si trova che esso è al tempo stesso uno e molteplice: molteplice per il numero più o meno grande di parti che lo compongono, uno per il collegamento organico di queste parti in un tutto. Osservate il corpo umano, una pianta, un fiore, il firmamento, l'universo intiero; ovvero osservate un'opera di pensiero, un'opera d'arte, la vita sociale degli uomini (nazione, famiglia, genere umano): il risultato della vostra analisi sarà sempre uno: cioè l'applicazione costante della legge dell'unità nel molteplice.

### III. IL SISTEMA

Il sapere scientifico è, dunque, un sapere sistematico o organico che dir si voglia.

È necessario approfondire il concetto del sistema perché esso ci sarà necessario per comprendere l'opera creatrice della scienza giuridica e di quella della giurisprudenza romana. La grandezza di questa giurisprudenza sta appunto nell'aver creato le grandi linee sistematiche della scienza giuridica.

Analizziamo quindi, più da vicino:

- a) il sapere scientifico;
- b) il sapere giuridico, che è sapere scientifico;
- c) e, in particolare, la sistematica della giurisprudenza romana.

**a) Il sapere scientifico**, si è detto, è sistematico: esso, quindi, è organico: cioè le conoscenze che esso offre non sono separate le une dalle altre, ma sono le une alle altre intrinsecamente congiunte da un nesso di derivazione in guisa da costituire, come in un organismo, un complesso unificato di parti (**plura in unum: unità nel molteplice**).

Le leggi, quindi, che dominano nel sapere scientifico sono quelle stesse che dominano negli organismi naturali: 1) la legge della causa efficiente; 2) la legge della causa finale.

Esse sono state per la natura, così formulate:

- 1) ogni fenomeno è contenuto in una serie nella quale l'esistenza di ogni termine determina quella del seguente (**causa efficiente**);
- 2) ogni fenomeno è compreso in un sistema in cui l'idea del tutto determina l'esistenza delle parti (**causa finale**).

Cioè, venendo al sapere sistematico, dobbiamo dire non solo che in esso ogni conoscenza deriva da una conoscenza anteriore (causa efficiente), ma che tutte queste conoscenze causanti sono costituite in gerarchia ascendente che va sempre più unificandosi sino a raggiungere una conoscenza suprema dalla quale tutte le altre derivano e nella quale tutte le altre si unificano (causa finale che s'identifica con la causa prima).

Il sapere scientifico perciò, perché sistematico (cioè costituito in un tutto), è organico: esso, infatti, riproduce nell'opera dell'intelligenza quella unità nel molteplice che costituisce l'essenza di ogni organismo naturale. Che sia vero quello che abbiamo affermato, tanto in ordine agli organismi naturali quanto in ordine agli organismi, diciamo così, intellettuali (quali sono i sistemi scientifici), apparirà manifesto da alcune osservazioni.

Per gli organismi naturali, l'osservazione appena approfondita mostra in opera in tali organismi le due leggi della causa efficiente e della causa finale: ogni effetto è prodotto necessariamente da una causa, e tutti questi effetti non sono prodotti in modo arbitrario; ma il funzionamento delle cause che li produce è a sua volta causato da una causa finale che tutte coordina in vista dello scopo che è intrinseco ad ogni organismo naturale. Così se voi osservate una pianta, un animale, un uomo, voi noterete una logicità fondamentale di sviluppo nella loro vita: cioè, tutti gli atti attraverso i quali questa loro vita si sviluppa e si manifesta tendono ad attuare un fine che, consapevolmente o inconsapevolmente, è immanente a ciascuno di questi organismi.

Se dagli organismi singoli passiamo alla osservazione di un sistema di organismi o all'osservazione dell'intero universo, la legge di finalità, che dà unità al sistema, si manifesta con immediata evidenza: tutti gli esseri e tutte le loro attività sono organicamente collegate in guisa da realizzare una unità. L'universo è unitario: ecco una affermazione sopra la quale non può nascere alcun dubbio serio: ora l'unità, ove c'è molteplicità, è effetto della causa finale: e non c'è causa finale se non dove c'è coordinazione in vista di uno scopo, sistema organico che dà a tutte le parti il loro posto e la loro funzione nel tutto.

Quanto abbiamo detto per gli organismi naturali vale per quelli intellettuali (i sistemi scientifici). Che cosa, infatti, è un sistema scientifico se non il parallelo intellettuale dell'organismo naturale? Come l'organismo naturale è costituito da pluralità di parti collegate ad unità (effetto delle due leggi di causalità efficiente e finale), così l'organismo intellettuale (il sistema scientifico) è costituito da pluralità di conoscenze collegate ad unità (**plura in unum**), ed anche qui questo collegamento è frutto della duplice legge di causalità: la causalità efficiente per cui ogni conoscenza deriva come effetto, da una conoscenza anteriore (che funziona da causa), la causalità finale per cui tutte coteste conoscenze (e quindi tutte coteste cause) si unificano in una conoscenza originaria che funge da causa prima e finale di tutte le altre (principium). Tutti i sistemi scientifici, infatti, sono fondati sopra uno o sopra pochissimi principi che stanno a fondamento del sistema.

Si pensi alla geometria che erige il suo edificio sistematico sopra pochissimi postulati; alla astronomia, che poggia sopra la legge di gravitazione universale; a tutte le altre scienze della natura (organica ed inorganica) che vanno con una indagine sempre più approfondita alla ricerca di un principio più remoto, più **uno** delle conoscenze che possiedono. Tutte le scienze sono interamente mosse da questo bisogno di unificazione che le spinge alla ricerca di una causa più unificatrice, che contenga nella sua originaria ampiezza, come in germe, tutte le conoscenze. Il progresso vero delle scienze sta in questa conquista dei principi fondamentali: e tanto più una scienza è una, quanto più in alto essa pone i suoi principi primi.

Se volessimo poi passare ad osservare la scienza logica, la scienza per eccellenza del sistemare, cotesta unità sistematica ci apparirebbe anche qui pienamente: si pensi, infatti, che questa scienza logica poggia sopra un solo principio fondamentale – quello di non contraddizione (una cosa non può nello stesso tempo e sotto il medesimo rapporto essere e non essere) – e che questo principio fondamentale deriva, a sua volta, da una sola idea che è la prima ad essere immediatamente concepita dall'intelletto: l'idea di essere. Infatti qualunque cosa la mente umana concepisce, la concepisce sempre in funzione dell'essere.

Il sapere scientifico, dunque, è sapere sistematico, cioè organico: esso è costruito secondo le stesse leggi con cui sono costruiti gli organismi nella natura: ha, cioè, fondamento sopra un principio (o sopra pochissimi principi) e da questo principio si ramifica la più ampia diversità di conoscenza.

Nasce spontanea una domanda: perché il pensiero umano crea i suoi sistemi con una architettura analoga a quella con cui sono create le cose in natura?

Potremmo rispondere con Leibniz, che l'anima umana è una immagine vivente di Dio capace di conoscere il sistema dell'universo e di imitarne qualche cosa con saggi architettonici (Mon. 83). Altrove (Principii, par. 14) Leibniz dice più ampiamente: "Lo spirito non è solo uno specchio vivente dell'universo delle creature (come lo è ogni monade), ma anche una immagine di Dio. Esso non ha solo una percezione delle opere di Dio, ma è ancora capace di produrre qualcosa che loro assomigli, benché in piccolo... la nostra anima è architettonica anche nelle azioni volontarie e, con lo scoprire le scienze secondo le quali Dio ha regolato le cose, essa imita nella sua opera e nel suo piccolo mondo, in cui le è permesso esercitarsi, ciò che Dio fa nel grande".

La mente umana tende istintivamente ad organizzare: essa ha essenzialmente la funzione di unificare, di porre ordine, di stabilire proporzioni: essa fa spiritualmente il processo unificatore e organico della creazione. La ragione di questi processi paralleli della natura e del pensiero sta, come dice anche Keplero, nel fatto che tanto la natura quanto il pensiero derivano da una fonte unica – Dio – dalla quale ripetono la loro istintiva – anche se, nell'uomo, consapevolmente – capacità organizzatrice.

L'unità, che è in Dio, si riflette nella creazione sia materiale che spirituale.

“Geometria – dice Keplero (Harm. mundi IV, cap. I) – ante rerum ortum, menti divinae coaeterna, Deus Ipse exempla Deo creandi mundi suppeditavit et cum imagine Dei transivit in hominem” (Cfr. S. Thom. I, q. 15, 1).

Questo istinto organizzatore della mente umana è suscettivo di educazione? C'è, anzi, addirittura una scienza sistematrice che studia proprio la struttura della mente umana in quanto tende a cotesta funzione unificatrice e indica i principi fondamentali della sistemazione? “Sì, e questa scienza è la logica, o dialettica in greco ‘**organum instrumentum**’ del pensiero” – come veniva chiamata in antico. Essa è stata sistematicamente elaborata da Aristotele che ne è stato appunto il legislatore (nei libri dell’“Organon”: Categoriae; De Interpretatione; Analitica priora; Analitica post.; Topica). Questa scienza, come dice Cicerone (Brutus, par. 152), insegna “rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia”.

Non si può, quindi, costruire un buon sistema scientifico senza prima conoscere quest'arte del sistemare: essa è “ars artium” ed è perciò anteriore ad ogni scienza.

Una buona educazione logica è, quindi, il presupposto quasi indispensabile per una costruzione scientifica.

È, infine, da avvertire che il sapere scientifico usa necessariamente termini appropriati ai concetti che vuole significare, ed è ricco di un patrimonio notevole di definizioni.

La definizione è la sintesi degli elementi essenziali della cosa definita: essa è, insieme con la divisione e il sillogismo, uno degli strumenti essenziali dell'arte sistematrice.

**b) Orbene, c'è una scienza giuridica?** Cioè ritroviamo in ordine a questo speciale oggetto di conoscenza, che è il diritto, quel complesso di cognizioni ridotte a sistema che costituisce il carattere specifico della scienza? A base, quindi, del sapere giuridico, in quanto scientifico, troviamo uno o più concetti fondamentali ai quali possono tutti gli altri essere ricondotti e nei quali tutti gli altri possono essere risolti?

Sì, c'è una scienza giuridica – **juris prudentia** – e questa scienza, che è stata elaborata nelle sue linee fondamentali della giurisprudenza classica romana, ha alla sua base alcuni concetti fondamentali ai quali possono tutti gli altri essere ricondotti, essi sono:

- 1) il concetto di **personalità giuridica**;
- 2) quello di **rapporto giuridico**;
- 3) quello di **norma giuridica**.

Questi tre concetti sono interdipendenti e sono, si può dire, contenuti nel più ampio concetto:

#### 4) di **ordine giuridico**.

Ordine giuridico – ordinamento giuridico – è l'assetto giuridico della società. Cioè, posta la esistenza di una società, ne deriva necessariamente l'esistenza di norme che regolano tutta una serie di rapporti particolarmente rilevanti per la vita stessa della società: rapporti fra i consociati, rapporti fra consociati e stato (l'ordinamento giuridico per eccellenza è lo Stato), rapporti fra gli organi stessi dello Stato, e così via.

Il concetto di ordine giuridico contiene perciò, in sé, gli altri tre concetti sopra indicati; infatti:

a) **norma giuridica** è una norma (lex, consuetudo, ecc.) posta da un dato ordinamento giuridico. La sua caratteristica, che la differenzia dalla norma etica e dalle altre norme sociali, sta nella sua **positività** e, quindi, nella sua **obbligatorietà**.

Infatti la norma giuridica è posta da un dato ordinamento giuridico (mediante gli organi competenti) ed è vincolante nei consociati;

b) **rapporto giuridico** è una relazione sociale fra due o più consociati prevista da una norma giuridica e, quindi, resa produttrice di effetti giuridici;

c) **personalità giuridica** è l'attitudine che hanno i membri di un dato ordinamento giuridico ad essere soggetti di diritti e di vincoli giuridici.

Esempio: se tu compri un giornale, tu hai con questo atto, senza accorgerti: a) posto in essere un rapporto giuridico (di compravendita); b) affermata la tua personalità giuridica (capacità ad essere soggetto di un rapporto giuridico); c) presupposta l'esistenza di una norma giuridica che garantisce la regolare attuazione di questo rapporto. E un ulteriore presupposto è: d) che la giuridicità di questo rapporto, di questa norma e di questa personalità è dovuta formalmente alla esistenza di un ordine giuridico di cui tu fai parte e che mette a tua disposizione le garanzie giurisdizionali per attuare coattivamente, se necessario, il tuo rapporto di compravendita.

Risulta chiaro da tutto ciò come possano essere vigenti in una "società" pure giuridicamente ordinata norme non giuridiche (norme etiche, religiose ecc.) e come vi possano, perciò, essere rapporti non giuridici (etici, economici ecc.). Ma possono darsi anche membri di una "società" non forniti di personalità giuridica, cioè non atti ad essere subietti di rapporti giuridici? La risposta è diversa secondo la diversità degli ordinamenti giuridici cui si riferisce: ad es. in quello romano sono sforniti di personalità giuridica tanto gli stranieri "non cives" quanto i "servi". Quindi una relazione posta in essere da costoro non può mai (normalmente) essere giuridica, anche se la sostanza di questa relazione configura una fattispecie (es. compravendita, locazione etc.) contemplata da una norma giuridica. La ragione appunto per cui codesta relazione non si eleva al grado di relazione giuridica sta nel fatto che i subietti – o uno dei subietti – di codesta relazione non sono forniti di personalità giuridica.

La scienza giuridica (di diritto privato), dunque, poggia sopra i quattro concetti sopra indicati e si ramifica proprio in queste quattro direzioni; essa, infatti, studia:

- 1) l'**ordinamento giuridico** nei suoi elementi;
- 2) la **norma giuridica** in sé considerata (organi che la producono, tipi diversi di norma, modo di interpretarla ecc.);
- 3) la **personalità giuridica** (in quanto è o non è riconosciuta a ciascun uomo, o è riconosciuta anche ad enti morali, o in quanto sopra di essa influiscono cause che ne alterano l'efficacia e che parzialmente o totalmente la estinguono, ecc.);
- 4) i **rapporti giuridici** (fonti da cui derivano, loro particolare struttura, categorie fondamentali di rapporti – es.: reali, obbligatori, ecc. – vita dei rapporti, loro modificazione, estinzione ecc.).

Lo scopo del nostro Corso è quello di studiare appunto in queste quattro direzioni la scienza giuridica romana.

Se consideriamo queste ramificazioni della scienza come le ramificazioni di un organismo possiamo dire che il nostro compito sarà simile a quello di colui che voglia procedere alla anatomia di questo organismo. Dovremo, infatti, conoscere particolarmente tutta la nervatura ampia di rapporti che l'ordinamento giuridico romano presenta e tutti i problemi che i presupposti di questi rapporti (norma e personalità giuridica) presentano.

**c) C'è una scienza giuridica romana?** Cioè, il diritto romano mostra all'osservazione dello studioso quel collegamento organico di principi che costituisce l'essenza del sistema e, quindi, della scienza?

Merita di essere riprodotto questo brano di lettera di Leibniz:

“Ego semper admiratus sum scripta veterum juriconsultorum Romanorum. Dixi saepius post scripta geometrarum nihil exstare quod vi ac subtilitate cum Romanorum iuriconsultorum scriptis comparari possit; tantum nervi inest tantum profunditatis.”

Leibniz paragona gli scritti dei giureconsulti romani a quelli dei geometri greci (Euclide, Archimede): perché? Per l'identità di metodo che si trova negli uni e negli altri; perché, come l'edificio geometrico si eleva sopra pochi postulati e sopra poche definizioni, così l'edificio della giurisprudenza romana si eleva con precisione sopra pochi principi fondamentali.

La giurisprudenza romana dell'ultimo secolo della repubblica (applicando al diritto l'arte sistematica appresa dai greci) e del primo secolo dell'impero costruì il sistema della scienza giuridica: cioè essa formulò i principi fondamentali di questa scienza e da essi trasse una ramificazione ampia di rapporti.

La scienza giuridica moderna è debitrice a quella romana di questa originale tessitura del sistema giuridico: tutti i rapporti della vita privata (e anche pub-

blica) furono studiati ampiamente e trovarono posto in questo sistema: e così configurati e sistemati essi sono passati fino a noi: la scienza giuridica moderna, quindi, usa della intelaiatura sistematica romana e delle categorie giuridiche create dalla giurisprudenza romana.

Esempi: i concetti fondamentali di obbligazione, diritto reale, diritti reali su cose altrui, contratto, categorie varie di contratti, successione, legato, testamento, e così via, ci pervengono tutti dal diritto romano: e ci pervengono non già isolatamente, ma uniti in sistema, seppure non così ampio, come è richiesto dalla scienza giuridica odierna.

Questo tipo di sistema originario è quello che sta a base delle istituzioni di Gaio (giurista dell'epoca degli Antonini) e che impareremo ampiamente a conoscere durante il corso.

Un'altra parola in ordine a questo sistema della giurisprudenza romana. Leggendo Cicerone (in vari punti, specie **Brutus**, 152) si apprende che alla sua epoca questo sistema è appena al suo sorgere, ed è dovuto all'opera di Servio Sulpicio Rufo. Esso è frutto dell'applicazione al diritto dell'arte dialettica (divisione in genere, specie ecc.) definizione e argomentazione. Cioè, dato un oggetto sul quale verta la ricerca, bisognerà prima dividere lo studio in conformità alle parti essenziali di cui l'oggetto consta, poscia definire o l'oggetto stesso o ciascuna delle sue parti e poi trarre da queste conoscenze, mediante il sillogismo, conoscenze ulteriori nelle prime implicitamente contenute.

Da quanto abbiamo detto consegue che lo studio della giurisprudenza romana (specie la classica: I sec. a.C.-III sec. d.C.) non ha un valore puramente storico e non è quindi semplice erudizione; esso è necessario, invece, proprio per educare giuridicamente l'intelletto e per apprendere quei concetti giuridici fondamentali, trapassati poi in tutti i codici moderni. Oltre poi codesta educazione specificatamente giuridica, lo studio della giurisprudenza romana dà modo di conoscere ed ammirare una delle più alte creazioni sistematiche dello spirito umano.



## IL DIRITTO OBIETTIVO ROMANO

### I – VARI GENERI DI NORME

Il complesso delle norme giuridiche che hanno applicazione nell'orbita della "civitas" forma il **diritto obbiettivo (ius)** dell'ordinamento giuridico romano.

Esso va diviso in vari generi:

- a) ius civile;
- b) ius gentium;
- c) ius praetorium.

Studiamo singolarmente questi vari generi.

I. – **Ius civile** è il complesso delle norme che la "civitas" – mediante gli organi a ciò appositamente ordinati – ha posto a se stessa (ius "quod quisque populus ipse sibi constituit" Gaio I, 1).

Questi organi sono: il populus adunato nei comizi (dal quale derivano la "lex" e la consuetudine); la plebe adunata nei "concilia plebis" (dove il plebiscito); il senato (quando esso diventa organo legislativo nell'ultimo scorcio della repubblica e nell'impero: da esso deriva il senatoconsulto), il principe (nell'impero, in forza della delegazione della funzione legislativa che a lui fa il popolo all'inizio della sua carica mediante la "lex curiata de imperio"); i giuristi forniti dello "ius respondendi" (sotto Augusto fu concesso questo "ius respondendi" in virtù del quale il responso dei giuristi diventa vincolante per il giudice; Gaio, 1, 7).

Da tutte queste fonti deriva lo "ius civile", cioè il diritto che il **populus** pone a se stesso (direttamente, come la "lex", nella consuetudine, nel plebiscito; indirettamente come nel senatoconsulto, nella "constitutio principis", nei "responsa prudentium") che è relativo esclusivamente ai "cives" (talvolta anche ai Latini o ai peregrini forniti di "ius commercii").

2. – **Ius gentium** è il complesso delle norme che la "civitas" si pone e che hanno applicazione anche in ordine ai "non cives" (Latini, peregrini): quindi è "ius civile", ma a differenza dello stretto "ius civile" applicabile anche agli stranieri.

Le fonti dello “*ius gentium*” sono costituite soprattutto dagli editti del pretore peregrino: nel senso che mediante questi editti, si formano delle consuetudini e queste consuetudini trasformano in diritto civile quello che prima era diritto pretorio il cui contenuto era costituito da principi ricavati da ordinamenti giuridici stranieri (codesto fenomeno prende il nome di fenomeno di ricezione).

### 3. – **Ius praetorium o honorarium:**

“*Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam*” (D. I, 1, 7, par. 1).

Questo “*ius praetorium*” derivò dagli editti dei pretori (editti che diedero luogo al c.d. “*edictum translaticium*”):

*Edicta sunt praecepta eorum qui ius edicendi habent. “Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani: sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent” (I, 6).*

Il diritto pretorio non è *ius civile*: esso però, come dice Papiniano, fu strumento di correzione e di interpretazione e di applicazione dello “*ius civile*”. Che lo “*ius praetorium*” non possa considerarsi come vero e proprio diritto risulta chiaro da ciò che esso non è posto dalla “*civitas*” mediante gli organi a ciò predisposti: la **lex**, il **plebiscitum** etc. sono fonti di norme giuridiche perché è la *civitas* che le ha poste (così, implicitamente, la consuetudine): la norma pretoria, invece, è una norma che deriva dal magistero e non dalla *civitas*.

## II. – SINGOLE FONTI

### I. – IUS CIVILE

Esaminiamo più da vicino le fonti delle tre diverse branche del diritto obbiettivo (*ius civile*, *gentium*, *praetorium*).

Cominciamo con il **ius civile**.

“*Ius autem civile est quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*” (D. 1, 1, 7 pr.).

1) In questa definizione del giureconsulto Papiniano manca però la menzione di quella che è stata la fonte più antica del *ius civile*: la consuetudine.

“*Inveterata consuetudo pro lege non immerito costoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?*” (D. 1, 3, 32, 1).

Dunque la consuetudine – vedi Cicerone *De inv.* 2, 22, 67 è un “*ius moribus constitutum*”: da questa fonte – che è la più antica – sono derivati i più importanti principi giuridici del diritto romano privato (si pensi al **ius potestatis** – D. 1, 6, 8 pr. – che è il fondamento della **famiglia**) e pubblico.

Perché la consuetudine è elevata alla dignità di fonte della norma giuridica? Perché, dicono i giureconsulti, essa è “*iudicio populi comprobata*”, e come la **lex** ha il suo fondamento obbligatorio nella deliberazione del popolo, così il medesimo fondamento ha la consuetudine:

“*Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt... velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur*” (D. 1, 3, 35).

“*Immo magnae auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere*” (D. 1, 3, 36).

Il diritto romano privato (e pubblico) conosce pochissime leggi: esso è in gran parte consuetudinario: i giureconsulti romani hanno creato la scienza giuridica ricavando i principi dalla realtà della vita sociale: una volta ricavati i principi essi hanno costruito (per deduzione) la loro scienza.

2) La **lex**: «*lex est quod populus iubet atque constituit*» (Gaio 1, 3). Cioè: la legge è una deliberazione del popolo riunito nei comizi su proposta del magistrato (*legislator*).

Il fondamento obbligatorio della *lex* sta nella volontà del popolo che liberamente vi si assoggetta (votandola). “*Lex, – dice Papiniano – est commune praecipuum... communis rei publicae sponsio*” (D. 1, 3, 1); e Giuliano soggiunge: “*ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt*” (D. 1, 3, 32, 1).

3) **Plebiscitum** est quod plebs iubet atque constituit (Gaio, 1, 3). Il plebiscito è la deliberazione presa dalla plebe, su proposta di un magistrato plebeo, nei “*concilia plebis*”. Il plebiscito per lungo tempo ebbe efficacia giuridica solo per la plebe (come è logico dedurre dal fatto che fondamento della obbligatorietà della legge è la deliberazione presa dal popolo tutto): però una “*lex Hortensia*” del 286 a.C. equiparò i plebisciti alle leggi per cui furono tenuti ad osservare i plebisciti anche i non plebei.

Gaio 1, 3: “*Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur connumeratis et patriciis, plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur: unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent: itaque eo modo legibus exaequata sunt*”.

4) **Senatus consultum** est quod senatus iubet atque constituit; idque legis vicem obtinet... (Gaio, 1, 4).

#### 5) **Constitutio principis:**

“Est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit; nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat” (Gaio, 1.5).

#### 6) **Responsa prudentium:**

“Sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur” (Gaio, 1, 7).

I responsi dei giurisperiti avevano efficacia di legge quando erano emanati da giurisperiti forniti del c.d. “ius respondendi” che fu per primo concesso da Augusto (D. 1, 2, 2, 49).

Tutte queste sono le fonti di **ius civile**, cioè fonti di quel diritto “quod quisque populus ipse sibi ius constituit” (Gaio, 1, 1).

Non tutte queste fonti si ritrovano contemporaneamente nelle varie epoche storiche: ad es. nell’epoca risalente della repubblica troviamo la consuetudine, la lex, il plebiscitum; nella tarda repubblica si aggiunge il senatoconsulto, dall’inizio dell’impero abbiamo inoltre la “constitutio principis” e i “responsa prudentium”.

Questi concetti da noi esposti in ordine al ius civile si trovano anche in Cicerone: il ius civile è “aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt” (Top. 2, 9); emana dal popolo: “iussa populorum... quae vocantur iura civilia” (De leg. 1, 5, 17).

## II. – IUS GENTIUM

Dice Gaio, I, 1:

“Omnes populi, qui legibus et moribus, reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur... quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus, partim suo proprio partim communi omnium hominum iure utitur”.

E Cicerone (De officiis, 3, 17, 69):

“Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt: quod civile non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet”.

Al ius gentium vanno propriamente ascritti quei negozi giuridici comuni sia ai cives che ai peregrini. Nel mondo antico domina il principio della personalità del diritto: il diritto di ogni civitas, anche quello privato, vale solo per i cittadini di ogni singolo stato non per gli stranieri, i quali non possono validamente porre in essere i negozi riconosciuti dal ius della civitas (ius civile). Gli stranieri pertanto, i quali non fruissero del ius commercii in base a una reciproca concessione intervenuta fra Roma e le civitates cui gli stranieri appartenevano (concessioni divenute sempre più rare via via che Roma estendeva il suo dominio), non potevano servirsi nei loro rapporti con i cives dei negozi propri a questi ultimi: potevano soltanto porre in essere degli affari che si basavano sulla fides.

Questi negozi caratterizzati dalla mancanza del formalismo tipico per quelli del ius civile e impregnati dall'elemento etico della fides vennero poi a trovare tutela giuridica attraverso l'opera del pretore sulla base del suo imperium.

Nel 242 a.C. fu istituita una speciale magistratura, il praetor peregrinus qui inter cives et peregrinos ius dicit accanto al pretore qui inter cives ius dicit (praetor urbanus). Attraverso l'opera del pretore e l'influsso della consuetudine si venne ad affermare e consolidare un diritto privato romano regolante negozi che potevano validamente porsi in essere da stranieri e cittadini e dagli stranieri nei rapporti fra loro: esso costituì una branca del ius civile (in senso lato) da distinguersi rispetto a quei negozi che rimasero sempre accessibili ai soli cives (ius civile in senso stretto) quali la mancipatio, lo sponsio, l'istituzione di erede. Sono di ius gentium invece i c.d. contratti consensuali (compravendita, locazione, società, mandato).

### III. – IUS PRAETORIUM

“Ius praetorium est quod praetores introduxerunt iuris civilis vel adiuvandi, supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia”. La fonte di questo diritto pretorio è l'editto del magistrato (pretore, urbano e peregrino): il pretore in virtù del suo “imperium” può dare tutela giurisdizionale ad un rapporto che secondo il ius civile ne sarebbe sprovvisto: cioè può permettere in ordine a tale rapporto l'instaurazione di un processo; d'altro canto egli può negare tale tutela a rapporti che secondo il ius civile dovrebbero esserne forniti (rapporti riconosciuti da una norma di ius civile “... iuris civilis corrigendi gratia”).

Mediante l'editto il pretore pone il diritto a se stesso, non alla civitas, si impegna a seguire i principi esposti, ed è allora evidente che l'efficacia di queste norme dura quanto dura in carica il pretore che le ha emanate: però, di solito, esse vengono assunte come proprie dai pretori successivi.

La grande fonte del diritto pretorio è specialmente la formula processuale, come vedremo.

### Confronti.

Facciamo ora un confronto fra queste tre branche diverse di norme giuridiche: si potrebbero così riassumere gli elementi differenziatori:

a) nello stretto “ius civile” dominano i principi: 1) della **esclusività** (è applicabile solo ai “cives”, quindi non applicabile ai “peregrini”, tranne in certi casi di concessione dello “ius commercii”); 2) del **formalismo** (cioè i rapporti del ius civile sono costruiti mediante solennità formali orali o scritte dalle quali questi rapporti traggono la loro esistenza; es. per trasferire il dominio bisogna ricorrere alla “mancipatio”, solenne negozio di trasferimento delle res mancipi; per creare un’obbligazione bisogna ricorrere alla “sponsio”, solenne negozio con cui una parte, pronunciando parole determinate, si obbliga a fare una certa prestazione nei confronti di un’altra parte, e così via: i negozi dello “ius civile” sono appunto normalmente solenni, formali);

b) nel “ius gentium”, invece, dominano due principi opposti: 1) quello dell’applicabilità della norma anche a “peregrini”; 2) quello della non formalità dei negozi: i negozi di “ius gentium” sono privi di formalità, cioè vengono ad esistenza mediante la semplice dichiarazione della volontà dei privati: così ad es. i contratti consensuali (compravendita, locazioni, società, mandato) si concludono con il solo consenso senza che sia necessaria altresì una formalità per manifestarlo.

In questo senso va inteso D. 1, 1, 5 dove Ermogeniano (fine III secolo d.C.) dichiara che sono di ius gentium “emptiones, venditiones, locationes, conductiones” etc.

c) In ordine al diritto pretorio possiamo dire che esso è dominato da questi principi: gli istituti pretori mirano mediante finzioni (formule fittizie, v. oltre) a realizzare gli effetti del ius civile oltre i casi e le condizioni da esso richieste. Molte volte invece il Pretore ha riconosciuto istituti del tutto nuovi rispetto al ius civile. Infine importantissima funzione del Pretore è stata quella di eliminare le iniquità a cui in certi casi l’applicazione del ius civile avrebbe dato luogo (particolarmente servendosi del mezzo processuale dell’exceptio).

Vedremo come sta proprio qui la bellezza e la grandezza del diritto pretorio: nell’attuazione dell’“aequitas” sopra lo “strictum ius civile”.

Codesto fenomeno è particolarmente visibile nel campo dei diritti familiari e successori dove il pretore operò dando rilievo ai rapporti di parentela naturale in contrapposto a quelli agnatizi del diritto civile.

La consuetudine... “ius esse putatur id quod voluntate omnium, sine lege, vetustas comprobavit. In ea autem quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem. Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consueverunt” (De inv. 2, 22, 67).

## IUS NATURALE

Accanto al ius civile (in senso stretto), praetorium, gentium, le fonti romane pongono anche il “ius naturale”.

Ulpiano (D. 1, 1, 3) dice: “ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit”, e porta come esempio la procreazione ed educazione della prole; Paolo (D. 1, 1, 11) dice “id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale”; Gaio, infine (Ist. 1.1), parla di una “naturalis ratio” la quale detterebbe certi precetti fondamentali a tutti gli uomini; anzi è in questa “naturalis ratio” che Gaio vede il fondamento del ius gentium (“quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium”).

Uno studio accurato di questa dottrina del ius naturale (di cui ci dà una bella ed ampia trattazione Cicerone nel “De legibus”, I, II) porta a questi risultati: i giureconsulti romani considerano il ius naturale come il substrato etico delle norme di diritto positivo (civile, pretorio etc.). Diritto in senso tecnico è il diritto positivo (cioè quello che la civitas – societas – si è posta attraverso i suoi organi competenti): tuttavia, sottostante a questo diritto positivo, vi è quello naturale, cioè la norma etica nella mente e nella volontà dell’uomo. La struttura razionale dell’uomo è così fatta che in essa si trovano costituzionalmente inseriti i principi primi del conoscere e dell’operare. C’è, dice Cicerone, una lex inserita nella coscienza dell’uomo, che è anteriore ad ogni legge scritta: è questa la “**lex naturalis**” che indica necessariamente ed immediatamente a ogni uomo quello che bisogna fare (“Bonum est faciendum ac prosequendum”) e che non bisogna fare (“malum est vitandum”). È in questa “**lex naturalis**” interiore all’uomo e a lui essenziale che va ricercata la fonte prima di quelle norme che pone la civitas e che, pel fatto che sono poste, sono norme di diritto positivo.

Il diritto positivo, dunque, non deve discordare da quello naturale; anzi non deve esserne che una esplicazione ed uno sviluppo: la “lex naturalis” può considerarsi rispetto alla norma giuridica (positiva) come il germe in cui è in potenza contenuto ogni ulteriore sviluppo.

I precetti fondamentali del c.d. diritto naturale sono: “honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”, (D. 1, 1, 10, 1); essi coincidono con lo scopo della giustizia che sta nell’attribuire a ciascuno il suo “iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi” (D. 1, 1, 10 pr.).

La ragione poi della identità di struttura razionale nell’uomo e le naturali inclinazioni della mente all’essere e della volontà al bene (inclinazioni che non sono annullate, ma anzi confermate quando l’uomo anziché secondarlo liberamente, ad esso si oppone) sono da ricercare nell’unica “**Lex aeterna**” che è in Dio e dalla quale la lex naturalis deriva. Questa “lex aeterna” – che è legge di verità di giustizia e di bene e che è Dio stesso – è il modello sul quale l’uo-

mo è creato: ecco perché la *lex naturalis* insita nella costituzione stessa dell'uomo presenta questi caratteri di vero e di bene perché l'anima umana è in certo modo, una analogia, un riflesso della mente divina.

Abbiamo quindi:

a) **lex aeterna**, che è il principio fondamentale trascendente di ogni legge di verità e di giustizia, ed è Dio stesso;

b) **lex naturalis**, attuazione della *lex aeterna* nella creatura razionale (uomo);

c) **lex humana** – o diritto positivo – che è costituita dal complesso di norme poste dalla *civitas* e derivate dalla *lex naturalis*.

Questa dottrina di origine aristotelica, accolta e ampliata da Cicerone, ricevette nella "Summa" di S. Tommaso una sistemazione scientifica completa. San Tommaso ci offre un'analisi delicata e totale dei rapporti fra questi tre tipi di *lex* (I, IIae della "Summa", q. 90 e sgg.).

Riportiamo qualche testo del "De legibus".

In I, 5, 17, Cicerone dice che prima di trattare del diritto positivo ("ius civile" e "ius publicum") vuole trattare della fonte prima del diritto che si trova nell'anima dell'uomo: "Natura enim iuris explicanda nobis est eaque ab hominis repetenda natura".

In questa natura dell'uomo si trova una legge naturale: "lex est ratio summa insita in natura quae iubet ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria". È da questa *lex* che bisogna derivare il diritto: "a lege ducendum est iuris exordium: ea est enim naturae vis, ea mens ratioque prudentis: ea iuris atque iniuriae regula". Perciò:

"... constituendi vero iuris ab illa summa lege capiamus exordium, quae saeculis omnibus ante nata est quam scripta lex ulla aut quam omnino civitas constituta" (I, 6, 17-19).

Per dimostrare l'esistenza di questa legge inserita nell'uomo Cicerone comincia con l'affermare l'esistenza della "lex aeterna" – Dio – trascendente ogni legge naturale. Posta l'esistenza di Dio e la creazione dell'uomo, Cicerone passa ad una fine analisi della struttura razionale unitaria dell'uomo.

Ed è appunto in questa unità razionale dell'uomo – creato per la verità e per la giustizia – ("... nos ad iustitiam esse natos") che si fonda l'unità fontale del diritto: "... neque opinione sed natura constitutum esse ius".

Tutto il trattato ciceroniano è ricco di questa dottrina sana e luminosa che egli, del resto, deriva dalla filosofia platonica ed aristotelica e che non è ricostruzione arbitraria della mente, ma rilevazione riflessa e meditata della natura intrinseca dell'uomo.

È questa la "lex naturalis" di cui San Paolo dice (Rom. 2, 15) che è scritta nel cuore dell'uomo: "qui ostendunt opus legis scriptum in cordibus suis, testimonium reddente illis conscientia ipsorum".

Quanto abbiamo detto serve a risolvere chiaramente il problema dei rapporti fra diritto e morale.

Norma giuridica è quella positiva: norma etica è quella non positiva, ma solo dettata dalla coscienza morale dell'uomo: però la norma giuridica derivando da quella etica è essa stessa, sostanzialmente, norma etica: quindi obbliga non solo giuridicamente perché posta dalla civitas, ma anche eticamente, interiormente, perché riposa anche nella coscienza morale dell'uomo.

Possiamo riprendere l'immagine comune dei cerchi concentrici: la norma etica è il circolo più ampio rispetto a quello più ristretto della norma giuridica.

### III – INTERPRETAZIONE DELLA NORMA

Dopo aver visto quali siano le norme giuridiche diamo alcuni principi concernenti la loro interpretazione.

Premettiamo che interpretazione della norma significa quell'operazione logica mediante la quale arriviamo ad intendere precisamente quel che la legge prescrive, cioè arriviamo ad identificare la c.d. "mens legis".

Tale operazione logica, tale esame approfondito della norma giuridica (operazione, si badi bene che parte sempre dal significato letterale della norma stessa, il quale è il presupposto indispensabile per ogni interpretazione) viene condotta sulla scorta di vari criteri. Ed è appunto a seconda dei vari criteri seguiti nell'esame della norma che si hanno le differenti forme di interpretazione, di cui elencheremo le principali.

Cerchiamo dunque, a questo scopo, di risolvere l'importantissimo problema: come deve essere interpretata la norma giuridica?

Possiamo avere:

a) **una interpretazione letterale**, che ha lo scopo di rendere chiaro il significato oscuro ed ambiguo della norma, oppure di meglio dichiarare la volontà della norma stessa, già chiaramente espressa nella sua formulazione;

b) **una interpretazione logica**:

"Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem" (D. 1, 3, 17); "incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere" (D. 1, 3, 24).

In questo esame logico, che si rende indispensabile quando l'interpretazione letterale non dia un senso chiaro e verosimile, occorre aver riguardo alla coerenza tra le varie disposizioni della essa legge e le anteriori, e bisogna tener presente lo scopo propositosi dal legislatore, la "ratio legis" dei Romani.

Quando l'interpretazione logica arrivi a correggere addirittura l'inesatta espressione della norma può essere: estensiva o restrittiva.

c) **una interpretazione usuale**:

“Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo” (D. 1, 3, 37).

“Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere” (D. 1, 3, 38, v. 39).

d) **interpretazione autentica**, quando una legge nuova interpreta la legge precedente;

e) **interpretazione analogica**, quando la norma introdotta in vista di un certo rapporto viene estesa a rapporti analoghi:

“non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praest ad similia procedere atque ita ius dicere debet” (D. 1, 3, 12; D. 1, 3, 13 etc.).

L'interpretazione analogica esamina e ricerca non già il pensiero espresso, ma il pensiero implicito nella norma e nella legge. Così che, per mezzo dell'analogia, arriviamo, grazie alla logica del diritto, a colmare le c.d. **lacune della legge** ricorrendo ai principi generali informatori di una serie di norme o di un intero sistema legislativo. Infatti per analogia possiamo dedurre da tali principi generali la regola con cui il legislatore avrebbe disciplinato la fattispecie non prevista; possiamo cioè integrare la lacuna.

Non sono suscettibili di interpretazione analogica le norme di diritto singolare: “ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem... introductum est” (D. 1, 3, 16); “quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias” (D. 1, 3, 14). E Giuliano: “In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris” (D. eod. 15).

Quindi, nei casi del “ius singulare”, non si può dedurre per analogia la presumibile volontà del legislatore e applicarla alla specie non prevista in istituti affini.

Avvertiamo infine che l'interpretazione del diritto giustiniano presenta particolari difficoltà per la speciale formazione della legislazione di Giustiniano e per il modo con cui ci venne trasmessa: così che vi è bisogno di una “duplex interpretatio”.

Resterebbero da esporre i principi circa la efficacia e i limiti di applicazione della norma giuridica nel tempo e nello spazio: ma rinviemo per questo ai manuali comuni.

# LA PERSONALITÀ GIURIDICA

## I. PERSONALITÀ GIURIDICA O CAPACITÀ DI DIRITTO

La personalità giuridica o capacità di diritto è l'attitudine ad essere titolare di diritti e di obblighi e, quindi, ad essere titolare di un patrimonio che è la risultante unitaria dei diritti e degli obblighi di cui una persona è titolare.

Cotesta personalità giuridica è a Roma indicata col termine "caput" ed è pienamente riconosciuta soltanto al "pater familias".

Occorre avvertire che i Romani distinguevano la capacità di diritto riguardo ai diritti familiari e riguardo ai diritti patrimoniali. Essi infatti designavano la prima col termine "connubium" o "ius connubii"; e la seconda col termine "commercium" o "ius commercii".

La personalità giuridica (o "caput") è la risultante di tre status: a) status libertatis; b) status civitatis; c) status familiae.

### A) STATUS LIBERTATIS

Lo "status libertatis" è dato dalla qualità di libero in contrapposto a quello di schiavo. Quindi i "servi" non hanno capacità di diritto e non possono mai essere titolari di rapporti giuridici propri. Lo schiavo non ha dunque né "commercium", né "connubium": esso non è soggetto, ma oggetto di diritti.

In conseguenza lo schiavo non può essere titolare di rapporti familiari: presso i "servi" non esiste il matrimonio, e l'unione stabile e la convivenza coniugale fra schiavi si chiama "contubernium". Questa condizione dei non liberi in ordine alla personalità giuridica è espressa in D. 28.1.20.7, ove è scritto: "servus iuris civilis communionem non habeat in totum".

In progresso di tempo, la personalità dello schiavo fu in un certo modo riconosciuta, rispetto a norme sociali diverse dal diritto (ordine religioso, "mores" che permettevano al servo la proprietà del proprio peculio): ma la sua po-

sizione giuridica rimase sostanzialmente immutata, affermandosi sempre il fondamentale principio della sua assoluta incapacità giuridica.

Pur mantenendo fermo il principio che lo schiavo non può esser soggetto di diritti i Romani per ragioni essenzialmente pratiche riconobbero allo stesso una limitata capacità di porre in essere negozi giuridici (capacità di agire). Il limite fondamentale posto in proposito dal *ius civile* è che lo schiavo può porre in essere validamente i negozi se ed in quanto dagli stessi derivi un acquisto (di un diritto reale, di un credito), acquisto che opera a favore del *paterfamilias* in quanto è lui, e non lo schiavo che diventa proprietario, creditore ecc.

Inefficace è invece il negozio fatto dallo schiavo in quanto dallo stesso derivi una perdita, un debito. Così mentre lo schiavo può validamente tramite ad es. una *stipulatio* farsi promettere una prestazione acquistando al suo padrone il credito che ne sorge (Gaio 2, 87), nulla è invece la *stipulatio* in cui lo schiavo assuma l'obbligo a una prestazione (Gaio 3, 104). Questi principi del *ius civile* sono stati modificati in parte dal pretore che in determinati casi ha riconosciuto l'efficacia di obblighi assuntisi dallo schiavo, rendendone responsabile il padrone (*actiones adiecticiae qualitatis*).

Lo schiavo poi non può stare in giudizio né come attore né come convenuto.

## B) STATUS CIVITATIS

Lo “*status civitatis*” è dato dalla qualità di “*civis*” in contrapposto a “*peregrinus*”. Quest'ultimo, cioè lo straniero, era libero di fare ciò che volesse, ma non aveva tutela giuridica.

I “*peregrini*” dunque non hanno, in via di principio, secondo il “*ius civile*”, la personalità giuridica: però può ad essi venire limitatamente riconosciuta mediante la concessione del c.d. “*ius commercii*”, cioè diritto di concludere validamente a Roma negozi del *ius civile*: es. *mancipatio* etc. Ciò fu il risultato dell'incremento degli scambi commerciali e della generale evoluzione dei rapporti civili.

I “*peregrini*” inoltre sono considerati capaci – fino dai tempi delle guerre puniche – per tutti i rapporti di “*ius gentium*”, e sono giudicati da un magistrato apposito, il “*praetor peregrinus*”, il quale, in forza del suo “*ius honorarium*”, accorda tutela giurisdizionale anche ai rapporti conclusi da stranieri (fra di loro e con cittadini romani).

La cittadinanza è quindi un requisito essenziale della piena personalità giuridica al pari della libertà: essa si perde per deportazione e, in antico, per la “*aqua et igni interdictio*”. Quanto ai “*peregrini*”, la capacità giuridica viene dunque riconosciuta loro solo parzialmente, nei modi indicati, e soprattutto per mezzo del “*praetor peregrinus*”.

## C) STATUS FAMILIAE

Lo “status familiae” risulta dalla qualità di membro di una famiglia – in contrapposto a coloro che a tale famiglia sono estranei. Esso indica perciò il far parte di una “familia”, sia essa “proprio iure” o “communi iure”; (cioè hanno lo “status familiae” non soltanto coloro che attualmente formano una famiglia, ma anche tutti coloro che avrebbero a loro volta costituita una stessa famiglia se non fosse morto il “paterfamilias”).

Lo “status familiae” spetta perciò ai membri liberi di una famiglia che possono essere o “sui iuris” (il “paterfamilias”) o “alieni iuris”, cioè tutti gli altri membri che sono soggetti alla potestà del “paterfamilias” stesso.

In ordine allo “status familiae”, considerato requisito essenziale assieme allo “status libertatis” o allo “status civitatis” della capacità di diritto, dobbiamo ora particolarmente considerare la posizione piuttosto irregolare in cui si trovano in Diritto Romano i “filii familias” (cioè gli “alieni iuris”).

Infatti essi non possono essere titolari di diritti propri e, quindi, di un proprio patrimonio: tutto quello che acquistano, essi lo acquistano immediatamente al loro “paterfamilias” (nella famiglia infatti non può esservi che un solo patrimonio, quello del “pater”).

Sotto questo aspetto si trovano nelle stesse condizioni dei servi, i quali sono essi pure organi di acquisto per il “dominus”. Tuttavia si può dire che anche ai figli è riconosciuta la personalità giuridica: infatti essi – almeno sullo scorcio della repubblica – possono validamente obbligarsi secondo il “ius civile” (possono ad es. concludere una valida “stipulatio” etc.). Solo però è da osservare che tale obbligazione valida non può sortire effetti pratici – cioè non potrà il creditore chiederne efficacemente l’adempimento – se non nel caso che il “filius” diventi “**sui iuris**”. Prima di questo momento il “filius” non può avere patrimonio proprio e, quindi, non può soddisfare il suo debito.

Per la stessa ragione per cui il “filius” può contrarre validamente una obbligazione, così egli può concludere una “litis contestatio”, cioè essere parte (attore o convenuto) in un processo.

Una prova decisiva (se ce ne fosse bisogno) della personalità giuridica del “filius” si ha nel contenuto del S.C. Macedoniano (emanato sotto Vespasiano), il quale dispose che non venissero fatti mutui ai figli di famiglia: se nonostante codesto divieto i mutui fossero stati fatti, ai creditori che avessero voluto agire contro i figli divenuti “**sui iuris**” il pretore avrebbe negato l’azione:

“... , ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen (credito) exspectata patris morte fieri” (D. 14, 6, 1 pr.).

Dall'esistenza del S.C. Macedoniano possono trarsi tre argomenti in ordine alla personalità giuridica del "filius":

- 1) il "filius" possiede tale personalità e può quindi validamente obbligarsi;
- 2) tale obbligazione diventava praticamente esigibile solo quando il "filius" diventava "sui iuris" ("expectata patris morte");
- 3) relativamente ai mutui; però il S.C. Macedoniano delude le aspettative dei creditori (per ragioni di natura morale) negando loro l'azione contro i figli mutuatari diventati "sui iuris".

Ancora in ordine alla personalità giuridica dei "filii familias" è da tenere presente un altro istituto che dà a codesta personalità pienezza di risalto: "il peculium castrense".

Il peculium castrense è:

"quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est vel quod ipse filius familias in militia adquisiit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset" (D. 49, 17, 11).

Ora il peculio castrense viene considerato come patrimonio, di cui il figlio è titolare, – come se fosse "paterfamilias" – e del quale egli può disporre liberamente (tanto con negozi "inter vivos" che mediante testamento: "...filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur" (D. 14, 6, 2). Però se il figlio morisse senza aver disposto per testamento del suo peculio allora il peculio ritorna "iure peculii" al "paterfamilias": cioè questo patrimonio castrense del figlio viene considerato come un peculio normale (parte del patrimonio paterno che il padre dava in amministrazione ai figli o ai servi) e, quindi, come patrimonio del padre. Ciò dimostra che anche durante la vita del figlio gravava sul peculio castrense la titolarità quiescente del "pater": venuto meno l'ostacolo che impediva a questa titolarità di manifestarsi – il potere di disporre del figlio – essa esplica ora pieno effetto.

Alla luce di questi principi si capiscono le decisioni contenute in alcuni testi.

D. 49, 17, 2: "Si filius familias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur".

D. 49, 17, 15, 1: "Si stipulanti filio (pater) spondeat, si quidem ex causa peculii castrensis, tenebit stipulatio; ceterum ex qualibet alia causa non tenebit".

Interessante anche in ordine alla capacità del figlio – in diritto classico – ad obbligarsi è Cicerone Phil. 2, 18, 46: risulta ivi che il giovane Curio (figlio) aveva garantito Antonio per 60.000 sesterzi. Curio cerca protezione presso Cicerone affinché questi persuada il padre a pagare. "Patri persuasi – dice Cicerone – ut aes alienum filii dissolveret, redimeret adulescentum".

Sembra dunque potersi argomentare da questo passo che i creditori di Antonio avrebbero dovuto rivolgersi contro il figlio garante anche con l'actio iudicati (che aveva per effetto di ridurre in prigionia del creditore il debitore inadempiente).

Come risulta dal testo precedente (D. 49, 17, 15, 1) un rapporto obbligatorio tra padre e figlio – nel caso particolare, nascente da stipulazione – è giuridicamente impossibile: esso è possibile solo quando avviene nell'ambito del peculio castrense: solo in questo caso il figlio è considerato come "pater" e può, perciò, come tale, stringere un rapporto giuridico col suo "paterfamilias".

Questo in ordine alla capacità del figlio (capacità che si riflette nei suoi rapporti specialmente obbligatori col padre).

Esaminati così i tre requisiti essenziali della personalità giuridica, passiamo ora alla capacità di diritto delle cosiddette "**persone giuridiche**".

## I. – LA PERSONA GIURIDICA

Premettiamo che soggetto di diritti può essere oltre l'uomo considerato individualmente, anche un'associazione d'uomini – intesa come ente o persona a sé e resa indipendente dalle singole volontà che la costituiscono. Tale ente appunto, fornito di personalità giuridica in quanto soggetto di diritto, costituisce la "**persona giuridica**" – così chiamata in contrapposto alla "**persona fisica**", cioè l'uomo-individuo.

Nell'istituto più vasto della persona giuridica sono compresi a loro volta due differenti istituti che presentano però tra loro notevolissime analogie: quello delle "corporazioni" e quello delle "fondazioni".

Le corporazioni (dette dai commentatori medievali "universitates personarum" con locuzione tecnica, per distinguerle dalle altre "universitates") erano enti particolari, collettività di persone riunite in vista di uno scopo di bene comune. Esse furono designate dai Romani coi termini più svariati: "societates", "ordines", "sodalicia", e infine "collegia", che è il termine più frequente: i membri si chiamarono "socii" o "sodales".

A questi enti fu riconosciuta la personalità giuridica mediante concessione fattane dalla "civitas" (con leggi, senato-consulti, costituzioni imperiali). Quando questa concessione sia avvenuta, allora il collegium ha un proprio "corpus" (che corrisponde al "caput", cioè ha una personalità giuridica propria distinta da quella dei suoi membri).

Da ciò deriva:

a) che il "collegium" può essere titolare di rapporti giuridici propri e può, quindi, avere un proprio patrimonio;

b) che il "collegium" avrà organi propri mediante i quali "tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat" (D. 3, 4, 1, 1).

Tuttavia la personalità giuridica delle corporazioni – che nei rapporti con gli estranei data soltanto dall’epoca imperiale – non fu mai completa, essa andò sempre integrandosi, senza raggiungere mai la completezza.

Comunque il principio universale della capacità riconosciuta alle “universitates personarum” è che diritti ed obblighi si riferiscono alla corporazione come ente a sè, unitario, tralasciando del tutto le singole individualità dei membri.

Dopo quanto abbiamo detto si comprenderanno i seguenti testi:

D. 3, 4, 7, 1: “Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent”.

D. 3, 4, 1 pr.: “Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur”.

D. 3, 4, 1, 1: “Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive... proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem... per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat”.

Istituto parallelo alla corporazione è la **fondazione**, cioè il patrimonio destinato ad uno scopo di bene pubblico. Nell’epoca postclassica a queste fondazioni (dovute soprattutto all’influenza cristiana) venne riconosciuta la personalità giuridica, analogamente a quanto era stato fatto per le corporazioni. Le fondazioni ebbero in questo campo scopi essenzialmente benefici, donde il nome di “**piae causae**”. Tuttavia esse sono ancora molto lontane dai caratteri delle fondazioni moderne.

La personalità giuridica è suscettibile di estinzione: e precisamente essa si estingue quando venga a mancare uno dei suoi requisiti essenziali.

Le cause di estinzione della personalità sono: la morte e la c.d. “**capitis deminutio**”.

La morte estingue la personalità in quanto essa costituisce la perdita del requisito naturale della personalità stessa: cioè l’esistenza.

Quanto alla “capitis deminutio”, essa estingue la capacità di diritto in quanto produce la perdita dei requisiti essenziali civili (libertà, cittadinanza, famiglia).

La “capitis deminutio” si distingue in:

- “maxima” (perdita dello “status libertatis”);
- “media” (perdita dello “status civitatis”);
- “minima” (perdita dello “status familiae”).

È da notare che la “maxima” e la “media”, in antitesi alla “minima”, prendono il nome comune di “capitis deminutio magna”.

Accenniamo infine a un’importante istituzione di diritto singolare: il “**ius postliminii**”, per il quale si stabiliva che il cittadino caduto prigioniero, una volta tornato in patria, dovesse senz’altro essere reintegrato in tutti i suoi diritti. A questo scopo i rapporti giuridici di cui il prigioniero era titolare rima-

nevano sospesi durante il tempo della sua prigionia: facevano a ciò eccezione quei rapporti – come il matrimonio e il possesso – per l'esistenza dei quali era richiesto uno stato di fatto.

Cerchiamo ora di concludere quanto abbiamo detto intorno alla teoria della capacità di diritto, tenendo presenti gli sviluppi della capacità stessa nel diritto post-classico e giustiniano.

Un rapporto giuridico, nel diritto classico, può essere concluso fra due (“*pater familiarum*”): la stessa condizione del figlio dimostra che la personalità giuridica gli è riconosciuta solo in quanto possa comportarsi come padre (nel caso del *peculio castrense*) o solo in vista della sua futura qualità di padre (“*morte patris exspectata*”).

Nel diritto posteriore e poi, infine, in quello giustiniano viene al figlio riconosciuta sempre più nettamente la personalità giuridica: viene così ad essere creata la figura del *peculio quasi castrense* (beni acquistati in occasione di impieghi etc.) e viene sottoposto alla medesima disciplina il *peculium c.d. “adventicium”* (es. beni ereditari della madre: *bona materna*; beni provenienti dagli ascendenti materni: *bona materni generis*; ogni altro bene pervenuto al figlio per l'altrui liberalità o il proprio lavoro).

Rimane infine stabilito che gli schiavi non hanno assolutamente capacità giuridica; che l'hanno, sia pure parzialmente, gli stranieri, e che essa è quasi completamente riconosciuta alle “persone giuridiche”.

Nel diritto moderno e più precisamente in quello privato la rilevanza dei tre status agli effetti della capacità giuridica è in linea di massima completamente scomparso: onde può affermarsi che essa coincide con la qualità di uomo.

## II. – CAPACITÀ DI AGIRE

La capacità giuridica – di cui abbiamo trattato nel precedente capitolo – deve essere nettamente distinta dalla capacità di agire. Allo scopo di evitare confusioni tra i due concetti, stabiliamo che “capacità di agire” è la capacità di una persona a regolare da sé i propri interessi e, quindi, a compiere negozi giuridici.

L'ordinamento giuridico determina, in base a criteri oggettivi, quali sono i requisiti della capacità di agire.

Non possiamo, dato il carattere istituzionale di questo corso, soffermarci su questo argomento (per lo sviluppo del quale rimandiamo alle trattazioni comuni), ma si tenga in ogni modo presente quanto segue.

In diritto classico non hanno capacità di agire:

1) Gli *impuberi* – almeno nei limiti in cui si renderebbe deteriore il loro patrimonio – maschi di età inferiore ai 14 anni e – entro certi limiti – le donne. Gli uni e le altre, quando siano “*sui iuris*”, sono soggetti a tutela. Il tutore, appunto, ha per funzione precipua, come vedremo, quella di integrare la deficiente capacità di agire di coloro che erano soggetti alla sua tutela;

2) i maggiori di 25 anni sui iuris che siano infermi di mente (*furiosus*, interdetto). Costoro erano soggetti alla cura di un “curatore” (istituto parallelo alla tutela);

3) i minori “sui iuris” di 25 anni – maggiori di 14 e, quindi, usciti di tutela – i quali dopo la *lex Laetoria*, compivano i loro negozi assistiti da un curatore (vedremo più oltre il contenuto della “cura minoris”).

Si tratta, in tutte queste ipotesi, di persone fornite di capacità giuridica (*impubere* “sui iuris”, donna “sui iuris”, “*furiosus sui iuris*”, minori di 25 anni “sui iuris”) ma aventi una deficiente capacità di agire.

L'intervento del tutore o del curatore in questi casi fa sì che i negozi giuridici conclusi da questi incapaci abbiano piena validità e producano, perciò, pienezza di effetti. Cioè, nonostante l'intervento del tutore e del curatore il negozio va considerato come compiuto direttamente e totalmente dal pupillo (donna, minore).

Concludendo, quindi, occorre tener presente la notevole differenza che passa tra i due concetti di **capacità di diritto** e **capacità di agire**. Non tutti coloro che hanno la capacità giuridica sono anche capaci di compiere negozi giuridicamente rilevanti, in diritto romano almeno, pur avendo alcuno la capacità di agire, sia pure limitata (tale è il caso dello schiavo) può non essere soggetto di diritti.

### III. – LA RAPPRESENTANZA

Dobbiamo ora accennare brevemente ad un importante problema che si presenta nella vita giuridica: quello della **rappresentanza**.

Cioè potrebbe una persona compiere negozi i cui effetti ricadessero immediatamente in capo ad un altro, come se fossero stati compiuti da quest'ultimo (fenomeno appunto della rappresentanza)?

È il rappresentante che esprime come propria la dichiarazione negoziale (altrimenti se trasmettesse soltanto la dichiarazione altrui non avremmo un rappresentante ma un *nuncius*). Il rappresentante emette una propria dichiarazione, i cui giuridici effetti si ripercuotono non su di lui ma sul rappresentato: egli agisce in nome e per conto altrui. Impropriamente di rappresentanza, c.d. rappresentanza indiretta, si parla allorché alcuno agisce in nome proprio nell'altrui interesse. In tal caso gli effetti del negozio ricadono direttamente su colui che agisce: occorrerà un altro negozio perché gli effetti siano trasmessi in capo all'interessato. Ciò si verifica nel caso della gestione del tutore romano sul quale allorché gestisce gli affari della tutela ricadono direttamente gli effetti dei negozi che egli pone in essere nell'interesse del pupillo (è egli che diviene proprietario, creditore, debitore) salvo un posteriore rendimento di conti fra lui e il soggetto alla tutela.

In linea di massima il diritto romano, a differenza del moderno, non ammette la rappresentanza.

Tuttavia – se anche, in linea di principio, non si può parlare di rappresentanza civilmente riconosciuta – il diritto romano classico ammise forme larvate di rappresentanza. Si conoscono infatti numerosi casi in cui, in conseguenza di negozi compiuti da “alieni iuris” o da liberi estranei, si ha un’obbligazione giuridicamente rilevante per il rispettivo rappresentante.

Tali casi costituiscono la c.d. “**rappresentanza pretoria**” della quale appunto dobbiamo occuparci rapidamente in questo capitolo, e che è così chiamata in forza del “ius honorarium” che l’ha riconosciuta, quasi in contraddizione col diritto civile. Del resto per tutto quello che riguarda il complicato meccanismo mediante cui essa si attua, rimandiamo all’analisi dei rapporti giuridici processuali (vedere più oltre).

La rappresentanza pretoria può essere concessa per negozi compiuti da “alieni iuris” (schiavi e figli) e per negozi compiuti da “extraneae personae” (persone straniere alla famiglia del “pater” da esso rappresentato).

Riguardo alla prima ipotesi – negozi compiuti da “alieni iuris” – vale il principio generale secondo cui i soggetti a potestà acquistano necessariamente i crediti al loro “pater” o “dominus” in forza dell’ordinamento familiare; mentre, in ordine ai debiti, non possono obbligare coi loro negozi il “pater” o “dominus”, tranne in alcuni casi determinati.

E questi ricorrono:

- a) in caso di concessione di un “peculium” da parte del padre al figlio e del “dominus” al servo;
- b) in caso di “iussum” del “dominus” e del padre al servo o al figlio a compiere un determinato negozio con un terzo;
- c) in caso di “praepositio” del servo o del figlio alla direzione di un’azienda terrestre (il preposto si diceva “institor”);
- d) in caso di “praepositio” del servo o del figlio alla direzione di un’azienda marittima (il preposto si diceva “exercitor”);
- e) in caso di negozi che gli “alieni iuris” hanno compiuto anche senza autorizzazione del loro rispettivo “dominus” o padre quando da questi negozi sia derivato un effettivo arricchimento nel patrimonio paterno o padronale.

In tutti questi casi, nonostante si tratti di negozi conclusi fra “alieni iuris” e terzi, e nonostante quindi che i rapporti giuridici correlativi siano sorti fra le parti che hanno concluso il negozio, tuttavia il pretore – non quindi il diritto civile – dà azione ai terzi contro il padre o il padrone rappresentati (c.d. responsabilità adiettizia).

Le azioni concesse in questi casi dal pretore sono le c.d. “actiones adiecticiae qualitatis” e più precisamente:

- a) actio quod iussu;
- b) actio exercitoria;
- c) actio institoria;
- d) actio tributaria;

e) actio de peculio;

f) actio de in rem verso.

Si può anche avere una rappresentanza per negozi compiuti da “extraneae personae”, cioè da “liberae personae quae nostro iuri subiectae non sunt”.

Tale rappresentanza ricorre nel caso che degli estranei siano stati preposti come “institores” o “exercitores” (e avremo allora la concessione da parte del pretore di “actiones institoriae” o “exercitoriae” contro i rappresentati).

### **Conclusioni.**

Da quanto abbiamo detto intorno alla personalità giuridica, alla capacità di agire, e alla rappresentanza, siamo in grado di distinguere e fissare definitivamente questi tre concetti:

a) **personalità giuridica**, o capacità giuridica, o capacità di diritto, è la capacità ad essere soggetti di rapporti giuridici. Essa spetta al “sui iuris” (in origine il padre). Entro certi limiti essa è riconosciuta anche alle corporazioni e, nel diritto più tardo, anche alle fondazioni;

b) **capacità di agire**, è la capacità di compiere validamente da se stessi i negozi giuridici, i quali sono la fonte precipua da cui derivano i rapporti giuridici. Non ogni persona avente capacità giuridica ha anche piena capacità di agire: vi sono, infatti, casi di assoluta mancanza o di deficienza di tale capacità (es. pupilli, donne minori). In tali casi si provvede mediante istituti adeguati (tutela, cura) a surrogare o ad integrare codesta deficiente capacità di agire. Ma anche in questi casi di intervento del tutore o del curatore autore del negozio è sempre il pupillo; la donna etc.

c) **rappresentanza pretoria** si ha nei casi di negozi compiuti da “alieni iuris” (o anche estranei), che producono effetti giuridici in capo al “dominus”, o al padre, o comunque al rappresentato: essa si ottiene mediante l'intervento del pretore che sovrappone il suo “imperium” al diritto civile.

## PRINCIPII GENERALI RELATIVI AI RAPPORTI GIURIDICI

### I

Torniamo nuovamente al concetto di “paterfamilias” (caput) e domandiamoci: quali sono i rapporti giuridici che possono fare capo ad un “paterfamilias” (cioè di cui il “paterfamilias” può essere titolare)?

Uno sguardo, a grandi linee, alla situazione giuridica in cui può trovarsi un “paterfamilias” ci mostra come accentrati in lui i seguenti fondamentali rapporti giuridici:

1) **rapporti familiari o potestativi** che dir si voglia, che hanno per contenuto una “**potestas**”: più precisamente una “patria potestas”, “dominica potestas”, “manus”, mancipium, tutela, cura, patronato. Rapporti cioè in conseguenza dei quali il “paterfamilias” esercita una “potestas” (più o meno piena) sopra persone determinate;

2) **rapporti di diritto reale** che hanno per contenuto una signoria sopra una cosa: es. “dominium” (proprietà), servitù, usufrutto etc. e paralleli rapporti di fatto (possesso etc.);

3) **rapporti di obbligazione** che hanno per contenuto il diritto ad una prestazione in confronto di una (o più) persona determinata; o, viceversa, che hanno per contenuto l’obbligo ad una prestazione in confronto di una (o più) persona determinata;

4) **rapporti processuali** che hanno per contenuto l’assoggettamento delle parti in lite alla decisione dell’arbitro scelto dalle parti stesse o autorizzato a decidere (con “sententia”) dal magistrato (pretore), il quale appunto a questo scopo emette lo “iussum iudicandi”;

5) **rapporti ereditari** che hanno per contenuto il subentrare di una persona (erede) nella posizione giuridica, cioè nel “locus” di un’altra (defunto o “capite deminutus”, nelle tre forme di “capitis deminutio”: “maxima, media, minima”).

Queste sono le classi fondamentali di rapporti che possono fare capo ad un “paterfamilias”.

Nell'interno di ciascuna classe poi questi rapporti si ramificano; es. nell'interno della classe dei rapporti familiari sono compresi:

- a) rapporti di "patria potestas";
- b) rapporti di "dominica potestas";
- c) rapporti di "manus";
- d) rapporti di mancipio;
- e) rapporti di tutela;
- f) rapporti di cura;
- g) rapporti di patronato;

tutti accumulati dall'elemento "potestas" che si trova – più o meno accentuato – in tutti.

Così nell'interno della classe dei rapporti obbligatori abbiamo una ramificazione ampia di rapporti causata fra l'altro dalla fonte diversa da cui i rapporti possono nascere (contratto, delitto etc.). E così dicasi per le altre classi.

## II

Ora per ciascun rapporto si pongono i seguenti problemi:

1) **individuare la natura** (potestativa, obbligatoria, reale, processuale, ereditaria);

2) **individuare la fonte**;

3) **determinare gli effetti**.

Ogni rapporto suppone una causa determinata che lo genera: e questa causa può essere:

a) un **fatto giuridico**, cioè un evento della natura che produce effetti giuridici (fa sorgere un rapporto giuridico). Es. la nascita da un matrimonio "iustum" è causa del rapporto di "patria potestas", l'alluvione è fonte di proprietà etc.;

b) un **atto giuridico**, che può essere **lecito** o **illecito**: es. un contratto genera obbligazioni; una "mancipatio" genera "dominium" etc.; un testamento genera la chiamata alla eredità; l'"adoptio" o l'"adrogatio" generano il rapporto di "patria potestas"; la "manumissio" il rapporto di patronato etc.; allo stesso modo un atto illecito ("delictum") genera una obbligazione.

L'atto giuridico lecito che genera uno dei rapporti indicati si chiama anche "**negozio giuridico**". A questo proposito giova accennare alla teoria del "negozio giuridico".

Quanto agli effetti del rapporto giuridico essi possono essere:

- a) attivi;
- b) passivi.

Attivi sono:

1) per i rapporti familiari (potestativi) la "potestas" – più o meno piena – che si esercita sopra coloro che sono ad essa soggetti ("alieni iuris", soggetti a tutela o cura, liberti);

2) per i rapporti obbligatori il potere (diritto subbietivo) di richiedere una certa prestazione da una persona (o più) determinata;

3) per i rapporti reali il diritto di godere e di disporre di una cosa sopra la quale si ha la signoria (piena o limitata);

4) per i rapporti processuali il potere di richiedere (in caso di sentenza favorevole) l'adempimento della "obligatio iudicati";

5) per i rapporti ereditari il potere (diritto subbietivo) di succedere al defunto, alla eredità del quale si è stati chiamati.

Gli effetti passivi, in contrapposto, sono:

1) assoggettamento – di vario grado e di vario effetto – alla "potestas" del "pater" ("dominus", tutore, curatore, patrono);

2) obbligo alla prestazione;

3) esclusione per tutti i consociati dal godimento e dalla disposizione della cosa;

4) obbligo di adempiere (in caso di sentenza sfavorevole) la "obligatio iudicati";

5) esclusione di tutti i consociati (che non vi abbiano titolo) dall'eredità.

## DOTTRINA DEL NEGOZIO GIURIDICO

Occorre dare brevi nozioni intorno alla dottrina del negozio giuridico che è una delle costruzioni più belle della letteratura giuridica moderna (v. in specie le Istituzioni di Diritto Romano del Betti).

Ogni negozio giuridico, cioè, va analizzato nei suoi elementi essenziali, accidentali e naturali.

Sono elementi **essenziali**, come dice la parola stessa, quegli elementi senza i quali il negozio non esiste, perché essi appunto ne costituiscono la essenza. Es.: in un negozio formale è elemento essenziale la forma.

Tali elementi si possono in generale ridurre così:

1) la capacità giuridica delle parti;

2) lo scopo giuridicamente rilevante (causa);

3) la manifestazione della volontà (dichiarazione).

Sono elementi **naturali** quelli che corrispondono alla natura stessa del negozio, sono cioè conformi alla sua indole, sicché vengono presupposti dall'ordinamento giuridico e sottintesi anche quando le parti non li abbiano esplicitamente voluti: es. nella compravendita la garanzia per evizione. La differenza tra questi elementi e gli essenziali sta principalmente nel fatto che mentre questi ultimi non possono assolutamente essere eliminati dalle parti, gli elementi naturali possono invece essere eliminati, senza per questo eliminare la essenza del negozio.

Sono **accidentali** quegli elementi che in un negozio possono mancare senza impedirne la esistenza e che nel negozio sono introdotti solo in base alla volontà delle parti. Essi sono la **condizione**, il **termine** ed il **modo**.

**Condizione** è l'evento futuro ed incerto dal quale dipende l'esistenza (condizione sospensiva) o la risoluzione (condizione risolutiva) del negozio.

In diritto romano è ammessa soltanto la condizione sospensiva: non è ammessa invece la condizione risolutiva, tuttavia si riesce a ottenere gli effetti pratici indirettamente.

Il **termine** è l'epoca dalla quale il negozio (già esistente) inizierà i suoi effetti (termine sospensivo). La differenza tra termine e condizione consiste in ciò: che mentre la condizione (sospensiva) sospende l'esistenza stessa del negozio, il termine (sospensivo) ne sospende solamente gli effetti.

Il **modo** è una clausola che può essere inserita nei negozi giuridici bilaterali a titolo gratuito (es.: donazione), con cui una parte impone all'altra l'adempimento di un onere determinato (c.d. donazione modale).

Esempi:

- Termine sospensivo: promessa di cento per il 15 novembre.
- Termine risolutivo: la proprietà si considera come non trasferita a datare da una certa epoca. Però questo termine, si ricordi, non era ammesso in diritto romano.
- Condizione sospensiva: promessa di cento se la nave verrà dall'Asia.
- Condizione risolutiva: il venditore consegna la cosa venduta al compratore con questo patto: che la vendita si consideri come non avvenuta se entro un certo periodo di tempo si presenterà un migliore offerente ("in diem addictio"). E allora presentandosi questo migliore offerente, la compravendita si risolve automaticamente? **Nel diritto romano, che non ammette la condizione risolutiva, la compravendita ormai conclusa non si risolve:** solo nasce nel compratore l'obbligo a ritrasferire al venditore il fondo comprato.

Quanto ai suoi effetti, il negozio può essere valido o nullo: valido quando il negozio è stato concluso senza deficienza di alcuno dei suoi elementi essenziali, nullo quando invece cotesta deficienza vi sia: essa può essere causata:

- a) da **errore ostativo** cioè da un errore che esclude l'esistenza della volontà (come ad esempio l'errore che cade sullo scopo del negozio, o, in certi casi, sulla persona stessa cui la dichiarazione è rivolta);
- b) da **violenza assoluta**, che esclude essa pure l'esistenza della volontà, quando si sia materialmente costretti ad emettere la dichiarazione;
- c) dalla **manca di un requisito formale**, necessario per l'esistenza del negozio.

Accanto a queste due categorie di negozi, validi o nulli (sempre riguardo ai loro effetti), può porsi una terza categoria: quella dei negozi giuridici annullabili. Abbiamo visto sopra che le condizioni del negozio sono: la capacità giuridica delle parti, lo scopo (causa), la manifestazione di volontà (dichiarazione). Ora può avvenire che un negozio abbia dei vizi derivanti dalla non corrispondenza tra la manifestazione di volontà e la volontà reale.

Questa non corrispondenza può essere causata ad esempio dal fatto che il dichiarante sia stato indotto alla dichiarazione di volontà dal dolo o dalla violenza della controparte (negozio viziato da dolo o da violenza).

In tali casi il principio generale è che il negozio esiste nonostante i vizi: però questa esistenza può essere distrutta, cioè il negozio viziato è annullabile. Ed è precisamente il pretore che si incarica di rendere praticamente nulli tali negozi (i quali, si badi bene, sono – secondo il diritto civile – sempre validi), mediante uno speciale meccanismo processuale. Infatti, nel caso di negozio viziato da dolo o da violenza, il pretore concede al convenuto di inserire nella formula processuale una “*exceptio doli*” od una “*exceptio quod metus causa*”, che hanno l’effetto di paralizzare le pretese nascenti dal negozio annullabile.

Ad ogni modo tutto ciò apparirà più nettamente – specie per l’annullamento dei negozi da parte del pretore mediante la concessione di “*exceptiones*” – quando, nella parte relativa al processo, parleremo della formula processuale.

I negozi giuridici sogliono essere classificati in **unilaterali** e **bilaterali** (o **plurilaterali**) secondo che essi vengano ad esistenza per effetto di una sola o di più volontà unificate.

Es. il testamento è negozio giuridico unilaterale, il contratto è bilaterale: in quest’ultimo, infatti, è essenziale l’unificazione della volontà delle due (o più) parti.

Bisogna notare a questo proposito che si parla di negozi giuridici unilaterali o bilaterali (plurilaterali) anche in rapporto alle obbligazioni che dal negozio derivano e che possono cadere sopra una sola o sopra ambedue le parti o più.

Questa qualifica non si riferisce però affatto alla struttura del negozio: vedremo meglio queste distinzioni quando parleremo dei contratti.

Un’altra importante classificazione è quella relativa ai negozi formali e non formali, secondo che per l’esistenza del negozio si richieda una forma (orale o scritta).

Es.: è formale il testamento perché il “*ius civile*” richiede, “*ad essentiam*”, certe forme determinate; è formale la “*stipulatio*” perché richiede certe forme orali etc., non è formale la compravendita, il comodato etc., perché qui non si richiedono forme di sorta: basta la volontà delle parti comunque manifestata.

Chiudiamo così questo rapidissimo accenno alla teoria del negozio giuridico, considerato sotto il profilo di fonti di rapporti giuridici: per ogni ulteriore sviluppo dei principi sopra esposti, rimandiamo alle comuni trattazioni civilistiche.

Procediamo ora all’analisi dei problemi che si pongono in ordine ai rapporti giuridici e cominciamo dall’**analisi dei rapporti familiari**.



## ANALISI DEI RAPPORTI GIURIDICI FAMILIARI

### I QUATTRO FONDAMENTALI RAPPORTI FAMILIARI

Nel diritto classico i rapporti giuridici di famiglia sono:

1) **rapporto agnatizio** che unisce i membri di una “familia communi iure” (e della più larga famiglia gentilizia). In diritto romano abbiamo infatti due tipi di famiglia: a) quella “proprio iure” (“plures personae sub unius potestate... subiectae” secondo la definizione di Ulpiano), in cui vi è un “paterfamilias” che esercita la “potestas” sopra un gruppo di alieni iuris; b) quella “communi iure”, cioè il complesso delle famiglie derivate da un comune originario “paterfamilias” (quindi dal complesso delle persone che sarebbero soggette alla potestà del comune capostipite se costui non fosse morto). Un più vasto raggruppamento era costituito dalla gens, il cui vincolo, costituito dalla discendenza da un comune mitico progenitore, era di ordine etnico. In epoca storica sono rimaste solo deboli vestigia dell’ordinamento gentilizio primitivo;

2) **rapporto di patronato** che è simile al rapporto agnatizio perché colloca il liberto rispetto al patrono ed alla famiglia del patrono in una posizione analoga a quella di un agnato;

3) **rapporto di “potestas”**, che a sua volta è distinto in “dominica potestas”, “patria potestas”, “manus”, “mancipium” per cui si ha un “sui iuris” (da un lato) e degli “alieni iuris” (dall’altro): “filius”, “nepos”, schiavo, moglie, “mancipium”;

4) **rapporto di tutela e di cura** per cui si ha un tutore o un curatore che esercitano una certa “potestas” sopra un “sui iuris” impubere o sopra una donna (e allora si ha il tutore), e sopra un pubere “furiosus” (e allora si ha il curatore).

Questi rapporti hanno in comune l’elemento della “potestà” (attuale o ideale) che pone i soggetti in uno stato più o meno intenso di inferiorità rispetto al “pater”, tutore, patrono.

Di ciascuno di questi rapporti analizzeremo la natura, la fonte, gli effetti e le cause di estinzione.

La nostra trattazione seguirà molto da vicino la sistematica di GAIO, il quale espone i rapporti giuridici familiari nel I Libro (“De iure personarum”) delle sue Istituzioni. Sono qui riportati alcuni tra i più indispensabili passi: ma è assolutamente necessario che lo studioso segua attentamente, insieme al presente corso, il trattato gaiano\*.

Facciamo infine osservare, riguardo alle partizioni del “ius personarum”, che GAIO ne distingue tre fondamentali per lo svolgimento della sua sistematica; infatti troviamo nelle sue istituzioni:

“... summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi” (I, 9).

“Sequitur de iure personarum alia divisio: nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt” (I, 48)

“Transeamus nunc ad aliam divisionem. Nam ex his personis, quae neque in potestate neque in manu, neque in mancipio sunt, quaedam vel in tutela sunt vel in curatione, quaedam neutro iure tenentur” (I, 142).

Dobbiamo ora, in modo sintetico, studiare la posizione giuridica delle “personae”: così saranno studiati per conseguenza, i rapporti familiari che da questa posizione derivano.

Parliamo ora dei

a) Servi, e innanzi tutto delle cause della servitù:

“Servi autem aut nascuntur aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris; fiunt aut iure gentium, id est ex captivitate, aut iure civili, veluti cum homo liber maior viginti annis ad pretium participandum sese venundari passus est” (Ist. I, 3, 4).

In Roma non vi è che un sol tipo di servitù (“In servorum conditione nulla differentia est”, Ist. I, 3, 4).

Tutto ciò vale tanto per il diritto classico quanto per quello giustiniano: solo è da dire che il diritto classico conosceva qualche altra causa di servitù soppressa dal diritto giustiniano in virtù del c.d. “favor libertatis” dominante in questo diritto.

Di fronte ai servi stavano i liberi che tanto nel diritto classico quanto in quello giustiniano si dividevano in **ingenui** e **libertini**: ma mentre i libertini nel diritto classico si dividevano in cives, latini, dediticiorum numero, nel diritto giustiniano essi formeranno una sola categoria di cives.

b) Liberi:

1) **Ingenui**:

“Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini” (Gaio I, 10);

“Ingenui sunt qui liberi nati sunt; libertini qui ex iusta servitute manumissi sunt” (Gaio I, 11).

È ingenuus colui i cui genitori siano o a) ambedue liberi, ingenui o libertini; e b) uno ingenuus e uno libertinus; o c) la madre libera e il padre schiavo; d) la madre libera e il padre incerto (vulgo conceptus). Basta che la madre sia stata libera o al momento della nascita o a quello del concepimento o in un momento intermedio (Ist. I, 4 pr.). La qualità di ingenuus non si perde e non viene diminuita ancorché di fatto l'ingenuus si trovi nella posizione di uno schiavo, e quando costui sia per errore manomesso, la manumissio non ha valore e non fa sorgere nel manomesso la qualità di liberto (Ist. I, 4, 1, Teof. p. 21). Che cosa sia la manumissio diremo subito nel paragrafo seguente.

2) **Libertini:** "Manumissio est datio libertatis" (Ist. I, 5 pr.). Il termine manumissio sta ad indicare la rinuncia che il pater fa della sua potestas (potestas o anche più anticamente manus) sul servo. Le forme, secondo il ius civile, della manumissio erano: **manumissio vindicta**, **manumissio censu**, **manumissio testamento**. La prima aveva luogo dinanzi al magistrato mediante una finta rivendicazione della libertà (adsertio in libertatem). Si trattava dell'applicazione della in iure cessio: un terzo rivendica lo schiavo come libero davanti al pretore, toccando al tempo stesso lo schiavo con una festuca (vindicta); il padrone dichiara, contemporaneamente toccando con la "vindicta" lo schiavo, la sua volontà di liberarlo; il pretore conferma la dichiarazione del padrone. La seconda consisteva nella iscrizione del servo nelle liste dei cittadini, presso il censore. La terza, la manumissio testamento, si aveva allorché il padrone lo dichiarava libero nel testamento. Queste cose abbiamo già detto erano le forme della manumissio che il diritto civile riconosceva. Ma vi erano anche modi propri del diritto pretorio: il padrone ad es. manometteva il servo alla presenza degli amici (**manumissio inter amicos**), oppure durante un banchetto (**manumissio per mensam**), anche mediante lettera (**manumissio per epistulam**). Il servo libero rimaneva per il ius civile sempre servo; il pretore però concedeva la sua tutela al servo in quella maniera manomesso e lo difendeva dalla pretesa del padrone, valida ex iure Quiritium, di ricondurlo in schiavitù. Il servo era quindi di fatto divenuto libero. La lex Iunia Norbana poi, riconfermando ai servi così manomessi la libertà, dava loro lo stato di latini (latini iuniani) stato intermedio tra la cittadinanza romana e la condizione di straniero.

Successivamente, nell'anno 4 d.C., intervenne la lex Aelia Sentia, contenente numerose disposizioni in ordine alle manomissioni. Alcune di esse portano a un divieto assoluto di manomettere, altre invece riguardano la condizione dello schiavo manomesso. Limitandoci per ora a parlare di quest'ultime, la lex Aelia Sentia disponeva che fossero considerati come peregrini dediticii, se manomessi, i peggiori schiavi, come quelli che avessero compiuto dei delitti; concedeva poi soltanto la condizione di Latino Iuniano allo schiavo che fosse stato manomesso in età inferiore agli anni trenta, a meno che una iusta causa manumissionis non fosse stata riconosciuta da un consilium, nel qual caso anche il minore di anni trenta conseguiva la cittadinanza.

Nel diritto classico pertanto i libertini si dividono in tre categorie: a) *cives*; b) latini Iuniani; c) *dediticii* (Gaio I, 12).

a) *Cives* sono i servi manumessi all'età di almeno 30 anni, da un *dominus ex iure Quiritium* con le forme riconosciute dal *ius civile* cioè *vindicta*, *censu*, *testamento*. Per quanto riguarda l'età, la *lex Aelia Sentia* stabilì che anche i servi di età inferiore ai trenta potessero avere la cittadinanza romana se la loro manomissione fosse avvenuta: 1) *vindicta*; 2) presso il *consilium* formato di 5 senatori e 5 cavalieri in Roma; di venti *recuperatores* cittadini romani nelle provincie; 3) in base a una giusta causa la quale si ha ad es. quando si voglia liberare un pedagogo, un'ancella matrimonii causa etc. (I, 19). Altra eccezione si ha allorché il servo sia stato “*ab eo domino qui solvendo non erat*” manomesso nel testamento in cui era stato pure istituito erede (I, 21).

b) Latini divengono i servi che all'atto della manomissione sono minori di trenta anni, o che siano stati manomessi dal proprietario bonitario o siano stati manomessi con forme pretorie, cioè *inter amicos*, per *mensam*, per *epistulam*. I latini iuniani hanno il *ius commercii* ma sono sprovveduti di testamenti *factio* attiva e non possono ricevere per testamento.

c) *Dediticiorum* numero divengono i servi manomessi che siano stati nel periodo di servitù “*supplicii subditi*” (I, 13). La condizione giuridica di questi ultimi si determina in questi tre punti:

1) “*eiusdem condicionis liberi fiunt cuius conditioni sunt peregrini dediticii*” (I, 13);

2) “*Nullo modo ex testamento capere possunt*” (I, 23) e “*nullo modo aditus illis ad civitatem romanam datur*” (I, 26);

3) devono abitare a cento miglia da Roma (I, 27).

Nel diritto giustiniano abbiamo queste modificazioni.

a) unificazione della qualità di liberto: **omnes libertos**... civitate romana donavimus (Inst. I, 5, 3). *Hodie condicio libertinorum est individua* (Teof. I, p. 22);

b) riduzione alla **voluntas manumittendi** della **manumissio** (*Multis modis manumissio procedit...*, Inst. I, 5, 1).

## QUIBUS MODIS LATINI AD CIVITATEM ROMANAM PERVENIUNT

### a) **Diritto classico:**

1) I minori di trenta anni, sposati, che abbiano fatto testamento, ed abbiano un figlio che “*anniculus esse coeperit*” in virtù della *lex Aelia Sentia* possono adire il Pretore o il Preside per farsi concedere la *civitas* (**causae probatio**) (I, 29);

\* N.B. – Le istituzioni di Gaio sono qui citate con la sola indicazione del libro (I, II, III, IV) e del paragrafo; quelle di Giustiniano sono così citate: Inst. Libro, titolo, paragrafo. Es.: Inst. I, 2, 1. Di Teofilo è citata l'edizione di Ferrini.

questo privilegio fu esteso anche ai maggiori di trenta anni dal Senatoconsulto Pegasiano (I, 31).

2) La madre vedova di marito latino che abbia un figlio annicolo può esperire la “causae probatio”, “et sic et ipsa fiet civis Romana, si Latina fuerit” lo stesso per la figlia annicola (I, 32).

3) “Praeterea ex lege Viselia tam maiores quam minores triginta annorum manumissi et Latini facti ius Quiritium adipiscuntur si Romae inter vigiles sex annis militaverint”. Seguì un senatoconsulto “quo data est illis civitas Romana si triennium militiae expleverint” (I, 32 b).

4) “Si navem marinam aedificaverint” capace di diecimila moggia di grano e che abbia portato grano a Roma per sei anni (editto Claudio, I, 32 c.).

5) “Praeterea a Nerone constitutum est, ut si Latinus, qui patrimonium sestertium CC milium plurisve habebit, in urbe Roma domum aedificaverit, in quam non minus quam partem dimidiam patrimonii sui impenderit, ius Quiritium consequatur” (I, 33).

6) “Si Latinus in urbe triennio pistrinum exercuerit, in quo in dies singulos non minus quam centenos modios frumenti pinseret” (I, 34).

7) Iteratio manumissionis. In caso di manomissione compiuta dal proprietario bonitario, il servo maggiore di 30 anni diventa, come si sa, latino; per diventare cittadino romano bisognerà ricorrere all’iteratio manumissionis da parte del dominus quiritario. Per effetto di questa iteratio egli diventa liberto del proprietario quiritario. Però in caso di morte del liberto (senza lasciare figli) la bonorum possessio viene concessa all’antico proprietario bonitario (I, 35).

b) Diritto giustiniano. Di questi passaggi dalla latinità alla civitas non si può parlare nel diritto giustiniano per effetto della unificazione della condizione dei libertini. Ecco perché le istituzioni giustiniane non ne parlano.

**Limiti alla facoltà di manomettere** (I, 36 e sgg. Lex Aelia Sentia e Lex Fufia Caninia).

a) **Diritto classico:**

1) Manomissioni in frode dei creditori e dei patroni. Esse sono invalide e in questi casi il manomittente “nihil agit quia lex Aelia Sentia impedit libertatem” (I, 37). Questi casi ricorrono quando il manomittente o già solvendo non sit (abbia cioè un patrimonio passivo) o divenga tale per effetto della manomissio. Nel diritto classico basta questo requisito oggettivo della insolvenza (Ist. I, 6, 3). Eccezione a quanto sopra è che si può validamente manomettere un servo nel testamento anche da parte del debitore insolvente quando questa sia la via unica per avere un erede. Il servo manomesso ed istituito diventa erede necessario al cui nome vengono venduti i beni ereditari (Ist. I, 6, 1).

2) Manomissioni compiute da domini minori di venti anni (I, 38). Queste manomissioni non sono valide, si fa eccezione solo quando ricorrono questi

tre presupposti: a) la manomissione sia vindicta; b) apud consilium (I, 38); c) sia stata provata l'esistenza di una iusta causa manomissionis (I, 38). (V. per le singole iustae causae I, 39; v. Teofilo pag. 31 e sgg. 5).

Conseguenza di ciò è la capacità di disporre per testamento a cominciare dai 14 anni di età e l'incapacità di manomettere fino ai venti anni (I, 40).

3) Manomissioni testamentarie limitate dalla lex Fufia Caninia (I, 42). Essa stabilisce che se si abbia non meno di due servi e non più di dieci si possa manometterne fino alla metà: se si abbiano non meno di dieci servi e non più di trenta se ne possa manomettere fino alla terza parte; se si abbia non meno di trenta e non più di cento servi se ne possa manomettere fino alla quarta parte; se si abbiano finalmente non meno di cento e non più di cinquecento si possa manometterne fino alla quinta parte.

Questa legge ha esclusivo riferimento alle manomissioni testamentarie (I, 44): "Ac ne ad eos quidem omnino haec lex pertinet, qui sine testamento manumittunt". Le manomissioni fatte in frode a questa legge sono nulle (I, 46).

4) Applicazioni della lex Aelia Sentia – che stabilisce la illiceità delle manomissioni in frode dei creditori – ai romani e ai peregrini (I, 47).

#### b) **Diritto giustiniano:**

1) Si applicano i principi del diritto classico: tenendo però presente che nel diritto giustiniano la frode richiede per sorgere due elementi: a) l'oggettivo, come nel diritto classico, e b) il soggettivo, l'*animus fraudandi* (Inst. I, 6, 3, Teof. p. 29). Un'altra novità sta nella validità di una istituzione di erede del servo anche senza manumissio: questa si considera come tacitamente disposta (Inst. I, 6, 2).

2) Valgono i principi classici: Inst. I, 6, 4-5 ma viene ridotta da venti a 17 anni l'età del minore che può manomettere per testamento. Infine con la Novella 119, c. 2 Giustiniano sanzionava il principio che per poter manomettere per testamento è sufficiente esser nell'età valida per testare (pubertà).

3) Viene abrogata la lex Fufia Caninia: "Cum satis fuerat inhumanum vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediatur libertati, morientibus autem huiusmodi licentiam adimere" (Inst. I, 7).

### PERSONAE SUI IURIS E ALIENI IURIS

**Diritto classico.** Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt (I, 48). I primi si dicono anche suae potestatis (D. I, 6, 4). Gli alieni iuris sono o 1) in potestate o 2) in manu o 3) in mancipio di altri: rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt (I, 49).

#### a) **In potestate:**

Sono in potestate:

1) i **servi** (dominica potestas, I, 52): Non sempre la potestas coincide col dominio ex iure Quiritium perché si può avere lo schiavo soltanto in bonis ed esserne dominus (I, 54);

2) “Liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus” (I, 55) e gli ulteriori discendenti (Inst. I, 9, 3) (patria potestas);

3) “Non solum tamen naturales liberi... in potestate nostra sunt, verum et hi, quos adoptamus” (nelle due forme della adoptio e della adrogatio) (I, 97).

b) **In manu**: “In potestate quidem et masculi et feminae esse solent: in manum autem feminae tantum conveniunt” (I, 109). Questa **conventio in manum** delle donne avveniva olim in tre modi “usu, farreo, coemptione” (I, 110). Valore e modo di queste tre forme di conventio in manum: usus (I, 111), farreus (I, 112), coemptio (I, 113). I primi due modi sono “matrimonii causa” e servono a fare acquistare al marito la manus sopra la moglie (la quale diventa nella famiglia del marito filiae loco); il terzo può essere tanto “matrimonii causa” (allora si producono gli stessi effetti dei primi due casi) quanto “fiduciae causa”; in questa ultima ipotesi la donna non diventa loco filiae presso il coemptionator, quando questi sia un estraneo: che se fosse il marito allora tale effetto si produrrebbe: ... quae fiduciae causa cum viro suo fecerit coemptionem, nihilo minus filiae loco incipit esse (I, 115 b). Questa coemptio fiduciae causa può avvenire: 1) tutelae evitandae causa, I. 115 b; 2) o, anticamente, testamenti faciendi gratia: la necessità della coemptio in quest’ultimo caso fu tolta da Adriano (I, 115 a).

c) **In mancipio**. Si trovano in mancipio quegli alieni iuris che siano stati dal loro rispettivo paterfamilias (liberi e mogli loco filiarum) o coemptionator (donne) mancipati ad un terzo: ciò avviene allorquando mediante **mancipatio** (I, 119) si trasferisce al terzo la potestas sopra costoro. Tanto il paterfamilias rispetto ai liberi o alla moglie in manu, quanto il coemptionator rispetto alla donna hanno il ius mancipandi (I, 115-118) e esercitano questo ius allorché velint ex suo iure eas personas dimittere (I, 118 a).

Ora per effetto di questa mancipatio le persone così mancipate vengono a trovarsi in mancipio del mancipatario: il che equivale di fatto ad essere in una situazione analoga a quella degli schiavi (mancipati servorum loco constituuntur): giuridicamente però le persone in mancipio sono sempre persone libere. Peraltro vi sono anche giuridicamente dei punti di contatto fra persone in mancipio e schiavi: come questi ultimi anche i primi ab eo, cuius in mancipio sunt, neque hereditatem neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse iubeantur sicut iuris est in persona servorum” (I, 123).

**Diritto giustiniano**. Resta la divisione fra persone sui iuris e alieni iuris; ma gli alieni iuris sono soltanto 1) i liberi in potestate parentum e 2) i servi in potestate dominorum (Inst. I, 7): sono scomparse la manus e la situazione in

mancipio. Per questa ragione in Inst. I, 7 pr. il paragrafo 49 è stato interpolato: e per le medesime ragioni non sono riportate nelle Istituzioni di Giustiniano le parti di quelle gaiane relative alla manus e alle persone in mancipio. Si capisce come siano in conseguenza caduti tutti gli istituti derivanti dalla manus e dalla posizione in mancipio (es.: usus, confarreatio, coemptio, mancipatio etc.).

Esaminiamo ora più da vicino 1) la posizione giuridica dei servi, 2) quella delle persone libere **alieno iuri subiectae**. Lo studio di quest'ultimo punto ci farà conoscere la fisionomia giuridica della famiglia romana. Al solito distingueremo fra diritto classico e diritto giustiniano.

### POSIZIONE GIURIDICA DEI SERVI

A) **Diritto classico**. Non sono soggetti, ma oggetti (Gaio 2, 13; 1, 54) di diritto, quindi non possono essere titolari di rapporti giuridici propri; tutto ciò che acquistano l'acquistano al dominus. Il dominus ha su di loro il **ius vitae ac necis** (I, 52). Ma questo ius, assoluto in origine, venne nell'epoca classica molto limitato specie da una celebre costituzione di Antonino ("qui sine causa servum suum occiderit non minus teneri iubetur, quam qui alienum servum occiderit"). Il rifugio poi ad *statuas principium vel ad fana deorum* di servi perseguitati dal dominus poteva anche far sì che il magistrato costringesse i padroni disumani a vendere questi servi (I, 53).

B) **Diritto giustiniano**. I principi del diritto classico valgono sostanzialmente per quello giustiniano; essi sono: 1) che lo schiavo è oggetto di dominio; 2) che è pel dominus organo di acquisto e può prestare al dominus la sua capacità di agire. Quanto all'assolutezza del diritto del dominus sui servi il diritto giustiniano, sotto l'influsso cristiano approfondisce quella tendenza limitatrice già affacciata nel diritto classico (Inst. I, 7, 2).

### POSIZIONE GIURIDICA DELLE PERSONE LIBERE ALIENI IURIS

#### A) **Diritto classico**.

Questa posizione è caratterizzata dai seguenti principi: a) dal punto di vista patrimoniale le persone alieni iuris non hanno un patrimonio proprio perché tutto ciò che acquistano va al paterfamilias alla cui potestà essi sono soggetti (in modo identico a quel che avviene anche per i servi); b) dal punto di vista della soggezione alla potestas del paterfamilias le persone alieni iuris sono pienamente assoggettate a tale potestas la cui assolutezza si spinge almeno teoricamente sino allo *ius vitae ac necis* (D. 28, 2, 11, ... *quod et occidere liceat*).

Come si sa le persone libere alieni iuris sono: 1) i figli nati *ex iustis nuptiis* o adottati; 2) la donna in manu che è *loco filiae* o *loco neptis*; 3) le persone in man-

cipio. Lasciando da parte queste ultime, che occupano nella famiglia del *paterfamilias* cui sono soggetti una posizione diciamo così marginale ed irregolare (di fatto esse sono nella condizione di schiavi), esaminiamo la struttura della famiglia romana così come essa risulta costituita dal complesso dei suoi membri (liberi ex iustis nuptiis, liberi adottati, donne in manu). Ora, a chi studia la famiglia classica apparirà chiaro come **l'essenza di essa stia nel vincolo potestativo che assoggetta al *paterfamilias* i liberi e le donne in manu** (cioè tutti gli alieni iuris).

Se mancasse questo vincolo nonostante vi fosse quello della parentela naturale verrebbe meno la famiglia. Ora, una costituzione siffatta della famiglia prende il nome di costituzione agnatizia.

I membri di questa famiglia sono:

1) il capo, che è il *paterfamilias*, il quale è *suae potestatis* e in *domo dominium habet* e può essere tanto pubere che impubere e può anche non avere persone in potestà (D. 50, 16, 195, 2);

2) i filii, nepotes, pronepotes etc. (cioè liberi in ordine di discendenza) e le filiae (la moglie se è avvenuto il matrimonio cum manu è loco filiae, la moglie del figlio è loco neptis etc.) che sono alieni iuris in quanto soggetti alla potestà del loro *paterfamilias*.

Quindi la famiglia classica (a struttura agnatizia) si può definire: "**Familiam dicimus plures personas quae sunt sub unius potestate aut natura** (discendenza ex iustis nuptiis) **aut iure** (adozione, arrogazione) **subiectae**", D. 50, 16, 195, 2.

Ora questa famiglia prende anche il nome di familia **proprio iure** per distinguerla da quella **communi iure** la quale è costituita dal complesso dei membri discendenti da un comune capostipite morto, alla cui potestà, se fosse vivo, essi sarebbero tutti quanti soggetti. Questi membri della familia **communi iure** si dicono agnati ed il vincolo potestativo ideale che li lega si chiama vincolo agnazio.

"Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam et si patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt", D. 50, 16, 195, 2).

Anche nella famiglia *communi iure* l'essenza è costituita dal vincolo potestativo, sia pure ideale, mentre non ha per sé nessuna importanza giuridica quello di natura. Un figlio (naturale) infatti è membro della familia solo in quanto è in potestà, così un fratello etc. Se non fossero in potestà, essi non sarebbero membri né della famiglia *proprio iure* né di quella *communi iure*.

Dunque l'essenza della familia classica sta nella potestas attuale (familia *proprio iure*) o ideale (familia *communi iure*) di un *paterfamilias*. Da ciò deriva che il matrimonio (*nuptiae*) non costituisce nel diritto classico, come invece nel diritto giustiniano e moderno, il presupposto e il fondamento della

famiglia. Nel diritto giustiniano e moderno non vi può essere familia senza il matrimonio che la fonda: nel diritto classico c'è una familia pel fatto che vi sia una persona sui iuris (paterfamilias) capace – almeno potenzialmente – di avere a sé soggette delle persone libere (alieni iuris). Quindi può darsi una familia avente a capo un impubere (D. 50, 16, 195, 2).

Lo studio dell'istituto giuridico del matrimonio, quindi, va fatto non in quanto questo istituto rappresenti il presupposto per la costituzione di una familia (si pensi ad es. ad un paterfamilias non sposato che abbia solo figli adottivi) ma in quanto rappresenta il presupposto perché i figli da esso nati cadano nella potestà del paterfamilias; sappiamo infatti, che solo i liberi, nati ex iustis nuptiis ricadono nella potestà paterna. Per sapere, dunque, quando il matrimonio sia giuridicamente valido (iustae nuptiae) in guisa che da esso nascano figli che ricadano nella potestà paterna bisogna studiare questo istituto.

Il matrimonio. – Vedremo 1) cos'è il matrimonio; 2) quali sono i suoi effetti in ordine alla donna, alla famiglia, al marito e alla filiazione; 3) quali sono le condizioni per la sua esistenza. “Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio” (D. 23, 2, 1). “Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens” (Inst. I, 9, 1). Gli elementi essenziali del matrimonio sono dunque due: 1) la convivenza tra marito e moglie (la ductio in domum mariti, D. 23, 2, 5); 2) l'animus o affectio maritalis che distingue il matrimonio dalla semplice convivenza (concubinato). Da ciò deriva che il matrimonio classico dura fino a quando durano i suoi elementi costitutivi, venendo meno uno di essi esso pure viene meno. Il caso più evidente è quello della prigionia di guerra; il prigioniero che ritorna, mentre ritorna ad essere titolare di tutti i rapporti giuridici come se non fosse mai caduto in prigionia (ius postliminii, D. 49, 15), non ritorna tale in ordine al matrimonio; questo è finito per effetto della prigionia che ha fatto mancare un elemento essenziale alla sua esistenza: per risorgere ha bisogno di essere nuovamente ricostituito (consensu redintegratur matrimonium, D. 49, 15, 14, 1). Appunto per questo carattere il matrimonio è avvicinato al possesso (stato di fatto corrispondente al diritto di proprietà) i cui elementi essenziali sono come nel matrimonio 1) il fatto del possesso (**corpus**) e 2) l'**animus possidendi**. Anche nel possesso non ha efficacia il ius postliminii: il prigioniero che ritorna, per riacquistare il possesso, deve fare la materiale apprensione della cosa già prima posseduta.

Per effetto del matrimonio la donna non entra necessariamente a far parte della familia del marito: può anzi restare ad essa giuridicamente straniera. Questi diversi effetti si producono secondo che il matrimonio sia stato **cum manu** o **sine manu**. È cum manu il matrimonio celebrato con le forme della confarreatio (Gaio I, 112) o con quella della coemptio (per mancipationem, Gaio, I, 113). In questi casi il marito acquistava la manus sopra la moglie, costei quindi

entrava a far parte loco filiae della famiglia del marito. Quando invece il matrimonio non fosse stato accompagnato da questa forma, esso era sine manu, cioè il marito non acquistava la potestà sulla moglie, la quale restava perciò estranea alla famiglia del marito. Però anche in caso di matrimonio inizialmente sine manu era possibile al marito acquistare per usus dopo un anno di convivenza la manus sopra la moglie (Gaio I, 111). Per impedire l'acquisto della manus si poteva ricorrere al trinoctium annuale, cioè alla assenza della moglie per tre notti susseguenti dalla casa del marito (Gaio I, 111). Codesto dell'acquisto della manus per usus è un vero caso di usucapione.

Si capisce che in caso di matrimonio sine manu la madre, essendo giuridicamente estranea alla famiglia del marito, lo era anche rispetto ai figli. Ciò è molto importante specie ai fini della successione ereditaria.

I figli nati da un matrimonio valido (iustae nuptiae), non importa se cum manu o sine, ricadono nella potestà del paterfamilias (I, 55).

Quali sono le condizioni di validità del matrimonio?

1) Ambedue i coniugi devono essere cittadini romani (I, 56). Se la moglie è latina o peregrina il matrimonio è iustum solo se il marito abbia avuto la concessione del conubium (cosa che veniva facilmente concessa con costituzioni imperiali ai veterani) (I, 57) e (I, 76) "conubium id efficiat, ut liberi patris condicionem sequantur" (I, 56). "Non aliter quisque ad patris condicionem accedit, quam si inter patrem et matrem eius conubium sit" (I, 67; I, 76; I, 80).

2) I coniugi devono possedere la capacità naturale onde non possono contrarre matrimonio gli impuberi (cioè i maschi inferiori ai 14 anni e le femmine inferiori ai 12).

3) Si richiede poi oltre il consenso degli sposi se essi sono alieni iuris anche quello dei rispettivi patresfamilias. Per il filius è richiesto oltre che il consenso di chi ha la patria potestà (avo) anche quello del suo padre naturale.

4) Non devono esistere fra i coniugi rapporti di parentela. Cioè:

a) le nozze sono vietate tra discendenti e ascendenti (inter eas personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent) (I, 59): "si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur" (I, 59);

b) sono vietate fra collaterali (naturali e adottivi) di 2<sup>a</sup> grado (fratelli e sorelle) (I, 60). Però per gli adottivi ciò vale fino a quando permanga il vincolo dell'adozione: che se questo dovesse venir meno per emancipazione, allora questo impedimento verrebbe a cadere (I, 61). È possibile contrarre nozze con la figlia del fratello (ciò in seguito a un S.C. del 49 d.C. sotto Claudio che volle rendere possibile le nozze fra lui e la nipote Agrippina), non con quella della sorella; sono vietate le nozze tra zia e nipote;

c) sono vietate le nozze tra affini di 2<sup>a</sup> grado (suocero e nuora, genero e suocera; I, 63). In tutti questi casi non vi possono essere iustae nuptiae, ma nuptiae nefariae e incestae (I, 64). Colui che avesse contratto nozze incestuose "neque uxorem habere videtur neque liberos" (I, 64). I figli nati da un matrimonio siffatto

non ricadono nella potestà paterna e sono equiparati ai figli vulgo concepti, cioè a quei figli il cui padre è sconosciuto (costoro si chiamano anche spuri) (I, 64).

Ora dobbiamo vedere che cosa accade dei figli nati da un matrimonio non *iustum* avvenuto fra persone di diversa cittadinanza (romani con latini o peregrini o viceversa) fra le quali non esisteva *ius conubii* (se vi fosse stato il *conubium* il figlio avrebbe seguito le condizioni del padre, quindi se questo fosse stato *civis romanus* anche il figlio sarebbe stato tale e sarebbe ricaduto sotto la potestà paterna, se invece il padre fosse stato latino o peregrino anche il figlio sarebbe divenuto tale, I, 76-77). Come regola generale bisogna dire che il figlio nato da siffatto matrimonio segue la condizione giuridica della madre e non ricade quindi nella potestà del padre (supposto che costui fosse *civis romanus*) “*ex eis, inter quos non est conubium, qui nascitur iure gentium matris conditioni accedit*” (I, 78). Se quindi si fosse dato un matrimonio tra un cittadino e una latina o peregrina (mancando il *ius conubii*) i figli nati da questo matrimonio sarebbero divenuti latini o peregrini, viceversa se la madre fosse stata cittadina anche i figli sarebbero divenuti tali. A questa regola venne portata una grave eccezione dalla *lex Minicia* in base alla quale in caso di matrimoni fra romano e peregrina o peregrino e romana, i figli divenivano peregrini (“*sive civis romanus peregrinam sive peregrinus civem romanam uxorem duxerit eum qui nascitur peregrinum esse*” I, 75, “*lege Minicia cavetur ut ... is qui nascitur peregrini parentis condicionem sequatur*” I, 78). Questa eccezione peraltro si riferisce soltanto ai peregrini ed ai Latini veteres “*qui proprios populos propriasque civitates habebant et erant peregrinorum numero*” (I, 79): non si riferisce quindi ai latini *iuniani* né al caso di matrimonio fra latini e peregrini: in questi casi resta in vigore il principio secondo cui chi nasce *matris conditioni accedit* (I, 80-81).

La regola generale si applica al caso di figli nati dall'unione fra liberi e servi: se la madre è libera anche il figlio nasce libero (I, 82: *ex ancilla et libero servus nascitur, ex libera et servo liber nascitur*). Anche in questa ultima ipotesi furono apportate delle modificazioni (I, 83-86). Ma la tendenza a mantenere la regola prevalse ed eliminò alcune di queste eccezioni (I, 84-85).

Orbene: in molti casi il matrimonio inizialmente non *iustum* o comunque inetto a fare ricadere nella potestà del padre i figli da esso nati, poteva, posteriormente in base ad un *senatoconsulto* (I, 74), essere sanato in guisa che i figli venissero ora a ricadere nella potestà paterna (“*Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim ut nati sunt, parentum in potestate non fiant, ii postea tamen redigantur in potestatem*”, I, 65).

Questi casi sono:

1) se un latino *iuniano* abbia sposato una latina o una cittadina, il figlio seguendo la condizione materna diviene latino o cittadino: orbene, mediante *causae probatio* il latino *iuniano* può divenire cittadino e avere in potestà il figlio (I, 66);

2) se per errore un cittadino romano abbia sposato una latina o una peregrina (credendola cittadina) in base ad un senatoconsulto egli può provare l'errore (*erroris causam probare*) e fare così divenire cittadini moglie e figlio; in conseguenza egli acquisterà la potestà sul figlio (I, 67); lo stesso dicasi nel caso di una cittadina che sposa per errore un latino o un peregrino (I, 68). In ambedue i casi però si ricordi che un peregrino *dediticio* o una peregrina *dediticia* non divengono mai cittadini romani;

3) se un latino per errore abbia sposato una peregrina credendola latina o cittadina (I, 70);

4) se una latina abbia sposato un peregrino credendolo latino (I, 69);

5) se un cittadino romano credendosi latino abbia sposato una latina;

6) se un cittadino romano credendosi peregrino abbia sposato una peregrina.

Tutto ciò che abbiamo fin qui detto non può avere riferimento anche alle unioni fra liberi e servi; queste unioni non possono mai assurgere alla dignità di matrimonio. Quanto alla condizione giuridica dei figli nati da queste unioni, si segue, come si disse, la regola generale secondo cui i figli seguono (nei casi di matrimonio non *iustum*) la condizione giuridica della madre (I, 82). A questo proposito sono da ricordarsi due regole:

1) *hi qui illegitime concipiuntur statim sumunt ex eo tempore quo nascuntur* (I, 89): perciò se la madre era schiava al momento del concepimento ma partoriva quando era libera, il figlio era libero;

2) *hi qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statim sumunt* (I, 89): quindi se una donna concepisce da libera (in base ad un legittimo matrimonio) e partorisce da schiava, il figlio nasce libero (Es. se una libera dopo aver concepito *ex iustis nuptiis* abbia avuto una tresca con uno schiavo – *nolente domino* – e sia per questo fatto, in base al S.C. Claudiano, divenuta schiava e in questo stato abbia partorito, colui che nasce nascerà libero).

L'adozione. – Abbiamo così esaminato una delle cause più importanti che fanno acquistare la patria potestà: il matrimonio. Passiamo ora ad esaminare, sempre in ordine al diritto classico, l'altra causa: l'*adoptio* distinta nelle due figure dell'*adoptio* in senso stretto e della *adrogatio*.

“*Non solum tamen naturales liberi secundum ea quae diximus (cioè quando ricorrono le condizioni richieste) in potestate nostra sunt, verum et hi quos adoptamus*” (I, 97).

L'adozione è quindi un modo di acquisto della patria potestà, essa può avvenire in due maniere: 1) *aut populi auctoritate*; 2) *aut imperio magistratus*. L'adozione che avviene *populi auctoritate* fa acquistare la potestà su persone *sui iuris* e prende il nome *adrogatio*. Questo nome deriva dal modo seguente con cui l'*adrogatio* si verifica: colui che deve adottare e colui che deve essere adottato sono presenti innanzi al comizio curiato; colui che adotta viene interrogato *an velit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse*, colui che è adot-

tato rogatur an id fieri patiatur (I, 99). Per effetto di questa adozione il *sui iuris* diventa *alieni iuris*, cioè *filius familias* dell'adottante nella potestà del quale ricadono anche gli *alieni iuris* dell'adottato (*non solum ipse potestate adrogatoris subicitur, sed etiam liberi eius in eiusdem fiunt potestate tamquam nepotes*, I, 107).

Non possono essere arrogate le donne e gli *impuberi* (questi ultimi in certe circostanze) (I, 101-102): l'arrogazione inoltre non può avvenire che a Roma (I, 100). L'adozione che avviene *imperio magistratus* (o adozione in senso stretto) si riferisce a coloro che siano già soggetti alla potestà di un *paterfamilias* in qualità di figli o *nepotes* etc. Essa consiste nel passaggio da una famiglia ad un'altra. Questa adozione non presenta le restrizioni della arrogazione; possono quindi essere adottate anche le donne e gli *impuberi* senza limitazioni (I, 101-102).

L'adozione *imperio magistratus* si svolgeva con un rito assai complesso, creato dalla giurisprudenza sulla base della disposizione delle XII Tav. (IV, 2b): "*Si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto*".

A scopo di effettuare l'adozione il padre vendeva il figlio tre volte con la *mancipatio* in seguito alla quale il figlio cadeva in causa *mancipii* dell'acquirente. L'apparente compratore dava la libertà al figlio attraverso la *manumissio vindicta* (v. sopra a pag. ): tutte e due le volte dopo la avvenuta liberazione il figlio ricadeva sotto la patria potestà. La terza volta alla *mancipatio* non seguiva una nuova *manumissio*, ciò che avrebbe avuto l'effetto di emancipare il figlio; si compiva invece l'atto di adozione nella forma di una finta *vindicatio* in *patriam potestatem* esperita dal padre adottivo davanti al pretore: dopo la confessione o il silenzio del finto convenuto, il pretore pronunciava l'*addictio* cioè confermava che il rivendicato era figlio del rivendicante. Allo scopo di quest'ultima in *iure cessio* usava il finto compratore dopo la terza *mancipatio*, rimancipar nuovamente il figlio al padre così che quest'ultimo poteva apparire come convenuto nella finta *vindicatio* e determinar egli stesso con la sua confessione l'effetto dell'adozione.

V'è di comune nelle due forme di adozione che possono adottare anche coloro che non possono generare, ma non le donne: queste infatti non hanno mai la potestas (*feminae vero nullo modo adoptare possunt quia ne quidem naturales liberos in potestate habent*, I, 104). Inoltre è comune alle due forme di adozione, nel diritto classico, il problema se si possono adottare persone di età superiore a quella dell'adottante. Questo problema è risolto pel diritto classico antico in modo positivo, è solo nel diritto classico nuovo e poi decisamente nel postclassico e nel giustiniano che si afferma il principio *adoptio naturam imitatur* (Inst. I, 11, 4). È evidente come possa a sua volta l'adottante concedere l'adottato in adozione ad altra persona: una volta verificatasi la prima adozione l'adottato in quanto *filius familias* dell'adottante è interamente soggetto agli atti di disposizione (potestativi) di quest'ultimo (I, 103).

Dopo aver esaminato le cause di acquisto della patria potestas, ci resterebbe, per completare il quadro della famiglia romana, da esaminare quelle per cui si acquista la manus sulla donna e la potestas sulle persone libere in mancipio. Poiché però della manus e delle persone in mancipio abbiamo trattato innanzi ci limiteremo qui a richiamare per intero il testo di Gaio relativo alla mancipatio mediante la quale venivano mancipate le persone libere (persone in mancipio) al pari dei servi e delle altre res mancipi (la cui proprietà si volesse trasferire ad altri).

Gaio I, 119-121: “Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio; quod et ipsum ius proprium civium romanorum est, eaque res ita agitur; adhibitis non minus quam quinque testibus civibus romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, aes tenens, ita dicit: Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra, deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco. Eo modo et serviles et liberae personae mancipantur, animalia quoque quae mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini, item praedia tam urbana quam rustica quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt italica, eodem modo solent mancipari”.

Perché poi si adopra la bilancia e il bronzo ci è spiegato dallo stesso Gaio (I, 122):

“Ideo autem aes et libra adhibetur, quia olim aeneis tantum nummis utebantur et erant asses, dupundii, semisses, quadrantis, nec ullus aureus vel argenteus nummus in usu erat, sicut ex lege XII tabularum intelligere possumus; eorumque vis et potestas non in numero erat, sed in pondere”.

Riassumendo possiamo dire: l'essenza della famiglia romana sta nella potestas (patria potestas o manus): questa potestas si acquista: 1) in conseguenza di iustae nuptiae o di nuptiae divenute iustae ex postfacto; 2) in conseguenza di adoptio; 3) o in conseguenza di una conventio in manum.

Perdita della potestas. – Come vi sono cause di acquisto della potestas, così vi sono cause di perdita della potestas. Gli alieni iuris possono, ricorrendo certi presupposti, diventare sui iuris (I, 124). Prescindiamo dai servi, dei quali abbiamo già parlato trattando della manumissione e consideriamo i liberi in potestà, in manu ed in mancipio.

1) **Liberi in potestà.** Costoro, alla morte del padre, sui iuris fiunt (I, 126). Ma bisogna intendere questo principio nel senso che diventano sui iuris coloro che erano soggetti immediatamente alla potestà del padre. Se quindi non vi erano che filii o filiae, costoro diventano tutti sui iuris: ma se vi fossero stati dei

nipoti, costoro non sarebbero diventati sui iuris, ma sarebbero diventati filii dei rispettivi padri, così dicasi dei pronipoti etc. Si capisce che se vi fosse stato un nipote soggetto immediatamente alla potestà dell'avo a causa della premorienza o della emancipazione del padre, allora il nipote sarebbe divenuto sui iuris.

Altra causa di perdita della potestas è l'**aqua et igni interdictio**; il padre, che venga a subire l'aqua et igni interdictio, cessando così di essere cittadino romano, perde la potestà sui liberi, i quali divengono sui iuris. Parimenti il figlio aqua et igni interdictus esce dalla patria potestà. La ragione infatti non soffre, dice Gaio, che un uomo peregrinae condicionis (non più cioè cittadino romano) abbia in potestà un cittadino romano o ne sia in potestà (I, 128).

Terza causa di perdita di potestas è la **prigionia di guerra**. Qualora il padre sia stato fatto prigioniero dai nemici, benché divenga schiavo di questi, tuttavia il ius liberorum ossia la patria potestas non si perde, rimane in sospeso a causa del **ius postliminii** che fa sì che coloro i quali siano stati presi dai nemici, una volta ritornati in patria, riprendano tutti gli antichi diritti, e così il padre prigioniero, che, liberatosi, ritorni in patria, avrà i figli in potestà. Se poi invece il genitore sia morto in schiavitù allora i figli diverranno sui iuris, si dubita se solo dal momento della morte del padre prigioniero o retroattivamente fin dal momento in cui egli cadde in prigionia. Ugualmente è sospesa la potestà del padre per il ius postliminii se il figlio o il nipote cadono prigionieri (I, 129).

Escono poi i liberi dalla patria potestà quando siano fatti flamini Diali, se uomini, Vergini Vestali, se donne (I, 130).

Olim quoque, quo tempore populus romanus in latinas regiones colonias deducebat, qui iussu parentis in coloniam Latinam nomen dedissent, desinebant in potestate parentis esse, quia efficerentur alterius civitatis cives (I, 131).

Causa importantissima per cui si esce dalla patria potestà è l'**emancipazione**. L'emancipazione è un atto col quale il paterfamilias rinuncia alla sua potestà sul figlio per renderlo sui iuris. Nel diritto classico le forme che l'emancipazione richiedeva erano tutt'altro che semplici. I giuristi basandosi su di un verdetto delle XII Tavole, che per punire gli abusi dei suoi diritti nel paterfamilias, stabiliva che il padre avrebbe perso la potestà sul figlio se lo avesse mancipato ossia venduto per tre volte (ciò poteva verificarsi in quanto che il figlio venduto, se veniva liberato in seguito dal compratore, ricadeva nella potestà del padre il quale poteva quindi nuovamente venderlo) costruirono l'istituto dell'emancipazione. Ecco come ce lo descrive Gaio (I, 132): "Mancipat pater filium alicui; is eum vindicta manumittit; eo facto revertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat vel eidem vel alii (sed in usu est eidem mancipari) isque eum postea similiter vindicta manumittit; eo facto rursus in potestatem patris revertitur, tertio pater eum mancipat vel eidem vel alii (sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur) eaque mancipatione desinit in potestate patris esse" e rimane

così in mancipio presso il finto compratore. Questi o lo manomette senz'altro e il figlio diviene sui iuris e l'emancipazione è compiuta, oppure (e questo per far sì che successore del figlio in caso di sua morte sia il padre naturale; ricordiamo infatti che a chi manomette il caput in mancipio competono i medesimi diritti sui beni di lui che competono al patrono sui beni del liberto) lo mancipa al padre naturale, che ormai di fronte al figlio è divenuto giuridicamente un estraneo qualunque e questi lo manomette e il figlio diviene sui iuris. Questa forma complicata si applicava soltanto quando si volevano emancipare figli maschi. Per le figlie e i nipoti, interpretando alla lettera la parola *filius del versetto* ricordato delle XII Tavole si ammise che bastasse una sola emancipazione.

Mentre per l'emancipazione il *filiusfamilias* esca dalla potestas del suo *paterfamilias*, per divenire a sua volta sui iuris e *paterfamilias*, con l'adozione esce dalla potestas del *paterfamilias* per entrare nella potestas di un altro *paterfamilias*. L'adozione è quindi per un lato acquisto, per l'altro perdita della patria potestas.

L'adozione si svolge, come si è visto, in due fasi: deve precedere l'emancipazione del *filiusfamilias*, che si vuole dare in adozione, dalla sua famiglia originaria, segue poi l'annessione del figlio emancipato alla nuova famiglia che si attua attraverso un finto processo di rivendicazione (*in iure cessio*). L'adozione è così compiuta (I, 134). A questo punto possiamo farci una domanda. Se durante le varie mancipazioni e manomissioni che abbiamo visto occorrere per emancipare il *filiusfamilias*, venga a questi concepito un figlio, sotto chi quest'ultimo passa in potestà? Risponde Gaio (I, 135): il concepito *ex filio* per la prima volta o per la seconda mancipato, se anche nasca dopo la terza mancipazione del padre suo, è in potestà dell'avo; il concepito *ex filio* per la terza volta mancipato, non nasce nella potestà dell'avo, ma fino a tanto che il padre si trova in mancipio "ius eius pendet": se il padre suo viene liberato, cade nella potestà di lui, se invece il padre muore mentre che ancora si trova in mancipio, diviene sui iuris.

II) **Liberi in manu.** "Praeterea mulieres quae in manum conveniunt, in patris potestate esse desinunt" (I, 136). "In manu autem esse mulieres desinunt iisdem modis, quibus filiae familias potestate patris liberantur; sicut igitur filiae familias una mancipatione de potestate patris exeunt ita eae, quae in manu sunt, una mancipatione desinunt in manu esse, et si ex ea mancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur" (I, 137). Aggiunge Gaio riguardo alle donne quae in manum, coemptione facta, conveniunt: "Coemptione autem facta, mulieres omni modo potestate parentis liberantur nec interest, an in viri sui manu sint an extranei, quamvis hae solae loco filiarum habeantur, quae in viri manu sunt. Inter eam vero quae cum extraneo, et eam quae cum viro suo coemptionem fecerit, hoc interest, quod illa quidem cogere coemptionatorem potest, ut se remancipet, cui ipsa velit, haec autem virum suum nihilo magis potest cogere quam et filia patrem. Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit: haec autem virum repudio misso proinde compellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset".

III) **Liberi in mancipio.** Essendo i liberi in mancipio di fatto pareggiati agli schiavi, diventano sui iuris come gli schiavi attraverso cioè la *manumissio vindicta*, *censu*, *testamento* (I, 138). Riguardo alle manomissioni delle persone in mancipio non valgono le limitazioni imposte dalle leggi *Elia Senzia* e *Fufia Caninia* per le manomissioni dei servi. Il *caput* in mancipio può, pagando una congrua somma, esigere d'esser liberato, questo non può esigere colui che sia stato dato in mancipio dal padre alla condizione che venga a lui rimancipato e colui che sia in mancipio *ex noxali causa*. Il *caput* in mancipio ha diritto a non subire vessazioni e ingiurie da parte di chi lo ha in mancipio e nel caso può esperire l'*actio iniuriarum* (I, 40). Al tempo di Gaio rimanevano in mancipio "diu" solo quelli che in mancipio erano "ex noxali causa". Per lo più le mancipazioni erano "dicens gratia", "uno momento" fittizie cioè, momentanee (I, 41), come abbiamo visto nell'emancipazione.

Se diamo uno sguardo sintetico alla famiglia classica la vedremo come un organismo politico costituito mediante la *potestas* che assoggetta i suoi membri al capo (*paterfamilias*). Ciò si dica tanto della potestà effettiva (*familia proprio iure*) quanto di quella ideale (*familia communi iure*). Quando questa potestà fosse venuta meno per effetto di esclusione dalla famiglia (per emancipazione) l'escluso non aveva più rapporti giuridici con la famiglia (nonostante gli eventuali rapporti di parentela naturale).

Questa fisionomia giuridica della famiglia classica fa sorgere irresistibilmente la necessità di un confronto con la costituzione della *civitas*: da questo confronto – come il Bonfante ha messo in luce – l'identità strutturale dei due organismi politici risulta completa. Questa struttura potestativa della famiglia era destinata a cadere: essa viene, infatti, via via costituita dalla struttura parentale cognatizia.

## B) **Diritto giustiniano.**

Premesse sulla struttura della famiglia. – Finora abbiamo esaminato la struttura classica della famiglia, esaminiamo ora quella della giustiniana. L'elemento differenziatore dell'uno e dell'altra sta in ciò: mentre l'essenza della famiglia classica è costituita dal **vincolo di potestà** (*agnatizio*) che unisce i membri della famiglia al comune *paterfamilias*, l'essenza della famiglia giustiniana è costituita dal **vincolo della parentela naturale** (*cognatizio*) che unisce i discendenti di un comune capostipite.

Anche la famiglia classica conosceva il vincolo di parentela naturale, ma esso non aveva per se stesso alcun valore giuridico, almeno pel diritto civile; questo valore assumeva solo in quanto esso fosse anche vincolo *agnatizio*. Un figlio naturale faceva parte della famiglia non perché procreato, ma perché soggetto alla potestà del *paterfamilias*. Nel diritto giustiniano, invece, il vincolo della parentela naturale ha valore giuridico per se stesso: la qualità del *filius* non deriva dal fatto dell'assoggettamento alla potestà, come nel diritto classico, ma dal

fatto della procreazione (si capisce, da nozze legittime). È per questo che l'adozione venne da Giustiniano riformata sul modello della procreazione, di qui la necessità (sconosciuta al diritto classico più antico) di una notevole differenza di età fra adottante e adottato (*adoptio imitatur naturam*); il principio che l'adozione genera non solo *adgnatio*, ma anche *cognatio*. Il figlio adottato, cioè, viene in tutto assimilato a un figlio procreato. Al concetto classico della potestà, dunque, come creatrice della famiglia agnatizia, si sostituisce nel diritto giustiniano quello della procreazione come creatrice della famiglia cognatizia.

Questo mutamento di concezione in ordine alla famiglia ha i suoi riflessi più importanti sul matrimonio e sulla costituzione interna della famiglia. Infatti: 1) il matrimonio (*nuptiae*) non è più, come in diritto classico, una delle varie cause di acquisto della potestà, e non è più quindi un atto dal quale è indipendente la creazione della famiglia: esso ora è la sola causa per la quale si costituisce la famiglia e si acquista la potestà; infatti anche l'adozione essendo ora costituita sul modello della procreazione presuppone l'istituto del matrimonio. Il quale perciò è, nel diritto giustiniano, l'atto giuridico che fonda la famiglia; 2) in ordine alla costituzione interna della famiglia è da dire che la posizione nuova assunta dal matrimonio ha fatto sì che le due categorie classiche di *alieni iuris* – liberi in potestate e donne in manu – (a prescindere dai servi e dalle persone in mancipio) si riducessero ad una sola: quella dei figli in **potestate parentum** (Inst. I, 8 pr.). E si capisce: se ormai la qualità di *filius* deriva dal fatto della procreazione (o della assimilazione ad essa) è chiaro che la madre non può essere nella familia **loco filiae**, come avveniva nel diritto classico.

Ad evitare erranee interpretazioni si tenga presente che il *ius potestatis* del *paterfamilias* sui discendenti non è venuto meno nel diritto giustiniano, esso c'è in questo diritto (v. Inst. I, 9, De patria potestate) come in quello classico; la differenza fra un periodo e l'altro consiste solo in ciò: che mentre la potestas classica è la causa della famiglia, la potestas familiaris giustiniana, come quella moderna, è effetto della famiglia. Insomma in diritto classico si può dire: c'è una famiglia perché si esercita (o si potrebbe esercitare) la potestas, in diritto giustiniano, invece, si deve dire: c'è una famiglia fondata sul matrimonio e attuata con la procreazione (o con la adozione a questa assimilata) e quindi si esercita la potestà.

Il matrimonio. – Poiché il matrimonio è l'atto giuridico che fonda la famiglia è necessario parlare prima di esso. Le definizioni date per diritto classico si possono ripetere per giustiniano al quale anzi sono conformi: infatti mentre la concezione classica del matrimonio esclude l'esistenza di un vincolo giuridico fra i coniugi e assimila il matrimonio ad una *res facti* (come il possesso) in guisa che tanto dura il matrimonio quanto durano le condizioni che esso presuppone, convivenza e *affectio maritalis*, la concezione giustiniana solleva il matrimonio a vincolo giuridico cui inerisce il carattere della continuità; in questo senso va interpretata la definizione di Inst. I, 9, 1: "*Nuptiae sive matrimonium*

est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens". Da questa concezione del matrimonio deriva anche la mutata natura del divorzio giustiniano; pur non essendo giunti all'idea dell'indissolubilità del vincolo, tuttavia il divorzio appare non più quale fatto immanente alla concezione stessa del matrimonio (come era in diritto classico) ma quale fatto intrinsecamente ripugnante a codesta condizione: infatti, quando il matrimonio è concepito come una *res facti*, non vi è ripugnanza a che questa *res facti* venga meno. Quando invece esso è concepito come un vincolo giuridico che fonda la famiglia, il divorzio appare intrinsecamente ripugnante a questo vincolo. Ripeto: il diritto giustiniano pur considerando come estremamente invisibile il divorzio, pure non lo esclude ma, comminando pene varie, lo ammette. Questi mutamenti nella concezione della famiglia e del matrimonio che lo fonda sono specialmente dovuti alla influenza del pensiero cristiano.

Anche per il diritto giustiniano, come già per quello classico, bisogna accennare alle condizioni richieste perché il matrimonio sia valido:

1) **età dei coniugi**: 14 anni per i maschi e 12 per le donne;

2) **consenso del paterfamilias** se gli sposi siano *alieni iuris*. Questo consenso non si richiede quando il paterfamilias sia *furiosus* (Inst. I, 10 pr.);

3) **inesistenza di impedimenti di parentela**, cioè:

a) le nozze sono vietate tra ascendenti e discendenti naturali o adottivi in infinito (Inst. I, 10, 1) per gli adottivi ciò vale anche quando l'adozione sia venuta meno;

b) le nozze sono vietate tra fratelli e sorelle naturali, consanguinei e uterini o anche adottivi, ma per questi ultimi l'impedimento cessa con l'adozione (Inst. I, 10, 2). Sono permesse fra discendenti di fratelli e sorelle (cugini); non sono permesse invece fra zio e nipote e zia e nipote (eod. 3);

4) **inesistenza di impedimenti di affinità**: le nozze sono vietate fra suocero e nuora, fra genero e suocera e rispettivamente tra il suocero e la madre della nuora (privigna) o il genero e la madre della suocera (norverca). Questo divieto, si capisce, presuppone che il matrimonio dal quale l'attività è derivata sia sciolto; altrimenti l'impedimento sorgerebbe dalla impossibilità di sposare chi è già coniugato (Inst. I, 10, 6-7). Altri casi di impedimento (eod. 8-10): fra questi è degno di nota l'impedimento derivante da condizione servile: ad es. un padre (ora liberto) non potrebbe sposare la figlia (essa pure un tempo serva ed ora libera); così dicasi dei fratelli e delle sorelle (eod. 10). Quando ricorreva qualcuno degli impedimenti elencati il matrimonio non poteva mai sorgere: le unioni che si fossero eventualmente verificate, mentre non potevano mai assurgere alla dignità giuridica di matrimonio, erano anche punite dalla legislazione giustiniana (eod. 12). I figli nati da queste unioni illecite sono considerati alla stregua di quelli che la madre ha **volgo concepti** (*spurii*) (quasi *sine patre filii*). Essi non ricadono sotto la potestà del padre, e ciò per il fatto che una potestà non può sorgere dove non è sorta (col matrimonio valido) la famiglia che esso presuppone.

Possiamo riferire anche al diritto giustiniano tutto quel complesso di disposizioni classiche relative al convalidarsi di *nuptiae non iustae* avvenute per errore etc. fra romani e stranieri (latini, peregrini)? No, per la semplice ragione che ormai la distinzione fra *cives* e *non cives* è sparita. Tuttavia anche il diritto giustiniano ci offre dei casi di figli venuti solo dopo la nascita nella patria potestà: ciò avviene nei casi di unione naturale, cioè di unione con persona nei confronti della quale non esistono impedimenti di sorta: poiché però questa unione non è matrimonio (non avendo le parti avuto in animo di contrarlo) i figli che nascono da esso non cadono subito sotto la potestà paterna: vi possono ricadere però, per “*subsequens matrimonium*” o per la c.d. “*oblatio curiae*” o anche per “*rescriptum principis*”. Quando si verifichi qualcuna di queste ipotesi si ha la legittimazione della prole naturale; tale legittimazione (come è evidente) non potrebbe mai aver luogo per la filiazione incestuosa. (Appare da queste nozioni come il diritto giustiniano ponga già netta la triplice distinzione di filiazione legittima, naturale, incestuosa, che sta a base anche della teoria della filiazione nel diritto moderno).

L'adozione. – Come il matrimonio così l'adozione è fonte di filiazione: il primo è fonte di filiazione legittima, il secondo è fonte di filiazione adottiva. Anche questo istituto ha mutato profondamente fisionomia nel passare dal diritto classico a quello giustiniano: nel diritto classico esso è un modo di acquisto della potestà sopra persone *sui iuris* (*adrogatio*) e *alieni iuris* (*adoptio*): nel diritto giustiniano esso invece è fonte di filiazione e costituisce un surrogato della procreazione naturale. Ancora nel diritto giustiniano permangono due specie di adozione: *arrogazione* (adozione di un *sui iuris*) e *adozione in senso stretto* (adozione di un *alieni iuris*), la prima si fa con “*principali rescripto*” e cioè con un rescritto dell'imperatore, la seconda con “*imperio magistratus*”. Le innovazioni portate da Giustiniano all'*adoptio* (in senso stretto) sono profonde: una costituzione imperiale, infatti, distingue fra adozione piena e *minus plena*: la prima ha luogo quando il padre adottante sia l'avo paterno (il che può aversi quando il padre naturale sia stato emancipato) o materno dell'adottato, la seconda quando sia estraneo. Ora solo nel primo caso il padre adottivo acquista la potestà del figlio adottato (e la perde il padre naturale), nel secondo caso invece, *iura potestatis naturalis patris minime dissolvuntur nec quicquam ad patrem adoptivum transit nec in potestate eius est*. Da ciò deriva che il figlio adottato resta in questo secondo caso in potestà del padre originario; il solo effetto dell'adozione è qui quello di attribuire all'adottato i diritti di successione intestata rispetto all'adottante (*iura successionis ab intestato filio adoptivo tributa sunt*). Basta questa modificazione apportata all'istituto dell'adozione a mostrare come la struttura della famiglia sia essenzialmente modificata nel diritto giustiniano.

Un'altra modificazione ispirata al principio dell'assimilazione della prole adottiva a quella naturale (Inst. I, 11, 8) è quella concernente l'età dell'adottato: mi-

norem natu non posse maiorem adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur, Inst. I, 11, 4: quindi la differenza di diciotto anni fra adottante e adottato.

Anche nel diritto giustiniano, come in quello classico, è possibile adottare non solo come figlio ma anche come nipote, pronipote etc. purché però, si tenga presente che in questi casi si richiede il consenso del figlio (se c'è) di cui l'adottato verrà, a sua volta, considerato figlio: ciò per ragioni ereditarie (ne invito ei suus heres adgnascatur). Tale consenso non si richiede invece allorché l'avo dà in adozione il nipote: in questo caso, infatti, non ricorrono le ragioni ereditarie che giustificano nel primo caso tale consenso (Inst. I, 11, 7).

La facoltà di dare in adozione un figlio adottivo, facoltà pienamente comprensibile nel diritto classico, è concessa in quello giustiniano solo per i casi di adoptio plena, cioè per il fatto che in questo caso "is qui adoptatus vel adrogatus est adsimilatur ei qui ex legitimo matrimonio natus est" (Inst. I, 11, 8). In ordine alla adrogatio è da dire che essa pure è profondamente modificata dal diritto giustiniano e ciò non solo come necessaria conseguenza delle modificazioni subite dalla adoptio (limiti di età, facoltà di arrogare etc.) ma anche per statuizioni esplicite della legislazione imperiale. Notevoli fra tutti sono quelle relative alla **adrogatio dell'impubere**; tale adrogatio, come si sa (Gaio I, 102) era soggetta a speciali restrizioni già nel diritto classico: Giustiniano dispose che l'adottante debba 1) garantire "personae publicae, hoc est tabulario, si intra pubertatem pupillus decessit, restitutum se bona illis qui, si adoptio facta non esset, ad successionem eius venturi essent; 2) item non alias emancipare eos potest adrogator, nisi causa cognita digni emancipatione fuerint et tunc sua bona eis reddat; 3) sed et si decedens pater eum exheredaverit vel vivus sine iusta causa emancipaverit, iubetur quartam partem ei suorum bonorum relinquere, videlicet praeter bona quae ad patrem adoptivum transtulit et quorum commodum ei adquisivit postea" (Inst. I, 11, 3). L'arrogazione giustiniana si fa principali rescripto ed ha per effetto come l'adozione di assimilare l'arrogante e i suoi discendenti (se ne ha) (Inst. I, 11, 19) alla prole legittima dell'arrogante.

Come si esce dalla patria potestas. – Anche nel diritto giustiniano come in quello classico si può uscire dalla patria potestas; ma la natura e gli effetti di questa uscita nei due diritti sono radicalmente diversi. Nel diritto classico uscire dalla patria potestas significava uscire dalla famiglia e divenire rispetto ad essa giuridicamente straniero. Vincolo potestativo e vincolo familiare sono nel diritto classico una sola cosa; spezzato l'uno è spezzato l'altro automaticamente. Nel diritto giustiniano invece i due vincoli sono distinti: il venir meno del vincolo potestativo quindi non importa anche il venir meno di quello familiare. Da ciò questa conseguenza, che coloro che escono dalla patria potestà per emancipazione non divengono giuridicamente estranei alla famiglia del padre; la emancipazione, quindi è equiparata, quanto agli effetti, alle altre cause naturali della liberazione dalla patria potestà. Queste sono: 1) la morte del padre (Inst. I, 12 pr.);

2) la deportatio (al posto dell'antica aqua et igni interdictio) cui non segue una **restitutio** da parte dell'imperatore. La semplice relegatio in insulam non importa perdita della patria potestà (Inst. I, 12, 1-2); 3) la damnatio che fa diventare servo il padre (damnatio) o il figlio (eod. 3); 4) l'assunzione al patriziato (ibid. 4, 5); 5) la prigionia di guerra (osservandosi però il principio del postliminium, Inst. I, 12, 5), si disputava, a questo proposito, già nel diritto classico: Gaio I, 129 – se in caso di morte presso il nemico si dovesse considerare questa morte come avvenuta nel tempo della caduta in prigionia. Ciò non aveva effetti pratici molto importanti. Vedi l'esempio di Teofilo. C'erano due figli: uno diligente e l'altro pigro. Il padre era caduto in prigionia, il diligente commerciava accrescendo il patrimonio di mille (era originariamente di 2000). Si sa la notizia della morte paterna; problema: i fratelli dovranno considerare come eredità 2000 o 3000? Nel diritto giustiniano le forme antiche dell'emancipazione sono abolite; è sufficiente che padre e figlio vadano presso il magistrato competente e qui il padre dichiari di volere emancipare il figlio: "hunc emancipo meaque manu dimitto" (Teof. p. l). Come si è detto, l'emancipazione giustiniana non importa rottura dei vincoli parentali e non fa quindi estranei fra loro l'emancipato e i parenti membri della famiglia originaria. Ciò appare chiaramente nella successione ereditaria: il figlio emancipato vi è chiamato al pari dei figli non emancipati.

Un ultimo caso, infine, di liberazione della potestà cui segue però l'acquisto di potestà da parte di un paterfamilias nuovo è quella dell'adoptio plena; Inst. I, 11, 9 (si ricordi, fatta con l'avo o col proavo naturale). È infine da avvertire che in caso di concepimento prima dell'adozione o dell'emancipazione del figlio, il concepito che nascerà cadrà sotto la potestà dell'avo: se il concepimento è avvenuto dopo cadrà sotto la potestà del padre naturale adottato o emancipato (Inst. I, 11, 9). Possiamo anche nel diritto giustiniano parlare di modi di liberazione dalla manus o dal mancipium? No, perché questi istituti sono scomparsi già nel diritto postclassico; da ciò la soppressione che i compilatori hanno operato nelle loro Istituzioni dei corrispondenti paragrafi delle Istituzioni giurine.

Posizione giuridica delle persone alieni iuris nell'interno della famiglia giustiniana e rispetto ai terzi. – Gli alieni iuris – cioè ormai discendenti – sono legati al paterfamilias da un rapporto giuridico di soggezione; per effetto di questa soggezione il padre esercita sui figli la potestas ma il contenuto di tale potestas è grandemente limitato nel diritto giustiniano sino ad essere ristretto entro i confini di un potere di direzione e di disciplina. Infatti non c'è più il classico ius vitae ac necis, è abolito anche il ius noxae dandi (rimasto solo per gli schiavi) e quanto al ius vendendi (che per effetto di gravi crisi economiche aveva assunto vaste proporzioni nel diritto postclassico – questo ius vendendi rappresenta un vero regresso storico facendo cadere in servitù il figlio) esso viene nel diritto giustiniano fortemente limitato concedendosi il riacquisto della libertà mediante la restituzione del prezzo. Questo in ordine alla potestas; dal punto di vi-

sta poi della personalità giuridica di diritto privato (capacità di essere titolare di rapporti giuridici patrimoniali e quindi di un patrimonio proprio) le differenze fra diritto giustiniano e il classico sono radicali: perché mentre in diritto classico è regola generale che il figlio non abbia patrimonio proprio, perché tutto ciò che acquista lo acquista solamente al paterfamilias (eccezione per solo peculium castrense), nel diritto giustiniano acquista moralmente per sé (peculio castrense, quasi castrense, bona materna, bona adventicia etc.) e il padre non su questi acquisti che un semplice diritto di usufrutto legale (in alcuni casi gli è negato anche questo: ad es. quando il figlio acquista un'eredità contro il volere del padre o con l'espressa condizione apposta dal testatore che il padre non abbia l'usufrutto legale). Gli acquisti al padre non avvengono ormai che da due soli casi: 1) quando siano fatti ex re patris; 2) quando siano fatti per iussum del padre "quod autem per liberos, quos in potestate habetis, ex obligatione fuerit adquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum proprietatis et usus fructus, quam nostra discrevit constitutio: ut, quod ab actione commodum perveniat, huius usum fructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur" (Inst. III, 28 pr.).

Come si vede il principio classico secondo cui in una famiglia non c'è che **una sola personalità giuridica di diritto privato**, quella del paterfamilias (e quindi un solo patrimonio) è infranto, perché è possibile che nell'interno di una famiglia vi siano ora **più personalità giuridiche di diritto privato** e quindi più patrimoni. Il diritto giustiniano però non dedusse da questo nuovo principio tutte le conseguenze di cui esso era capace; in particolare non ammise, come invece era logico ammettere, la valida esistenza di rapporti giuridici tra padre e figlio.

Rimangono, se ne capisce la ragione, i casi di rappresentanze (a. de peculio, a. quod iussu, a. institoria, a. exercitoria, a. de in rem verso) in cui il figlio, in base alla esplicita o implicita autorizzazione paterna, obbliga direttamente il padre.

## OSSERVAZIONI CONCLUSIVE SUL DIRITTO FAMILIARE

### a) **Diritto classico.**

a) **Essenza giuridica della famiglia romana classica:** un rapporto di potestà. Esso può essere: 1) effettivo; 2) ideale. Nel primo caso (effettivo) la familia si dice proprio iure ed è costituita da plures personae sub unius potestate subiectae (titolare di questa potestas è il paterfamilias), nel secondo caso la familia si dice communi iure ed è costituita da tutti coloro che sarebbero soggetti alla potestà del comune paterfamilias se costui non fosse morto. Nell'un caso e nell'altro l'esistenza della famiglia è costituita dal vincolo di potestà (effettivo o ideale) che prende il nome di vincolo agnatizio.

b) **Fonti del rapporto di potestà:** 1) la procreazione da giuste nozze (le quali, perciò, per se stesse non sono fonte di potestà). Si noti come le nozze non

siano l'atto giuridico che fonda la famiglia ma uno stato di fatto (*res facti*) dal quale potrà derivare una fonte di potestà (la procreazione); 2) l'adrogatio e l'adoptio; 3) la *conventio in manum* (per le donne).

c) **Cause di estinzione del rapporto di potestà:** 1) la morte naturale o civile (*capitis deminutio maxima et media*); 2) la *capitis deminutio minima* (del *paterfamilias* o del soggetto a potestas, *emancipatio*, *datio in adoptionem*, *adrogatio*, liberazione dalla *manus*). Si noti come la *capitis deminutio minima*, al pari della *media*, escluda il *capite deminutus* non solo dalla famiglia proprio iure ma anche da quella *communi iure*.

#### d) **Effetti del rapporto.**

1) **Effetti passivi:** assoggetta i membri della famiglia all'autorità illimitata del *paterfamilias* (autorità che si spinge teoricamente fino al *ius vitae ac necis*) privandoli della personalità giuridica propria (*alieni iuris*). Da ciò la conseguenza che gli *alieni iuris* né hanno patrimonio proprio né possono essere titolari (almeno secondo una concezione rigorosa) di rapporti giuridici propri. Si noti, però, come al *filius familias*, nel diritto classico, sia già riconosciuta una certa personalità giuridica: egli può assumere obbligazioni in proprio pur essendo queste obbligazioni (per mancanza di patrimonio) praticamente inutili; egli, inoltre, può stare in giudizio. E, infine, è a lui riconosciuta la piena titolarità del *peculium castrense*;

2) **effetti attivi:** il *paterfamilias* ha sui soggetti una illimitata autorità, egli ne può disporre come crede (*ius noxae dandi*, *ius vendendi*) o può sinanco ucciderli (*ius vitae ac necis*). Il *paterfamilias* soltanto ha personalità giuridica, egli soltanto, quindi, ha il patrimonio ed è titolare di rapporti giuridici. L'attività che gli *alieni iuris* esplicano coi terzi è giuridicamente rilevante – almeno secondo il diritto pretorio – solo in quanto sia stata tacitamente o esplicitamente autorizzata dal *paterfamilias*; in tale caso gli effetti giuridici di questa attività si producono direttamente sul *paterfamilias*. Lo stesso è da dire allorché questa attività pure non autorizzata rechi incremento al patrimonio paterno: in questa ipotesi l'*alieni iuris* viene senz'altro considerato come organo di acquisto del *paterfamilias*.

Rapporto fra *civitas* e famiglia. È principio fondamentale del diritto romano più antico che lo stato non si intrometta in nulla nel regolamento interno della famiglia: il *ius potestatis* è **moribus introductum**: la disciplina del rapporto, cui esso dà luogo, è in tutto lasciata alle norme tradizionali.

#### b) **Diritto giustiniano.**

Essenza giuridica della famiglia giustiniana. Un rapporto legittimo di parentela naturale. Su questo rapporto di parentela si fonda il rapporto di potestà che assoggetta i discendenti all'autorità del padre. Il complesso dei parenti

discesi da un comune capostipite forma il gruppo cognatizio (la famiglia comuni iure giustiniana) il complesso dei discendenti da uno stesso padre soggetti al rapporto di parentela e al rapporto di potestà costituisce la famiglia proprio iure. Rapporto di parentela e rapporto di potestà sono quindi due distinti rapporti in certa guisa indipendenti nonostante siano paralleli nella famiglia proprio iure e vanno separatamente studiati.

I) **Rapporto di parentela:** è il rapporto che si stabilisce fra le persone che discendono da un medesimo stipite:

a) **fonte del rapporto di parentela:** la procreazione entro il gruppo parentale da nozze legittime (*iustae nuptiae*) o l'adozione (che nel diritto giustiniano assimila l'adottato al procreato);

b) **causa di estinzione del rapporto di parentela:** la morte naturale o civile (*capitis deminutio maxima et media*);

c) **effetti del rapporto di parentela:** soprattutto importante è il diritto di successione legittima.

II) **Rapporto di potestà:** è il rapporto che si stabilisce tra il padre e i suoi discendenti: il rapporto di potestà quindi è parallelo a quello di parentela e vi si fonda. Da ciò deriva che la famiglia giustiniana non si esaurisce nel rapporto di potestà, questo rapporto invece presuppone quello di parentela nel quale sta propriamente l'essenza della nuova famiglia:

a) **fonte di rapporto di potestà:** la procreazione da giuste nozze (si noti la posizione centrale che ha il matrimonio nel diritto giustiniano; esso costituisce ora l'atto giuridico che fonda, attraverso la procreazione, tanto il rapporto di parentela quanto quello di potestà) o l'adozione (assimilata alla procreazione);

b) **cause di estinzione del rapporto di potestà:** la morte (naturale o civile) di una delle due parti o la *capitis deminutio minima* (emancipazione; *datio in adoptionem*). Si noti come la *capitis deminutio minima* estingua il rapporto di potestà senza estinguere quello di parentela (indice, questo, della indipendenza dei due rapporti): da ciò deriva che l'emancipato serba inalterati i diritti ereditari rispetto a coloro cui è legato dal vincolo di parentela (quindi anzitutto rispetto al padre, dalla cui potestà è uscito).

Rapporti fra Stato e famiglia. L'antico principio di esclusione dello Stato da ogni ingerenza nella disciplina dei rapporti familiari non è più applicato nel diritto giustiniano. Una legislazione notevole regola, ad es., l'istituto base di questi rapporti, il matrimonio.

### c) **Diritto moderno.**

Se diamo uno sguardo al diritto familiare moderno vediamo come esso sia impostato sui due rapporti di parentela e di potestà.

Infatti:

- 1) artt. 74-77 C.C.: determinazione del rapporto di parentela;
- 2) artt. 79 e sgg. C.C.: disciplina dell'atto giuridico (il matrimonio) che attraverso la procreazione fonda il rapporto di parentela;
- 3) artt. 231 e sgg. C.C.: disciplina della filiazione fonte del rapporto di parentela;
- 4) artt. 291 e sgg. C.C.: disciplina della adozione fonte essa pure, in quanto assimilata alla procreazione, del rapporto di parentela;
- 5) artt. 315 e sgg. C.C.: rapporto di patria potestà, conseguente e parallelo a quello di parentela;
- 6) artt. 390 e sgg. C.C.: causa di estinzione del rapporto di potestà (emancipazione).



## TUTELA E CURA

### LA TUTELA.

Dopo aver studiato il rapporto di potestà – la patria potestas – cui sono soggetti gli alieni iuris, dobbiamo ora studiare un rapporto di potestà – la tutela – cui sono soggette alcune categorie di persone sui iuris: precisamente gli impuberi e cioè gli uomini sino ai 14 anni e le donne sino ai 12 anni. In diritto classico la donna era sempre soggetta a tutela. Prima di studiare la natura giuridica di questo rapporto potestativo del diritto classico, sarà bene esporre la concezione che della tutela si ha nel diritto moderno: in questo modo apparirà più netta la diversità della concezione classica.

Nel diritto moderno la tutela e la cura sono istituti la cui finalità è specialmente quella di sostituire o di integrare la mancante o insufficiente capacità di agire (non di diritto) di certe categorie di persone (fanciulli, interdetti, inabilitati, pazzi etc.) non più soggette alla patria potestas. Mentre, quindi, secondo la concezione moderna – e quella giustiniana – la tutela e la cura hanno una finalità protettiva, secondo la concezione classica più antica la tutela viene considerata come un rapporto di potestà, parallelo, seppure meno intenso, al rapporto di patria potestas. E come questo ultimo rapporto non può essere considerato come rapporto a finalità protettiva, ma come una esplicazione della personalità del paterfamilias, così il rapporto tutelare è concepito come l'esplicazione della personalità del tutore. Con termine impreciso si può dire che la tutela classica è piuttosto un diritto che non un onere del tutore.

#### A) **Diritto classico**

La tutela classica è dunque un rapporto giuridico potestativo analogo a quello di patria potestas cui sono soggetti gli impuberi sui iuris (fino a 14 anni) e le donne. **Tutela** – dice Servio – **est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter suam aetatem se defendere nequit.**

Studieremo:

- 1) chi sono i soggetti a tutela (parte passiva del rapporto);
- 2) come nasce il rapporto tutelare (nomina, cioè, del tutore);
- 3) quali sono gli effetti del rapporto tutelare (compito del tutore e rapporto fra pupillo e tutore).

**I.** – In diritto classico sono soggetti a tutela gli impuberi sui iuris sino a 14 anni e le donne di qualunque età. La ragione giuridica di questa soggezione alla tutela va ricercata per gli impuberi – almeno in epoca classica – nella incapacità a gestire i propri affari: ma che questa medesima ragione potesse anche addursi per le donne pare strano anche ai classici. Gaio infatti dice: “*impuberes quidem in tutela esse omnium civitatum iure contingit, quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur. Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur; nam quae vulgo creditur; quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant*” (I, 189-190).

La ragione giuridica della soggezione delle donne a tutela sta forse nel fatto che in antico le donne non potevano mai essere sui iuris ma sempre soggette alla potestas di un paterfamilias: affermatosi il principio che potessero essere anche sui iuris, questa nuova posizione giuridica delle donne non giunse sino ad identificarsi con quella di un paterfamilias e ne venne differenziata mediante la soggezione a tutela della donna sui iuris. Del resto questa ipotesi vale forse anche per gli impuberi sui iuris. In ordine all'età degli impuberi soggetti a tutela vi fu dissenso fra i giuristi classici (sabiniani e proculiani); in definitiva, però, si affermò il principio proculiano che stabiliva l'età di 14 anni come limite della tutela (I, 196).

**II. – Designazione del tutore.** – Alla morte del paterfamilias le persone immediatamente soggette alla sua potestà diventano sui iuris. Ora gli impuberi e le donne (fra questi sui iuris) ricadono sotto la soggezione del tutore. Chi ha designato questo tutore? La designazione del tutore può avvenire: a) per **testamento** ad opera del paterfamilias; b) in mancanza di designazione testamentaria, per **designazione della legge delle XII Tavole**; c) o in certi casi per **designazione magistratuale**.

a) **Tutela testamentaria.** Può essere disposta da un paterfamilias per i figli impuberi e le figlie (persone soggette immediatamente alla potestà del padre, I, 144-145). Quanto ai nipoti e alle nipoti è possibile disporre nei loro riguardi una tutela solo se il padre che li precedeva nella soggezione alla potestà nell'avo sia premorto all'avo o sia uscito (ad esempio per emancipazione) dalla potestà. In questi casi siccome alla morte dell'avo i nipoti non ricadono nella potestà del loro padre ma divengono sui iuris è possibile all'avo di disporre

nei loro riguardi una tutela (I, 146). Anche ai postumi si può nominare un tutore, purché essi però “in ea causa sint ut si vivis nobis nascantur in potestate nostra fiant” (I, 147). È evidente che possa il paterfamilias nominare un tutore alla moglie che è loco filiae o alla nuora che è loco neptis: in quest’ultimo caso bisogna presupporre la morte del marito precedente a quella dell’avo (I, 148).

La nomina del tutore non può avvenire che per testamento usando certe formule determinate: es. **Lucium Titium liberis meis tutorem do** ovvero **Liberis meis Titius tutor esto** (I, 149). La ragione giuridica per cui la nomina del tutore non può farsi che per testamento va ricercata nel fatto che forse in antico tutore era l’heres. Relativamente alla tutela testamentaria disposta per la donna è da ricordare un caratteristico istituto: quello dell’**optio tutoris** (I, 150). Il paterfamilias nel testamento disponeva la tutela così: **Titiae uxori meae tutoris optionem do** (I, 150); in virtù di questa disposizione generica la donna aveva diritto di scegliere quale tutore la persona che le aggradiava. Questa optio poteva essere **plena** o **angusta**: era piena quando veniva usata la formula sopra trascritta senza limitazioni di sorta. In tal caso la donna poteva procedere a un numero illimitato di optiones. L’optio invece era angusta quando veniva limitata ad una volta o ad un numero determinato di volte. **Titiae uxori meae tutoris optionem duntaxat semel do aut duntaxat bis do** (I, 151-153).

**b) Tutela legittima.** Quando il paterfamilias non abbia provveduto a nominare il tutore (perché non ha fatto testamento o perché pur avendolo fatto non ha disposto per la tutela) la designazione di quest’ultimo ha luogo in base alla legge delle XII Tavole. Tutore è l’agnatus proximus. Anticamente sotto la tutela di costui ricadevano tanto gli impuberi quanto le donne sui iuris, ma una lex Claudia sottrasse le donne alla tutela agnatizia; pertanto questa tutela ebbe luogo da allora in poi solo per gli impuberi (I, 157).

Sappiamo già chi sono gli agnati (coloro che sarebbero soggetti alla potestà del comune capostipite se costui fosse vivo: in questo senso è da intendere Gaio I, 156). Se il vincolo agnatizio sia stato infranto da una delle tre capitis deminutiones: **maxima** – perdita della libertas, e caduta in schiavitù (I, 160); **media** – perdita della civitas (I, 161); **minima** – uscita dalla famiglia, ad es. per emancipazione, per adozione, dazione in mancipio, coemptio (I, 162); allora cessando il capitis deminutus di essere un agnato a lui non potrà esser più deferita la tutela (I, 158-162). Così, ad es. se vi sono un impubere, un fratello pubere emancipato ed uno zio agnato (fratello del paterfamilias defunto) la tutela per l’impubere sarà deferita allo zio agnato e non al fratello (I, 163).

Come si è detto la tutela legittima spetta all’agnato prossimo, costui diventa tutore ipso iure, senza che si richieda alcun atto di accettazione ed anche contro la sua volontà (Ulp. XI, 17). Anche quindi se intendesse rinunciare, la rinuncia non determinerebbe delazione della tutela ad un grado ulteriore: il rinunciante rimarrebbe sempre, secondo il ius civile, tutore. Se non vi sono agnati la

tutela viene deferita al gruppo gentilizio: di questa tutela gentilizia parlava forse Gaio in I, 164 (lacunoso).

Tutela legittima dei patroni. I liberti impuberi e le liberte sono soggetti – in virtù del rapporto giuridico di patronato – alla tutela dei loro patroni e (se questi sono morti) dei loro discendenti. Ciò in base alla legge delle XII Tavole: non perché tale legge esplicitamente menzionasse la tutela dei patroni, ma perché la giurisprudenza sul modello della tutela legittima, credette, per interpretazione, ricompresa nella legge anche quella dei patroni. La causa di tale interpretazione va ricercata nel fatto che la legge delle XII tavole richiama i patroni all'eredità dei liberti morti senza lasciare discendenti o senza aver fatto testamento. Per questo fatto, in base al principio “*ibi hereditas ubi tutela*” o “*crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos (patronos) pertinere, quia et agnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat*” (I, 165). Allo stesso modo in virtù del quasi rapporto di patronato il *paterfamilias* è tutore legittimo degli impuberi e delle donne già soggetti alla sua potestà o da lui (nelle debite forme della *mancipatio* – una e tre – *remancipatio* e *manumissio*) emancipati (I, 166). Questa tutela viene a lui deferita solo nel caso che la manomissione del figlio *mancipato* (e *remancipato*) sia stata da lui compiuta. Quando, invece, l'abbia compiuta l'estraneo, è a costui che viene deferita la tutela. In questo caso si ha la **tutela fiduciaria** (*id est quae ideo nobis competunt, quia liberum caput mancipatum nobis vel a parente vel a coemptionatore manumiserimus*, I, 166 a). In ordine finalmente alla tutela patronale è da richiamare la posizione speciale dei latini iuniani divenuti tali perché manomessi dal proprietario bonitario. La tutela di costoro spetta non al proprietario bonitario che li ha manomessi, ma a quello quiritario. In questo caso si ha un'eccezione al principio “*ubi hereditas ibi tutela*”, infatti mentre in questo caso l'eredità viene attribuita al proprietario bonitario, la tutela viene attribuita a quello quiritario, “*unde si ancilla ex iure Quiritium tua sit, in bonis mea, a me quidem solo, non etiam a te manumissa Latina fieri potest, et bona eius ad me pertinent, sed eius tutela tibi competit*” (I, 167).

c) **Tutela dativa.** Quando non vi fosse stato né un tutore testamentario né un tutore legittimo si procedeva alla nomina di un tutore dativo: avevano la potestà della nomina a Roma il Pretore Urbano assistito dalla maggioranza dei Tribuni della plebe, in provincia i Presidi. Questa figura del tutore dativo fu creata da due leggi: la *lex Atilia* (dove anche il nome di *tutor Atilianus*) e la *legge Iulia et Titia*. I casi in cui tale nomina ricorreva sono riferiti da Gaio (I, 186-187): “*Et ideo si cui testamento tutor sub condicione aut ex die certo datus sit (es. se la nave verrà dall'Asia ovvero a cominciare dagli Idi di aprile), quamdiu condicio aut dies pendet, tutor dari potest: item si pure datus fuerit, quamdiu nemo heres existat, tamdiu ex his legibus tutor petendus est; qui desinit tutor*

esse, posteaquam aliquis ex testamento tutor esse coeperit. Ab hostibus quoque, tutore capto, ex his legibus tutor peti dabet; qui desinit tutor esse, si is qui captus est in civitatem reversus fuerit; nam reversus recipit tutelam iure postliminii”. Come appare da queste ipotesi giuridiche in cui ricorre la tutela dativa, questa tutela ha una funzione in certo modo surrogatoria della vera tutela: la testamentaria e la legittima. La natura giuridica profondamente diversa della tutela dativa che è veramente un onus, appare evidente nel fatto che la tutela dativa si estingue appena è possibile quella testamentaria o quella legittima, al cui posto essa viene provvisoriamente disposta. Ora, questo immanente principio di provvisorietà, che mostra la tutela dativa, non appare nelle altre due forme di tutela, nelle quali è anzi immanente il principio della inamovibilità; un tutore legittimo non può essere spogliato della sua qualità di tutore (per nessuna ragione): e così può dirsi, sia pure con qualche temperamento, anche per il tutore testamentario. Appunto per questa inamovibilità del tutore (legittimo e testamentario) si dovette ricorrere alla creazione di un senatoconsulto per permettere in certi casi speciali la nomina di un altro tutore al posto di quello esistente. (Il potere di nomina spetta al pretore in Roma o ai presidi delle province). Questa nomina, peraltro, fu configurata piuttosto come *datio in locum*, come sostituzione di una persona nella titolarità di un medesimo ufficio anziché come creazione di un nuovo ufficio tutelare.

Questi casi speciali sono:

1) **assenza del tutore**: la donna in questa ipotesi in *absentis tutoris locum alium petere*. Ciò non è permesso per il caso di tutela patronale (I, 173, 174, 175: si fa eccezione solo per l'adizione di una *hereditas*, I, 176);

2) **impubertà del patrono tutore**: quando sia necessario procedere alla costituzione di una dote a favore della donna soggetta a tutela, ciò in base anche alla legge Giulia de *maritandis ordinibus* (I, 177-178); lo stesso dicasi in caso di tutore legittimo furioso o muto, incapace, quindi, di prestare la sua *auctoritas* per la costituzione della dote. In tutti i casi in cui viene nominato provvisoriamente un tutore al posto del patrono, rimane sempre salva la titolarità dell'ufficio tutelare del patrono medesimo (o del figlio) (I, 181): “*Quibus casibus salvam tutelam patrono patronique filio manifestum est*”. Un caso di *datio in locum* si ha pure allorché il tutore testamentario viene rimosso dalla tutela perché *suspectus* e perché vi sia una giusta causa di esonero (I, 182). Un ultimo caso di tutore nominato a colui che ne ha già uno è quello del *tutor praetorius* nominato dal Pretore a favore del pupillo o della donna che debbono esperire una *legis actio* contro il tutore primitivo (che debbono intentare un processo nella forma della *legis actio*). Poiché, dice Gaio I, 184: “*ipse tutor in re sua auctor esse non poterat* (cioè non poteva prestare l'*auctoritas* in un negozio che aveva proprio riferimento a lui – in *re sua*) *alius debatur, quo auctore legis actio perageretur: qui dicebatur praetorius tutor quia a praetore urbano dabatur*”. Sorse dubbio fra i giuristi classici se dovesse ancora considerarsi in vita questa

specie di tutore dopo la scomparsa del procedimento per *legis actionem* e l'introduzione di quello formulare; alcuni giuristi erano di avviso che questa nomina di tutore avesse luogo ancora nel caso di un *iudicium legitimum* (processo con formula instaurato a Roma tra cittadini romani innanzi al pretore urbano). In tutti questi casi il tutore nominato dal pretore appare più che come un vero e autonomo tutore, un tutore aggiunto il quale ha l'esercizio ma non la titolarità della tutela. Una figura questa, analoga a quella dell'*actor* o curatore *periculo tutoris* (Inst. I, 23); costui può essere nominato dal pretore su richiesta del tutore per varie ragioni: estensione del patrimonio, salute del tutore etc.

Confronti fra i tre tipi di tutela. Il tipo più arcaico di tutela è certamente quello che in epoca classica ci offre la tutela legittima. Qui la tutela appare come una *potestas* spettante necessariamente a colui che occupa nella famiglia agnaticia il posto più prossimo. Essa dunque appare come uno di quei diritti familiari che sono inerenti allo *status familiae*: di essi non si può né essere spogliati né esonerati. Sotto questo aspetto la tutela appare governata dai medesimi principi che reggono la *hereditas*. Vedremo infatti come la vocazione legittima appaia concepita come inerente allo stato familiare. In questo legame necessario fra posto familiare e vocazione tutelare e legittima sono da ricercare le ragioni di un istituto che ha applicazione e funzione nella tutela e nella *hereditas*; quello della *in iure cessio tutelae* e della *in iure cessio hereditatis*.

Ecco di che si tratta.

Abbiamo già detto che la tutela legittima spettava necessariamente all'agnato prossimo (o al patrono); costui, voglia o non voglia, è tutore, anche se intendesse rinunciare, la rinuncia non avrebbe valore: la vocazione tutelare si fermerebbe lo stesso in capo a lui e non passerebbe all'agnato seguente. Ora, questo medesimo fenomeno avviene nell'eredità legittima (o intestata che dir si voglia): vedremo come *heres legitimus* è, in mancanza di sui discendenti del defunto, l'*adgnatus proximus*: orbene costui, chiamato all'eredità, anche se rinuncia non fa passare all'agnato seguente la vocazione. Come fare allora per raggiungere praticamente i medesimi effetti di una rinuncia? Si ricorre a un finto processo: l'agnato prossimo e la persona, cui si vuol cedere la tutela o la *hereditas*, vanno innanzi al pretore (*in iure*): ivi la persona beneficiaria afferma solennemente di essere tutore ed erede: il vero tutore ed erede anziché contraddire queste affermazioni tace: per effetto di questo silenzio si considera come vera l'affermazione dell'attore il quale viene, perciò stesso a trovarsi nella posizione di tutore o di erede.

Questi punti di contatto non ci devono far dimenticare le differenze fra i due istituti. Così, decisiva agli effetti dell'*in iure cessio hereditatis* è la circostanza se essa sia intervenuta prima o dopo l'adizione dell'eredità da parte del chiamato. Nel primo caso *proinde fit heres is cui in iure cesserit ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset* (II, 35). Effetti simili non si hanno nell'*in*

*iure cessio tutelae*: vediamola più da vicino. Potevano compierla i tutori legittimi (agnati, patroni o quasi patroni) in ordine alla tutela muliebre: per la tutela *impuberum* per tempo si affermò il principio che essa non potesse essere ceduta quia non videtur onerosa cum tempore pubertatis finiatur (I, 168). Per altro anche la tutela muliebre degli agnati è da ricordare che essa venne meno con la *lex Claudia*: perciò dice Gaio che *nihil tempore de cessicia tutela quaeritur, cum agnatorum tutelae in feminis lege Claudia sublatae sint* (I, 171). Anche per la tutela fiduciaria si affermò il principio della esclusione per essa della *iure cessio*. Per la distinzione tra tutori fiduciari e parenti vedi in ordine a questa questione Gaio I, 172.

In conseguenza della *iure cessio* si stabilisce fra tutore originario e tutore *cessicio* il seguente rapporto: il tutore *cessicio* è tale fino a quando vive il tutore originario; che se questi muoia o sia *capite deminutus*, allora il tutore *cessicio* cessa di essere tale e si fa luogo ad una nuova tutela legittima. In conseguenza di questa nuova delazione sarà ora tutore legittimo colui che risulterà occupare il posto di agnato prossimo (... a *cessicio* tutela *discedit et revertitur ad eum, qui post eum qui cesserat secundum gradum in ea tutela habuerit*, I, 170). D'altro canto, se il tutore *cessicio* muore o sia *capitis deminutus* la tutela rimane al tutore originario (I, 170).

Se volessimo spiegarci il perché di questi fenomeni basterebbe fermare l'attenzione sulla qualità di agnato cui aderisce necessariamente quella di tutore. Il tutore *cessicio* è tale perché si finge che egli occupi il posto di agnato prossimo: ma appena questa finzione non è più possibile, non è più neanche possibile fingere tutore il *cessicius*. Così se muore o è *capitis deminutus* l'agnato prossimo, vengono meno i diritti familiari che a lui spettavano: perciò anche quei diritti familiari che pel tramite suo spettavano ai terzi (al *cessicius*).

Si può ricorrere anche alla distinzione fra titolarità di un diritto ed esercizio di esso. La natura di diritto potestativo familiare inerente ai posti familiari che ha la tutela legittima, porta anche a queste conseguenze: che il tutore legittimo non può mai essere rimosso dalla tutela, anche se non gestisce o gestisce male e non può essere da essa mai esonerato. Ciò pel medesimo principio per cui sarebbe inconcepibile ad es. che venisse rimosso od esonerato dalla *patria potestas un paterfamilias*. Rimuovere od esonerare infatti sono atti che presuppongono un intervento della *civitas* nella costituzione familiare della famiglia romana agnatizia: ora, un intervento di siffatta natura è da escludere assolutamente.

La struttura familiare agnatizia ed i fenomeni cui essa dà luogo sono regolati da principi interni la cui azione non è minimamente alterata da influenze esterne provenienti dalla *civitas*. Ciò per tutta l'epoca più remota e strettamente *quiritaria* del diritto romano: lo sviluppo del diritto classico porta però non poche deroghe a questi principi: e la tutela dativa con gli istituti che l'accompagnano è una conseguenza importante di queste deroghe.

Quanto abbiamo detto della tutela legittima va con certe riserve riferito anche a quella testamentaria. Anche questa attribuisce al tutore un diritto potestativo di cui egli non può, in antico, essere spogliato. Non può però essere riferito anche al tutore testamentario l'istituto della *in iure cessio hereditatis*. Poiché infatti il tutore testamentario non diventa tale che in virtù di un atto di accettazione e non è legato alla vocazione tutelare da una posizione familiare (tranne il caso che uno sia agnato), è chiaro che non ricorrono per lui le ragioni che fecero nascere l'istituto della *in iure cessio* per il tutore legittimo. Appunto per la mancanza di legame tra vocazione tutelare e posto familiare il tutore testamentario può rinunciare (abdicare) alla tutela: e per questa stessa ragione la *capitis deminutio minima* del tutore testamentario non produce, come quella del tutore legittimo, la estinzione della tutela. Poiché la vocazione tutelare del tutore testamentario non è legata ad un posto familiare, la perdita di questo posto non ha effetto alcuno sulla vocazione. Ulp. XI, 17 “*Si capite deminutus fuerit tutor testamento datus non amittit tutelam: sed si abdicaverit se tutela, desinit esse tutor, abdicare autem est dicere nolle se tutorem esse. In iure cedere autem tutelam testamento datus non potest: nam et legitimus in iure cedere potest, abdicare se non potest*”.

Possiamo affermare solo che la tutela testamentaria classica offre un tipo di tutela più evoluto (verso il concetto di “onus”) rispetto a quello che offre la tutela legittima. Infatti mentre è possibile la rimozione di un tutore testamentario perché *suspectus*, non è possibile quella di un tutore legittimo.

Nonostante, quindi, comunque, questa evoluzione della tutela testamentaria, può dirsi che, per tutta l'epoca classica, i due tipi di tutela in cui si rispecchia la concezione potestativa antica, sono la tutela legittima e quella testamentaria.

Quanto alla tutela dativa, la tesi che afferma avere questo tipo di tutela la natura di “onus” – ufficio disposto a favore delle persone che vi sono soggette – può essere provato con argomenti vari: precipuo, fra tutti, la introduzione di un complicato sistema di “*excusationes*” con cui le persone designate dal pretore all'ufficio tutelare riuscivano a farsi esonerare dall'assunzione di tale ufficio.

Un sistema di scuse presuppone, nell'ufficio di cui ci si vuole liberare, la natura di un ufficio oneroso.

**III. Compiti del tutore.** I compiti del tutore degli *impuberi* sono questi: 1) gestire il patrimonio del *pupillo*; 2) assistere il *pupillo* nel compimento di negozi giuridici che importano assunzione di obbligazioni o alienazioni di cose (vedi Ulpiano XI, 27); questa “assistenza” prende il nome tecnico di *auctoritas*.

a) **Auctoritas.** I principi che regolano la prestazione di questa *auctoritas* sono: 1) l'*auctoritas* deve essere prestata “*in ipso negotio*”: il tutore deve quindi essere presente, sarebbe nulla una *auctoritas* prestata *post tempus* o per *epistulam* (Inst. I, 21, 2 “*Tutor autem statim in ipso negotio praesens debet auctor*

fieri ... Post tempus vero aut per epistulam interposita auctoritas nihil agit"); 2) il pupillo non può assumere obbligazioni e non può alienare, in genere non può apportare diminuzioni alla sua condizione patrimoniale senza l'auctoritas del tutore. Può invece senza tale auctoritas rendere migliore la condizione patrimoniale (namque placuit meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriore vero non aliter quam tutore auctore. Inst. I, 21 pr. Unde in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur. Neque tamen hereditatem adire neque bonorum possessionem petere neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt nisi tutoris auctoritate, quamvis lucrosa sit neque ullum damnum habeat).

Quando il pupillo fosse infante (minore di 7 anni) o assente o altrimenti impedito non si poteva più applicare il sistema dell'auctoritas, ma dovevasi ricorrere alla gestio.

b) **Gestio.** Relativamente alla gestione del patrimonio pupillare (administratio) è da tenere presente che il tutore classico non è, come il giustiniano o il moderno, un rappresentante legale del pupillo; egli, cioè, non compie i negozi in nome e per conto del pupillo producendo effetti giuridici immediatamente in capo a quest'ultimo. Già sappiamo che questo concetto della rappresentanza non è conosciuto dai classici; da ciò deriva che il tutore compie negozi propri sia pure riferiti al patrimonio del pupillo; gli obblighi e i diritti, quindi, derivanti dai negozi compiuti dal tutore vengono acquistati dal tutore stesso. Solo alla fine della tutela bisognerà procedere al trasferimento in capo al pupillo di questi obblighi e di questi diritti.

Mentre il tutore degli impuberi ha questi due uffici (pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt, Ulp. XI, 25, Gaio I, 191) il tutore delle donne ha un solo compito, quello di interporre l'auctoritas nei seguenti casi: si lege aut legitimo iudicio agant (quindi nel caso di processo) si se obligent (assunzione di obbligazioni) si civile negotium gerant (negozio giuridico solenne) si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipi alienent, cioè se trasferiscono – con mancipatio – il dominium di una res mancipi.

In tutti gli altri casi di negozi che non rientrano fra quelli enumerati la donna compie validamente negozi giuridici senza bisogno di interpositio auctoritatis; non ha luogo per la donna pubere la gestione da parte del tutore (mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt, Ulp. XI, 25; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, I, 190). La gestione dunque resta alla donna la quale può anche costringere il tutore a prestare l'auctoritas nei negozi che la richiedono (in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogi-

tur, I, 190). Ciò è vero solo per il tutore testamentario e per quello dativo o fiduciario, non per il tutore legittimo (patroni e parenti manumissorii; a maggior ragione poi questo non valeva per il tutore agnato prima della sua scomparsa per effetto della *lex Claudia*). Infatti il patrono ed il *parens manumissor* non possono essere costretti, se non in via assolutamente eccezionale, a prestare l'*auctoritas neque testamentum faciendum neque ad res mancipi alienandas neque, ad obligationes suscipiendas*. E ciò per il fatto che essi sono gli eventuali eredi delle donne soggette alla loro tutela; *eaque omnia* (questa impossibilità di costrizione) *ipsorum (patronorum et parentum) causa constituta sunt, ut, quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat*, I, 192.

Fine della tutela. La tutela si estingue ipso iure per gli *impuberi* quando abbiano raggiunta la pubertà (14 anni di età). Altre cause di estinzione sono: 1) la arrogazione del pupillo; 2) la sua caduta in schiavitù; 3) l'avverarsi di una condizione risolutiva apposta nella nomina testamentaria del tutore (*Titius liberis meis tutor esto nisi navis ex Asia venerit*); 4) la morte della persona soggetta a tutela; 5) la *capitis deminutio maxima* o *media* del tutore; la *capitis deminutio minima* è causa di estinzione della sola tutela legittima, non anche di quella testamentaria o dativa; 6) l'avverarsi nel termine apposto alla nomina del tutore (*Titius liberis meis tutor esto, usque ad annum decimum*); 7) la rimozione – perché *suspectus* – del tutore testamentario o del dativo; quello legittimo non può essere rimosso ed in antico non poteva neanche essere rimosso quello testamentario; 8) l'esonero della tutela in base ad una giusta causa, giuridicamente riconosciuta (ciò vale in origine solo per la tutela dativa; più tardi l'esonero si estese anche alla tutela testamentaria: solo nel diritto postclassico esso vale anche per la tutela legittima). Cfr. per tutto questo *Inst. I, 22.1-6*.

Cause della liberazione dalla tutela speciale per le donne sono: il *ius trium liberorum* o *quattuor liberorum* secondo che si tratti di *ingenua* o di *libertina* (I, 194). Quando cioè l'*ingenua* abbia tre figli e la *libertina* quattro, l'una o l'altra vengono a essere automaticamente liberate dalla tutela. Anche le *libertine* hanno però il *ius trium* (non *quattuor*) *liberorum* allorché non abbiano come tutore il patrono ma abbiano un tutore fiduciario o *atiliano*. I casi in cui ciò può avvenire sono i seguenti: 1) quando la *liberta* sia stata manomessa da una *patrona* (non da un patrono): perché la *patrona* non può essere tutrice (in *patrona tutela esse non potest*) la *liberta* deve chiedere un tutore in base alla *lex Atilia* (I, 195); 2) quando, pur essendo stata manomessa da un patrono, abbia ottenuto da costui di far la *coemptio* con un estraneo: in tal caso l'estraneo che in seguito alla *coemptio* ha manomesso la donna diventa tutore; "*patronum quidem habere tutorem desinit, incipit autem habere eum tutorem a quo manumissa est, qui fiduciarius dicitur*" (I, 195 a); 3) quando il patrono della *liberta* si sia

dato in adozione, allora deve la liberta chiedere un tutore in base alla lex Atilia (a Roma) o alla lex Iulia et Titia (in provincia) (I, 195 b); 4) quando il patrono sia morto senza lasciare discendenti di sesso maschile. Anche in questo caso la donna rimasta senza tutore deve chiederne uno in base alle leggi citate (I, 195 c).

Riflessi patrimoniali della tutela. Sinora abbiamo considerato la tutela in quanto potestas esercitantesi su persone sui iuris: vediamo ora quali sono gli effetti giuridici obbligatori che dalla tutela derivano: il rapporto giuridico tutelare in sé considerato non è un rapporto obbligatorio: esso è un rapporto familiare potestativo analogo a quello che si stabilisce fra paterfamilias e persone soggette alla sua potestà. Ora, mentre su questo ultimo rapporto non possono innestarsi rapporti obbligatori perché i soggetti a potestà non hanno personalità giuridica, questi rapporti possono innestarsi nel primo perché le persone soggette alla tutela hanno tale personalità. Perciò fra tutori e impuberi (o donne) possono esistere, in conseguenza della tutela, dei rapporti obbligatori. Infatti:

1) i tutori degli impuberi che hanno la administratio dei beni pupillari vengono normalmente costretti dal pretore a prestare garanzia (cautio rem pupilli salvam fore), cioè essi devono dare dei garanti i quali si obbligano col pupillo (con un contratto formale: la stipulatio) a rispondere delle eventuali malefatte del tutore: ne tamen pupillorum negotia a tutoribus consumantur aut deminuantur, curat praetor ut tutores eo nomine satisdent (I, 199). Soltanto i tutori testamentari vengono liberati da questo obbligo di prestar cauzione; ciò per la ragione che fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est (I, 200). Il contratto cautelare (la stipulatio) viene fatto tra il pupillo e i garanti del tutore; se il pupillo è infante, al suo posto viene sostituito un servo: come si sa i servi sono organi di acquisto per il dominus. In base a questa stipulatio il pupillo potrà, alla fine della tutela, se ne ricorreranno i presupposti, agire contro i garanti;

2) a prescindere dai diritti di obbligazione che sorgono a favore del pupillo dalla stipulazione cauzionale, il pupillo può, alla fine della tutela, agire contro il tutore con il **iudicium tutelae**. In base a questo iudicium, il tutore deve rendere conto della gestione tutelare (ubi pupillorum pupillarumve negotia tutores tractant, ei post pubertatem tutelae iudicio rationem reddunt, I, 191).

Ora la possibilità di agire contro il tutore dimostra che tra pupillo e tutore si è stabilito, in conseguenza della tutela, un rapporto obbligatorio.

Ecco, dunque, come sul rapporto potestativo familiare della tutela possono innestarsi dei rapporti giuridici obbligatori.

Riflessi criminali della tutela. (Actio suspecti tutoris). Ben si comprende, considerando la natura potestativa della tutela, come originariamente contro il tutore che abusasse dei suoi illimitati poteri vi fossero solo dei rimedi penali. La legge delle XII Tavole conosce l'accusatio suspecti tutoris a carattere popo-

lare e infamante che può esperirsi in caso di vere e proprie malversazioni e frodi contro il tutore testamentario.

Nei confronti del tutore legittimo la legislazione decemvirale contempla l'actio rationibus distrahendis che punisce il tutore che si sia appropriato indebitamente dei beni del pupillo con la pena del doppio del valore di detti beni.

In progresso di tempo un senatoconsulto dette la possibilità che il tutor suspectus venisse sostituito da un altro nominato dal magistrato (I, 182).

### **Riepilogo della tutela.**

Se diamo uno sguardo sintetico allo studio fatto sulla tutela classica noteremo:

1) **Natura giuridica del rapporto tutelare:** la tutela classica appare quale potestas che si esercita su certe categorie di persone sui iuris: impuberi e donne. La natura giuridica del rapporto che si stabilisce tra tutore e persone soggette a tutela è quella di un rapporto potestativo familiare analogo a quello che si stabilisce fra paterfamilias e soggetti a potestà. La differenza essenziale fra questi due rapporti sta nel fatto che, mentre nell'uno le persone soggette sono sui iuris, nell'altro sono alieni iuris. Peraltro non è ardita l'affermazione che forse in antico l'analogia era addirittura una identità e che la tutela aveva lo stesso contenuto della patria potestas.

2) **Effetti attivi e passivi del rapporto tutelare.** Data la natura potestativa di questo rapporto, derivava da esso: a) che pupilli e donne erano sottoposti alla potestas tutelare del tutore: non potevano quindi compiere atti giuridicamente rilevanti senza l'intervento del tutore (interpositio auctoritatis). Questo intervento, che possiamo credere generale, nell'epoca più remota venne via via limitato agli atti generanti obbligazioni o alienazioni e ai negozi del ius civile e fu maggiormente limitato per le donne; b) che il patrimonio pupillare (forse in antico anche quello delle donne) veniva amministrato dal tutore; ora questa amministrazione aveva proprio i caratteri della disposizione di un patrimonio proprio (si pensi alla possibilità di mancipare le cose del pupillo). Come si vede da ciò la posizione giuridica delle persone soggette a tutela non è, almeno sostanzialmente, se non formalmente, gran che diversa da quella delle persone soggette a potestà.

Dal punto di vista degli effetti attivi derivati dal rapporto tutelare possiamo dire che: a) essi sono analoghi a quelli derivanti da quello di patria potestas: il tutore ha sui soggetti una illimitata vis ac potestas. Quale fosse il contenuto di questa vis non sappiamo precisamente: certo essa importava una soggezione analoga (sia pure meno intensa) a quella della patria potestas; b) data la sua natura di potestas familiare la tutela ha la sua fonte, come la patria potestas, nei mores dai quali sono sorti i principi fondamentali della costituzione familiare romana. Da ciò una conseguenza importante: colui che ha la patria potestas non può essere spogliato da questa potestas. La civitas non può in nes-

sun modo intervenire nel regolamento del rapporto familiare, come non può intervenire nel regolamento di quello di patria potestas.

3) **Modo di costituzione del rapporto tutelare.** Essendo la tutela una potestas familiare essa non può essere costituita che in due modi: a) o mediante un atto giuridico, esso pure di natura potestativa, compiuto dal capo della famiglia (nomina del tutore mediante testamento: il testamento romano, come vedremo, non ha natura di atto patrimoniale ma potestativo); b) o per designazione intrinseca dello stesso organismo familiare (è tutore legittimo quando manca il testamentario, colui che occupa il posto più prossimo nella famiglia agnatica; l'agnatus proximus). Il terzo modo di costituzione – tutore dativo – per intervento magistratuale è un modo recente che male si inserisce nei quadri della tutela. L'introduzione di questo terzo modo infatti presuppone un mutamento essenziale della concezione della tutela. Facendo il confronto infatti tra tutela legittima, tutela testamentaria e tutela dativa, risulta come solo i primi due tipi – e specialmente il primo – rispecchiava la concezione originaria della tutela quale potestas, il terzo tipo presuppone una concezione della tutela quale ufficio eretto per proteggere le persone soggette a tutela. Questa nuova concezione si fa anche sentire nella disciplina della tutela testamentaria: le sue influenze invece restano scarsissime in quella legittima. In questa, infatti, resta inalterato per tutta l'epoca classica il principio della inamovibilità del tutore (principio che discende dalla natura della tutela quale potestas familiaris) e non vi si applicano i principi della rimozione e dell'esonero, principi che discendono dalla nuova concezione. È solo il diritto postclassico che fonde in un tipo unico i tre tipi.

4) **Rapporti giuridici obbligatori innestatisi al rapporto tutelare.** Dal fatto che le persone soggette a tutela sono sui iuris e che il rapporto tutelare è limitato (per gli impuberi) ad un certo periodo di tempo deriva che fra soggetti a tutela e tutori si stabiliscano dei rapporti giuridici obbligatori; essi sono: 1) il rapporto giuridico di garanzia (cautio rem pupilli salvam fore); 2) la obbligazione del tutore a reddere rationem e l'azione a questa obbligazione corrispondente (iudicium tutelae).

## CURA

La cura ebbe in origine la funzione di attribuire all'agnato prossimo l'amministrazione dei beni del furiosus (ciò in base alla legge delle XII Tavole): in seguito anche i prodighi – previo decreto di interdizione emesso dal pretore – furono sottoposti a cura.

Questi sono i casi più antichi di cura. Questo istituto non si profila come la tutela, a guisa di un rapporto di potestà, ma sin dall'inizio come istituto protettivo del furiosus e del prodigo. A questi casi originari si aggiunge, nello stesso diritto classico, un caso nuovo: la cura minoris, cioè dei minori di 25 anni. L'origine di questa cura minoris va ricercata nella lex Laetoria: secondo questa legge poteva agirsi con azione infamante contro chiunque avesse ingannato (cir-

cumscriptio) un minore di anni 25 nel compimento di un negozio giuridico. Sulla base di questa legge, poi, il pretore concesse al minore una *exceptio legis Laetoriae* con cui il minore poteva paralizzare le pretese del terzo.

In conseguenza di questa legge avveniva che i terzi raramente si inducevano a contrarre con i minori quando costoro non fossero assistiti da un curatore; l'assistenza di costui rendeva inattaccabile – almeno sotto il profilo di *circumscriptio* – il negozio. Così accanto al curatore del furioso e del prodigo spuntò anche quello del minore. Quest'ultimo tipo di curatela, peraltro, non costituiva un rapporto stabile, ma era creato di volta in volta quando la conclusione di un negozio giuridico lo esigesse. Come vedremo nel diritto giustiniano invece la figura del curatore diventa in tutto analoga a quella del tutore e il rapporto di curatela diventa un rapporto stabile che finisce col superamento dell'età minore (25). La funzione del curatore del pazzo e dell'interdetto è quella di gestire il patrimonio delle persone soggette a cura: quello del tutore di assistere il minore nella conclusione nei negozi giuridici. La cura cessa col cessare delle ragioni (pazzia, prodigalità) che le provocano: al termine della cura si può agire contro il curatore con un'*actio negotiorum gestorum*.

### **Diritto giustiniano**

1) **Natura giuridica del rapporto tutelare:** la tutela è ancora definita *vis ac potestas* etc. (Inst. I, 13, 1) ma è concepita come *munus publicum* (Inst. I, 25 pr.) e la funzione dei rapporti è intesa nel senso che i tutori siano *tutores atque defensores* (Inst. I, 13, 2) delle persone soggette a tutela.

2) **Persone soggette a tutela:** in diritto giustiniano sono gli *impuberi* (maschi sino a 14 anni, donne sino a 12 anni). È ormai scomparsa la tutela delle donne.

3) **Nomina del tutore:** avviene, come nel diritto classico, o per testamento o in base alla legge delle XII Tavole o per atto del magistrato.

a) **Tutela testamentaria.** Per testamento si può nominare un tutore ai propri figli, il *paterfamilias*; pei nipoti valgono i principi del diritto classico, si può loro nominare un tutore se alla morte dell'avo non ricadranno nella *potestas* del padre loro. Così, si può nominare un tutore anche ai postumi. E si può infine nominare un tutore anche al figlio *impubere emancipato*; questa nomina, però, ha bisogno della conferma del magistrato, conferma che non viene mai negata (cfr. Inst. I, 13, 5). Naturalmente la nomina del tutore nel testamento si fa con le forme più libere, non essendo ormai richiesta, come nel diritto classico, una formula tipica, solenne. Può essere nominato tutore tanto un *paterfamilias* che un *filiusfamilias*; può essere nominato anche un servo, purché nel testamento stesso sia manomesso. Peraltro, in base al *favor libertatis*, il diritto giustiniano considera manomesso il servo nominato tutore, nonostante che il

testamento non contenga una esplicita manomissione. Il tutore nominato nel testamento deve essere sano di mente e di età superiore ai 25 anni. Se sia furioso o di età inferiore, l'efficacia della nomina è ritardata sino all'epoca in cui egli riacquisterà la sanità o raggiungerà i 25 anni. Il tutore testamentario può essere nominato ad certum tempus e ex certo tempore (ad es. fino al 10<sup>a</sup> anno; a cominciare dal 6<sup>a</sup> anno), vel sub condicione (se verrà la nave dall'Asia, fino a quando non venga la nave dall'Asia) (cfr. Inst. I, 14 pr.-4).

b) **Tutela legittima.** In mancanza di tutori testamentari (il che avviene non solo quando il paterfamilias muoia senza fare testamento, ma anche quando pur facendo il testamento non ha nominato il tutore o pur avendolo fatto ha nominato persona incapace o quando la persona nominata è a lui premorta) si fa luogo alla nomina a tutori legittimi. Questi sono ancora gli agnati, cioè coloro i quali sono congiunti per virilis sexus cognationem quasi a patre cognati. Qui la agnazione non è come nel diritto classico un indice di soggezione alla potestas: è una specie del genere più largo di cognati e precisamente la specie maschile (cfr. Teof. p. 69).

Anche nel diritto giustiniano la capitis deminutio maxima media e minima fanno estinguere la tutela legittima (Inst. I, 16). Però la tutela testamentaria non si estingue per effetto della capitis deminutio minima (Inst. I, 22). Valgono anche per il diritto giustiniano le regole relative alla tutela patronale (Inst. I, 17), alla tutela del parens manumissor (Inst. I, 18) e a quella fiduciaria (I, 19): ma la natura giuridica di quest'ultima specie di tutela è interamente diversa da quella classica. La tutela fiduciaria classica infatti deriva dalla manomissione di un libero fatta da un estraneo, in seguito alla mancipatio di questo libero a lui fatta dal parens (o in seguito a coemptio per le donne): venuto meno nel diritto giustiniano questo meccanismo di mancipationes, doveva venire meno anche la classica tutela fiduciaria. Nel diritto giustiniano la tutela fiduciaria ricorre in questo caso: quando un padre abbia emancipato un figlio (nipote etc.) impubere, tutore legittimo di questo emancipato è il padre emancipante (Inst. I, 18): orbene, se il padre muore, la tutela viene deferita – non più come tutela legittima ma come tutela fiduciaria – ai discendenti maschi. Che qui non si possa parlare di tutela legittima è chiaro; la capitis deminutio del figlio emancipato ha estinto il vincolo agnatizio in base al quale soltanto è possibile una tutela legittima (cfr. Inst. I, 19). “Est et alia tutela quae fiduciaria appellatur, nam si parens filium vel filiam nepotem vel neptem et deinceps impuberes manumiserit, legitimam manciscitur eorum tutelam quo defuncto si liberi virilis sexus extant, fiduciarii tutores filiorum suorum vel fratris vel sororis et ceterorum efficientur”.

c) **Tutela dativa.** Quando non vi sia un tutore testamentario né tutore legittimo si dà luogo alla nomina per opera del magistrato. Nel diritto giustiniano non sono più in vigore la lex Atilia e la Iulia et Titia. Esse peraltro cessaro-

no di essere applicate nello stesso diritto classico “posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare coeperunt”. La ragione di questa tacita abrogazione viene trovata dai compilatori nel fatto (Inst. I, 20, 3) che in questa legge “neque de cautione a tutoribus exigenda rem salvam pupillis fore neque de compellendis tutoribus ad tutelae administrationem quidquam cavetur” (eod. 3). I magistrati competenti a creare i tutori sono, in diritto giustiniano: il praefectus urbis o il pretore (in Roma), il preside nelle province e anche i magistrati minori. Cfr. Inst. I, 20, 5.

Confronti tra i tre tipi di tutela. Le differenze radicali di natura esistenti nel diritto classico fra la tutela legittima, la testamentaria e la dativa sono del tutto scomparse nel diritto giustiniano. Ormai la tutela è concepita unitariamente – qualunque sia la sua fonte – come publicum munus (Inst. I, 25 pr.), e i tutori sono considerati come tutores et defensores delle persone soggette alla loro tutela. Le conseguenze più importanti di questa nuova concezione della tutela sono le seguenti. Il tutore deve gestire; non è più concepibile un tutore puramente nominale (come ad es. nel caso della in iure cessio tutelae classica). Quando il tutore legittimo non crede di poter assumere l'ufficio tutelare ed abbia per questo una legittima ragione può farsi esonerare e far nominare così un tutore nuovo. L'antica impossibilità di nomina di un nuovo tutore quando vi fosse l'antico – impossibilità derivante dalla struttura familiare delle vocazioni tutelari connesse con i posti della famiglia agnaticia – è ormai superata. Di qui anche la scomparsa della in iure cessio tutelae: la ragione di tale scomparsa va ricercata non tanto nel fatto che è scomparso ormai il processo (colle sue fasi in iure e apud iudicem), ma soprattutto nella incompatibilità di tale istituto colla nuova concezione della tutela. A che pro, infatti, ricorrere ad una in iure cessio tutelae quando era possibile la nomina di un tutore legittimo di grado seguente a quello del rinunziante?

I tutori legittimi o non legittimi possono essere rimossi dal loro ufficio quando ricorrano motivi che legittimano tale provvedimento.

Le persone designate ad assumere una tutela possono farsi esonerare allegando dei giusti motivi.

Per essere tutori bisogna avere almeno 25 anni, prima di questa età non sorge nemmeno la vocazione tutelare; quindi il minore di 25 anni che sarebbe chiamato alla tutela legittima, non ha bisogno neanche di chiedere l'esonero per non assumere la tutela: la sua età lo esclude senz'altro dall'assunzione di tale ufficio (Inst. I, 25, 13). Se si pensa al diritto classico, in cui era perfettamente concepibile un tutore impubere soggetto egli stesso a sua volta a tutela (Gaio I, 179), la differenza di natura fra la tutela classica e quella giustiniana apparirà luminosa.

Compiti del tutore. – Il compito del tutore nel diritto giustiniano è ancora: 1) la interpositio auctoritatis; 2) la gestione del patrimonio. Per i principi che

disciplinano queste due funzioni vedi quanto abbiamo detto pel diritto classico in ordine al tutore degli impuberi (cfr. Inst. I, 21 pr.-3).

4) **Fine della tutela.** La tutela si estingue: 1) nel raggiungimento del 14<sup>o</sup> anno di età per i maschi e del 12<sup>o</sup> per le donne; 2) per capitis deminutio minima (adrogatio), media (deportatio) e maxima (prigionia) del pupillo; 3) morte del tutore e dei pupilli; 4) capitis deminutio maxima e media del tutore (legittimo, testamentario e dativo), minima del tutore legittimo; 5) sopraggiungere del termine e verificarsi della condizione cui la nomina del tutore è stata sottoposta; 6) la rimozione (perché sospetto) o esonero in base a giusta causa del tutore (Inst. I, 20).

5) **Riflessi patrimoniali della tutela.** Valgono anche qui i principi del diritto classico, cioè: a) il tutore deve garanzia al pupillo (cautio rem pupilli salvam fore); b) può con l'actio tutelae essere costretto al rendiconto.

L'azione contro i garanti è diventata nel diritto giustiniano un'azione sussidiaria, la quale presta al pupillo ultimum praesidium. Nel diritto classico, invece, come vedremo meglio in seguito, le azioni contro i garanti sono indipendenti da quelle esperibili contro il tutore. Altra azione sussidiaria è data al pupillo contro coloro che avrebbero dovuto richiedere – e non lo richiesero – al tutore la prestazione della cauzione. In tal caso, peraltro, si ricorre al pignoramento di cose del tutore (cfr. Inst. I, 24 pr., paragrafo 4).

6) **Ragioni di esonero dall'assunzione di una tutela.** Come abbiamo già detto, data la natura del munus publicum che ha assunto la tutela giustiniana (già del resto questa natura era offerta dalla tutela dativa del diritto classico) si capisce come sia sorto tutto un sistema di ragioni che possono esonerare dall'assunzione di questo ufficio. Tali ragioni sono enumerate in Inst. I, 25 pr., paragrafo 15).

7) **Riflessi penali della tutela.** Il tutore (senza distinzione alcuna fra tutore testamentario, legittimo e dativo) può essere rimosso in base al crimen suspecti. Il ius removendi spetta in Roma al pretore e in provincia al preside o al legato di Cesare. L'azione suspecti tutoris è concepita quasi publica actio e può essere perciò intentata da chiunque. Conseguenza del crimen suspecti sono la rimozione del tutore e l'infamia che a lui viene irrogata (se l'accusa fu fondata sul dolo, Inst. I, 26, 6). Parimenti contro tutti i tutori è data l'actio rationibus distrahendis.

La cura ha, nel diritto giustiniano, la medesima funzione della tutela: è un istituto per mezzo del quale si provvede ad integrare la mancata capacità di agire delle persone che vi sono soggette. Queste persone sono: 1) i minori di 25 anni, ai quali, però, non può, se non lo vogliono, essere imposto un curatore; 2) i furiosi e i pazzi, i quali si trovano necessariamente sotto la cura dell'agna-

to prossimo (in base a una disposizione delle XII Tavole); 3) mentecatti, sordi, muti; 4) gli stessi impuberi sottoposti a tutela; in alcuni casi, pur essendoci il tutore, è necessario procedere alla nomina di un curatore per il compimento di qualche negozio che non può essere compiuto dal tutore. Ciò avviene anche allorquando il tutore sia inetto ma non rimovibile in base al crimen suspecti, ossia provvisoriamente esonerato dall'amministrazione tutelare. La ragione per cui in tali casi non si procede alla nomina di un nuovo tutore viene dai giustiniani trovata nel principio "tutorem habenti tutor dari non potest". I compiti dei curatori sono identici a quelli che hanno i tutori: identiche sono pure le responsabilità che dalla cura derivano.

## IL PROCESSO ROMANO

Come si sa il rapporto giuridico si differenzia dagli altri rapporti perché è fornito di sanzioni (in virtù delle quali esso può essere coattivamente attuato).

Questa sanzione (negli ordinamenti giuridici evoluti) viene attuata – con l'intervento dello Stato – mediante il processo.

Ad instaurare il processo viene concesso, a chi si pretende leso nei suoi diritti, un diritto di azione contro chi appare ledere codesti diritti.

Il diritto di azione è perciò giustamente così definito: “actio est ius persequendi iudicio (mediante formula) quod sibi debetur”.

Dobbiamo ora studiare il processo attraverso il quale la sanzione si attua. Vedremo:

- a) gli scopi cui esso mira;
- b) la struttura secondo cui è costituito.

### **Scopi.**

Sono fondamentalmente due:

1) accertare l'esistenza o il contenuto del rapporto giuridico (quando la controversia verte sulla esistenza o sul contenuto del rapporto);

2) attuare coattivamente in pratica il rapporto (quando non vi è controversia sulla esistenza e sul contenuto del rapporto, o quando il rapporto sia stato già processualmente accertato).

Nel primo caso si ha un processo di **accertamento**, nel secondo un processo **esecutivo**.

### **Struttura.**

La struttura del processo (di accertamento) romano classico (ordo iudiciorum, processo ordinario) è quella di un rapporto giuridico concluso tra le parti, autorizzato dal magistrato (pretore) e perfezionato dall'arbitro (giudice privato).

Le persone che prendono parte a questo rapporto sono dunque:

- a) i due litiganti (attore e convenuto);
- b) il pretore;
- c) il giudice privato.

Gli atti di cui questo rapporto consta sono tre:

- 1) la **litis contestatio**, conclusa dalle parti;
- 2) il **iussum iudicandi**, emesso dal pretore;
- 3) la **sententia**, emessa dall'arbitro.

Infatti il processo romano ordinario viene fondato mediante un accordo solenne (*litis contestatio*) concluso dalle parti in controversia innanzi al magistrato (in iure).

Con questo accordo le parti fissano solennemente i termini della lite e ne rimettono la decisione a un arbitro (giudice privato) da loro concordemente scelto.

Conclusa la *litis contestatio* (innanzi al pretore e con la sua autorizzazione) il pretore emette un decreto (**iussum iudicandi**) con cui ordina al giudice scelto dalle parti di giudicare.

Nel giorno stabilito il giudice – dopo avere esaminato nelle forme più libere il merito della controversia – emette la sentenza, oralmente, presenti le parti. Questa sentenza deve coincidere con la *litis contestatio*: è infatti la *litis contestatio* che offre al giudice il programma preciso della lite.

Come si vede il processo ordinario ha due fasi di svolgimento: la prima in iure – innanzi al pretore – ove viene concluso dalle parti l'atto che fonda il processo: la *litis contestatio*. La seconda *apud iudicem*; in questa seconda fase viene emessa la *sententia*.

Il processo che offre una struttura così fatta è quello ordinario (*ordo iudiciorum*) che fu in vita per tutta l'epoca classica.

Nell'epoca postclassica vediamo invece il processo assumere una struttura diversa: in questa nuova forma di processo (detta della *extraordinaria cognitio*) non c'è più la distinzione tra magistrato e giudice e fra fase in iure e fase *apud iudicem*, essendo giudice lo stesso magistrato o un suo delegato.

## NATURA PRIVATISTICA DEL PROCESSO ORDINARIO.

Un rapporto giuridico è pubblico quando viene concluso ed attuato – se pure per iniziativa di privati – dallo Stato. Ora, il rapporto processuale ordinario è privato o pubblico? Possiamo concludere che sia pubblico, perché lo Stato né lo fonda né lo perfeziona: infatti la *litis contestatio* è un accordo fra privati (sia pure autorizzato dal magistrato) e la *sententia* è un atto privato (sia pure vincolante in virtù del *iussum iudicandi*).

È dunque un rapporto privato che ha però un elemento pubblicistico essendo un rapporto autorizzato dal magistrato. Ma questa autorizzazione non toglie nulla alla natura intrinsecamente privata del rapporto.

Il processo ordinario infatti è in tutto analogo ad un arbitrato privato nel quale le parti in controversia decidono d'accordo di rimettere la lite alla decisione di un loro fiduciario (arbitro). In questo arbitrato privato appaiono i due atti fondamentali del processo ordinario: l'accordo delle parti (nel processo *litis contestatio*) e la sentenza dell'arbitro.

L'unica differenza che c'è tra arbitrato privato e processo ordinario consiste nel fatto che nel processo l'arbitrato viene concluso alla presenza del magistrato e con la sua autorizzazione: ed è a causa di questa autorizzazione che la sentenza dell'arbitro sarà qui – e non invece nell'arbitrato privato – una sentenza vincolante per le parti.

Questa analogia di struttura fra arbitrato privato e processo ordinario (che possiamo chiamare **arbitrato giudiziale**) dimostra che nell'epoca più antica, quando lo Stato non interveniva nelle controversie fra privati, il processo era costituito dall'arbitrato privato.

### **Duplici tipi di processo ordinario.**

Il diritto romano classico conosceva due tipi di processo ordinario: uno più antico (**per legis actiones**) e uno più recente (**per concepta verba** o **per formulas**).

La differenza essenziale fra questi due tipi consisteva nella forma diversa con cui veniva conclusa la *litis contestatio*: mentre infatti nella *legis actio* la *litis contestatio* veniva conclusa mediante la pronuncia di parole solenni e tipiche, nel processo formulare essa veniva conclusa mediante la solenne fissazione su un documento (formula) dei termini della lite. Altre differenze accidentali saranno via via notate.

#### **A) Processo per legis actiones**

Il perché di questo processo è così spiegato da Gaio (IV, 11): “*Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo, quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur*”.

Le formule di queste *legis actiones* costituivano un vero segreto della giurisprudenza pontificale; si veda Pomponio (D. I, 2, 2, 6-7): esse erano così rigide che se alcuno che agisse, ad es. *de vitibus succisis*, anziché pronunciare le parole tipiche (*arbores*) pronunciava parole non tipiche (*vites*), perdeva la lite (Gaio IV, 11).

Questo tipo di processo era l'unico cui potessero ricorrere i cittadini romani sino alla *lex Aebutia* che estese anche ai Romani una forma di procedimento per *concepta verba*, già in uso nel tribunale del pretore peregrino (processi tra stranieri e fra cittadini e stranieri).

Con la *lex Aebutia* però restava ancora in facoltà delle parti la scelta dell'antico e del nuovo tipo di procedimento.

Solo con le leggi Giulie giudiziarie (fine della repubblica) il tipo di procedimento per *legis actiones* venne abolito tranne che in due casi:

- a) processi ereditari;
  - b) processo per danno temuto.
- e venne reso obbligatorio il procedimento per formulas.

**Fase introduttiva di un processo per legis actio.** L'atto introduttivo è costituito dalla *in ius vocatio* con cui l'attore invita il convenuto a recarsi con lui innanzi al magistrato (*in iure*).

Il convenuto è obbligato (sotto minaccia di *manus iniecto*) a seguire l'attore, il quale però, se il convenuto è malato, deve fornirgli i mezzi adeguati per recarsi in *ius* (cavallo, carro etc.; cfr. Tav. I delle XII Tavole).

Il convenuto può liberarsi da questo obbligo solo dando un *vindex* che assicuri la sua presenza in *iure* in un giorno determinato. Giunti davanti al pretore, l'attore deve fare la *editio actionis*: cioè deve indicare al convenuto l'actio che egli intende esperire (es. un'actio in rem o in personam) e quindi il rapporto giuridico sostanziale che lo giustifica.

Innanzitutto alla *editio actionis* il convenuto può assumere i seguenti atteggiamenti:

a) chiedere un rinvio per la instaurazione del processo: l'otterrà prestando dei *vades* (garanti = *vadimonium*);

b) procedere subito a un dibattito, libero da formalità con l'attore. In questo secondo caso il convenuto potrà dopo il dibattito:

a) riconoscere la pretesa dell'attore: allora, se si tratta di una pretesa obbligatoria, il riconoscimento avrà il valore di una *confessio in iure* e obbligherà il convenuto a pagare entro trenta giorni sotto minaccia di procedimento esecutivo; se si tratta di pretesa reale il riconoscimento deve essere praticamente reso visibile mediante l'abbandono della cosa ingiustamente detenuta dal convenuto;

b) contraddire la pretesa dell'attore negandone l'esistenza (se si tratta di pretesa obbligatoria) o affermando sulla cosa un diritto reale identico e contrapposto a quello affermato dall'autore (se si tratta di pretesa reale).

In queste due ipotesi, cioè, si addiverrà, fra attore e convenuto, ad una *litis contestatio*. Prima però di addivenire alla *litis contestatio* occorre che preceda l'autorizzazione del magistrato (*dare actionem*); costui infatti potrebbe anche negare questa autorizzazione (*denegare actionem*): ciò specialmente nei casi in cui la pretesa fatta valere dall'attore non sia riconosciuta dal *ius civile*.

Peraltro è probabile che anche per una pretesa riconosciuta dal *ius civile* avrebbe potuto negare l'azione in quei casi in cui appariva equo tutelare il convenuto, casi cui poi nel provvedimento formulare si provvede con il mezzo dell'*exceptio*.

Concessa l'azione (*dare actionem*), cioè autorizzata la *litis contestatio*, le parti si apprestano a concluderla.

### **Forma della *litis contestatio* nel processo per legis actiones.**

Abbiamo detto che l'atto con cui si fonda il rapporto processuale è la *litis contestatio*: ora, questo atto assume, nel sistema per *legis actiones*, forme di-

verse secondo che si tratti di controversie relative a rapporti obbligatori, actio in personam, o reali o a struttura reale, es. ereditari, di stato etc. (actio in rem).

E per questi medesimi rapporti le forme variano secondo che vengano usate forme più antiche di legis actio (legis actio sacramento in rem ed in personam) o forme più recenti (legis actio per iudicis arbitrive postulationem e per conductionem).

Diversa è anche la forma della litis contestatio quando si tratti di legis actio esecutiva (legis actio per manus iniunctionem e per pignoris capionem).

a) Nella legis actio sacramento in rem la forma della litis contestatio è la seguente: l'attore pronuncia queste solenni ed invariabili parole: hunc ego hominem (se si tratta di uno schiavo), ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui e contemporaneamente imponeva sull'uomo (o sulla cosa o sulla parte rappresentativa della cosa, es. trattandosi di fondo: una zolla, che doveva necessariamente trovarsi in iure) la festuca simbolo di dominio.

Queste parole pronunziate dall'attore, con gli atti compiuti, costituivano una vindicatio.

Il convenuto faceva altrettanto opponendo all'attore una vindicatio d'identico contenuto. Dopo queste vindicatio e contravindicatio il pretore decretava: "Mittite ambo hominem" e così la cosa in controversia (qui lo schiavo) restava a disposizione del pretore.

Dopo ciò le parti si provocavano reciprocamente ad una scommessa (sacramentum) garantita da vades (praedes sacramenti) con la quale si obbligavano a pagare a favore dell'erario una certa somma (50 o 500 assi a seconda che il valore della cosa rivendicata fosse inferiore o meno ai 1000 assi) se fosse stata riconosciuta infondata la vindicatio da esse compiuta. In origine il sacramentum era un atto religioso, un giuramento.

A tutto questo complesso di atti assistevano dei testimoni chiamati dalle parti prima di pronunziare le solenni parole delle vindicationes: esse dovevano poi testimoniare innanzi al giudice privato – seconda fase del processo – quanto è avvenuto in questa fase in iure (da cui forse il nome di litis contestatio).

Chi sarà nel frattempo (durante il corso del processo) il possessore della cosa in controversia?

Colui che offrirà dei garanti: praedes litis et vindiciarum. A costui il pretore concederà il possesso interinale della cosa (per tutto ciò si veda Gaio IV, 16-17).

A proposito di attribuzione di vindiciae nella legis actio sacramento in rem si ricordi il fatto di Virginia nella storia di Roma repubblicana (cfr. D. I, 2, 2, 24). Virginia era rivendicata con legis actio in rem come schiava da un amico del decemviro Appio Claudio.

Instaurato il processo presso quest'ultimo fra il padre di Virginia (adsertor libertatis) e il presunto padrone, Appio Claudio, anziché dare le vindiciae se-

cundum libertatem, come era costume (cioè anziché attribuire il possesso interinale all'adsertor libertatis), concesse il possesso interinale all'attore che rivendicava Virginia come schiava.

Questa violazione di un'antichissima norma processuale, violazione causata da sentimenti malsani, provocò la nota rivolta della plebe contro i decemviri.

b) Nella *legis actio sacramento in personam* la forma della *litis contestatio* è molto probabilmente (e questo punto del testo gaiano è lacunoso, Gaio IV, 15) la seguente: il creditore formula la sua pretesa (*intentio*) pronunciando le parole solenni adeguate, es.: "aio te mihi centum dare oportere (per una obbligazione di un certum); aio mihi a te *furtum factum esse paterae aureae, ob eamque rem te mihi pro fure damnum decidere oportere*".

Il convenuto nega (es. *nego me tibi centum dare oportere*): questa negazione si chiama *infitiatio*.

Dopo questa affermazione e negazione le parti si scambiano la scommessa reciproca e con quest'ultimo voto la *litis contestatio* è conclusa.

Dopo la *litis contestatio* il magistrato provvedeva ad emettere subito lo *iussum iudicandi* investendo così il giudice scelto dalle parti del potere di giudicare.

Soltanto in seguito ad una *lex Pinaria* (III secolo?) la emissione di questo decreto venne ritardata di 30 giorni. Trascorsi trenta giorni dalla *litis contestatio*, nominato il giudice, le parti *comperendinum diem ut ad iudicem venirent denuntiabant* (IV, 15) e cioè le parti s'invitavano reciprocamente a comparire davanti al giudice nel terzo giorno successivo.

c) Fase **apud iudicem** del processo per *legis actionem sacramenti*. – "Deinde cum ad iudicem venerant (le parti) antequam apud eum causam perorarent, solebant breviter ei et quasi per iudicem rem esponere: quae dicebatur, causae coniectio, quasi causae suae in breve coactio" (IV, 15).

Qual è il compito del giudice?

Quello di accertare quale dei due sacramenti sia ingiusto: da ciò deriva che la sentenza del giudice non conterrà una pronunzia diretta sulla fondatezza e infondatezza della pretesa fatta valere dall'attore (ciò apparirà solo indirettamente pel fatto che sia stato dichiarato *iustum* o *iniustum* il sacramento dell'attore).

Questo contenuto della sentenza produce effetti diversi – ai fini dell'esecuzione – secondo che si tratti di *legis actio sacramento in rem* o *in personam* ed in questa seconda ipotesi secondo che la pretesa attoria abbia per contenuto una certa somma di danaro ovvero una somma incerta od altra res.

L'ipotesi più verosimile sembra esser quella di ritenere che quando la pretesa riflettesse l'obbligazione di una incerta somma o di altra res la *legis actio sacramento in personam* contenesse una ulteriore fase (*arbitrium litis aestimandae*) atta a render possibile al giudice la liquidazione della pretesa in una certa somma di danaro.

d) La *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. I nuovi frammenti di Gaio ci danno una idea sufficientemente esatta di questo *modus agendi*. Gaio (IV, 17 a): Per *iudicis postulationem* agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. Eaque res talis fere erat. Qui agebat sic dicebat: ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio: id postulo aies an negas. Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: Quando tu negas, te praetor iudicem (sive arbitrum) postulo uti des. Itaque in eo genere actionis (sine poena) quisque negabat. Item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per *iudicis postulationem* agi iussit. Idem fecit lex Lincinnia, si de aliqua re communi dividenda ageretur. Itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur.

Dal passo gaiano appare:

1) il nuovo *modus agendi* appare molto più semplice dell'agere sacramento: manca la provocatio sacramento;

2) esso non è generalis ma limitato ad alcune fattispecie delle quali Gaio menziona l'azione da stipulazione, l'azione familiae erciscundae, l'azione communi dividundo;

3) il convenuto negabat, sine poena;

4) l'attore doveva nominare la causa in base alla quale agiva;

5) la nomina del giudice avveniva subito, laddove nella *legis actio sacramento* essa si verificava entro 30 giorni in base alla lex Pinaria.

f) La *legis actio per conditionem*. Essa ci è così descritta da Gaio (IV, 17 b): Per *conditionem* ita agebatur: Aio te mihi sestertiorum X milia dare oportere: id postulo aies aut an neges. Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: Quando tu negas, in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condico. Deinde die tricensimo ad iudicem capiendum praesto esse debebant. Condicere autem denunciare est prisca lingua. Itaque haec quidem actio proprie conditio vocabatur; nam actor adversario denunciabat, ut ad iudicem capiendum die XXX adesset... Haec autem *legis actio* constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae lege vero Calpurnia de omni certa re.

Le principali differenze di questo *modus procedendi* rispetto al precedente (per *iudicis arbitrive postulationem*) sono:

1) la *legis actio per conditionem* è astratta, non indicandosi dall'attore la causa del vantato credito;

2) in essa la nomina del giudice è differita di trenta giorni, mentre nella l.a. p.i.a.p. è immediata in quest'ultima;

3) la richiesta del giudice è rivolta al pretore, mentre nella l.a. per *conditionem* l'invito è rivolto alla controparte.

g) **Agere per sponsionem**. Non è questo un nuovo *modus agendi*, ma una via per la quale è possibile "legere" anche in ordine a pretese non riconosciute

dal ius civile. In tal caso le parti si scambiano delle reciproche promesse (*sponsiones praeiudiciales*) di pagare una certa somma se risulterà vera una certa situazione (es. *si res mea apud te deposita fuerit qua de re agitur centum dare spondes?*).

Per effetto di queste premesse sorge una pretesa di ius civile per la quale può essere sperimentata la *legis actio sacramento in personam* o quella per *condictionem*.

Mediante questo agire per *sponsionem* possono essere contestate, per mezzo di azioni personali, pretese reali (cfr. Gaio IV, 91, 93, 94, 95).

La proprietà della cosa oggetto della lite veniva fatta oggetto di una scommessa (*sponsio praeiudicialis*): il possessore della cosa prometteva all'attore non possessore una piccola somma per il caso che l'oggetto della lite appartenesse a quest'ultimo. Inoltre il possessore prometteva con una stipulazione fornita di garanzie personali (*satisdatio pro praede litis et vindiciarum*) di dare la cosa e i relativi frutti all'attore in caso di sua vittoria nel giudizio derivante dalla *sponsio praeiudicialis*. Intorno alla scommessa e quindi indirettamente intorno alla proprietà poteva esser giudicato con la *legis actio sacramento in personam* o con la l.a. per *condictionem*.

Possiamo ora trattare brevemente delle due *legis actiones* esecutive.

#### **Legis actio per manus iniectioem.**

Passati trenta giorni dall'emissione della sentenza il condannato, qualora non avesse eseguito il giudicato, poteva essere sottoposto alla *manus iniectio*. Al *iudicatus* viene equiparato colui che aveva ammesso il suo debito dinanzi al magistrato, il *confessus in iure*.

Cioè l'attore chiamava (in *ius*) il convenuto e qui, alla presenza del magistrato, pronunciava le seguenti parole: *Quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium X milia, quod non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum iniectio, e contemporaneamente "aliquam partem corporis eius (del convenuto) prehendebat"* (Gaio IV, 21).

Il convenuto non aveva diritto a respingere la *manus* dell'attore e lege agire egli pure; ma per liberarsi dalla *manus iniectio* non c'erano che due sole vie: o pagare o dare un garante (*vindex*). Qualora ciò non si fosse verificato, il magistrato "addicebat" il convenuto all'attore, il quale conduceva a casa il convenuto, trattenendolo (in catene) in una posizione praticamente analoga a quella di schiavo (*iudicatus*), qui *vindicem non dabat domum ducebatur ad actore et vinciebatur* (IV, 21). XII Tab. 3, 3: "Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore, aut si volet maiore, vincito".

Il creditore ha il dovere di trattenere il debitore per sessanta giorni e di condurlo in questo periodo tre volte al mercato per vedere se qualcuno lo riscatti. Qualora ciò non si verifici il debitore può essere venduto come schiavo *trans Tiberim* e può, nell'epoca più antica, essere anche ucciso. E se i creditori sono più d'uno, essi avranno la macabra consolazione di spartirsi il cadavere.

Questa *manus iniectio* detta *pro iudicato*, venne legislativamente estesa anche al caso della *confessio in iure*, quando cioè il convenuto confessava dinanzi

al magistrato l'esistenza delle pretese dell'attore, a favore del garante (sponsor) che avesse pagato per il debitore principale e a favore dello sponsor che rispetto agli altri sponsores avesse pagato più della sua parte virile, nonché a diversi altri casi non specificati da Gaio.

Invece in altri casi introdotti con altre leggi la *legis actio per manus iniectio* è pura, cioè non *pro iudicato*; ciò importava che il convenuto potesse "manum sibi depellere et pro se lege agere" (Gaio IV, 24).

Vale a dire il convenuto poteva in questi casi contestare la pretesa dell'attore e determinare così la instaurazione di un processo. In questi casi la formula pronunciata dall'attore varia in ciò, che invece di dire: "ob eam rem ego tibi *pro iudicato manum iniectio*", diceva "ob eam rem ego tibi *manum iniectio*".

Gaio (IV, 23) menziona due casi di applicazione della *manus iniectio* pura: quella della *lex Furia testamentaria* contro chi avesse ricevuto a titolo di legato e di donazione *mortis causa* più di mille assi e quello della *lex Marcia de feneratoribus* contro chi avesse preteso un interesse eccessivo.

La *manus iniectio* pura si estese in base alla *lex Vallia* a tutti i casi cui già si applicava quella *pro iudicato*, la quale restò solennemente per il *iudicatus* e a favore del garante.

### **Legis actio per pignoris capionem.**

Questa *legis actio* era esecutiva; si dirigeva al patrimonio e non alla persona; normalmente era concessa ai militari: "nam et propter stipendium licebat militi ab eo qui aes tribuebat nisi daret pignus capere" (Gaio IV, 27).

Fra i giuristi romani fu molto disputato circa la classificazione di questa forma di esecuzione nelle *legis actiones*.

È vero che "certis verbis pignus capiebatur" (Gaio IV, 29) e quindi sotto questo aspetto la *pignoris capio* si avvicinava alla *legis actio*: ma v'eran pure differenze proprie pel fatto che la *pignoris capio* non avveniva innanzi al magistrato (poteva avvenire anche nell'assenza dell'avversario e anche in un *dies nefastus*, Gaio IV, 29).

### **Osservazioni sul processo per legis actionem**

Una domanda sorge naturale dopo lo studio della solennità orale di cui consta la *legis actio*: potevano queste *formae agendi* costituire la tutela di tutti gli interessi ognora crescenti della vita giuridica?

E i peregrini potevano ricorrere a queste *legis actiones*?

In entrambi i casi la risposta non può essere che negativa. La *legis actio* era una forma agendi pericolosissima: basti ricordare quanto scrive Gaio: "*legis actiones ... immutabiles proinde atque leges observabantur. Unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum ex qua de vitibus succisis, actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur*" (Gaio IV, 11).

Così si spiega perché “*istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt: namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset litem perderet*” (IV, 30).

Orbene, la necessità di fornire di tutela interessi nuovi non contemplati dal ius civile, la necessità di eliminare la pericolosità della *legis actio* e di procedere con più libertà alla instaurazione di un processo, richiesero che venisse introdotta una forma nuova di procedimento, la quale, pur serbando le linee strutturali del processo per *legis actiones*, ne rendesse più agile e sicura la forma.

### **B) Processo per *legis actiones* e processo formulare**

La nuova forma di processo che venne prima a porsi accanto a quella per *legis actiones* e che poi finì per sostituirla (I secolo dell'Impero) è quella per *concepta verba* o per *formulas*, che dir si voglia. “*Itaque – dice Gaio (IV, 30) – per legem Aebutiam (120 a.C.) et duas Iulias (di Augusto) sublatae sunt istae legis actiones effectumque est ut per concepta verba id est per formulas, litigemus*”.

Cioè per effetto della legge Aebutia venne introdotta accanto alla *legis actio* la formula, lasciando alle parti libertà di scelta fra l'antica e la nuova forma di procedimento. Fu solo con le due leggi Giulie (*leges Iuliae iudiciorum privatorum*) che il procedimento per *legis actiones* venne abolito, restando in vigore solamente in due casi: per le questioni di competenza dei centumviri (specie le cause ereditarie) e per le controversie di danno temuto (*damni infecti*, Gaio IV, 31).

L'elemento che distingue il procedimento per *legis actiones* da quello per *formulas* è questo: che la *litis contestatio* avviene nella nuova forma di procedimento mediante un documento scritto (formula) in cui le parti stabiliscono in maniera solenne i termini della controversia.

La struttura della *litis contestatio* quale arbitrato giudiziale – negozio bilaterale solenne con cui le parti alla presenza del magistrato rimettono ad un giudice privato la decisione di una loro controversia solennemente determinata è identica nell'una e nell'altra forma di procedimento: ciò che muta è la forma del negozio che da orale si trasforma in scritta.

Muta anche la fissità delle forme orali che si usano nella *legis actio*: mediante la formula scritta è possibile l'adattamento di essa a tutti i più svariati e impreveduti interessi.

È naturale che la dottrina si fosse posta la domanda: ov'è da ricercare l'origine del procedimento per *formulas*? La *lex Aebutia*, che prima ne permise l'uso pei cittadini romani, ha creato essa ex novo questa forma caratteristica di procedimento?

La risposta negativa è a priori plausibile?

Circa l'origine del procedimento per *formulas* due sono le teorie principali: secondo una di esse la *lex Aebutia* non avrebbe fatto che riconoscere valide anche per il ius civile una forma di procedimento già in uso presso il tribu-

nale del pretore peregrino in controversie fra peregrini che non potevano ricorrere alla *legis actiones* o fra peregrini e cittadini romani; o forse già in uso nello stesso tribunale del pretore urbano relativamente a fattispecie non contemplate dal *ius civile* e quindi non tutelabili mediante *legis actiones*.

In tutti questi casi il pretore peregrino e quello urbano avrebbero potuto, in forza del loro “*imperium*”, concedere la instaurazione di un processo basandolo su un documento scritto in cui le parti avessero nettamente delimitati i termini della controversia.

Questo documento avrebbe costituito il mezzo dell'accordo tra le parti e l'istruzione scritta per il giudice. Una seconda teoria deriva il procedimento per *formulas* da quello per *legis actiones*. Secondo quanto espone uno dei sostenitori di essa – l'Arangio Ruiz – già i testimoni chiamati ad assistere alla *litis contestatio* orale delle parti avrebbero fissato su un documento scritto le parole pronunziate dalle parti per poterle poi riferire al giudice.

E infine la formula avrebbe avuto applicazione specialmente nel tribunale del pretore peregrino, nei negozi di *ius gentium* sprovvisti della tutela processuale di *ius civile*: qui si sarebbe agito in una maniera analoga a quella della *legis actio* per *iudicis arbitrive postulationem*; le parti avrebbero chiesto un giudice al pretore affinché giudicasse della loro controversia, ma invece di pronunziare le parole solenni della *legis actio* essi avrebbero fissato in un documento i termini della loro controversia.

Noi possiamo dire che in fondo c'è del vero nell'una e nell'altra teoria: è possibilissimo infatti che già la formula venisse usata nello stesso processo per *legis actiones* e che d'altronde esso fosse lo strumento processuale della *litis contestatio* fra peregrini e cittadini romani.

Certo, facendo il confronto fra le espressioni contenute nella formula e quella contenuta nelle varie *legis actiones*, risulta una profonda analogia fra le une e le altre.

Esempio:

1) alle parole della *legis actio* *sacramento in rem*: “*hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio*”, rispondono quelle della *intentio* della formula *in rem* (*reivindicatio*): “*si paret fundum Capenatem quo de agitur Auli Agerii (nome convenzionale dell'attore) ex iure Quiritium esse*”;

2) alle parole della *legis actio* *sacramento in personam* e della successiva *legis actio* per *condictionem*: “*aio te decem dare oportere*”, corrispondono quelle della *intentio* della formula *in personam* che si chiama *condictio*: “*si paret Numerium Negidium (nome convenzionale del convenuto) Aulo Agerio (nome convenzionale dell'attore) decem dare oportere*”;

3) alle parole della *legis actio* per *iudicis arbitrive postulationem*: “*te praetor iudicem (arbitrium) postulo uti des*” corrispondono quelle della *demonstratio* (clausola con cui si descrive l'oggetto della controversia) dalla formula dei cosiddetti *iudicia divisoria* (*actio communi dividundo, finium regundorum, fa-*

miliae erciscundae): “quod L. Titius et C. Seius de fundo Capenate communi dividundo iudicem sibi dari postulaverunt”.

Ciò però che propriamente diversifica la formula dalla legis actio è il fatto che nella formula l’affermazione della pretesa dell’attore (intentio) è il fondamento dei due periodi ipotetici con i quali il giudice viene invitato a condannare o ad assolvere (secondo che la pretesa risulti fondata o infondata) “si paret iudex condemnato si non paret absolvito”.

Quindi il giudice nel processo formulare non dovrà più giudicare come in quello per legis actio sacramento quali dei due sacramenta sia giusto: ma dovrà solamente esaminare la controversia a lui sottoposta con la formula (si paret etc.) e condannare o assolvere.

Ecco le formule corrispondenti alle intenzioni sopra trascritte:

1) **rei vindicatio**: (legis actio sacramento in rem) “si paret rem qua de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse neque arbitrato tuo Aulo Agerio restituetur quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito”;

2) **condictio** (legis actio sacramento in personam e legis actio per conditionem): “Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere, qua de re agitur, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemnato; si non paret absolvito”;

3) **actio communi dividundo** (legis actio per iudicis arbitrive postulationem): “Quod L. Titius G. Seius de fundo Capenate communi dividundo iudicem sibi dari postulaverunt, quidquid adiudicari oportet iudex L. Titio G. Seio adiudicato, quantum condemnari oportet alterum alteri certa pecunia condemnato”.

Ma ormai non vi sono più soltanto poche azioni. Cinque come nel processo per legis actiones. Oltre alle formule che rispecchiano le legis actiones numerosissime, altre se ne vennero costituendo sia relative a rapporti di ius civile che a rapporti riconosciuti solamente dal diritto pretorio.

Ormai a ogni diritto corrisponde una formula determinata. È per questo che lo studio di questi diritti va fatto studiandone le azioni = formule correlative.

Studiando una formula noi possiamo in essa analizzare tutte le caratteristiche del diritto a cui si riferisce.

## LA FORMULA – SUE STRUTTURE

Possiamo dunque dire che la formula è il documento in cui le parti con il concorso del magistrato fissano solennemente i termini della loro controversia e mediante cui essi concludono la litis contestatio.

Dobbiamo ora procedere all’analisi delle clausole che possono trovarsi in una formula.

In una formula si possono ritrovare le seguenti clausole (Gaio, IV, 39 sgg.):

1) la **intentio**, che è quella clausola con cui “actor desiderium suum concludit”, in cui cioè l’attore esprime la sua pretesa.

La intentio di una actio in personam è quella in cui si esprime un oportere. Es.: “Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium decem milia dare oportere” intentio di una condictio.

La intentio di una actio in rem è quella in cui si esprime l’affermazione di diritto reale. Es.: “Si paret hominem quo de agitur ex iure Quiritium A. Agerii esse”.

2) La **demonstratio** è quella in cui si indicavano i presupposti in base a cui l’azione viene intestata senza una precisa affermazione di un diritto o di un obbligo. Es. (demonstratio di un’actio communi dividundo): “Quod G. Seius et L. Titius de fundo Capenato communi dividundo iudicem sibi dari postulaverunt”, ovvero la demonstratio di un’actio venditi: “Quod A. Agerius N. Negidio hominem vendidit”.

3) La **adiudicatio** “est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare”. Es.: “Quantum adiudicari oportet, iudex Titio adiudicato”.

4) La **condemnatio** “est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvende potestas permittitur velut haec pars formulae: Iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemnato si non paret absolvito”, ovvero: ... “Si paret quanti ea res erit, iudex tantae pecuniae condemnato; si non paret absolvito”.

Non tutte e quattro le formule però si ritrovano in ogni formula. Infatti:

a) la adjudicatio si ritrova solamente nei iudicia (formulae) divisoria, cioè nell’actio familiae erciscundae (divisione di coeredità), nell’actio communi dividundo (divisione di un condominio), nell’actio finium regundorum (assegnazione di confini) (Gaio IV, 42);

b) la demonstratio si trova nelle formule derivate dalla legis actio per iudicis arbitrive postulationem: quindi nelle tre azioni divisorie e nelle azioni relative a negozi di ius gentium.

c) la condemnatio (che nel processo formulare è sempre pecuniaria, Gaio IV, 48) si trova in tutte le formule, meno che in quelle cosiddette praeiudiciales, quelle cioè con le quali si chiede un mero accertamento diretto a fissare i presupposti di un negozio futuro (Gaio IV, 44). Es.: “An Titius ingenuus sit”;

d) la intentio si trova in tutte le formule o al più può darsi che essa si trovi in tutte le formule in cui non c’è demonstratio; dove v’è questa clausola può dirsi che essa funzioni da intentio.

### **Azioni pretorie.**

Tutte le formule finora esaminate hanno dunque una intentio fondata sopra una pretesa di diritto civile: un oportere quando si tratta di obbligazioni, un ius esse quando si tratta di un diritto reale; nell’un caso e nell’altro, perciò, la formula (azione) è ricollegata ad una pretesa riconosciuta dal ius civile.

Ma cosa avviene per le pretese riconosciute solamente dal pretore, relativamente alle quali cioè è il solo pretore a concedere tutela processuale (cioè a concedere azione)?

Che struttura avrà la formula concessa dal pretore per un caso non previsto da alcuna norma del *ius civile*?

La risposta non può essere che questa: la formula non potrà avere una *intentio* come quelle studiate (che si chiamano *intentiones in ius conceptae* e le azioni relative *actiones in ius*) fondate su un *oportere* o su un *ius esse*; ma sarà fondata su un *factum* (*intentio in factum* onde *actio in factum*) o sarà fondata su un finto *oportere* ovvero *ius esse* (*intentio ficticia*, onde *actiones ficticiae*).

Esaminiamo questa duplice categoria di azioni pretorie: quelle in *factum* e quelle *ficticiae*.

#### A) **Azioni in factum.**

Gaio (IV, 45) dopo aver detto che le azioni in *ius* sono quelle aventi un'*intentio* fondata su un *oportere* o su un *ius Quiritium*, dice (46):

“*Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est; sed initio formulae nominato eo, quod factum est, adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur: qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in ius vocavit; nam in ea ita est*”.

*Recuperatores sunt, si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patrono sestertium X milia condemnate; si non paret absolvite... et denique innumerabiles eius modi aliae formulae in albo proponuntur*”.

Come si vede, mediante la concessione di *formulae in factum* è resa possibile la tutela di pretese non riconosciute dal *ius civile*.

Ora, si danno casi in cui si trovano nell'*albo pretorio* azioni in *ius* e azioni in *factum* relativamente alla medesima pretesa. Per esempio nel caso del deposito si hanno per questo negozio due formule: una in *ius*:

“*Iudex esto, quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam auream deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito*”.

Questa formula, come si vede, è imperniata sull'*oportere* (*quidquid... dare facere oportet*) ed è quindi in *ius concepta* (l'*oportere* infatti va riferito sempre ad una obbligazione riconosciuta dal *ius civile*).

L'altra formula è questa:

“Titius iudex esto. Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam auream deposuisse eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit tantae pecuniae iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absoluito”.

Questa formula non è fondata su un *oportere* ma è fondata su un *factum* brevemente descritto all’inizio della formula: è quindi una *actio in factum*.

Come si spiega codesta coesistenza nel deposito di azioni in *ius* o in *factum*?

Si spiega considerando l’*actio in factum* come l’antica azione concessa dal pretore prima che il deposito divenisse negozio anche di *ius civile*: quando questa trasformazione si verificò, allora l’istituto ebbe accanto all’azione in fatto anche un’azione in *ius*: e quindi per inerzia l’*actio in factum* continuò a vivere accanto a quella in *ius*.

### B) Azioni *ficticiae*.

Allorché la pretesa che il pretore vuole tutelare è analoga quanto alla sostanza ad altra tutelata dal *ius civile* differendone solo per la mancanza di qualche elemento formale, allora il pretore procede alla tutela di tale pretesa mediante formule fittizie, cioè formule che hanno la struttura di formule in *ius conceptae*, ma nelle quali è inserita una finzione.

Esempi: l’azione in cui si rivendica una cosa di nostra proprietà (tale azione si chiama *rei vindicatio*) ha, come sappiamo, un’intentio in *ius* in cui si afferma il *ius Quiritium* dell’attore: “Si paret fundum quo de agitur Auli Agerii ex iure Quiritium esse ...” etc.

Orbene supponete che Tizio abbia venduto a Caio un fondo sito in Italia: questo fondo è *res mancipi*, cioè cosa, per trasferimento di proprietà della quale è necessaria la forma solenne della *mancipatio*.

Ora, il vindicatore ha consegnato il fondo al compratore senza fargliene la *mancipatio*. Domandiamoci: è diventato il compratore proprietario ex iure Quiritium del fondo? No.

E allora, supposto che la cosa si trovi nel possesso di un terzo (Sempronio), può il compratore sperimentare contro questo terzo possessore la *rei vindicatio*? Secondo il *ius civile* no, perché egli non è proprietario.

Orbene, il pretore concede al compratore in questo caso una *rei vindicatio* fittizia: egli finge che il compratore sia diventato proprietario della cosa comprata come se l’avesse usucapita (l’usucapione è un modo di acquisto della proprietà di una cosa per effetto del possesso di essa durato ininterrottamente un anno – come mobili – o due anni – per le altre cose – in base a una giusta causa). La finzione viene scritta nella formula.

Questa *rei vindicatio* fittizia prende il nome di *actio Publiciana*, forse dal pretore Publicio che per primo la concesse.

Ecco cosa dice Gaio (IV, 36):

“Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur; Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit, voluti hac modo:

Titius iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret”.

Ad una azione fittizia si ricorre pure, ad esempio, per agire contro un peregrino che abbia commesso in Roma un furto o per concedere a lui, che abbia patito un furto, l'actio furti.

In quanto peregrino costui non potrebbe essere titolare né attivo, né passivo di una obbligazione di ius civile, come è quella nascente dal furto. E allora si ricorre alla “fictio civitatis”.

“Iudex esto. Si paret Lucio Titio ope consiliove Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret etc.”.

Ad azioni fittizie si ricorre pure nei casi di bonorum possessio (eredità pretoria).

Il pretore, come vedremo, chiama alla eredità di una persona morta intestata non solo, come il ius civile, gli agnati, ma anche coloro che sono a costei legati da vincoli meramente cognatizi.

Costoro però non sono veri e propri eredi. Da ciò deriva che mentre gli heredes possono agire in azioni con le quali affermino un ius Quiritium o un oportere relativamente alle cose ed ai rapporti obbligatori già di pertinenza del defunto, altrettanto non possono fare i bonorum possessores (eredi pretorii).

Di qui la necessità di concedere loro azioni fittizie, formule, cioè, in base alle quali si finge la qualità di erede. Il bonorum possessor ficto se herede intendit velut hoc modo:

“Iudex esto. Si Aulus Agerius Lucio Tito heres esset, tum si eum fundum de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret...” (azione reale).

“Iudex esto. Si Aulus Agerius Lucio Titio heres esset, tum si pareret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere ...” (azione personale).

Ad azioni fittizie si ricorre anche in caso di bonorum emptio. Si ha bonorum emptio allorché contro un debitore venga eseguita una esecuzione patrimoniale la quale conduce alla espropriazione del patrimonio nella sua totalità. Questa espropriazione viene fatta a favore di colui che si impegni a pagare, nella porzione che i creditori crederanno di accettare, i debiti del debitore esecutato.

Ora, appunto pro e contro il bonorum emptor il pretore concede azioni fittizie nelle quali il bonorum emptor viene finto erede.

Altri casi in cui hanno applicazione le azioni fittizie sono quelli relativi alla capitis deminutio minima. Dice Gaio (IV, 38):

“Praeterea aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatus obligatae sit et capite deminutus deminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem desinit iure civili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamve oportere; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse”.

### C) Azioni con trasposizione di soggetti.

Accanto alle formule in factum e a quelle ficticiae bisogna porre anche quelle con trasposizione di soggetti, cioè formule che portano nella condemnatio un nome diverso da quello contenuto nella intentio.

Mediante questa trasposizione di soggetti nella formula vengono a ricevere tutela processuale una serie di fattispecie non contemplate dal ius civile.

Richiamiamoci anzitutto a quanto si disse relativamente alla rappresentanza: essa in principio non è ammessa in diritto romano, tuttavia se ne possono ottenere praticamente gli effetti allorché il pater o il dominus comandi al filius o al servus di compiere certi negozi giuridici, o lo preponga a una azienda terrestre o marittima, o gli affidi un peculio: in tutti questi casi i negozi compiuti dal figlio o dal servo impegnano direttamente il paterfamilias (o il dominus).

Orbene, qual è il mezzo tecnico con cui ciò viene raggiunto?

Mediante l'uso di formula con trasposizione di soggetti, cioè il terzo che ha contrattato col figlio (o col servo) potrà chiamare in ius il padre (o il padrone) e procedere con lui alla litis contestatio relativamente al negozio compiuto dal figlio (o dal servo). La formula porterà nella condemnatio il nome del padre con cui la litis contestatio ha luogo.

Queste azioni sono le seguenti:

- a) actio quod iussu;
- b) actio institoria;
- c) actio exercitoria;
- d) actio de in rem verso;
- e) actio de peculio;
- f) actio tributaria.

Esse sono chiamate anche adiecticiae qualitatis perché sono esperibili non solo contro il filius o l'estraneo come nel caso in cui preposto al comando della nave o alla azienda terrestre sia un estraneo (Gaio IV, 71).

Esamineremo brevemente queste singole azioni.

a) *Actio quod iussu*. Ecco la formula relativa all'a. venditi (Gaio, IV, 70):

“Quod iussu Numerii Negidii Aulus Agerius Gaio, cum is in potestate Numerii Negidii esset, togam vendidit, quidquid ob eam rem Gaium filium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium A°A° condemna; si non paret absolve”.

Come si vede, la compravendita avvenne fra Gaius e l'attore (Aulus Agerius) e questi due nomi compaiono nell'intentio: ma la *condemnatio* viene convertita a carico di Numerius Negidius che è il padre di Gaius.

b) *Actio institoria* (Gaio IV, 71): “Institoria vero formula tunc locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum sive servum sive liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est contractum fuerit”. Esempio: formula relativa all'a. empti:

“Quod Aulus Agerius de Lucio Tito, cum is a Numerio Negidio tabernae instructae praepositus esset, decem pondo olei emit, cui rei Lucius Titius a N°N° ibi praepositus erat, quidquid ob eam rem Lucium Titium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium A°A° condemna; si non paret absolve”.

Come appare dalla formula, la compravendita avvenne fra Lucio Tizio (venditore) e Aulo Agerio (compratore).

L'attore chiede la consegna della cosa in base al contratto; ma a questo fine non si rivolge a Lucio Tizio sibbene a Numerio Negidio, convenuto padre o domino di Lucio Tizio, col quale fa la *litis contestatio* e sul quale fa convertire la condanna.

c) *Actio exercitoria*: “... exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus fuerit gestum erit” (IV, 71).

La formula è analoga a quella precedente.

d) *Actio de in rem verso*. È un'azione concessa contro il padre o il domino per negozi compiuti dal servo o dal figlio senza autorizzazione, ma in conseguenza dei quali si sia nel patrimonio paterno prodotto un arricchimento.

Nei limiti di tale arricchimento viene concessa questa azione, essa pure con trasposizione di soggetto. Esempio di formula in relazione all'a. depositi:

“Quod Aulus Agerius apud Stichum, qui in Numerii Negidii potestate est, mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Stichum si liber esset ex iure Quiritium Aulo Agerio dare facere oporteret ex fide bona, si quid in rem Numerii versum est, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret absolve”.

Come si vede l'attore ha depositato presso lo schiavo Stico, a ciò non autorizzato dal padrone, una mensa argentea; non ottenendone la restituzione egli si rivolge al padrone (Numerius Negidius) e fa con lui la *litis contestatio*; la *condemnatio* è rivolta contro il padrone, mentre l'intentio fa capo allo schiavo.

e) *Actio de peculio*. L'*actio de peculio* ha luogo allorché il pater o il dominus ha concesso al figlio o allo schiavo la libera amministrazione di certo patrimonio. Allora nei limiti del peculio i negozi del figlio (o del servo) impegnano il padre. Esempio:

“Quod Aulus Agerius apud Stichum, qui in Numerii Negidii potestate est, mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Stichum si liber esset ex iure Quiritium Aulo Agerio dare facere oporteret ex fide bona, Numerium Negidium Aulo Agerio dumtaxat de peculio condemna; si non paret absolve”.

È la medesima fattispecie del caso precedente: qui la *condemnatio* porta la clausola “*dumtaxat de peculio*”, la quale fissa il limite di responsabilità del pater (o del dominus).

(Il peculio viene calcolato dedotto da ciò che il servo o il figlio devono al loro rispettivo dominus o pater, Gaio IV, 73).

f) *Actio tributoria* (Gaio IV, 72):

“*Praeterea tributoria quoque actio in patrem dominumve constituta est, cum filius servusve in peculiari merce sciente patre dominove negotietur. Nam si quid eius rei gratia cum eo contractum fuerit, ita praetor ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quod inde receptum erit, ita pater dominusve inter se, si quid debebitur et ceteros creditores pro rata portione distribuunt...*”.

Si tratta del caso in cui lo schiavo abbia esercitato il commercio con il suo peculio a conoscenza del dominus.

Questi è tenuto a dividere l'attivo che del peculio rimane fra i creditori dello schiavo in proporzione all'ammontare dei creditori. Quando il dominus non ottempera dolosamente a questo obbligo, il creditore leso può esperire contro il dominus l'*a. tributoria*.

Mentre nell'*a. de peculio* il dominus, prima di soddisfare i creditori, ha diritto di detrarre dal peculio i debiti dello schiavo verso di lui, invece nell'*ac-*

tio tributaria il dominus concorre a parità di condizioni con gli altri creditori sull'attivo peculiare.

Azioni con trasposizione di soggetto sono pure quelle con le quali una persona diversa dal titolare del rapporto controverso agisce come attore o come convenuto a nome di questo ultimo. Ciò avviene quando agisce un sostituto processuale (procurator o cognitor) o un tutore o un curatore. Costoro agiscono alieno nomine, cioè con formule nella cui intentio è nominato il dominus del negozio, mentre la condemnatio viene rivolta a carico o a favore di questi sostituti processuali (procurator, cognitor, tutor, curator).

Per esempio, se Lucio Tizio agisce quale procuratore di P. Mevio, la formula è così concepita:

“Si paret Numerium Negidium P. Mevio sesterium X milia dare oportere, iudex Numerium Negidium L. Titio sestertium X milia condemna; si non paret absolve”.

OVVERO:

“Si paret fundum quo de agitur P. Mevii esse ex iure Quiritium... iudex Numerium Negidium L. Titio quanti ea res erit tantam pecuniam condemna; si non paret absolve” (Gaio, IV, 86-87).

Come appare da questa formula, nell'intentio è indicato il titolare del rapporto controverso (Mevio), la condemnatio viene riferita a favore di Lucio Tizio che ha effettivamente agito.

La ragione infatti per cui in tutte queste azioni con trasposizione di soggetti si verifica nella formula codesta trasposizione o per cui, in conseguenza, la obbligazione del giudicato viene a sorgere in capo a persona diversa da quella effettivamente debitrice e creditrice sta nel fatto che è questa altra persona diversa che ha compiuto la litis contestatio.

Così, quando ad esempio un tutore agisce in rapporto al pupillo, poiché è lui a compiere la litis contestatio, l'obbligazione processuale di stare alla sentenza e quella che poi nascerà nel giudicato non possono che prodursi direttamente in capo a lui.

Lo stesso dicasi del procurator cui il dominus affida il mandato di contestare la lite per lui.

A proposito di sostituti processuali bisogna distinguere due figure:

- 1) quella del procurator;
- 2) quella del cognitor.

Ambedue sono sostituti processuali, cioè persone incaricate di contestare per altri una lite: quindi tanto per il cognitor quanto per il procurator si verificano gli effetti noti della condemnatio convertita su di loro.

Gaio IV, 83: “Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur, nam actor ita cognitorem dat: Quod ego a te, verbi gratia, fundum peto in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do; adversarius ita: Quia tu a me fundum petis; in eam rem tibi P. Maevium cognitorem do. Potest ut actor ita dicat: Quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do; adversarius ita: Quia tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do. Nec interest, praesens an absens cognitor detur; sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit; si cognoverit et susceperit officium cognitoris”.

Quanto al procurator, invece, esso (Gaio IV, 84) viene nominato nullis certis verbis con semplice mandato e non alla presenza dell'avversario.

Anzi, vi può essere un procurator anche senza mandato: ma si capisce come il controvertente, prima di contestare la lite col procurator, si faccia dare congrue garanzie (v. più oltre).

Ogni differenza fra procuratore e cognitor è scomparsa nel diritto giustiniano (Inst. IV, 10, 1) perché in questa epoca è scomparsa la figura del cognitor. A proposito del procurator e del cognitor dobbiamo dire qualche cosa del procurator o cognitor in rem suam.

Cioè, mentre il procuratore (o il cognitor) a cui favore si è prodotta la obligatio iudicati hanno, poscia, l'obbligo di trasferire al dominus i benefici del processo, quest'obbligo non sorge quando si tratti di procurator in rem suam, di persona cioè autorizzata dal dominus a trattenere per sé i benefici.

Ciò avviene allorché si voglia cedere ad altri un nostro credito. Questa concessione non poteva avvenire in diritto romano, come è possibile nel diritto moderno, subentrando al posto del cedente.

Le obbligazioni in diritto romano, in qualsiasi modo contratte, non possono mai essere cedute: nascono e si estinguono tra le medesime persone. Però si possono realizzare gli effetti pratici della cessione per due vie, ricorrendo alla novazione (cioè, io creditore autorizzo il mio debitore a promettere mediante stipulatio a colui cui voglio cedere il credito quello che deve a me; in questo modo si estingue la mia obbligazione e se ne crea una nuova), ovvero ricorrendo alle azioni con trasposizione di soggetto: in quest'ultimo caso il procuratore non sarà, come il comune procuratore, tenuto al rendiconto, ma sarà un procuratore in rem suam, cioè tratterà per sé i benefici della lite (cfr. Gaio II, 38-39).

A una formula con trasposizione di soggetto può ricorrere anche il bonorum emptor quando abbia acquistato il patrimonio di un vivo:

Gaio IV, 35: “... bonorum emptor... interdum... ex persona eius, cuius bona emerit sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset vel illi dare oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur: quae species actionis appellatur Rutiliana”.

**Osservazioni riassuntive sulla concezione dell'intentio.  
La concezione della condemnatio.**

Relativamente al modo come la controversia è imposta nella intentio ed alla natura di questa intentio possiamo avere:

- formule in ius e in factum;
- formule in rem e in personam;
- formule dirette e fittizie.

Relativamente poi alla coincidenza più o meno delle persone nominate nella intentio con quelle nominate nella condemnatio possiamo avere formule con o senza trasposizione di soggetti.

Se dunque prescindiamo dalla teoria delle azioni con trasposizione di soggetto che costituiscono una parentesi nello svolgimento della nostra trattazione, possiamo dire di avere finora concentrata la nostra attenzione sul modo come può nella formula essere concepita l'intentio.

Ci resta ora da esaminare il modo come può essere concepita la condemnatio e poi il cosiddetto problema della pluris petitio (o minoris petitio) nella intentio, nella condemnatio e nella demonstratio.

Per quanto concerne la condemnatio bisogna anzitutto dire che “ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est”. Cosicché, anche quando si chiede una res, il giudice “non in ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sed, aestimata re, pecuniam eum condemnat” (Gaio IV, 48).

E questa condemnatio può essere certa o incerta.

È certa una condemnatio così concepita: “Iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemna; si non paret absolve”.

La condemnatio incerta può prestarsi in duplice modo:

1) incerta cum taxatione: “Iudex Numerium Negidium Aulo Agerio dumtaxat sestertium X milia condemna; si non paret absolve”;

2) incerta ed infinita: “Quanti ea res erit tantae pecuniae iudex Numerium Negidium A°A° condemna; si non paret absolve”.

Si capisce però che se il giudice condanna egli deve determinare l'importo della condanna. E deve stare inoltre ben guardingo nel non condannare per una somma maggiore né per una minore di quella stabilita nella condemnatio certa altrimenti litem suam facit, cioè colui a cui sfavore la sentenza è risultata emessa per effetto dell'errore del giudice potrà agire contro quest'ultimo.

Così dicasi per il caso che il giudice faccia una condemnatio per una somma maggiore di quella determinata nella taxatio della condemnatio (cfr. Gaio IV, 49-52).

Passiamo ora al problema della pluris petitio (o minoris petitio) cioè al caso in cui la richiesta dell'attore non corrisponda essendo più ampia o inferiore, a quella alla quale egli aveva realmente diritto.

A) Esaminiamo cosa avviene per effetto di questa *pluris petitio* allorché essa abbia luogo nella intentio.

Dice Gaio (IV, 53): “Si quis intentione plus complexus fuerit, causa cadit, id est rem perdit, nec a praetore in integrum restituitur...”.

Dunque la *pluris petitio* nell'intentio determina la perdita della lite.

Questa *pluris petitio* può avvenire in quattro modi:

- 1) re;
- 2) tempore;
- 3) loco;
- 4) causa.

a) **Re.** Allorché invece di chiedere X si chiedono XX o allorché si afferma di essere proprietari di una intera cosa e si è proprietari solo di una parte di essa.

b) **Tempore.** Allorché si chiede prima della scadenza del debito.

c) **Loco.** Allorché si chiede l'adempimento della prestazione in un luogo diverso da quello stabilito, per es. si era obbligati in base alla stipulatio a dare 100 a Efeso ed il creditore invece agisce affinché gli siano dati a Roma.

d) **Causa.** Allorché l'attore leda con la sua *petitio* un diritto del convenuto: per es. se il convenuto era alternativamente obbligato a dare diecimila sesterzi o lo schiavo Stico, avrebbe il creditore commesso una *pluris petitio* se avesse sottratto al convenuto il diritto di scelta mediante la domanda giudiziale di Stico. Così se si sia stipulato un *genus* (es. si quis purpuram stipulatus sit) ed il creditore invece chiede un *genus* più limitato (deinde Tyriam specialiter petat, cfr. Gaio IV, 53). In tutti questi casi di *pluris petitio* l'effetto costante è la perdita della lite.

E ciò si capisce, poiché il giudice deve condannare solo “si paret” quanto afferma l'attore. Se l'attore afferma cosa diversa dal reale, è chiaro che da ciò deriverà un “non paret” e, quindi, una sentenza di assoluzione pel convenuto.

Questo problema della *pluris petitio* si può porre solamente in ordine alla intentio certa, nella intentio incerta invece è evidente che “Nemo potest plus intendere” (Gaio IV, 54).

Così non potrà mai accadere che vi sia *pluris petitio* in una così concepita: “quidquid dare facere oportet”.

Lo stesso è da dirsi per una *actio in rem* la cui intentio abbia ad oggetto una incerta pars: es: “Quantam partem paret in eo fundo quo de agitur Auli Agerii esse” (Gaio IV, 54).

Non può ricorrere inoltre *pluris petitio* quando l'attore chieda aliud pro alio (Gaio IV, 55): in questo caso l'attore potrà nuovamente “ex integro agere quia nihil ante videtur egisse”.

Così, ad esempio, colui che chiede lo schiavo Stico mentre avrebbe dovuto chiedere Eros; o colui che anziché fondare l'intentio sulla vera causa (la stipulatio) la fonda erroneamente su un'altra (il testamento) o il cognitor ed il pro-

curator che abbiano erroneamente affermato nella intentio un dare oportere a proprio favore (anziché a favore del dominus).

In tutti questi casi non c'è *pluris petitio* per il semplice fatto che non c'è neanche una *petitio*.

Relativamente alla *minoris petitio* nella intentio è da dire che per effetto di essa l'attore non perde la lite: solo che de reliquo egli non può agire durante la pretura del magistrato innanzi al quale è stata conclusa la *litis contestatio*; se agisce gli verrebbe opposta una *exceptio litis dividuae*.

B) **Pluris petitio e minoris petitio** nella *condemnatio*. Cediamo la parola a Gaio (IV, 57): “At si in condemnatione plus petitum sit quam oportet, actoris quidem periculum nullum est, sed reus, cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuaturn condemnationis”.

Perciò se nella *condemnatio* è posto più di ciò che è affettivamente dovuto, l'actor non perde la lite, come avviene nella *pluris petitio* della intentio: ma anzi otterrebbe la somma maggiore posta nella *condemnatio*. Senonché il convenuto può ottenere dal pretore la *in integrum restitutio*.

In virtù di questa *in integrum restitutio* si deve procedere ad una nuova *litis contestatio* con una formula nuova avente una esatta *condemnatio*.

Quanto alla *minoris petitio* nella *condemnatio* dice Gaio che “hoc solum consequitur actor quod posuit: nam tota quidem res in iudicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine, quam iudex egredi non potest” (Gaio IV, 57).

E, diversamente da quel che avviene nel caso di *pluris petitio*, qui il pretore non concede a favore dell'attore una *in integrum restitutio*: ciò pel principio che *facilius reis praetor succurrit quam actoribus*” (IV, 57).

C) **Pluris petitio e minoris petitio** nella *demonstratio*. In linea generale può darsi che se vi sia una *pluris* e una *minoris petitio* nella *demonstratio* “nihil in iudicium deducitur et ideo res in integro manet: et hoc est quod dicitur falsa demonstratione rem non perimi” (Gaio IV, 58).

Però si ritiene da alcuni giuristi che una *minoris demonstratio* non infirmi la *litis contestatio* ma limiti gli effetti a quella parte della pretesa attoria effettivamente dedotta nella formula (si tenga presente che *res in iudicium deducta* significa pretesa dedotta nella formula).

Per es.: se Tizio, compratore degli schiavi Stico ed Eros, agisca contro il venditore con una formula (*actio empti*) portando una *demonstratio* così concepita: “Quod ego de te hominem Erotem emi”, dovrà dirsi che egli ha dedotto solo parzialmente la sua pretesa nella formula e che pel rimanente egli può agire ancora con una nuova azione: “et si velit – dice Gaio (IV, 59) – de Sticho alia formula iterum agat, quia verum est eum, qui duos emerit singulos quoque emisse; idque ita maxime Labeoni visum est”.

Quando invece di una *minoris petitio* si abbia *pluris petitio* allora *falsum demonstrat* e perciò la *litis contestatio* non esplica alcun effetto.

Vi sono però due casi in cui la *pluris petitio* nella *demonstratio* ha lo stesso effetto di una *pluris petitio* nella *intentio*, cioè fa perdere la lite.

Ciò avviene nelle formule del deposito e del comodato (Gaio IV, 60) ed in quella delle quali in caso di condanna deriva l'infamia.

Cosicché colui che ha depositato una cosa, e agisca con una formula in *factum* che indichi come depositate due cose invece di una l'attore perderà la lite.

La ragione di questo diverso regime della *pluris petitio* in questo caso di errore nella *demonstratio*, sta nel fatto che, come sappiamo, la *demonstratio* ha nelle formule in *factum* la funzione della *intentio*.

Dove invece, come nella formula dell'*actio empti*, come nella stessa formula del deposito, ma in *ius concepta* la *demonstratio* non serve a sostituire ma a determinare meglio la *intentio*: l'errore della *demonstratio* non produce mai la perdita della lite.

Così nel caso fatto prima, se l'attore anziché servirsi della formula in *factum* del deposito, si fosse servito della formula in *ius*, la *pluris petitio* della *demonstratio* non gli avrebbe fatto perdere la lite ma avrebbe invalidato la *litis contestatio* (IV, 60).

### **Limitazioni sostanziali della condemnatio.**

Dobbiamo ora studiare alcuni casi in cui la pretesa dell'attore può essere ristretta nella condanna per effetto di alcune limitazioni derivanti dal rapporto sostanziale da cui sorge la pretesa dell'attore.

Ciò avviene:

a) quando si tratta di un'*actio de peculio*; in questo caso qualunque sia la pretesa dell'attore esposta nella *intentio*, il giudice emetterà una condanna il cui ammontare sarà ristretto nei limiti del *peculio* (Inst. IV, 6, 36);

b) quando si tratta di azione dotale o di azione contro prossimi parenti, anche in questi casi il giudice comanderà nei limiti delle possibilità economiche del marito o di questi parenti (in *id quod facere possunt*, Inst. IV, 6, 37);

c) quando si tratti di azione di buona fede, cioè formule aventi nella *intentio* la clausola *ex fide bona* che dà al giudice larghi poteri affinché giudichi anche di circostanze di cui non fu tenuto conto nella formula. Il giudice può ridurre per effetto della *compensatio* la pretesa dell'attore.

La *compensatio* è definita come "crediti et debiti inter se contributio".

Se cioè il convenuto era a sua volta creditore dell'attore, il giudice nei *iudicia bonae fidei* poteva tener conto di questo credito del convenuto nonostante non ne fosse stata fatta menzione nella formula e limitare al rimanente la condanna (Inst. IV, 6, 30): "ut si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, condemnari debeat". Gaio, IV, 61. "... ut habita ratione eius quod invicem actorem ex eadem causa, praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est condannari debeat".

Però il giudice non ha nessun obbligo di tener conto della *compensatio*, non essendogli essa imposta nella formula ed essendo invece rilasciato alla sua esclusiva discrezione. “*Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur*” (IV, 63).

Diversa da questa *compensatio* che ha luogo nei iudicia bonae fidei e che è rimessa all'esclusivo giudizio del giudice è quella cui sono necessariamente obbligati gli argentarii e banchieri. Costoro quando agiscono contro i loro debitori devono agire cum compensatione, devono cioè esprimere questa *compensatio* nella formula, se non vogliono cadere in una *pluris petitio* nell'intentio e quindi perdere la lite (Gaio IV, 64). Es.: “*Si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipso Titio debet*”.

Accanto alla *compensatio* del banchiere abbiamo la *deductio* che consiste essa pure in una “*crediti et debiti inter se contributio*”. Cum deductione deve agire il bonorum emptor.

La differenza che c'è tra l'una e l'altra sta in ciò: che la *compensatio* presuppone che debito e credito da compensare siano della medesima natura: “*veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino*”. Invece “*in deductionem vocatur et quod non est eiusdem generis*” (esempio: *pecunia cum frumento* etc.).

Inoltre la compensazione del banchiere presuppone la esigibilità dei debiti e dei crediti che si compensano, cosa codesta che non avviene nella *deductio* (*vocatur in deductionem et id quod in diem debetur; compensatur autem hoc solum quod praesenti diem debetur*).

Finalmente dal punto di vista della loro collocazione nella formula c'è tra la compensazione imposta all'argentario e la *deductio* imposta al bonorum emptor questa differenza, che *compensationis quidem ratio in intentione ponitur*, mentre *deductio ad condemnationem ponitur* (cfr. Gaio IV, 68), per cui il bonorum emptor non corre il pericolo di una *pluris petitio*.

### **Exceptio.**

Abbiamo sinora considerato la formula da un punto di vista delle pretese dell'attore: quindi abbiamo esaminato la *intentio in ius*, in *factum*, in *personam*, in *rem*, diretta o fittizia, con cui la pretesa viene affermata; la *demonstratio* con cui la pretesa viene meglio determinata; la *condemnatio* attraverso cui la pretesa mira ad essere attuata e la *adiudicatio* che è propria dei iudicia divisoria.

È chiaro che il convenuto non avrà bisogno di fare inserire nella formula la menzione della inesistenza del rapporto su cui l'attore fonda la sua pretesa; sarà compito del giudice di accertarla o di assolvere il convenuto.

Questo compito gli deriva infatti dalla concezione stessa della formula (si paret).

Così se il debitore ha già estinto per pagamento l'obbligazione non avrà bisogno di farne menzione nella formula: anche in tal caso l'estinzione verrà presso il giudice provata (si paret).

Ancora: se il debito non è scaduto, non ha bisogno di fare menzione di ciò nella formula; deve essere l'attore a stare attento a non chiedere il pagamento di un debito non scaduto per non incorrere in una *pluris petitio*.

Così dicasi per il caso che l'attore richieda più di quanto gli è dovuto e per tutti gli altri casi di *pluris petitio*.

Ma si supponga che Tizio fosse debitore di Caio in base ad una *stipulatio* (negozio solenne). Ora, in diritto romano vale il principio che *quod verbis contractum est verbis solvi debet*. Ne consegue la remissione da parte del creditore di un debito da stipulazione attraverso la pronuncia di solenni, determinate parole.

Questo negozio solenne estintivo della *stipulatio* è l'*acceptilatio*: *quod ego tibi promisi habesne acceptum?*

Orbene, supponete che fra Gaio e Tizio fosse stato fatto un semplice "pactum" di remissione: forse che questo *pactum* ha iure civili estinta la *stipulatio*? No, dunque la pretesa dell'attore "si paret Titium Caio centum dare oportere" è iure civili vera e in base ad essa il giudice dovrebbe condannare il convenuto a pagare l'attore.

Per impedire questo effetto non c'è che un solo mezzo: fare inserire una clausola nella formula con cui il convenuto fa menzione del *pactum* costringendo così il giudice a tenerne conto.

Orbene: queste clausole nella formula con cui il convenuto riesce a rendere praticamente inefficaci le pretese iure civili valide dell'attore prendono il nome di *exceptiones*.

Dice Gaio (IV, 116):

"Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari".

Esempi di *exceptiones*:

- a) l'*exceptio pacti conventi*, che è quella riferita sopra (Gaio IV, 116 b);
- b) l'*exceptio quod metus causa*.

Quando per esempio una persona sia stata costretta ad obbligarci mediante *stipulatio* (o mediante un altro negozio qualsiasi, sotto la spinta di una violenza) l'obbligazione è perfettamente valida (iure civili).

Come fare per renderla praticamente inefficace? Non c'è che un mezzo: inserire nella formula l'*exceptio quod metus causa*.

Lo stesso dicasi nel caso di dolo: per rendere inefficace la pretesa attoria iure civili valida bisogna inserire nella formula l'*exceptio doli*.

Si supponga il caso di Tizio il quale, promettendo di consegnare a mutuo cento a Caio, per garantirsi la restituzione, conclude con Caio una stipulatio, con la quale Caio si obbliga a pagare questi cento fra due mesi.

Conclusa la stipulatio e sorta quindi l'obbligazione in capo a Caio, Tizio si rifiuta di consegnare i cento a mutuo.

Viene la scadenza della stipulatio e Tizio agisce contro Caio con la condictio, si paret Caium Titio centum dare oportere.

C'è qui un vero e valido oportere? Sì, senza dubbio, eppure Caio non ha avuto quei cento per avere i quali egli aveva assunto l'obbligazione.

Ancora: supponiate che Tizio abbia venduto e consegnato a Caio una res mancipi senza curarsi di fare la mancipatio. Proprietario perciò di questa res mancipi resterà ancora Tizio. Se costui agisca contro Caio con una rei vindicatio, come può difendersi Caio contro la pretesa di Tizio, pretesa valida iure civili ma di fatto iniqua?

Mediante la inserzione di una exceptio rei venditae et traditae nella formula.

La funzione dell'exceptio è perciò quella di permettere al giudice di tenere conto di circostanze le quali sotto il profilo dell'equità sono degne di far cadere la pretesa iure civili valida dell'attore.

Circostanze codeste le quali ricevono rilievo giuridico o per effetto dell'imperium del pretore, ed è questo il più gran numero di casi di exceptiones, o per disposizione legislativa, per esempio: un senatoconsulto o una legge.

Così ad es. la lex Cincia vietò entro certi limiti le donazioni e per realizzare questo divieto permise ai donanti di opporre contro i donatori una exceptio legis Cinciae.

Ancora: le donne in base al senatoconsulto Velleiano non avrebbero dovuto prestare la loro intercessio a favore di debitori. Se l'avessero prestata, assumendo quindi un'obbligazione, avrebbero potuto liberarsi mediante un'exceptio.

Si capisce ora quel che dice Gaio (IV, 118):

“Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat. Quae omnes vel ex legibus vel ex his quae legis vicem optinent (cioè senatoconsulti e costituzioni imperiali) substantiam capiunt, vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt”.

I tipi più comuni di exceptiones sono:

a) Exceptio pacti conventi (Gaio IV, 119):

“Si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit ne ea pecunia peteretur”.

b) Exceptio doli mali:

“Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat”.

c) *Exceptio quod metus causa*:

“Si in ea re nihil metus causa factum est”.

d) *Exceptio rei venditae et traditae*:

“Si non Aulus Agerius fundum quo de agitur Numerio Negidio vendidit et tradidit”.

Vi sono però molte altre *exceptiones* pretorie e tutte quelle poi nascenti da leggi o norme equiparate.

Come abbiamo detto, l'*exceptio* deve essere inserita nella formula, e precisamente essa va inserita tra la *intentio* e la *condemnatio*.

È chiaro che con la inserzione della *exceptio*, la *condemnatio* viene resa condizionale. Esempi:

a) Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit ne ea pecunia peteretur, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret absolve”;

b) “Si paret fundum quo de agitur Auli Agerii ex iure Quiritium esse, si in ea re nihil dolo malo Auli Ageri factum sit neque fiat... quanti ea res erit iudex Numerium Negidium Aulo Agerio c.s.n.p.a.”.

Come si vede, il giudice condannerà solo a condizione che non sia vera la circostanza fatta valere con l'*exceptio* del convenuto (Gaio IV, 119).

### **Replicatio.**

Alcune volte può avvenire che una *exceptio* “*quae prima facie iusta videatur inique noceat actori*”: in questo caso sarà giusto che l'attore abbia la facoltà di inserire nella formula una clausola che miri a paralizzare gli effetti della *exceptio*: questa clausola ha il nome di *replicatio*.

Così ad esempio: se al primitivo *pactum de non petendo* faccia seguito un *pactum in senso contrario*, è giusto che all'*exceptio pacti conventi* opposta dal convenuto l'attore opponga a sua volta una *replicatio*.

Esempio:

“Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio X dare oportere si non inter Numerium Negidium et Aulum Agerium convenit ne ea pecunia peteretur aut si postea convenit ut Aulo Agerio eam pecuniam petere liceret” (Gaio IV, 126-129).

A sua volta il convenuto potrebbe opporre alla *replicatio* una *duplicatio* e così via. Quanto alla durata della loro efficacia le eccezioni si dividono in pe-

rentorie e dilatorie: sono perentorie “*quae perpetuo valent nec evitari possunt*”; per es. l’*exceptio* nascente da un patto con cui si sia stabilito ne omnino pecunia peteretur etc. (Gaio IV, 121).

Sono invece dilatorie le eccezioni che hanno efficacia solo entro un certo periodo di tempo, per esempio la *exceptio* derivante da un patto con cui il creditore abbia promesso al debitore di non richiedere il pagamento entro un periodo determinato. Dilatoria è l’*exceptio litis dividuae* perché essa si può opporre solamente all’attore che agisca per il *minus petitum* avanti al medesimo pretore:

Gaio IV, 122: “... nam si quis partem rei petierit et intra eiusdem praeturae reliquam partem petat, hac exceptione summovetur, quae appellatur litis dividuae”

Gaio IV, 56: “... minus autem intendere licet, sed de reliquo intra eiusdem praeturae agere non permittitur: nam qui ita agit, per exceptionem excluditur quae exceptio appellatur litis dividuae”.

Però l’effetto che nella lite produce l’*exceptio*, tanto perentoria che dilatoria, è sempre uno: quello di far perdere la lite all’attore.

“Observandum est autem ei cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem: alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit: non enim post illud tempus, quo integra re eam evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest re in iudicium deducta et per exceptionem preempta” (IV, 123).

L’attore deve perciò essere ben cauto e non deve contestare la lite se il convenuto gli opponga una eccezione dilatoria.

### **Praescriptio.**

Un’ultima clausola, infine, della formula è la *praescriptio*: “consistente in una più precisa determinazione dei limiti della controversia, premessa alla formula e diretta ad evitare che siano considerate come dedotte in giudizio pretese che si vogliono far salve” (ARANGIO RUIZ).

Per esempio (Gaio IV, 131): se da un unico contratto derivano più prestazioni di cui alcune attualmente esigibili ed altre che lo saranno ad una certa scadenza, il creditore che voglia agire per ottenere le prestazioni esigibili deve avere l’accortezza di agire cum *praescriptione*: cioè deve premettere alla formula una clausola nella quale si indica appunto che la *contestatio* ha riferimento alle prestazioni esigibili.

Ciò per evitare che senza questa limitazione tutto quanto il rapporto venga dedotto in giudizio e venga consumato per effetto della *litis contestatio*.

La *praescriptio* nel caso in parola è questa: “*Ea res agatur cuius rei dies fuit*” (Gaio IV, 131).

Così, in caso di compera di una res Mancipi sorgono nel compratore vari diritti:

- a) ad avere fatto la Mancipatio della cosa comprata;
- b) ad averne la consegna;
- c) ad essere garantito contro le eventuali turbative da parte di terzi (garanzia per evizione).

A tutela di questi diritti stava l'actio empti. Ora, il compratore che volesse agire per uno solo di essi doveva esprimere ciò nella formula mediante un'adeguata praescriptio: per es. "ea res agatur de fundo Mancipando" (Gaio IV, 131).

Per ben comprendere gli istituti sopra illustrati della praescriptio e della pluris petitio bisogna far riferimento a uno dei principi tipici del processo classico, che si suole indicare come l'effetto consuntivo della litis contestatio. Una volta che una pretesa sia stata dedotta in giudizio mediante la litis contestatio, questa pretesa viene meno (ipso iure ovvero ope exceptionis) e non si può più validamente sulla base di essa intentare un nuovo processo. Da ciò consegue il carattere pericoloso di una pluris petitio. Una volta che l'attore l'ha commessa egli perde la lite né più potrebbe intenderne un'altra in quanto la prima litis contestatio ha consumato la sua pretesa.

Così si spiega la necessità della praescriptio, la quale è necessaria quando l'attore agisca con formule aventi una intentio incerta: quidquid dare facere oportet. Stante l'indeterminatezza di siffatta intentio essa fa sì che – in difetto di praescriptio – si debbano considerare dedotte in giudizio tutte le possibili e varie prestazioni nascenti da quel rapporto su cui l'attore fonda la sua azione: alioquin si sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula qua incertum petimus... totam obligationem in iudicium deducimus" (Gaio IV, 131). Quando invece si tratti di formula avente una intentio certa due possono essere i casi: o si commette pluris o si commette minoris petitio. Nel primo caso, per il principio che nel più ci sta il meno, la pretesa si considera dedotta in giudizio, si verifica quindi l'effetto consuntivo della litis contestatio – l'attore perde per sempre la lite. Nel secondo caso (minoris petitio) l'attore conserva integra la possibilità di intentare un nuovo processo per il minus petitum (salvo gli effetti dell'exceptio litis dividuae) perché la pretesa dell'attore non è stata integralmente dedotta nel giudizio. La pretesa si individua attraverso l'oggetto, la res: bis de eadem re ne sit actio. La pretesa residua, per il rimanente non chiesto, si considera agli effetti della consumazione nascente dalla litis contestatio come un'altra pretesa.

### **La clausola ex fide bona e la clausola arbitraria.**

A compimento di quanto abbiamo detto sulle clausole della formula è da aggiungere qualche parola sulla clausola ex fide bona e sulla arbitraria, "nisi ea res arbitrio iudicis restitatur" che si trova in alcune formule.

La formula *ex fide bona* si trova nelle formule di vari negozi e cioè: compravendita, locazione-conduzione, gestione di negozi, mandato, deposito, fiducia, società, tutela, *actio rei uxoriae*, comodato, pegno, *actio familiae erciscundae*, *actio communi dividundo* (Gaio IV, 62, Inst. 6, 28).

La intentio di questa formula di buona fede è così concepita: “*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*” etc.

Ora, in virtù della clausola *ex fide bona* le parti danno al giudice il potere di giudicare anche al di là dei termini esplicitamente contenuti nella formula e quindi di tener conto delle circostanze non scritte nella formula, infatti nei *iudicia bonae fidei* il giudice può tenere conto dell'*exceptio doli* e dell'*exceptio pacti* conventi ancorché manchi la loro espressa menzione nella formula.

E, come sappiamo, egli può procedere anche ad una *compensatio* nonostante che di essa non vi sia nella formula menzione alcuna.

Questi larghi poteri del giudice nei *iudicia bonae fidei* hanno la loro fonte nelle clausole *ex fide bona*: con queste clausole appunto le parti autorizzano il giudice a giudicare *ex aequo et bono*.

La clausola arbitraria, infine, è una clausola inserita nelle formule in *rem* o in alcune di quelle in *personam*.

In queste formule la *condemnatio* del convenuto è condizionata alla non restituzione della *res*: questa restituzione gli viene ingiunta, prima della sentenza, dall'arbitro in base ad una esplicita clausola contenuta nella formula.

Esempio: “*Si paret fundum quo de agitur Auli Agerii ex iure Quiritium esse, nisi is fundus a Numerio Negidio Aulo Agerio aribtro iudicis restituetur, iudex Numerium Negidium Agerio condemna; si non paret absolve*” (formula della *rei vindicatio*).

### **Il processo formulare dal suo atto introduttivo alla sentenza.**

Dopo aver studiato la natura – documento in cui è espressa la volontà contrattuale delle parti relativa alla contestazione di una controversia nettamente delimitata –, la funzione – mezzo con cui ha luogo la *litis contestatio* – e la struttura – analisi delle clausole che la costituiscono – della formula, notando come essa costituisca il centro di tutto il processo, diamo brevemente uno sguardo al modo di svolgimento del processo formulare.

Vediamo l'atto introduttivo per giungere attraverso le varie fasi sino all'esame della sentenza. Atto introduttivo del processo formulare, come già del processo per *legis actiones*, è la *in ius vocatio*.

Gaio IV, 183: “*In summa sciendum est eum, qui cum aliquo consistere velit, in ius vocare oportere et eum, qui vocatus est, si non venerit, poenam ex edicto praetoris committere*” (si tenga presente che certe categorie di persone – es. parenti – Gaio IV, 183, non possono essere in *ius vocati* senza permesso del pretore).

Il convenuto può esimersi dall'obbligo di seguire l'attore in ius, prestando una garanzia prima della in ius vocatio – o contemporaneamente – l'attore fa al convenuto la editio actionis, cioè indica al convenuto l'azione (formula con cui intende agire: “qua quisque actione agere volet, eam edere debet: nam aequissimum videtur eum qui acturus est edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione qua conveniatur”, D. 2, 13, 1 pr.).

In conseguenza della in ius vocatio attore e convenuto si recano innanzi al pretore.

Attore e convenuto espongono le loro rispettive pretese e contropretese.

Il magistrato le esamina e vede se si tratta di pretese di ius civile cui corrisponde una formula in ius o di pretese pretorie o di pretese del tutto nuove per le quali l'attore richiede giuridica protezione.

Egli assiste le parti (specialmente il convenuto) nel periodo che precede la compilazione del testo definitivo della formula.

Si capisce bene come questa elaborazione dovesse essere laboriosa: ciascuna parte mirava ad inserire nella formula le clausole che servissero a rendere efficaci le proprie pretese: ma questa inserzione non era libera; essa doveva invece essere consentita dalla controparte, essendo la formula l'espressione della volontà comune delle parti.

La cooperazione del pretore si svolge specialmente, come si vede, a favore del convenuto, concedendo a costui la inserzione di exceptiones capaci di paralizzare gli effetti in una pretesa in ius civile avanzata dall'attore.

Quando finalmente le parti si sono accordate sul testo definitivo della formula, il pretore dà il iudicium, cioè concede che abbia luogo con quella formula la litis contestatio con cui si instaura il processo.

Il giudice scelto dalle parti e obbligato ad emettere la sentenza in base ad un decreto del pretore (iussum iudicandi) inviterà le parti a presentarsi innanzi a lui: procederà a suo pieno arbitrio a raccogliere gli elementi del suo giudizio e poi coram partibus emetterà la sentenza.

La sentenza è orale: essa può contenere (in conformità della formula cui deve corrispondere):

1) un accertamento, quando si tratti di formula praeiudicialis. Es.: Titius ingenuus est;

2) condanna o assoluzione (quando si tratti di formule con condemnatio). Si capisce che la condanna non può essere che pecuniaria. Es.: Titium Caio centum condemno; Titium a Caio absolvo.

3) un'aggiudicazione quando si tratta di formule divisorie. Es.: Titio partem Semproni fundi communis adiudico.

La sentenza emessa dal giudice sta alla litis contestatio come l'effetto alla causa: cioè essa è implicitamente contenuta nella litis contestatio; quindi il giudice non fa che determinare concretamente la volontà medesima delle parti.

Può dirsi che il giudice riempie una volontà in bianco emessa dalle parti nella *litis contestatio*.

### **Effetti della *litis contestatio*.**

L'effetto che deriva dalla sentenza si esprime nel principio "bis de eadem re ne sit actio" e consiste nella cosiddetta *res iudicata*: "*res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit: quod vel condemnatione vel absolutione contingit*" (D. 42, 1, 1).

Perciò intorno a una pretesa sulla quale è stata emessa una sentenza non può più riprodursi un'altra azione.

Peraltro nel diritto romano classico l'intangibilità della sentenza, la *res iudicata*, non costituisce un punto centrale come per noi moderni. La giurisprudenza romana è dominata da un punto di vista del tutto diverso. Essa non parte dalla sentenza ma dalla *litis contestatio*, non si domanda se in ordine a una data questione è possibile un'altra sentenza ma se è possibile un'altra *litis contestatio*. Onde per il Romano il problema della *res iudicata* forma un tutt'uno con quello degli effetti della *litis contestatio*.

Bisogna distinguere tra *iudicium legitimum* e *iudicium imperio continens* (Gaio IV, 103 e sgg.). Si tenga presente che *iudicium* significa tanto una formula quanto l'intero processo.

Il *iudicium legitimum* è quello che viene instaurato in Roma, o entro il primo miglio da Roma, tra cittadini romani presso l'*unus iudex*, non cioè presso un giudice collegiale.

Questo *iudicium* deve essere svolto entro 18 mesi (ciò per disposizione delle leggi Giulie).

*Imperio continens*, invece, è quel *iudicium* che si svolge fuori di Roma o in Roma tra cittadini romani e peregrini o presso il collegio giudicante dei *recuperatores*.

Questo *iudicium* dipende unicamente dall'*imperium* del magistrato che ne permette la instaurazione non avendo nessuna giustificazione dalla *lex* e perciò deve svolgersi, sotto pena di estinzione, entro il periodo di carica del magistrato (*ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit*, Gaio IV, 105).

Ora, la *litis contestatio* produce effetti diversi secondo che avvenga nell'uno o nell'altro *iudicium*.

La *litis contestatio* conclusa in un *iudicium legitimum* produce la novazione del rapporto obbligatorio contestato quando si tratti di rapporto di *ius civile* e, quindi, di formula in *ius*.

Per effetto della *l. c.* il rapporto novato è estinto e quindi esso, non esistendo più, non potrebbe fondare un processo nuovo.

In questo caso perciò la impossibilità di una nuova azione, *bis de eadem re ne sit actio*, deriva dall'effetto estinto *ipso iure* della *litis contestatio*.

Quando invece si tratti di un diritto reale, o di un rapporto obbligatorio pretorio, la novazione non può aver luogo: non nel primo caso, perché la novazione presuppone una obbligazione da trasformare e qui invece si tratta di un rapporto di diritti reali; non nel secondo caso, perché il rapporto obbligatorio pretorio non ha esistenza autonoma, prescindendo dalla formula processuale, esso si può dire esiste solo per effetto della formula.

E, infine, la novazione non ha luogo per le pretese obbligatorie di *ius civile* fatte valere in un *iudicium imperio continens*, cioè per la ragione che la *litis contestatio* è qui pretoria e quindi come tale non può estinguere una *obligatio* (di *ius civile*).

In questi casi il rapporto controverso non è estinto *ipso iure*, quindi in base ad esso si potrebbe riproporre una nuova azione. Tuttavia questa riproposizione viene praticamente resa inefficace mediante l'*exceptio rei iudicatae* vel in *iudicium deductae* che il pretore concede al convenuto.

Tutto ciò è chiaramente espresso da Gaio III, 180-181.

Parlando dei modi di estinzione della *obligatio* (quindi di un vincolo di *ius civile*) egli dice:

“*Tollitur adhunc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione: sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicata teneri. Et hoc est, quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Unde fit, ut, si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo dari mihi oportere quia litis contestatione dare oportere desiit. Aliter atque si imperio continenti iudicio egerim: tunc enim nihilo minus obligatio durat, et ideo ipso iure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei iudicatae vel in iudicium deductae summoveri.*”

Riassumendo:

1) gli effetti della sentenza non sono propriamente causati dalla stessa, ma essi derivano già dalla *litis contestatio*;

2) la quale estingue *ipso iure* il rapporto controverso, genera una *exceptio rei in iudicium deductae* che si trasforma dopo la sentenza in una *exceptio rei iudicatae*.

Infatti la sentenza non fa che determinare (riempire se così vuol dire) la volontà contrattuale delle parti espressa nella formula oggetto della *litis contestatio*.

È come se le parti emettessero una volontà in bianco dando facoltà ad un terzo (giudice) di riempirla. Si noti infine come la sentenza sia fonte di *obligatio* (*obligatio iudicati*).

A questa *obligatio* corrisponde, come ad ogni *obligatio*, un'actio tipica, l'*actio iudicati*.

Dopo questi brevi lineamenti relativi al processo formulare possiamo ora alla straordinaria cognitio.

## EXTRAORDINARIA COGNITIO

Il processo per *legis actiones* e quello per *formulas* costituivano l'ordo iudiciorum privatorum (processo ordinario).

La caratteristica di questo processo ordinario stava in ciò: che esso veniva costituito mediante un contratto solenne – la *litis contestatio* – concluso dalle parti innanzi al magistrato.

Da ciò deriva necessariamente:

- 1) che in questo contratto venisse scelto anzitutto il giudice;
- 2) che i termini di questo contratto fossero solennemente fissati secondo certi schemi che corrispondevano ai tipi delle varie controversie (*rei vindicatio*, *condictio* etc.);
- 3) che la volontà contrattuale delle parti dovesse risultare soltanto dai termini solenni usati nella conclusione del contratto e che quindi ad essi solamente dovesse avere riguardo il giudice per giudicare;
- 4) che la sentenza del giudice, in quanto voluta dalle parti nel contratto con cui costituirono il processo, inappellabilmente obbligasse le parti.

Insomma tutto il processo ordinario è fondato ed è diretto esclusivamente dalla volontà contrattuale delle parti che lo hanno costituito.

Orbene la caratteristica della straordinaria cognitio – forma di procedimento già sorta nello stesso diritto classico relativamente ad alcune speciali controversie, specie di carattere amministrativo, diventata esclusiva nel diritto post-classico e giustiniano – sta invece nel fatto che il processo non veniva qui costituito con un contratto delle parti ma dietro iniziativa delle parti, per atto del magistrato cui spettava la cognitio come giudice della controversia.

Le conseguenze di questo mutamento avvenuto nell'atto costitutivo del processo sono importanti:

- 1) Anzitutto il giudice non è più un privato scelto dalle parti, ma lo stesso magistrato o, ciò che è lo stesso, un suo delegato;
- 2) Non essendo più l'atto costitutivo del processo un contratto, non vi era più nessuna necessità che la volontà delle parti fosse determinata in maniera solenne.

Quei termini e quegli schemi in uso nel processo per *formulas* servivano solo quando essi avevano la funzione di rappresentare oggettivamente la volontà contrattuale delle parti. Poiché ormai essi non erano chiamati ad esplicitare questa funzione, sarebbe stata inutile e incomprensibile la loro applicazione.

- 3) Alla formula, che era il documento in cui era riflessa la volontà contrattuale delle parti, viene sostituito nel diritto giustiniano il *libellus conventio-*

nis dell'attore e il *libellus contradictionis* del convenuto, nei quali sono liberamente esposte le pretese e le contropretese delle parti;

La volontà delle parti espressa rispettivamente nel *libellus conventionis* e nel *libellus contradictionis* mira ora solamente a portare a cognizione del magistrato le rispettive pretese delle parti e determina da se stessa i confini della lite.

4) Dal fatto che non erano più le parti mediante la formula a fissare i limiti della controversia derivava che non avrebbero potuto avere applicazione i principi che regolano la redazione esatta della formula: *pluris petitio* etc.

5) La sentenza infine non è più l'atto di un terzo da loro scelto, la cui decisione le parti facevano propria nel momento stesso in cui concludevano la *litis contestatio*.

Ormai la sentenza è atto magistrale, non può dirsi che nella controversia le parti si obblighino contrattualmente ad accettare la decisione del giudice.

Da qui il carattere non più intrinsecamente inappellabile della sentenza, ma al contrario il suo carattere appellabile.

Insomma la volontà contrattuale delle parti, che era costitutiva e direttiva del processo ordinario, non lo è più nel processo straordinario: al posto di essa si sostituisce la volontà magistrale.

È la volontà magistrale quella che, su iniziativa delle parti, fonda il processo e lo svolge sino alla sentenza.

Diamo ora uno sguardo sommario sul modo come viene introdotto e svolto il processo.

Atto introduttivo di esso è il *libellus conventionis*, documento in cui l'attore indica sommariamente le sue pretese e il loro fondamento.

Questo documento, che contiene anche le intimazioni al convenuto di presentarsi innanzi al magistrato, viene rimesso dall'attore al magistrato competente, al quale spetta di farlo pervenire mediante un *executor* al convenuto. C. 7, 40, 3, 3: "qui *obnoxium suum in iudicium clamaverit et libellum conventionis ei transmiserit*".

Al *libellus conventionis* si contrappone da parte dei convenuti un *libellus contradictionis*, che il convenuto consegna allo stesso *executor* e che colla mediazione del magistrato fa pervenire all'attore.

In questo *libellus contradictionis* il convenuto espone liberamente le sue ragioni di opposizione alle pretese dell'attore. Queste possono consistere nelle negazioni dei presupposti di fatto e di diritto della pretesa attoria, o possono consistere nella opposizione alla pretesa attoria di circostanze che ne paralizzano l'efficacia: eccezioni.

Peraltro il *libellus contradictionis* non fissa immutabilmente la difesa del convenuto, il quale potrà benissimo lungo lo svolgimento del processo opporre altre difese e eccezioni.

Entro un breve periodo dallo scambio del *libellus* è fissato il giorno per la comparsa delle parti innanzi al magistrato.

Qui le parti, qualora non eliminino altrimenti la lite, procedono alla *litis contestatio*, cioè alla libera esposizione orale delle loro rispettive pretese: “*Lis tunc videtur contestata cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit*”.

La natura diversa tra la *litis contestatio* del processo formulare e questa che avviene nella *extraordinaria cognitio* è evidente: la prima è un contratto, la seconda è una semplice esposizione orale della controversia; la prima, in quanto contratto da cui nasce una obbligazione in cui viene trasfusa l'obbligazione contestata, produce la novazione di questa ultima, la seconda invece non produce nessun effetto estintivo.

Dopo la *litis contestatio* lo svolgimento della lite prosegue il suo corso. Il giudice provvederà secondo certi principi di prova ad accertarsi delle pretese delle parti e ad emettere la sentenza, atto quest'ultimo, per le ragioni dette innanzi, intrinsecamente appellabile.

Con questi brevissimi cenni noi abbiamo solo inteso di dare i lineamenti del processo giustiniano: essenzialmente diverso da quello formulare. Una volta capita questa diversità è possibile vedere con una veduta unica il profilo dei due processi: l'ordinario e lo straordinario.

## LITIS CONTESTATIO E COMPROMISSUM

Dobbiamo ora dare uno sguardo di insieme al processo formulare e confrontarlo con un istituto che ha con esso rassomiglianze fondamentali di struttura e di funzioni: il *compromissum*.

Qual è la struttura e la funzione del processo formulare? Sua funzione è quella di dirimere una lite o di accertare una data situazione di diritto.

Questa funzione viene esplicata mediante i seguenti atti:

1) contratto processuale, *litis contestatio*, con cui le parti si obbligano a sottostare alla decisione che sulla controversia determinata nella formula emetterà un giudice privato da loro concordemente scelto;

2) decreto del pretore, *iussum iudicandi*, che autorizza il giudice e perciò anche l'obbliga ad assumere la decisione della lite;

3) sentenza del giudice che decide della controversia.

Nella sua sostanza quindi il processo formulare è un vero rapporto privato; l'intervento del pretore ha il solo effetto di attribuire alla decisione del giudice carattere vincolante per le parti.

Ma questo intervento non modifica la natura essenzialmente privata del rapporto.

Privato infatti è l'atto fondamentale del rapporto – la *litis contestatio* –, con essa le parti fissano in un documento in termini solenni la loro comune volontà.

Ora, un istituto parallelo al processo formulare è il *compromissum*.

È questo un negozio solenne compiuto mediante due stipulazioni interdipendenti, con le quali le parti fra le quali è sorta una lite impostano solenne-

mente una lite, si rimettono alla decisione di un arbitro da loro scelto e si obbligano al pagamento di una penale se non staranno alla sentenza dell'arbitro.

Come si vede la funzione del *compromissum* è identica a quella della *litis contestatio*; l'unica differenza che vi è fra i due istituti è questa: che l'uno avviene esclusivamente tra le due parti senza l'intervento del pretore, mentre nell'altro questo intervento c'è.

Ma non solo fra i due istituti c'è la notata identità di funzione: c'è altresì identità di struttura tra il processo formulare e l'arbitrato privato.

Infatti, ai tre atti fondamentali del processo:

- a) *litis contestatio*;
  - b) *iussum indicandi*;
  - c) *sententia*
- corrispondono i tre fondamentali dell'arbitrato privato, cioè:
- a) *compromissum*;
  - b) *receptum arbitri* con cui l'arbitro accetta l'assunzione dell'ufficio;
  - c) *sententia*.

Inoltre il *compromissum* ha la stessa struttura della *litis contestatio*: anche in esso – mediante le formule orali della stipulazione – s'impone solennemente e secondo schemi tipici la controversia, così come avviene nella *litis contestatio* ed anche nell'arbitrato privato come nel processo formulare il giudice non può mai transcendere i termini della lite imposta nella formula stipulatoria.

L'unica vera differenza che c'è fra i due istituti sta nelle diversità di effetti che essi producono, perché mentre dal processo deriva la *res iudicata* questa non deriva dal *compromissum*: ma ciò è da spiegare tenendo presente il fatto che solo nel primo e non nel secondo vi è intervento magistratuale.

Se ora volessimo domandarci a quale dei due istituti è da dare storicamente la precedenza, la risposta – ci pare – non può essere che questa: il processo formulare deriva dal *compromissum* e deve a quest'ultimo la struttura del suo atto fondamentale: la *litis contestatio*.



# TEORIA DELLA SUCCESSIONE

## 1. I concetti.

Il concetto romano di successione presuppone:

- a) il concetto di locus (posizione giuridica);
- b) la vacanza di questo locus a causa della morte o della capitis deminutio di colui che già lo occupava.

Il contenuto della successione sta nella occupazione di questo locus subentrando così al posto di colui che lo occupava in precedenza.

Determiniamo:

- a) qual è la posizione giuridica in cui subentra (successione);
- b) quali sono (e perché necessariamente si producono) gli effetti di questa successione;
- c) quali sono le cause di questa successione.

1) Il locus in cui si subentra nel più puro sistema romano antico è la posizione già occupata da un paterfamilias: si può considerare questa posizione come una veste che venga smessa da un paterfamilias (per morte o per capitis deminutio) e venga indossata da un altro paterfamilias.

2) Gli effetti di questa successione sono evidenti: i poteri che erano già nelle mani dell'antico paterfamilias vengono trasmessi al nuovo: quest'ultimo, quindi, acquista in blocco, unitariamente (per universitatem), tutti i diritti del primo.

Se consideriamo questi diritti come aderenti alla veste precedente del paterfamilias, si capisce come essi vengono trasferiti unitariamente al nuovo paterfamilias.

3) Le cause della successione sono la morte (e allora la successione prende il nome di hereditas – successione ereditaria) o la capitis deminutio (nei casi di adrogatio e di conventio in manum).

Costituisce anche un fenomeno accessorio la bonorum emptio (istituto di diritto pretorio). Perciò:

a) nel diritto romano puro (sistema antico) la successione è costituita dal subentrare di un *paterfamilias* nel posto già occupato da un altro *paterfamilias*;

b) ne è causa la morte o la *capitis deminutio* del *paterfamilias* che già occupava il posto resosi ora vacante;

c) ha per effetto di trasferire al nuovo *paterfamilias* (successore) tutti i poteri del precedente.

Da quanto abbiamo detto deriva:

a) che non si può succedere che ad un *paterfamilias* e che non può succedere che un *paterfamilias*;

b) che la successione ha per effetto di perpetuare attraverso il nuovo capo l'unità della famiglia: infatti, il successore acquista i poteri di colui al quale succede e questi poteri si riassumono nel concetto di potestà esercitata sulle persone (*patria, dominica potestas*) e (come *dominium*) sulle cose.

Il successore occupa il posto del defunto: egli è, dunque, il nuovo *paterfamilias* della famiglia.

## 2. Struttura e funzione della successione.

Questi concetti sono in contrasto coi seguenti principi che vigono nella successione ereditaria classica:

1) che è ammessa la successione alla donna e di una donna (è irrilevante il fatto che anche un servo altresì possa essere chiamato alla successione perché il servo non era che organo di acquisto pel dominus);

2) che per effetto della successione ereditaria classica non passano tutti i poteri in capo al successore, ma solo unitariamente diritti e obblighi: in particolare non passa la potestà sul gruppo familiare.

Ciò è dimostrato dal fatto che alla morte del *paterfamilias singuli singulas familias habent* in quanto i suoi membri diventavano automaticamente sui iuris.

3) Perciò in conformità a questo nuovo contenuto della successione, non vi è più necessariamente un solo erede, ma possono esserci più eredi.

Questi contrasti sono risolti distinguendo due sistemi successori: nell'uno (il più antico) la successione aveva non solo la struttura di un subentrare in locum, ma produceva effetti rigidamente conseguenti a questo subentrare; quindi unicità di successore e pienezza di poteri a lui automaticamente trasferiti, quindi non scissione dell'unità familiare ma prosecuzione sotto il nuovo *paterfamilias*: quindi impossibilità concettuale in una successione alla donna o di una donna.

Insomma, in questo sistema la struttura della successione (subentrare in locum) realizza una funzione coerente (prosecuzione mediante trasferimento di potestas dell'unità familiare).

Nel secondo sistema invece, pur restando il concetto (e quindi la struttura) di successione, gli effetti non sono rigidamente conseguenti a questo concetto: quindi c'è un subentrare in locum ma per fini prevalentemente patrimo-

niali: da ciò la scissione dell'unità familiare; tante altre familiae quanti sono i sui; la possibilità di una pluralità di eredi; la possibilità di una successione alla donna o di una donna.

Insomma, in questo sistema la struttura della successione non realizza più una funzione coerente (potestativa), ma è destinata a scopi nuovi (patrimoniali): ma non poche tracce dell'antico sistema sono rimaste nel nuovo ed è attraverso queste tracce che è possibile risalire facilmente al sistema antico.

Per questa ragione è necessario ricorrere al sistema antico per spiegare fenomeni inspiegabili del sistema nuovo.

### **3. Principi generali del diritto successorio romano.**

Ancora nel diritto classico la successione ereditaria consiste nell'acquisto di un titolo personale che è la qualità di erede.

Nel diritto moderno l'acquisto universale ereditario non dipende più dal titolo di erede, ma si chiama erede chi è designato ad acquistare l'universalità o una quota dei beni del defunto, ossia il titolo di erede non è più la condizione, ma semplicemente la denominazione dell'acquisto. Nel diritto romano invece l'acquisto patrimoniale è solo conseguenza dell'acquisto del titolo di erede.

La successione ereditaria si può così definire: l'acquisto di un titolo personale, il quale è condizione necessaria e sufficiente per subentrare nella stessa posizione giuridica del defunto in ordine al patrimonio e alle private responsabilità del defunto (Bonfante, Ist. 530).

Conseguentemente:

1) Il testamento non è valido se non contiene la nomina dell'erede, la quale deve avvenire con parole determinate, solenni: *Titius heres meus esto*, e precedere ogni altra disposizione. Nel diritto moderno invece non è necessaria l'istituzione di erede per la validità del testamento, il quale può esaurirsi in disposizioni a titolo singolare; è erede, poi, qualunque sia l'espressione usata, colui che sia nominato a tutta o parte dell'eredità, colui cioè che acquista per *universitatem*.

2) Vale il principio: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Se vi è un erede nominato nel testamento, sia pure per una parte soltanto dell'asse ereditario (ad es. metà), all'altra metà non sono chiamati i successori legittimi o *ab intestato*, i quali rimangono esclusi dalla eredità, che si acquista nella sua totalità dall'erede designato nel testamento.

Questo principio non vale più nel diritto moderno, che pienamente ammette il concorso della successione testamentaria con quella legittima. Così nella fattispecie ricordata la metà dell'asse va agli eredi legittimi e l'erede testamentario non acquista che la parte a cui è stato chiamato dal testatore.

3) Condizione per il perfezionarsi dell'acquisto ereditario è in linea di massima l'accettazione dell'eredità da parte dell'erede. Ora, vale il principio che, se quest'ultimo muore prima di aver accettato, il diritto di succedere non pas-

sa all'erede del chiamato. *Hereditas delata, nondum adquisita, non transmittitur ad heredes.*

Ciò si spiega appunto per il fatto che la delazione dell'eredità non attribuisce il diritto al patrimonio, bensì a una qualità personale, che è il titolo di erede.

Nell'epoca romano-bizantina si vanno affermando eccezioni al principio (c.d. *transmissiones*) sempre più decisive.

Con Teodosio II (a. 450 d.C.) si introduce la *transmissio Theodosiana* o *ex iure sanguinis*. Se un testatore ha istituito erede un proprio discendente e questi sia morto prima dell'apertura del testamento, il di lui discendente, che sia pure suo erede, conserva il diritto di adire l'eredità.

*Transmissio ex capite infantiae*: se il figlio, designato erede, fosse morto infante, ossia prima di raggiungere la età che lo rendeva capace di adire, l'eredità era deferita al padre "quasi iam infanti quaesita".

*Transmissio iustiniana* o *ex iure deliberandi*: se il chiamato muore senza aver accettato, prima però che sia passato l'anno dal giorno in cui è stato notiziato della chiamata, ovvero prima che sia spirato il termine preso per deliberare, i suoi eredi possono accettare l'eredità entro il resto dell'anno o del termine. Se poi il chiamato è morto senza aver notizia della delazione, l'anno decorre per intero a favore dei suoi eredi.

Nel diritto moderno vale il principio codificato all'art. 479 C.C.: "Se il chiamato all'eredità muore senza averla accettata, il diritto di accettarla si trasmette agli eredi".

4) Il diritto di accrescimento o *ius adcrescendi*. In caso che più siano gli eredi, se alcuno di essi non voglia o non possa divenire erede, la parte a lui spettante è acquistata dai coeredi in proporzione della quota ereditaria di ciascuno di essi.

Il *ius adcrescendi* si verifica anche se gli eredi sono testamentari ed esistono dei successori all'intestato che potrebbero essere chiamati nelle parti caduche, anche se il testatore abbia manifestato una volontà contraria, anche se contraria sia la volontà degli stessi coeredi nei confronti dei quali si ha il diritto di accrescimento.

Ecco come il Bonfante (Ist. 545) spiega il fondamento dell'istituto: "(L'eredità romana) non conferisce il patrimonio, bensì uno stato personale, il titolo di erede, in forza del quale si è chiamati ad acquistare il patrimonio del defunto. I successori legittimi non possono essere chiamati nella parte caduca, perché se il defunto ha dichiarato chi deve essere erede, questo titolo essi non l'acquistano. E restando solo gli eredi istituiti, tra di essi il solo concorso determina le parti (solo *concurso partes fiunt*), e il diritto di ciascuno sul patrimonio cresce o anche si estende all'intero, se rispettivamente scema o cessa in tutto il concorso dei coeredi".

#### **4. Requisiti per la successione ereditaria.**

Le condizioni per aversi la successione ereditaria sono:

I) la morte di un soggetto; II) la capacità del defunto di avere un erede; III) la capacità di succedere; IV) la delazione o chiamata all'eredità; V) in linea di massima l'accettazione dell'eredità o adizione.

I) *Hereditas vivi non datur* (D. 29.2.27).

II) L'ereditando (*de cuius*) deve esser capace, e cioè cittadino romano e *sui iuris*. Con lo stabilirsi del *peculium castrense* si riconosce anche ai *filii familias* la capacità di testare (nei limiti del *peculio*). Con Giustiniano è riconosciuta in pieno la capacità al figlio di famiglia di avere un erede.

III) La capacità di succedere spetta a chi è cittadino romano e *sui iuris*. I *filii familias* e i servi, se istituiti eredi, acquistano al *paterfamilias*. Nell'epoca post-classica e con Giustiniano viene riconosciuta anche al *filiusfamilias* la piena capacità di succedere in proprio vantaggio.

IV) Delazione è la chiamata all'eredità, la designazione dell'erede. La delazione può essere testamentaria o intestata. Quella intestata o legittima si verifica in difetto di testamento. Soltanto tardi si afferma la successione contro il testamento, cioè i più stretti parenti del defunto sono chiamati a succedere anche se il testamento li ha esclusi dall'eredità (*legittimari*).

V) Ad eccezione di alcune categorie di eredi (***heredes sui et necessarii***), cioè i *filii familias* e più genericamente tutti coloro che erano sottoposti alla immediata potestà del defunto; ***heredes necessarii***, cioè gli schiavi manomessi nel testamento e istituiti eredi, che diventano tali *ipso iure*, anche a loro insaputa e contro la loro volontà, tutti gli altri chiamati (***heredes extranei vel voluntarii***) diventano eredi solo se accettano. Tale accettazione dicesi adizione. Essa poteva avvenire: 1) o in forma solenne (*cretio*) con la pronuncia di determinate parole; 2) o con una manifestazione tacita di volontà, per fatti concludenti, compiendo cioè atti che implichino la volontà di accettare (***pro herede gestio***); 3) si può infine avere una manifestazione di volontà espressa, libera di forme (*aditio nuda voluntate*, Gai, 2, 167).

Non vi era termine per accettare. Il Pretore introdusse lo *spatium delibelandi*, che può esser fissato al chiamato in una misura non inferiore a 100 giorni, su richiesta dei creditori ereditari. Nel periodo intermedio tra la delazione e l'adizione, dicono i Romani che *hereditas iacet* e si ha la eredità giacente che dà luogo a particolari costruzioni per poter conservare i beni ereditari al futuro erede e ai creditori ereditari. Marco Aurelio introdusse il *crimen expilatae hereditatis* con cui si punisce il saccheggio dell'eredità prima che fosse accettata.

## 5. Effetti della successione ereditaria.

1) Confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede: di conseguenza si estinguono i reciproci diritti ed obblighi (*servitù, crediti etc.*) dell'erede sul patrimonio del defunto, e del defunto sul patrimonio dell'erede. I cre-

ditori del defunto concorrono insieme a quelli dell'erede sul patrimonio divenuto ormai unico in capo all'erede.

2) L'erede risponde dei debiti ereditari anche *ultra vires hereditatis* e quindi con la sua persona e il suo patrimonio personale.

Ad eliminare gli inconvenienti che questi principi importano, il Pretore ha introdotto i seguenti rimedi:

a) **Beneficium abstinendi**, che può darsi all'heres suus (il quale, come si sa, diventa erede anche contro la sua volontà) purché non siasi immischiato nell'eredità paterna. Scopo di tale istituto è quello di preservare il suus in caso di hereditas damnosa. Per il diritto civile il suus resta erede; peraltro il Pretore non accorda a lui o contro di lui alcuna azione ereditaria. Il patrimonio ereditario è attribuito agli altri eventuali successibili, coeredi o sostituiti, o venduto su richiesta di creditori (Gai, 2, 158).

b) **Beneficium separationis**, concesso agli schiavi eredi necessari, per cui i beni acquistati da essi dopo la morte del dominus non sono compresi nella hereditas damnosa (Gai, 2, 155).

c) **Separatio bonorum**, in favore dei creditori ereditari, che potrebbero esser danneggiati dal fatto che l'erede è carico di debiti e che i suoi creditori personali potrebbero concorrere sul patrimonio ereditario. In conseguenza di questo beneficio i creditori ereditari e i legatari si possono soddisfare sui beni del defunto prima dei creditori dell'erede.

d) **Beneficium inventarii**, introdotto da Giustiniano allo scopo di rendere responsabile l'erede dei debiti ereditari solo nei limiti dell'attivo ereditato. Ne gode l'erede che entro i termini stabiliti abbia fatto l'inventario dei beni ereditari con l'assistenza di un notaio e di testimoni.

## 6. **Petitio hereditatis.**

A difesa del titolo di erede vi è una particolare azione, la *petitio hereditatis*. Subentrando l'erede negli stessi rapporti che facevano capo al defunto, a lui o contro di lui spettano le stesse azioni, che sussistevano a favore e contro l'erede.

Qualora però si contesti all'erede, non il diritto che faceva capo al suo dan- te causa (*de cuius*) e a lui trapassato per la successio in ius, bensì la sua qualità di erede, egli allora dovrà ricorrere alla *petitio hereditatis*. Convenuto o legittimato passivo con tale azione è colui che possieda pro herede o pro possessore, cioè o vantando a sua volta di essere erede o contestando, sia pure negativamente (*possideo quia possideo*), la qualità di erede nell'attore.

## 7. **Bonorum possessio o eredità pretoria.**

Per mutare profondamente il sistema ereditario del ius civile il Pretore si serve di un mezzo destinato in origine a scopi assai limitati. Nel caso di contro-

versie ereditarie il Pretore accordava temporaneamente, in attesa del giudizio, a chi spettasse la qualità di erede, il possesso dei beni ereditari, *bonorum possessio*, ad alcuno dei contendenti.

Ampliandosi sempre più la sua portata, la concessione della *bonorum possessio* rappresentava un mezzo rapido per l'erede o per chi come tale si presentava per raggiungere il possesso dei beni relitti.

In origine peraltro l'*heres* alla fine prevaleva e il *bonorum possessor* doveva a lui cedere (*bonorum possessio sine re*).

Senonché a un certo punto il Pretore tutela il *bonorum possessor*, denegando la *petitio hereditatis* e accordando un'*exceptio doli* contro l'erede civile. Si ha allora la c.d. *bonorum possessio cum re*: e da questo momento l'istituto attua riforme sostanziali del *ius civile*. In epoca classica la *bonorum possessio* è generalmente *cum re*, salvo alcuni casi ricordati da Gaio (3, 35-37). In ogni ambito del diritto ereditario il Pretore, tramite l'istituto della *bonorum possessio*, muta o integra notevolmente.

Libera la validità del testamento dal complicato formalismo caratterizzante il *ius civile* (*testamentum per aes et libram*).

Pur mancando la *mancipatio*, il Pretore diede valore alla designazione dell'erede contenuta in tavole suggellate con sette sigilli (testamento nullo per *ius civile*), concedendo al medesimo la *bonorum possessio* (*secundum tabulas*).

Modifica nel campo della successione legittima gli ordini dei chiamati designati dal *ius civile* solo sulla base della parentela agnaticia, dando rilievo anche ai vincoli di sangue: *bonorum possessio ab intestato*.

Infine nella successione legittima formale in caso di preterizione dei liberi il Pretore concesse a loro la *bonorum possessio* (*bonorum possessio contra tabulas*).

Per acquistare il possesso dei beni ereditari, il *bonorum possessor* ha l'*interdictum quorum bonorum*, analogo alla *hereditatis petitio*. A suo favore e contro di lui si accordano le azioni ereditarie mediante una  *fictio*. Il *bonorum possessor* ha l'*in bonis habere*, ossia la proprietà, e quindi l'*actio publiciana*.

## 8. Il testamento.

Come si è visto, la chiamata alla successione ereditaria può avere una duplice fonte:

- a) il testamento (vocazione testamentaria);
- b) l'organismo familiare (al quale si conforma la legge delle XII Tavole) quando manchi il testamento (vocazione intestata).

Esaminiamo prima il testamento.

Lo possiamo definire: un negozio giuridico solenne con cui viene nominato un erede.

La funzione del testamento è quindi la nomina di un *heres*: la struttura adeguata a codesta funzione ha subito varie evoluzioni; anche gli effetti della nomina ad erede hanno subito, come si è visto, essenziali modificazioni.

Quanto alla struttura sappiamo da Gaio che:

“Testamentarum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri” (II, 101).

Peraltro queste antichissime forme di testamento caddero in desuetudine. La pratica ricorreva all'espedito della *mancipatio familiae*:

“Qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet” (Gai, 2, 102).

Si tratta di una semplice applicazione dell'istituto della *mancipatio*: ciò che importa alienazione attuale del patrimonio all'*emptor familiae*; che non è propriamente *heres*:

“Olim – prosegue Gaio (2, 103) – *familiae emptor*, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, *heredis locum optinebat*, et ob id ei mandabat testator, quid quique post mortem suam dari vellet”.

Sulla base della *mancipatio familiae* si è poi sviluppato il testamento classico, il *testamentum per aes et libram*. Valore decisivo è assunto dalla *nuncupatio*, in cui si indica l'*heres*: c'è sempre il *familiae emptor*, ma la sua presenza risponde solo a esigenze formali:

“Nunc vero alius *haeres* testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur alius *dicis gratia* propter veteris iuris imitationem *familiae emptor* adhibetur” (Gai, 2, 103).

Lo scopo puramente formale della *mancipatio* si appalesa nelle parole che ora pronuncia il *familiae emptor*:

“*Familia pecuniaque tua endo mandatelam tuam custodelamque mea esse aio et ea, quo tu iure testamentum facere possis, secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra, esto mihi empta*” (Gaio 2.104).

Il testamento è dapprima orale nel senso che la nomina dell'erede e le altre disposizioni di ultima volontà sono espresse dal testatore nella *nuncupatio*.

Ma si afferma presto il testamento scritto e segreto quando la *nuncupatio* venne limitata a una breve dichiarazione con cui si richiamava ciò che il testa-

tore aveva scritto in tavole apposite, che venivano consegnate all'emptor familiae: "Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt ita do ita lego ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote" (II, 104).

La funzione originaria della mancipatio e della nuncupatio (nomina dell'erede e imposizione di gravami) viene ora assunta dalle tavole testamentarie in cui il testatore nomina l'erede, redige legati (ed altre disposizioni).

Il familiae emptor non è, perciò, in questa epoca l'heres: mancipatio e nuncupatio sono ormai dei puri relitti storici.

### 9. Elementi essenziali ed accidentali del testamento.

Elemento essenziale del testamento (del negozio concluso mediante le tavole testamentarie) è la istituzione di erede (che è detta caput et fundamentum totius testamenti).

Dice Gaio:

"Non tamen, ut iure civili valeat testamentum, sufficit ea observatio quam supra exposuimus de familiae venditione et de testibus et de nuncupationibus. Sed ante omnia requirendum est, an institutio heredis solemniter facta sit: nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita venire testesque ita adhibere et ita nuncupare testamentum, ut supra diximus" (II, 115-116).

La nomina dell'erede va fatta con forme determinate: es.: Titius heres esto; Titius heredem esse iubeo; sarebbe invalida la formula: Titius heredem esse volo; Titius heredem instituo (II, 117).

Oltre alle istituzioni di erede (ed agli istituti che ad essa si collegano, es. la exhereditatio sui, le sostituzioni, la cretio) il testamento può contenere:

- a) legati;
- b) fedecommessi;
- c) nomina di tutore;
- d) manomissioni di schiavi (diretta, fedecommissaria).

Diamo una visione sommaria di questi istituti.

**Exhereditatio.** È una clausola contenuta nel testamento con cui il paterfamilias disereda nominatim i figli che egli non ha istituiti eredi (Titius filius meus exheres esto, Gaio, II, 127). Genericamente, inter ceteros, si possono invece diseredare gli altri sui (ad es. le figlie).

La exhereditatio è necessaria perché la preterizione del suus rende nullo il testamento (ne vedremo le ragioni, cfr. Gaio, II, 123).

**Sostituzione volgare.** È una istituzione di erede condizionale: il sostituto diverrà erede se non lo diverrà l'istituito (se costui ad es. non accetta l'eredità o

non l'accetta entro il tempo determinato): *Titius heres esto cernitque in diebus centum proximis quibus scies poterisque. Quodni ita creveris, exheres esto. Tum Mevius heres esto cernitque in diebus centum* (II, 174).

**Cretio.** È una clausola del testamento con cui si impone agli eredi estranei di adire l'eredità (cioè di accettarla) entro un termine determinato (Gaio II, 164-166).

La *cretio* porta ad una adizione solenne dell'eredità.

**Sostituzione pupillare.** Consiste nella nomina di un erede che il paterfamilias fa al figlio impubere per il caso che muoia dopo di lui prima di aver raggiunta la pubertà (epoca in cui potrebbe fare testamento).

La sostituzione pupillare, perciò, ha per oggetto l'eredità del figlio e prenderà vita se il figlio morirà impubere (vedi Gaio II, 179-184).

**Manumissio testamentaria.** Sono clausole contenute nel testamento con cui si concede la libertà agli schiavi: es. "*Titius servus liber esto*".

Queste manomissioni possono essere dirette o fedecommissarie: sono dirette quelle in virtù delle quali lo schiavo acquista la libertà per effetto solo della adizione (quando vi sia un erede volontario) o immediatamente alla morte del titolare (quando vi sia un erede necessario) senza che sia necessario un atto dell'erede (formula: *Titius servus liber esto*).

Sono fedecommissarie quelle manomissioni in virtù delle quali l'erede (o un legatario) è gravato dal testatore (mediante fedecommissario) dell'obbligo di manomettere uno schiavo (del titolare medesimo o anche di un terzo).

In questo caso la libertà verrà acquistata dal servo solo in conseguenza della manomissione compiuta (se l'avrà compiuta) dall'erede (o dal legatario).

Il servo manomesso diverrà nel primo caso liberto della familia del titolare (*libertus orcinus*) nel secondo caso diverrà liberto del manomittente (cfr. II, 263-267).

**Nomina del tutore.** È una clausola del testamento con la quale viene nominato un tutore agli impuberi o alle donne già soggette alla potestà del titolare (*liberis meis Titius tutor esto; liberis meis Titium tutorem do*, II, 289).

**Legati.** Sono clausole del testamento con cui il testatore dispone dei benefici patrimoniali a favore di determinate persone. (Le istituzioni giustiniane che chiamano il legato *donatio quaedam a defuncto relicta*).

La diversa posizione giuridica dell'erede e del legatario sta in ciò: che mentre l'erede è un successore e, quindi, un acquirente per *universitatem* (sopra di lui passano perciò tutti i rapporti giuridici del defunto – quindi anche debiti e crediti) il legatario invece non è successore ma un semplice acquirente di ciò che il testatore ha a suo profitto disposto.

Il legatario, quindi, non potrebbe esser legittimato (attivamente o passivamente) alle azioni ereditarie; e ciò anche nelle ipotesi che il contenuto patrimoniale del legato fosse rilevante al punto di esaurire l'asse ereditario.

In diritto classico vi sono quattro tipi di legato (aventi ciascuno una forma determinata):

1) **Legato per vindicationem** (es. Titio fundum Cornelium do lego) che ha per effetto di far passare immediatamente e direttamente al legatario il dominio della cosa legata (al momento dell'adizione, se si tratta di erede estraneo; al momento della morte, se si tratta di heredes sui).

L'azione che sta a tutela del legato è la reivindicatio che il legatario può esperire per ottenere dall'erede (o da qualsiasi terzo possessore) la cosa legata (II, 193 e sgg.).

2) **Legato per damnationem** (es. Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto: Gaio, II, 201).

Lo scopo di questo legato è di far sorgere una obligatio a favore del legatario (II, 201): perciò l'azione che tutela il legatario è un'actio ex testamento (analogica alla condictio), esperibile contro l'erede.

L'actio ex testamento è una di quelle che infitiatione crescunt nelle quali, cioè, adversus infitiantem (negante) in duplum agimus (Gaio, IV, 9).

3) **Legato sinendi modo** (es. Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibi que habere, Gaio II, 209).

Lo scopo di questo legato è quello di obbligare l'erede a permettere che il legatario si appropri di una determinata cosa.

Il contenuto di questo legato è, quindi, obbligatorio (obbligazione di mancipare e di consegnare la cosa scelta dal legatario) come quello del legato per damnationem: l'azione è perciò in personam ed ha una intentio incerta (quidquid heredem ex testamento dare facere oportet, II, 213).

4) **Legato per praeceptionem**. È un legato la cui caratteristica sta in ciò: che legatario è un erede in caso di coeredità.

La disputa fra le scuole in ordine a questo tipo di legato fu viva: cfr. Gaio II, 216 sgg.

In ordine alla facoltà di disporre del patrimonio mediante legati si ricordi che in antico – in base al principio uti lingua nuncupasset ita ius esto – il titolare poteva esaurire anche l'intero asse ereditario; solo più tardi (dopo vari tentativi) venne stabilito con la lex Falcidia che il testatore non poteva disporre con legati di una parte superiore ai tre quarti dell'asse ereditario.

**Fedecommissi.** Sono disposizioni con cui il testatore prega l'erede, sia legittimo che testamentario, o il legatario di fare qualche cosa a favore di un terzo – fedecommissario – (fedecommissio singolare), o di restituire al fedecommissario la intera eredità (fedecommissio universale).

Nel primo caso abbiamo una figura sostanzialmente – se non formalmente – identica al legato obbligatorio.

La diversità sta nella libertà di forme con cui il fedecommissario viene disposto e in varie altre norme che danno al fedecommissario una più abile fisionomia rispetto al legato (si noti fra l'altro che il fedecommissario la cui esecuzione era in origine lasciata alla pura fede dell'erede, era tutelata dal praetor fidecommissarius nel processo extra ordinem). Il fedecommissario universale subì varie evoluzioni; in primo tempo non era possibile costituire il fedecommissario loco heredis: si procedeva quindi ad una finta vendita dell'eredità e si interponevano delle stipulazioni che assicuravano al fedecommissario la realizzazione pratica del fedecommissario universale.

Gaio, 2, 252: "... heres quidem stipulabatur ab eo cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnus esset, et omnino si quis cum eo hereditario, nomine agere, ut recte defenderetur; ille vero qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi (stipulationes emptae et venditae hereditatis)".

Questo sistema viene però superato col senato consulto Trebelliano (del 56 d.C.), il quale stabilì che le azioni che iure civili sono date all'erede e contro l'erede siano direttamente esperibili in via utile (azioni fittizie) contro il fedecommissario, il quale pertanto viene considerato heredis loco.

In epoca successiva, fra il 69 e 79 d.C., interviene il senato consulto Pegasiano, che ha lo scopo di assicurare l'accettazione dell'eredità da parte dell'heres fiduciario e quindi gli accorda il diritto, qualunque fosse la volontà testamentaria, di trattarsi la quarta parte dell'asse (quarta Pegasiana, che non è che un'applicazione analogica della Falcidia per i legati). Con il sistema introdotto dal Pegasiano il fedecommissario non è più considerato heredis loco, bensì è trattato alla stregua di un legatario nel caso del legatario partitionis, in cui oggetto del legato è una quota dell'eredità. Quindi tra erede fiduciario e fedecommissario si devono fare quelle stesse stipulazioni partis e pro parte, in uso nel caso di legatum partitionis, al fine di regolare fra essi le conseguenze dei debiti e crediti ereditari.

In epoca classica il sistema del Trebelliano e quello del Pegasiano possono concorrere. Si applica il primo qualora nel testamento l'erede fiduciario sia stato pregato di restituire al fedecommissario non più di tre quarti dell'eredità e qualora il fiduciario abbia adito in quanto costretto dal Pretore, che ne ha avuto richiesta dal fedecommissario.

In quest'ultimo caso il fiduciario non ha diritto di ricevere la quarta parte dell'eredità.

Se invece l'erede fiduciario sia stato pregato di restituire al fedecommissario tutta l'eredità o più dei 3/4 e abbia volontariamente fatto l'adizione, egli ha di-

ritto di avere la quarta pegasiana e in questo caso si ricorre alle stipulazioni fra lui e il fedecommissario: se esercita il diritto di avere la quarta pegasiana si interporranno le stipulazioni *partis et pro parte*, se rinuncia a questo diritto e restituisce tutta l'eredità, allora si farà luogo alle stipulazioni *emptae et venditae hereditatis* (cfr. Gai, 2, 255-259).

Giustiniano (Inst. 2, 23, 7) ha inteso abolire in ogni caso il regime delle *stipulationes*, applicando solo quello delle *actiones utiles* del Trebelliano, e conservando peraltro dal s.c. Pegasiano il diritto del fiduciario di ritenere la quarta, e la possibilità di costringerlo ad accettare l'eredità.

Nel fedecommissario è possibile imporre all'erede fiduciario sia di restituire subito o comunque durante la sua vita sia anche dopo la di lui morte (Gai 2, 277): in quest'ultimo caso si ha propriamente la c.d. sostituzione fidecommissaria. Con essa si ha una disposizione successiva (*ordo successivus*): a una eredità, dopo una persona, che diventa erede e gode dell'eredità, è chiamata un'altra persona. Si può così arrivare a creare per volontà di un primo testatore un vincolo obiettivo dell'eredità, che verrà trasmessa a una serie indefinita di persone (così nel fedecommissario di famiglia). L'istituto ha avuto enorme importanza nel diritto intermedio.

Il codice civile italiano abrogato vietava rigorosamente ogni sostituzione fidecommissaria: l'attuale l'ammette entro limiti molto ristretti (art. 692).

Il fedecommissario di cose singole era sostanzialmente identico al legato per *damnationem*; ne differiva per la speciale disciplina giuridica relativa alle forme libere con cui poteva essere disposto, alla tutela giurisdizionale *extra ordinem* e per altri elementi in cui si palesa la natura moderna dell'istituto (cfr. Gaio II, 246 e sgg.).

Come si è già detto anche la *libertas* poteva costituire oggetto di fedecommissario.

Concludendo: il testamento classico è un negozio giuridico solenne unilaterale con cui una persona *sui iuris* designa il successore (*heres*), cioè colui che subentrerà nella posizione giuridica del testatore e col quale si possono anche disporre legati, fedecommissari etc.

Da ciò deriva:

- a) che lo scopo essenziale del testamento è la designazione dell'erede;
- b) che accanto a questo scopo ed in subordinazione ad esso il testamento può realizzare altri scopi: quello di legare e di fedecommettere, di nominare un sostituto pupillare, un tutore o di concedere la *libertas*.

Per realizzare questi scopi il testamento venne attuato:

- 1) mediante la designazione innanzi ai comizi o in *procinctu*;
- 2) mediante la *mancipatio familiae*;
- 3) mediante la *mancipatio* e *nuncupatio*;
- 4) mediante designazione scritta fatta nelle tavole testamentarie, assorbente in sé gli scopi primitivi della *mancipatio* (nomina dell'erede) e della *nuncupatio* (erezione di legati etc.). In questa ultima fase dell'evoluzione strutturale

del testamento restano ancora, ma privi di contenuto e aventi valore di semplice relitto storico, la **mancipatio** e la **nuncupatio**.

### 10. Successione ereditaria intestata.

Essa ha luogo allorché un paterfamilias (in genere un sui iuris) muoia senza aver fatto testamento. Chi sarà erede? Cioè chi subentrerà nella sua posizione giuridica patrimoniale?

Anche se non possedessimo un esplicito testo di legge (XII Tav., I) per determinare chi potrebbe essere erede in questo caso noi ricorremmo subito alla familia.

Se pensiamo alla costituzione agnatzia della famiglia romana ci rendiamo subito conto del sistema successorio romano.

La familia, come sappiamo, è costituita da quelle persone che sono soggette alla potestà di un comune vivente paterfamilias (familia proprio iure) e da quelle persone che sarebbero soggette alla potestà di un comune capostipite se costui non fosse morto (familia communi iure).

Ora, se muoia un paterfamilias senza aver fatto testamento, da chi sarà occupata la sua posizione giuridica se non da quelle persone che sono immediatamente soggette alla sua potestà? Esse vengono automaticamente e, quindi, necessariamente ad occupare il posto del loro paterfamilias.

Dunque essi diventano necessariamente eredi (sui et necessarii).

Se non vi fossero sui, verrebbe chiamato all'eredità lo adgnatus proximus; ed infine, se non vi fosse adgnatus proximus, l'eredità verrebbe deferita ai gentiles.

Se il suus esiste, egli solamente è l'erede: ed è erede necessario, voglia, cioè, o non voglia: è tale anche se la eredità paterna è costituita soltanto dai debiti.

In questi casi il suus non ha che un solo mezzo per sfuggire alle conseguenze pratiche della successione; invocare dal pretore il cosiddetto ius abstinendi.

In base a codesto ius abstinendi il suus sfugge agli effetti pratici della successione.

Diciamo, "sfugge agli effetti pratici" perché della qualità di erede che a lui appartiene secondo il ius civile non può egli in nessun modo privarsi. Egli, quindi, resta erede.

Passiamo all'adgnatus proximus. Anche per costui le XII Tavole dicono che l'eredità viene deferita ai gentili solo se non esiste agnato: se quindi c'è un agnato, l'eredità viene a lui solamente deferita.

Orbene, forse che l'agnato prossimo nonostante questa necessità di designazione è anche come il suo erede successorio (che cioè acquista necessariamente, voglia o non voglia l'eredità)? No; egli è **erede volontario**, un erede cioè che per divenire tale deve compiere l'adizione. Eppure, se questa adizione non viene compiuta, non per questo l'eredità sarà deferita ai gentili; essa si ferma in capo all'agnato rinunziante e perché non viene da lui acquistata resta hereditas iacens (eredità senza titolari; occupabile quindi da chiunque).

Questo sistema di successione intestata del *ius civile* fondato sulla *familia agnatzia*, se era in se stesso considerato perfettamente coerente, non poteva però adeguare le esigenze sempre più fortemente sentite dalla *familia cognatzia* (naturale).

Infatti successibili ab intestato erano secondo il *ius civile* solo le persone unite fra loro dal vincolo agnatizio, non erano tali, invece, quelle persone fra loro unite da un vincolo puramente cognatizio (naturale) per quanto stretto fosse stato il vincolo.

Così ad esempio i figli emancipati non essendo più membri della famiglia paterna non potevano venire alla successione intestata del padre loro, così ancora la madre essendo per effetto del matrimonio *sine manu* estranea alla famiglia (agnatzia) del marito era anche estranea (agnatizamente) ai suoi figli; da ciò deriva che quando la madre fosse morta senza aver fatto testamento eredi erano i suoi agnati (per quanto lontani di grado) e non i suoi figli!

Viceversa: se fosse morto intestato un figlio senza lasciare sui e lasciando, invece, la madre e degli agnati (per quanto lontani di grado) succedevano gli agnati e non succedeva la madre.

La ragione è evidente: se fondamento giuridico della chiamata era il vincolo agnatizio, ove questo vincolo mancava tale chiamata non poteva esserci.

Ora, è chiaro che un sistema successorio intestato così fatto non poteva durare a lungo.

Come fare per modificarlo? Sarà stato soppresso e si sarà sostituito uno nuovo conforme alle esigenze della *familia cognatzia*?

No, i Romani non procedevano mai per soppressione del mondo giuridico; essi procedevano sempre mediante sapienti adattamenti, creavano il nuovo senza sopprimere mai l'antico.

Gli antichi edifici giuridici vengono ammodernati ma nel loro medesimo ammodernamento non perdono le linee della loro primitiva struttura. Così nel nostro caso.

Per procedere a codesto rimodernamento del sistema successorio intestato provvede il pretore.

A questo fine il pretore crea anzitutto l'istituto della **bonorum possessio (eredità pretoria)**.

Per capire cosa sia questa eredità pretoria e in che si differenzi da quella civile (la vera *hereditas*) basta richiamarsi ai fenomeni analoghi della proprietà pretoria (in *bonis habere*) e della obbligazione pretoria (*actio teneri*).

Come già sappiamo, in questi casi si ha una situazione praticamente identica a quella corrispondente del *ius civile*.

Colui che ha una cosa in *bonis* non ne ha il *dominium ex iure Quiritium* e quindi non potrebbe neanche avere la tutela giuridica correlativa; tuttavia il pretore lo considera come un vero *dominus* e lo tutela concedendogli un'azione fittizia (la *Publiciana*); in tal maniera il proprietario bonitario si trova di fatto nella medesima posizione di un proprietario.

Così, allorché c'è un rapporto personale tutelato solo dal pretore con un'actio in factum, non può dirsi che vi sia un'obligatio: e tuttavia il creditore, per via dell'actio in factum, si trova praticamente nella medesima posizione di un creditore tutelato da un'actio in ius.

Orbene: tutto ciò che abbiamo detto per la proprietà pretoria e per la obbligazione pretoria possiamo ripetere per l'eredità pretoria (bonorum possessio).

Colui al quale il pretore concede la bonorum possessio non è heres secondo il ius civile: non può, quindi, intentare senz'altro le azioni ereditarie concesse agli eredi e non può essere senz'altro convenuto con le azioni ereditarie concesse contro gli eredi; a tali azioni egli, non essendo erede, non è né attivamente né passivamente legittimato.

E tuttavia anche il pretore assicura al bonorum possessor una posizione praticamente identica a quella dell'erede: ciò per mezzo della concessione di azioni fittizie; infatti il bonorum possessor agisce e può essere convenuto nei rapporti ereditari mediante azioni nelle quali è inserita la clausola di finzione della qualità di erede.

Il bonorum possessor cioè agisce come se fosse erede.

Dunque per creare un sistema nuovo di successione intestata il pretore crea anzitutto l'istituto parallelo della hereditas: la bonorum possessio.

A chi sarà concessa questa bonorum possessio? Cioè su quale base il pretore procederà nel determinare la vocazione alla bonorum possessio?

Per l'hereditas abbiamo visto come la base fosse costituita esclusivamente dalla agnatzia: per la bonorum possessio invece, la base sarà costituita tanto dalla famiglia agnatzia quanto e più largamente da quella cognatzia.

I chiamati alla bonorum possessio, infatti, sono tratti dall'una e dall'altra famiglia e sono divisi in quattro classi:

a) **Unde liberi:** cioè anzitutto sono chiamati alla bonorum possessio del defunto i figli, sia che fossero stati soggetti sia che non fossero stati soggetti (al momento della morte) alla potestà di quest'ultimo.

In questa classe, quindi, sono chiamati tanto i sui quanto gli emancipati.

Questi ultimi però se concorrono con i sui devono fare la collazione dei loro beni: devono cioè apportare alla massa ereditaria i loro beni per procedere poi alla divisione in parti eguali coi sui di questa massa così accresciuta.

La "ragione" giuridica di ciò va ricercata nel fatto che il pretore chiama in questa classe gli emancipati sulla base di una funzione di equità: perché vengono considerati come se fossero sui; deriva necessariamente da ciò che anche il loro patrimonio vada considerato come se fosse patrimonio paterno.

Da ciò l'opportunità, da parte degli emancipati, di fare bene i conti prima di chiedere la bonorum possessio, perché si sarebbero potuti dare casi in cui la bonorum possessio, anziché costituire causa di accrescimento del loro patrimonio, avrebbe potuto invece costituire causa di diminuzione di esso.

b) **Unde legitimi.** Se non vi sono liberi o se essi pur essendoci non chiedono la bonorum possessio possono chiederla i legittimi, cioè tutti coloro

che sono chiamati dalle XII Tavole (dal *ius civile* in generale: quindi *sui* e *adgnati*).

Abbiamo detto: se non ci sono liberi; e se, pur essendoci, non chiedono la *bonorum possessio*; da questa espressione risulta che la *bonorum possessio* si differenzi qui nettamente dalla *hereditas*.

Mentre la vocazione ereditaria si ferma in capo a colui che occupa nella famiglia il posto prossimo e non va oltre anche se costui (come nel caso dell'*agnato* prossimo) non l'accetti (questo principio si esprime così: in *legitimis non est successio*), per la *bonorum possessio* vale il principio opposto: se il primo chiamato alla *bonorum possessio* non la chiede al pretore entro il termine utile, questo diritto di chiederla passa al secondo chiamato e così via (questo principio si chiama il principio dell'*edictum successorium*).

c) **Unde cognati**. Se non vi sono neanche legittimi o, se pur essendocene, non chiedono la *bonorum possessio*, possono chiederla i cognati; cioè tutti coloro che erano uniti al defunto con un vincolo meramente naturale.

A questa classe appartengono anche quei figli naturali che già come liberi erano chiamati nella prima classe; è in questa classe solamente che la madre viene chiamata alla successione dei figli ed i figli alla successione della madre: fra costoro, infatti, non esiste che un vincolo puramente cognatizio.

Nella classe *unde cognati*, quindi, la base esclusiva della vocazione è costituita dalla parentela puramente naturale.

Si capisce come la chiamata dei cognati avvenga in ragione della prossimità del grado di parentela; vengono quindi chiamati prima i discendenti, poi gli ascendenti e i collaterali, e ciò fino al 6° grado. Del 7° grado sono chiamati i discendenti da cugini.

d) **Unde vir et uxor**. L'ultima classe infine è quella del marito e della moglie; in mancanza di membri delle prime quattro classi la *bonorum possessio* può essere chiesta dal marito o dalla moglie del defunto (ometto qui la successione dei patroni).

Nel diritto classico quindi coesistevano tanto il sistema successorio di *ius civile* quanto quello di diritto pretorio: i rapporti fra questi due sistemi sono determinati con abbastanza sicurezza quando si dice che al sistema pretorio veniva praticamente assicurata la prevalenza su quello di *ius civile*: cioè quest'ultimo aveva efficacia solo in quanto non era in contrasto col primo.

È questa la ragione per cui le fonti affermano che la *bonorum possessio* venne introdotta *iuris civilis corrigendi, adiuvandi o supplendi gratia*.

Se ci domandiamo: come andrà ulteriormente sviluppandosi questo sistema successorio man mano che si viene verso il diritto giustiniano?

La risposta è chiara: si svilupperà in guisa che la base cognatizia della chiamata sostituirà totalmente quella agnatizia.

Si giungerà cioè al punto che la vocazione ereditaria avrà esclusivo fondamento nella parentela naturale.

Infatti già nello stesso diritto classico il *ius civile* si sviluppò in questa direzione: così la madre e i figli in virtù di due *senatusconsulti* – Tertulliano e Orfiziano – vennero reciprocamente chiamati dallo stesso *ius civile* alla eredità venendo così trasferiti dalla classe dei cognati a quella dei legittimi.

L'evoluzione è totalmente compiuta nel diritto giustiniano, nel quale, venuta meno la distinzione fra *ius civile* e *ius honorarium* e, quindi, venendo meno la distinzione fra *hereditas* e *bonorum possessio*, il sistema successorio poggia unicamente sulla parentela naturale.

Giustiniano infatti (con le Novelle 118 e 127) stabilì che in caso di successione intestata si dovesse seguire questo ordine di chiamata:

- 1) discendenti;
- 2) (se mancano i discendenti) ascendenti, fratelli e sorelle germani e loro discendenti;
- 3) fratelli e sorelle unilaterali e loro discendenti;
- 4) altri parenti, non oltre il sesto grado, e del settimo grado solo i figli del sobrino e della sobrina;
- 5) la moglie ed il marito, tenendo presente che il coniuge povero ha diritto ad un quarto dell'asse ereditario o ad una parte civile se vi sono più di tre figli.

### 11. Successione legittima contro il testamento.

L'esistenza di un valido testamento esclude la successione legittima. Il testatore può designare erede anche persona a lui non legata da vincoli alcuni di parentela, escludendo così dalla sua successione anche i più stretti congiunti.

È evidente come questa assoluta libertà del testatore dovesse apparire eccessiva e appare naturale che si ponessero ad essa dei limiti.

a) **Limitazioni formali.** Si stabilisce dapprima che quando ci sono dei sui, tanto attuali che postumi, il testatore, per ottenere l'effetto di escluderli dall'eredità, deve contemplarli nel testamento, diseredandoli espressamente (*exheredatio*). L'*exheredatio* deve avvenire con determinate parole: es. *Titius filius meus exheres esto*. I sui maschi devono esser diseredati nominatim, gli altri possono esserlo anche genericamente: es. *et ceteri exheredes sunt*. La *praeteritio* dei sui e cioè la mancanza nel testamento di una *exheredatio* nelle forme ora viste aveva come conseguenza: 1) che, se si trattava di filii, il testamento era nullo e si faceva luogo alla successione legittima; 2) che, se invece si trattava di filiae o di nipoti, questi concorrevano insieme agli eredi istituiti: se questi ultimi erano sui, acquistavano una porzione virile, si facevano cioè tante parti quanti erano i sui, compreso il *praeteritus*; se gli eredi testamentari invece erano degli estranei, l'eredità andava per metà agli eredi istituiti, per l'altra metà ai *praeteriti* (Gai, 2, 124). Nel caso sub 2) si verifica, come si vede, una eccezione al principio: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*.

Trattandosi di figli emancipati, non vi era per il ius civile necessità di exheredatio, in quanto non erano sui. Interviene allora il Pretore, che accorda agli emancipati preteriti la bonorum possessio contra tabulas.

b) **Limitazioni sostanziali. L'istituto della legittima.** Con il sistema dei limiti formali finora visto si ha questo inconveniente che, se il testatore compie l'exheredatio nelle forme stabilite, il testamento è valido e i più stretti congiunti possono esser esclusi dall'eredità.

Pertanto a partire dalla fine della repubblica si viene a formare una prassi giudiziaria che ammette i più stretti congiunti, in primo luogo i figli, a impugnare la validità del testamento che li esclude in tutto o in parte dall'eredità. Si viene così formando la accusatio o querella inofficiosi testamenti. Sempre attraverso la prassi giudiziaria si vengono a stabilire le persone che hanno diritto alla legittima: essi non sono tutti i successibili ab intestato ma solo i discendenti ed ascendenti del testatore. La quota di legittima, dapprima variabile, viene poi fissata per influenza della lex Falcidia in un quarto dell'asse calcolato al tempo della morte del de cuius.

Qualora il testamento sia considerato inofficiosum, esso cade del tutto, e si fa luogo alla successione intestata.

Quindi o nel testamento si è lasciata la legittima allo avente diritto o in caso contrario il testamento si considera inofficiosum e quindi nullo e il legittimario conseguirà la quota che gli spetta in base alla successione ab intestato.

Il sistema in parte si modifica quando nel tardo impero si introduce l'actio ad supplendam legitimam concessa quando il legittimario sia stato contemplato nel testamento e che ha come fine di integrare la porzione eventualmente deficiente a lui lasciata fino a portarla alla misura della quota di riserva.



## POSSESSO E DIRITTI REALI

### I. – POSSESSO

Quando una persona ha una cosa (corporale) e si comporta verso di essa come si comporta un proprietario, prescindendo per ora dal fatto che questa persona sia veramente proprietaria, si dice che essa possiede.

Ora poiché questo fatto – possesso – è come tale tutelato dal diritto a prescindere dalla sua legittimità (cioè indipendentemente dalla corrispondenza o meno con il diritto di proprietà) bisogna concludere che il possesso costituisce un rapporto giuridico.

Rapporto giuridico infatti è quella relazione di fatto cui l'ordine giuridico ricollega effetti giuridici: ora se è vero che il fatto del possesso è tutelato come tale, sia pure con procedura diversa da quella comune – con la interdittale –, vuol dire che questo fatto è elevato alla dignità di rapporto giuridico.

Esaminerò questo rapporto col nome di rapporto possessorio. Ne esamineremo:

- 1) la struttura;
- 2) il contenuto;
- 3) l'oggetto;
- 4) l'alienazione;
- 5) le fonti;
- 6) conservazione e perdita;
- 7) tutela del possesso;
- 8) ragioni della tutela.

#### **1. Struttura.**

È identica a quella del rapporto reale di proprietà: da un lato, attivo, il possessore, dall'altro, passivo, tutti i terzi esclusi da questo possesso.

Questa identità si capisce se si pensa che il possesso è lo stato di fatto corrispondente al diritto di proprietà: è, con un'immagine cara all'Ihering, l'ombra del diritto di proprietà.

## 2. Contenuto.

È costituito dallo stato di fatto, in cui si trova il possessore, stato di fatto qualificato dal c.d. *animus rem sibi habendi*.

Cioè non qualunque stato di fatto è possesso ma solo quello in cui il possessore si comporta rispetto alla cosa come se fosse proprietario.

Non vi può quindi essere possesso nonostante vi sia lo stato di fatto (*corpus*) quando per ragioni obiettive risulti impossibile un *animus rem sibi habendi*.

Ciò avviene in tutti i casi in cui si consegna una cosa ad una persona in conseguenza di un rapporto obbligatorio (deposito, comodato, locazione) o reale (usufrutto) per permetterne l'uso od il godimento.

In questi casi non può esserci – per l'oggettiva struttura dei rapporti – un *animus rem sibi habendi* e quindi non può esserci *possessio* ma detenzione.

Questo stato di fatto – detenzione – (chiamata dalle fonti anche *possessio naturalis*) non gode della tutela interdittale possessoria.

Così la tutela possessoria non spetta al depositario, commodatario, usufruttuario.

Si fa eccezione al principio solo in tre casi: nel pegno, nel sequestro e nel precario.

**Pegno:** consegna di una cosa al creditore a garanzia di un credito.

**Sequestro:** consegna di una cosa ad un terzo perché la custodisca fino all'esito della controversia di cui la cosa forma oggetto.

**Precario:** consegna di una cosa ad un terzo perché la goda gratuitamente e la restituisca appena lo richiede il concedente.

È evidente che in questi tre casi non si può parlare di un *animus rem sibi habendi*, perché per la struttura stessa dei rapporti non è possibile che creditore pignoratizio, sequestratario e precarista si comportino come proprietario.

Tuttavia l'ordine giuridico ammette in questi tre casi l'esistenza di *possessio*: sono queste le sole ipotesi in cui è possibile parlare di un possesso derivato.

Qui l'*animus* è sostituito dal titolo (pegno, sequestro, precario).

Traducendo in formula algebrica si può dire:

$$\text{possesso} = C (\text{corpus}) \text{ più } A (\text{animus})$$

ovvero

$$C (\text{corpus}) \text{ più } t (\text{titolo}) \text{ (in tre soli casi)}$$

Quanto alla detenzione la formula algebrica potrebbe rappresentarsi solo con C: essa infatti non comporta A o t. Ciò peraltro non esclude che anche il detentore abbia un certo animo, ma si tratterà di un animo di detentore e non di *animus domini*.

Si ha possesso ad usucapionem allorché una persona abbia acquistato in buona fede una cosa in base ad un rapporto giuridico (titolo) col precedente possessore; rapporto giuridico che sarebbe stato abile a trasferire la proprietà se non vi fosse stato vizio nella forma del trasferimento (es. res mancipi trasferita senza mancipatio) o difetto di titolo nell'alienante.

Se possederà per uno o due anni (secondo che si tratti di cosa mobile od immobile) egli diverrà proprietario.

Ora il possessore ad usucapionem si trova in una posizione sostanzialmente identica a quella del proprietario: come quest'ultimo, infatti, egli può godere della duplice tutela: quella possessoria (interdittale) in quanto possessore, e quella petitoria (reivindicatio fittizia, cioè Publiciana) in quanto possessore ad usucapionem.

Quindi i due concetti di possessio e di possessio ad usucapionem stanno nel medesimo rapporto in cui stanno possessio e proprietà: il possessore ad usucapionem è normalmente anche possessore ad interdita, come il proprietario è normalmente possessore.

Ma come può darsi una proprietà disgiunta dalla possessio così può darsi una possessio ad usucapionem disgiunta dalla possessio ad interdita.

Ciò ricorre nei casi del creditore pignoratizio, del sequestratario e del precarista: mentre la possessio ad interdita è presso questi ultimi, la possessio ad usucapionem (supposto quindi che fossero possessori ad usucapionem il pignorante, il concedente e il deponente) si trova presso il pignorante etc.

Concludendo:

1) la possessio ad interdita è costituita dallo stato di fatto corrispondente al diritto di proprietà e risulta dei due elementi l'animus e il corpus (C + A) ovvero, in tre casi, dal titolo e dal corpus (C + t);

2) va distinta dal possessio la detenzione perché in essa è solo il corpus e non l'animus (detenzione = C);

3) va distinta ancora la possessio ad usucapionem (detta anche talvolta possessio civilis) che ha sostanzialmente il contenuto della proprietà. In essa, inoltre l'animus e il corpus, troviamo il titolo e la buona fede: C + A + t + f.

Il possessore ad usucapionem come il proprietario sta rispetto alla cosa in duplice rapporto:

- 1) in rapporto di possessore ad interdita;
- 2) in rapporto di possessore ad usucapionem (proprio come il proprietario).

### 3. Oggetto del possesso.

Non può essere, secondo la concezione classica pura, che una cosa corporale "Possideri autem possunt quae sunt corporalia" (D. 41, 2, 3 pr.).

Questo principio è molto importante, perché segna una differenza notevole fra il diritto classico e quello giustiniano e moderno: infatti in questi ultimi si ammette anche il possesso di una cosa incorporale (quasi possesso o possesso di un diritto).

Nel diritto moderno si è giunti sino a concepire nell'ordinamento giuridico due sistemi necessariamente paralleli (come corpo ed ombra): il sistema dei diritti e quello dei possessi.

Si dice: come per il diritto di proprietà così per ogni altro diritto è necessario ammettere uno stato di fatto (possesso) corrispondente: stato di fatto che può talvolta essere anche separato da quello di diritto e che viene tuttavia tutelato come tale.

Questa concezione del quasi possesso ha i suoi addentellati nel diritto giustiniano ove si ammette il quasi possesso dei diritti reali di servitù, enfiteusi, superficie.

Il diritto classico invece mantiene saldo il principio che il possesso non possa avere ad oggetto che una cosa corporale: questo principio del resto è il necessario parallelo dell'altro secondo cui, come vedremo, solo una *res corporalis* può formare oggetto di proprietà.

#### **4. Alienazione del possesso.**

Il possesso di una cosa (come la proprietà di una cosa) può formare oggetto di alienazione.

Le fonti appunto ci danno esempi di vendita di possesso.

La forma di questa alienazione consiste nella consegna della cosa in base ad un rapporto atto a trasferire il possesso.

Hanno questa attitudine (oltre la vendita già nominata) il pegno, il precario e il sequestro.

In questi tre casi si ha una vera alienazione di possesso: il possessore infatti si priva del suo possesso a favore di un terzo per garantire una obbligazione (pegno) per concedere un godimento della cosa (precario) o per far custodire la cosa durante la controversia (sequestro).

Non hanno questa attitudine invece altri rapporti (obbligatori e reali) in base ai quali si fa la consegna di una cosa corporale; essi sono: il deposito, il comodato, la locazione, l'usufrutto.

In tutti questi casi la consegna della cosa non importa alienazione di possesso perché manca un titolo atto a produrre questa alienazione: dunque depositario, commodatario, conduttore, usufruttuario non hanno la *possessio* della cosa ma la semplice detenzione.

#### **5. Fonti del possesso.**

Da che cosa può essere derivato l'attuale stato di fatto (*corpus + animus = possessio*) in cui una persona si trova rispetto ad una cosa?

Cioè quale è la fonte della *possessio*?

Fonti della *possessio* sono anzitutto quelle stesse della proprietà, quindi tanto le fonti così dette originarie (occupazione etc.) quanto quelle così dette derivate (tradizione).

Da ciascuna di queste fonti derivano, contemporaneamente convergenti sulla medesima cosa, due rapporti: uno di proprietà e uno di possesso (si pensi all'immagine del corpo e dell'ombra).

Ma oltre queste fonti ve ne sono altre autonome che producono cioè solo possesso e non anche proprietà.

Esse sono:

a) l'atto illecito<sup>1)</sup> in seguito al quale il precedente possessore è stato privato del possesso della cosa (si pensi al furto);

b) l'apprensione del possesso di una cosa dopo la cessazione del possesso precedente, ad es. apprensione di cose del prigioniero, di cose di una eredità, di cose smarrite, di cose al cui possesso si è rinunciato (il marito che voglia donare il possesso della cosa alla moglie pur non compiendo una valida donazione compirà una rinuncia di possesso producendo una apprensione di esso da parte della moglie etc.);

c) una alienazione fatta dal precedente possessore per vendita di possesso o per pegno, sequestro, precario.

Si comprende che l'acquisto del possesso richiede, salvo i tre casi eccezionali, la contemporanea presenza dei due elementi di cui il possesso consta: l'*animus* e il *corpus* (et adipiscimur possessionem animo et corpore neque per se animo aut per se corpore, D. 41, 2, 3, 1; Gaio IV, 153: *Nec ulla dubitatio est, quin animo possessionem adipisci non possimus*).

Peraltro quanto al *corpus* vedremo, parlando della tradizione, come esso abbia via via subito un processo di spiritualizzazione.

Infine è da dire che l'acquisto del possesso può avere luogo mediante quelle stesse persone per mezzo delle quali ha luogo l'acquisto del dominio, quindi:

a) anzitutto le persone in potestate (figli e servi) (Gaio, II, 89);

b) le persone in mancipio ed in manu (II, 90): la questione posta da Gaio va risolta in modo positivo;

c) i servi sui quali abbiamo l'usufrutto e le persone che possediamo in buona fede, in ordine agli acquisti *ex re nostra vel ex operibus suis* (II, 94);

d) finalmente nel diritto classico si ammise l'acquisto del possesso anche per *extraneam personam* (acquisto quindi per rappresentanza: Gaio, II, 95 "*tantum de possessione quaeritur an per extraneam personam nobis adquiratur*"). Per questa ragione, tutore, curatore, procuratore acquistavano il possesso direttamente al pupillo, al pazzo, al dominus.

<sup>1</sup> Questo atto illecito che priva del possesso di una cosa può aver luogo anche quando la cosa si trovi già nella detenzione di colui che questo atto illecito compie (es. nel caso di deposito). In questa ipotesi, però, anche perché si avesse mutamento di qualifica nello stato di fatto da detenzione in possesso, non bastava mutare l'*animus* ma secondo i Sabiniani era necessario fare un atto di apprensione della cosa che manifestasse esternamente questo mutamento.

## 6. Conservazione e perdita del possesso.

a) Il possesso dura fino a quando durano i suoi elementi costitutivi, animus e corpus. Peraltro il corpus può essere tenuto per noi anche da terzi, oltre che, come è chiaro, dalle persone a noi soggette, anche dal depositario, commodatario etc. (Gaio IV, 153: “Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus; per eos quoque, apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur”).

Da ciò la regola secondo cui è possibile “retineri possessionem per quemlibet qui nostro nomine sit in possessione” (IV, 153).

b) Il principio che il possesso si conserva animo et corpore cominciò a subire qualche modifica nel diritto classico (Gaio IV, 153 “quin etiam plerique putant animo quoque retineri possessionem, id est ut quamvis neque ipsi simus in possessione neque nostro nomine alius, tamen si non reliquandae possessionis animo, sed postea reversuri inde discesserimus, retinere possessionem videamur”).

Nel diritto giustiniano queste eccezioni vennero quasi a formare una regola generale (possessio quae animo retinetur).

c) Il possesso si perde quando vengono a cessare gli elementi che lo costituiscono (ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest; ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est” D. 41, 2, 8).

La cessazione dello stato di fatto (tranne nelle eccezioni di Gaio IV, 153 e tranne il caso di cessazione determinata da violenza, tale da essere riparata con l’interdetto unde vi), importa automaticamente cessazione dell’animus.

Per contro una cessazione dell’animus per essere capace di far perdere il possesso non può concludersi con un moto puramente soggettivo ma deve essere visibile all’esterno e attuarsi quindi in una corrispondente cessazione del corpus.

Sono cause della perdita del possesso tutte quelle che abbiamo elencato come causa di acquisto a tale perdita correlative (vedi fonti del possesso).

Dobbiamo qui fermare l’attenzione sopra due cause: la prigionia e la morte; l’una e l’altra fanno cessare automaticamente il possesso.

Perciò tanto il prigioniero che ritorna in patria, quanto l’erede che adisce l’eredità devono compiere un atto di apprensione delle cose se vogliono riacquistare il possesso di esse.

La ragione di ciò è data appunto dal fatto che il possesso non dura come il diritto a prescindere dallo stato, poiché esso è fatto, è anzi stato di fatto, cessa col cessare di quest’ultimo. Queste medesime ragioni si ripetono nel matrimonio che non risorge per effetto del solo ius postliminii ma deve essere rinnovato come il possesso.

## 7. Tutela del possesso.

È qui che appare chiaramente la distinzione fra possesso, detenzione e possesso ad usucapionem, perché parlando di tutela del possesso intendia-

mo parlare di tutela dello stato di fatto del possesso a prescindere dalla sua legittimità.

Per via di questa tutela possessoria avviene che il proprietario gode normalmente di una duplice tutela; quella petitoria (*rei vindicatio*) in quanto proprietario e quella possessoria (*interdetti*) in quanto possessore.

Così dicasi del possessore di buona fede. Egli pure gode della tutela petitoria (*reivindicatio ficticia*) in quanto possessore di buona fede e di quella possessoria (*interdetti*) in quanto possessore.

Però la tutela possessoria non è accordata soltanto al possessore proprietario ma anche al possessore non proprietario; è da dirsi anzi di più: che anche quando è accordata al proprietario essa gli è accordata non pel fatto che è proprietario ma pel fatto solo di essere possessore. In questo senso va spiegato D. 41, 2, 12: “*Nihil commune habet proprietas cum possessione*”.

La tutela possessoria ha luogo nel diritto classico non mediante azioni (*iudicia*), ma mediante *interdicta* (*decreti emanati dal pretore su richiesta delle parti*).

Gli *interdetti* possessori possono essere:

- a) *retinendae possessionis*;
  - b) *recuperandae possessionis* (Gaio IV, 143).
- a) Sono *retinendae possessionis* gli *interdetti uti possidetis* (per gli immobili) e *utrubi* (per i mobili).

L'*uti possidetis*, così chiamato dalle parole della formula dell'*interdetto* “*uti eas aedes quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, uti nunc possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto*”, è emesso a favore del possessore attuale di un immobile contro colui che lo molesta nel possesso. Invece l'*utrubi*: “*utrubi hic homo de quo agitur maiore parte huius anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto*” (Gaio IV, 160) è emesso a favore di colui che ha posseduto la maggior parte dell'anno una cosa mobile: Gaio IV, 150 “*Et si quidem de fundo vel aedibus interdictur, eum potioem esse praetor iubet, qui eo tempore quo interdictum redditur nec vi clam nec precario ab adversario possideat; si vero de re mobili, eum potioem esse iubet, qui maiore parte eius anni nec vi nec clam nec precario ab adversario possederit; idque satis ipsis verbis interdictorum significatur*”.

Come appare dal testo gaiano e dalle formule degli *interdetti* il possessore è tutelato solo se rispetto alla controparte il suo possesso non sia *vi*, *clam*, *precario*, in una *possessio iniusta*.

Ma codesta qualifica vale solo rispetto a quella controparte nei confronti della quale si possiede *vi*, *clam*, *precario*, nei confronti di tutti gli altri terzi, invece tale *possessio* è *iusta* ed è per ciò tutelata.

Si noti infine per l'*utrubi* la cosiddetta *accessio possessionis*.

Cioè l'attuale possessore che abbia derivato il suo possesso da una eredità, compra, donazione, dote, può unire al suo possesso quello del precedente.

te possessore ed ottenere così il tempo necessario per la emissione a suo favore dell'utrubi (IV, 151).

b) È recipiendae possessionis l'interdetto "unde vi" che è emesso a favore di quello che ex possessione vi deiectus sit: nam ei proponitur interdictum, cuius principium est **unde tu illum vi deiecisti**, per mezzo di questo interdetto "is qui deiecit cogitur ei restituere rei possessionem, si modo is qui deiectus est nec vi nec clam nec precario ab eo possederit" cioè se non si tratti di possesso iniusta. Allorquando l'ingiusto possessore sia stato privato del possesso per mezzo di violenza inferta con armi, in questo caso propter atrocitatem delicti bisognerà restituirgli la possessio (IV, 155).

### **8. Ragioni che legittimano la tutela del possesso.**

Si disputa molto sul fondamento della tutela del possesso. Si chiede: perché l'ordine giuridico tutela lo stato di fatto del possesso senza curarsi della sua legittimità?

Le risposte principali sono:

1) Per tutelare doppiamente la proprietà. Infatti, con una tutela possessoria indipendente dalla petitoria il proprietario può avvalersi per la tutela del suo diritto sulla cosa tanto dell'una che dell'altra.

Ma questa maggior tutela di cui il proprietario usufruisce porta necessariamente alla conseguenza che il possesso sia tutelato anche quando non si trovi nelle mani del proprietario (Jhering).

2) Essendo il possesso una manifestazione della personalità, questa personalità viene lesa quando si turbi il possesso: da qui la necessità di una tutela del possesso configurato quindi come tutela della personalità.

Dopo aver studiato il fenomeno del possesso di una cosa corporale, passiamo ora a studiare quella del diritto di proprietà e di altri diritti reali sulle cose corporali.

## II. – DIRITTI REALI

Sono:

- 1) il diritto di proprietà;
- 2) i diritti di servitù prediali (rustiche ed urbane) e personali (usufrutto, uso, abitazione);
- 3) i diritti reali di garanzia (pegno od ipoteca);
- 4) i diritti reali di superficie e di enfiteusi.

Ma il diritto classico puro non considera come veri diritti reali che il diritto di proprietà e quello di servitù.

I diritti reali attribuiscono al loro titolare il potere di godimento (che di intensità varia secondo la diversità del diritto reale) di una cosa corporale, imponendo correlativamente a tutti i terzi (che non vantino diritti reali sulla cosa) il vincolo della esclusione.

La differenza tra diritti reali e diritti obbligatori sta in ciò, che questi ultimi attribuiscono il potere di richiedere da una persona determinata una determinata prestazione.

Conseguentemente la struttura dei rispettivi rapporti è così configurata: il rapporto ha dall'un lato (attivo) il titolare del diritto alla prestazione e dall'altro (passivo) la persona obbligata a tale prestazione.

(Si ricordi che anche in un rapporto obbligatorio può esserci una cosa formante oggetto dell'obbligazione, ma mentre che nel rapporto reale la cosa viene giuridicamente considerata in quanto oggetto della prestazione personale da compiersi dall'obbligato, perciò nel rapporto obbligatorio l'oggetto immediato del rapporto è la prestazione e non la cosa.)

## A) DIRITTO DI PROPRIETÀ: DOMINIUM EX IURE QUIRITUM

Esamineremo:

- 1) contenuto (struttura);
- 2) oggetto;
- 3) potestas alienandi e forme di queste alienazioni;
- 4) fonti del diritto di proprietà;
- 5) tutela.

### 1. Contenuto.

Nella concezione classica il dominium ex iure Quiritium viene considerato come una signoria assoluta sopra una cosa corporale.

Esso ha una struttura identica a quella che ci presenta la potestas sui membri alieni iuris della famiglia.

Infatti:

a) signoria assoluta su una cosa corporale è il dominium e signoria assoluta su una persona è la potestas;

b) l'una e l'altra signoria può essere alienata e la formula di alienazione è identica in ambedue i casi: la *mancipatio*;

c) la tutela giurisdizionale dell'una e dell'altra signoria avviene mediante le stesse azioni; infatti in antico anche la patria potestas veniva tutelata con la *legis actio sacramento in rem* e nei primi periodi della procedura formulare con la *rei vindicatio*; è solo successivamente che a questa procedura per azioni si sostituisce quella interdittale (*de liberis exhibendis*; *de liberis ducendis*);

d) l'una e l'altra signoria, a cagione della loro assolutezza ed originarietà, in quanto non derivate da norme statuali ma autoctone e primigenie, escludono qualsiasi intervento dello Stato nella determinazione del loro contenuto e nella disciplina del loro esercizio. Facendo quindi un confronto fra questo concetto della proprietà classica e quello del diritto moderno balza netta agli occhi la loro intrinseca differenza: la proprietà moderna ha un contenuto economico, in quanto at-

tribuisce al titolare la disponibilità e il godimento di una cosa nei limiti delle leggi e dei regolamenti: quella romana (classica), invece, ha un contenuto illimitato di signoria che può avvicinarsi al concetto moderno di sovranità (territoriale).

Come il *paterfamilias* è sovrano rispetto ai membri *alieni iuris*, così egli è sovrano rispetto al territorio.

Da questo principio (signoria) discendono corollari importanti:

1) l'esclusione di tutti i terzi e della *civitas* stessa da tale signoria: quindi il proprietario, entro i confini del suo fondo, è libero di esercitare come crede il suo diritto senza incontrare limiti di sorta.

L'idea della socialità del dominio (dalla quale sono derivate tutte le limitazioni via via apposte alla proprietà) è radicalmente eterogenea alla concezione antica.

2) Esenzione del dominio da qualsiasi onere pubblico (imposte etc.). Una imposizione di tal genere avrebbe urtato contro la concezione stessa del dominio.

3) Attrazione al nostro dominio delle cose che vengono incorporate alle nostre cose: es. nei casi di accessione (Tizio costruisce una casa sul mio fondo: la casa diventa di mia proprietà. Qui pure si fa manifesta l'analogia fra *dominium* e *potestas*: come i membri *alieni iuris* sono strumenti di acquisto al *paterfamilias*, così le cose sono esse pure strumenti di acquisto per il *dominus*).

4) Perpetuità del *dominium* come della *potestas*: da qui la impossibilità di una sua costituzione sotto condizione sospensiva o *ad tempus* (es.: fino a quando verrà la nave dall'Asia o fino ad una epoca certa).

5) Un segno esteriore di questa sovranità è costituito dalla *limitatio*, con cui in antico si rendevano santi (come le mura della città) i confini dei fondi.

## 2. Oggetto del *dominium*.

Può essere nel diritto classico solamente una cosa corporale *quae tangi potest* (Gaiò II, 12) suscettibile di essere oggetto di rapporti giuridici privati.

Da ciò deriva una conseguenza: che non può formare oggetto di una proprietà una cosa incorporale: ad es. sarebbe impossibile la proprietà di una obbligatio.

Ciò è molto importante:

a) per la dottrina della alienazione: perché si può alienare solo una cosa in cui si ha il dominio, è necessaria la conseguenza che non si possa alienare se non una cosa corporale(\*) (essendo possibile solo sopra di essa un dominio).

\* Sono incorporali secondo Gaiò (II, 14): "ea quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationis quoquo modo contractae" e le servitù. Ma fra l'obbligatio e le altre *res incorporales* vi è una essenziale differenza: solo la prima è costruita come *res incorporalis* insuscettiva, perché tale, di alienazione: le altre invece sono in certo modo incorporate alla cosa materiale cui si riferiscono (es. il fondo su cui grava la servitù e l'usufrutto) e sono perciò suscettive alla stregua delle cose corporali di alienazione, si capisce unitamente alla cosa su cui esse sono incorporate.

Nel diritto romano classico non poteva divenire *religiosum* che quel suolo di cui i privati avevano la proprietà *quiritaria*, quindi non poteva diventare tale il suolo provinciale il cui

È questa la ragione che impedisce in diritto classico la alienazione di una obligatio (Gaio II, 38 “quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum”).

Ed è molto importante:

b) anche per stabilire una differenza fra il diritto moderno e il diritto classico.

Nel diritto moderno è possibile la alienazione di una res incorporalis: es. l'alienazione di credito.

Ora, la possibilità di alienare un'obbligazione pone questa cosa incorporalis in grado di essere concepita come oggetto di dominio: ecco perché in diritto moderno si parla con frequenza di proprietà di crediti mentre un'espressione cosiffatta sarebbe incomprensibile per il diritto romano.

Per contro la possibilità, nel diritto moderno, che una cosa incorporale sia concepita come oggetto di diritto di proprietà ha il suo parallelo nel possesso dei diritti.

Oltre che corporale la cosa oggetto di dominio deve essere tale da poter formare oggetto di rapporti giuridici fra privati, cioè deve essere *humani iuris* e non essere *extra commercium*.

Le *res humani iuris* sono quelle che non rientrano nella categoria delle *res divini iuris*; e queste *res divini iuris* sono:

- a) le *res sacrae*;
- b) le *res sanctae*;
- c) le *res religiosae*.

“*Sacrae sunt quae diis superis consecratae sunt; religiosae quae Manibus relictae sunt*” (II, 4), “*sanctae quoque res, velut portae et muri, quodammodo divini iuris sunt*” (II, 8).

Il carattere sacro di una cosa viene attribuito mediante legge o senato consulto “*sed sacrum quidem hoc solum existimatur quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, veluti lege de ea re lata aut senatus consulto facto*” (II, 5).

Il carattere religioso di un luogo sorge mediante la semplice *illatio mortui* da parte di colui che ha l'onore del funerale, “*religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus ad nos pertineat*” (II, 6).

Queste *res divini iuris* sono sottratte al commercio umano, *extra commercium*, e non possono perciò cadere nel dominio di alcun privato (“*quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est*”, II, 9).

dominio era del popolo romano o di Cesare. Tuttavia in caso di *illatio mortui* anche questo suolo veniva considerato come se fosse divenuto *religiosum* (Gaio, II, 7).

Così dicasi per il carattere sacro, quod in provinciis non ex auctoritate populi romani consecratum est, proprie sacrum non est, tamen pro sacro habetur (Ta). È sì noti, infine, pei fondi religiosi – resi tali per volere del dominus mediante *illatio mortui* – che se è vero che il proprietario perdeva la proprietà del fondo reso religioso egli acquistava il *ius sepulchri*.

Fra le *res humani iuris* bisogna distinguere quelle che possono formare e quelle che non possono formare oggetto di dominio privato (*res in patrimonio, extra patrimonium*).

Queste ultime sono: le *res communes omnium* il cui uso spetta a tutti i consociati.

Dicono le Istituzioni di Giustiniano (II, 1, 1 e sgg.): “*Naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur*”.

Sono pure *res communes* i fiumi e i porti “*ideoque ius piscandi omnibus commune est in portibus fluminibusque*” (par. 2).

Sono pure di uso comune le rive dei fiumi, perciò “*navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare*” (par. 4).

Lo stesso dicasi per i lidi del mare, perciò “*quibuslibet liberum est casam ibi imponere, in qua se recipiant, sicut retia siccare et ex mare deducere*” (par. 5).

Ma v'è tra la condizione giuridica dei fiumi e delle loro rive e quella del mare e dei suoi lidi una differenza fondamentale quanto alla proprietà: perché, mentre i lidi del mare non sono di proprietà di alcuno (“*proprietas eorum potest intelligi nullius esse, sed eiusdem iuris esse, cuius et mare et quae subiacent mari, terra vel harena*” Inst. II, 1, 5) le rive del fiume e il letto del fiume potenzialmente sono di proprietà dei proprietari rivieraschi (“*proprietas earum illorum est, quorum praediis haerent*”) e viene da ciò la conseguenza che “*arbores in isdem natae eorundem sunt*” (Inst. II, 1, 4 pr.).

Sono pure *extra patrimonium*, nonostante siano *humani iuris*, le *res publicae*, cioè le cose di cui è proprietario lo Stato (“*universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt ut theatra, stadia et similia et si qua sunt communia civitatum*”).

Tanto le *res communes omnium* che le *res publicae* sono per loro natura perpetuamente fuori del patrimonio dei privati (*extra patrimonium*).

Per contro si danno dei casi in cui una cosa o una università di cose (*hereditas*) sia provvisoriamente *nullius*, cioè manchi di un proprietario attuale.

Ciò avviene quando si tratti di *res derelictae* (*res nullius*) o quando vi sia un'*hereditas* non ancora adita (accettata) (Gaio, II, 9).

Dopo aver visto quali cose possono formare oggetto di dominio (cose corporali, *humani iuris* e che siano suscettive di dominio) si fa duplice distinzione di queste cose, una desunta dalla intima essenza di tali cose (semplici, connesse, composte) ed un'altra desunta dal modo con cui si trasferisce il dominio delle cose.

1) Quanto alla prima distinzione basta richiamare D. 41, 3, 30 pr.:

“*Tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et Graece fenomenon vocatur, ut homo, tignum; lapis et similia: alterum,*

quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constant, quod synemmenon vocatur, ut aedificium navis armarium; tertium, quod ex distantibus constant ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex”.

I tria genera sono dunque:

- a) res quae uno spiritu continentur;
- b) res quae ex cohaerentibus constant;
- c) res quae ex distantibus constant.

Ora, questa distinzione ha importanza in questi casi:

- 1) quando si voglia sapere cosa avviene della proprietà di una cosa che si è incorporata ad un'altra, formando con questa una res ex cohaerentibus;
- 2) quando si ponga il problema dell'usucapione di una res ex distantibus.

Nel primo caso bisogna dire che il proprietario attuale della cosa incorporata diventa il proprietario della cosa principale, mentre il proprietario della cosa incorporata ha su di essa una proprietà potenziale.

Questa proprietà potenziale si tradurrà in attuale, se la cosa verrà separata dal corpus con cui essa era stata unita.

Nel secondo caso bisogna dire che la res ex distantibus non viene usucapita nella sua unità ideale, ma che vengono usucapiti i singoli membri di questa unità.

Così a proposito del gregge dice Labeone:

D. 41, 3, 30 pr.-2: “Non autem grex universus sic capitur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes... non item tamen universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita est usucapio”.

Da ciò si ricava che i Romani non giunsero sino a riconoscere una entità giuridica unitaria al corpus ex distantibus.

2) Quanto alla seconda distinzione bisogna dire che essa costituisce la fondamentale distinzione delle cose del diritto classico: quella tra res Mancipi e res nec Mancipi (Gaio, II, 14 a).

Il criterio distintivo fra queste due categorie di cose è dato dal modo con cui esse vengono trasferite.

Le res Mancipi si trasferiscono mediante Mancipatio (Gaio I, 119-122) o in iure Cessio (Gaio II, 24).

Le res nec Mancipi mediante semplice traditio (consegna materiale della cosa in base ad una causa).

“Magna autem differentia est inter Mancipi res et nec Mancipi. Nam res Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt” (II, 18-19); “Mancipi vero res sunt quae per Mancipationem ad alium transferuntur, unde etiam Mancipi res sunt dictae. Quod autem valet Mancipatio, idem valet et in iure Cessio” (II, 22).

Le res Mancipi sono:

- a) i fondi nel suolo italico;
- b) gli edifici nel suolo italico;
- c) i servi e gli animali che “collo dorsove domari solent” (Gaio, II, 14 a).

Si aggiungano a queste tre categorie di cose anche le quattro antiche servitù rustiche.

Ciò non deve meravigliare: perché ciò che è *res Mancipi* non è propriamente il diritto di servitù come tale (la *res incorporalis*) quanto la cosa che è oggetto di questo diritto.

Ora questa cosa è costituita dai fondi in italico solo che sono *res Mancipi*.

E poiché il diritto di servitù ha una struttura identica a quello di proprietà (si concepisce esso pure come una signoria su una cosa corporale, signoria, peraltro, meno intensa del dominio) è evidente che la costituzione di un diritto di servitù per atto giuridico viene equiparata ad un trasferimento di *res Mancipi*. Sono in particolare *res nec Mancipi*:

a) i fondi siti in suolo provinciale (item *stipendiaria praedia et tributaria nec Mancipi sunt*, II, 15). La proprietà in questi fondi spetta al popolo romano o a Cesare;

b) gli animali selvatici e in genere quelli che “collo dorsove domari non possunt”.

Anche le cose incorporali (escluse le servitù rustiche che rientrano tra le *res Mancipi*, II, 17: “item *fere omnia quae incorporalia sunt nec Mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum*”) rientrano tra le *res nec Mancipi*.

La ragione per cui queste cose incorporali vengono poste sul medesimo piano giuridico delle corporali va ricercata nel fatto che esse costituiscono oggetto di rapporti reali, anzi, più propriamente è da dire che anche in questi rapporti reali (servitù urbane e usufrutto) oggetto del rapporto è la cosa stessa corporale.

### 3. Alienazione.

Si ha alienazione allorché il *dominus* trasferisce ad un terzo la cosa di cui è proprietario.

Il concetto di alienazione quindi è correlativo a quello di dominio e lo presuppone, si può alienare ciò di cui si ha la proprietà, quindi si può alienare soltanto ciò che può formare oggetto di proprietà o di altro diritto reale sostanzialmente identico a quello di proprietà. Es.: enfiteusi, superficie nel diritto postclassico: cioè una cosa corporale<sup>(2)</sup>.

<sup>2</sup> Non è in contraddizione con questo che diciamo ciò che si legge in Gaio relativamente alla in iure cessio della hereditas e della tutela o dell'usufrutto o relativamente alla *mancipatio* e alla servitù. Nei primi due casi infatti si tratta non di alienazione dell'hereditas e della tutela come tali – in quanto *res* – ma della finta cessione giuridica del posto di agnato prossimo che fa sorgere la vocazione ereditaria e quella tutelare, negli altri casi non si tratta di alienazione ma di costituzione dell'usufrutto e della servitù. Ora, una volta costituiti questi due diritti

Ora, l'alienazione di una cosa corporale avviene con forme diverse, secondo che si tratti di res mancipi o di res nec mancipi.

Nella prima ipotesi la alienazione ha luogo mediante le forme della mancipatio e della in iure cessio, nella seconda ipotesi mediante la traditio.

a) **Mancipatio e in iure cessio**: già conosciamo questi due istituti perché li abbiamo visti applicati alla alienazione dei membri alieni iuris della famiglia.

La prima (Gaio, I, 119 e sgg.) si attua con cinque testimoni e il libripens, la seconda è costituita da un editto che fa il magistrato **in iure** a favore dell'attore che afferma un certo diritto (es. un diritto di proprietà) e contro il convenuto che non contraddice ma anzi tace (Gaio, II, 24).

b) **La traditio**: la traditio è un negozio giuridico bilaterale per cui una persona proprietaria di una res nec mancipi (Gaio, II, 19) consegna questa res ad un'altra persona con l'intento (condiviso dall'accipiente) di trasferire la proprietà. Nel diritto giustiniano la traditio vale per tutte le res corporales (II, 1, par. 40).

Da questa definizione risulta che gli elementi essenziali della traditio sono due: 1) la **consegna materiale della cosa** da parte del dominus (tradente) ad un terzo (accipiente); 2) lo **scopo comune delle parti** di operare un trasferimento di proprietà (iusta causa traditionis).

l) **Consegna materiale della cosa** (Inst. II, 1, par. 40). Essa può avvenire in vari modi:

a) effettiva consegna dal tradente all'accipiente;

b) traditio simbolica che si ha quando non si consegnano propriamente le cose che si vogliono alienare ma i simboli di esse: ad esempio, per consegnare una certa quantità di grano posto in un magazzino basta consegnare le chiavi di questo magazzino (Inst. II, 1, 45);

c) traditio longa manu che si ha quando s'indica da lontano il fondo che si vuole consegnare (es.: dall'alto di una torre io indico al compratore il fondo che intendo trasferirgli);

d) traditio brevi manu che si ha quando la cosa che io debbo consegnare si trova già nelle mani di colui a cui favore io intendo trasferire il dominio (per es. in deposito: Inst. II, 1, 44);

e) constitutum possessorium che si ha allorquando io mi spoglio della proprietà di una cosa di cui però resto detentore (per es.: a titolo precario, di locazione); in questo caso è come se io avessi prima consegnata la cosa al terzo con lo scopo di trasferirgliene il dominio e come se poscia costui l'avesse riconsegnata a me con lo scopo di trasferirmene la mera detenzione.

reali non sono suscettibili di una alienazione. Una servitù non potrebbe essere alienata indipendentemente dal fondo cui si riferisce e l'usufruttuario non potrebbe alienare ad un terzo il suo diritto reale.

Questo requisito della consegna della cosa venne sempre più perdendo il suo carattere materiale per assumerne uno spirituale: sino al punto che nel diritto giustiniano si ha la cosiddetta *traditio ficta* fatta mediante scrittura, che costituisce la vera consegna.

Si comprende allora benissimo come dalla *traditio ficta* al contratto quale fonte diretta di diritto reale il passo sia davvero brevissimo.

2) **Iusta causa traditionis.** Perché la consegna trasferisca la proprietà della cosa è necessario che essa sia determinata da uno scopo comune ad ambedue le parti: il trasferimento di proprietà della cosa (“*Voluntas domini volentis rem suam in alium transferre*” Inst. II, 1, 40).

Questo scopo è la *iusta causa traditionis*.

Senza di essa la consegna non potrebbe tradurre la traslazione della proprietà: infatti per sé la consegna di una cosa è atto equivoco che può denotare vari intenti: io posso consegnare una cosa a causa di una locazione, di un precario, di un comodato e così via; in tutti questi casi la consegna non è *traditio*: essa lo diventa, allorché sia determinata appunto allo scopo della trasmissione del dominio: quando cioè essa abbia una *iusta causa* del trasferimento del dominio.

D. 41, 1, 31 pr.: “*Numquam nuda traditio transfert dominium; sed ita si aliqua iusta causa praecesserit propter quam traditio sequeretur*”.

Bisogna però distinguere tra *iusta causa traditionis* che è concomitante alla consegna e che consiste nella *voluntas domini volentis rem suam in alium transferre*, Inst. II, 1, 40 (e che chiamasi *causa proxima*), dalla *causa remota* da cui quella *proxima* psicologicamente deriva.

Siffatta *causa* è considerata dall’ordinamento giuridico come un semplice motivo, essa è perciò giuridicamente irrilevante e non infirma la tradizione anche quando il tradente è in errore rispetto ad essa.

Es.: io credo di essere debitore di Tizio per 100 lire e in conseguenza di questo errore consegno a Tizio le 100 lire. È passata la proprietà di questa somma da me a Tizio? Cioè vi è stata una valida tradizione? Sì, perché ci è stata in me la volontà di trasferire la proprietà delle 100 lire, volontà condivisa dalla controparte.

Appunto perché c’è stata la *causa proxima*, ancorché abbia fatto difetto quella *remota*, la tradizione è stata validamente compiuta.

Vediamo quali possono essere le *iustae causae traditionis*:

- a) *pro soluto*, quando si trade per eseguire una obbligazione (vendita, donazione obbligatoria etc.);
- b) *pro donato*, quando si trade per attuare una donazione reale;
- c) *pro dote*, quando si trade per attuare una *dotis datio* (dote reale);
- d) *pro emptore*, quando si trade per vendere, quando cioè coincidono conclusioni della compravendita e consegna della cosa.

È da ricordare infine che la *traditio in incertam personam* ha luogo allorché una persona getta al popolo le cose sue con l'intenzione di trasferirne il dominio a chi le apprende.

Inst. II, 1, 46: "Hoc amplius interdum et in incertam personam collata voluntas dominii transfert rei proprietatem: ut ecce, praetores vel consules, qui missilia iactant in vulgus, ignorant quid eorum quis excepturus sit, et tamen quia volunt, quod quisque exceperit eius esse, statim eum dominum efficiunt".

*Mancipatio*, in *iure cessio*, *traditio*, nel diritto classico sono dunque i modi di alienazione del dominio: nel diritto giustiniano la sola *traditio*.

Orbene, chi può alienare (trasferire) il dominio di una *res*?

Il *dominus*: e però vi sono dei casi in cui una persona diversa dal *dominus* aliena efficacemente le cose di questo ultimo; ed altri casi in cui al *dominus* è sottratto il diritto di alienare la cosa di cui egli ha il dominio (Gai II, 62).

Infatti:

a) l'agnato prossimo, curatore del furioso, aliena validamente le cose del furioso (II, 84);

b) il tutore aliena validamente le cose del pupillo;

c) il procurator le cose del *dominus* (Inst. II, 1, par. 43);

d) il creditore pignoratizio le cose pignorate.

Questo *ius alienandi* del creditore pignoratizio ("item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. Sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegetur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur", Gai II, 64).

Per contro vi è qualche cosa in cui al *dominus* è sottratto il *ius alienandi*: Gai II, 63, "nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa vel in iure cessum vel usucaptum". Prima di chiudere la trattazione intorno alla *traditio* non possiamo non richiamare alla mente la distinzione nettissima che i Romani ebbero tra contratto obbligatorio e *traditio*.

La *traditio* di una cosa venduta costituisce il momento esecutivo dell'obbligazione sorta dal contratto già concluso: il trasferimento di proprietà ha nella *traditio*, non nel contratto, la sua causa.

Nel nostro diritto invece (artt. 1376, 922) il contratto viene considerato quale causa del trasferimento del dominio restando così eliminata la *traditio*.

Questo principio, però, del diritto nostro non è privo di incoerenze: si confrontino gli articoli citati con gli artt. 2643, 2644.

Vizi dell'alienazione. Per effetto dell'alienazione fatta nelle forme dovute il *dominium ex iure Quiritium* viene trasferito dall'alienante al nuovo *dominus*.

Può darsi però che per qualche vizio di forma l'alienazione non produca quest'effetto: per esempio quando essa sia avvenuta senza le forme della *mancipatio*, o della *in iure cessio* (trattandosi di *res Mancipi*).

A maggior ragione l'alienazione non produce il suo effetto quando l'alienante non è *dominus* della cosa.

Ora, in questi casi interviene a sanare il vizio dell'alienazione l'istituto dell'*usucapione*.

*Usucapio*. L'*usucapione* è definita dalle fonti "adeptio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti" (D. 41, 3, 3).

Essa consiste in ciò: che una persona la quale abbia posseduto per un certo tempo in base a giusto titolo e in buona fede una cosa suscettiva di essere *usucapita*, ne diventa proprietario.

Nel diritto classico l'*usucapione* provvedeva soprattutto a sanare i vizi della tradizione di una *res* allorché questa tradizione non era stata atta a trasferire la proprietà della cosa:

1) o perché la cosa era *Mancipi* (avrebbe quindi richiesto la *mancipatio* o la *in iure cessio*);

2) o perché il tradente non era *dominus* della cosa:

Gaio II, 41: "Nam si tibi *res Mancipi* neque *mancipavero* neque *in iure cessero*, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea *res* efficitur, ex iure *Quiritium* vero mea permanebit, donec tu eam possidendo *usucapias*: semel enim impleta *usucapione* proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure *Quiritium* tua *res* esse, ac si ea *mancipata* nec *in iure cessa* esset".

Gaio II, 43: "Ceterum etiam earum rerum *usucapio* nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive *Mancipi* sint eae *res* sive nec *Mancipi*, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui traderet dominum esse" (cfr. II, 51).

3) un terzo caso cui l'*usucapione* provvedeva era quello del possesso della *res derelicta*.

Se una cosa viene veramente abbandonata dal *dominus* questa cosa può essere posseduta ed *usucapita* da qualsiasi terzo. (Ciò secondo la dottrina *proculiana*, D. 41, 7, 2, par. 1, perché quella *sabiniana* – poi prevalsa – fu d'avviso che la *derelictio* rendesse nullius la cosa e quindi suscettiva di immediato acquisto da parte del terzo occupante).

Nelle tre ipotesi menzionate il possesso biennale dei fondi o annuale delle *ceterae res* basta a fare acquistare la proprietà delle cose possedute.

I requisiti, quindi, dell'*usucapione* nel diritto classico sono i seguenti:

I) *Res habilis*, cioè una cosa suscettiva di *usucapione*.

Non erano quindi *habiles* le cose insuscettive di dominio *quiritario*, come i fondi provinciali, le *res extra patrimonium* (*sacrae, religiosae, sanctae, communes omnium* etc.), le *res furtivae* e le *res vi possessae*.

L'iusucapibilità di queste ultime fu disposta dalle XII Tavole (per le *res furtivae*) e dalle leggi Julia e Plautia.

Inusucapibili erano le *res mancipi* di una donna sottoposta a tutela, salvo che esse non fossero state consegnate dalla donna stessa tutore auctore (cfr. Gaio II, 45-48).

A proposito delle *res furtivae* et *vi possessae* bisogna tener presente che il vizio della furtività o della violenza inerisce oggettivamente alle cose in tal guisa da rendere impossibile l'usucapione non solo al ladro (*nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet*, Gaio II, 49), ma anche dagli ulteriori terzi possessori di buona fede (cioè persone che credono di avere acquistato a domino).

Dice Gaio, II, 49 "... sed nec ullus alius, quamquam ab eo, bona fide emerit, usucapiendi ius habeat". Perché questo vizio della furtività si sa: non c'è che una sola via: la *reversio* al *dominum* (Inst. II, 6, 8), il ritorno cioè della cosa nelle mani del proprietario.

A causa di questa inusucapibilità delle *res furtivae* avveniva, così nota Gaio II, 50, che per le cose mobili era molto raro il caso che il terzo possessore di buona fede (esempio: compratore a non domino) le avesse potute usucapire "*quia qui alienam rem vendit et tradit, furtum committit: idemque accidit etiam si ex alia causa tradatur*" (esempio: donazione, II, 50).

Per le cose immobili invece l'usucapione del terzo possessore di buona fede è possibile, perché ne è possibile l'acquisto del possesso anche senza violenza (se la violenza fosse intercorsa, rientreremmo nei limiti della *lex Julia*) e perché non si ammette furto d'immobili.

"Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi possessionem nancisci, quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit; quam si ad alium bona fide accipientem transtulerit, poterit usucapere possessor; et quamvis ipse, qui vacantem possessionem nactus est, intellegat alienum esse fundum, tamen nihil hoc bonae fidei possessori ad usucapionem nocet, cum improbata fidei possessori ad usucapionem nocet, cum improbata fidei possessori ad usucapionem nocet, cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtivum fundum fieri posse" (II, 51).

II) *Titulus*: è il rapporto col precedente possessore che dimostra come l'attuale possessore possieda la cosa in base al trasferimento che gliene ha fatto il precedente possessore. Nel caso di possesso di una *res derelicta* è la *derelictio* il titolo che giustifica tale possesso.

Questo rapporto sarebbe stato atto a trasferire se non fossero intercorse delle circostanze ad esso esterne ad impedire questo trasferimento.

Ciò avviene allorché si compia la traditio di una res mancipi, o si compia la regolare traditio o mancipatio di una res di cui il tradente o mancipante non è dominus.

In questi casi il rapporto di trasferimento non realizza lo scopo normale del trasferimento della proprietà, per una ragione che è ad esso esterna.

Il *titulus usucapionis* è detto dalle fonti *iusta causa usucapionis*.

La *iusta causa usucapionis* può essere diversa, come diversa può essere la *iusta causa traditionis*, la cosa infatti può essere pervenuta nel possesso di una persona per vendita (a struttura reale), per l'esecuzione di una obbligazione, per una donazione reale, in conseguenza di un legato etc.

In questi casi abbiamo vari tipi di causa: *pro emptore*, *pro soluto*, *pro donato*, *pro dote*, *pro legato* etc.

Poiché anche la *derelictio* è *iusta causa usucapionis* abbiamo per questa ipotesi il titolo *pro derelicto*.

Un titolo caratteristico è quello *pro herede*.

Nel diritto classico un qualsiasi terzo, immettendosi nel possesso di un'eredità non ancora adita, poteva dopo un anno usucapirla.

Questa usucapione avviene nonostante che l'usucapiente sappia di non avere diritto alcuno all'eredità che egli possiede:

Gaio II, 52: "Rursus ex contrario accidit ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, veluti si rem hereditariam, cuius possessionem heres mundum nactus est, aliquis possederit: nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem: quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur".

A dire il vero qui non può dirsi che vi sia un rapporto col precedente possessore che giustifichi e legittimi il possesso attuale: qui non c'è che un dato positivo, il possesso; non c'è che il dato negativo della non lesione del possesso precedente.

Infatti il terzo possessore delle cose ereditarie non lede il possesso dell'erede perché questi, come è presupposto, non ha ancora neanche adito l'eredità.

Se infatti l'erede avesse adito o se si fosse trattato di erede necessario l'usucapio *pro herede* non sarebbe stata possibile ("necessario tamen herede exstante nihil ipso *pro herede usucapi potest*", Gaio II, 58).

Tale usucapione, che rivela il concetto antico dell'istituto, è chiamata da Gaio *improba* e *lucrativa* perché *sciens quisque rem alienam lucri facit* (II, 56); essa è giustificata dal fatto che *voluerunt veteros maturius hereditates adirit, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur* (II, 55).

Nello stesso diritto classico però "ex auctoritate Hadriani *senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur. et ideo potest heres ab eo*

qui rem usucepit hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset” (II, 57).

Nel diritto giustiniano l'antica usucapio pro herede è totalmente scomparsa: l'usucapio pro herede giustiniana si ha allorquando una persona possiede in buona fede, credendosi erede in base ad una iusta causa erroris, di una eredità che non è stata a lui deferita.

III) Bona fides: consiste nella credenza che il proprio possesso sia conforme alla volontà del precedente proprietario.

Il caso più frequente è quello di colui che ha acquistato una cosa a non domino credendo invece di acquistarla dal proprietario: “Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive Mancipi sint eae res sive nec Mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui traderet dominum esse” (II, 43).

La buona fede è richiesta al momento dell'apprensione del possesso: se dopo viene meno, non nuoce (mala fides superveniens non nocet).

Fu agitato tra i giuristi romani il problema relativo all'efficacia del titolo putativo: se cioè potesse condurre all'usucapione una cosa posseduta in buona fede non in base ad un titolo vero (donazione, dote, solutio etc.), ma in base ad un titolo putativo (iusta causa erroris).

Esempio: io possiedo in buona fede una cosa credendo che mi sia stata donata (titolo putativo).

Può questo possesso condurre all'usucapione?

Può, cioè, la buona fede sostituire il titolo mancante?

La risposta accolta nel diritto giustiniano è quella negativa:

(Inst. II, 6, p. 11) “Error autem falsae causae usucapionem non parit, veluti si quis cum non emerit omisse se extimans possideat: vel cum ei donatum non fuerit quasi ex donatione possideat”.

IV) Possessio. È lo stato di fatto corrispondente al diritto di proprietà.

Si tenga presente a quest'uopo che nel diritto romano, come del resto anche nel diritto moderno, il possesso viene considerato dal diritto sotto un duplice punto di vista:

1) in quanto tutelato contro la turbativa (possessio ad interdicta);

2) in quanto conduce all'usucapione (possessio ad usucapionem).

Fra questi due profili di possesso la differenza è profonda. Perché si abbia infatti possesso ad interdicta non è sempre necessario l'animus sibi habendi, che è necessario, invece, nel possesso ad usucapionem.

Così il creditore pignoratizio, il precarista, il sequestratario hanno la possessio ad interdicta senza avere l'animus rem sibi habendi e senza quindi avere il possesso ad usucapionem. D'altra parte può darsi un possesso ad usucapionem a cui non sia congiunta una possessio ad interdicta.

Così il pignorante e il dante a precario continuano a possedere ad usucapionem, pur non avendo la possessio ad interdicta.

Il possesso deve continuare ininterrottamente per tutto il periodo di tempo necessario per possedere.

V) *Tempus*: il tempo necessario per usucapire era nel diritto classico di due anni per i **fondi** e di un anno per la **ceterae res**.

Nel diritto giustiniano, invece, di tre anni per le cose mobili e di 10 o 20 anni per le cose immobili.

A codesto mutamento si giunge attraverso una interessante evoluzione subita dall'usucapione nel diritto postclassico e giustiniano.

L'usucapione giustiniano infatti è la risultante della fusione di due istituti:

- 1) la usucapio classica;
- 2) e la *longi temporis praescriptio* in uso per i fondi provinciali.

Questi ultimi infatti, essendo insuscettivi di proprietà quiritaria, non potevano neanche essere usucapiti (*provincialia praedia usucapionem non recipiunt*, II, 46).

Orbene, per un'ipotesi analoga a quella di un possesso ad usucapionem, quando cioè questi fondi sono stati posseduti in buona fede in base a giusto titolo per 10 anni (*inter praesentes*) o 20 anni (*inter absentes*), veniva concessa ai possessori una *praescriptio longi temporis*, che li poneva nella condizione stessa in cui si sarebbero trovati se avessero usucapito (la *praescriptio longi temporis* ebbe dapprima soltanto la funzione dell'*exceptio*).

Nel diritto giustiniano, cessata la distinzione tra dominio quiritario e possesso dei fondi provinciali, doveva anche venire meno la differenza tra usucapio e *longi temporis praescriptio*.

I due istituti, infatti, vennero fusi: l'istituto che ne risultò partecipa dell'uno e dell'altro, infatti l'usucapio restò per i mobili e fu per essa stabilito il termine di tre anni: la *longi temporis praescriptio* restò per gli immobili, per l'usucapione dei quali si richiedeva 10 o 20 anni.

Questa evoluzione dell'usucapio è brevemente descritta da Giustiniano (*Inst. II, 6 pr.*):

“Iure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crederit eum dominum esse, rem emerit vel ex donatione aliave qua iusta causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis biennio tantum in italico solo usucapiat, ne rerum domini a in incerto essent. Et cum hoc placitum, putantibus antiquioribus dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur neque certo loco beneficium hoc concludatur, et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est ut res quidem mobiles per triennium usucapiantur, immobiles vero per

longi temporis possessionem, id est inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis usucapientur et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominium rerum, iusta causa possessionis praecedente adquiratur”.

Dall'usucapione, che è acquisizione di dominio attraverso il possesso e che richiede le condizioni esaminate, va distinta la prescrizione estintiva (*praescriptio longissimi temporis*) per cui dopo quaranta anni, secondo una costituzione di Costantino, i possessori non possono più essere disturbati nel loro possesso.

Finalmente a proposito del tempo necessario per usucapire bisogna ricordare due istituti:

- a) la *successio temporis* e
- b) la *accessio temporis*.

Cioè, l'erede profitta ai fini dell'usucapione del possesso ad usucapionem incoato dal defunto (*successio temporis*): “*Diutina possessio, quae prodesse coeperit defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum*”, Inst. II, 6, 12 (giova la buona fede iniziale del defunto).

Il compratore e gli altri a titolo singolare profittano, ai fini dell'usucapione, del possesso incoato dal loro dante causa (*accessio temporis*): par. 13: “*Inter venditorem quoque emptorem coniungi tempora divus Severus et Antoninus rescripserunt*”.

Prima di chiudere la trattazione dell'usucapione è necessario fare un parallelo tra la posizione del *dominus ex iure Quiritium* e quella dei possessori ad usucapionem: il primo e non il secondo è considerato proprietario, secondo il *ius civile*.

Tuttavia il pretore concedette al possessore anche ad usucapionem (soprattutto nel caso in cui questo possesso era derivato dal fatto della *traditio* di una *res mancipi*) una tutela analoga a quella concessa dal *ius civile* al *dominus*.

Questa tutela era realizzata, come sappiamo, mediante l'*actio Publiciana*, nella quale si fingeva avvenuta l'usucapione.

Contro il *dominus*, che avesse inventato la *rei vindicatio* il pretore concedeva al possessore l'*exceptio rei venditae et traditae*.

Si può dire che il possessore ad usucapionem era in questo caso (in cui si diceva che egli aveva in *bonis* la cosa) posto in una condizione analoga a quella del *dominus*.

Ecco perché le fonti (Gaio II, 40-41) parlano di un duplice tipo di proprietà: proprietà *quiritaria* e in *bonis habere*.

Accanto a questi due tipi di proprietà è da ricordare anche la *possessio* dei fondi provinciali: di questi i privati non potevano avere formalmente il *dominio*, che era di pertinenza del popolo romano o di Cesare.

Tuttavia i possessori erano qui posti in una condizione sostanzialmente identica a quella dei proprietari ed erano tutelati con una **reivindicatio utilis**.

Nel diritto giustiniano questi tre tipi di proprietà si fondono in un tipo unico: la ragione di questa fusione va ricercata:

- 1) nella equiparazione – anche in ordine ai tributi – dei fondi italici e di quelli provinciali (Inst. II, 1, 40);
- 2) nella fusione tra diritto pretorio e diritto civile;
- 3) nella caduta del processo formulare;
- 4) nella caduta della mancipatio e della in iure cessio (forma di alienazione per fondi italici non applicabili a quelli provinciali).

#### **4. Fonti del diritto di proprietà** (cioè modi di acquisto della proprietà).

Da che cosa può nascere il diritto di proprietà e quali ne sono le fonti?

Possano essere:

- a) o un negozio giuridico (rapporto col precedente proprietario);
- b) o un rapporto immediato con la cosa in virtù della quale, essendo la cosa nullius, se ne acquista immediatamente ed originariamente il dominio.

L'acquisto fondato su un negozio giuridico si dice derivativo (in quanto si ha la derivazione del dominio del precedente proprietario); l'acquisto fondato sulla causa di cui a b) si dice originario in quanto l'attuale proprietà non deriva da una proprietà anteriore.

Sulla base di questa distinzione la dottrina parla di modi di acquisto derivativi e di modi di acquisto originari.

I) Sono derivativi i modi di acquisto fondati, come si è detto, su un negozio giuridico. Questo negozio può attuarsi in diritto classico in tre forme diverse:

- a) mancipatio;
- b) in iure cessio;
- c) traditio.

Nel diritto giustiniano, queste tre forme si sono unificate nella traditio.

Per lo studio di questi istituti si invia a quanto si è detto nel capitolo precedente (alienazione).

È solo qui da ricordare come il diritto classico non consideri il contratto come fonte di proprietà (in genere di diritto reale); ciò è invece ammesso nel diritto giustiniano e nel diritto moderno.

A proposito dell'usucapione, che è un vero modo di acquisto della proprietà, è da dire che essa va forse collocata fra i modi di acquisto derivativi. Siccome essa serve a sanare il vizio dell'alienazione, ne deriva che essa visse sistematicamente attratta nell'orbita dei modi di acquisto derivativi.

II) Passiamo ora a trattare i modi di acquisto originari.

Il Ferrini unisce questi modi di acquisto nel concetto di attrazione:

- 1) attrazione personale allorché l'uomo con la sua intelligenza e volontà influisce sulla cosa costituendola al proprio servizio;

2) attrazione reale allorché è la cosa stessa che per virtù propria attrae a sé un'altra cosa.

Seguendo l'esempio del Ferrini parleremo prima dell'attrazione personale, poi di quella che si presenta come personale e reale insieme e infine di quella reale.

a. Attrazione personale.

Esempio tipico di attrazione personale ci porge l'occupazione.

L'occupazione è un modo di acquisto originario della proprietà delle res nullius: queste res possono essere occupate da chiunque: l'occupante pel fatto solo dell'occupazione, ne diventa automaticamente proprietario: "Res nullius ceditur primo occupanti quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur" (Inst. II, 1, 12).

Elementi essenziali dell'occupazione sono:

- a) presa di possesso di una cosa con l'intenzione di diventare proprietario;
- b) qualità di res nullius della cosa.

Sono occupabili:

a) gli animali non domestici: gli uccelli, i pesci, cioè omnia animalia quae in terra caelo, mari nascuntur". Tutti questi animali appena ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt.

E quest'acquisto di proprietà si verifica indipendentemente dal fatto che l'occupazione sia avvenuta nel fondo dell'occupante ("nec interest feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno") o in quello altrui.

Inst. II, 1, 12: "Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is providerit, prohiberi ne ingrediatur, quidquid autem eorum ceperis, eo usque tuum esse intelligitur, donec tua custodia, coercetur: cum vero evaserit custodiam tuam et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit et rursus occupantis fit, naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit eius persecutio".

Dunque uno dei modi di occupazione è la caccia: ovunque essa avvenga il cacciatore fa propri gli animali non domestici "presi" per effetto della caccia.

Quid iuris degli animali solamente feriti? Il ferimento equivale ad occupazione? Fa ciò senz'altro acquistare la proprietà dell'animale ferito?

Vi furono tra i giuristi romani opinioni diverse: secondo un'opinione il ferimento faceva senz'altro acquistare la proprietà e questa proprietà restava fino a quando il cacciatore avesse inseguito l'animale; secondo un'altra opinione, poi prevalsa, la proprietà si acquistava solo con l'effettiva presa di possesso dell'animale ferito (cfr. Inst. II, 1, 13).

Le api, i pavoni, i colombi sono essi pure animali non domestici soggetti quindi, ovunque si trovino, ad occupazione: questi animali che, come dice Gaio, ex consuetudine abire et redire solent, restano del proprietario, finché hanno l'animus revertendi. Quando lo perdono sono soggetti a occupazione.

“In his autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, veluti columbis et apibus, item cervis, qui in silvas ire et redire solent, talem habemus regulam traditam, ut si revertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant et fiant occupantium, revertendi autem animum videntur desinere habere, cum revertendi consuetudinem deseruerint” (Gaio, II, 68).

Gli animali domestici invece (es. galline, anatre) non sono *res nullius* e non è quindi loro concepibile una occupazione.

Pertanto: “si anseres tui aut gallinae tuae aliquo casu turbati turbataeve evolverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint; tui tuaeve esse intelleguntur; et qui lucrandi animo ea animalia retinet, furtum committere intellegitur” (Inst. II, 1, 16).

b) L'insula in mari che non sia già occupata da altri (*insula quae in mari nata est occupantis fit: nullius... enim esse creditur*, Inst. II, 1, 22);

c) le gemme preziose trovate sul lido del mare (item *lapilli gemmae et cetera, quae in litore inveniuntur, iure naturali statim inventoris fiunt*, Inst. II, 1, 1, 18);

d) le *res derelictae*: ma si tenga presente che nel diritto classico le *res mancipi derelictae* divengono di proprietà dell'occupante solo per effetto dell'usucapione;

e) le cose del nemico: (*Ea quoque quae ex hostibus capiuntur naturali ratione nostra fiunt*, Gaio II, 69, Inst. II, 1, 17);

f) il tesoro. Il tesoro è definito dalle fonti (D. 41, 1, 31, 1) *thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat: sic enim fit eius qui invenerit, quod non alterius sit*.

Da ciò deriva che non è tesoro ciò che alcuno vel *lucris causa vel metus vel custodiae condiderit sub terra*.

La disciplina giuridica del tesoro è la seguente:

- 1) se scoperto nel proprio fondo è di proprietà esclusiva dell'inventore;
- 2) lo stesso dicasi se la scoperta avviene in un luogo sacro e religioso;
- 3) se è scoperto in un luogo alieno, non data opera, il tesoro spetta metà all'inventore e metà al *dominus loci*;
- 4) se è scoperto in un luogo alieno, data opera, esso è di proprietà esclusiva del *dominus loci* (cfr. Inst. II, 1, 39).

Dopo l'occupazione, che offre il caso tipico della attrazione personale, passiamo ora a trattare di casi in cui i due principi della attrazione personale e reale si intrecciano.

Specificazione: si ha allorquando, per fatto del proprietario o della natura o di un terzo, una cosa sia stata trasformata in un'altra.

Per effetto quindi di questa trasformazione è sorta una *res nuova* e quindi una nuova proprietà.

Problema: chi è il proprietario di questa cosa nuova?

La soluzione è evidente pel caso in cui l'autore della trasformazione sia il proprietario della materia.

Non è evidente, invece, quando autore della specificazione sia un terzo. Così per riportare le parole di Gaio:

II, 79: “si ex uvis aut olivis aut spicis meis vinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur, utrum meum sit id vinum aut olem aut frumentum, an tuum. Item si ex auro aut argento meo vas aliquod feceris, vel ex tabulis meis navem aut armarium aut subsellium fabricaveris; item, si ex lana mea vestimentum feceris, vel si ex vino et melle meo mulsum feceris, sive ex medicamentis meis emplastrum vel collyrium feceris, quaeritur utrum tuum sit id quod ex meo effeceris, an meum”.

La soluzione che diedero i giuristi romani fu duplice:

1) alcuni seguirono il principio dell’attrazione reale, affermando che proprietario della res nuova è il proprietario della materia (quidem materiam et substantiam spectandam esse putant, id est cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio);

2) altri seguirono il principio dell’attrazione personale, affermando che proprietario della res nova fosse l’autore della specificazione (alii vero eius rem esse putant qui fecerit, idque maxime diversae scholae auctoribus visum est).

All’antico proprietario può essere concesso contro il nuovo:

- a) l’actio furti;
- b) la *condictio*.

“Sed eum quoque, cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum qui subripuerit habere actionem; nec minus adversus eundem *contictionem* ei competere, quia extinctae res, licet vindicari non possint, *condici* tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt”.

Fra queste due estreme opinioni si fece un terzo posto, una *media opinio*, che fu accettata dai giustinianei.

Essa affermava:

I) le cose nuove sono di proprietà del proprietario della materia se possono ridursi nel primitivo stato;

II) sono di proprietà dello specificatore se quella riduzione non è possibile (“si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intellegi dominum qui fecerit: ut ecce vas conflatum potuit, ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci, vinum autem oleum aut oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest”, Inst. II, 1, 25);

III) le cose nuove sono di proprietà dello specificatore se esse risultano costituite partim ex sua materia partim ex aliena (Inst. II, 1, 25).

Un fenomeno analogo a quello della specificazione si ha con la **separazione**: la separazione di una cosa dall’altra dà luogo alla nascita di una nuova proprietà.

Anche in questo caso si pone il problema: chi è il proprietario della cosa nuova? Normalmente è il proprietario della cosa originaria da cui, per effetto della separazione, quella nuova è derivata.

Ad una disciplina particolare è soggetta la **separazione dei frutti**.

Il frutto fino a quando esso è unito alla cosa madre, forma con questo una cosa unica, tanto fisicamente che giuridicamente: quando se ne stacca, invece, esso costituisce una **cosa nuova**.

È evidente che il proprietario di questi frutti separati sarà il proprietario della cosa madre che li ha prodotti (es.: “*quae ex animalibus dominio tuo subiectis nata sunt, eodem iure tibi adquiruntur*”).

Il problema della proprietà dei frutti separati si pone, però, per quei casi in cui il proprietario della cosa madre (fondo, animali) non abbia per qualche ragione il godimento della cosa. Le ragioni possono essere:

- 1) locazione;
- 2) usufrutto concesso a terzi;
- 3) possesso di buona fede del terzo;
- 4) possesso di mala fede del terzo.

In questi casi chi è il proprietario dei frutti separati? (Diciamo separati perché i frutti ancora pendenti formano una cosa unica con la cosa madre).

Non v'ha dubbio che almeno nei casi di locazione e di usufrutto questi frutti debbano diventare di proprietà del colono e dell'usufruttuario. Se ciò non avvenisse sarebbe frustrato lo scopo dell'uno e dell'altro istituto; il problema sta nel conoscere il modo con cui colono e usufruttuario acquistano la proprietà di questi frutti, i quali fino a quando sono pendenti sono di proprietà del “*dominus soli*”.

Orbene:

a) Il colono acquista tale proprietà per effetto della perceptio, voluntate domini, la quale viene configurata come una traditio (cfr. D. 47, 2, 61, 8 e D. 39, 5, 6).

In codesta maniera l'acquisto della proprietà dei frutti da parte del colono è perfettamente comprensibile. Da ciò deriva anche che i frutti separati per fatti naturali o di un terzo sono di proprietà del dominus del fondo.

b) Anche l'usufruttuario acquista i frutti solo per effetto della percezione (Inst. II, 1, 36), ma qui la ragione giuridica dell'acquisto non va ricercata nella traditio sibbene nel diritto che ha l'usufruttuario sulla cosa altrui.

Quindi l'usufruttuario fa suoi i frutti, con la perceptio, nonostante la proibizione del dominus (la proibizione impedisce, invece, al colono, l'effetto acquisitivo della perceptio, cfr. D. 39, 5, 6).

c) E per il terzo possessore di buona fede. La buona fede pone costui praticamente nella posizione stessa del dominus, da ciò deriva che egli fa suoi i frutti comunque separati.

Però egli è tenuto a restituire i frutti extantens al momento della rivendica (nel diritto giustiniano, cfr. Inst. II, 1, 35).

d) Quanto al possessore di mala fede bisogna dire che egli non fa mai suoi i frutti; e che contro di lui si possono rivendicare i frutti extantes e condicere quelli già percetti e consumati (cfr. Inst. II, 1, 35); non solo, ma egli è tenuto a rispondere anche dei percipiendali.

Per comodità didattica si sogliono dividere i frutti in *pendentes*, *separati*, *percepti*, *percipiendi*, *extantes*, *consumpti*; diverso come sappiamo è il loro trattamento giuridico.

Oltre alla occupazione, alla specificazione, all'acquisto dei frutti (casi tutti di attrazione personale e in cui prevale l'elemento personale) sono modi di acquisto originario della proprietà l'accessione, la confusione, la commistione, l'*adiudicatio*, la *litis aestimatio*.

**Accessione.** L'accessione consiste nel fatto che una cosa (accessoria) viene assorbita da un'altra in una unità.

L'effetto giuridico di questa accessione sta in ciò che il proprietario della cosa principale diventa senz'altro proprietario di quella accessoria.

Per determinare quale fosse la cosa principale i giuristi romani ricorreranno alla considerazione ora del maggiore valore ora della funzione sociale della cosa.

Bisogna distinguere due tipi di accessione: uno, in cui la cosa accessoria perde la sua individualità anche fisica (congiunzione organica) ed un'altra in cui la cosa accessoria non perde la sua individualità fisica (congiunzione meccanica). In quest'ultimo caso il proprietario della cosa accessoria può chiedere (mediante l'*actio ad exhibendum*) la separazione; dopo la separazione egli può intentare la *reivindicatio*.

Si possono dare casi di:

- a) accessione di mobili ad immobili;
- b) accessione di immobili ad immobili.

I) Il primo caso ha luogo nelle tre figure della **satio**, **plantatio**, **inaedificatio**: quando, cioè, alcuno (es. un possessore di buona fede) abbia seminato semente in fondo altrui, o abbia piantato piante proprie su fondo altrui o abbia edificato con materiali propri su fondo altrui. Il seme, le piante e l'edificio diventano di proprietà del proprietario del suolo (Gaio, II, 73-75): "*Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificantum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit. Multo magis id accidit et in planta quam quis in solo nostro posuerit si modo radicibus terram complexa fuerit. Idem contingit et in frumento quod in solo nostro ab aliquo satum fuerit*".

Questo principio dell'accessione ha applicazione anche nel caso che il proprietario del suolo abbia seminato sementa aliena, o abbia piantato piante aliene o abbia costruito con materiali alieni (cfr. Inst. II, 1, 29-32).

Vediamo in che condizioni viene a trovarsi il possessore di buona fede, che abbia seminato, piantato o edificato sul suolo altrui; dice Gaio, II, 76: "Sed si

ab eo petamus fundum vel aedificium et inpensae in aedificium vel in seminari vel in sementem factas ei solvere nolumus, poterit nos per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fuerit”.

Quindi il proprietario del suolo è obbligato a pagare al possessore di buona fede le spese sostenute.

Questo principio non vale per il possessore di mala fede (Inst. II, 1, 30).

Ma cosa avviene quando il proprietario ha usato il materiale altrui?

Il proprietario dei materiali ha azione contro il primo?

Per rispondere a queste domande bisogna tener presente che sui materiali si concentrano due diritti di proprietà: uno attuale (del proprietario del suolo) ed uno potenziale (del proprietario dei materiali).

Quest'ultimo diritto potrà esplicarsi solo se l'edificio rovinerà.

In questo caso il proprietario dei materiali potrà agire con la reivindicatio (“sed si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus tunc eam vindicare et ad exhibendum agere”, Inst. II, 1, 29).

Si tenga presente che l'actio ad exhibendum serve a preparare l'esperimento della reivindicatio.

Ma se questo caso non si verifica, proprietario esclusivo dei materiali rimane il proprietario del suolo.

Al proprietario dei materiali è concessa una actio de tigno iuncto (detta così dalle XII tavole che la introducono) mirante a riottenere il doppio valore dei materiali (Inst. II, 1, 29).

Il medesimo principio di accessione aveva applicazione nel diritto classico pel caso della scriptura (scrivo con le lettere mie, anche aeree, su membrane altrui: il proprietario delle membrane diventa il proprietario delle lettere: Gaio “Litterae membranis cedunt”, II, 77; Inst. I, 33).

Nel caso di pittura, invece, prevale il principio tabula picturae cedit (Gaio, II, 78; Inst. II, 1, 34).

Altri due casi di accessione di mobili ad immobili sono quelli della ferruminatio e della textura. Nella prima un pezzo di ferro altrui viene unito al nostro con il fuoco. Se il nostro è maggiore, tutto diventa di nostra proprietà; se è eguale, si stabilisce un condominio. Nella textura si uniscono fili di porpora a un vestito: i fili diventano del proprietario del vestito.

II) Passiamo infine ai casi di accessione di immobili ad immobili; essi sono:

- a) l'alluvione;
- b) l'avulsione;
- c) l'insula in flumine nata;
- d) l'alveo derelicto.

l) **Alluvione**: consiste nell'incremento che un fondo lentamente subisce a scapito di un altro per opera di un fiume: “praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adiecit, iure gentium, tibi acquiritur, est autem alluvio incremen-

tum latens; per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adicitur, ut intellegere non possis, quantum quoque momento temporis adiciatur” (Inst. II, 1, 20; cfr. Gaio, II, 70).

2) **Avulsione**: “Quodsi vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et vicini praedio appulerit, palam est eam tuam permanere, plane si longiore tempore fundo vicini haeserit arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerit, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitae esse” (Inst. II, 1, 21; cfr. Gaio II, 71).

3) **Insula in flumine nata**: l’isola sorta in mezzo al fiume appartiene ai proprietari dei fondi rivieraschi (Gaio II, 72: “At si in medio flumine insula nata sit, haec eorum omnium communis est, qui ad utraque parte fluminis prope ripam praedia possident: si vero non sit in medio flumine, ad eos pertinet, qui ab ea parte quae proxima est iuxta ripam praedia habent”).

4) **Alveo derelitto**. Se il fiume ha abbandonato l’alveo antico facendosene uno nuovo, proprietari dell’alveo abbandonato saranno pro modo longitudinis i proprietari rivieraschi (Inst. II, 1, 2).

Ora, in tutti questi casi di accessione di immobili ad immobili non si ha che esplicazione di quella forza attrattiva della proprietà fondiaria cui si è dato il nome di attrazione reale.

Quanto agli altri modi di acquisto della proprietà basti ricordare che:

a) nella confusione o commistione di materie appartenenti a diverse persone, sia avvenuta volontariamente o sia avvenuta casualmente, ha luogo un condominio.

Cioè, quando non sia più possibile discernere la materia dell’uno da quella dell’altro.

Che se ciò fosse possibile (almeno astrattamente) come nel caso di frumento, allora la confusione volontaria non genera condominio e contro il possessore di tutta la qualità confusa si può agire con la reivindicatio (cfr. Inst. II, 1, 27-28);

b) nella adiudicatio l’acquisto della proprietà è fondato sull’attribuzione fatta dal giudice;

c) anche la litis aestimatio è fonte di proprietà: il possessore di una res che anziché restituire questa cosa ne paga al revindicante il valore diventa dominus di essa.

## 5. Tutela della proprietà.

Oltre alla difesa che al proprietario spetta, come al possessore (difesa interdittale), la proprietà è tutelata:

1) anzitutto con la reivindicatio, che spetta al proprietario non possessore contro il terzo possessore;

2) con altri mezzi processuali miranti a garantire al possessore la pienezza del godimento col togliere gli ostacoli a questi godimenti frapposti dai terzi (actio aquae pluviae arcendae, cautio damni infecti, operis novi nunciatio, interdictum quod vi aut clam);

3) con alcuni interdetti (de arboribus caedendis e de glande legenda) miranti a permettere al proprietario il godimento della sua proprietà in casi in cui la cosa stessa si espande (per così dire) in quella altrui.

a) **Reivindicatio**. Tralasciamo il sistema della legis actiones e veniamo a quello formulare.

La formula della reivindicatio era: “Si paret fundum Cornelianum quo de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse nisi is fundus a Numerio Negidio arbitrato iudicis Aulo Agerio restituetur, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret absolve”.

Attore in una reivindicatio è il proprietario non possessore, convenuto il terzo possessore, nel diritto giustiniano anche colui che “se liti obtulit” e colui che “desit dolo possidere”.

Per possessore va inteso colui che ha la possessio, non quindi (come pare nel diritto classico) il semplice detentore (depositario, commodatario, conduttore, usufruttuario etc.).

Scopo dell’attore è quello di riottenere la cosa (se il convenuto la restituisce arbitrato iudicis) o l’equivalente pecuniario di essa (se il convenuto non ottempera al decreto di restituzione concesso dal giudice).

Tale equivalente pecuniario comprendeva oltre al prezzo venale della cosa anche un di più atto a compensare l’attore della perdita della cosa medesima.

Il convenuto, come sappiamo, doveva prestare all’atto della litis contestatio una cautio iudicatum solvi che sostituiva, nel processo formulare, l’antica garanzia dei praedes litis et vindiciarum.

Nella procedura giustiniana si introdusse il principio della condanna in ipsam rem, così fu reso possibile all’attore il riottenimento della cosa anche manu militari.

Quale era la condizione del convenuto in ordine ai frutti ed alle spese?

In ordine ai frutti valevano nel diritto classico questi principi:

1) il possessore di buona fede restituiva solo quelli percepiti dopo la litis contestatio;

2) il possessore di mala fede doveva restituire anche quelli percepiti prima della litis contestatio.

Nel diritto giustiniano:

1) il possessore di buona fede restituiva inoltre i frutti extantes al momento della litis contestatio;

2) il possessore di mala fede restituiva anche quelli percipiendi (oltre ai percepiti).

In ordine alle spese sostenute dal convenuto il diritto civile non poneva neanche la questione; si capisce, la struttura della formula non permetteva che si avesse riguardo a tali spese.

È solo il pretore che concede un’exceptio doli a favore del possessore di buona fede che abbia fatto diverse spese necessarie ed utili per la conservazione del-

la cosa, questa *exceptio doli* aveva l'effetto di assolvere il contenuto e di fargli conservare il possesso della cosa (*ius retentionis*).

Nessuna *exceptio* però era concessa per le spese voluttuarie, il possessore di mala fede, poi, non aveva *exceptio* per quelle necessarie.

a) **Altri mezzi processuali a tutela della proprietà.** Mentre la reivindicazione ha per scopo di far riottenere il possesso della cosa al proprietario non possessore (o il quanti ea res erit se il convenuto non obbedirà all'*arbitrium iudicis* e non restituirà quindi la cosa), gli altri mezzi processuali che sono a difesa della proprietà presuppongono il possesso della cosa nel proprietario e hanno per scopo l'eliminazione di ostacoli che si frappongono al pieno godimento della cosa.

l) *Actio aquae pluviae arcendae*. È un'azione che viene concessa dal pretore a favore di quel proprietario il cui fondo viene danneggiato dall'acqua piovana per effetto di opere fatte dal proprietario del fondo vicino.

Quindi se questo danneggiamento è prodotto dal decorso naturale delle acque non è possibile l'esperimento di questa azione: *Si cui aqua pluvia damnum dabit, actione aquae pluviae arcendae avertetur aqua... Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen iam facto... totiensque locum habet, quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est, id est cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret... quod si natura aqua noceret, ea actione non continentur*" (D. 39, 3, 1pr.-l).

Il principio cui si ispira questa azione e che ne costituisce il fondamento è che le acque piovane devono scorrere naturalmente; se per effetto di questo corso naturale l'acqua piovana che deriva dal fondo produce sull'altro fondo un danno, il proprietario danneggiato non può per questo agire con l'*actio aquae pluviae arcendae* (al fine di compiere delle opere che modifichino questo corso naturale dell'acqua); se, invece, questo danno è prodotto (o si teme che possa essere prodotto) da opere costituite dal vicino che modifichino il corso naturale delle acque, allora il danneggiato ha diritto, mediante l'esperimento di questa azione, di richiedere (procedendoci magari egli stesso) la demolizione dell'opera: *"In summa ita demun pluviae arcendae locum actionem habere, si aqua pluvia... noceat non naturaliter sed facto"*.

Perciò i presupposti dell'azione sono:

- 1) che si tratti di acqua piovana;
- 2) che rechi nocimento ad un fondo (rustico);
- 3) che questo nocimento non sia prodotto dal corso naturale delle acque ma da opere costruite dal vicino sul proprio fondo.

Dati questi principi risulta chiaro che l'azione non può essere esperita quando non ricorrano tutti e tre i presupposti notati.

Perciò:

- a) se il proprietario del fondo vicino trattiene nel suo l'acqua piovana;

b) se il proprietario del fondo con opere fatte sul suo fondo prende l'acqua trovantesi nel fondo vicino;

c) se il proprietario di un fondo abbia fatto opere sul fondo suo al fine di non far scorrere l'acqua piovana sul fondo vicino (acqua che era utile a tale fondo);

d) se il proprietario di un fondo abbia demolito certe opere (costruite sul suo fondo) che regolavano l'afflusso delle acque sul fondo vicino (cfr. D. 39, 3, 1, 21-22).

In tutti questi casi non ricorrono i presupposti dell'*actio aquae pluviae arcendae*. Si ricorre al principio generale del diritto classico secondo cui il proprietario, nei limiti del suo fondo, può godere del suo diritto senza che a questo godimento porti restrizione il diritto del vicino.

Ciò per il diritto classico.

Nel diritto giustiniano invece proprio in questa sede viene interpolato un principio generale opposto per cui è lecito compiere sul proprio fondo qualsiasi opera purché non sia fatta con l'animo di nuocere al vicino senza recare giovamento al fondo ("prodesse enim unusquisque dum alii non nocet, non prohibetur; ... si non animo vicini nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecerit...").

Le conseguenze di questo nuovo principio sono evidenti: l'*actio aquae pluviae arcendae* non sarà più limitata ai casi in cui ricorrono i tre presupposti notati, ma si estenderà a tutti i casi in cui è possibile dimostrare l'*animus nocendi* quale motivo delle opere compiute dal vicino al fine di modificare comunque il corso naturale delle acque.

Sulla base del nuovo principio venne costruita nel diritto intermedio la così detta teoria del divieto degli atti emulativi (atti che danneggiano il vicino senza giovare a colui che li compie).

L'azione è concessa all'attuale proprietario del fondo danneggiato; da ciò la conseguenza che "si quis prius, quam aquae pluviae arcendae agat, dominium ad alium transtulerit fundi, desinit habere aquae pluviae arcendae actionem, eaque ad eum trasibit, cuius ager esse coepit" (D. 39, 3, 6, 4).

Legittimato passivamente all'azione è, d'altro canto, il proprietario del fondo in cui sono state costruite le opere che modificano il flusso delle acque.

Se le opere siano state compiute dal colono (ignorante domino) in questo caso si potrà agire contro il colono con lo interdetto *quod vi aut clam* che costringe il colono a procedere alla demolizione dell'opera (D. 39, 3, 4, 2).

1) **Nunciatio novi operis.** È una solenne dichiarazione con cui una persona che ha il *ius prohibendi* intima ad un'altra persona che vorrebbe intraprendere un'opera nuova di astenersi da tale opera.

Il fine cui l'ordine giuridico pretorio mira è quello di impedire che venga con nuove opere ostacolato il godimento del diritto di proprietà di altri<sup>3</sup>: per

<sup>3</sup> Esempio: Io proprietario mi accorgo che il vicino vuole intraprendere la costruzione di opere che potranno modificare il flusso naturale delle acque, ovvero mi accorgo che il mio vicino vuole intraprendere la costruzione di opere che potrebbero portare danneggiamenti

realizzare questo fine si permette a colui che afferma di avere a ciò diritto (perché proprietario o titolare di un usufrutto: D. 43, 25, 1, 3 – quando si tratta di un *opus novum* costruito sul suolo pubblico perché *civis*) di vietare provvisoriamente (fino a quando questo divieto – se manchi il *ius prohibendi* – non venga rimosso mediante decreto pretorio o non venga rimosso per effetto di una *satisfatio*) intrapresa di una nuova opera.

Dobbiamo vedere:

1) qual è il titolo che giustifica (almeno in apparenza, perché potrebbe in realtà risultare inesistente) la *nunciatio* (*ius prohibendi*);

2) chi fa la *nunciatio*;

3) come e a chi va fatta;

4) quale ne sia l'effetto (D. 39, 1, 1, 15).

Anzitutto è da determinare cosa è “*novum opus*”: “*opus novum facere videtur, qui aut aedificando aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat*” (D. 39, 1, 1, 11).

L'editto non omnia opera complectitur sed ea sola quae solo coniuncta sunt, quorum aedificatio vel demolitio videtur opus novum continere.

Il titolo della *nunciatio* (*ius prohibendi*): *nuntiamus autem quia ius prohibendi habemus* (D. 39, 1, 1, 16) è costituito dal dominio.

“*Iuris nostri conservandi aut damni depellendi causa opus novum nuntiare potest is ad quem res pertinet*” (D. 39, 1, 1, 19).

Nel diritto classico il *superficiario* non aveva il *ius prohibendi* ma nel diritto giustiniano gli venne concesso (a causa della sostanziale equiparazione del diritto di superficie con la proprietà, D. 39, 1, 1, 3, 3).

In ordine poi all'*opus novum* fatto su suolo pubblico il *ius prohibendi* ha fondamento nella qualità di *civis* (si in publico aliquid fiat omnes cives opus novum nuntiare possunt, D. 39, 1, 3-4).

Non è necessario che questa *nunciatio* sia fatta al *dominus*, ma basta che venga fatta a qualsiasi persona che si trovi nel fondo (colono, operai etc.) in modo che possa comunque venire a notizia del *dominus* (*nuntiarum autem non utique domino oportet; sufficit enim in re praesenti nuntiarum ei qui in re praesenti fuerit usque adeo, ut etiam fabris vel opificibus, qui eo loci operantur, opus novum nuntiarum possit... sufficit enim in re praesenti operis novi nuntiationem facta sic ut domino possit renuntiarum, D. 39, 1, 5, 3*).

Gli elementi della *nunciatio* sono questi: il *nunciatus* non deve intraprendere l'opera fino a quando non avvenga la remissio (D. 39, 1, 8, 4) della *nunciatio*; questa remissione avviene quando risulta mediante processo o forse mediante *cognitio* del pretore, che il *nuncians* non aveva il *ius prohibendi* e quan-

al mio fondo; in questo caso ho il *ius prohibendi* e lo esercito con una *nuntiatio novi operis*: *Nuntiatio fit aut iuris nostri conservandi gratia aut damni depellendi* “La denuncia si fa o per conservare un nostro diritto o per allontanare un danno” (D. 39.1.1.16).

do il *nunciatus* dia *satsdatio* al *nuncians* di demolire l'opera (D. 30, 1, 21, 1) o se risulterà vincitore nel processo in cui egli intende provare il suo diritto di intraprendere l'opera (e quindi la infondatezza della *nunciatio*).

Se il *nunciatus* senza attendere la *remissio* (che avviene con decreto pretorio) intraprende l'opera, allora il *nuncians* può fare emettere l'interdetto *demolitorium* (e ciò anche nel caso in cui il *nunciatus* avesse in realtà il diritto di edificare, *sive iure... opus fieret, et si ius faciendi habuit*, D. 39, 1, 20, 1).

Questi effetti sono testimoniati nel testo dell'interdetto pretorio, D. 39, 1, 20: *Praetor ait: "Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset ut remitti deberet, factum est, id restituas"*.

Un ultimo punto concernente la durata della *nunciatio* relativamente al *nuncians* e relativamente al *nunciatus*.

Relativamente al primo la *nunciatio* si estingue con l'estinguersi del *ius prohibendi*: ciò avviene per morte o per alienazione.

Relativamente al secondo, invece, pel principio che *nuntiatio operi fit non personae* (D. 39, 1, 23) è da dirsi che la *nuntiatio* dura nonostante la morte e l'alienazione: infatti *is demun obligatus est, qui eum locum possidet, in quem opus novum nuntiatum est*.

3) **Interdictum quod vi aut clam** (D. 43, 24). È un istituto parallelo alla *nunciatio novi operis* ed ha il medesimo scopo dell'*interdictum restitutorium* che viene emesso in caso di inosservanza di una *nunciatio* (D. 39, 1, 20 pr.) quello di far demolire le opere costruite *vi aut clam*.

*Praetor ait: "Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id cum experiendi potestas est, restituas"* (D. 43, 24, 1 pr.).

Come vada giustificato questo apparente duplicato processuale (rispetto alla *nunciatio*) non si vede bene.

Un motivo potrebbe essere questo: che la *nunciatio novi operis* può essere fatta solo dal proprietario, mentre l'*interdictum quod vi aut clam* può essere chiesto da chiunque abbia interesse (*interdictum hoc non solum domino praedii sed etiam his, quorum interest opus factum non esse competere*, D. 43, 24, 2, 14).

Un'altra ragione (e forse fondamentale) è quella indicata in D. 39, 1, 5, 10: *"Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum immittere vel proicere vult melius esse eum per praetorem vel per manum id est lapilli ictum, prohibere, quam operis novi nuntiatione... aut si in suo quid faciat quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria"*.

Quindi se si tratta di costruzione che il vicino faccia in nostro danno allora si ricorrerà (previa proibizione, D. 44, 24, 20, 4, che può essere fatta da noi stessi, o da altri per noi, o da chi vi abbia interesse; es. colono, usufruttuario etc.) all'*interdictum quod vi aut clam*, se si tratta di costruzione fatta in alieno bisognerà necessariamente ricorrere alla *nunciatio novi operis*.

## B) SERVITÙ PREDIALI (IURA PRAEDIORUM).

Ne studieremo:

- 1) l'essenza;
- 2) la struttura;
- 3) il fine;
- 4) il contenuto;
- 5) le fonti;
- 6) la tutela;
- 7) le cause di costituzione.

a) **Essenza.** La servitù prediale è un diritto reale su cosa altrui che attribuisce al proprietario di un fondo (dominante) il diritto di servirsi in un dato modo di un fondo altrui (servente).

b) **Struttura.** La servitù prediale ha la struttura di rapporto fra due fondi vicini. In questo caso le parti considerano la servitù come una qualità (attiva o passiva) del dominio: "quid aliud sunt iure praediorum quam praedia qualiter se habentia ut bonitas, salubritas, amplitudo" (D. 50, 16, 86).

Ora, questo rapporto è oggettivo, cioè dura fino a quando durano le condizioni esterne che l'hanno creato a prescindere dalla mutazione che possa avvenire nella titolarità del dominio.

c) **Fine.** Il fine della servitù è la costituzione di una utilità corrispondente a una necessità oggettiva del fondo dominante (es. necessità di passare attraverso il fondo del vicino: da ciò la conseguenza che non potrebbe costituirsi una servitù solo per procacciare un'utilità personale) al proprietario del fondo dominante (es. D. 8, 3, 5, 1 "non ultra posse quam quatemus ad eum ipsum fundum opus sit").

È disputato se questa utilità oggettiva debba avere una perpetuità di causa; ciò è sicuro solo per la servitù di acqua (D. 8, 2, 28: "omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest").

d) **Contenuto.** Il contenuto della servitù è rappresentato dalla utilità che la servitù attribuisce al fondo dominante, non qualsiasi utilità può costituire oggetto della servitù, ma solo quelle tipiche.

Nel diritto più antico oggetto di una servitù non poteva essere che l'utilità del passaggio o dell'acquedotto.

Infatti le più antiche servitù rustiche erano:

- 1) la **via**, che attribuisce il diritto di passare pel fondo del vicino: questo diritto è ampio, nel senso che esso legittima anche l'uso dei mezzi di trasporto;
- 2) l'**iter**, che dava diritto di passare **a piedi o a cavallo**;

3) l'**actus**, che dava il diritto di condurre il bestiame (*iter est ius agendi ambulanti homini, non etiam iumentum agendi vel vehiculum; actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum. Item qui iter habet actum non habet, qui actum habet et iter habet eoque uti potest etiam iumento, via est ius eundi et agendi nam et iter et actus in se via continet, Inst. II, 3 pr.*);

4) l'**aquae ductus**, che è definito come *ius aquae ducendae per fundum alienum (Inst. ib.)*.

A queste primitive utilità riconosciute in antico atte a formare oggetto di servitù, se ne aggiunsero via via altre; crebbe così corrispondentemente il nome delle servitù rustiche e si ebbero:

5) *ius aquae hauriendae*;

6) *pecoris ad aquam adpulsus*;

7) *pecoris pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae etc.*

Accanto a queste servitù che hanno riferimento a fondi rustici, vanno menzionate anche quelle che hanno riferimento a fondi urbani: *praediorum urbanorum sunt servitutes, quae aedificia omnia urbana praedia appellantur etsi in villa aedificata sunt (Inst. II, 3, 1)*.

Anche per queste servitù si ha il medesimo processo evolutivo: dapprima poche servitù tipiche:

1) *servitus altius non tollendi (ne altius tollat quis aedes suas)*;

2) *servitus oneris ferendi (ut vicinus onera vicini sustineat)*;

3) *tigni immittendi (ut in parietem vicini liceat vicino tignum immittere)*;

4) *servitus cloacae immittendae (diritti di far passare pel fondo altrui i canali di scarico delle abitazioni)*.

Poscia aumento di questi tipi:

5) *servitus stillicidii et fluminis (ut stillicidium – acqua piovana – vel flumen recipiat quis in aedes suas)*;

6) *servitus proicendi et protegendi (che danno diritto di sporgere balconi e grondaie)*;

7) *servitus ne luminibus officiatur*.

Dai principi esposti relativamente all'essenza (a), alla struttura (b), al fine (c), e al contenuto (d) di una servitù prediale (rustica o urbana), derivano i seguenti corollari:

1) dal fatto che la servitù prediale è un *ius in re aliena* deriva che non si possa costituire una servitù in fondo proprio: *nemini res sua servit*;

2) dal fatto che essa costituisce una qualità nel dominio deriva che la servitù ha le medesime caratteristiche nel dominio e, quindi, come questo ultimo non può essere costituita *ad tempus* o sotto condizione (*sospensiva* o *risolutiva*: D. 8, 1, 4 pr. "*servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus, neque sub condicione neque ad certam condicionem... constitui possunt*");

3) dal fatto che essa ha la struttura di un rapporto fra due fondi deriva:

a) *servitutes sine praediis constitui non possunt (Inst. II, 3)*;

b) che questo rapporto dura fino a quando durano le condizioni oggettive che l'hanno generato;

c) che *servitutes dividi non possunt*, nel senso che quando vi siano più comproprietari di un fondo (dominante o servente) la servitù non va concepita come divisa in quote intellettuali quante sono le quote del dominio, ma rimane sempre una (*omnes partes servitus sequitur et ita, ut singuli recte agant ius sibi esse eundi*, D. 8, 3, 23, 3);

4) dal fine (utilità oggettiva del fondo dominante) deriva che non si possa costituire una servitù avente per fine una utilità personale del proprietario del fondo dominante.

In questo caso si può solo avere un'obbligazione, non una servitù.

Deriva altresì che l'esistenza della servitù è condizionata a tale fine e prescinde dalla mutazione avvenuta nella titolarità del dominio;

5) dal contenuto deriva che *servitus in faciendo consistere nequit*; il proprietario del fondo servente cioè deve solo tollerare l'esercizio della servitù da parte di quello del fondo dominante.

Una sola eccezione è quella che offre la servitù *oneris ferendi*: qui il proprietario del fondo servente deve altresì riparare il muro o la colonna sulla quale il vicino ha il diritto di poggiare la sua costruzione;

6) *servitus servitutis esse non potest* (ma ciò vale per l'usufrutto).

e) **Fonti delle servitù prediali** (cioè modi di costituzione). Pel diritto classico è da escludersi, trattandosi di diritti reali, che potesse essere fonte di servitù il contratto.

Erano invece fonte:

a) la **mancipatio** per le servitù rustiche che erano annoverate fra le *res mancipi* (Gaio II, 17);

b) la *in iure cessio* per le servitù, per le altre servitù rustiche e per quelle urbane che erano annoverate fra le *res nec mancipi* (II, 17).

Non era invece ammessa la *traditio* perché le servitù erano considerate quali *res incorporales traditionem non recipere manifestum est* (II, 28);

c) in antico era ammessa anche l'usucapione di una servitù, ma una misteriosa *lex Scribonia* della repubblica *eam usucapionem sustulit...* (D. 41, 3, 4, 28);

d) il *legatum per vindicationem* (legato reale, con cui cioè si costituisce il legatario direttamente proprietario della cosa legata o titolare del diritto reale legato);

e) l'aggiudicazione in un processo.

Nel diritto giustiniano:

a) la fonte precipua di una servitù è il contratto (*si quis velit vicino aliquid ius constituere pactionibus et stipulationibus id efficere debet*, Inst. II, 3, 4).

Questa fonte ebbe le sue prime applicazioni in ordine ai fondi provinciali insuscettivi, come si sa, di dominio *quiritario* (e, quindi, di *mancipatio* e di *in iure cessio*, Gaio II, 31);

b) altra fonte giustiniana è la quasi traditio, consistente nella patientia dimostrata praticamente dal proprietario del fondo servente;

c) la *longi temporis praescriptio*, cioè l'acquisto per effetto dell'esercizio continuato per lungo tempo, si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducenduae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedissee (D. 8, 5, 10 pr.);

d) il *legatum* (potest etiam in testamento quis heredem suum damnare, ne altius tollat, ne luminibus aedium vicini officiat: vel ut patiat eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere: vel ut patiat eum per fundum ire agere aquamve ec eo ducere, Inst. II, 3, 4);

e) la destinazione del padre di famiglia consiste nel mutarsi in servitù (stato di diritto) di uno stato preesistente, quando i due fondi (ora appartenenti a diversi proprietari) appartenevano ad un unico proprietario (secundum voluntatem defuncti, ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore obtinuerit, D. 33, 15, 1).

Tutte queste fonti giustiniane possono ridursi ad una: la **voluntas** del proprietario del fondo servente manifestata:

1. col contratto;
2. con la quasi traditio;
3. con il permesso dell'esercizio;
4. col legato;
5. colla destinazione.

f) **Tutela della servitù prediale.** Le azioni che stanno a tutela delle servitù prediali hanno la struttura delle azioni in rem.

I tipi principali di queste azioni erano esposti nell'albo del pretore: da ciò derivava anche la tipicità della servitù che con queste azioni venivano difese.

Es.: Si paret Aulo Agerio ius esse per fundum Capenatem eundi agendi.

Si paret Aulo Agerio ius esse per fundum Capenatem aquam ducendi.

Si paret Aulo Agerio ius esse aedes suas altius tollendi.

Si paret Aulo Agerio ius esse in aedes Numerii Negidii prospiciendi.

Si paret Aulo Agerio ius esse tigna in parietem Numerii Negidii immittendi.

L'accrescersi dei tipi di servitù nel diritto classico avvenne appunto mediante la creazione di nuove azioni sul modello di quelle già esistenti nell'albo pretorio.

Queste azioni prendevano il nome di **vindicatio servitutis** e furono chiamate anche (specie nel diritto giustiniano) **azioni confessorie servitutis**.

In contrapposto vi erano le **azioni negatorie**, concesse al proprietario del fondo che negava la esistenza di una servitù sul fondo.

Es.: Si paret Numerio Negidio ius iumenta per fundum Capenatem agendi non esse.

Si paret Numerio Negidio ius aquae per fundum Capenatem ducendae non esse.

Queste azioni (confessoria e negatoria) spettano *domino et adversus dominum* (D. 8, 5, 6, 3) e sono reali perché non vanno esperite contro (o a favore) di un certo dominus ma contro (o a favore) di qualsiasi dominus.

Peraltro l'azione (confessoria) può spettare anche contro un possessore che non sia proprietario.

Il risultato della confessoria è quello di ripristinare lo *statu quo* che permetteva l'esercizio della servitù.

Questo ripristino può avvenire in vari modi: rilascio della cosa, ripristino delle opere etc.; vi è anche una *cautio de amplius non turbando* che il convenuto può essere obbligato a prestare all'attore.

Oltre a questa tutela mediante azioni veniva concessa una tutela mediante interdetti.

Ma bisogna distinguere tra interdetti concessi sulla base di un quasi possesso della servitù (a prescindere, quindi, dalla reale esistenza di un diritto di servitù) ed interdetti concessi sulla base di un diritto di servitù (per una tutela diretta di esso).

Esempio dei primi:

1) *interdictum de itinere actusque privato* (D. 43, 19, 1 pr.) concesso a colui che per trenta giorni diversi (nel diritto giustiniano, un anno) ha esercitato il contenuto di una servitù di passo e viene ora impedito (Praetor ait: "quo itinere actusque privato, quo de agitur, hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es quo minus ita utaris, vim fieri veto; hoc interdicto praetor non inquirat utrum habuit iure servitutem impositam an non, sed hoc tantum, an itinere actusque hoc anno usus sit non vi non clam non precario...") D. 43, 19, 1 pr.-2);

2) *Interdictum de aqua cotidiana et aestiva* (ait praetor: "uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto", D. 43, 20, 1 pr.);

3) *Interdictum de fonte* (Ait praetor: "uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno, hac aqua nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto" D. 43, 22, 1 pr.).

In questi casi l'emissione dell'interdetto è fondata sul fatto dell'esercizio della servitù a prescindere dall'esistenza giuridica di tale servitù.

Esempio:

1) *interdictum de rivis*, dato al titolare di una servitù di acquedotto per poterlo tenere in ordine e purgare;

2) *interdictum de clacis*, dato a chi voglia rimettere in ordine la fognatura;

3) *interdictum de fonte reficiendo*, dato al titolare di una servitù di aquae haustus;

4) *interdictum de itinere actusque reficiendo*, dato al titolare di una servitù di passaggio per compiere opere necessarie all'esercizio di questa servitù.

Tutti codesti interdetti sono emessi sulla base di un diritto di servitù ed hanno per scopo di permettere al titolare della servitù il compimento di opere destinate all'esercizio di esso.

Altre forme di tutela offrono la *cautio damni infecti*, le *operis novi nunciatio* (sulle quali vedi quanto si è detto nella sezione della difesa della proprietà) e l'*interdictum quod vi aut clam*.

g) **Cause di estinzione delle servitù prediali.** Sono:

1) perimento del fondo servente o di quello dominante;  
2) confusio, che si ha allorché i due fondi vengono a trovarsi in proprietà di una stessa persona;

3) rinuncia mediante *mancipatio* o *in iure cessio*: una rinuncia per semplice dichiarazione di volontà non era possibile in diritto classico (come non era possibile il fenomeno inverso dell'acquisto); questo modo, invece, diventa quello precipuo nel diritto giustiniano;

4) non uso per due anni (nel diritto classico) e per dieci o per venti (se fra presenti o assenti) nel diritto giustiniano.

Il non uso viene configurato diversamente secondo che si tratti di servitù rustiche o di servitù urbane.

Per le prime il non uso sta nel mancato esercizio da parte del titolare della servitù, per le seconde esso sta nella mancata opposizione all'atto contrario alla servitù compiuto dal proprietario del fondo servente.

Es. Tizio non dovrebbe alzare l'edificio suo più di una data altezza e invece supera questa altezza: se Caio, a cui favore esisteva una *servitus altius non tollendi*, non si oppone per due anni, Tizio usucapisce la *libertas* (cfr. D. 8, 2, 6 e D. 41, 3, 4, 28 "*usucapio quae libertatem praestat sublata servitute*").

## C) SERVITÙ PERSONALI

Sono i *iura in re aliena* a favore di una persona. Ne esamineremo:

- a) l'usufrutto;
- b) l'uso;
- c) l'abitazione.

### 1. Usufrutto.

È definito *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia* (D. 7, 1, 1).

Da questa definizione appare:

- a) che l'usufrutto era un diritto staccato dalla proprietà;
- b) concesso ad un terzo.

Perciò questo istituto va studiato da due angoli visuali: I) *in sé*; II) in rapporto alla proprietà.

**I) Usufrutto in sé.** Ne studieremo:

- a) l'essenza;
- b) il fine pratico che si vuol raggiungere;

- c) la struttura a questo fine adeguata;
- d) il contenuto (poteri dell'usufruttuario);
- e) l'oggetto;
- f) le fonti;
- g) le cause di estinzione;
- h) la tutela.

1) L'essenza dell'usufrutto è costituita, come risulta dalla definizione, dal diritto di godere e di usare una cosa altrui (*ius in re aliena*).

2) Esso ha come fine pratico quello di fornire ad una persona che non è proprietaria della cosa i mezzi di sussistenza che la cosa procura.

3) Da ciò deriva che l'usufrutto ha, in certo modo, la stessa struttura del diritto di proprietà in quanto pone un rapporto immediato fra l'usufruttuario e la cosa (*ius in corpore*).

Ma, mentre il diritto di proprietà attribuisce al dominus un potere virtualmente illimitato ed infinito sulla cosa, l'usufrutto attribuisce all'usufruttuario un potere contenuto entro questi limiti:

- a) impossibilità di mutare la destinazione economica della cosa;
- b) impossibilità di alienazione a causa del carattere personale del diritto;
- c) temporaneità di questo diritto.

Per ragione della sua identità di struttura con la proprietà, l'usufrutto ha la natura di diritto reale che compete al suo titolare ad esclusione di tutti i terzi (in essi compreso il proprietario). Esso dura nonostante la morte del proprietario e l'alienazione della cosa.

4) Il contenuto del diritto di usufrutto è, nei limiti indicati, quello stesso del diritto di proprietà, cioè l'usufruttuario può usare e godere della cosa come ne usa e gode il proprietario (rispettando però i principi della immutabilità della destinazione economica della cosa e della inalienabilità del diritto).

La differenza che intercorre a questo proposito fra l'usufruttuario e il conduttore di un fondo sta nel diverso titolo in base al quale viene acquistata la proprietà dei frutti: tutti e due acquistano per effetto della percezione; ma mentre l'usufruttuario acquista in virtù del suo diritto reale, il conduttore acquista in virtù di una *traditio* che di questi frutti fa a lui idealmente – per mezzo della *perceptio* – il locatore.

Quanto all'uti è da dire che esso attribuisce all'usufruttuario l'uso della cosa in conformità della sua destinazione economica (quindi anche il diritto di locare la cosa se ciò è conforme alla destinazione). Questa destinazione non può essere in nessun modo mutata anche se dal mutamento dovesse derivare un vantaggio per la cosa stessa.

Dai limiti opposti all'usufruttuario deriva che costui non può fare nessun atto di disposizione della cosa, come sarebbe ad es. la costituzione di una *servitù*; ciò trova il fondamento nel fatto che l'usufruttuario non è proprietario.

Non solo: l'usufruttuario non può disporre per alienazione del suo stesso diritto, egli non può trasferirlo ad un terzo.

Ciò che può solamente trasferire è l'esercizio di questo diritto: la titolarità di esso invece resta immutabilmente presso di lui.

Pure entro i limiti segnati, l'usufrutto si differenzia dalla proprietà anche per il suo carattere personale, cioè il godimento della cosa che essa procura è destinato soltanto a favorire la persona dell'usufruttuario e non è, quindi, trasmissibile agli eredi.

Da ciò, come vedremo, l'estinzione di questo diritto quando l'usufruttuario muoia (o subisca una *capitis deminutio*)<sup>(4)</sup>.

5) Oggetto di usufrutto non può essere, normalmente, che una cosa inconsuabile (*constituitur autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus exceptis his quae ipso usu consumuntur: quo numero sunt vinum oleum frumentum vestimenta, Inst. II, 4, 2*).

Tuttavia ragioni di carattere storico fecero nascere, per intervento di un senatoconsulto, la figura del così detto **quasi usufrutto**, che ha per oggetto delle cose consumabili (pecunia, vino, olio, frumento etc., *D. 7, 5, 7 e D. 7, 5, 2, 1*).

Ma è evidente che l'usufrutto di cose consumabili debba avere una struttura interamente diversa da quella del vero usufrutto: infatti la cosa oggetto di quasi usufrutto passa in proprietà del quasi usufruttuario, il quale, perciò, viene posto nella posizione di un mutuatario (avente, cioè, l'obbligo di restituire non la cosa stessa ma altrettanto della medesima specie e qualità, *D. 7, 5, 2, 1*, ove si dice che il senato consulto non poté fare che il quasi usufrutto di pecunia venisse a costituire un vero usufrutto, ma solo "remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi", cfr. *Inst. 2, 4, 2*).

6) Fonti dell'usufrutto. Poiché l'usufrutto è un diritto reale esso non può avere che le fonti di un diritto reale: la *in iure cessio* o, per effetto di una *deductio* in una alienazione, la *mancipatio* (*Gaio II, 30, 33*).

Una fonte adeguata è pure il legato per *vindicationem*.

Non potrebbe invece nel diritto classico essere fonte di usufrutto la *stipulatio* o il patto (il contratto in generale).

Nel diritto giustiniano, per la scomparsa da un lato della *in iure cessio* e della *mancipatio* e per la capacità ormai assunta dal contratto ad essere generatore di diritti reali, fonte precipua è divenuta accanto al legato il contratto (*sine testamento vero si quis velit alii usum fructum constituere pactionibus et stipulationibus id efficere debet, Inst. II, 4, 1*).

<sup>4</sup> È da notare che quando l'usufrutto ha per oggetto un servo in ordine agli acquisti fatti da quest'ultimo si applicano i seguenti principi: sono, tali acquisti, di pertinenza dell'usufruttuario solo se siano fatti dal servo o *ex re fructuari*, cioè con denaro e cose dell'usufruttuario, o in conseguenza di speculazioni fatte col *peculio* concesso dall'usufruttuario; o *ex operis suis*, acquisto cioè procurato ad altri dai propri servizi. In altri casi l'acquisto va al *dominus*.

Altra fonte è anche la **quasi traditio**.

7) Le cause di estinzione si ricavano dalla struttura stessa dell'istituto, trattandosi di un ius in corpore personale. Questo ius si estingue quando si estingue il corpus (quo sublato et ipsum ius tolli necesse est) e quando venga meno (per morte o per capitis deminutio minima) la capacità dell'usufruttuario.

Altre cause di estinzione sono:

a) la **rinunzia** (mediante la in iure cessio) che ne abbia fatto al proprietario l'usufruttuario (nel diritto giustiniano non c'è più la in iure cessio);

b) la **consolidatio** dell'usufrutto con la proprietà che ha luogo quando l'usufruttuario diventa proprietario della cosa;

c) il **non uso** per un anno (nel diritto classico) e per 10 o 20 anni nel diritto giustiniano;

d) la **venuta del termine** fino al quale l'usufrutto era stato istituito.

8) Tutela dell'usufrutto. È fornita dalla vindicatio usus fructus. Es.: Si paret Aulo Agerio ius esse fundo Capenate utendi fruendi.

Alla vindicatio usus fructus (azione confessoria) si contrappone la negatoria concessa al dominus per negare l'esistenza di un usufrutto sulla sua cosa.

Es.: Si paret Numerio Negidio ius fundo Capenate utendi fruendi non esse.

**II) Rapporti fra proprietario e usufruttuario.** I principi che regolano questi rapporti sono:

a) l'usufrutto è essenzialmente temporaneo, quindi esso non può estendersi al di là della vita dell'usufruttuario: dopo questo periodo esso ritorna al dominus;

b) il proprietario ha la nuda proprietà della cosa data in usufrutto e di questa nuda proprietà egli può pienamente disporre (alienarla).

Non potrebbe però compiere atti i quali portassero una modificazione nella destinazione economica della cosa;

c) l'usufruttuario che danneggi la cosa o se ne appropri è perseguibile con actio poenalis (actio furti, actio legis Aquiliae).

Dove invece la rovina della cosa derivi da una mera negligenza, il proprietario non ha azione contro l'usufruttuario.

Per evitare appunto questo inconveniente fu introdotto dal pretore l'uso che l'usufruttuario desse cauzione al dominus con cui si obbligava usus se boni viri arbitrato et restitutum quod extabit.

Sulla base di questa cautio era concessa al dominus azione (actio ex stipulatu) contro l'usufruttuario anche in caso di danni causati da negligenza.

## 2. Uso.

L'altro diritto reale su cosa altrui a favore di una persona, diritto a struttura identica seppure a contenuto più limitato dell'usufrutto, è l'usus (minus autem iuris est quam in usu fructu).

Infatti, cui usus relictus est uti potest, frui non potest (D. 7, 8, 2).

Le differenze tra usufrutto ed uso (quanto al contenuto) sono determinate in Inst. II, 5, 1-4:

“Minus autem scilicet iuris in usu est quam in usu fructu, namque is qui fundi nudum usum habet nihil ulterius habere intellegitur, quam ut oleribus pomis floribus feno stramentis lignis ad usum cottidianum utatur: in eoque fundo hactenus ei morari licet ut neque domino fundi molestus sit neque per quos opere rustica fiunt impedimento sit; nec illi i salii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest cum is qui usumfructum habet potest haec omnia facere. Item is qui aedium usum habet, hactenus iuris habere intellegitur ut ipse tantum habitet, nec hoc ius ad alium trasferre potest: et vix receptum videntur, ut hospitem ei recipere liceat. Et cum uxore sua liberisque suis, item libertis nec non aliis liberis personis, quibus non minus quam servis utitur habitandi ius habeat, et convenienter si ad mulierem usus aedium pertineat, cum marito ei, habitare liceat item is, ad quem servi usus pertinet, ipse tantum operis atque ministerio eius uti potest: ad aium vero nullo modo ius suum trasferre ei concessum est. Sed si pecoris vel ovium usus legatus fuerit neque lacte neque agnis neque lana utetur usuarius, quia ea in fructo sunt. Plane ad stercoreandum agrum suum pecoribus uti potest”.

Come si vede da questi esempi, il diritto dell'usuario è più limitato di quello dell'usufruttuario: ma la struttura del diritto di uso è in tutto identica a quella del diritto di usufrutto.

### **3. Habitatio e Operae.**

Consistono nel diritto di abitare una casa o di approfittare delle opere di un servo.

In ordine all'essenza e alla struttura correlativa di questi diritti fu molto controverso fra giuristi classici se essi fossero da considerare come diritti reali su cosa altrui (quindi come usufrutto o uso) o come diritti di obbligazione.

La fonte di questi diritti era in antico il legato: “Sed si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit neque usus videtur neque ususfructus sed quasi proprium aliquod ius” (Inst. 2, 5, 5).

In diritto giustiniano è permesso locare l'abitazione (Inst. 2, 5, 5).

## **D) ENFITEUSI E SUPERFICIE**

Si tratta di diritti che, pur venendo comunemente catalogati fra gli iura in re aliena, pure nel diritto giustiniano sono configurati in modo analogo al diritto di proprietà; ne differiscono solo a causa di particolarità che imprimono a ciascuno di questi diritti la loro fisionomia e proprietà.

### **Enfiteusi.**

L'enfiteusi giustiniana è un diritto reale strutturalmente analogo alla proprietà per cui una persona (enfiteuta) ha su un fondo, di cui altri ha la nuda pro-

prietà, tutti (o quasi) i poteri di un proprietario col solo obbligo di migliorare il fondo e di pagare un certo canone annuo al nudo proprietario (concedente).

Questa definizione non coglie che gli elementi essenziali della enfiteusi: ma basta provvisoriamente per orientarci.

Ora, il precedente classico di questa enfiteusi giustiniana è fornito dal *ius in agro vectigali*: esso consiste nella concessione perpetua fatta ad un privato di fondi appartenenti ad enti pubblici (municipi, colonie) con l'obbligo da parte del concessionario di pagare un canone annuo.

Non adempiendosi a quest'obbligo, la concessione veniva revocata: "Agricultivum alii vectigales vocantur, alii non vectigales vocantur qui in perpetuum locantur, id est hac lege ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quandiu neque ipsis qui conducerint, neque his qui in locum eorum successerunt auferri eos liceat" D. 6, 3, 1 pr.; cfr. Gaio III, 145).

Esaminiamo da vicino la struttura di questo *ius per vedere se si possa catalogare fra i diritti reali (proprietà) o fra quelli di obbligazione (diritto nascente da locazione, conduzione).*

Orbene, questo diritto presenta elementi degli uni e degli altri.

Infatti come il diritto di proprietà esso è potenzialmente perpetuo o trasmissibile a titolo universale (agli eredi, Gaio III, 145) e a titolo singolare (Inst. III, 24, 3 per compravendita, donazione etc.) e permette al titolare la concessione del fondo in usufrutto (D. 7, 4, 1 pr.) ed in pegno (D. 13, 7, 16, 2; D. 6, 3, 1 pr.).

D'altro lato questo diritto viene concepito come corrispettivo di un canone annuo, così come è concepito il diritto del conduttore.

I classici videro la difficoltà di una costruzione unitaria del *ius in agro vectigali*: fu infatti disputato intorno alla natura giuridica dell'atto che era fonte di questo diritto: gli uni propendevano per la compravendita (in questo caso il *ius in agro vectigali* andava considerato come diritto di proprietà) gli altri per la locazione conduzione (in questo caso andava considerato come diritto obbligatorio).

Ebbe la prevalenza quest'ultima tesi (Gaio, III, 145 "si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut quamdiu vectigal praetetur, neque ipsi conductori neque eredi eius auferatur. Sed magis placuit locationem conductionemque esse").

Peraltro la struttura reale del diritto si manifesta nella concessione fatta dal pretore al titolare di questo diritto di un'actio in rem utilis avente struttura analoga alla reivindicatio (tutela anche con interdetti). "Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem sed et adversus ipsos municipes" (D. 6, 3, 1, 1).

Tutto ciò nel diritto classico.

Nel diritto postclassico per effetto di un processo storico molto interessante sorse quella istituzione sostanzialmente identica dell'enfiteusi (istituto di origine greca largamente diffuso in Oriente).

Questo istituto attraversò varie fasi di sviluppo: nel diritto postclassico esso venne regolato da una *constitutio* così configurata:

1) fine dell'istituto fu la tutela giuridica delle concessioni perpetue di fondi di cui erano correlative annue pensioni: queste concessioni perpetue non erano più fatte soltanto da enti pubblici ma anche da privati;

2) la struttura del diritto enfiteutico fu costruita quindi in corrispondenza al fine, con analogia a quella del diritto di proprietà.

Da ciò il potere pieno di disposizione giuridica della cosa attribuita al concessionario.

Quanto al potere di disposizione economico esso doveva essere normalmente diretto nel senso del miglioramento.

Da ciò anche l'azione reale a favore del concessionario;

3) tuttavia il diritto del concessionario non si identifica col diritto di proprietà che restava anzi al concedente.

Di qui varie conseguenze:

a) l'obligatio di una pensione annua;

b) la possibilità della devoluzione per mancato pagamento delle pensioni;

c) il rischio del perimento della cosa sopportato dal proprietario in base al principio *casum sentit dominus*.

Invece un danneggiamento parziale liberava l'enfiteuta dall'obbligo del pagamento della pensione;

4) il diritto di prelazione del concedente, in caso di alienazione da parte del concessionario; e il diritto di percepire a titolo di riconoscimento (*laudemio*) il 2 per cento del prezzo;

5) il negozio giuridico dal quale derivava questo diritto enfiteutico non fu più classificato come compravendita né come locazione ma contratto sui generis: "*lex Zenoniana lata est quae emphyteuseos contractus propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem sed suis pactionibus fulciendam*", Inst. III, 24, 3).

### **Superficie.**

Nel diritto giustiniano la superficie è un diritto (costruito analogamente a quello di proprietà); per cui una persona (*superficiario*) può godere per sé e trasmettere *mortis causa* o *inter vivos* un edificio costruito sul suolo altrui con l'onere di prestare al proprietario del suolo un annuo *solarium*.

Come si vede la struttura del diritto di superficie è analoga a quella del diritto di proprietà. Infatti:

a) può essere trasmesso a titolo universale e a titolo particolare;

b) è tutelato con l'azione reale (D. 43, 18, 1 pr.-1.3);

c) è tutelato con interdetto analogo all'*uti possidetis* (D. 43, 13, 1 pr.);

d) l'edificio può essere costituito in pegno e può essere concesso ad usufrutto e vi si possono creare servitù (D. 13, 7, 16, 2 etc.).

Cioè in una parola il superficiario ha tutti i poteri di un proprietario.

Tuttavia il diritto di superficie non è o non potrebbe essere il diritto di proprietà. Dico non potrebbe essere perché osta il principio della successione secondo cui ciò che si costruisce sopra il suolo di una persona diventa di proprietà di quest'ultima.

L'indice che dimostra questa mancanza di identificazione è offerto dal *solarium* che il superficiario deve pagare annualmente al dominus.

Tuttavia anche la costruzione del diritto di superficie come diritto analogo a quello di proprietà non è classica sebbene abbia nel diritto classico i suoi addentellati.

La prima manifestazione del diritto di superficie è offerta dalla concessione di edificare sul suolo pubblico. Per effetto di questa concessione l'edificatore acquista l'*usus* dell'edificio.

D. 18, 1, 32: "Qui tabernas argentarias vel ceteras quae in solo publico sunt vendit, non solum, sed ius vendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet".

Ora è molto probabile che questo uso fosse costruito come diritto reale tutelato con azione reale sul modello del *ius in agro vectigali*.

Quando dal diritto pubblico passò in quello privato l'istituto ebbe certo delle modifiche. Come fosse strutturalmente costituito – se come diritto reale, con azione reale correlativa o come diritto di obbligazione – è controverso (locazione-conduzione di suolo con vendita di uso dell'edificio?).

Ciò che è certo è che il pretore concesse al superficiario un interdetto con cui lo difendeva (a mo' dello *uti possidetis*) contro gli attacchi dei terzi:

D. 43, 18, 1 pr.: "Ait praetor: uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi ne clam vec precario alter ab altero fruimini, quo minus fruamini, vim fieri veto".

Sopra questo addentellato dell'interdetto venne via via elaborata (forse solo nell'epoca post-classica) un'azione reale fino a giungere a quella completa costruzione di diritto reale che abbiamo sopra indicato e che fa della superficie, nel diritto giustiniano, un diritto a struttura molto vicina a quella della proprietà.

## RIEPILOGO DEI IURA IN RE ALIENA.

Se richiamiamo alla mente le singole strutture dei singoli diritti reali su cosa altrui, noteremo fra loro una fondamentale identità di linea: abbiamo infatti, in ogni caso, un rapporto con una cosa altrui in base alla quale qualche facoltà della cosa, che spetterebbe normalmente al proprietario, è sottratta a quest'ultima ed è giuridicamente attribuite ad un terzo.

Questa sottrazione importa alienazione della facoltà; ciò differenzia il diritto reale su cosa altrui dalla duplice cessazione di esercizio di una facoltà su una cosa che può formare oggetto di un rapporto obbligatorio.

Questa cessazione non è alienazione: ciò spiega come il dominus possa sempre disporre illimitatamente della cosa.

Questa struttura fondamentale dei diritti reali su cosa altrui appare chiara tanto nei singoli tipi di servitù prediali quanto in quelli delle servitù personali e per quanto in modo non netto, anche nel *ius in agro vectigali* e nel diritto di superficie.

La prova di questa identità di struttura è data dalla struttura delle formule che stanno a tutela di questi diritti. Esse hanno tutte la *intentio in rem*.

Si *paret ius esse Aulo Agerio esse eundi agendi*. Si *paret ius Aulo Agerio esse utendi fruendi etc.*

Queste formula esprime nettamente l'essenza del diritto reale su cosa altrui; ed anzi la classifica di diritto reale è una conseguenza di quella di azione reale.

Un'altra prova è fornita dal parallelismo che esiste in tutti questi diritti fra azioni ed interdetti.

Ogni diritto reale su cosa altrui ha a sua tutela un'*actio in rem* ed un interdetto correlativo.

Infatti:

a) le servitù prediali di passaggio, di acqua hanno la confessoria e gli interdetti *de itinere, de aqua etc.*;

b) l'*usufrutto* ha la confessoria e gli interdetti analoghi all'*uti possidetis* e all'*unde vi*;

c) il *ius in agro vectigali* e il diritto di superficie hanno inizialmente un interdetto dal quale si sviluppa più tardi l'*actio in rem*.

Accanto a questa identità fondamentale fra i diritti reali su cosa altrui vi sono poi le varie differenze offerte dal contenuto diverso dei singoli diritti.

Confrontando poi la struttura fondamentale comune ai diritti reali su cosa altrui con quella del diritto di proprietà, vediamo come queste due strutture abbiano esse pure la medesima linea: per dir meglio, la struttura dei diritti reali su cosa altrui è stata costruita sul modello di quello di proprietà.

In ambedue i casi si ha rapporto con una cosa ed appropriazione di utilità di questa cosa: però, mentre questa appropriazione è totale ed illimitata (nel tempo e nello spazio) per il dominio, essa è parziale e variamente limitata per i diritti reali su cosa altrui.

Non va però dimenticata una differenza importante che intercorre fra proprietà e diritti reali su cosa altrui (almeno relativamente alle servitù o con esclusione dell'*enfiteusi* e della superficie): cioè la alienabilità della proprietà e la inalienabilità della servitù.

Il concetto di alienazione, infatti, è necessariamente correlativo solo a quello di proprietà: si può alienare una cosa di cui si è proprietari; non si può alienare un diritto su una cosa di cui altri ha la proprietà.

E ciò inoltre per la struttura stessa dei diritti reali su cosa altrui (servitù), costruiti come essenzialmente relativi ai fondi tra i quali il rapporto si pone o alla persona cui quel diritto è concesso.

Un'altra ragione della inalienabilità delle servitù sta nella loro concezione come *res incorporales*: ora, suscettiva di alienazione non può essere che una *res corporalis*.

A questo principio si fa eccezione solo per l'enfiteusi e la superficie: ma questi due diritti reali su cosa altrui sono costruiti in modo del tutto analogo alla proprietà, quindi essi postulano per sé anche il concetto di alienazione.

## RAPPORTI FRA DIRITTI REALI E PROPRIETÀ

Un ulteriore parallelismo fra diritti reali su cosa altrui e diritto di proprietà ci viene offerto dalla citata duplicità di tutela: quella per azione e quella per interdetto.

Come la proprietà è difesa con la *reivindicatio* (oltre che con gli altri mezzi processuali, diciamo così marginali, come l'*actio aquae pluviae arcendae*, la *cautio damni infecti*, la *nunciatio novi operis* etc.) e con gli interdetti possessorii, così i diritti reali su cose altrui sono difesi con la *vindicatio* (*servitutis*, *usufructus* etc.) e con interdetti correlativi.

Però qui è da porre l'attenzione sulla diversità di fondamento della difesa interdittale. Infatti, mentre gli interdetti possessorii sono dati a difesa del possesso della cosa corporale che forma la proprietà e, quindi, hanno per fondamento la *possessio*, gli interdetti che sono dati a difesa dell'apparente diritto reale hanno come fondamento questa medesima apparenza di diritto.

Cioè, mentre nell'un caso l'apparenza di diritto di proprietà configura il possesso, nell'altro caso l'apparenza dei diritti reali su cosa altrui non configura un possesso.

Perché? Per il concetto stesso di diritto su cose altrui; se si tratta di cosa altrui per la quale appunto come tale (come altrui) si eserciterà un diritto reale è chiaro che non possa esserci – per una impossibilità oggettiva – quell'*animus domini* che è elemento essenziale del possesso.

Il possesso – nel diritto classico – è correlativo alla proprietà: non è, invece, correlativo – e non potrebbe intrinsecamente esserlo – a nessun altro diritto reale.

Ecco perché gli interdetti a tutela dei diritti reali hanno fondamento sull'apparenza di diritto; essi però non sono possessorii; gli interdetti invece a tutela del diritto di proprietà, pur avendo essi pure fondamento sull'apparenza del diritto, sono possessorii perché questa apparenza configura il possesso.

Nel diritto giustiniano, invece, il concetto di possesso si altera e si ammette che ogni apparenza di diritto reale configuri un possesso. Da ciò la equiparazione degli interdetti possessorii con quelli non possessorii.

Graficamente possiamo così rappresentare il rapporto fra diritti reali e tutela processuale (per azione e interdetti):

**A) Diritto classico:**

	Diritto	Apparenza di diritto	Apparenza di diritto
Proprietà	reivindicatio	Possessio interdetti possessori	Non possesso –
Servitù prediali	vindicatio	–	interdetto
Servitù personali	vindicatio	–	–
Ius in agro vectigali		–	–
Superficie		–	–

**B) Diritto giustiniano:**

	Diritto	Apparenza di diritto
Proprietà	reivindicatio	Possessio interdetti possessori
Servitù prediali	vindicatio	”
Servitù personali	vindicatio	”
Ius in agro vectigali	reivindicatio utilis	”
Superficie	reivindicatio utilis	”

Come si vede i due tipi di apparenza di diritto si sono fusi nella figura della possesso.

Questa diversità fra diritto classico e diritto giustiniano possiamo formularla così:

a) nel diritto classico il possesso è l'apparenza del diritto di proprietà, non è tale l'apparenza dei diritti reali su cose altrui;

b) nel diritto giustiniano il possesso è l'apparenza di tutti i diritti reali.

Da questo principio giustiniano è facile lo sviluppo del principio moderno per cui è possesso l'apparenza di ogni diritto.

### III. – PEGNO E IPOTECA

Alla luce dei principi studiati specie di quelli concernenti la struttura tra questi diritti e il concetto di possesso dobbiamo ora studiare un istituto – il pignus – sulla cui struttura classica regna tuttavia in dottrina grande confusione.

Esaminiamo prima la finalità pratica che il pignus è destinato ad assolvere: essa è data dalla garanzia che una cosa è destinata ad offrire in ordine ad una obbligazione.

Si ha infatti pegno ogni qualvolta si dà una cosa a un creditore affinché egli sia garantito (con questa cosa) dell'adempimento dell'obbligazione.

Le forme di attuazione di questa garanzia sono le più varie: ciò che è essenziale ed immutabile nel pegno è la relazione tra la cosa pignorata e l'obbligazione garantita.

Ora domandiamo: qual è la struttura dell'istituto costruito dai Romani per la realizzazione della finalità del pegno?

Le fonti pongono l'essenza del pegno nel possesso: il pegno classico consiste nel trasferimento del possesso della cosa pignorata: colui che vuole garantire un'obbligazione trasferisce al creditore pignoratizio il possesso di una cosa corporale.

Che il creditore pignoratizio possieda e che a lui, quindi, vengano concessi gli interdetti possessori, non è dubbio.

Sorge allora il problema: oltre al possesso il creditore pignoratizio ha anche un diritto reale su cosa altrui?

Infatti possono coesistere diritti su cosa altrui e possesso?

Il possesso non può avere dietro di sé che il diritto di proprietà di cui è l'ombra: non si può avere (nella concezione classica) un possesso sulla base di un diritto reale su cosa altrui.

Quindi già per questa fondamentale ragione derivata dalla impossibilità di coesistenza di possesso e di diritto reale su cosa altrui la dottrina comune è da respingere.

Ma vi sono altre ragioni.

E, anzitutto, noi sappiamo che il contenuto del diritto reale su cosa altrui è dato da ciò che il titolare di questo diritto si appropria una utilità della cosa altrui.

Orbene, di quale utilità su cosa altrui si appropria il creditore pignoratizio?

Sappiamo dalle fonti classiche che il creditore pignoratizio non deriva dal pegno che la sola possesso: infatti la *lex commissoria* (diritto di appropriarsi della cosa in caso di inadempienza) o il *ius vendendi* (diritto di vendere la cosa in caso di inadempienza ed obbligo di sostituire il soprappiù del prezzo ricavato rispetto all'ammontare del credito al debitore pignoratizio) non derivano dal pegno come tale ma da patti apposti che accompagnano il pegno: essi sono elementi accidentali del negozio.

Dunque il pegno, non conferendo al creditore altra utilità oltre quella generica del possesso, non può essere costruito come diritto reale.

Un'altra prova desunta dal possesso è la seguente: abbiamo detto che la possesso è il necessario correlativo della proprietà: si possiede in base al diritto di proprietà (esistente e apparente) e solo in base ad esso.

Quindi ha il possesso solo colui che è in realtà o in apparenza il proprietario.

Ora, perché il creditore pignoratizio possieda, il titolo del suo possesso deve necessariamente essere l'apparenza del diritto di proprietà: non potrebbe essere invece un diritto reale su cosa altrui.

Ancora: ogni diritto reale su cosa altrui ha, come abbiamo visto, una duplice tutela processuale: una per l'actio in rem che tutela il diritto e l'altra mediante interdetto che tutela l'apparenza del diritto.

Ora, il pegno non ha a sua tutela né azione reale né interdetto speciale; il creditore pignoratizio non ha a sua disposizione che la tutela interdittale comune (la possessoria): ma questa tutela ha il suo fondamento giuridico non su un apparente diritto reale di pegno ma sul fatto solo del possesso.

Contro quest'ultimo punto potrebbe addursi un testo delle Istituzioni di Giustiniano ove si afferma che il creditore pignoratizio ha a sua disposizione un'azione reale (la quasi Serviana) con la quale può perseguire la cosa presso qualunque terzo: ma questo testo è giustiniano e risponde a una concezione nuova del pegno.

Dunque possiamo concludere dicendo che il pegno, in diritto classico, non è un diritto reale su cosa altrui: esso consiste soltanto nel trasferimento del possesso della cosa.

Insomma l'essenza del pegno sta in ciò: che il creditore pignoratizio viene posto nella condizione di fatto del proprietario (possesso) senza divenire proprietario.

Quindi dietro il possesso del creditore pignoratizio non sta (non potrebbe starci) un diritto reale su cosa altrui: sta la proprietà rimasta al pignorante.

Il pegno è uno dei casi in cui avviene la separazione tra proprietà e possesso.

La prova storica di questa tesi sta nell'istituto che ha preceduto il pegno: la fiducia.

Essa consisteva in ciò: che il pignorante mancipava al creditore pignoratizio che ne diventava così proprietario la cosa che voleva dare in garanzia: soddisfatto il debitore, il creditore pignoratizio aveva l'obbligo di rimancipare la cosa al suo originario dominus (Gaio, II, 60).

Ora, quale è la differenza intercorrente tra pegno e fiducia?

Solo questa: che nella fiducia il creditore diventa proprietario della cosa pignorata, nel pegno ne diventa possessore.

Esternamente il fenomeno è identico: solo che nell'un caso c'è proprietà, nell'altro solo apparenza di proprietà; nell'un caso il fiduciario è tutelato con la reivindicatio (come proprietario) e con gli interdetti (come possessore); nell'altro caso il creditore pignoratizio è tutelato solo come possessore con gli interdetti.

Potrebbe avere anche un'azione reale? No, mancandogli un diritto corrispondente.

Dopo aver visto quale sia la struttura classica del pegno (quello dei rapporti di possesso) possiamo ora esaminare gli elementi di cui questa struttura consta.

E per questo esame ci serviremo della struttura parallela del rapporto di proprietà.

a) Anzitutto oggetto di pegno (= di possesso) può essere solo una cosa che può formare oggetto di proprietà, quindi cosa corporale.

Da ciò la conseguenza che sono interpolati i passi in cui si afferma la possibilità che oggetti di pegno possono essere anche i diritti reali su cosa altrui (es. la superficie).

Anche una cosa futura può formare oggetto di pegno, ma è chiaro che in questo caso solo al momento di esistenza della cosa il pegno verrà esso pure ad esistere.

b) Fonte del pegno (possesso) è la *traditio possessionis*, negozio strutturalmente identico alla *traditio* in base alla quale passa la proprietà: soltanto che la seconda ha una *causa* atta a trasferire il dominio, mentre la prima ha una *causa* atta a trasferire solo il possesso.

Ora, come non si può costruire quale contratto la prima, così non si può neanche costruire come contratto reale (come si fa nelle fonti giustiniane) la seconda.

c) Il contenuto del pegno si esaurisce nel semplice possesso: ora, possedere non importa né godere né usare: poiché questi due fatti si fondano o sul diritto di proprietà o su un altro diritto reale (di usufrutto), e poiché il creditore pignoratizio non ha nessun diritto, tutta la sostanza del pegno si esaurisce nel possedere *sic et simpliciter* la cosa.

Da ciò la conseguenza che se, contrariamente a questo principio, il creditore usa o gode della cosa, egli commette un *furtum usus*.

d) La tutela del pegno viene affidata (in quanto possesso) ai comuni interdetti possessori.

Tuttavia, a causa della funzione di garanzia che ha questo possesso, il creditore pignoratizio ha a sua disposizione anche l'*actio furti* (Gaio, III, 204).

Non è vero (come abbiamo già detto) che ha anche a suo favore un'*actio in rem* (la quasi Serviana o *hypotecaria*), non solo sarebbe impossibile concepire logicamente quest'*actio* pel pegno che non genera diritto reale, ma la presenza di tale azione sarebbe altresì ingombrante: infatti la tutela interdittale e quella dell'*actio furti* bastava a garantire in ogni direzione il creditore pignoratizio.

e) L'estinzione del pegno, in quanto semplice possesso, coincide con quella del possesso, quindi:

- 1) perimento della cosa;
- 2) perdita del possesso della cosa;
- 3) acquisto della proprietà sulla cosa;
- 4) adempimento dell'obbligazione garantita.

Quando ciò è avvenuto, il creditore pignoratizio ha l'obbligo di restituire il possesso al debitore (o al terzo) pignorante.

Accanto a questa figura di *pignus* avente la struttura di rapporto possessorio con finalità di garanzia ed attuantesi mediante l'effettivo trasferimento del possesso della cosa del pignorante al creditore pignoratizio (*datio pignoris*) si sviluppò presto la figura convenzionale di *pignus*: la *conventio pignoris* (detta nell'epoca tarda, con nome greco, **hypoteca**).

Essa consisteva nella determinazione convenzionale della cosa che sarebbe caduta in pegno del creditore se il debitore non avesse soddisfatto alla scadenza la sua obbligazione.

La differenza che c'è tra *pignus* e *conventio pignoris* sta soltanto in ciò, che nella seconda non avviene immediato trasferimento di possesso, il quale invece viene ritardato al momento della inadempienza.

La prima figura di *conventio pignoris* sorse per gli *invecta et illata* del colono; su di essi gravava il pegno a favore del locatore: costui però non ne poteva apprendere il possesso che nel caso di inadempienza del colono al pagamento della mercede.

Quando questa inadempienza si verificava il locatore aveva a sua disposizione un interdetto (l'*interdictum Salvianum*) con cui poteva acquistare il possesso delle cose pignorate.

In un secondo momento questa figura di *conventio pignoris* venne generalizzata ed accanto all'interdetto Salviano venne creata un'*actio Serviana* avente la medesima funzione del *Salvianum*: quella cioè di procurare l'apprensione del possesso al creditore pignoratizio quando si fosse verificata l'inadempienza.

Ma una volta appreso la prima volta questo possesso, tanto il *Salvianum* (Gaiò IV, 147) quanto la *Serviana* esaurivano le loro funzioni: un loro ulteriore esperimento era praticamente impossibile: ormai il creditore pignoratizio si trovava nella posizione di possessore e la tutela del possesso era affidata agli interdetti possessori comuni.

### **L'evoluzione del pegno.**

La struttura meramente possessoria del *pignus* venne modificandosi per effetto del seguente fenomeno: il divenire elemento naturale prima ed essenziale dopo (in epoca postclassica) del *ius vendendi* (la *lex commissoria* fu vietata da Costantino).

Nella concezione pura del pegno il *ius vendendi* è, accanto alla *lex commissoria*, un elemento accidentale del negozio appositamente pattuito dalle parti.

Ora, questo elemento venne poco a poco ad inserirsi nella struttura del pegno sino a divenire elemento essenziale.

Nell'epoca postclassica il creditore pignoratizio ha il diritto di vendere il pegno e di soddisfarsi sul ricavato se il debitore non adempie l'obbligazione.

Questa modificazione intervenuta nella struttura dell'istituto attribuisce ora al pegno il carattere di diritto reale su cosa altrui.

Infatti ora può dirsi che viene sottratta al pignorante una facoltà (*ius vendendi*) su una cosa e viene trasferita ad un terzo (creditore pignoratizio).

Da ciò la conseguenza che ormai la garanzia del creditore non sia tanto nel possesso quanto sulla facoltà di vendita: e da ciò ancora la necessità della creazione di un'azione reale a tutela del diritto reale.

Questa azione reale è l'antica actio Serviana che ha assunto funzioni nuove.

È da ricordare infine che quando il ius vendendi diventò elemento naturale del pegno si ammise la possibilità della cosa successivamente pignorata a più creditori; in questo caso ai fini del diritto di vendita si applica il principio prior tempore potior iure; peraltro il successivo creditore ha il così detto ius offerendae pecuniae in virtù del quale pagando il precedente creditore può mettersi al posto di lui.

### **Il pegno nel diritto giustiniano.**

È un diritto reale su cosa altrui – il cui possesso è stato trasmesso (datio pignoris) o sarà trasmesso (hypoteca) dal creditore pignoratizio – in base al quale il creditore può vendere la cosa pignorata quando resta insoddisfatta la obbligazione garantita.

La diversità essenziale col pegno classico sta nel fatto che il possesso non è più l'essenza del pegno. Da ciò anche la conseguenza che oggetto del pegno possono essere anche delle cose incorporali.

Ciò peraltro è un fenomeno corrispondente all'altro fenomeno dell'estendimento del concetto di possesso anche alle cose incorporali.

### **La pubblicità del pegno.**

Il diritto classico non conosce nessuna forma di pubblicità del pegno (come non conosce nessuna forma di pubblicità dei diritti reali).

Questo fenomeno, detto pubblicità, è invece largamente sviluppato in Egitto, dove esistono dei sistemi che possono paragonarsi al nostro libro delle trascrizioni.

Solo nell'epoca postclassica sorgono delle figure di pignus publicum.

## IV. – CONDOMINIO

Si ha condominio allorquando, in confronto ad un unico oggetto, vi è pluralità di proprietari.

Problema: poiché è indubitato che vi sono più rapporti di proprietà convergenti su una unica res, come vanno concepiti questi rapporti? Cioè:

1) Ciascun condomino ha un diritto di proprietà potenzialmente integrale su tutta la cosa, diritto la cui potenzialità è solo esternamente limitata per effetto della concorrenza di altri diritti di proprietà essi pure potenzialmente integrali?

Secondo questa concezione si avrebbe una proprietà plurima integrale;

2) ciascun condomino ha diritto di proprietà avente per oggetto non la cosa nella sua totalità ma una quota (pars) di essa?

Si avrebbe così una proprietà plurima parziale;

3) non vi è che un solo diritto di proprietà il cui contenuto sarebbe diviso fra più persone (condomini)?

4) non vi è che un solo diritto di proprietà spettante ad un solo soggetto, rappresentato dalla pluralità dei condomini costituiti in una universitas?

Scartiamo le ultime due teorie; la penultima anche pel principio che *duorum in solidum dominium esse non potest* (D. 13, 6, 5, 15).

Quanto alle prime due teorie è da dire che esse non si escludono ma coesistono nella disciplina classica del condominio.

Se infatti esaminiamo il rapporto di ciascun condominio nella sua struttura, nel suo oggetto, nel suo contenuto, nella sua alienazione e nella sua tutela (studieremo per ultimo le fonti), vedremo come vengano ora in applicazione i principi dell'un sistema ed ora i principi dell'altro.

### 1. **Struttura del rapporto di condominio.**

È identica a quella del dominio solitario; essa cioè è quella di un rapporto con una cosa che attribuisce la signoria (potenzialmente illimitata) sopra di esso.

### 2. **Oggetto.**

Oggetto di questo rapporto non può essere, come nel dominio solitario, che una cosa corporale.

Da qui una conseguenza: che anche se si parli di proprietà della quota (*pars*), questa *pars* va intesa come una parte materiale della cosa (quella parte sarà determinata con l'*actio communi dividundo*).

Peraltro a cagione della impossibilità di una attuale individuazione di questa *pars* materiale si parla anche di quota ideale.

La differenza tra le due dottrine sta in ciò: che secondo l'una il rapporto di ciascun condomino avrebbe per oggetto l'intera cosa, secondo l'altra una parte materiale (idealizzata) di essa.

### 3. **Contenuto.**

Il contenuto di ogni diritto di proprietà ha una triplice direzione:

- 1) escludere i terzi dalla cosa;
- 2) fruire della cosa (godimento dei frutti);
- 3) gestire la cosa (facendovi atti che siano conformi o anche disformi alla destinazione economica della cosa).

Ora in tutte queste tre direzioni i principi dei due sistemi interferiscono applicandosi ora gli uni ora gli altri.

Infatti:

- a) quanto all'esclusione dei terzi, ciascun condomino deve invece patire la partecipazione degli altri condomini al godimento della cosa; questa partecipazione non è limitata ad una certa porzione (materiale determinabile) ma si estende in maniera potenziale a tutta la cosa;

b) quanto ai frutti della cosa, invece, il godimento è ipso iure limitato entro i confini della quota, perciò per effetto della semplice separazione i condomini diventano proprietari dei frutti entro i limiti della quota;

c) quanto agli atti di gestione (economica) che investono necessariamente tutta la cosa, ciascun condominio può compierli come se la cosa fosse tutta sua, però gli atti eccedenti la amministrazione sulla cosa (es. per le costruzioni, in genere per le innovazioni e i mutamenti) la sua azione può essere impedita dal ius prohibendi di un altro condomino.

In questo senso va interpretato D. 10, 3, 28: “Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse; unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potioem causam esse prohibentis constat”.

Così D. 8, 2, 27, 1: “si in area communi aedificare velis socius prohibendi ius habet quia invito socio in re communi non habeas ius aedificandi”.

Ora, l'ius prohibendi ha una funzione puramente negativa: quella di paralizzare l'azione del condomino: esso indica (come avviene nella magistratura collegiale romana) che ciascun condomino ha realmente un diritto il quale abbraccia potenzialmente la cosa nella sua interezza.

Un altro indice di questa proprietà plurima integrale è offerto dal così detto ius adcrendi: se uno dei condomini rinuncia al proprio diritto, il diritto degli altri condomini automaticamente si accresce proporzionalmente alla misura della quota.

Ora, si dice, questo accrescimento intrinseco – che è un vero fenomeno di espansione – non può giustificarsi che supponendo come potenzialmente illimitati i diritti di proprietà solo esternamente compromessi e limitati per effetto della loro reciproca concorrenza: venendo meno uno di questi diritti e quindi la compressione esterna dell'altro (o degli altri), gli altri diritti riprendono per quanto è possibile la loro naturale ed intrinseca espansione.

Ciò avviene visibilmente nel caso di manomissione da parte di un solo dominus di un servo comune: il servo non diventa libero, il manomittente si considera rinunziante e l'altro domino diventa (ius adcrendi) proprietario unico del servo (alterius domini totus fit servus iure adcrendi). (Nel diritto giustiniano il servo diventa libero pagando al proprietario non manomittente il valore della quota di condominio.)

#### 4. Alienazione.

Qui la concezione della proprietà plurima parziale appare dominante: infatti un condomino non potrebbe compiere atti di alienazione che abbiano riferimento all'intera cosa o che, comunque, affettino l'intera cosa.

Egli può compiere solo atti di alienazione che abbiano ad oggetto la sua parte di dominio. Può quindi alienare questa parte (vendita, donazione, legato), può darla a pegno, può costruire su di essa una servitù: la costruzione di una

servitù prediale, infatti, ha come contenuto la alienazione di una utilità che affetta l'intero fondo e va quindi disciplinata coi medesimi principi che disciplinano l'alienazione integrale della cosa.

Quindi tanto per l'alienazione di tutta la cosa che per la costruzione di una servitù si richiede il consenso di tutti i condomini.

### 5. Tutela.

Anche qui le due concezioni interferiscono, ma può dirsi che prevalga quella plurima parziale.

Infatti la rei vindicatio che sta a tutela di ciascuno dei rapporti di proprietà è una vindicatio certae partis (dimidia, tertiae etc.), nella cui formula cioè il diritto dell'altro è limitato alla quota spettantegli.

Questa azione può essere esperita dal condomino non possessore contro i condomini o i terzi (o condomini e terzi) possessori.

Ma accanto a questa reivindicatio il condominus possessore può anche esperire delle azioni le quali hanno riferimento a tutta la cosa.

Così: se a favore della cosa esista una servitù l'actio confessoria può essere (in solidum) esperita da ciascuno dei condomini: lo stesso dicasi per l'actio negatoria (quando si tratti di negare l'esistenza di una servitù).

E così non potrebbe avere riferimento a una sola quota, né la nunciatio novi operis, né la cautio damni infecti, né l'interdictum quod vi aut clam.

Peraltro può dirsi che in tutti questi casi il riferimento alla totalità della cosa deriva necessariamente dal fatto che solo per questa via è possibile la tutela del diritto parziale del condomino.

### 6. Le fonti.

Le fonti del condominio possono essere varie:

- a) un'eredità;
- b) un legato (una stessa cosa legata a più persone);
- c) una società;
- d) una donazione e così via.

### 7. Estinzione.

Come la sua stessa natura dimostra, il condominio ha carattere provvisorio ed è destinato ad estinguersi. A cagione di tale carattere sarebbe privo di efficacia un patto che volesse costringere le parti a stare sempre in condominio.

È valido invece un patto con cui le parti si impegnano a non procedere alla divisione prima di una certa epoca e ciò almeno per il diritto giustiniano (D. 10, 3, 14, 2).

L'azione con cui i condomini possono richiedere la divisione della cosa comune è la actio communi dividundo (una delle tre azioni divisorie che hanno la adiudicatio):

“Quod L. Titius C. Seius de communi Corneliano fundo... iudicem sibi dari postulaverunt: quantum adiudicari oportet iudex adiudicato; quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet eius iudex alterum alteri condemnato; si non paret absolvito”.



## RAPPORTI OBBLIGATORI

### I. – EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI OBLIGATIO E DELLE FONTI OBBLIGATORIE.

Abbiamo finora studiato:

- 1) i rapporti familiari (aventi struttura potestativa in quanto sul loro fondamento una persona viene assoggettata alla potestà di un paterfamilias o di un dominus);
- 2) i rapporti di diritto reale (aventi la struttura di rapporto di signoria su una cosa corporale);
- 3) e prima di questi ultimi il rapporto processuale che occupa una sezione autonoma nel sistema.

Dobbiamo ora studiare i **rapporti obbligatori**.

Seguiremo il solito metodo, vedremo cioè:

- a) l'essenza;
- b) la struttura;
- c) il contenuto;
- d) l'oggetto;
- e) le fonti;
- f) le cause di estinzione;
- g) la tutela processuale.

Ma questo studio va fatto relativamente alle seguenti fasi storiche:

- 1) epoca originaria
- 2) epoca primitiva dell'età classica
- 3) epoca posteriore dell'età classica
- 4) epoca postclassica e giustiniana

#### A) EPOCA ORIGINARIA.

L'obligatio è in quest'epoca, come la parola stessa dice, un vincolo cui viene materialmente assoggettata la persona dell'obligatus: questo vincolo si scioglie

(solvere) quando sia fatta quella prestazione in vista della quale (ed a garanzia della quale) esso fu costituito.

Secondo questa concezione, dunque, va distinta la persona del debitore da quella del responsabile: questo ultimo e non il primo è obligatus.

Per farsi un'idea di questo primo stadio dell'obligatio romana bisogna ricorrere alla manus iniecto iudicati: l'obligatus si trova come il iudicatus dopo la manus iniecto, in uno stato di prigionia che può finire o mediante l'absolutio (liberazione) causata dal pagamento del debito o con la vendita trans Tiberim o l'uccisione dell'obligatus.

E quanto alla distinzione della persona del debitore da quella del responsabile, esempi possiamo trarre da vari istituti che ci offre lo stesso diritto classico.

1) La **datio ad noxam** del figlio o del servo che ha compiuto l'atto illecito; questo atto illecito ha fatto sorgere un debito a carico del paterfamilias del delinquente: a questo debito è correlata una responsabilità; ora, questa responsabilità viene a gravare tanto sul pater stesso quanto sul delinquente; grava sul primo quando costui non dà a noxa il delinquente e preferisce pagare l'equivalente pecuniario del danno: grava sul secondo quando ha luogo una datio ad noxam.

In quest'ultimo caso risorge anche materialmente la figura antica dell'obligatus venendo posto il delinquente in una posizione identica a quella di un iudicatus (quindi in uno stato di prigionia).

2) I **praedes sacramenti** di una legis actio sacramenti in rem ed in personam sono i responsabili, là dove debitori sono i promittenti.

3) Il **manceps** che è responsabile per debiti dell'appaltatore delle imposte.

In queste figure la distinzione tra debito e responsabilità è chiara.

Un altro esempio possiamo trarre dal pignus: la cosa data a pegno si dice res obligata: abbiamo qui pure una distinzione fra debito che grava sul debitore e responsabilità che grava su una cosa: la res obligata, come già l'obligatus, si trova nelle mani del creditore ed in caso di inadempienza è su questa res obligata – come già nell'obligatus – che si soddisferà il creditore.

Un ultimo esempio ci offre la formula dello sponsio (cioè della stipulatio classica).

Essa consta di una domanda solenne rivolta dal creditore futuro al futuro debitore e di una congrua solenne risposta di quest'ultimo al primo: orbene, la formula della domanda è concepita come se la persona del debitore (colui che dovrà dare) sia diversa da quella del responsabile (colui che risponderà per il debitore in caso di inadempienza).

Es. "Centum dari spondes? Spondeo" (nota il passivo dari).

### 1. **Essenza.**

L'obligatio è in quest'epoca un vincolo al quale, per fatto del proprio paterfamilias, una persona alieni iuris viene materialmente assoggettata presso un altro paterfamilias: ciò in vista e a garanzia di un debito che il primo paterfamilias (debitore) ha verso il secondo (creditore).

Che obligatus sia un alieni iuris (forse un filius) a me pare indubbio.

## 2. **Struttura.**

L'obligatio ha la struttura di un rapporto fra paterfamilias creditore e obligatus. Si tratta di un rapporto che può identificarsi con quello che intercorre in epoca classica fra creditore e iudicatus.

Ciò che devesi notare è che il rapporto non corre fra creditore e debitore, ma fra creditore e obligatus.

## 3. **Contenuto.**

In conseguenza di questo rapporto il creditore ha il diritto di tenere prigioniero l'obligatus: ciò forse al fine di esercitare una coazione psicologica come nel pegno sul debitore per indurlo a pagare e, quindi, a procurare la solutio dell'obligatus.

## 4. **Fonte.**

L'obligatio ha come fonte un negozio solenne: il **nexum** che – pare – avveniva nella forma della mancipatio.

In quest'epoca il delictum non produce direttamente obbligazione ma diritto di vendetta: solo quando le parti si sono accordate intorno alla eliminazione della vendetta mediante la datio ad noxam del delinquente, si avrà una sostituzione della vendetta con l'obligatio del delinquente.

Da ciò la conseguenza che l'atto illecito in origine produceva obligatio solo pel tramite di una conventio fra le due parti (si membrum rupsit ni u meo pacit talio esto).

## 5. **Estinzione.**

L'obligatio si estingue con l'absolutio, cioè con la materiale liberazione dell'obligatus dalla prigionia: questa absolutio aveva luogo quando la prestazione del debitore era stata adempiuta ed avveniva mediante negozio solenne rivestito di forme opposte a quelle del nexum (nexi liberatio).

In caso di inadempimento l'obligatus veniva venduto trans Tiberim o veniva ucciso.

## 6. **Tutela dell'obligatio.**

L'obligatio è tutelata con actio in personam, la quale si concretava in un vero agere in personam, come avviene in epoca classica – in un modo idealizzato – nella manus iniectio.

## B) EPOCA STORICA.

In questa seconda epoca l'obligatio subisce il seguente sviluppo:

1) anzitutto vengono a coincidere nella medesima persona del paterfamilias la figura del debitore e quella dell'obligatus;

2) cessa di essere un vincolo materiale per trasformarsi in vincolo giuridico: diventa materiale solo in caso di inadempimento (per effetto della manus iniectio).

Possiamo così analizzare la fisionomia che l'istituto ha assunto in quest'epoca.

### 1. **Essenza.**

L'obligatio è ora un vinculum iuris quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura (Inst. III, 13 pr.).

### 2. **Struttura.**

L'obligatio ha assunto ora la struttura di un rapporto fra due paterfamilias.

### 3. **Contenuto.**

Essa ha ora per contenuto il diritto che l'un paterfamilias (creditore) ha rispetto all'altro (debitore) di pretendere una certa prestazione.

Come si vede le figure del debitore e del responsabile qui coincidono.

### 4. **Oggetto.**

L'oggetto della prestazione può consistere in un dare, in un facere, in un non facere o in un pati del debitore.

### 5. **Fonte.**

Fonte unica dell'obligatio è in quest'epoca un negozio formale verbale che si è sostituito al nexum, la sponsio (= stipulatio classica es. centum dari sponde? spondeo).

Questo negozio ha il suo parallelo nei trattati internazionali di quest'epoca che hanno una struttura (forma e parole) ed una funzione (creazione di un vinculum) analoga a quello della sponsio.

Questo parallelismo si spiega col carattere della famiglia romana.

Una obligatio, dunque, non poteva derivare che da una sponsio; peraltro qualunque fatto poteva essere ricercato nella formula stipulatoria venendo così elevato a fonte di obbligazione.

### 6. **Estinzione.**

L'obligatio si estingue mediante un negozio giuridico formale verbale parallelo, ma opposto a quello che l'ha costituito, l'acceptilatio ("Quod ego tibi promisi habesne acceptum? Habeo", III, 169).

Si applica qui il principio "quod verbis contractum est verbis dissolvi debet".

### 7. **Tutela.**

È data dalla legis actio sacramenti in personam (prima), dalla legis actio per conditionem e dalla condictio (infine) nel processo formulare.

La *condictio* è *certae creditae pecuniae* o *certae rei*, secondo che l'obligatio abbia ad oggetto una somma determinata di denaro o una cosa determinata.

### C) EPOCA CLASSICA PRIMITIVA.

In quest'epoca l'evoluzione che subisce l'obligatio si riferisce alla fonte e alle cause di estinzione: infatti accanto alla *stipulatio* vengono a porsi altre fonti di obbligazione ed altre cause estintive vengono a porsi accanto all'*acceptilatio*.

Le ragioni di questo sviluppo – che procederà ancora quanto più ci avvicineremo all'epoca classica e verso l'epoca post-classica e che avrà il suo termine nel diritto giustiniano – sono varie:

1) Per uno sviluppo intrinseco del sistema di *ius civile* si sentì il bisogno di porre accanto alla *stipulatio* anche altri negozi formali: così il *legatum per damnationem*, il *nomen transcripticium* (negozio formale scritto concluso sui registri familiari del *paterfamilias*);

2) Ancora dentro il sistema del *ius civile* si diede autonomia (in ordine alla produzione di una obligatio) al mutuo: cioè la semplice dazione della pecunia (o di altra cosa fungibile) da parte del mutuante al mutuatario venne considerata come fonte di obbligazione per il mutuatario a restituire al mutuante altrettanta pecunia od altrettante cose fungibili.

Prima di questa evoluzione nel sistema delle fonti obbligatorie il mutuo non produceva come tale obbligazione, ma in quanto rivestito dalla formula stipulatoria.

Cioè, il mutuante dava la somma al mutuatario e contemporaneamente si faceva promettere da quest'ultimo la dazione di una somma corrispondente in denaro (*centum dari spondes? Spondeo*).

Per attrazione dal mutuo viene considerato quale fonte di obbligazione anche il fatto analogo dell'indebito pagamento.

Poiché il pagamento dell'indebito produce, come il mutuo, proprietà a favore dell'accipiente, così si considerò che esso generasse, come il mutuo, l'obbligo della restituzione.

Da ciò l'identificazione che sta a tutela delle due obbligazioni: la *condictio* (*certae creditae pecuniae* e *certae rei*, cfr. Gaio III, 91).

3) Uno sviluppo ulteriore del *ius civile* fu dovuto alla influenza del diritto pretorio.

Come si è visto, secondo il *ius civile* una obligatio non può nascere che da una *stipulatio* o altro negozio formale: il *nomen transcripticium*, il *legatum per damnationem* ed in via del tutto eccezionale (in vista della sua frequenza) dal mutuo e dall'indebito.

Peraltro queste due fonti vengono, almeno processualmente, equiparate alla *stipulatio*: ciò è dimostrato dal fatto che per l'obbligazione da esse prodotta vie-

ne data un'azione (*condictio*) identica a quella che viene data per un'obbligazione nascente da *stipulatio*.

Ora nel *ius gentium* venivano considerate come fonti di obbligazione anche altre fattispecie (oltre a quella del mutuo).

Così, ad esempio, la compravendita di una cosa, la locazione, il mandato, la società.

In tutti questi casi era sufficiente che le parti ponessero in essere col semplice consenso il fatto della compravendita, locazione etc. perché da questo fatto sorgesse una obbligazione tutelata dal *praetor peregrino* (con *actiones in factum*).

Inoltre lo stesso pretore urbano tutelava con *actiones in factum* altre fattispecie (es. deposito, comodato) che, secondo il *ius civile*, avrebbero dovuto essere riversate entro una formula stipulatoria (come infatti avveniva prima della recezione di esse nel *ius civile*).

Ora avviene il seguente fenomeno: che tutte queste fattispecie, tutelate con *actiones in factum* dal pretore peregrino, vennero ricevute quali fonti di obbligazione dal diritto civile.

Così ormai nel diritto civile non sarà necessario, perché sorga *obligatio*, che una compravendita sia trasfusa in una *stipulatio*; il fatto solo della compravendita – attuata col semplice consenso delle parti – basterebbe a produrre effetti vincolanti anche per il *ius civile*.

È a cagione di questa evoluzione, verificatasi nel sistema delle fonti obbligatorie del *ius civile*, che troviamo detto in Gaio (III, 89) che “*obligatio contrahitur aut re (mutuo e indebito) aut verbis (stipulatio) aut litteris (nomen transcripticium) aut consensu (compravendita, locazione, società, mandato)*”.

4) E infine, poiché ormai certi tipi di atti illeciti (*delicta*, *furtum*, rapina, *iniuria*, *damnum iniuria datum*) sono considerati come fonti di obbligazioni, accanto alle figure di atto lecito sopra elencate vengono poste come fonti di obbligazione anche queste altre figure di atto illecito.

Da ciò la dizione gaiana (III, 88) “*omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”.

Ma, qui, *contractus* non significa, come nell'accezione posteriore, accordo di due volontà; significa fatto lecito, genetico di obbligazione (contrarre una obbligazione come si direbbe ad es. contrarre una malattia), cioè fatto lecito al quale obiettivamente il diritto riconduce un effetto obbligatorio; ora questo fatto può avere a sua volta per base un accordo e può anche non averlo (come nell'*indebito*).

#### D) ULTERIORE SVILUPPO NELL'EPOCA CLASSICA.

Nel sistema gaiano delle fonti di obbligazione non rientrano alcune fattispecie che furono certamente considerate dal *ius civile* come fonti di obbligazione (*contractus*) tali ad es. il deposito e il comodato.

Ma come i classici espressero in questo caso il *contrahere obligationem*? Videro qui un *re contrahitur obligatio* o un *consensu contrahitur obligatio* solo nei negozi del *ius gentium* ove la *fattispecie* consiste appunto nel semplice consenso delle parti.

Nel deposito invece e nel *commodato* non c'è passaggio di proprietà della cosa consegnata (da un lato) e (dall'altro lato) la *fattispecie* della consegna non può essere considerata come consenso a creare una *obligatio*.

Per queste ragioni, i due *contractus* nel diritto classico non vengono inquadrati assieme agli altri.

Oltre a queste fonti di *ius civile* di *obligatio* il diritto pretorio continua a dare tutela giuridica – mediante *actiones in factum* – a *fattispecie* non ricevute dal *ius civile* (tanto atti leciti quanto atti illeciti).

Orbene: queste *fattispecie* pretorie producenti *actio in factum*, pur essendo sostanzialmente fonti di vincolo obbligatorio, non possono pure considerarsi formalmente tali, non può dirsi che esse generino una *obligatio* (nel senso proprio del *ius civile*), ma deve dirsi che esse generano soltanto una *actio teneri*.

È da notare, infine, come sul terreno del diritto pretorio spunta in quest'epoca la figura della *conventio* o *pactum*: l'accordo di due parti intorno a uno scopo lecito a cui il diritto civile non attribuisce – come tale – nessun effetto giuridico, viene considerato come vincolante dal pretore che ricollega ad esso talvolta una *exceptio* (es. *exceptio pacti conventi*) e talvolta un'*actio in factum* (es. *conventio pignoris*).

Nell'epoca classica, quindi, il sistema delle fonti obbligatorie è il seguente: secondo il *ius civile* “*contrahitur obligatio verbis, litteris, consensu*” e negli altri due casi del *depositum* o del *commodatum*.

Però non è classica la unificazione di questi atti leciti obbligatori entro il concetto di contratto (si pensi allo *indebitum*). Questo concetto dell'accordo generatore di obbligazione è straniero alla sistematica classica: esso, come vedremo, spunta nell'epoca posteriore determinando uno spostamento nella classificazione delle fonti obbligatorie.

Accanto a questi atti leciti obbligatori bisogna porre i quattro tipi di atti illeciti, generatori, essi pure, di *obligatio*.

Anche in questo caso, peraltro, si manifesta il parallelismo del diritto pretorio: il pretore, infatti, venne riconoscendo come generatori di un *actio teneri* anche altri tipi di atti illeciti.

Perciò, riassumendo, abbiamo in questo periodo:

- a) atti leciti tipici generatori di *obligatio* (secondo il *ius civile*);
- b) atti leciti tipici generatori di *actio teneri* (secondo il diritto pretorio);
- c) atti illeciti tipici (*delicta*) generatori di *obligatio* (secondo il *ius civile*);
- d) atti illeciti tipici generatori di *actio teneri* (secondo il diritto pretorio).

## E) EPOCA POSTCLASSICA E GIUSTINIANEA.

L'evoluzione del sistema delle fonti obbligatorie è causata da questi fatti:

1) dalla fusione del diritto civile e pretorio; in conseguenza di ciò non vi è più distinzione fra obligatio ed actione teneri: ormai ciascuno degli atti leciti ed illeciti cui si ricollega l'effetto vincolante è fonte di obligatio;

2) dalla introduzione del concetto di conventio come criterio discriminante per i fatti leciti obbligatori;

3) dalla introduzione del concetto generale di delictum (atto illecito intenzionalmente doloso) quale criterio discriminante fra i fatti illeciti obbligatori.

Preciudendo dal primo punto, che non ha bisogno di ulteriori chiarimenti, veniamo al seguente.

La giurisprudenza postclassica (sulla scorta di spunti classici) analizzando i vari fatti leciti generatori di obbligazione notò che essi potevano essere distinti in due categorie secondo che fosse possibile vedere o no alla loro base una conventio delle parti.

Così: nel mutuo, nella stipulatio, nel nomen transcripticium, nel commodato, nei contratti consensuali, nel deposito etc., era possibile vedere alla loro base un accordo delle parti.

Allora tutti questi atti leciti furono riuniti sotto la categoria unica di contractus (conventio), la quale è definita "duorum vel plurium in idem placitus et consensus".

Quanto agli atti illeciti si notò come alcuni di essi avessero alla base una volontà dolosa dei loro autori: furono quindi classificati sotto la categoria unica di delictum.

Tutti gli altri atti leciti ed illeciti non rientranti entro le due categorie del contratto e del delitto – perché sprovvisti dell'elemento dell'accordo o di quello del dolo – vennero provvisoriamente a costituire un tertium genus, quello delle variae causarum figurae (D. 44, 7, 1 pr.) – testo postclassico: Obligationes aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.

Ma qui si imponeva una evoluzione ulteriore: infatti il tertium genus conteneva atti leciti ed atti illeciti che male potevano stare uniti nella classificazione. Ecco allora crearsi due categorie nuove:

a) quella degli atti leciti che pur non essendo contratti possono ad essi assimilarsi (quasi contratti);

b) quella degli atti illeciti che, pur non essendo delitti, possono ad esse assimilarsi (quasi delitti).

Da ciò la quadripartizione delle fonti obbligatorie che ci offrono le Istituzioni di Giustiniano: le obbligazioni aut ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio (Inst. III, 13, 2).

## II. – ANALISI DELLE FONTI OBBLIGATORIE

### A) IL CONTRACTUS.

Dopo aver visto lo sviluppo subito dal concetto di obligatio e dal sistema delle fonti obbligatorie riprendiamo ora lo studio del rapporto obbligatorio secondo il metodo innanzi determinato.

Conosciamo già l'esistenza dell'obligatio (iuris vinculum etc.), la struttura (rapporto fra due persone), il contenuto (diritto e correlativamente dovere di una certa prestazione), l'oggetto (dare, facere, non facere, pati). Contentandoci per ora delle nozioni generali date intorno a questi punti passiamo ad un'analisi approfondita delle fonti delle obbligazioni.

E poiché queste fonti sono (almeno secondo la quadripartizione giustiniana) il contratto, il quasi contratto, il delitto, il quasi delitto, esaminiamo singolarmente ciascuna di esse cominciando dalla più importante: il contractus.

L'evoluzione subita da questo istituto l'abbiamo già delineata: a grandi linee possiamo così rappresentarla:

1) nell'epoca classica più lontana contractus è qualsiasi atto lecito generatore di obligatio;

2) nell'epoca classica più tarda al contractus diviene immanente l'idea della conventio: dunque, secondo questa concezione, contractus sono quelli degli atti leciti generatori di obligatio, i quali racchiudono in sé un accordo (sono quindi dei negozi giuridici bilaterali).

Ma in quest'epoca se ogni contractus presuppone una conventio, non ogni conventio è contractus: perché ciò avvenga è necessario che la conventio abbia la sua causa in uno di quegli atti tipici leciti riconosciuti dal ius civile come generatori di obbligazione.

In questo periodo dunque il concetto di contratto risulta costituito di due elementi:

a) l'accordo;

b) la causa tipica (cioè lo scopo pratico dell'accordo, es.: compravendita, locazione, società, mandato, mutuo, deposito, commodato etc.).

Questa causa tipica dà il nomen al contratto (es. contratto di compravendita). Di qui la nozione di contratto nominato da contrapporre a quella di contratto innominato che non ha un particolare nomen iuris (es. do a Tizio una casa affinché svolga una certa attività: qui lo scopo – svolgere una certa attività – non rientra fra quelli che hanno un particolare nomen iuris e perciò il contratto è innominato).

3) Nell'epoca giustiniana e definitivamente nell'epoca moderna la nozione di contratto si converte in quella di conventio: contratto è ormai un accordo intorno a una causa lecita avente effetti obbligatori (vedi art. 1321 C.C.: "Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere fra loro un rapporto giuridico patrimoniale"). Esaminiamo di questo istituto (secondo il solito metodo di studio) l'essenza, la finalità, la struttura, la causa, gli effetti.

a) L'**essenza** è quella di un accordo fra due parti (o più) intorno ad una causa tipica (nel diritto classico) o comunque lecita (nel diritto giustiniano) col fine di produrre effetti obbligatori.

b) La **finalità** è la creazione di questi effetti obbligatori.

c) La **struttura** è quella di un negozio giuridico bilaterale (o plurilaterale). Questa struttura, pur restando ferma nella sua linea essenziale di negozio giuridico bilaterale, viene tuttavia a configurarsi diversamente secondo il diverso modo di conclusione del negozio.

Infatti questa conclusione può avvenire per:

- 1) re;
- 2) verbis;
- 3) litteris;
- 4) consensu.

Cioè: il negozio può essere concluso:

- 1) o mediante la dazione di una cosa (re, donde la categoria dei contratti reali);
- 2) o mediante la pronunzia di certe parole (verbis, donde la categoria dei contratti verbali);
- 3) o mediante la scrittura di certe formule (litteris, donde la categoria dei contratti formali letterari);
- 4) o mediante la manifestazione libera del consenso (consensu, donde la categoria dei contratti consensuali).

A questa categoria di contratti nominati bisogna aggiungere quella dei contratti innominati che hanno identità di struttura coi reali; in essi, infatti, il negozio si conclude mediante la dazione di una cosa (do ut des, do ut facias) o il compimento di un'opera (facio ut des; facio ut facias).

d) La **causa** del contratto è costituita da uno scopo pratico perseguito dalle parti.

Come si è detto, non qualsiasi scopo pratico lecito può nel diritto classico essere causa del contratto ma solo quegli scopi tipici previsti dal ius civile.

Peraltro il numero di questi scopi tipici si allarga sempre più e comprende, nell'epoca classica, tanto quegli che hanno un particolare nomen iuris (contratti nominati) quanto quelli che non l'hanno (contratti innominati).

Questi ultimi vengono così classificati:

- 1) do ut des (contratti il cui scopo consiste nel dare una cosa per riceverne un'altra);
- 2) do ut facias (dare una cosa perché la controparte faccia una cosa);
- 3) facio ut des (fare una cosa perché la controparte dia una cosa);
- 4) facio ut facias (fare una cosa perché la controparte ne faccia un'altra).

Come abbiamo detto, tanto nel diritto giustiniano quanto nel moderno, qualunque scopo lecito viene elevato a causa di un contratto.

E qui bisogna spiegare in che senso si distingue in dottrina fra contratti causali e contratti formali.

Ogni contratto, perché tale, richiede necessariamente una causa: quindi è per essenza causale.

Tuttavia, mentre nella loro maggioranza i contratti mostrano nella configurazione stessa della loro struttura la causa per cui sono stati creati (contrat-

ti causali), alcuni contratti non hanno visibile, nella loro struttura, tale causa: sono i contratti formali, quelli cioè che si concludono per il fatto solo di usare forme determinate.

In diritto romano è tale la *stipulatio*: perché essa si concluda, basta ad esempio che lo stipulante domandi al promittente *centum dari spondes?* e che il promittente risponda congruamente: *spondeo*.

In diritto moderno è tale la cambiale: perché sorga questo negozio è necessario e sufficiente che si osservino le forme secondo cui va fatta la promessa di pagare e di fare pagare perché, a prescindere dallo scopo pratico, invisibile nella cambiale come nella *stipulatio*, l'obbligazione sorga.

Il contratto formale si distingue dal causale: non reca visibile in sé la causa. Ma ciò non significa che la causa manchi: la causa c'è e può essere varia, es. un pagamento, una donazione, una novazione, e così via.

5) Gli **effetti** del contratto sono in diritto romano classico sempre e soltanto obbligatori (*ut obligatio constituitur*).

È principio – che abbiamo visto di generale applicazione – che il contratto non possa nel diritto classico generare un diritto reale (essendo a tal fine predisposti gli istituti della *mancipatio*, in *iure cessio*, *traditio*).

Nel diritto giustiniano e in quello moderno (art. 1376) il contratto può essere generatore di diritti reali.

Il contratto può generare obbligazioni per una sola o per ambedue le parti: da ciò la distinzione fra contratti unilaterali e bilaterali (nota bene: questa qualifica di unilaterali e bilaterali non si riferisce alla struttura, che è essenzialmente bilaterale, ma alle obbligazioni che dal contratto derivano e che possono cadere sopra una sola o sopra ambedue le parti).

Si parla di contratti bilaterali imperfetti: in realtà in tali casi si tratta di contratti unilaterali (es. il deposito), che possono eventualmente generare, oltre alla obbligazione che è loro essenziale (quella del depositario) anche una obbligazione dell'altra parte (quella del deponente).

Quanto agli effetti che il contratto produce è a dirsi che essi non possono andare oltre le parti che hanno fra loro concluso il contratto: non potrebbe, per effetto del contratto, sorgere in capo ad un terzo né un diritto né una obbligazione.

\* \* \*

Prima di trattare delle singole categorie e delle singole figure di contratto sarà bene dare brevissime linee intorno alla teoria del negozio giuridico.

Abbiamo detto: il contratto è un negozio giuridico bilaterale, abbiamo studiato questo negozio giuridico nella sua essenza, finalità, struttura, causa ed effetti, ma abbiamo con ciò presupposto come risolto il problema concernente l'essenza di un negozio giuridico.

Se guardiamo il contratto, questa essenza ci risulterà chiara: essa è costituita da una dichiarazione di volontà diretta a scopi pratici giuridicamente rilevanti.

Da questa definizione appare quale sia la finalità del negozio, quale ne sia la struttura, quali gli effetti; appare, altresì, quali siano le condizioni di esistenza e quali quelle di validità del negozio.

Esaminiamo ciò partitamente.

### **1. Finalità.**

Scopo pratico riconosciuto dal diritto: es. comprare, vendere, donare, locare, consegnare, costituire in dote etc.

Questi scopi insomma possono essere i più vari e si riferiscono a tutte le branche del sistema giuridico (famiglia, obbligazione, proprietà, eredità etc.).

La necessità che lo scopo pratico sia riconosciuto dal diritto è ovvia: se ciò non fosse, questo scopo non avrebbe rilievo giuridico e, quindi, non qualificherebbe come negozio giuridico la dichiarazione di volontà che lo persegue.

### **2. Struttura.**

Lo scopo pratico (fine del negozio) deve essere voluto e questo volere deve avere una manifestazione esterna: questa manifestazione, inoltre, deve avere uno o più destinatari, non solo, ma l'ordinamento giuridico determina anche i modi con i quali questa manifestazione deve avvenire (volontà liberamente manifestata, manifestata con forme solenni, con dazione di una cosa etc.).

Quindi, dichiarazione di volontà relativa ad altre persone nei modi determinati dallo ordinamento giuridico.

### **3. Effetti.**

La volontà così dichiarata in vista di un fine pratico riconosciuto dal diritto produce effetti giuridici: essa è vincolante e fonda dei diritti nei destinatari del negozio.

Prima di chiudere questa teoria del *contractus* è bene riaccennare alla conventio.

Nel diritto classico la diversità fra i due istituti appare da ciò: che l'uno è istituto del *ius civile* – munito quindi di un'azione civile – e l'altro del diritto pretorio – munito di difesa pretoria (*exceptio* o *actio in factum*).

Ma strutturalmente i due istituti coincidono.

Qui, come altrove, in tutte le varie branche del sistema, si ha il noto fenomeno del parallelismo di istituti civili e pretori. L'editto del pretore in base al quale i patti vengono tutelati suona così (Lenel, ed. 3a, 64):

*Praetor ait: Pacta conventa, quae neque dolo malo neque adversus leges plebiscita senatus consulta edicta decreta principum neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo (D. 2, 14, 7, 7).*

Infatti:

a) l'essenza della *conventio*, come quella del *contractus*, è costituita dall'accordo delle parti intorno ad uno scopo lecito col fine di produrre effetti obbligatori;

b) la finalità è qui pure la creazione di effetti obbligatori;

c) la struttura della *conventio* si identifica con quella del *contractus* (negozio giuridico bilaterale);

d) la causa della *conventio* è essa pure costituita da uno scopo pratico cui le parti mirano: la differenza fra questa causa e quella del contratto è data da ciò: che l'una è riconosciuta dal diritto civile e l'altra invece non lo è;

e) anche gli effetti della *conventio* sono sostanzialmente identici a quelli del *contractus* (obbligatori): con la sola differenza che gli uni procedano dal *ius civile* mentre gli altri derivano dal diritto pretorio (mediante *exceptiones* o *actiones in factum*).

Data questa identità strutturale fra *contractus* e *conventio*, era necessario che, con la fusione di diritto civile e pretorio, anche questi due istituti venissero a fondersi.

Infatti, come si è detto, il contratto giustiniano (come il moderno) si identifica in tutto con la *conventio*.

Si prenda in esame il contratto: la sua finalità pratica è quella di realizzare un certo scopo pratico riconosciuto dal diritto (comprare, donare etc.); la sua struttura è quella di una duplice dichiarazione di volontà (fusa in unità) diretta allo scopo pratico voluto da ambedue le parti: questa dichiarazione può essere in modi diversi (con forme, contratto formale; liberamente, contratti consensuali; con la dazione di una cosa, contratti reali); i suoi effetti sono costituiti dall'efficacia obbligatoria (una o più obbligazioni) che l'ordinamento giuridico ricollega al negozio e per mezzo dei quali permette alle parti la realizzazione anche coattiva dello scopo pratico perseguito.

Da tutto ciò risulta chiaro come le condizioni di esistenza del negozio siano:

- 1) la capacità giuridica del privato che emette la dichiarazione;
- 2) uno scopo giuridicamente rilevante che chiameremo causa;
- 3) la manifestazione di volontà (dichiarazione).

Può avvenire che un negozio che appare esistente abbia dei vizi derivanti dalla non corrispondenza fra la dichiarazione di volontà e la volontà reale.

La dichiarazione deve corrispondere alla volontà. In caso di divergenza il negozio è di massima nullità. Può invece avvenire che vi sia corrispondenza fra dichiarazione e volontà, ma che quest'ultima sia viziata perché l'interno volere si è formato in modo abnorme sotto l'influenza di elementi perturbatori. In questo caso il negozio viene ad esistenza, ma è annullabile.

Si ha annullabilità in caso di dolo, violenza (non assoluta), errore (vizio).

Si ha invece nullità quando l'errore sia ostativo: es. la dichiarazione è rivolta ad una persona scambiandola con un'altra, un oggetto è indicato in luogo di quello voluto.

In questi casi il negozio non c'è e non produce quindi effetto alcuno.

Pel negozio simulato si seguono criteri diversi, cioè:

a) o la dichiarazione simulatrice resta priva di effetti giuridici (*simulatae nuptiae nullius momenti sunt*);

b) quando vi siano i requisiti opportuni, mentre non prende effetto la dichiarazione simulatrice, come tale viene preso dal diritto in considerazione il negozio simulato (es. vendita fra coniugi che nasconda una effettiva donazione).

Quanto alla annullabilità è da tener presente lo speciale meccanismo processuale che la rende possibile: cioè è solo per tramite dell'*exceptio doli* o dell'*exceptio quod metus causa* che si possono paralizzare le pretese nascenti dal negozio annullabile.

L'annullabilità di un negozio, quindi, è un concetto che sorge sul terreno del diritto pretorio e che si attua pel tramite della formula.

Mentre rinvio alle comuni trattazioni civilistiche per gli ulteriori sviluppi di questi principi, accennerò ancora ad una distinzione importante relativa agli elementi essenziali, naturali ed accidentali del negozio giuridico.

A) **Essenziali**, come dice la parola, sono quegli elementi che non possono mancare nel negozio costituendone l'essenza. Cioè:

- 1) la capacità giuridica delle parti;
- 2) lo scopo;
- 3) la manifestazione della volontà.

Così se due parti vogliono concludere una compravendita debbono:

- 1) essere giuridicamente capaci di obbligarsi;
- 2) volere concludere una compravendita (cioè acquisto dell'**habere licere** di una cosa contro il pagamento di un prezzo) assoggettandosi quindi a tutte le conseguenze che dall'essenza del negozio derivano;
- 3) manifestare cotesta volontà.

B) **Naturali** sono gli elementi che genera la natura stessa del negozio; la differenza tra questi elementi naturali e quelli essenziali sta in ciò: che mentre questi ultimi non possono essere eliminati dalle parti – poiché con ciò si eliminerebbe l'essenza stessa del negozio – i primi possono essere eliminati.

Esempio: nella compravendita è elemento naturale la così detta responsabilità per evizione; ora, da questa responsabilità il venditore potrà essere esonerato per patto speciale.

C) **Accidentali** sono quegli elementi che le parti sogliono aggiungere al negozio; sono tali ad esempio la condizione, il termine ed il modo e quelle altre pattuizioni che fiancheggiano il negozio principale.

La **condizione** è una clausola del negozio avente ad oggetto un evento futuro ed incerto dal quale dipende la nascita (condizione sospensiva) o la risoluzione (condizione risolutiva) del negozio stesso.

In diritto romano non si ammette che la condizione sospensiva; quanto alla risolutiva se ne ottengono gli effetti pratici solo indirettamente.

Esempio: Tizio vende a Caio (facendogliene la consegna) un fondo col patto (in diem addictio) che si consideri non venduto se entro un certo periodo di tempo si presenterà un migliore offerente.

Problema: presentandosi questo migliore offerente, la compravendita si risolve automaticamente (come se fosse sottoposta a condizione risolutiva)? No, la compravendita ormai conclusa non si risolve; solo nasce nel compratore l'obbligo a ritrasferire al venditore il fondo comprato.

Il **termine** è una clausola del negozio per cui "gli effetti di questo negozio vengono ritardati sino ad una data epoca" (esempio: a partire dagli Idi di aprile) ovvero vengono a cessare a una data epoca: dies a quo, dies ad quem.

La differenza tra termine e condizione è chiara: la condizione sospensiva sospende l'esistenza stessa del negozio, il termine (sospensivo) ne sospende soltanto gli effetti.

Il **modo** è una clausola aggiunta normalmente ai negozi giuridici a titolo gratuito, con cui si impone all'onerato l'adempimento di un onere determinato.

Chiudiamo questa parentesi del negozio giuridico e torniamo ai contratti.

## 1. – CONTRATTI REALI.

Come abbiamo già detto sono contratti reali quei contratti la cui conclusione avviene mediante la dazione della cosa che ne costituisce l'oggetto.

I contratti reali sono per la loro natura contratti unilaterali, in quanto cioè generano obbligazioni per una sola delle parti.

Nel diritto giustiniano i contratti reali sono:

- a) il mutuo;
- b) la fiducia;
- c) il deposito;
- d) il deposito irregolare;
- e) il commodato;
- f) il precario;
- g) il pegno,
- h) i contratti innominati.

### 1. Il **mutuo** (Gaio III, 90; Inst. III, 14 pr.; Art. 1813 sgg. C.C.).

Il mutuo (o prestito di consumazione) è un contratto reale unilaterale per cui una parte (contraente) consegna all'altra (mutuatario) una certa quantità di cose con l'obbligo di quest'ultimo di restituzione di altrettante della medesima specie e qualità (cfr. art. 1813).

Da questa definizione risulta:

a) che oggetto del mutuo sono le cose fungibili (mutui datio) proprie in his fere rebus contingit quae pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata, vinum oleum frumentum aes argentum aurum (Gaio, III, 90);

b) che la proprietà di queste cose viene trasferita col fatto della consegna (traditio) dal mutuante al mutuatario (quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem sed aliae eiusdem naturae reddantur, und etiam mutuum appellatum est, quia quot ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit).

In forza del mutuo il mutuatario diviene padrone della cosa mutuata;

c) in conseguenza del passaggio di proprietà del mutuatario, se quest'ultimo verrà a perdere per qualsivoglia ragione la cosa (incendio, naufragio etc.) vale il principio casum sentit dominus: cioè il danno della perdita sarà sopportato unicamente dal mutuatario (dominus) il quale non potrà, perciò, per effetto di questa perdita, liberarsi dalla obbligazione che ha di restituire al mutuante altrettanto della medesima specie e qualità:

Inst. III, 14, 2: ... is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio ruina naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet.

d) dal mutuo nasce una sola obbligazione: quella del mutuatario a restituire altrettante cose della medesima specie e qualità.

Corrispondente a questa obbligazione vi è un'azione (formula) che si chiama *condictio*, la quale è *certae rei* (o *condictio triticatia*) o *certae pecuniae*, secondo che oggetto del mutuo fu una somma di denaro o una certa qualità di merce:

*Condictio certae pecuniae*: "si paret Numerium Negidium (mutuatario) Aulo Agerio (mutuante) sextertium decem milia dare oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sextertium decem milia condemna; si non paret absolve".

Il fondamento giuridico dell'obligatio del mutuatario sta più nell'indebito arricchimento che a suo favore si produrrebbe se non restituisse, che nel contratto di mutuo.

Infatti la *condictio* che è concessa al mutuante è concessa anche a colui che ha erroneamente pagato per riottenere l'indebito pagamento.

In quest'ultima ipotesi, come nel mutuo, il falso creditore è diventato come il mutuatario proprietario della somma da lui pagata.

Poiché però da questo indebito pagamento si è prodotto nel suo patrimonio un arricchimento indebito (non iure), egli sarà obbligato a restituire: e l'azione di restituzione è, come nel mutuo, la *condictio certae rei* o *certae pecuniae*.

Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur. Nam proinde ei condici potest: si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset (Gaio, III, 91).

Deriva da ciò che anche il mutuatario non può essere obbligato a restituire più di quanto ha ricevuto. La *condictio* suona infatti “si paret centum dare oportere”, cioè se è vero che il mutuatario abbia a restituire i cento avuti.

Se il mutuante ha dato cento egli non potrà richiedere centocinque (per interessi), per il fatto semplicissimo che la *condictio* poggia sulla *datio*: quanto si è dato si ripete.

Se egli chiedesse di più farebbe una *pluris petitio* nella propria intentio e perderebbe la lite.

Come fare allora per dare al mutuante un diritto agli interessi?

Non c'era che una via: concludere, oltre al contratto di mutuo, un contratto verbale (*stipulazione*) per gli interessi.

In questa maniera il mutuante aveva due diritti (e due azioni) nascenti dai due contratti: uno alla restituzione nascente dal mutuo, l'altro agli interessi nascenti dalla *stipulatio*.

Un istituto diverso dal mutuo è il così detto *fenus nauticum* o **pecunia traiecticia** (prestito marittimo): esso ha luogo allorché una persona faccia un prestito ad un altro a scopo di commercio marittimo con assunzione del rischio della navigazione.

Il creditore ha diritto a riavere il capitale ed interessi se la nave compirà felicemente il viaggio.

Questo speciale contratto di mutuo è diverso quanto alla sua struttura da quello comune; e diversifica da esso anche quanto agli interessi che da esso derivano.

D. 22, 2, 7: “In quibusdam contractibus etiam usurae debentur quemadmodum per stipulationem. nam si dedero decem traiecticia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est posse me sortem cum usuris recipere”.

Un prestito che genera interesse è anche quello concluso con una *civitas* ma questi due casi di prestito ad interesse non intaccano in nulla la regola della necessaria gratuità del mutuo, trattandosi di casi in cui il prestito ha una struttura giuridica diversa da quella comune.

## 2. Fiducia.

La *fiducia* è un contratto unilaterale per cui una parte, *fiduciante*, trasferisce sull'altra, *fiduciario*, mediante *mancipatio* o *in iure cessio* la proprietà di una cosa con fine di garantire il pagamento di un debito (**fiducia cum creditore**) o di assicurare la custodia di questa cosa (**fiducia cum amico**) e quest'al-

tra parte si obbliga a rimancipare e ad in iure cedere la cosa avuta dal fiduciante quando il debito sia pagato (primo caso) o quando il fiduciante lo richieda (secondo caso).

Come risulta da questa definizione, il fine della fiducia può essere duplice:

a) la garanzia di un debito (fiducia cum creditore);

b) la custodia della cosa (fiducia cum amico – Gaio, II, 60: “fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint”).

Ma tanto nell’uno che nell’altro caso la via per realizzare questo fine è la **mancipatio** o l’**in iure cessio** della cosa al fiduciario.

Per effetto di questa **mancipatio** o **in iure cessio** al fiduciante, quando questi abbia pagato il debito (se trattasi di **fiducia cum creditore**) o quando questi lo richieda (se trattasi di **fiducia cum creditore**), sorge l’obbligazione nel fiduciario a restituire.

La **mancipatio**, come si è avuto occasione di dire altre volte, è in diritto classico un modo solenne di trasferimento della proprietà delle **res mancipi**. Essa era, però, in antico una vera vendita, nel diritto classico è divenuta una immaginaria venditio. Ecco la descrizione che ne dà Gaio I, 119:

“Est autem **mancipatio** imaginaria quaedam venditio; quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est, eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui **mancipio** accipit aes tenens, ita dicit: “Hunc ego hominem ex iure Quiritum meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra”: deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo **mancipio** accipit quasi pretii loco”.

Ora, nel caso di **mancipatio** fatta al fine di fiducia, nella formula si inseriva la menzione della fiducia: “hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi fiduciae causa emptus esto hoc aere aeneaque libra”.

È in conseguenza di questo inciso – *fiduciae causa* – che la giurisprudenza romana distinse nella **mancipatio fiduciae causa** due negozi diversi, cioè:

1) un negozio reale (trasferimento di proprietà);

2) un negozio obbligatorio (contratto di fiducia).

In questo negozio obbligatorio derivava appunto l’obbligazione del fiduciario a ritrasferire le cose al fiduciante quando fossero ricorsi i presupposti di co-desta restituzione.

In corrispondenza a questa obbligazione i giuristi romani costruirono l’azione (formula) adeguata (cfr. Lenel; pag. 292):

“Si paret Aulum Agerium Numero Negidio fundum de quo agitur, ob pecuniam debitam fiduciae causa **mancipio** dedisse eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per Numerium Negidium stetisse quo

minus solveretur, eumque fundum redditum non esse, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret absolute”.

La fiducia viene via via scomparendo nella stessa epoca classica; infatti le sue due funzioni vennero assunte da due istituti diversi; e cioè il *pignus*, che sostituì la fiducia cum creditore, e il *depositum*, che sostituì la fiducia cum amico.

Le fonti giustinianee non parlano mai della fiducia; i testi che originariamente ne parlano furono interpolati con la menzione del *pignus*.

Però l'interpolazione è spesso anche materialmente rilevabile.

### 3. Deposito (D. 44, 7, 1, 5; Inst. III, 14, 3; C.C. artt. 1766 e segg.).

Il deposito è un contratto reale, unilaterale, in virtù del quale una persona (depositante) consegna a un'altra (depositario) una cosa, affinché sia custodita e restituita a sua richiesta.

“Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum ut ostendat totum fidei eius commissum quod ad custodiam re pertinet”.

Dalla definizione risulta:

1) scopo del contratto è la custodia della cosa depositata.

Il depositario, quindi, è un semplice detentore della cosa depositata; cioè non solo non ne acquista la proprietà, ma non ne acquista neanche il possesso.

Da ciò deriva che se il depositario è molestato nella detenzione della cosa la tutela interdittale non è disposta a suo favore, ma ad esclusivo favore del deponente;

2) che il contratto è reale (*is apud quem aliqua deponitur, re obligantur*): cioè si conclude mediante la consegna della cosa;

3) il depositario ha l'obbligo di custodire la cosa e di restituirla a richiesta del deponente con i frutti eventualmente maturati.

Egli non può usare della cosa depositata sotto pena di commettere un *furtum usus*. Però l'obbligo del depositario di custodire la cosa si concreta in un contegno puramente negativo, cioè non fare in modo che per un suo dolo la cosa non possa essere più restituita. (Al dolo è equiparato anche il fatto che la cosa sia resa *deterior*).

Quando, dunque, anche per negligenza del depositario, la cosa non possa più essere restituita, viene meno l'obbligazione della restituzione.

“Sed is etiamsi neglegenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit:

*neglegentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit de se quaeri debet*” (D. 44, 7, 1, 5, cfr. Inst. III, 14, 3).

Le ragioni dunque per cui il depositario risponde della cosa a lui affidata entro i limiti del dolo va ricercata nel fatto che il deposito è gratuito ed è fatto *eius gratia qui deposuit*.

Tutto ciò, cioè l’obbligazione di restituire e i suoi limiti, risulta chiaramente dalla formula *in factum* (sappiamo che il deposito aveva nel diritto classico due formule: *in ius* ed *in factum*) nel deposito:

“*Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam depossuisse eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito*”.

L’inciso “*eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse*” mostra chiaramente come il dolo sia il limite di responsabilità nel deposito.

Questo limite di responsabilità restò anche nel diritto giustiniano, nonostante che in questo diritto il limite di responsabilità sia sempre elevato al grado della colpa.

Del resto anche nel diritto classico potevano le parti convenire la prestazione anche della colpa: per contro, sarebbe stato invalido un patto mirante ad eliminare qualsiasi responsabilità per dolo (D. 16, 3, 1, 6-7).

4) Il deposito, abbiamo detto, è un contratto unilaterale: da esso, cioè, nasce una sola obbligazione (quella del depositario a restituire).

Ciò è approvato dal fatto che vi è una sola azione (l’*a. depositi*) che può essere *in factum* e *in ius*.

Tuttavia qualche volta può sorgere dal deposito qualche obbligo anche per il deponente (per es. a rimborsare il depositario delle spese o dei danni procuratigli dalla cosa depositata).

In questo caso quale azione userà il depositario? La stessa *actio depositi* del deponente in funzione di *actio contraria*.

Cioè nella *condemnatio* della formula del deposito farà inserire l’inciso (*alterum alteri*) in virtù del quale viene dato al giudice il potere di condannare anche il deponente.

Esempio:

“*Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona nisi restituat, eius iudex alterum alteri condemnato; si non paret absolvito*”.

#### 4. Figure anomale di deposito.

a) **Deposito necessario.** È quello che viene fatto in occasione di gravi calamità pubbliche o private.

Queste forme di deposito sono munite di tutela giuridica ad opera del pretore il quale, data la iniquità di una mancata restituzione in tali casi, concede ai deponenti azioni in duplum (cioè pel doppio del valore della cosa depositata).

Pretor ait: “quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum... iudicium dabo” (D. 16, 3, 1, 1).

b) **Sequestro.** È definito da Paolo (D. 16, 3, 6) “Proprie autem in sequestro est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur”.

Si ha perciò il sequestro allorché più persone depositino presso un terzo una cosa autorizzando a restituirla solo quando si verificano certe condizioni.

Es.: deposito di una cosa litigiosa presso un terzo, il terzo la restituirà solo al vincitore.

La differenza perciò più visibile fra deposito e sequestro sta nel fatto che il sequestratario è obbligato a restituire non a richiesta del deponente, ma quando si verificano le condizioni volute.

Altra differenza sta nel fatto che il sequestratario ha la possessio e non la semplice detenzione come il depositario.

Quanto al resto il sequestro è disciplinato in tutto come il deposito ed a sua tutela sta un'actio sequestraria.

c) **Deposito irregolare.** Mentre nel deposito necessario e nel sequestro la struttura del custodire (e poscia restituire) è integralmente mantenuta, questa struttura non è mantenuta nel così detto deposito irregolare.

Si ha questa figura di deposito allorché il depositante deposita presso il depositario una somma di denaro con l'obbligo del depositario di restituire altrettanto della medesima specie e qualità.

Come si vede l'obbligo del depositario è identico qui a quello del mutuatario e qui, come nel mutuo, la proprietà della cosa depositata passa al depositario.

Ma è chiaro che qui non possa più parlarsi di vero deposito: se la cosa depositata passa in proprietà del depositario siamo piuttosto in presenza di un caso di mutuo.

Ciò è perfettamente inteso dai romani, i quali distinguono fra il deposito vero e proprio, in cui la res resta in proprietà del deponente, e il caso in cui invece essa passa nella proprietà del depositario: “nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem depositata esset nisi tantundem pecuniae solveret” (D. 19, 2, 31).

Una tale figura “egreditur depositi notissimos terminos”.

Questa figura di deposito irregolare (come quella di deposito necessario e di deposito sequestro) è conosciuta anche nel nostro diritto e ce ne offre larga prova il così detto deposito bancario.

Questo deposito bancario in sostanza in nulla differisce da un mutuo e ciò è tanto vero che in caso di fallimento del depositario il deponente non riottiene la somma versata (come avverrebbe se fosse vero depositario), ma viene a concorrere con la massa dei creditori e, quindi, ad essere pagato in proporzione dell'attivo del fallito.

### 5. Il comodato.

È un contratto reale unilaterale o bilaterale imperfetto per cui una parte (commodante) concede ad un'altra (comodatario) gratuitamente l'uso di una cosa determinata (inconsumabile) con l'obbligo di quest'ultimo di restituire la cosa al tempo convenuto.

Da questa definizione risulta:

a) che il comodato è un contratto reale (Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur, Inst. III, 14, 2);

b) che lo scopo del comodato è la concessione dell'uso di una cosa al comodatario.

Quindi proprietario della cosa commodata resta il commodante (supposto che sia dominus), il quale ha anche il possesso (vedi ciò che si disse a proposito del deposito), mentre il depositario ha solamente la materiale detenzione della cosa.

Oggetto del comodato non possono essere che cose inconsumabili; ovvero delle cose consumabili ma solo in quanto servono a mero scopo di ostentazione (comodato di una somma, es.: ad pompam).

Il comodatario deve usare della cosa entro i limiti della concessione e dell'uso normale, se eccede questi limiti egli commette un *furtum usus*.

c) L'obbligazione nascente dal comodato è usualmente una: quella del comodatario a restituire la cosa commodata al commodante che la richieda al tempo convenuto.

In corrispondenza a questa obligatio sta un'actio in ius concepta di buona fede:

“Quod Aulus Agerius Numerio Negidio rem qua de agitur commodavit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito”.

Però questa actio in ius concepta è, come sappiamo, di tarda introduzione nel diritto classico: il comodato infatti, come il deposito, venne prima riconosciuto solo dal pretore che lo munì di un'actio in factum.

Diceva infatti l'Editto del Pretore (D. 13, 6, 11): "Quod quid commodasse dicetur, de eo iudicium dabo". Questo iudicium del Pretore era così concepito:

"Si paret Aulum Agerium Numerio Negidio rem qua de agitur commodasse eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit tantam pecuniam i. N.N. A.A. c. s.n.p.a."

La coesistenza delle due formule è attestata esplicitamente da Gaio, IV, 47.

## 6. Pegno.

Il pegno è un contratto reale unilaterale in forza del quale il pignorante al fine di garantire ad un creditore proprio od altrui il pagamento del debito, trasferisce a questo creditore (creditore pignoratizio) il possesso di una cosa (mobile od immobile) con l'obbligo da parte di quest'ultimo di restituire le cose pignorate allorché sia stato soddisfatto il debito.

Dalla definizione risulta:

a) il contratto reale di pegno presuppone la esistenza di una obbligazione alla cui garanzia esso mira;

b) è unilaterale perché esso è fonte di una sola obbligazione, quella del creditore pignoratizio di restituire la cosa;

c) è reale perché si conclude colla dazione della cosa;

d) questa dazione importa trasferimento di possesso; quindi non trasferimento di proprietà e neanche il trasferimento di mera detenzione ma trasferimento di possesso, cioè di quello stato di fatto corrispondente al diritto di proprietà che come tale viene tutelato mediante interdetti.

Invece nel deposito e nel comodato, dove c'è pure obbligo alla restituzione di una cosa del deponente e del commodante, il depositario e il commodatario non hanno il possesso ma la mera detenzione.

L'azione del pegno (concessa quindi al pignorante contro il creditore pignoratizio) è la seguente:

"Si paret Aulum Agerium Numerium Negidium rem qua de agitur ob pecuniam debitam pignori dedisse eamque pecuniam solutam esse... eamque rem Aulo Agerio redditam non esse... quanti ea res erit etc."

Come si vede è un'actio in factum: forse vi era anche quella in ius.

## 7. Precario.

Il precario nel diritto classico è un rapporto possessorio: cioè consiste nel trasferimento del possesso (ad interdicta) di una cosa che il possessore fa ad altra persona; ora, tra il concedente e il precarista non si stabilisce in diritto classico un rapporto obbligatorio: infatti il precarista non è obbligato (in senso tecnico) a restituire la cosa dovuta.

Però il pretore mediante interdetto (interdetto de precario) può ordinare in qualunque momento su domanda del concedente la restituzione del possesso al medesimo.

Nel diritto giustiniano il precario è invece un contratto reale fonte di obbligazione per precarista, che è obbligato a restituire in qualunque momento gliene faccia richiesta il concedente la cosa da lui avuta.

Nel diritto classico si trasferisce il possesso, nel diritto giustiniano la sola detenzione. Il precario è gratuito come il comodato, ha per scopo il godimento della cosa da parte del precarista; esso ha tale somiglianza col comodato che è quasi impossibile determinare una linea di demarcazione.

### Contratti innominati.

I contratti innominati vengono studiati dopo quelli reali perché essi hanno con questi una affinità di struttura; infatti, come i contratti reali si concludono con la dazione della cosa, così i contratti innominati si concludono per effetto della prestazione effettuata da una delle parti.

Dobbiamo ora vedere:

- a) perché questi contratti si chiamano contratti innominati;
- b) quali sono;
- c) in che si differenziano da quelli nominati;
- d) quale il loro regime classico e giustiniano.

I. – Questi contratti si chiamano innominati perché la causa (cioè lo scopo) non è una di quelle nominate e tipiche (mutuo, deposito, fiducia, vendita etc.).

Come già sappiamo la nozione di contratto risulta dalla fusione di due elementi: a) conventio, b) causa. Se mancasse uno di questi due elementi verrebbe meno la figura del contratto.

Orbene nei contratti innominati la causa è rappresentata dalla prestazione fatta da una delle parti in conseguenza della quale sorge l'obbligazione nell'altra parte.

Questa prestazione può avere un quadruplice contenuto:

- 1) può consistere in un dare con lo scopo che anche l'altra parte dia qualcosa (do ut des);
- 2) può consistere in un dare affinché l'altra parte faccia qualcosa (do ut facias);
- 3) può consistere in un fare affinché l'altra parte dia qualcosa (facio ut des);
- 4) può consistere in un fare affinché l'altra parte faccia essa pure (facio ut facias).

Quindi conventio più prestazione (una delle quattro designate) = contratto innominato.

Quando cioè le parti si sono messe d'accordo (conventio), e una di esse ha effettivamente eseguito la prestazione, il contratto innominato è concluso.

II. – I contratti innominati rientrano entro le quattro categorie sopra elencate: fra essi da notare per la sua impotenza la permuta (*do ut des*), cioè lo scambio di una cosa contro cosa.

III. – La differenza fra questi contratti e quelli nominati sta appunto nel fatto che in essi la causa non ha un nome proprio ed è rappresentata dalla prestazione.

Si può dire: contratto nominato = *conventio* + causa tipica e contratto innominato = *conventio* più prestazione.

Si tenga comunque presente che una causa sia pure non nominata c'è nei contratti innominati: essa è rappresentata appunto dalla prestazione.

Perché se mancasse questo elemento allora avremo la semplice *conventio* e, quindi, non avremmo il contratto (si legga D. 2, 14, 7).

IV. – Qual è dunque il regime giuridico dei contratti innominati?

Se è vero che essi sono contratti a struttura reale in quanto si concludono per effetto della prestazione fatta dalle parti è dunque necessario che essi generino obbligazioni a favore della parte adempiente (i contratti innominati sono contratti unilaterali).

E se generano obbligazioni è necessario che generino azioni. Quali?

Ecco: in diritto classico i contratti innominati non sono veramente contratti di *ius civile*, essi generano solo una obbligazione pretoria e quindi una *actio in factum*.

Quindi la parte adempiente aveva a sua disposizione questa azione con cui poteva costringere la controparte al pagamento del quanti *ea res erit*.

Ma oltre a questa azione in *factum* la parte adempiente aveva anche una *condictio* (*ob rem dati re non secuta*) con cui essa poteva chiedere la restituzione di ciò che aveva dato.

La parte adempiente quindi aveva a sua disposizione due azioni: l'*actio in factum*, che era diciamo così l'azione contrattuale e la *condictio* che era azione (di *ius civile*) di ripetizione.

È estremamente disputato se nel diritto classico l'*actio in factum* si fosse trasformata in *actio in ius*: le fonti parlano di *actio incerti* e di *actio praescriptis verbis*.

Nasce spontanea la domanda; perché questa duplicità di azione nei contratti innominati, mentre tutti gli altri contratti non generano che una sola azione, quella contrattuale?

La risposta è da ricercare nel fatto che, prima che sorgesse l'*actio in factum*, la parte adempiente non aveva a sua disposizione che la *condictio*: quando poi sorse l'*actio in factum* essa si aggiunse senza escluderla alla *condictio*.

Nel diritto giustiniano il contratto innominato genera:

- 1) un'azione civile (contrattuale) chiamata *actio praescriptis verbis*;
- 2) l'azione di ripetizione (*condictio ob rem dati re non secuta*);
- 3) ed una *condictio ob poenitentiam* in virtù della quale la parte adempiente poteva pentirsi del contratto e richiedere la restituzione di quanto aveva prestato.

## 2. CONTRATTI VERBALI.

### Stipulatio

La stipulatio è contratto formale verbale, unilaterale, concluso mediante una domanda solenne fatta dal futuro creditore (stipulatore) al futuro debitore (promittente) ed una congrua risposta di quest'ultimo al primo.

“Stipulatio est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit” (D. 45, 1, 5, 1).

Da questa definizione deriva:

a) La stipulatio è un contratto: essa, perciò, è un negozio giuridico bilaterale, distinguendosi così dalla dotis dictio e dalla promissio iurata, che sono negozi giuridici unilaterali.

b) È un contratto formale: quindi l'obligatio nasce dal fatto solo che siano osservate le formalità richieste: cioè la pronunzia delle parole solenni con cui la stipulatio si conclude (dari spondes? Spondeo).

Come vedremo più innanzi la stipulatio può contenere oltre alle parole essenziali anche la descrizione solenne dello scopo pratico cui le parti mirano con essa: ma anche in questo caso l'obligatio non ha la sua fonte in questo scopo, sibbene nella solenne promessa.

La stipulatio quindi può servire per le fattispecie più svariate; e però in tutti questi casi fonte dell'obligatio resta sempre unicamente la formale domanda e la congrua risposta in cui la stipulatio essenzialmente consiste.

Quando si chiede perciò la ragione per cui la stipulatio si dice contratto formale, bisogna rispondere che questa ragione va ricercata nel fatto che nella stipulatio l'obligatio nasce dalla formale domanda e risposta che le parti si scambiano a prescindere dalla causa (visibile o meno nella formula stipulatoria) che la stipulatio stessa ha prodotto.

Infatti una stipulatio può essere conclusa per gli scopi più svariati: ad esempio, una donazione, una costituzione di dote, un mutuo, una compravendita etc.; ebbene, in tutti questi casi, nonostante la diversità degli scopi cui la stipulatio mira, la causa della stipulatio è sempre la stessa: la formale domanda e risposta.

Un istituto analogo del diritto moderno è la cambiale; essa genera obbligazione a prescindere dallo scopo pratico cui mira e che del resto è in essa invisibile.

c) È un contratto formale verbale: è, cioè, un contratto in cui il consenso si manifesta mediante la pronunzia di parole solenni.

Queste parole ci sono state tramandate da Gaio e dalle fonti giustinianee:

Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti: Dari spondes? Spondeo. Dabis? Dabo. Promittis? Promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fideiubes? Fideiubeo. Facies? Faciam. Sed haec quidem verborum obligatio dari spondes? Spondeo propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes expressae fuerint, veluti hoc modo. Doseis? Doso. Omologheis? Omologo. etiam haec tamen inter romanos valent si modo oraeci sermonis intellectum habeant. (Gaio, III, 92).

Dunque la stipulatio si impernia sul verbo con cui si fa la domanda con quello identico con cui si dà la risposta: Dari spondes? Spondeo.

Queste tre parole ne costituiscono l'elemento essenziale.

Orbene, come già si disse, le parti potrebbero fare precedere queste parole essenziali dalla descrizione della fattispecie che ha causato la stipulatio medesima.

Esempi: "Quod ego tibi hominem Stichum manumissionis causa tibi dedi si is a te intra kalendas Januari manumissus non erit centum dari spondes? Spondeo".

"Quod ego tibi hominem vendidi quo de agitur quanti ea res dari spondes? Spondeo".

"Quod ego apud te mensam auream deposui qua de re agitur si ea dolo mihi restituta non fuerit centum dari spondes? Spondeo" e così via.

Questi esempi mostrano come le più svariate fattispecie potessero essere trasfuse entro una stipulatio e ricevere così tutela giuridica.

Orbene, è appunto per questa capacità della stipulatio a dare veste giuridica alle più svariate fattispecie per sé giuridicamente irrilevanti che la stipulatio costituisce il fulcro e il punto di partenza del sistema contrattuale romano.

Si pensi a tutte le fattispecie che costituiscono i vari contratti reali già studiati; a tutte quelle che costituiscono la fattispecie dei contratti innominati, a tutte quelli che costituiscono le fattispecie dei contratti consensuali.

Tutte queste fattispecie non furono in origine fonti autonome di obligatio, lo divennero solo più tardi dopo la recezione nel ius civile per tramite del diritto pretorio e del diritto delle genti.

Eppure queste fattispecie non potevano non ricorrere nella pratica già prima che venisse riconosciuta la loro capacità a produrre obligatio.

Come dunque esse potevano esser tutelate?

Non c'era che un mezzo: riservare questa fattispecie nelle formule stipulatorie.

Agli inizi del sistema contrattuale romano quindi la stipulatio appare come l'unica fonte di obligatio, poi via via che il ius civile riconobbe alcune fattispecie come fonte di obligatio accanto alla stipulatio (contratto formale) vennero a porsi i contratti reali e quelli consensuali.

Così la stipulatio venne a perdere la sua posizione solitaria per divenire una fra le fonti di obligationes ex contractu.

Ci viene qui fatto di fare parallelismo tra stipulatio e formula, e questo parallelismo ci viene suggerito dall'attività analoga che svolgevano per l'uno o per l'altro istituto i giuristi.

Questa attività era infatti diretta:

a) o a creare dei formulari per mezzo dei quali fosse trasfusa in una stipulatio una qualsiasi fattispecie;

b) o a creare delle formule entro cui tale fattispecie fosse trasfusa.

Insomma quando una fattispecie era per sé priva di effetti giuridici potevano darsi due casi:

1) o le parti la rivestivano subito della formula stipulatoria (e per la creazione di questa formula esse ricorrevano ai giuristi) ed allora questa fattispecie era tutelata con l'obbligo nascente della stipulazione;

2) o le parti non provvedevano a questa cautela, ed allora, al momento della contestazione, sorgeva la necessità di trasfondere questa fattispecie nei termini di una formula in factum chiedendone al pretore la concessione.

L'una e l'altra trasfusione avevano luogo seguendo i medesimi modelli.

Ma ecco allora verificarsi questo fenomeno: il ricorso alla stipulatio diventa meno frequente mentre più frequente diventa il ricorso alla formula in factum.

È un contratto unilaterale perché genera obligatio per una sola delle parti: il promittente.

Dalla stipulatio quindi nasce una sola azione: essa è la *condictio* che è *certae creditae pecuniae* se la stipulatio ha ad oggetto una certa somma di denaro o *certae rei* o *triticaria* se ha ad oggetto una certa *res*.

La *condictio certae rei* si chiama anche *triticaria* perché nell'albo la *res* indicata nello schema della *condictio* era il *triticum*.

Quando invece la stipulatio ha ad oggetto un *incertum*, l'*actio* che ne deriva è l'*actio ex stipulatu*.

Esempio di *condictio certae pecuniae*: “si paret Numerium Negidium Aulo Agerio X milia dare oportere etc.”.

Esempio di *condictio certae rei* o *triticaria*: “si paret Numerium Negidium Aulo Agerio tritici A. modios centum dare oportere, quanti ea res est etc.”.

Esempio di *actio ex stipulatu* (Gaio, IV, 136): “quod Aulus Agerius de Numerio Negidio incertum stipulatus est quidquid ob eam rem dare facere oportet etc.”.

La impossibilità di adattare la *condictio* anche al caso di una stipulatio avente ad oggetto un *incertum* deriva dalla natura della *condictio*, cioè dal fatto che la *condictio* è concepita senza riferimento alcuno alla causa: “si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere”.

Ora, per il caso di una stipulatio incerta è necessario che la formula contenga la indicazione di questo *incertum*. Tale indicazione, che funziona come vera e propria *demonstratio*, fa perdere all'*actio ex stipulatu* il carattere di *condictio*.

La fisionomia strutturale della stipulazione è così tracciata e dovremo ora procedere allo studio degli altri tipi di contratti formali e poi di quelli consensuali.

Ma dobbiamo ancora fermarci intorno alla stipulatio per questa ragione, che i Romani svolgono a proposito di questo istituto la teoria della validità del negozio giuridico bilaterale e quella della obligatio che ne deriva.

Dobbiamo quindi considerare la stipulatio sotto un triplice profilo:

- a) in sé;
- b) relativamente all'effetto che produce (obligatio);
- c) le funzioni che esso esplica nel campo delle obbligazioni.

**I. – La stipulatio in sé considerata.** Perché la stipulatio sia validamente conclusa è necessario:

- a) che vi siano almeno due parti capaci di obbligarsi validamente.

Sarebbe quindi nulla una stipulatio conclusa tra padre e figlio e fra domino e schiavo; perché fra costoro non può esistere un valido rapporto giuridico (Gaio, III, 104).

Valida invece sarebbe una stipulatio conclusa fra un figlio o servo ed un estraneo (promittente); perché in tal caso figlio o schiavo acquisterebbero rispettivamente al loro domino e padre;

- b) che queste parti pronunzino le parole necessarie per la valida conclusione della stipulatio.

Da ciò deriva che non sarebbe possibile una stipulatio tra assenti (*verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est*” Inst. III, 19, 12) e sarebbe parimenti impossibile quando una delle parti fosse muta, sorda o furiosa (Gaio III, 105-106);

- c) che vi sia conseguenza fra la domanda e la risposta e non vi sia quindi diversità fra ciò che chiede lo stipulante e ciò che promette il promittente (*inutilis est stipulatio, si quis ad id quod interrogatus erit, non responderit, velut si sestertia X a te dari stipuler et tu sestertia V promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub condicione promittas*, Gaio III, 102; Inst. III, 19, 5 e 23);

- d) che le parti abbiano di mira una prestazione naturalmente o giuridicamente possibile (*impossibilium nulla obligatio*):

1) o perché l'oggetto non è in rerum natura (*si quis rem quae in rerum natura, esse non potest, velut hippocentaurum stipuletur inutilis est stipulatio*, Gaio III, 97);

2) o perché la prestazione è giuridicamente impossibile (*velut si quis hominem liberum quem servum esse credebat aut mortuum quem vivum esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum quem putabat humani iuris esse dari stipuletur*, Gaio III, 97): in questo caso può farsi rientrare anche quello di una stipulatio avente ad oggetto una res di cui lo stipulante è dominus (Gaio III, 99: *inutilis est stipulatio si quis ignorans rem suam esse dari sibi eam stipuletur: quippe quod alicuius est id ei dari non potest*);

- e) che le parti intendano concludere la stipulatio seriamente; quindi sarebbe nulla una stipulatio conclusa per ischerzo o per portare un esempio didattico, sarebbe parimenti nulla una stipulatio che le parti avessero sottoposta a condizione impossibile (*si quis sub ea condicione stipuletur quae existere non potest, veluti si digito caelum tetigerit, inutilis est stipulatio*, Gaio, III, 98).

Si ricordi a questo proposito: le condizioni impossibili apposte ai negozi mortis causa non annullano i negozi stessi, ma si considerano come non apposte (*vitiantur, non vitiant*);

f) che la *stipulatio* abbia ad avere efficacia durante la vita delle parti: sarebbe quindi nulla una *stipulatio* così concepita: *post mortem meam dari spondes?* ovvero: *post mortem tuam dari spondes?*

La ragione di ciò è così espressa da Gaio: *inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem*, III, 100.

Venne considerata come valida una *stipulatio* così concepita: *cum moriar dari spondes?* ovvero *cum morieris dari spondes?* perché l'obbligazione prende efficacia nell'ultimo momento di vita dello stipulante o del promittente; non venne invece considerata in tal maniera una *stipulatio* così concepita: *pridie quam moriar aut pridie quam morieris dari spondes?* quia non potest aliter intelligi *pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta est* (Gaio, III, 100);

g) la *stipulatio* deve avere uno scopo lecito: una *stipulatio* in cui il promittente avesse promesso un fatto delittuoso sarebbe stata nulla: *quod turpi ex causa promissum est veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet* (Inst., III, 19, 24);

h) e finalmente la *stipulatio* deve mirare a creare una *obligatio* fra le parti: la *stipulatio* conclusa a favore di un terzo è nulla (*inutilis est stipulatio si ei dari stipulemur cuius iuri subiecti non sumus*, Gaio, III, 103; *alteri stipulari nemo potest*, Inst., III, 19, 19).

**II.** – Dopo avere studiato i presupposti per la validità della *stipulatio* in sé considerata possiamo ora a studiare l'effetto che ha la *stipulatio*.

La *obligatio* come già sappiamo è un *vinculum iuris* qua necessitate *adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* (Inst., III, 13 pr.).

La sostanza dell'*obligatio* perciò sta nel vincolo che essa crea a carico di una persona costringendola a compiere una certa prestazione a favore di un'altra: "*obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat sed ut alium abstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*" (D. 44, 7, 3 pr.).

Quantunque queste definizioni possano riferirsi alla obbligazione in generale, qualunque sia la causa da cui essa derivi (contratto, quasi contratto, delitto, quasi delitto), tuttavia esse si adattano perfettamente alla obbligazione nascente da stipulazione.

Il promittente infatti è legato alla stipulazione da un *vinculum iuris* (*vinculum proprio del ius civile – secundum nostrae civitatis iura*) in base al quale egli è costretto a dare o a fare o a prestare qualcosa.

Ora, questa obbligazione può essere relativamente alla sua efficacia: pura, a termine, condizionale:

a) È pura quando essa ha efficacia immediata, in tal maniera che lo stipulante possa immediatamente richiederne l'adempimento (pure veluti: quinque aureos dare spondes? Idque confestim peti potest, Inst., III, 15, 2).

b) È a termine (in diem) quando, nonostante l'attuale esistenza della obligatio, l'adempimento è rinviato ad un giorno determinato: “adiecto die quo cum pecunia solvatur stipulatio fit: veluti deceme aureos primis Kalendis Martis dare sponde? id autem quod in diem stipulamur statim, quidem debetur sed peti prius quam dies veniat non potest?” (Inst. eod.).

c) È condizionale la obligatio, quando non solo ne è rimandato l'adempimento, ma quando ne è anche sospesa l'esistenza. La condizione, infatti, come sappiamo, è un evento futuro ed incerto dal quale dipende la esistenza di un effetto giuridico. Ora, l'obbligazione è condizionale quando la sua esistenza è sospesa al verificarsi di un evento futuro ed incerto (“sub condicione stipulatio fit, cum in aliquam casus differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti si Titius consul factus fuerit, quinque aureos dare spondes?”).

L'obbligazione condizionale non può far derivare, in capo all'eventuale creditore, che una mera aspettativa e non diritto; se egli morrà trasmetterà ai suoi eredi appunto questa aspettativa (ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contingerit, Inst. III, 15, 4).

Appunto perché la condizione presuppone un evento futuro ed incerto non è che una condizione apparente quella che ha per contenuto un fatto che si è già verificato nel passato e che già esiste nel momento in cui l'obbligazione è contratta. In questi casi si ha che l'obbligazione o è nulla o è perfetta (Condiciones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino, non differunt; velut si Titius consul fuit vel si Maevius vivit, dare spondes? nam si ea, ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. quae enim per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem. licet apud nos incerta sint, III, 15, 6).

Ricordiamo infine che le condizioni impossibili annullano il negozio cui sono apposte (Gaio, III, 98). L'obligatio nascente da stipulatio può avere ad oggetto un dare o un facere (Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri, Inst., III, 15, 7).

Quando l'obbligazione ha per oggetto un facere, sogliano le parti stipulare una penale pel caso di inadempienza (in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare quid eius intersit, itaque si quis ut fiat aliquid stipuletur, ita adici poena debet: si ita factum non erit, tum poenae nomine decem aureos dare spondes? sed si quaedam fieri quaedam non una eademque conceptione stipuletur, clausola erit huiusmodi adicienda: si adversus ea factum erit sive quid ita factum non erit, tunc poenae nomine decem aureos dare spondes?).

Per le obbligazioni aventi ad oggetto un dare bisogna fermare la nostra attenzione sulle obbligazioni alternative, su quelle generiche e su quelle di qualità.

Si ha obbligazione alternativa allorché l'oggetto della obbligazione consta di prestazioni disgiuntamente indicate, nel senso che con una sola di esse l'obbligazione debba essere adempiuta o estinta (Ferrini, *Pand.*, p. 530; cfr. art. 1285 C.C.).

Nella obbligazione alternativa dobbiamo considerare due elementi:

- 1) il diritto di scelta;
- 2) la concentrazione dell'obbligazione che deriva dall'esercizio di scelta.

Il diritto di scelta, se non è stato stipulato diversamente, spetta al debitore (si quis ita a te stipulatus sit hominem Stichum aut decem aureos dare spondes? ... in eo genere stipulationis promissoris est electio, *Inst.* IV, 6, 18; cfr. art. 1286 C.C.).

Però la stipulatio può essere concepita anche in guisa da attribuire questo diritto di scelta al creditore (illam rem aut illam utram ego velim dare spondes?) o ad un terzo (illam rem aut illam utrum earum Titius elegerit dari spondes?, cfr. *D.* 45, 1, 141 pr.-1).

Il diritto di scelta, una volta esercitato, determina la "concentrazione" dell'obbligazione sulla prestazione scelta: l'esercizio di questo diritto di scelta ha luogo con l'effettiva totale (e non solamente parziale) prestazione (quando essa spetta al debitore) o con la *litis contestatio* (quando essa spetta al creditore); in certi casi anche con la semplice dichiarazione dell'avvenuta scelta (*D.* 45, 1, 112 pr.) o con la scelta fatta dal terzo (quando questo diritto di scelta spettava al terzo).

La concentrazione può aver luogo anche per effetto di evento naturale che faccia perdere una delle cose dedotte alternativamente in obbligazione.

Il pagamento di una delle cose alternativamente dedotte in obbligazione estingue perciò l'obbligazione medesima; così dicasi dell'*acceptilatio*, forma solenne di remissione del debito.

E se il creditore avesse mediante *pactum de non petendo* rimesso al debitore il pagamento di una delle cose dedotte in obbligazione?

Determinerebbe ciò estinzione di tutta la obbligazione, come nel caso di *acceptilatio* o solamente concentrazione di essa sull'oggetto non nominato?

Ecco che cosa dice la giurisprudenza classica (*D.* 2, 14, 27, 6):

"Si stipulatus decem aut Stichum de decem pactus sim et petam Stichum aut decem: exceptionem pacti conventi in totum obstaturam: nam ut solutione et petitione et acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur ita pactoquoque convento de una re non petenda interpositio totam obligationem summoverti".

Però segue un'interpolazione secondo cui il *pactum* non avrebbe più effetto estintivo (per *exceptionem*) di tutta la *obligatio*, ma ne provocherebbe solamente la concentrazione (sed si id actum inter nos sit, ne decem mihi, sed Stichus praestetur, possum efficaciter de Sticho agere, nulla exceptione opponenda).

(Per i principi che regolano l'estinzione dell'obbligazione alternativa per perimento dell'oggetto etc., cfr. quanto diremo più oltre a proposito della estinzione della obligatio per perimento dell'oggetto).

Si ha una obbligazione generica (di genus) quando l'obbligazione ha per oggetto una cosa che dovrà esser scelta entro una categoria di cose infungibili: es. uno schiavo pedagogo, un cavallo arabo etc.

Anche in questo tipo di obbligazione, vanno distinti i due elementi già studiati nella obbligazione:

1) il diritto di scelta;

2) la conseguente concentrazione (ricorrono qui i principi esposti per l'obbligazione alternativa).

La differenza fra obbligazione generica ed obbligazione alternativa sta nel fatto che, mentre in quest'ultima sono individualmente determinati gli oggetti fra i quali la scelta va fatta, nella prima è determinata solo la categoria entro la quale va scelto l'oggetto dell'obbligazione.

Per il diritto classico il debitore avente il diritto di scelta si libera prestando un oggetto qualsiasi appartenente al genus dedotto in obbligazione; il criterio della media aestimatio (cioè prestazione di un oggetto che abbia un valore medio fra quelli appartenenti al genus dedotto in obbligazione) è giustiniano.

Dalla obbligazione generica va tenuta distinta l'obbligazione di qualità. Essa ha luogo allorché oggetto dell'obligatio sia una quantità determinata di cose fungibili (*res quae pondere numero mensura consistunt*).

Es.: è stata stipulata la prestazione di una data quantità di grano, di olio etc. In questo caso non è necessario, come invece lo è nel caso della obbligazione generica, di determinare il genus speciale entro cui va scelto il grano promesso: cioè non è necessario perché l'obbligazione sussista che si dica: grano di quel tipo.

Se le parti aggiungono questa ulteriore determinazione l'oggetto resta nettamente determinato: ma se questa determinazione ulteriore non c'è, l'obbligazione è perfettamente valida.

Non così invece nelle obbligazioni generiche; in queste il genus deve essere specificato: es. prometti di dare un servo pedagogo, un cavallo arabo etc?

Se questa specificazione manca (es. se la stipulazione ha per oggetto un servo senza un'altra determinazione) la obbligazione è nulla (cfr. D. 30, 71 pr.).

**III.** – Dopo aver studiato la struttura della stipulatio vediamo ora brevemente gli scopi per cui una stipulatio può essere posta in essere.

Tali scopi, come abbiamo detto, sono i più vari, data l'adattabilità ad essi della formula stipulatoria.

Con la stipulazione può essere rivestita qualsiasi fattispecie alla quale si vogliono far produrre effetti obbligatori.

Per questa sua funzione generale, la stipulatio trova campo di applicazione tanto nell'orbita della libera contrattazione privata (*stipulationes conventiona-*

les) quanto nella orbita processuale (*stipulations praetoriae e iudiciales*): essa costituisce poi l'istituto per essenza cauzionale: *Sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione*" (D. 46, 5, 1, 4).

Il gruppo delle stipulazioni pretorie comprende una serie di stipulazioni le quali hanno per oggetto di garantire lo svolgimento normale e l'esito sicuro del processo.

Enumeriamo le più importanti.

a) La *stipulatio iudicatum solvi*, cioè una stipulatio con cui il convenuto promette all'attore di una *actio in rem* che egli, in caso di condanna, eseguirà la condanna medesima.

Tale *cautio indicatum solvi* ha poi luogo allorché convenuto in qualsiasi azione, sia reale che personale, sia un sostituto processuale (*procurator, cognitior, tutor* etc.; cfr. Gaio, IV, 88).

b) Il *vadimonium*, cioè la stipulatio con la quale si promette se certo die (*in iure*) *sisti*.

Questa stipulatio ha luogo nei casi di una *in ius vocatio*: *cum in ius vocatus fuerit adversarius neque eo die finiri non potuerit negotium*, allora il convenuto (o in certi casi un terzo per lui) promette se certo die *sisti* (Gaio, IV, 184).

c) La stipulatio relativa ad una *nuntiatio novi operis*. Tale stipulatio ha luogo allorché il vicino affermi *ius sibi esse prohibere vicinum opus novum invito se facere* (D. 39, 1, 21 pr.).

In questo caso il vicino che crede di avere questo diritto *nuntiat* al vicino che vuole costruire di non costruire.

Per effetto di questo veto la costruzione è impedita: e se nonostante tale veto il vicino costruisce, il vetante può far emettere dal pretore un interdetto ordinante la demolizione dell'edificio.

Orbene, per eliminare gli effetti del veto vi sono due vie soltanto:

1) o farsi rimettere tale veto dal pretore;

2) o promettere, al vicino che *nuntiat*, la demolizione dell'edificio se nella controversia che verrà instaurata riuscirà vincitore.

Questa promessa viene fatta mediante stipulatio e viene fatta o dallo stesso edificatore o da un terzo per lui (D. 39, 1, 20 pr.-1 e D. 39, 1, 21 pr.-1).

d) La *cautio damni infecti*, la quale consiste in una promessa che il proprietario di un edificio pericolante, per ordine del pretore, fa al vicino di risarcire il danno che stia per derivare dall'edificio in parola.

Ciò dicasi anche in caso di edificazione di nuova opera.

La disubbidienza al decreto del pretore ha per effetto di determinare l'emissione di un decreto con cui il pretore immette il vicino che teme il danno nel possesso dell'edificio pericolante.

e) La *cautio rem pupilli salvam fore*, che consiste in una *stipulatio conclusa* fra il pupillo ed un servo (se il pupillo è assente o non parla) ed un tutore od un terzo: questi due ultimi promettono al primo il buon andamento della gestione tutelare (*rem pupilli salvam fore*).

Così, definita la tutela, il pupillo potrà agire anche con un'*actio ex stipulatu* contro il tutore che abbia male gestito.

Ma la *stipulatio*, come abbiamo detto, può avere anche lo scopo di garantire un'obbligazione principale creando accanto ad essa un'obbligazione accessoria.

La garanzia delle obbligazioni, infatti, è di duplice natura: reale, quando il debitore o un terzo concedono al creditore un diritto su una cosa che è di loro proprietà (più propriamente in *bonis*): sono questi i due casi del pegno e dell'ipoteca.

La garanzia è personale invece quando il creditore ha per il medesimo debito accanto al debitore principale anche un altro debitore.

Ora, per creare questa garanzia personale i Romani ricorsero alla *stipulatio*.

Tale garanzia, *adpromissio*, viene assunta promettendo al creditore quello stesso (*idem*) che deve il debitore: e a seconda del verbo usato dalla *stipulatio* (*idem dari spondes? idem fide promittis? idem fide tua esse iubes?*) si avevano tre forme diverse di *adpromissio*:

- 1) la *sponsio*;
- 2) la *fidepromissio*;
- 3) la *fideiussio*.

Tutto ciò è chiaramente detto da Gaio, III, 115: "Pro eo quoque qui promittit solent alii obligari; quorum alios sponsores alios fidepromissores alios fideiussores appellamus".

"Sponsor ita interrogatur: Idem dari spondes? Fidepromissor ita: Idem fidepromittis? Fideiussor ita: Idem fide tua esse iubes?"

*Sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio* sono tre istituti diversi, aventi quindi regole proprie; mentre però fra la *sponsio* e la *fidepromissio* vi è quasi identità (*sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio est*) tra queste due figure e la terza (*fideiussio*) la differenza è profonda (*valde dimissimilis*: Gaio, III, 118).

Ecco le principali differenze rilevate da Gaio, III, 118 e sgg.:

1) *Sponsor* e *fidepromissor* non possono aversi che per obbligazioni nascenti da *stipulatio*, invece il *fideiussor* può garantire un'obbligazione nascente da qualsiasi fonte obbligatoria (*fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes adici potest*).

Non solo, ma può garantire anche un'*obligatio naturale* (Gaio, III, 119).

2) L'erede dello sponsor e del fidepromissor non risponde alla garanzia assunta dal defunto: risponde invece l'erede del fideiussor (Gaio, 3, 120-121).

3) La garanzia per sponsio e fidepromissio non dura più di due anni: quella di fideiussor dura fino a quando dura l'obbligazione principale cui accede.

4) Quando vi siano sponsores e fidepromissores l'obbligazione si scinde in tante parti quanti sono i garanti e perciò singuli in viriles partes obligantur.

Quando invece vi siano più fideiussori ha luogo il principio di solidarietà, cioè ciascuno dei fideiussori è obbligato a pagare l'intero (singuli in solidum obligantur).

Questa posizione dei fideiussori fu alleggerita da un rescritto di Adriano che obbligava i creditori a richiedere ai singoli fideiussori una parte proporzionale del credito garantito.

Ma il rescritto di Adriano non equiparò fidepromissores sponsores e fideiussores: perché, mentre i primi erano obbligati solamente a pagare la propria quota anche se i loro congaranti fossero insolventi, i fideiussores erano obbligati all'intero; e quindi se il rescritto adrianeo li esonerava dal pagamento dell'intero quando fossero stati solventi i confideiussori, questo esonero non aveva luogo allorché i loro congaranti non fossero solventi (Gaio, III, 121).

5) Fra più sponsores e fidepromissores si considerava inoltre esistente una societas, in conseguenza di ciò se uno degli sponsores e dei fidepromissores avesse pagato l'intero o più della sua quota aveva azione contro i suoi congaranti: "Praeterea inter sponsores et fidepromissores lex Apuleia quandam societatem introduxit. Nam si quis horum plus sua portione solverit de eo quod amplius dederit adversus ceteros actiones constituit" (III, 122).

Tutto ciò non aveva luogo per i fideiussori.

E perciò se uno di costoro avesse pagato l'intero (nonostante il rescritto di Adriano) egli non aveva azione contro i suoi confideiussori ("Ad fideiussores autem lex Apuleia non pertinet. Itaque si creditor ab uno totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit, scilicet si is pro quo fideiussit, solvendo non sit", III, 122).

La ragione di questa differenza di trattamento fatto a sponsores e fidepromissores da un lato, ai fideiussores dall'altro, va ricercata (in questi ultimi due casi 3 e 4) nel fatto che la obbligazione dei primi non fu, dopo la lex Furia, una obbligazione solidale (vedi più oltre quanto diciamo sul significato e sui caratteri della solidarietà).

Accanto però alle differenze elencate vi sono fra sponsio, fidepromissio e fideiussio vari importanti principi comuni:

1) L'obbligazione di tutti costoro non può essere maggiore dell'obbligazione principale; può invece essere minore.

E si capisce, l'obbligazione accessoria quale è quella dei garanti, non può essere maggiore dell'obbligazione principale ("... nec plus in accessione esse potest quam in principali re", Gaio, III, 126).

2) Sponsors, fidepromissores e fideiussores si trovano però rispetto al debitore principale nella medesima posizione; se essi hanno pagato per lui si considerano come a lui legati da un rapporto di mandato e quindi possono contro di lui agire per avere quanto hanno pagato con l'actio mandati (III, 127).

Tutto ciò nel diritto classico.

Il diritto giustiniano non conosce più le figure della sponsio e della fidepromissio, ma conosce solamente quella della fideiussio.

Viene in questo periodo mantenuto (coi temperamenti di Adriano) il regime della solidarietà fra più confideiussori e viene elaborato il concetto dell'accessorietà nel senso che il fideiussore sia obbligato al pagamento della obbligazione solo quando sia stato prima inutilmente escusso il debitore principale (beneficium excussionis).

**Obbligazioni solidali.** A proposito di sponsors, fidepromissores e fideiussores abbiamo accennato al fenomeno della solidarietà.

Questo fenomeno ha luogo quando nella stessa stipulatio intervengono più di due persone, quando ad esempio vi siano più promittenti che promettono di dare un idem o più stipulanti che domandano la prestazione di un idem.

In tali casi l'obbligazione che nasce dalla stipulatio, pur essendo una sola ha per soggetti passivi e attivi ciascuno dei costipulanti e dei compromittenti.

Cioè ciascuno dei costipulanti ha diritto di richiedere dall'unico promittente o da ciascuno dei compromittenti l'adempimento dell'intera obbligazione.

Il pagamento fatto da uno dei compromittenti ad uno dei costipulanti estingue l'obbligazione per tutti.

E si capisce: se è una l'obbligazione, l'adempimento di essa ha efficacia oggettiva per tutti i titolari del rapporto obbligatorio.

Questo effetto estintivo in diritto romano classico è causato non solo dal pagamento ma anche dalla semplice litis contestatio.

Una volta dedotta in iudicium l'obbligazione solidale per opera di uno dei condebitori l'obbligazione si nova e perciò si estingue per tutti.

Questo effetto estintivo della litis contestatio non ha più luogo nel diritto giustiniano; in questo diritto solo il pagamento produce la estinzione dell'obbligazione.

La solidarietà si dice attiva o passiva secondo che vi siano più concreditori o più condebitori.

Ora una obbligazione solidale non può nascere nel diritto classico (almeno in linea di principio) che da una stipulatio.

La stipulatio in tal caso avviene in modo che risulti oggettivamente la solidarietà.

Ci dicono le Istituzioni di Giustiniano a questo proposito (III, 16 pr.):

“Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si

post omnium interrogationem promissor respondeat: “spondeo”. ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: “utrique vestrum dare spondeo”: man si prius Titio spondet, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse, duo pluresve rei promittendi ita fiunt: Maevi quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes? respondeat singuli separatim “spondeo”.

La disciplina delle obbligazioni solidali è pure in questo testo chiaramente presentata:

“Ex huiusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur in utraque tamen obligatione una res vertitur: et vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium peremit obligationem et omnes liberat” (Inst. 3, 16, 1).

Cosa avviene del condebitore solidale che ha pagato per tutti e del creditore solidale che ha esatto l'intero credito?

Potrà il primo agire contro i condebitori e potranno contro il secondo agire i concreditori?

In linea di principio no, se il debitore solidale ha pagato l'intero egli non ha fatto che adempiere la propria obbligazione e non ha, come tale, diritto di rivalsa contro i condebitori.

Così dicasi dei concreditori: egli ha esatto ciò che gli spettava.

Questi principi li abbiamo già visti applicati nel caso di più confideiussori.

In questo solo caso è possibile un'azione di rivalsa: quando fra i condebitori solidali o fra i concreditori solidali esiste un altro rapporto giuridico: es. un rapporto di società.

Allora con l'azione contrattuale essi potranno agire contro i concreditori e rispettivamente potrà il debitore solvente agire contro i condebitori solidali.

Questo principio vien meno nel diritto giustiniano nel quale è ammesso, come nel nostro, il diritto di rivalsa (art. 1299 C.C.).

Prima di chiudere questo capitolo bisogna richiamare il caso della stipulatio in cui ci sia un adiectus solutionis causa.

Cioè può darsi che lo stipulante domandi al promittente: Mihi aut Titio decem dari spondes?

In questo caso, titolare dell'obbligazione non è che lo stipulante: Tizio non ha diritto alcuno; egli ha solo la capacità di poter validamente ricevere il pagamento del debitore con effetto per quest'ultimo pienamente liberatorio.

“Si ita stipulatus sim mihi aut Titio dari spondes? Quo casu constat mihi solidum deberi et me solum ex ea stipulatione agere posse quamquam etiam Titio solvendo liberari” (Gaio, III, 103 a).

### **La stipulazione nel diritto giustiniano.**

Anche a prescindere da una esplicita testimonianza delle fonti, la stipulazione non potrebbe apparirci, nel diritto giustiniano, che priva della solennità.

Ma la prova di questa trasformazione ci è fornita dalle fonti.

Una costituzione dell'imperatore Leone stabiliva, infatti, già all'epoca post-classica, che il consenso dei contraenti nella stipulatio potesse essere manifestato quibuscumque verbis (Inst. III, 15, 1 fine).

Oltre alla perdita del suo carattere di negozio solenne però la stipulatio venne perdendo nel diritto giustiniano anche il suo carattere di negozio verbale per trasformarsi in un negozio letterale.

Per intendere la ragione di questa modificazione bisogna studiare brevemente i rapporti intercorrenti fra stipulatio e documento della stipulatio.

Le parti usano già nel diritto classico di fissare in un documento la stipulatio avvenuta.

Orbene, questo documento aveva valore puramente probatorio; l'essenza del negozio consisteva unicamente nella pronunzia dei verba sollemnia.

Quando questa pronunzia non fosse avvenuta, la stipulatio, nonostante l'esistenza del documento, non prendeva esistenza.

Tutto ciò non ha più valore nel diritto giustiniano. In esso infatti l'attenzione dei giuristi si sposta dalla oralità del documento, in tal guisa che nelle Inst. III, 19, 17 si dice: "si scriptum fuerit in instrumento promississe aliquem, perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit".

Così a proposito della fideiussione (che come sappiamo ha luogo mediante stipulatio) si dice in Inst. III, 20, 8: "In stipulationibus fideiussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut, quodcunque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum: ideoque constat si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia solemniter nota acta" (cfr. D. 45, 1, 30).

Ancora in C. 8, 37, 14 si stabilisce che l'esistenza del documento faccia presumere che sia anche avvenuta la stipulatio in esso menzionata; tale presunzione non vale solo quando si provi che una delle parti era assente dalla città quel giorno in cui si afferma di essere stato concluso il negozio.

Da tutto ciò appare evidente la tendenza del diritto giustiniano a considerare la stipulazione non più quale negozio verbale ma quale negozio letterale (il quale cioè trae la sua esistenza dal documento in cui è incorporato).

Questa natura di negozio letterale della stipulatio nel diritto giustiniano risulta poi chiara da una affermazione contenuta in Inst. III, 21.

Si quis debere se scripserit quod numeratum ei non est dopo due anni non può opporre all'azione del presunto creditore l'exceptio non numeratae pecuniae.

Da ciò deriva che la causa della obligatio è qui solamente il documento (fit ut scriptura obligetur et ex ea scriptura nascitur condictio).

Se vogliamo cercare la ragione per cui la stipulatio si trasforma in negozio letterale non è forse errato affermare che a questa trasformazione abbia, e no-

tevolmente, concorso la enorme diffusione dell'obbligazione letterale nel diritto provinciale.

È risaputo come una delle differenze più importanti tra il mondo giuridico romano e quello orientale stia nella diversa importanza che in essi ha lo scritto.

Il documento, infatti, non appare quasi mai nel mondo romano, il quale è imperniato tutto sulla oralità; esso invece è diffusissimo nel mondo giuridico orientale, imperniato proprio sulla scrittura.

Ci danno testimonianza di ciò l'enorme quantità di papiri giuridici trovati in Egitto.

In oriente era largamente diffuso l'uso del documento dispositivo: cioè di un documento che portava in sé incorporato il negozio e quindi l'obbligazione o diritto che essa derivano.

Memoria di questo documento ci dà lo stesso Gaio (III, 134):

“Praetera litterarum obligatio fieri videtur chirographis et sygraphis. id est si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligacionis proprium peregrinorum est”.

Orbene, fra il diritto romano e il diritto provinciale avvenne una vera reazione, perché si ebbe il seguente fenomeno: che la formula di stipulatio romana si diffuse in Oriente (la troviamo infatti riflessa nei documenti del III secolo); per contro, la pratica orientale influì sulla stipulatio romana nel senso di determinarne la trasformazione da verbale in letterale.

### **Litteris contrahitur obligatio.**

Peraltro la figura del contratto letterale non era sconosciuta ai classici, sappiamo infatti che i contratti formali si dividono in verbali e letterali; fra i primi campeggia la stipulatio, fra i secondi il nomen transcripticium.

Intorno alla scrittura di questo negozio poco ci dicono le fonti classiche, sappiamo solamente che esso consiste nella trascrizione che il paterfamilias faceva nel libro delle entrate e delle uscite (codex accepti et expensi) dei crediti e dei debiti di denaro.

In conseguenza di questa trascrizione si opera una trasformazione nella obbligazione trascritta: essa si estingueva in quanto obbligazione causale e si trasformava in obbligazione letterale. Si distinguevano due forme di trascrizione:

- 1) transcriptio a re in personam;
- 2) transcriptio a persona in personam.

La prima aveva per effetto soltanto di mutare la causa della obligatio, l'altra invece aveva per effetto di mutare la persona del debitore. Sentiamo Gaio (III, 128-130):

“Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcripticiis. fit autem nomen transcripticium duplici modo vel a re in personam vel a persona in personam. A re in personam transcriptio fit, veluti si id, quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. A persona in

personam transcriptio fit veluti si id quod mihi Titius debet tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi”.

Come si vede l'obligatio nasce dal fatto solo della transcriptio come nella stipulatio dal fatto solo della pronunzia dei verba.

Ciò risulta poi chiaro allorché si distinguano i nomina transcripticia (obbligazioni letterali) dai nomina arcaria, che sono semplici appunti di una obbligazione preesistente: questi nomina arcaria né creano né trasformano una obligatio; essi non fanno che fissare per iscritto il fatto della esistenza di una obligatio. Dice Gaio, III, 131:

“Alia causa est eorum nominum quae arcaria vocantur. In his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae re facit obligationem. Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factar testimonium praeberere”.

E infine un contratto letterale è la litis contestatio concretizzantesi nella formula (iudicium). La formula infatti, come sappiamo, non è un decreto del pretore al giudice (come si è sostenuto da alcuni scrittori); essa è, secondo la giusta tesi di Wlassak, il documento in cui è incorporata la litis contestatio. La quale appunto è un contratto formale con cui le parti, consenziente il pretore, rimettono alla decisione di un giudice privato la loro controversia obbligandosi a sottostare alla sentenza.

Dalla litis contestatio nasce una obligatio espressa dalle fonti col nome di condemnari oportere (Gaio, III, 180).

Abbiamo in questa maniera brevemente studiata la teoria dei contratti formali (verbali e letterali) fermandoci soprattutto sulla stipulatio, che è il fulcro di tutto il sistema contrattuale romano (di essa abbiamo studiato la struttura, l'effetto, le funzioni).

### 3. CONTRATTI CONSENSUALI.

Passiamo ora alla terza categoria di contratti: i consensuali.

Sono consensuali quei contratti per la conclusione dei quali non si richiede né una forma speciale né la dazione di una cosa, ma basta la libera trasformazione del consenso. Questi contratti consensuali sono:

- 1) la compravendita;
- 2) la locazione-conduzione;
- 3) la società;
- 4) il mandato.

“Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu

dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur veluti per epistulam aut per internuntium; cum alioquim verborum obligato inter absentes fieri non possit” (Gaio III, 135-136; cfr. Inst. 228, 1, 2).

I contratti consensuali sono bilaterali nel senso che generano sempre obbligazione per ambedue le parti, a differenza dei contratti reali e dei formali che generano obbligazione per una sola delle parti:

“Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquim in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur” (Gaio, III, 137; cfr. Inst. III, 22, 3).

Questi contratti consensuali sono detti anche contratti **iuris gentium** (D. 2, 14, 7 pr.; D. 18, 1, 1-2). Cioè essi trovarono prima tutela giuridica nel tribunale del pretore peregrino e vennero poi accolti nel ius civile. Questa recezione ebbe luogo mediante la concessione in tutti questi casi di **actiones in ius conceptae**.

Così alla compravendita furono collegate due azioni: la actio empti, concessa al compratore, e l’actio venditi, concessa al venditore; alla locazione-conduzione l’actio locati e l’actio conducti; al mandato l’actio mandati; alla società l’actio pro socio.

Tutte queste azioni sono di buona fede (iudicia bonae fidei, Gaio, IV, 62): cioè esse portano la clausola ex fide bona nella intentio (quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona) e autorizzano perciò il giudice a tenere conto di eccezioni non inserite nella formula (exceptio pacti conventi, exceptio doli).

Esaminiamo ora le singole figure di contratti consensuali.

### 1. Compravendita.

La compravendita è un contratto consensuale o bilaterale in virtù del quale una parte (venditore) si obbliga a procurare all’altra (compratore) l’habere licere di una cosa e quest’altra parte si obbliga a pagarne il prezzo.

Il momento conclusivo della compravendita è dunque costituito dal consenso; allorché le parti si sono accordate sulla cosa e sul prezzo la compravendita prende vita (Emptio et venditio contrahitur cum de pretio convenerit, Gaio, III, 139).

La prestazione del prezzo e della cosa non appartiene al momento della conclusione ma a quello della esecuzione del contratto.

(Gaio, III, 139): la compravendita è conclusa col consenso quamvis nondum pretium numeratum sit; D. 18, 1, 2, 1: non autem pretii numeratio sed conventio perficit habitam emptionem.

Nel diritto giustiniano, in cui si distinguono due forme di compravendita – cum scriptura e sine scriptura –, la compravendita cum scriptura viene conclusa con la redazione del documento: “... non aliter perfectam esse emptionem et venditionem... nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta”, Inst. III, 23 pr.

Appena accordatesi le parti sul prezzo e sulla cosa, la compravendita è conclusa e da essi derivano due obbligazioni: una del venditore a procurare al compratore l'habere licere della cosa venduta e l'altra del compratore a pagare il prezzo al venditore.

Questa natura obbligatoria differenzia nettamente la compravendita da quella degli altri popoli antichi e da quella stessa del diritto italiano moderno. In tutti questi ordinamenti giuridici infatti la compravendita ha struttura reale; nel senso che essa è perfetta quando la proprietà della cosa venduta sia passata in capo al compratore. Così avviene del resto nello stesso diritto romano più antico quando la compravendita ha luogo mediante la mancipatio; soltanto a mancipatio conclusa è conclusa la compravendita, cioè quando la proprietà è passata al compratore.

Così dicasi dell'one-praxis greca, la compravendita è conclusa quando il compratore, pagato il prezzo, acquista sulla cosa l'assoluta signoria.

E pertanto la compravendita moderna ci appare piuttosto come un contratto unilaterale che come contratto bilaterale: perché l'obbligo del venditore di consegnare la cosa venduta (art. 476, n. 1 C.C.) è fondato sul diritto di proprietà del compratore piuttosto che sul contratto di compravendita che quel diritto ha generato.

Esaminiamo:

- a) gli elementi di struttura del contratto;
- b) gli effetti che da esso derivano e le azioni che tali effetti tutelano.

A) **Elementi di struttura del contratto** di compravendita sono:

- 1) il consenso;
- 2) la cosa;
- 3) il prezzo.

Del consenso si possono richiamare quei principi generali che abbiamo esposti quando parlammo della manifestazione di volontà dei negozi giuridici.

Quanto alla cosa oggetto di compravendita può essere una res suscettiva di giuridica negoziazione.

Questa res può essere presente o futura o può financo consistere in una mera spes (emptio spei).

“Nec emptio venditio sine re quae veneat potest intelligi, et tamen fructus et partus futuri recte emuntur... Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur, quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur; emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est...” (D. 18, 1, 8 pr.-1).

Oggetto di compravendita possono essere, oltre che le res corporales, anche le res incorporales, quali sono i diritti (cfr. D. 8, 1, 20: “quotiens via aut aliquid ius fundi emeretur...”).

Quanto al prezzo bisogna dire che esso dev'essere certo e deve consistere in una pecunia numerata.

Ma questi due requisiti non si affermarono subito nel diritto classico. Dice Gaio (III, 140):

“Pretium autem certum esse debet. Nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta, Labeo negavit ullam vir hoc negotium habere, cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem cuius opinionem Proculus secutus est”.

L'opinione di Ofilio e di Proculo fu accettata da Giustiniano (Inst. III, 23, 1) e accolta anche dal nostro C.C. (art. 1473 C.C.).

Quanto alla natura del prezzo si affermò il principio che esso dovesse consistere in pecunia numerata: Gaio III, 141: “Pretium in numerata pecunia consistere debet”.

Questo principio si afferma non senza contrasti. Gaio (III, 141) ci riferisce come i Sabiniani stimassero possibile una compravendita il cui prezzo consistesse in una res, considerando così la permuta come compravendita.

Ma prevalse l'opposta opinione dei proculiani, accolta poi da Giustiniano (Inst. III, 23, 2). Cfr. l'ampia delucidazione in D. 18, 1, 1 pr.-1.

Quanto all'equilibrio fra prezzo e cosa bisogna dire che il diritto classico non pone in proposito alcun principio: la compravendita è valida qualunque sia il prezzo a cui la cosa è stata venduta.

Nel diritto giustiniano invece si introduce il principio secondo cui il prezzo non deve essere inferiore alla metà del valore dell'immobile venduto: chi ha venduto un immobile in tali condizioni può chiedere la rescissione del contratto ed il ripristino dello status quo: il compratore però potrebbe preferire di trattenere l'immobile pagando la differenza del prezzo (C. 4, 44, 2).

Questo principio giustiniano è passato nel diritto moderno divenendo un principio generale nel campo contrattuale (art. 1448 C.C.).

**B) Effetti** che derivano dal contratto di compravendita. Abbiamo detto che questi effetti consistono nelle obbligazioni del venditore ed in quelle del compratore.

Vediamo partitamente:

1) **Obblighi del venditore.** L'obbligo fondamentale del venditore consiste nel procurare al compratore l'habere licere, cioè tutti i diritti che ha sulla cosa venduta.

Ora, questo habere licere non equivale alla proprietà. Se il venditore è proprietario, allora si capisce che egli sia obbligato a trasferire la proprietà: altrimenti egli ha soddisfatto l'obbligazione quando ha trasferito tutti i diritti che

vanta sulla cosa (supposto, si capisce, che il compratore sappia il contenuto del diritto che il venditore vanta sulla cosa venduta).

Si dice in D. 19, 1, 30, 1: “*quamvis enim alioquim verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat*”.

Quest’obbligo fondamentale del venditore si concreta quindi:

a) o nell’obbligo di mancipare la cosa se si tratta di *res Mancipi* (Gaio IV, 131 a);

b) o in quello di traderne la *vacua possessio* (Gaio IV, 131 a).

Cosa avviene se la cosa dopo la conclusione del contratto ma prima della consegna venga a perire senza colpa del venditore?

Le fonti operano qui col principio “*perfecta emptione periculum ad emptorem respicit*” (D. 18, 6, 8 pr.). “*Cum autem emptio et venditio contracta sit, periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet tamen si adhuc ea res emptori tradita non sit*” (Inst. III, 23, 3).

Si disputa generalmente in dottrina circa la classicità o meno di questo principio, molti autori sono di avviso che esso sia frutto dell’elaborazione giustiniana.

Comunque sia è da rilevare che questo principio contraddice all’altro principio generale *casum sentit dominus*.

Ora, fino al momento dell’avvenuta consegna della cosa venduta, proprietario di essa è il venditore: dovrebbe quindi il venditore subire le conseguenze del perimento per caso fortuito.

È da notare infine che questo principio del *periculum rei* è passato anche – e qui logicamente – nel nostro diritto positivo.

L’obbligo del venditore di consegnare la cosa è indipendente da quello del compratore di pagare il prezzo; e tuttavia il venditore è garantito nel diritto giustiniano dal fatto che la proprietà della cosa venduta non passa al compratore, nonostante la consegna, fino a quando non gli sia stato pagato il prezzo (Inst. II, 1, 41).

L’azione concessa al compratore contro il venditore per costringerlo all’adempimento di questo suo obbligo fondamentale è l’*actio empti*. Essa è così concepita:

“*Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio hominem quo de agitur emit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvo*” (cfr. Gaio, 4, 59; 4, 62; 4, 13, 1 a).

È appunto sperando questa azione che può il compratore costringere il venditore alla *mancipatio* o alla *traditio* della cosa (Gaio IV, 13, 1 a):

“... *si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus Mancipio datur, debemus hoc modo praescribere: Ea res agatur de fundo Mancipando, ut postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi...*”

2) Ma cosa avviene se, consegnata o mancipata la cosa venduta, questa viene da un terzo, mediante *vindicatio*, evitta al compratore?

È il venditore tenuto a farne indenne il compratore?

Ecco: in diritto classico più antico dal contratto di compravendita non nasceva direttamente l'obbligo della garanzia per evizione.

L'*actio empti*, cioè, non aveva la funzione di tutelare il compratore pel caso di evizione.

Questa garanzia però veniva offerta al compratore di una *res Mancipi* dall'*actio auctoritatis* nascente dalla *mancipatio*, in virtù della quale il compratore che fosse stato spogliato dalla *res* a lui mancipata aveva diritto ad avere dall'*auctor* (mancipante) un indennizzo pel doppio del prezzo.

Quando oggetto della compravendita non fosse stata una *res Mancipi*, non essendoci *mancipatio* non poteva neanche esserci *actio auctoritatis*: allora le parti provvedevano a procurarsi gli stessi effetti di questa *actio auctoritatis* mediante una *stipulatio secundum Mancipium* prima e poi mediante la *stipulatio habere licere* e mediante la *stipulatio duplae*.

Esempio di questa *stipulatio duplae* abbiamo in una fonte epigrafica (C.I.L., n. 940):

“Si quis eum puerum, quo de agitur, partemve quam quis ex eo evicerit, quominus emptorem supra scriptum eunve ad quem ea res pertinebit, uti frui habere ossidereque recte liceat: tunc quantum id erit, quod ita ex eo evictum fuerit tantam pecuniam duplam probam recte dari fide rogavit Dasius Breucus, dari fide promisit Bellicus Alexandri”.

L'obbligo della garanzia per evizione dunque non deriva immediatamente dal contratto di compravendita ma dalla *mancipatio* e dalla *stipulatio duplae*.

Tuttavia si ammise ben presto che l'*actio empti* servisse anche a costringere il venditore alla conclusione della *stipulatio duplae* (Gaio IV, 131 a) e poiché questa *stipulatio duplae* accompagnava sempre il contratto di compravendita si ammise, anche quando questa *stipulatio* non fosse stata conclusa, avesse potuto il compratore, in casi di evizione, essere garantito con l'*actio empti*.

In quest'ultimo caso però, almeno nel diritto giustiniano, il compratore ha diritto all'*id quod interest* e non al doppio come nel caso di apposita *stipulatio*.

Nel diritto giustiniano quindi l'obbligo della garanzia per evizione discende direttamente dal contratto di compravendita: è, come si dice, un elemento naturale di questo contratto.

Ciò si ripete anche nel diritto nostro.

3) Un altro obbligo che incombe al venditore è quello dei vizi occulti della cosa.

Dal contratto di compravendita sembrava nascesse in diritto classico l'obbligo di risarcimento pei vizi dolosamente occultati dal venditore.

Il compratore poteva in tal caso agire con l'actio empti.

Questa materia dei vizi occulti venne però largamente disciplinata dagli edili curuli, che avevano la sorveglianza dei mercati.

Due editti di questi edili (l'uno relativo alla vendita degli schiavi e l'altro relativo alla vendita di animali) stabilivano che i venditori dovessero dichiarare l'esistenza e non esistenza di vicia o di morbi degli schiavi o delle bestie vendute: in caso di doloso silenzio venivano concesse al compratore l'actio redhibitoria e l'actio quanti minoris (aestimatoria), la prima diretta alla restituzione del prezzo e la seconda diretta ad ottenere la differenza di valore.

Frequentemente nella stipulatio duplae veniva anche fatta menzione dei vizi. Perciò, riassumendo, il venditore ha un triplice obbligo:

- a) consegnare la cosa venduta;
- b) garantire l'habere licere (garanzia per evizione);
- c) garantire l'assenza dei vizi.

A questo triplice obbligo corrispondevano, nel diritto classico, diverse azioni:

- a) l'actio empti;
- b) l'actio ex stipulatu (in base alla stipulatio duplae);
- c) l'actio redhibitoria e la quanti minoris, in base all'editto degli edili curuli.

L'obbligo del compratore è quello di pagare il prezzo: e questo obbligo resta, nonostante il perimento della cosa venduta avvenuto senza colpa del venditore.

Questa obligatio viene perseguita con l'actio venditi:

“Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem quo de agitur vendidit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito”.

Come si vede si tratta di azione di buona fede.

È infine da tener presente che nel contratto di compravendita possono le parti inserire qualcuna delle seguenti clausole:

1) la **lex commissoria**, cioè una clausola in forza della quale la vendita si considera come non avvenuta al venditore, se il compratore non paghi il prezzo entro un certo termine (si ad diem pecunia soluta non sit ut fundus inemptus sit, D. 18, 3, 2);

2) la **in diem addictio**, cioè una clausola in forza della quale la vendita deve cadere nel nulla se entro un certo termine sia fatta al venditore un'offerta migliore (“ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Ianuarias proximas meliore condicionem fecerit quo res a domino abeat” D. 18, 2, 1);

3) il **pactum displicentiae**, in forza del quale il compratore può restituire entro un certo termine la cosa comprata e può, per contro, pretendere la restituzione del prezzo (“si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicisset, redderetur ex empto actio est” D. 18, 5, 6);

4) il **pactum de retroemendo**, per cui il venditore si riserva il diritto di riacquistare la cosa entro un certo termine al medesimo prezzo.

## 2. Locatio-Conductio.

Passiamo ora alla locatio-conductio. Essa ha luogo allorché una persona (locatore) mette disposizione di un'altra persona (conduttore) una cosa perché quest'altra se ne serva per un certo tempo o perché la trasporti o perché la manipoli.

Ha luogo parimenti locatio-conductio quando una persona (locatore) mette a disposizione di un'altra (conduttore) i suoi servigi (operae).

In ambedue le ipotesi abbiamo: una persona (locatore) che mette a disposizione di un'altra (conduttore) una cosa (res) o dei servigi (operae) ed in ambedue le ipotesi ricorre una mercede a favore del locatore o del conduttore secondo i vari casi. Ad esempio:

a) Tizio mette a disposizione di Caio un fondo perché Caio ne goda per un certo tempo: Caio si obbliga al pagamento di una certa mercede. Qui la mercede è a favore del locatore;

b) Tizio mette a disposizione di Caio una cosa perché venga trasportata: qui è Tizio locatore che deve pagare una mercede a Caio conduttore;

c) Tizio mette a disposizione di Caio una cosa perché Caio vi spenda un certo lavoro: anche qui è Tizio locatore che deve pagare la mercede a Caio conduttore;

d) ed infine nella locazione di servigi (locatio operarum) la mercede è a carico del conduttore dei servigi e quindi a favore di colui che li presta (locatore).

La locazione-conduzione può dunque essere definita un contratto consensuale bilaterale in forza del quale una parte (locatore) si obbliga a mettere nella materiale disposizione di un'altra (conduttore) una certa cosa perché quest'altra ne goda per un certo tempo o perché la trasporti o perché la manipoli: per contro il conduttore si obbliga a restituire questa cosa al termine assegnato o a trasportarla o a manipolarla.

Intercorre inoltre fra le parti l'obbligo del pagamento di una certa mercede a carico ora del locatore ora del conduttore secondo i casi.

Come appare dagli esempi citati e dalla definizione, i romani hanno un concetto unitario di locazione: è locazione quando c'è una res locata (o delle operae); il fatto poi che lo scopo di questa locazione sia quello di concedere il godimento della res locata al conduttore o invece quello di fare trasportare al conduttore o di fargli manipolare la res locata non muta in nulla l'essenza del negozio.

Non così invece è a dirsi del diritto moderno. I moderni distinguono nettamente tre figure essenzialmente diverse di locazione-conduzione:

1) la locatio rei, consistente nel cedere ad altri il temporaneo godimento di una cosa dietro il corrispettivo di una mercede;

2) la locatio operarum, consistente nel mettere a disposizione di altri i propri servigi dietro il corrispettivo di una mercede;

3) la *locatio operis*, consistente nel mettere a disposizione una cosa perché si eseguisca con essa o su di essa un dato lavoro.

Come osserva giustamente l'Arangio-Ruiz, basta esaminare Gaio, III, 142 sgg. per convincersi di questa unitarietà del concetto di locazione.

Infatti Gaio tratta alla stessa stregua i vari casi sopra elencati:

a) *si rem tibi utendam dederim...* (144);

b) *si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim...* (143);

c) *si (aurifici) meum aurum dedero mercede pro opera constituta convenit locationem conductionem esse* (147).

Esaminiamo ora la definizione del contratto di locazione-conduzione e vediamo quali sono gli elementi essenziali di questo contratto e quali gli effetti che ne derivano.

La locazione-conduzione è un contratto consensuale: quindi, come la compravendita, essa si perfeziona appena le parti si sono accordate sul prezzo e sulla cosa:

*“Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis consistunt. nam ut emptio et venditio, ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic etiam locatio et conductio ita contrahi intellegitur si merces constituta sit”*  
(Inst., III, 24 pr.).

Elementi essenziali di questo contratto sono la cosa e la mercede.

La mercede deve consistere in una certa somma di denaro; fa eccezione il caso di colonia parziaria in cui il conduttore del fondo è obbligato a prestare periodiche quantità di derrate.

Dalla locazione conduzione, in quanto contratto consensuale, derivano due obbligazioni: una pel locatore e una pel conduttore.

Vi sono quindi due azioni:

a) l'*actio locati*, concessa al locatore contro il conduttore;

b) l'*actio conducti*, concessa al conduttore contro il locatore.

### **Actio locati:**

*“Quod Aulus Agerius Numerio Negidio fundum (opus faciendum, operas) quo de agitur locavit, quidquid ob eam rem Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito”.*

Quali siano gli obblighi del conduttore che si fanno valere con quest'*actio locati* risulta chiaro dalla definizione: il conduttore deve pagare la mercede o restituire il fondo (se è scaduto il termine della locazione: tutto ciò nel caso in cui la locazio-

ne consista nella concessione del godimento di una res); ovvero il conduttore deve eseguire l'opera che si è obbligato a compiere (*locatio operis*); ovvero il conduttore deve pagare la mercede corrispondente alle opere prestate (*locatio operarum*).

### **Actio conducti:**

“Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio fundum (opus faciendum, operas) quo de agitur conduxit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvido”.

Quali sono gli obblighi che si fanno valere con questa *actio conducti* da parte del conduttore?

Il conduttore potrà con essa richiedere al locatore o la consegna della cosa che formi oggetto della locazione (*locatio rei*) o il pagamento della mercede quale corrispettivo dell'opera compiuta (*locatio operis*) o l'esecuzione dei servizi assunti (*locatio operarum*).

Un caso particolarmente pratico di locazione è quello dei fondi rustici ed urbani:

- nel primo caso il conduttore prende il nome di *colonus*;
- nel secondo caso prende il nome di *inquilinus*.

Il conduttore è qui obbligato non solo al pagamento della mercede, ma altresì all'uso conveniente del fondo ed al suo non deterioramento.

Anche se il conduttore abbandona il fondo prima del termine della locazione è obbligato lo stesso al pagamento della mercede.

Per contro, se il conduttore, senza opposizione del locatore, resta nel fondo anche oltre tale termine, la locazione si intende tacitamente rinnovata per un anno se si tratta di terreno, a tempo indeterminato se si tratta di fabbricato.

Sulla locazione vedere le sottili osservazioni di Gaio (III, 142-147).

### **3. Societas.**

La società è un contratto consensuale per cui due o più parti si obbligano a mettere in comune beni ed opere in vista di uno scopo lecito e pel raggiungimento di un lucro.

Esaminiamo quindi la finalità del contratto, la struttura preordinata a realizzarla, le azioni che ne garantiscono la vita.

**Finalità:** uno scopo lecito qualsiasi in vista di un lucro che deve andare a profitto di tutti i soci.

**Struttura:** per realizzare questo fine due o più persone convengono fra di loro di porre in comune beni e opere per mezzo delle quali potranno realizzare il fine proposto.

Questa *conventio* è una di quelle che *transit in proprium nomen contractus* e questo contratto è la *societas*.

Orbene: secondo che le parti si siano obbligate al conferimento di tutti i beni o solo al conferimento di certi beni e di certe opere in vista di un unico negozio risulterà una

- *societas omnium bonorum* o
- *societas unius negotiationis*.

“*Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii, veluti mancipiorum emendorum aut vendendorum*” (Gaio, III, 148).

La *societas omnium bonorum* trova il suo modello nei consorzi familiari; alla morte del comune *paterfamilias* i coeredi figli non procedevano alla divisione del patrimonio familiare, ma ne continuavano in società la gestione (*consortium*).

Ebbene: poiché la struttura della società postula che vi siano due o più soci i quali, in vista di un comune fine di lucro, si obbligano di mettere qualcosa in comune, domandiamoci:

- a) cosa si obbligano di apportare i soci?
- b) in che modo saranno tra loro ripartiti gli utili cui mirano e le perdite eventuali?
- c) come si svolgerà la gestione degli affari sociali?

1) Si obbligano a conferire beni ed opere: quindi vi possono essere soci che conferiscono beni ed altri che conferiscono solo opere (*ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam ferat, alter non ferat, Gaio, III, 149*).

2) Perdite ed utili saranno ripartiti secondo ciò che fu dalle parti convenuto: in mancanza di esplicita convenzione *aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse* (Gaio, III, 150).

Sarebbe nulla una clausola diretta a rendere un socio partecipe delle perdite e non anche degli utili (*societas leonina*); è invece valida una clausola per cui un socio è esonerato dalle perdite mentre partecipa agli utili. Dice Gaio, riferendo in proposito una controversia agitata fra i giuristi repubblicani, nella quale prevalse l'opinione per cui una società può essere costituita “*illo quoque modo ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti ut unus pecuniam conferat alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit: saepe enim opera alicuius pro pecunia valet*” (Gaio, III, 149).

**Azioni.** L'azione del contratto di società è l'*actio pro socio*, che i soci possono sperimentare l'uno contro l'altro per l'adempimento della obbligazione assunta:

“*Quod Aulus Agerius cum Numerio Negidio societatem omnium bonorum coit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, dumtaxat quod Numerius Negidius facere potest, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito*”.

La condemnatio di questa formula porta la calusola *dumtaxat... potest*, secondo la quale il socio verrà condannato in *id quod reus facere potest*; a suo favore, infatti, era stabilito il così detto *beneficium competentiae*.

Nei confronti dei terzi non esistono obblighi e diritti nella società, come tale, ma obblighi e diritti dei singoli soci.

**Scioglimento della società.** Lo scioglimento può avvenire *ex personis*, *ex rebus*, *ex voluntate* (D. 17, 2, 63, 10).

*Ex personis*: quando viene *capite deminutum* o muore taluno dei soci (Gaius III, 152-153) o quando ha luogo la *publicatio bonorum* contro uno dei soci.

*Ex rebus*: se è stato concluso l'affare cui i soci mirano o se è perito il patrimonio sociale.

*Ex voluntate*: se è scaduto il termine per cui la società fu conclusa o se un socio abbia rinunciato alla società: "*Manet autem societas eo usque donec in eodem consensu perseverant*".

Ma se questa rinuncia del socio sia cagionata da ragioni dolose e per esempio per evitare che venga comunicato ai non soci un lucro che gli stia per pervenire, allora è inefficace.

#### 4. Mandato.

È un contratto consensuale bilaterale imperfetto in forza del quale una parte (mandatario) si obbliga a concludere gratuitamente un affare (che può essere un negozio giuridico o una certa attività materiale) a favore di un'altra persona (mandante).

**Scopo** del contratto è qui la conclusione di un affare per opera di una persona diversa (mandatario) da quella che ha interesse alla sua conclusione (mandante).

**Struttura** del contratto è l'accordo fra mandante e mandatario intorno alla conclusione di questo affare: elemento di struttura è pure la gratuità.

**Effetto** principale del contratto è l'obbligazione che nasce a carico del mandatario per la conclusione dell'affare assunto. Alcune volte accanto a quest'obbligo del mandatario sorgono anche obblighi del mandante.

**I. – Affare alla cui conclusione mira per opera del mandatario il mandante.** Questo affare può consistere tanto in un negozio giuridico quanto nello svolgimento di una certa attività. Relativamente al primo punto è bene soffermarsi un momento. Supponiamo che Tizio dia mandato a Caio di comperare un fondo: se Caio adempie il mandato assunto e compera il fondo, chi diventa proprietario del fondo? Caio (mandatario): egli quindi per espletare tutto il mandato avrà l'obbligo di trasferire a Tizio la proprietà del fondo comperato. Così dicasi per tutti gli altri negozi giuridici: il mandato allora soltanto è interamente eseguito quando il mandatario trasferisce in capo al mandante gli effetti dei negozi giuridici conclusi nell'interesse di quest'ultimo.

L'affare deve essere lecito: dev'esser fatto nell'interesse del mandante o del mandatario e del mandatario insieme.

Non sarebbe un mandato, ma un semplice consilium privo di effetti giuridici quello concluso nell'esclusivo interesse del mandatario (cfr. Gaio III, 156).

L'affare può essere unico e può consistere in un complesso di negozi; oggetto di un mandato può essere addirittura la gestione di un patrimonio.

In quest'ultimo caso abbiamo la figura del procurator omnium bonorum (di solito era un liberto).

Nel diritto giustiniano il nome di procurator venne esteso a tutti i mandatari.

**II. – Struttura del mandato.** Per realizzare il fine voluto mandante e mandatario non hanno da fare altro che accordarsi intorno ad esso.

Una volta che essi abbiano consentito, il mandato è concluso e sorge per il mandatario l'obbligo di procedere alla conclusione dell'affare.

Obblighi del mandatario rispetto al mandante. – Il mandatario deve compiere gratuitamente l'affare per la cui conclusione egli si è obbligato.

Se l'affare consiste nello svolgimento di una certa attività non giuridica, l'obbligazione è soddisfatta allorché questa attività è stata svolta.

Se invece consiste nel compimento di certi negozi giuridici, poiché gli effetti di questi negozi ricadono sul mandante che ne è l'autore, il mandatario allora solamente adempie completamente il mandato quando ha trasferito a sua volta in capo al mandante gli effetti di tali negozi.

Così se ha fatto una compra per il mandante, il mandatario ha l'obbligo di trasferire al mandante la proprietà della cosa comprata etc.

Il mandatario nell'esecuzione del mandato deve tenersi entro i limiti del mandato ricevuto (Gaio III, 161).

Obblighi del mandante nei confronti del mandatario. – Dal mandato, abbiamo detto, sorge una obbligazione principale, quella del mandatario.

Orbene, alcune volte sorgono dal mandato anche obblighi per il mandante.

Se infatti il mandatario in conseguenza del mandato è andato incontro a spese, il mandante è obbligato a indennizzare di esse il mandatario.

Non solo, ma quando in conseguenza del mandato il mandatario abbia assunto degli obblighi, il mandante deve permettere che il mandatario, mediante altri negozi giuridici, riversi su di lui questi obblighi.

Rapporti fra mandante e terzo. – Allorché oggetto del mandato sia conclusione di negozi giuridici, si pone il problema della posizione del mandato rispetto ai terzi.

Cioè per effetto del negozio compiuto dal mandatario nell'interesse del mandante con un terzo, il mandante rimane forse direttamente obbligato agli effetti passivi e attivi del negozio?

No: autore del negozio è il mandatario, in capo al quale perciò ricadono gli effetti del negozio concluso.

Egli diventa titolare dei diritti e degli obblighi che derivano dal negozio.

Dal negozio compiuto dal mandatario con un terzo nessun effetto deriva in capo al mandante.

Ciò sarebbe possibile solo se al mandato fosse unita la rappresentanza, se cioè il mandatario fosse autorizzato a concludere il negozio per conto e in nome del mandante; allora gli effetti del negozio si produrrebbero direttamente in capo al mandante, il quale avrebbe azione contro il terzo o contro il quale il terzo avrebbe azione.

Ma questo istituto della rappresentanza è moderno e non conosciuto, almeno entro i confini del suo significato odierno, dal diritto classico e da quello giustiniano.

Torniamo ai rapporti fra mandante e mandatario: è da tenere presente la natura gratuita del mandato.

La gratuità distingue infatti a volte il mandato da una locazione-conduzione (cfr. Gaio III, 162).

**III. – Azione.** Dal mandato nasce un'azione (*actio mandati*) la quale può avere due direzioni:

- l'una contro il mandatario (*actio directa*);
- l'altra contro il mandante (*actio contraria*).

Questa duplice direzione dell'*actio mandati* è espressa nella formula mediante l'inciso "alterum alteri".

Ecco la formula:

"Quod Aulus Agerius Numerio Negidio (contraria: Numerius Negidius Aulo Agerio) mandavit ut... quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio (alterum alteri) dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio (alterum alteri) condemnato; si non paret absolvido".

**Estinzione del mandato.** Il mandato si estingue:

- a) per adempimento dell'incarico assunto;
- b) per concorde volontà delle parti;
- c) per morte del mandante o del mandatario (Gaio III, 160). Trattandosi di negozio giuridico, concluso intuitu personae, è chiaro che venendo a morire o il mandante o il mandatario, il mandato debba automaticamente estinguersi;
- d) per revoca che ne faccia il mandante (III, 159);
- e) per rinuncia del mandatario prima però di aver intrapresa l'esecuzione dell'incarico assunto.

## B) QUASI CONTRATTI.

Dopo aver esaminato la prima e più importante fonte di obbligazione (il contratto) e dopo aver visto i vari tipi di contratto (reali, formali e consensua-

li) passiamo ora ai quasi contratti: cioè a quegli atti leciti che provocano obbligazioni senza essere contratti, facendo in essi difetto l'elemento proprio di questi ultimi, l'accordo.

Questi contratti sono, come sappiamo:

- a) la *negotiorum gestio*;
  - b) la tutela;
  - c) l'*indebitum*;
  - d) il *legatum per damnationem*.
- (Leggere *Institutiones*, III, 27 pr. etc.)

### 1. – *NEGOTIORUM GESTIO*.

Ha luogo una *negotiorum gestio* allorché taluno senza averne ricevuto mandato conclude utilmente dei negozi nell'interesse di un terzo con l'intenzione di obbligarlo.

Gli elementi quindi della *negotiorum gestio* sono due:

- 1) l'utile gestione di un affare o di più affari o addirittura la gestione di un intero patrimonio (in caso di assenza del suo titolare) senza avere ricevuto un mandato apposito (*utiliter coeptum*);
- 2) l'intenzione di voler obbligare il *dominus* (*animus aliena negotia gerendi*).

Se mancasse questo secondo elemento, dalla *negotiorum gestio* non sorgerebbe obbligazione pel *dominus* e il gestore si considererebbe come donante.

Le obbligazioni che sorgono dalla *negotiorum gestio* sono in certo modo identiche a quelle che sorgono da un mandato. Il gerente è obbligato a riversare sul *dominus* gli effetti positivi dei negozi conclusi nell'interesse di questo ultimo; il *dominus*, a sua volta, è obbligato ad assumere gli obblighi che siano derivati al gerente in conseguenza della gestione.

Il *dominus* è inoltre obbligato a tenere indenne il gerente delle spese cui egli eventualmente sia andato incontro.

L'azione con cui *dominus* e gestore fanno valere le proprie pretese è, come nel mandato, unica: in quanto essa si considera esperita dal *dominus*, prende il nome di *actio negotium gestorum directa*; in quanto si consideri esperita dal gerente, prende il nome di *actio negotiorum gestorum contraria*:

“*Quod Numerius Negidius negotia Auli Agerii gessit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito*”.

Ovvero: “*Quod Aulus Agerius negotia Numerii Negidii gessit etc.*”

## 2. – TUTELA.

Essa ha luogo allorché una persona (tutore) in forza di una disposizione testamentaria o della legge o per designazione magistratuale assume la gestione del patrimonio di un impubere o di una donna (impuberi e donne erano soggetti a tutela in diritto romano).

Anche qui, come nella negotiorum gestio, in conseguenza della gestione tutelare nascevano obblighi pel tutore e per il pupillo; obblighi che andavano regolati al termine della tutela.

L'azione ha la medesima struttura:

“Quod Numerius Negidius Auli Agerii (contraria: Aulus Agerius Numerii Negidii) tutelam gessit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvo”.

Questa azione si chiama arbitrium tutelae, ma, come si vede, ha la medesima struttura dell'actio negotiorum gestorum.

## 3. – INDEBITUM.

Esso ha luogo allorché una persona credendosi debitrice di un'altra consegna a questa a titolo di pagamento una certa somma di danaro o altra cosa qualsiasi.

Per effetto di onesta volontaria dazione, sia pure determinata da errore, la proprietà della cosa consegnata passa nell'accipiente: e pertanto, quando chi dà si accorge dell'errore, non potrà con la reivindicatio chiedere la restituzione della cosa.

Egli non avrà a sua disposizione che la *condictio* che qui prende il nome di *condictio indebiti*.

Vale a dire: l'indebito pagato genera una *obligatio* in capo all'accipiente; questa *obligatio* viene fatta valere con la *condictio* “si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere”.

Questa azione, del resto, ha luogo in tutti i casi in cui vi è un arricchimento indebito, quindi non solo nel caso dell'indebito pagamento (*condictio indebiti*) ma anche nel caso di una prestazione cui non fa seguito quella della controparte (*condictio ob rem datam re non secuta*) nei contratti innominati e così via.

## 4. – LEGATUM.

Deve trattarsi di un legato obbligatorio.

Questa specie di legato prende il nome di **legatum per damnationem** o legato obbligatorio, per distinguerlo dal legato di proprietà (o per vindicatio-

nem), in virtù del quale il legatario diventa automaticamente proprietario della cosa legata al momento dell'adizione della eredità.

Analogo al *legatum per damnationem* è il *legatum sinendi modo* con cui il testatore impone all'erede di sopportare che il legatario si appropri di un oggetto appartenente al patrimonio ereditario o anche al patrimonio medesimo dell'erede (*heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibi que habere*).

Il legato può avere ad oggetto un *certum* o un *incertum*. Nel primo caso l'azione è analoga alla *condictio*: “*Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio fundum Cornelianum ex testamento dare oportere*”.

Nel secondo caso l'azione sarà di struttura analoga alla *actio incerti ex stipulatu*: “*Quod Numerius Negidius Aulo Agerio passus non est... quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio.etc. etc.*”.

Queste due azioni per la menzione del testamento in esse fatta prendono il nome *actio ex testamento certa e incerta*.

### **Communio incidens.**

Le Istituzioni di Giustiniano enumeravano fra i quasi contratti anche la *communio incidens*, cioè il condominio derivante da qualsiasi fonte che non sia la società (es. una coeredità, *Inst. 3, 27, 3*).

\* \* \*

Così abbiamo esaurito lo studio della fonte più importante di obbligazione: l'atto lecito, distinto nelle due categorie del contratto e del non contratto (quasi contratto).

Abbiamo visto come a ciascun tipo di contratto o quasi contratto corrisponde un'actio.

Ora, per quanto ciascun contratto o quasi contratto abbia la sua azione (quindi la sua formula) adeguata, tuttavia sarà facile ricordarsi di queste singole azioni quando si consideri che esse si possano ricondurre a due tipi fondamentali: cioè alla formula con *intentio certa* (*condictio*): “*Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio certum fundum etc. dare oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito*”; ovvero alla formula con *demonstratio* e *intentio incerta*: “*Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio... quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito*”.

Si riempie lo spazio bianco con la menzione del negozio corrispondente (*emit, vendidit, locavit* etc.) e si avrà la formula adeguata.

La *condictio* trova applicazione:

a) nella *stipulatio certa*;

b) nel mutuo;  
 c) nell'indebitito e nelle formule analoghe di ripetizione;  
 d) nel *legatum per damnationem* di un *certum*, ma in quest'ultimo caso la formula porta inscritta la menzione del testamento e prende il nome di *actio ex testamento*; ma ha, quanto al resto, la medesima struttura della *condictio*.

La formula con *demonstratio* trova applicazione in tutti gli altri casi di contratti o di quasi contratti. Cioè:

a) *stipulatio incerta*;  
 b) deposito;  
 c) *commodato*;  
 d) fiducia;  
 e) pegno;  
 f) *compravendita*;  
 g) locazione-conduzione;  
 h) società;  
 i) mandato;  
 l) gestione d'affari;  
 m) tutela;  
 n) legato di un *incertum*;  
 o) contratti innominati, se si ammette che i classici già conoscessero un'*actio civilis incerti*.

In tutti questi casi la formula ha una struttura identica: "Quod Aulus Agerius... quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet... eius etc."

Ricordando quindi la struttura di questi due casi tipici fondamentali di formule è possibile ricostruire facilmente la formula dei singoli istituti.

Prima di chiudere sull'atto *lecito*, in quanto fonte di obbligazione, non posso non accennare alla *pollicitatio* (promessa unilaterale non accettata) e alla semplice *conventio*.

Quanto alla prima è da dire che essa non genera l'obbligazione: una semplice promessa unilaterale che non abbia dato luogo ad un accordo non genera obbligazione.

Si fa una sola eccezione per il caso che la promessa sia fatta per pubblica causa o sia fatta per uno scopo religioso o di pietà (*votum*).

Quanto alla *conventio* (o *pactum*) che non verte intorno ad una causa nominata o innominata è da dire che essa non genera *obligatio* e quindi non genera *actio*: essa, come sappiamo, genera solamente *exceptio* (*exceptio pacti*).

Ma già nel diritto giustiniano e poi in special maniera nel diritto intermedio e nel diritto moderno la *conventio* è generatrice di obbligazione: anzi esaurisce ormai il concetto di contratto.

## OBBLIGAZIONI DA ATTO ILLECITO

Abbiamo finora considerato la obbligazione in quanto derivante da un atto lecito: a) il contratto; b) il quasi contratto.

Dobbiamo ora considerare l'altra fonte di obbligazione: l'atto illecito, cioè:

- a) il delictum;
- b) il quasi delictum.

Esaminiamo:

- 1) la natura dell'atto illecito da cui deriva obbligazione;
- 2) la natura dell'azione che a tale obbligazione corrisponde (azione penale);
- 3) e poi esamineremo sommariamente i singoli atti illeciti cui l'ordinamento giuridico romano riconosce effetto obbligatorio.

Anzitutto domandiamoci cosa significa delictum in diritto romano e in che questo termine si differenzia dal termine moderno: il delitto.

Orbene: mentre in diritto nostro la natura delittuosa di un atto è determinata dal fatto che si sia violata una norma (penale) posta nell'interesse collettivo e quindi che sia violata l'integrità stessa dell'organismo statale, in diritto romano la natura delittuosa di un atto è determinata solo dal fatto che si sia prodotto un danneggiamento ad un privato.

Perciò, mentre in diritto moderno per effetto del delitto si stabilisce un rapporto penale fra Stato e delinquente, in diritto romano per effetto del delitto si stabiliva un mero rapporto obbligatorio fra privato delinquente e privato danneggiato.

Le conseguenze di questa diversa natura del delitto si vedono chiare nell'azione: l'azione penale con cui viene perseguitato il delinquente è nel diritto moderno azione pubblica e viene promossa sempre (anche se qualche volta su domanda dell'interessato) dallo Stato (mediante il pubblico Ministero), nel diritto romano invece l'azione penale è azione privata identica nella sua struttura formale alle altre azioni private.

Insomma il delictum è in diritto romano una obligatio e sotto questo aspetto va in tutto assimilato al contratto.

Però anche ai romani era nota la figura dell'atto illecito violatore di una norma posta nell'interesse collettivo e perseguibile quindi dalla civitas: questi atti illeciti che possono essere paragonati ai nostri delitti sono i crimina.

Al crimen corrispondeva un'azione pubblica che veniva svolta mediante un procedimento totalmente diverso da quello del processo privato: questo procedimento aveva luogo prima nei comizi e poi nelle quaestiones perpetuae introdotte nei vari crimina. A noi però interessano in quanto rientrano nel campo del diritto privato le figure dei delicta.

Delictum è perciò un atto illecito che genera obligatio (di pagare una pena) e quindi actio (con cui si persegue questa pena).

I romani non conoscono una figura generica di *delictum* come non conoscono una figura generica di *contractus*: essi conoscono singole figure di *delicta* cui il *ius civile* riconduce effetto obbligatorio.

Queste figure sono quattro:

- a) il *furtum*;
- b) l'*iniuria*;
- c) la *rapina*;
- d) il *damnum iniuria datum*.

Accanto a queste figure di *delicta* generanti *obligationes* il pretore pose altre figure di atti illeciti, ma, poiché il pretore non può creare fonti nuove di *obligatio*, queste figure nuove non erano *delicta* in senso tecnico ma atti illeciti cui il pretore ricollega azioni come se fossero delitti (quasi *ex delicto*).

Il *delictum* dunque è fonte di *obligatio* e quindi di *actio*.

Quest'*actio* ha la caratteristica di avere ad oggetto la persecuzione di una poena (consistente nel pagamento di una somma di denaro) inflitta al delinquente a favore del danneggiato.

L'espressione, quindi, azione penale non significa azione pubblica, ma azione privata che ha per oggetto una poena.

Queste azioni penali, come abbiamo detto, nella loro struttura erano identiche alle altre azioni: esse cioè si concretavano come tutte le altre in una formula ed erano instaurate mediante la *litis contestatio*.

Le azioni penali però presentavano alcune caratteristiche proprie:

1) erano nossali allorché l'atto delittuoso fosse stato compiuto da un soggetto in potestà. In conseguenza di questa nossalità il *paterfamilias* contro cui l'azione era esperita, poteva liberarsi da essa mediante la *noxae deditio* del delinquente: questa facoltà della *noxae deditio* era espressa nella formula "*cum noxae deditio*".

Se il *paterfamilias* non avesse voluto dare a noxa il delinquente egli doveva sopportare la condanna pecuniaria.

Codesta nossalità però aveva luogo solo nei casi in cui il *paterfamilias* non avesse avuto notizia preventivamente del delitto: ché se l'avesse avuta, allora egli era privato della facoltà di liberarsi della *obligatio* dando a noxa lo schiavo.

Come già sappiamo, infine, vale per queste azioni il principio "*noxae caput sequitur*", in virtù del quale la responsabilità per l'atto delittuoso del soggetto a potestà grava sull'attuale *paterfamilias* non su quello del momento del delitto.

2) Le azioni penali sono intrasmissibili agli eredi. Questa intrasmissibilità fu in origine tanto attiva che passiva. Poi si ammise la trasmissibilità attiva di quasi tutte le azioni penali (tranne quelle *vindictam spirantes* come le azioni di ingiuria e di sepolcro violato) mentre resta saldo il principio della intrasmissibilità passiva (agli eredi del delinquente).

Tutto ciò è chiaramente detto da Gaio (IV, 112):

“Non omnes actiones quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur etiam in heredem acque competunt aut dari solent est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti vi bonorum raptorum iniuriarum damni iniuriae. Sed heredibus huius modi actiones competunt (cioè agli eredi del danneggiato) nec denegantur excepta iniurarum actione et si qua alia similis inveniatur actio (azioni vindictam spirantes)”.

Nel diritto giustiniano il principio della intrasmissibilità passiva subì questa modificazione: che si poteva agire contro l’erede del delinquente nel caso in cui all’erede stesso sia pervenuto un profitto patrimoniale derivante dall’atto illecito del defunto (in id quod ad eum pervenit).

Ad ogni modo è da avvertire che il principio della intrasmissibilità presuppone che il defunto non avesse compiuto la *litis contestatio* relativa a queste azioni penali; ché se la avesse compiuta allora a causa della trasformazione dell’obbligazione operata dalla *litis contestatio* (da *obligatio ex delicto* in *obligatio processuale*) l’obbligazione così trasformata sarebbe trapassata ai suoi eredi.

3) Le azioni penali sono cumulative, cioè in diritto classico, quando ci fossero stati più coautori di un medesimo delitto, il danneggiato poteva esperire singolarmente contro ciascuno azione penale, potendo così avere tante volte l’indennizzo quanti erano gli autori del delitto.

4) È infine da tenere presente che alcune volte contro il delinquente vengono intentate oltre all’azione penale anche altre azioni dirette al risarcimento o alla restituzione della cosa (*actio reipersecutoria*) quando il delitto, come nel caso del furto, si sostanzia nella sottrazione di una cosa (D. 44, 7, 35).

Così contro il ladro si possono intentare:

- a) l’*actio furti*, con cui il derubato mira ad ottenere la pena corrispondente al *furtum* (il doppio o il quadruplo del valore della cosa derubata secondo i casi);
- b) la *condictio ex causa furtiva*, azione personale mirante ad eliminare l’ingiusto arricchimento prodottosi nel patrimonio del ladro;
- c) la *rei vindicatio*, fondata sul diritto di proprietà che il derubato vanta sulla cosa.

Dice Gaio:

IV, 4: “*Odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur si paret eos dare oportere (sc. condictio) quamvis sit etiam adversus eos dare oportere quamvis sit etiam adversus eos haec actio qua rem nostram esse petimus (scilicet rei vindicatio)*”.

Esaminiamo ora brevemente le singole figure di atti illeciti cui il *ius civile* romano ricollega gli effetti obbligatori (*delicta*).

Questi *delicta* sono quattro:

- a) il *furtum*;
- b) la *rapina*;
- c) il *damnum iniuria datum*;
- d) l'*iniuria*.

#### A) FURTUM.

“*Furtum est contrectatio alienae rei invito domino*” (cfr. *Inst.* IV, 1, 1, 6 e *Gaio* III, 195).

La *contrectatio* è un concetto più largo di quello materiale della rimozione di una cosa mobile da un luogo, contenuto nell'art. 402 del C.P. *Gaio* stesso lo dice (III, 195):

“*Furtum autem fit non solum cum quis interceptiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat*”.

Per questa ampiezza di significato la *contrectatio* include in sé tutti i casi di uso di una cosa in una direzione diversa consentita da quella del *dominus*.

Di qui i casi di *furtum usus* del depositario, del *commodatario* (*Gaio*, III, 196).

Dalla definizione data appare come elementi essenziali del furto siano:

- 1) la materiale *contrectatio* di una cosa;
- 2) la alienità della cosa;
- 3) la scienza che questa *contrectatio* è fatta *invito domino* (*dolus malus*);
- 4) la rispondenza di questa consapevolezza alla verità.

Questi elementi sono chiaramente indicati da *Gaio*:

1) La *contrectatio* (*Gaio*, III, 195-196).

2) La alienità della cosa (III, 195).

A proposito di questo elemento però è da dire che talvolta c'è furto ancorché la cosa derubata sia di proprietà dello stesso ladro.

Ciò avviene nel caso in cui il *pignorante* sottragga al creditore *pignoratario* la cosa data a pegno o nel caso in cui il venditore di una *res mancipi* che non sia stata mancipata al compratore (questo venditore è, perciò, prima che passi il tempo necessario per l'*usucapione*, *dominus* della cosa venduta) sottragga questa cosa al compratore.

In ambedue i casi, nonostante si tratti di cosa di proprietà di colui che la sottrae, c'è tuttavia la figura giuridica del furto (*Gaio* III, 200).

3) La scienza che tale *contrectatio* è fatta *invito domino* (*dolus malus*). Quando tale scienza manchi, manca il *dolus malus* e perciò il furto.

Così, se il commodatario usa della cosa commodata in maniera diversa da quella a lui permessa dal commodante, ma fa ciò per ignoranza, non c'è furto; vi sarebbe se lo facesse scientemente (Gaio III, 197):

“Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uteruntur, quam utendas accepissent, ita furtum committere, si intellegant id se invito domino facere, eumque, si intellexisset, non permisurum; at si permisurum credant, extra furti crimen videri; optima sane distinctio, quod furtum sine dolo malo non committitur”.

4) La rispondenza della consapevolezza di operare invito domino e l'effettiva volontà del dominus.

Quando questa rispondenza non ci sia e invece la *contrectatio* avviene volente domino, allora non c'è furto.

Dice Gaio (III, 198):

“Sed et si credat aliquis invito domino se contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri”.

A questo proposito Gaio ci porta un bell'esempio: Tizio spinge il suo servo a rubarmi del denaro per portarlo a lui, il servo mi dà notizia della cosa ed io, per prendere Tizio con le mani nel sacco permetto allo schiavo di rubarmi il denaro e di portarlo a Tizio; si domanda: potrò io agire con l'*actio furti* contro Tizio? No, perché non c'è *furtum* ove c'è acconsentimento del dominus alla *contrectatio* (Gaio III, 198; cfr. Inst. IV, 1, 8).

Sono infine da tenere presenti due casi in cui la *contrectatio* di una res aliena non determina un *furtum*. Ciò avviene:

1) quando un terzo si immette nel possesso di un'eredità non ancora adita dall'erede;

Nonostante che il possessore qui non abbia titolo alcuno che legittimi il possesso di tale eredità, tuttavia, poiché manca un titolare attuale di questa eredità, egli può possederla impunemente e può financo usucapirla;

2) quando una persona riprende il possesso di una cosa già sua e poi data a fiducia.

L'apprensione di questo possesso, che può condurre sino all'*usucapione*, non configura un *furtum* (Gaio III, 201).

Dopo aver esaminato la definizione del *furtum* ed averne studiati gli elementi essenziali, possiamo ora a vedere:

1) le varie specie di furto;

2) la *poena* e quindi l'azione penale che a queste varie specie di furto viene ricollegata;

3) la legittimità attiva e passiva dell'azione di furto.

**I. – Varie specie di furto.** – Servio Sulpicio e Massurio Sabino distinguevano quattro specie di furto:

- a) *furtum manifestum*;
- b) *nec manifestum*;
- c) *oblatum*;
- d) *conceptum*.

Labeone invece distinse due specie fondamentali di furto:

- a) il *manifestum*
- b) e il *nec manifestum*

considerando le altre due specie come sottospecie della prima (Gaio III, 183).

Il furto è *manifestum* allorché viene scoperto nel momento della sua consumazione (*quod dum fit deprehenditur*): era controverso in diritto classico se per avere furto manifesto fosse necessario che questa scoperta avvenisse nel luogo stesso in cui il furto era stato commesso (per es.: *si in domo furtum est quamdiu in ea domo fur sit*, ovvero *si in oliveto olivarum*, in *vineto uvarum furtum factum est quamdiu in eo oliveto aut vineto fur sit*); ovvero, se fosse sufficiente che questa scoperta avvenisse prima che il ladro abbia raggiunto il luogo ove egli aveva destinato di deporre la refurtiva (cfr. Gaio III, 184).

Il *furtum* è *conceptum* allorché la cosa rubata viene alla presenza di testimoni ricercata e ritrovata presso alcuno. Contro costui, allorché egli non sia il vero ladro, viene allora intentata l'*actio furti* (Gaio III, 186).

Il *furtum* è *oblatum* allorché colui che viene colpito dal *furtum conceptum* agisce a sua volta con l'*actio furti* contro colui che ha presso di lui deposta la refurtiva (Gaio III, 187).

C'è inoltre una sottospecie del *furtum conceptum* che è il *furtum prohibitum*, che si ha allorché colui presso il quale è stata deposta la refurtiva si oppone alla solenne perquisizione (III, 188).

Il *furtum* è *nec manifestum* quando non venga scoperto nel momento o nel periodo della sua consumazione.

**II.** – Possiamo ora a vedere la poena ricollegata a ciascuna di queste specie di furto e quindi l'*actio* con cui essa veniva perseguita.

Le XII Tavole distinguono secondo che si tratti di furto notturno o diurno flagrante (*manifestum*) e non flagrante (*nec manifestum*).

Quando si tratti di furto notturno e flagrante si può impunemente uccidere il ladro (Tav. VIII, 12: “*Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*”).

Quando si tratti di furto diurno, nonostante sia *manifestum*, non è lecito uccidere il ladro che nel solo caso che egli si difenda.

Escluso questo caso, il ladro colto in flagrante nel furto diurno subisce le seguenti pene:

1) se è schiavo egli subirà la *praecipitatio* e *saxo* dopo essere stato sottoposto a *verberatio* (*precipitato* cioè dalla rupe *Tarpea*);

2) se è libero sarà *addictus* (anche lui dopo essere stato sottoposto a *verberatio*) come schiavo al *derubato*.

Queste medesime pene venivano inflitte nelle altre specie di furto (tranne quella del furto *nec manifestum*). Solo per il furto *nec manifestum* le XII Tavole comminano una poena pecuniaria del *duplum* (*duplione damnum decido*).

A questo sistema di pena lasciata alla vendetta privata il diritto classico sostituisce (sviluppando del resto un principio già introdotto si nelle stesse XII Tavole pel *furtum nec manifestum*) un sistema di pene pecuniarie. E cioè: pel *furtum manifestum* la poena è del *quadruplo*; per il *nec manifestum* resta la pena *decemvirale* del doppio; per *furtum conceptum* e per quello *oblatum* la poena è del triplo; per quello *prohibitum* è del *quadruplo*.

Per la perseguibilità di questa pena il pretore introduce l'*actio furti*, la cui formula viene modificata a seconda dei vari tipi di furto cui si ricollega.

Esempio:

“Si paret Aulo Agerio a Numerio Negidio *furtum esse paterae aureae, quam ob rem Numerium Negidium pro fure damnum decidere oportet, quanti ea res fuit, cum furtum factum est tantae pecuniae duplum, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvo*”.

Questa è la formula dell'*actio furti nec manifesti*: ciò risulta chiaro dalla *condemnatio* che è rivolta al *duplum*.

Per effetto dunque del nuovo sistema penale introdotto pel *furtum*, il furto è fonte di *obligatio* e l'oggetto di quest'*obligatio* è una pena pecuniaria inflitta in varia misura al ladro.

Questa pena viene perseguita con l'*actio furti*.

Orbene, contro il ladro è data solamente l'*actio furti*?

La risposta l'abbiamo già vista: no, l'*actio furti* mira alla poena.

Ora, considerando il furto, a prescindere dalla pena, dal punto di vista puramente patrimoniale abbiamo:

a) che nel patrimonio del ladro si è verificato un arricchimento ingiusto a carico del patrimonio del *derubato*, supposto che la cosa rubata non esista più nella sua individualità (Gaio II, 79);

b) o che nel patrimonio del ladro si trova una cosa di cui altri è *dominus*.

Da ciò deriva:

a) che il *derubato* (oltre all'*actio furti* che gli compete sul fondamento del *furtum*) potrà esperire contro il ladro la *condictio*, la quale qui è detta *ex causa furtiva* (*nec minus* – oltre all'*actio furti* – *adversum eundem* – il ladro – *condictionem ei* – al *derubato* – *competere, quia extintae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus... possunt*, Gaio II, 79; cfr. IV, 4);

b) che il *derubato*, se la cosa è di sua proprietà e se essa si trova ancora presso il ladro o presso un terzo, potrà esperire la *rei vindicatio* (Gaio IV, 4; II, 79).

**III.** – Vediamo finalmente chi è legittimato attivamente e chi è legittimato passivamente all'actio furti.

Legittimato attivamente all'actio furti è colui cuius interest rem salvam esse e costui può anche non essere il dominus (Furti autem actio ei competit cuius interest rem salvam esse licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit quam si eius intersit rem non perire, Gaio III, 203).

Da questo principio deriva che alcune volte sono legittimate attivamente persone diverse dal dominus.

Es.: se la cosa rubata era stata data in pegno, l'actio furti compete al creditore pignoratizio e non al proprietario; così che se la cosa rubata era stata data perché venisse pulita o curata o cucita, poiché qui il conduttore è tenuto alla sua prestazione anche in caso di furto della cosa, è naturale che l'actio furti fosse in questo caso concessa al conduttore e non al dominus locatore.

Lo stesso dicasi della cosa commodata.

Invece nel deposito, poiché il depositario in casi di furto è liberato dall'obbligazione di restituire, l'actio furti compete al domino e non al depositario: qui infatti è il dominus colui cuius interest rem salvam esse (vedi Gaio III, 204, 205, 206, 207 e Inst. IV, 1, 16-17).

Finalmente vediamo chi è legittimato passivamente all'actio furti.

La risposta che a prima vista appare chiara è questa: il ladro.

E va bene: ma, oltre al ladro, è anche legittimato passivamente colui per istigazione del quale il furto è stato commesso.

Gaio, Inst. IV, 1, 11-14:

“Interdum tenetur et qui ipse furtum non fecerit qualis est cuius ope consilio furtum factum est”.

L'erede del ladro, come già sappiamo, non è passivamente legittimato all'actio furti, trattandosi di azione penale: ma contro di lui è esperibile la *condictio ex causa furtiva*, e anche la *rei vindicatio*.

## B) RAPINA.

Sostanzialmente è un furto aggravato dalla violenza: ricorrono quindi nella rapina gli elementi essenziali del furto, al punto che per la rapina può agirsi con l'actio furti (qui *res alienas rapit, tenetur etiam furti*, Gaio III, 209).

## C) INIURIA.

La parola *iniuria* ha un duplice significato:

- 1) uno generale, con cui si indica tutto ciò che non *iure fit*;
- 2) uno speciale, con cui si indica il delitto di lesione personale.

Questo delitto era già previsto dalle XII Tavole, le quali stabilivano per il *membrum ruptum* la pena del taglione, per l'*os fractum* la pena di 300 o 150 assi secondo che si fosse trattato di una persona libera o di schiavo, e per le lesioni minori (es. *si pugno mala percussa sit etc.*) la pena di 25 assi (Gaio III, 223).

Nel passare dal diritto delle XII Tavole a quello più elaborato della giurisprudenza repubblicana e classica il nostro istituto subisce una duplice modificazione:

1) ne è allargato il contenuto, in quanto si fanno rientrare entro il concetto di iniuria anche il *malum carmen* e tutte le varie specie di contumelia (*convincium*, *vociferazione pubblica* e *oltraggio di alcuno*, *ademptata pudicitia*, *infamatio*);

2) ne è modificato il sistema delle pene, perché il pretore crea un'azione (quindi una formula), l'*actio iniuriarum*, con la quale si autorizza il giudice a giudicare nei vari casi limiti del "*quantum aequum et bonum sibi videtur*" (Gaio, III, 222).

Legittimato passivamente all'azione è l'offensore o il suo *dominus* se quest'ultimo è schiavo; legittimato attivamente è l'offeso se è *paterfamilias* o il *dominus* (Cfr. Gaio, III, 223).

È da notare che già nel diritto classico e poi specialmente in quello giustiniano accanto al *iudicium privato* di iniuria vi è un processo pubblico (*crimen extraordinarium*, Inst. IV, 4, 10).

#### D) DAMNUM INIURIA DATUM (o DANNO AQUILIANO).

Questo *delictum* venne introdotto con la *lex Aquilia* (286 a.C.): esso consiste nel *damnum corpori corpore illatum*.

Questo danno può essere:

- a) tanto l'uccisione di uno schiavo o di un animale che fa parte del gregge (I cap. della legge, Gaio III, 210);
- b) quanto il ferimento di uno schiavo o di un animale del gregge;
- c) o il ferimento e l'uccisione di qualsiasi altro animale;
- d) o infine il danneggiamento corpore di qualsiasi altra cosa (III cap. della legge Aquilia, Gaio III, 217).

Tutti questi casi si possono ricomprendere nella figura generale del danneggiamento di uno schiavo, di un animale o di una cosa compiuta corpore (nel diritto classico).

Elementi essenziali di questo delitto sono dunque:

- a) un danneggiamento (uccisione, ferimento, rottura etc.);
- b) prodotto ad un corpo (*corpori*);
- c) per mezzo del corpo (*corpore*).

Quando questi tre elementi ricorrevano, il pretore concedeva al danneggiato un'*actio* (*actio legis Aquiliae*), in virtù della quale il danneggiante veniva condannato a pagare "*quanti in eo anno plurimi ea res fuerit*", Gaio III, 214 (pei casi rientranti nel III cap. *quanti plurimi in diebus triginta proximis*).

Da ciò deriva che non rientrano entro la categoria del danno Aquiliano i casi di danneggiamento non fatto corpore (ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit, III, 219): il diritto classico però provvide alla estensione anche ad essi dell'actio legis Aquiliae (actio utilis).

Il diritto classico però non andò più in là: fu solo nel diritto giustiniano che fu concessa una actio in factum legis Aquiliae anche pei casi di danneggiamento che non avessero presentato neanche il requisito del corpori illatum ("sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo, damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum, qui obnoxius fuerit in factum actione teneri, veluti si quis misericordia ductus alienum servum compenditum solverit, ut fugeret", Inst. IV, 3, 16 pr.).

### QUASI DELITTI.

Sono quasi delitti tutti gli altri atti illeciti che devono la loro efficacia obbligatoria non al ius civile ma a quello pretorio.

Ad essi però corrispondeva un'actio in factum.

La differenza fra delitti e quasi delitti è quindi esclusivamente nella distinzione tra il diritto civile e il diritto pretorio; dal punto di vista della loro struttura, infatti, delitti e quasi delitti non differiscono in nulla.

Ciò diversamente dai contratti e dai quasi contratti, che differiscono invece per la loro struttura, essendo essenziale agli uni e non agli altri l'elemento dell'accordo.

I quasi delitti sono:

- 1) *deiectum vel effusum*, in conseguenza del quale sia stato causato del danno;
- 2) *positum et suspensum*, in conseguenza del quale sia stato causato del danno;
- 3) *si iudex litem suam fecerit*, e molti altri casi tutelati con azioni in factum (cfr. Inst. IV, 5 pr.-3).

### III. – MODI DI ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI

Abbiamo visto sinora:

- 1) che cosa è l'obligatio;
- 2) quali ne sono le fonti.

Dobbiamo ora vedere quali sono i modi della sua estinzione. Questi modi vanno distinti, in diritto romano classico, in due grandi categorie:

- 1) modi di estinzione ipso iure;
- 2) modi di estinzione ope exceptionis.

Questa distinzione si riconduce a quella che caratterizza tutto il diritto romano fra diritto civile e diritto pretorio.

Sono modi di estinzione ipso iure quelli riconosciuti dall'ius civile come capaci di estinguere l'obligatio; sono modi di estinzione ope exceptionis quelli invece che non estinguono per sé l'obligatio, ma riescono solo a paralizzarne la efficacia mediante la inserzione di un'exceptio nella formula.

La solutio è il modo precipuo di estinzione ipso iure.

Il concetto di solutio passò in diritto romano attraverso una triplice fase:

1) Una antichissima in cui solutio significava la effettiva liberazione dell'obligatus dallo stato di prigionia in cui era caduto per effetto della obligatio.

2) Una posteriore in cui la solutio significava estinzione di un vincolo obligatorio; in questo periodo la solutio si faceva in forma solenne.

Tale solennità nel modo di estinzione corrispondeva alla solennità del modo di creazione (fonte) della obligatio. E siccome i modi solenni di una obligatio erano nel diritto romano più antico:

a) il negozio per aes et libram (nexum);  
 b) il negozio formale nelle sue due forme: orale (stipulatio) e scritta (expensilatio);  
 così i modi solenni corrispondenti di estinzione erano:

a) quello per aes et libram;  
 b) quello per acceptilationem orale e scritta.

La solutio per aes et libram avveniva in questa maniera: adibiti non meno di cinque testimoni e il libripens, colui che veniva liberato (il debitore) diceva le seguenti parole: “quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra; hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam”.

Pronunciate queste parole percuoteva la bilancia con un pezzo di bronzo (raudusculum) e consegnava questo bronzo quasi solvendi causa al creditore (Gaio III, 174).

La solutio per acceptilationem avveniva invece in questa altra maniera. Il debitore (promittente in una stipulatio) rivolge al creditore (stipulator) la seguente domanda: “Quod ego tibi promisi habesne acceptum?”. Il creditore risponde: “habeo”.

Per effetto di questa domanda e risposta l'obligatio restava estinta (Gaio III, 169).

Si capisce però che tale acceptilatio presupponeva l'avvenuto effettivo soddisfacimento della obligatio.

Come si vede da queste due forme di solutio, la solutio romana è dominata dal principio che l'obbligazione si estingue con forme opposte ma corrispondenti a quelle con cui essa è stata posta in essere.

3) La terza fase di evoluzione subita dal concetto di solutio è quella – poi rimasta unica e passata nel diritto giustiniano e nel moderno – in cui solutio equivale a pagamento.

Quando il debitore presta ciò che deve – sia pure quando trattasi di obligatio nascente da negozio formale – tale prestazione, a prescindere da qualsiasi forma, basta per estinguere ipso iure la obligatio.

Ecco perché anche nelle Istituzioni giurine si afferma che il pagamento è la maniera precipua di estinzione delle obbligazioni: “Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debetur” (III, 168).

Questo pagamento può essere fatto tanto dal debitore quanto da un terzo per lui, e il pagamento fatto dal terzo per il debitore libera quest'ultimo anche se è fatto senza sua scienza o anche addittura contro la sua volontà (liberatur et alio solvente sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat, Inst. III, 29 pr.).

Una maniera particolare di pagamento è la così detta *datio in solutum*, la quale ha luogo allorché il debitore (o il terzo che paghi per il debitore) col consenso del debitore dia a quest'ultimo in pagamento una cosa diversa da quella dedotta nella obbligazione (si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, Gaio III, 168).

Fra *proculiani* e *sabiniani* vi fu disputa circa la efficacia estintiva di questa *datio*: se cioè essa producesse estinzione *ipso iure* (*sabiniani*) ovvero *ope exceptionis* (*proculiani*): prevalse la dottrina *sabiniana*.

Accanto alla *solutio* (nel terzo significato di pagamento) vanno posti come modi di estinzione *ipso iure* di una obbligazione: a) la *acceptilatio*; b) la *solutio per aes et libram*. La prima è riferita alla obbligazione nascente da *stipulatio*; la seconda alla obbligazione nascente da *nexum* o, in diritto classico, dal *iudicatum* o dal *legatum per damnationem*.

Ma ormai questi modi formali di estinzione non costituiscono le forme che rivestono un effettivo pagamento sibbene forme mediante le quali si rimette un debito nascente da una delle cause enumerate.

Cioè *acceptilatio* o *solutio per aes et libram* sono diventati negozi *remissorii* o, come dice Gaio (III, 169), *imaginariae solutiones*.

Quindi se uno stipulante vuole rimettere il suo credito al promittente, ricorrerà all'*acceptilatio*, e se un creditore che ha ottenuto sentenza favorevole da cui è derivato un *iudicatum* o se un legatario di un *legatum per damnationem* vogliono rimettere il loro credito ai rispettivi debitori ricorreranno alla *solutio per aes et libram*.

Dice Gaio (III, 169):

“*Acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio: quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, is si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec verba me dicere. Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? et tu respondeas: Habeo*”.

Mediante l'*acceptilatio* si possono rimettere solamente i debiti nascenti da *stipulatio*: “*quo genere... tantum eae obligationes solventur quae ex verbis consistunt, non etiam ceterae; consentaneum enim visum est verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi*” (III, 170).

E appunto perché l'acceptilatio non poteva riferirsi che a debiti nascenti da stipulatio avveniva che, allorché un creditore voleva rimettere al suo debitore il debito nascente da una causa che non fosse stata la stipulatio, debitore e creditore procedevano prima alla trasfusione di questo debito in una stipulatio (la quale novava la obbligazione trasfusa) e procedevano poi alla estinzione della nuova obligatio mediante acceptilatio: "sed id quod ex alia causa debeatur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi" (III, 170).

A quest'uso è dovuta la nascita della così detta stipulatio Aquiliana dovuta al giureconsulto Gallo Aquilio.

Lo scopo della stipulatio aquiliana è questo: il creditore si fa promettere dal debitore una somma di danaro che rappresenta il valore pecuniario di tutti i diritti e di tutti i crediti, che egli aveva verso di lui, quindi estingue con una acceptilatio l'obbligazione così sostituita a tutti i diritti che aveva prima e libera in tal modo il promittente:

"Est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes et a Gallo Aquilio ita composita est: quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve quarumque rerum mihi tecum actio quaeque abs te petitio vel adversus te persecutio est erit quodque tu meum habes tenes possides possideresve dolove malo fecisti, quo minus possideas: quanti quaeque earum rerum res erit, tantum pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Negidius. item e diverso Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium: quiquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spondi, id omne habesne acceptum? respondit Aulus Agerius: habeo acceptumve tuli" (Inst. III, 29, 2).

Mediante la immaginaria solutio per aes et libram: est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram (Gaio III, 173) si possono rimettere come abbiamo detto solamente debiti nascenti dal nexum (anticamente) o dal iudicatum o dal legatum per damnationem (Gaio III, 173): "Quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes, et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur. Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato quod per damnationem relictum est" (III, 173 e 175).

– Un altro modo di estinzione delle obbligazioni nascente da contratto consensuale è il contrarius consensus, allorché non vi sia stata ancora esecuzione da nessuna delle due parti (re adhuc integra):

Inst. III, 29, 4: "Hoc amplius eae obligationes quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur, nam si Titius et Seius inter se consenserunt, ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum deinde re

nondum secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos discenderetur ab emptione et venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione et locatione et omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt”.

Un altro speciale modo di estinzione delle obbligazioni è costituito dalla novazione.

Le fonti la definiscono *novatio est prioris debiti in aliam obligationem* (da stipulazione) *transfusio atque translatio* (D. 16, 2, 1 pr.).

Dunque la caratteristica della novazione sta nell'estinguere una obbligazione col trasferirla in una nuova obligatio nascente da stipulazione.

Come risulta dalla definizione, perché ci sia novazione è necessario:

- 1) la preesistenza di una obligatio nascente da qualsivoglia causa;
- 2) la trasfusione di quest'obligatio in una nuova obligatio ex stipulatu;
- 3) un *aliquid novi* che presenti la obbligazione nuova rispetto a quella novata.

Esempi di novazione:

1) Tu mi devi cento sesterzi in base ad una compera, ebbene se tu mi prometti il pagamento di queste cento lire (*centum dari spondes? spondeo*) questa stipulatio estinguerà l'antica obbligazione ex empto, sostituendo al suo posto questa nuova (*ex stipulatu*).

2) Tizio mi deve cento lire: se Gaio mi promette (*centum quod Titius mihi debet dari spondes? Spondeo*) le cento lire che mi deve Tizio (*expromissio*), viene estinta l'obbligazione di Tizio verso di me e al suo posto nasce l'obbligazione di Gaio verso di me.

3) Io debbo cento lire a Tizio (qualunque ne sia la causa); se Tizio mi autorizza a promettere a Gaio le cento lire che gli debbo (*delegatio*) (*centum quod tu Titio debes, mihi dari spondes? spondeo*) la mia obbligazione verso Tizio sarà estinta e al suo posto nascerà quella verso Gaio.

In tutti i tre casi citati abbiamo:

- 1) una preesistente obbligazione (nascente da qualsiasi causa);
- 2) estinta mediante la sua trasfusione in una nuova obbligazione nascente da stipulazione;

3) e questa nuova obbligazione, nonostante permanga la identità assoluta del suo contenuto, presenta rispetto a quella novata un *aliquid novi*; nel primo esempio è la causa che è mutata, nel secondo e nel terzo, oltre alla causa anche la persona del debitore e del creditore.

Nel primo caso si ha novazione a re in personam, negli altri due a persona in personam (cfr. Gaio III, 128 a proposito delle obligationes litteris).

Risulta da quanto abbiamo detto che il fatto della trasfusione di una precedente obbligazione derivante da qualsiasi causa in una nuova derivante da stipulazione determina necessariamente una novazione.

Si capisce peraltro che l'avvenuta trasfusione debba potersi dimostrare mediante l'identità di contenuto della obbligazione novata e di quella nuova.

La novazione quindi ha luogo appena ricorrono i suoi requisiti oggettivi: non si richiede per essa nessuna esplicita manifestazione di un *animus novandi*.

Tutto ciò pel diritto classico: il diritto giustiniano invece richiede la manifestazione espressa di quest'*animus novandi*: se le parti non dichiarano di voler novare l'effetto novatorio, nonostante l'esistenza dei requisiti obbiettivi, non ha luogo (cfr. Inst. III, 29, 3 fine).

Per effetto della novazione cadono le garanzie personali e reali della obbligazione novata.

Un altro modo di estinzione ipso iure di una *obligatio* è, come sappiamo, la *litis contestatio* fatta in un *iudicium legitimum* (Gaio III, 180).

La *litis contestatio* ha infatti effetti analoghi a quelli della novazione: essa estingue il dare oportere primitivo sostituendovi una *litis contestatione teneri* (*obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione*). A differenza della novazione però non cadono le garanzie personali e reali che si accompagnavano alla obbligazione estinta.

Effetto estintivo ipso iure ha pure la transazione con la quale le parti eliminano una lite iniziale o da iniziarsi.

Nella struttura classica la transazione consta di due reciproche stipulazioni novatorie e di due corrispondenti *acceptilationes*.

In cotesto modo le parti estinguono radicalmente le loro pretese.

Altro modo di estinzione è costituito dal *concursum causarum* che ha luogo allorché il creditore diventi proprietario della cosa a lui dovuta dal debitore prima che il debitore adempia.

In antico sembra che per effetto di questo acquisto la obbligazione fosse senz'altro estinta "in perpetuum quotiens id quod tibi debeam ad te pervenit competit liberatio".

Nel diritto classico la regola che vale è la seguente: c'è estinzione dell'*obligatio* solo se la cosa è pervenuta al creditore *ex causa lucrativa*; altrimenti resta nel debitore l'obbligo di pagare il valore della cosa: *pretium succedit in locum rei*.

Altro modo di estinzione è costituito dalla *confusio*, che ha luogo allorché la qualità del creditore e del debitore confluiscono su una stessa persona (per es. per successione).

Altro modo di estinzione è costituito in certi casi dalla morte: così nel mandato, nella società, nei delitti, in tutti questi casi la morte del debitore estingue l'obbligazione da lui assunta.

Si ricordi anche la *capitis deminutio minima*: essa estingueva iure civili le obbligazioni: solo in virtù dell'intervento pretorio (con azioni fittizie) si riusciva a mantenere praticamente valide tali obbligazioni.

Altro modo di estinzione è costituito dalla compensazione (crediti et debiti inter se contributio).

In diritto classico questo modo di estinzione delle obbligazioni non ha carattere generale, ma opera in determinati casi:

a) nei iudicia bonae fidei, il giudice in base alla clausola *ex fide bona* inserita nell'intentio delle relative formule, è abilitato a tener conto delle contropretese del convenuto verso l'attore, che discendano *ex eadem causa*, cioè dallo stesso rapporto obbligatorio dedotto in giudizio (Gaio, IV, 61);

b) nei rapporti di conto corrente fra banchieri e clienti. Il primo deve agire *cum compensatione*, cioè per il saldo a suo favore: se chiede di più commette *pluris petitio* (Gaio IV, 64);

c) il *bonorum emptor* deve agire contro i debitori del fallito, di cui ha acquistato il patrimonio, *cum deductione*, deducendo cioè nella *condemnatio* della formula con cui agisce i crediti che i debitori avessero contro il fallito (Gaio IV, 65).

Chi opera la compensazione è il giudice.

Finalmente come modo di estinzione pretoria ricordiamo nel diritto classico il *pactum de non petendo*.

Noi sappiamo cosa è il *pactum*: è un accordo (*conventio*) intorno ad uno scopo lecito che non rientra fra le cause nominate ed innominate.

Questo *pactum* non ha né l'efficienza di creare né quella di estinguere una obbligatio.

Esso però genera un'*exceptio*: ora, in virtù di tale *exceptio* l'efficacia pratica della obbligazione *iure civili* viene annullata.

Per ultimo domandiamoci: potrebbe una obbligazione estinguersi (subiectivamente) relativamente al suo originario debitore o creditore pur continuando a sussistere (oggettivamente) in capo al nuovo debitore o ad un nuovo creditore? Cioè, è ammessa la cessione di una obbligazione?

Il nostro Codice (art. 1260 e sgg.) ammette codesta cessione. Essa invece non è ammessa nel diritto romano classico: il rapporto obbligatorio non può mutare i suoi soggetti. Per realizzare gli effetti pratici di una cessione di credito (o di debito) non vi sono che due vie: o ricorrere alla novazione (la cui novità *aliquid novi* consisterà in questi casi nel mutamento delle persone del debitore o del creditore) o creare il cessionario (*cognitor*) del cedente, rendendo così possibile l'esperimento di una azione con trasposizione di soggetti:

“*Obligaciones quoquo modo contractae nihil eorum recipint* (cioè, non ammettono cessione). *nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a*

me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis. sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor auto procurator meus esperiri” (Gaio II, 38-39).

Poiché in caso di cessione il cognitor (o procurator) a cui favore veniva convertita la condemnatio non doveva rendere conto al dominus dell’esito del processo, questo particolare cognitor venne chiamato cognitor o procurator in rem suam.

Nel diritto giustiniano invece delle azioni con trasposizione di soggetti si concesse un’actio utilis a favore del cessionario: in tal modo si venne ad ammettere implicitamente il principio della cessione delle obbligazioni.

È da ricordare a questo proposito una costituzione di Anastasio (506 d.C.) secondo la quale (per colpire gli incettatori di crediti comprati a bassi prezzi) il debitore si liberava pagando al nuovo creditore il prezzo da quest’ultimo pagato per l’acquisto del credito.

\* \* \*

A chiusura di questa parte sulle obbligazioni diciamo poche parole sulle così dette obbligazioni naturali.

Per capire cosa sono bisogna pensare alla necessità inerente ad ogni obbligazione: questa è tale perché costringe l’obbligato ad adempierla.

Orbene: vi sono delle obbligazioni che mancano di questa necessitas: tali cioè che l’obbligato non sia in base ad esse costretto dall’ordinamento giuridico ad adempiere la prestazione: però, e sta qui la caratteristica di questa specie di obbligazione, se l’obbligato adempie la prestazione, questa soluzione è valida e pertanto il debitore non potrebbe richiedere al creditore la ripetizione di ciò che ha pagato.

Se l’obbligazione non esistesse neanche allo stato di obbligazione naturale, allora il pagamento fonderebbe un diritto a ripetere: siccome invece l’obbligazione esiste – sia pure allo stato di obbligazione naturale – la soluzione è validamente fatta e il creditore trattiene validamente ciò che è stato a lui pagato.

L’obbligazione naturale, mentre è sprovvista di una necessitas positiva, si può dirla provvista di una necessitas negativa: cioè il debitore non può essere costretto a pagare, ma se paga, paga bene e non può quindi ripetere.

Un caso di obbligazione naturale si ha nella obbligazione assunta in proprio dal servo; se costui divenuto libero paga, il pagamento è iure factum, e può essere trattenuto validamente dal creditore a causa della esistenza dell’obbligazione naturale.

Nel nostro codice è obbligazione naturale quella assunta in occasione di un giuoco o di una scommessa (art. 1933 C.C.).



INDICE DEI NOMI DI PERSONA  
E DEI LUOGHI



- Accursio, giurista 1007, 1031, 1065-1068, 1070
- Adriano, imperatore romano 50, 115-116, 566, 578, 593, 614, 639, 669, 684, 740, 761, 763, 915, 968, 1045, 1169, 1366-1367
- Africano Sesto Cecilio, giurista 37-39, 248-249, 251, 344, 512, 514-515, 529, 536, 552, 554-556, 715, 767, 824-825, 840-841, 843, 859-861, 1058
- Agostino, santo 140-141, 146
- Agrippina minore 1173
- Albertario E. XXXV, LIII, 58, 238-239, 241-242, 253, 521, 539, 560, 576, 601, 646, 656-657, 870, 918, 976-978
- Albertoni A. XXXVI, 299, 403, 476
- Alcino, filosofo 399-400
- Alessandria d'Egitto 124, 279, 285, 300, 303
- Alessandro Severo, imperatore romano 25, 38, 107, 110-111, 161, 246, 263, 281, 483, 574, 659
- Alfeno Varo Publio 649, 672-674
- Alibrandi I. 725, 851, 970
- Aloandro Gregorio, giurista 67
- Anassagora 342
- Anastasio I, imperatore romano d'Oriente 641, 760, 786-787, 794, 1405
- Antistio Labeone *vedi* Labeone Marco Antistio
- Antonino Pio, imperatore romano 49, 80, 206, 246, 248, 508, 571-572, 574, 674-675, 729, 772, 779, 860-861, 934, 945, 981-982, 1170, 1291
- Anzilotti D. 751
- Apollonio di Perga, matematico 113, 353
- Appio Claudio Cieco 1213
- Aquilio Gallo Gaio, giurista 37, 50, 192, 197, 406, 542, 544, 546, 548, 1401
- Arangio-Ruiz V. 5, 8-11, 14, 18-20, 22, 29, 171, 192, 202, 281, 287, 471-472, 474, 476, 485-486, 496, 596, 598, 624, 642, 659, 712, 723, 742, 757, 1219, 1238, 1379
- Arcadio, imperatore romano d'Oriente 760, 768, 783, 785, 794, 928
- Arcadio Carisio, giurista 348
- Archi G.G. XXXII, XXXVII, XXXVIII, XLI
- Archimede LVII, 353, 1134
- Aristone, giurista 421, 433
- Aristotele L, LXVIII, 141, 296, 309, 323-327, 329-330, 332, 338-339, 343, 345-347, 349, 353-354, 358, 361-371, 373-374, 377, 386-388, 415, 435-436, 448, 1128, 1132
- Arnim H. von 397

- Arnò C. 50, 59  
 Artemide 17  
 Atene 30, 288  
 Augusto Gaio Giulio Cesare Ottaviano, imperatore romano XXVII, XXXVI, 5, 8, 16-17, 19-22, 332, 424, 779, 1137, 1140, 1218  
 Aulo Agerio 730, 756, 1219-1220, 1222-1224, 1226-1227, 1230, 1237, 1240, 1300, 1308, 1313, 1318, 1346, 1349-1350, 1352-1353, 1358, 1375, 1377, 1379-1381, 1384-1388, 1395, 1401  
 Aulo Gellio *vedi* Gellio Aulo  
 Azzone, giurista 1000  
 Azzoni G. LIV  
  
 Bachofen J.J. 240  
 Balduin F. 45  
 Baron J. 32-33, 36, 57, 86, 88-89, 92, 94, 98-99  
 Bartolo da Sassoferrato, giurista 1008, 1052  
 Barwick K. 338, 348  
 Bassiano G., giurista 962, 1000, 1007, 1048, 1066-1070  
 Baviera G. 5, 639  
 Beccaria C. LXI  
 Bekker A.I. 394-395, 397, 912, 941, 1009  
 Berger A. 173, 178, 403, 952  
 Berito 124  
 Berlino 23, 29, 362, 415, 588, 909  
 Beseler G. von 38, 44, 131, 235, 244, 248, 479, 528-529, 533-534, 536, 545, 560, 576, 578, 582, 701, 721, 723, 735, 745, 749, 779, 822, 824, 831-832, 834-835, 846, 857, 878, 884-885, 888, 892, 902-903, 917-918, 922-923, 932, 937, 953, 963  
 Betti E. XX, XXVIII, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXVI, XXXIX, XL, XLI, XLII, XLIII, XLIV, XLV, XLVI, XLVII, L, LV, LXVII, 11, 15-16, 23, 50, 55, 58, 82, 107, 174, 179, 186, 190-191, 193, 234-235, 245-246, 248, 322, 406, 423, 430, 466, 470, 472, 476, 479, 488, 494, 500, 510, 581, 594, 596, 598, 600-602, 630, 633, 642, 649, 659, 661, 663, 669, 686, 713, 725, 751, 757, 791-792, 799-800, 869, 885, 946, 955, 958, 966, 969, 1000, 1034, 1038, 1049, 1064, 1159  
 Biondi B. XLI, 179, 193, 203, 241, 711, 715-717, 840  
 Boezio 348, 387  
 Boissonade G. 639, 999  
 Bologna XXXV, XXXVIII, LVIII, 169, 355, 970  
 Bonanni C.G. XVIII  
 Bonfante P. XXXV, XXXIX, XL, XLIV, 23, 27, 31, 33, 36, 41, 50-51, 59, 74, 82, 98, 102, 107, 111-112, 131, 169-170, 173, 176, 203, 233, 403, 470-471, 473-475, 496, 520, 527, 544, 560, 585, 588-591, 594, 596-599, 602, 628, 633, 635, 641-642, 650, 655, 658-659, 661, 681, 688-689, 705-706, 715, 723, 737, 910, 952, 998-999, 1025, 1083, 1092, 1180, 1251-1252  
 Boulard L. 9, 16  
 Bozzi C. XXIII  
 Bremer F.P. 374, 411  
 Breslavia 9  
 Brugi B. 472, 937, 941-942, 1005  
 Brunetti G. XXXIII, 999  
 Bruto Marco Giunio 302, 314, 328, 339-343, 347, 350, 354, 357, 376, 385, 389, 400, 412, 441, 1132, 1135  
 Brutti M. XXVII, XXX  
 Buckland W.W. 471  
 Bulgaro, giurista 1007  
  
 Cagliari XLVI  
 Calamandrei P. LXI  
 Calasso F. LXI

- Calderini A. 23, 30  
 Callegari V. XXXIII  
 Cammeo F. XXXIII, XLII, XLIII, 209, 231  
 Canuleio Lucio, pretore 19  
 Caracalla, imperatore romano 116, 120  
 Cardilli R. XLV, LXIV  
 Carino Marco Aurelio, imperatore romano 918  
 Carisio *vedi* Arcadio Carisio  
 Carnelutti F. XLI, LXI, 472  
 Casavola F.P. XXXVII, LX  
 Cascellio Aulo, giurista 34  
 Cassio Longino Gaio, giurista 47, 509, 516, 651, 727, 904, 1295, 1374  
 Catalano P. LIII, LVI, LIX  
 Catone Marco Porcio 415, 449  
 Catone Peto Sesto Elio *vedi* Peto Sesto Elio Catone  
 Cattaoui P. 161  
 Cavanna A. LVIII  
 Cecilio Africano *vedi* Africano Sesto Cecilio  
 Celso *vedi* Giuvenzio Celso  
 Cerami P. L  
 Cesare Gaio Giulio 7-8, 332, 394, 972, 1207, 1279, 1282, 1291  
 Cherroneso 156  
 Chiazzese L. XLVI  
 Chiovenda G. 472, 725, 933, 938, 1028  
 Cicerone Marco Tullio XXVII, 34, 39, 192, 291, 307, 328-330, 332-334, 338-349, 354, 357, 375-376, 382-386, 388-391, 397, 400-401, 412, 415, 424, 435-436, 441, 453, 471, 715, 742, 1132, 1135, 1139-1140, 1143-1144, 1150  
 Cicu A. 594, 600, 650, 684, 999-1000  
 Cilicia 377  
 Cirene 5, 21-22  
 Cleante, filosofo 397  
 Coli U. 544, 635-636, 642, 644, 762  
 Collitz H. 30  
 Corsanego C. 459  
 Cortina d'Ampezzo XLV  
 Cortona LII, 261, 337  
 Costa E. 10, 33, 41, 43-44, 54, 65, 68, 85-89, 92-94, 98, 101-102, 173, 527, 596  
 Costantino I, imperatore romano 788, 794, 867, 915, 919-920, 953, 1291, 1324  
 Costantinopoli LVII  
 Costanzo II, imperatore romano 972, 985  
 Cracovia 24  
 Crasso Marco Licinio 328, 339-340  
 Crifò G. XXVIII, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXIX, XL, XLII, XLIII, XLV, XLVI, XLVII, L, LV  
 Crisippo 345, 386  
 Cugia S. 671, 685, 966, 997  
 Cuiacio *vedi* Cujas J.  
 Cujas J., giurista 24, 33, 41, 88, 324, 486, 490, 514, 526-527, 553-554, 673, 687, 704, 741, 922, 936, 957-958, 980, 995, 1000, 1008-1009, 1015, 1017, 1021, 1023, 1027, 1029-1031, 1033-1035, 1044, 1048-1052, 1055-1056, 1065-1066  
 D'Angelo S. XIX, XXI  
 De Francisci P. XXXIX, 82, 122, 124, 246, 471, 596, 978, 985, 989, 1010  
 De Gasperi A. XXXII  
 De Pirro V. 987, 999  
 De Ruggiero E. 9  
 De Ruggiero G. 9  
 De Sanctis G. 30  
 De Siervo U. XXIX, XXXII  
 Demostene 25, 290, 292-293, 296-297, 342, 683  
 Dernburg H. 34, 233, 237, 240-241, 246, 472, 624  
 Di Marzo S. LIII

- Diocleziano, imperatore romano 24-25, 27, 30, 107, 110, 248, 574, 637, 645-646, 664, 684, 730, 756, 774, 920, 938, 951  
 Dionisio Trace, grammatico 338, 348, 392, 395, 397  
 Dittenberger W. 12, 17, 30  
 Domenico Savio, santo 460  
 Donello Ugo, giurista 995  
 Doroteo, giurista 122, 124-128  
 Durrbach F. 30  
  
 Ebrard F. 245, 252  
 Egitto 9, 16, 23, 28-29, 120-121, 124, 127, 155, 264, 268, 270-271, 277-278, 281, 1325, 1370  
 Eisele F. 674, 909-913, 936-937, 940, 942, 950, 963, 968-970, 977, 1005-1006, 1009-1010, 1016, 1042, 1063  
 Elio Gallo Gaio, giurista 20  
 Engelmann H. 641  
 Engers M. 271  
 Enriques F. 355-357, 363-364  
 Epiro 30  
 Erennio Modestino *vedi* Modestino  
     Erennio  
 Erman A. 16  
 Ermogeniano, giurista LII, LXIII, 502, 503, 532, 605-607, 673, 675, 818, 877-878, 881, 973, 1142  
 Ermopoli 113  
 Etolia 30  
 Euclide LVII, 338, 347-349, 353, 355, 357, 369, 371-372, 377, 382, 393, 1134  
 Europa XXIV, XXV, LVIII, LXI  
  
 Fabbrini F. LV  
 Fabricius C.F. 711, 722, 727, 933  
 Fabro *vedi* Favre A.  
 Fadda C. 470-471, 484, 488, 518, 520-521, 528, 560, 589-590, 628, 661, 711, 715-716, 723-724, 742  
 Fanfani A. XX, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXX  
 Favorino, filosofo 151  
 Favre A., giurista 41, 89, 522, 546, 916, 933, 939, 941, 947-948, 953, 959, 968, 1009, 1015, 1021-1027  
 Fehr M.N. 252  
 Fein E. 863, 865  
 Ferretti P. LX  
 Ferrini C. XXXIV, XXXVII, XXXVIII, LV, LIX, 5, 32, 44, 86, 123, 125, 128-129, 173, 235-236, 240, 322, 376, 401, 411, 459-460, 463, 466, 488-489, 494, 560, 576, 578-579, 595, 635, 639, 674, 688, 692, 722, 725, 763, 781, 810, 894, 973, 1025, 1054, 1166, 1292-1293, 1362  
 Festo Sesto Pompeo, grammatico 20  
 Filangieri G. 15, 641  
 Filippo Marco Giulio Augusto, imperatore romano 107, 109, 321, 466, 918  
 Firenze XVII, XXI, XXII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXV, XXXVII, XLII, XLVI, XLVII, LVIII, LXI, LVII, 103, 304, 321-322, 407, 472,  
 Flavio Gneo, giurista 328, 339  
 Francke W. 471, 479-480, 493, 498, 502, 514, 528, 539, 545, 565, 584, 922, 933, 936, 972, 990, 995, 997, 1000, 1009, 1049  
 Frezza P. LVI, 338  
  
 Gaio, giurista XXX, LVI, LXIV, LXVIII, 16, 19, 24, 32, 43-44, 45-46, 49-52, 55-56, 58, 60, 62, 67, 74-78, 80-81, 108, 127-129, 131, 133, 161, 176, 187, 191, 195, 197, 199-201, 219, 222-225, 234, 237-241, 252-253, 256, 273, 284, 299, 302, 307, 331-332, 334, 340, 350, 375-376, 418, 476-479, 485, 504-505, 509, 511, 519-520, 540, 544, 555, 557,

- 561-562, 564-569, 571-573, 578, 580-581, 591, 593, 595-596, 598, 601-604, 608, 615, 617-618, 621-623, 625, 627-628, 634, 636-637, 643-646, 650, 653-659, 664-666, 669-671, 680, 688-690, 692, 695, 698, 715-717, 722-724, 727, 731, 737, 741-743, 745-746, 748-749, 751, 754, 756, 758, 766, 780, 799, 801, 803, 805, 809, 811-813, 817, 827, 836, 838-840, 869-870, 872, 875, 877, 881, 884, 889, 892-897, 903, 906-907, 909, 911, 915-916, 930, 937, 945, 971, 1003, 1006, 1085, 1135, 1137, 1139-1140, 1143, 1148, 1164, 1166, 1170, 1172-1173, 1177-1180, 1184-1185, 1192-1195, 1197, 1199, 1206, 1211, 1213-1218, 1220-1223, 1225-1240, 1242-1243, 1253-1261, 1266, 1273-1275, 1278-1283, 1285-1288, 1291, 1293-1295, 1297-1299, 1307, 1312, 1315, 1322-1324, 1335-1336, 1345-1348, 1353, 1356-1361, 1364-1366, 1368, 1370-1372, 1374-1376, 1379-1384, 1390-1397, 1399-1405
- Galassi Paluzzi C. XXIX, 447
- Gallo Aquilio *vedi* Aquilio Gallo Gaio
- Galeno, medico 394
- Gallo Elio *vedi* Elio Gallo Gaio
- Gangi C. 1000
- Gavallotti C. XXXVI, 151
- Geib O. 16
- Gellio Aulo, giurista 341, 375-376, 424
- Geny F. 435
- Giavoleno Prisco Lucio, giurista 40-41, 65, 68, 88-90, 103, 485, 522, 903-904
- Ginevra 806
- Giovannoni G. XXIX, XXXII
- Girard P.F. 133, 471, 476-477, 485, 565, 628, 639, 723-724, 727, 737, 910
- Giuliano Salvio, giurista 32, 38-39, 47, 56-57, 61, 68, 85-86, 88-90, 92-96, 98-103, 180, 184, 204-205, 218, 223, 256, 260, 416-417, 421, 423, 493, 498-501, 504, 506, 509, 516, 519, 523-527, 533, 536, 540, 542, 549-550, 553, 646, 662, 677, 679-681, 686, 695-696, 698, 703, 721, 749-750, 753, 758, 762, 771-773, 778, 820-821, 825, 839-840, 845-847, 851-852, 857, 879-880, 883, 890, 892-895, 897-899, 901-902, 905-906, 956, 972, 1139, 1146
- Giunti P. XXXIX
- Giustiniano I, imperatore d'Oriente LVIII, LVII, LXVIII, 7, 10, 25-26, 29, 56, 60, 62, 67, 79, 87, 94-95, 122-124, 128-129, 177, 256, 505-506, 562, 570, 575, 577, 580, 609-610, 612, 615, 640, 652, 654-655, 668, 681-683, 691-692, 701-702, 705-706, 714, 734-735, 737-738, 740, 743, 745-746, 760, 763-765, 768, 771, 774, 776, 781, 783-792, 852, 874, 913, 917, 920, 924, 969, 972, 975, 983-992, 995-996, 998-1002, 1005, 1007, 1010, 1047, 1068, 1146, 1166, 1168, 1170, 1181, 1183-1184, 1253-1254, 1261, 1266, 1280, 1290, 1322, 1338, 1367, 1374, 1387
- Giuvencio Celso, giurista LII, 63, 421, 435, 452, 634, 646, 677, 1056, 1065-1068
- Glück C.F. von 471-472, 489, 661, 671, 685, 711, 790, 809, 872, 897, 922, 933, 941, 972, 1049, 1053, 1056
- Gneo Flavio *vedi* Flavio Gneo
- Godefroy J., giurista LVIII, 674, 694, 741
- Goldschmidt I. 472
- Gordiano, imperatore romano 485, 667, 674, 675, 717, 952, 953
- Gorgippia 30

- Gortina 292  
 Gotofredo *vedi* Godefroy J.  
 Gradenwitz O. 16, 299, 881, 928, 955, 963, 973, 1043, 1061, 1063  
 Graziano, imperatore romano d'Occidente 788, 794  
 Grecia 23, 30, 326, 338  
 Grossi P. XXXIII, XXXV, XLVII  
 Grosso G. XXVI, XLI  
 Guarneri Citati A. 170, 197, 203
- Hartmann L.M. 1009  
 Heimbach K.W.E. 122, 125, 580, 916, 935, 959  
 Hellwig H. 910, 912, 936, 1005, 1009-1010, 1016  
 Henle R. 488  
 Hierapytna 17  
 Hitzig H.F. 9, 16, 288-295  
 Houston LXIII, LXIV  
 Hozumi N. 641  
 Hugo G. 722
- Irnerio, giurista LVIII, 1006, 1048, 1066-1070  
 Irti N. XXIX, XLVIII  
 Isidoro di Siviglia, santo 161, 273, 280, 424  
 Isocrate, retore 290  
 Itanos 17
- Jaci A.M. XXXI  
 Jhering R. von 353, 430, 435, 1270, 1276  
 Jobbé-Duval E.L.M. 933-934, 936, 938, 941-942, 1004, 1006-1010  
 Jörs P. von 373, 415  
 Jouguet P. 271-273
- Karlowa O. 32-34, 36, 40, 49, 60, 62-63, 69, 131, 598  
 Kepler J. 324, 1131-1132  
 Klenze C.A.K. 1009  
 Kooiman C.L. 655
- Koschaker P. 500, 958  
 Kreller H. 29, 282  
 Krüger P.W.A. LIX, 122, 907  
 Kübler B. 107, 111-114, 190, 655
- Labeone Marco Antistio, giurista LVI, 34, 133, 182, 413, 419-421, 425-427, 429, 441, 716, 728, 827, 870-871, 1281, 1374, 1394  
 Lambrini P. XXIX, XLII  
 Lauria F. 1064  
 Leibniz G.W. von LVII, 324, 353, 455, 1131, 1134  
 Leist B.W. 173, 489-490, 493, 660-661, 668, 671-672, 677, 679-681, 685, 696, 702-703, 711-712, 715, 720-722, 725, 727, 731, 733, 737, 742, 744, 790, 792, 809, 872-873, 896-897, 913, 933  
 Lenel O. XXXV, 16, 41, 130-133, 180, 193, 201, 203, 237, 240, 299-300, 338, 519, 521, 544-546, 578, 596, 650, 672, 690, 695-696, 716, 724-725, 728, 733, 744-745, 769-770, 806, 813, 840, 851, 863, 871-872, 912, 933-934, 936-937, 942, 945, 950, 983, 1342, 1348  
 Leone I, imperatore romano d'Oriente 641, 1369  
 Lewald H. 403  
 Licinio Rufino, giurista 634  
 Lipsia 32, 173, 178-179, 191, 233, 245, 338, 347-348, 393, 397, 985  
 Livio *vedi* Tito Livio  
 Longino Cassio *vedi* Cassio Longino Gaio  
 Longo C. XLI, XLII  
 Longo G. XLVI  
 Löhr E. von 722  
 Loreti Lorini B. 687, 703  
 Loret V. 115-116, 119-120  
 Lucio Vero, imperatore romano 38-39  
 Luigi Gonzaga, santo 460
- Macerata XXIX, XXX, 169

- Macro Emilio, giurista 5  
 Magnesia 12, 16-17  
 Mancaleni F. 635, 881, 886, 963, 973, 1065  
 Marcello Ulpio, giurista 85-86, 88, 90-93, 96-98, 100-101, 235, 500-501, 506, 525-526, 535, 606-607, 613, 644, 691, 696, 703, 749, 818-819, 859, 861-862, 877-878, 915, 917, 937, 943, 953  
 Marciano Elio, giurista 245, 252, 485, 573-574, 657, 674, 685, 695, 761, 763, 838-839, 917, 937, 989, 1006, 1016, 1040-1042  
 Marco, santo XVII, XXI, 38-39, 281-282, 301-303, 780, 1253  
 Marco Aurelio, imperatore romano 38-39, 281-282, 301-303, 780, 1253  
 Marmarica XXXVI, XXXVII, 151-156, 158, 163, 261, 264, 269-271, 274, 276-278, 281, 299, 304  
 Marrone M. XLVI  
 Martini R. XLIX  
 Martino Gosia, giurista 995, 1000  
 Massimiano, imperatore romano 24, 27, 30, 110, 574, 637, 645-646, 664, 684, 730, 756, 774, 920, 951  
 Masurio Sabino, giurista 37, 39, 48, 56-57, 60-61, 63, 65, 67-68, 77-81, 97, 101, 175, 338, 419, 422, 441, 509, 516, 635, 690, 1295, 1327, 1394  
 Matthiae C. 985, 992, 994-995, 997-998, 1000, 1005, 1008  
 Matthiass B. 173  
 Mauriciano Giunio, giurista 421  
 Meciano Lucio Volusio, giurista 62, 253, 255, 257-259, 517, 529-530, 678-679  
 Messene 17  
 Messina-Vitrano F. 466, 978  
 Messina XXXI, XXXII, XXXIII, XLVI, XLVII, 466, 978  
 Messineo F. XXXV  
 Meulenaere O. de 430  
 Meyer P. M. 16, 23, 28-29, 112, 127, 161-162, 299-300, 302  
 Mezio Rufo, prefetto 154, 274-276  
 Milano XXXVIII, XLII  
 Mileto 17  
 Miligi G. XXXIII  
 Mitteis L. LIV, 16, 23, 28-29, 107, 112-114, 116, 133, 154, 158, 161-163, 276, 279, 282-283, 293, 299, 301, 303, 325, 327-328, 337, 507, 549, 555, 575, 718  
 Modena XLI, 50, 489, 598  
 Modestino Erennio, giurista 24, 56-57, 78-79, 647, 676, 678-679, 682, 684, 686, 690-691, 703, 725-726, 747-748, 750, 752, 756, 760, 774, 895, 968  
 Mommsen T. LIX, 6, 8-11, 20, 66, 301, 416-417, 527, 548, 552, 700, 883, 1044  
 Monaco di Baviera XXXV, 173, 299, 337  
 Moriaud P. 642, 747, 806, 810, 813, 831, 844, 852-853, 859, 861  
 Moser S. 366  
 Mühlenbruch C.F. von 471, 479-480, 483, 498, 502, 528, 539, 545, 553, 565, 584, 921, 933, 936, 972, 990, 995, 997, 1000, 1009, 1049, 1053-1054, 1056-1058, 1063, 1075  
 Muzio Scevola, giurista L, 63-64, 75, 107, 198, 235, 328, 333-334, 338, 340, 349, 374-377, 385, 412, 415, 421, 449, 538, 542, 544, 548-549, 554, 562-563, 565-566, 606-607, 692-693, 969, 1016, 1043-1045, 1092  
 Nerazio Prisco Lucio, giurista 64, 66-68  
 Nerone, imperatore romano 1167  
 Nerozzi S. XXXII

- Niccolini F. 50  
 Nicomaco 348  
 Nolhac P.G. de 1007  
 Noodt G. 936, 939, 1009, 1053-1054  
 Norsa M. XXXVI, 151  
 Numeriano Marco Aurelio Numerio, imperatore romano 918  
 Numerio Negidio 1226-1227, 1237, 1240, 1300, 1308, 1313, 1352-1353, 1358, 1375, 1377, 1379-1381, 1384-1387, 1395, 1401  
 Numidia 858
- Occhipinti L. XXXI  
 Odoacre LVII  
 Ofilio Aulo, giurista 34, 432, 441, 1374  
 Olgiati F. 307  
 Olimpodoro, filosofo 397  
 Oliviero G. 5-6, 13-14, 19, 22  
 Onorio, imperatore romano d'Occidente 785, 786, 791, 793-795, 908, 915, 968, 1098, 1266  
 Ossirinco 113, 154, 276, 300  
 Ostorio Scapula Publio, console 690, 692  
 Ozanam F. 322
- Padelletti G. 20  
 Palermo XLVI, 169  
 Pandolfi G. XXXI  
 Panticapeo 30  
 Paoli U.E. 287, 289-297, 322  
 Paolo, santo 326, 335  
 Paolo Giulio, giurista 9-10, 13, 24, 47-48, 59, 62, 77, 80-81, 107, 109-111, 115, 119, 122, 124, 126-132, 181-184, 188-190, 193, 241, 244, 251, 254, 326, 335, 376, 411, 416-418, 420-421, 426-427, 433, 439, 478-479, 486, 492-494, 501, 506, 508, 515-516, 573, 580-582, 598, 604, 606, 608, 615-616, 625, 634, 636-637, 644, 646-647, 651-656, 658-659, 666-667, 670, 674-675, 677, 679, 683-684, 694, 716, 727, 730, 734, 746, 748, 753, 763-765, 775-776, 780, 782, 805, 809-810, 813-814, 824-826, 829, 836, 844, 853, 875, 878, 888, 890, 897, 899-900, 902, 906, 917, 919, 921, 934, 942-943, 951, 954, 961-962, 968-969, 971, 976, 980, 989, 1016, 1024, 1044-1046, 1059-1062, 1065, 1067, 1072, 1076, 1143-1144, 1351  
 Papiniano Emilio, giurista 24, 44-47, 49, 62, 66, 79-81, 85, 88, 91, 107-108, 111-113, 119, 161-162, 184, 194, 200, 204-205, 234, 237, 242, 247, 251, 279, 299-300, 302-304, 406, 486-487, 490, 492, 516, 529, 538, 562-566, 571, 576, 578, 594, 619, 659, 684, 703, 741, 751, 757, 781, 819, 840, 867, 876, 884-885, 902, 917, 922-924, 926, 929, 947, 952-954, 958-959, 974, 976, 978, 989, 1027-1028, 1036-1038, 1049, 1051-1052, 1064, 1077-1079, 1138-1139  
 Pappulias D. 293-295  
 Parigi LXII, 9, 271, 353  
 Parma XXXII  
 Partsch J. 9-10, 12, 16-18, 20-22, 107, 403-404, 806, 966  
 Pasquali G. XXXVI, 21  
 Pedio Sesto, giurista LIV, LV, LVI, 201, 203, 411-428, 430-434, 436-441, 443  
 Pericle 342  
 Perlingieri P. XXX, XLIV  
 Pernice A. 419, 711  
 Perozzi S. XXXV, 33, 63, 69, 169, 173, 470-472, 475-476, 485, 496, 502, 565, 589, 596, 624, 628, 642-643, 649-650, 659, 723, 737, 757, 840, 910  
 Perugia 169, 711  
 Peters H. 122-127

- Peto Sesto Elio Catone, giurista 20, 338, 376, 447  
 Pietak L. 33, 69  
 Pietrini S. XLII  
 Pio XII, papa XX  
 Pisa XXXV, LVIII, 169  
 Platone 325-326, 342, 358, 364, 371-373, 377, 396, 398-399  
 Plauzio, giurista 439, 888  
 Plinio il Vecchio 915  
 Pomponio Sesto, giurista 37, 39, 47, 61, 78, 81, 162, 176-178, 180, 242, 334, 339, 376, 411-412, 421, 472, 499-500, 506, 541-542, 555-556, 618, 636, 648, 694, 696-698, 701, 715, 748, 751, 766, 801, 803, 841, 867, 891, 893, 1211  
 Pothier R.J. 450  
 Pozzallo XXV, XXXI  
 Prato 1030  
 Preisigke F. 112, 403  
 Premerstein A. von 5, 7-8, 10, 13, 19  
 Priene 12, 17  
 Probo Marco Valerio, giurista 20  
 Proculo, giurista 528, 1374  
 Pugliatti S. LXVII, LXV
- Quasimodo S. XXXII  
 Quintiliano Marco Fabio 397, 912-913, 945  
 Quinto Muzio Scevola *vedi* Muzio Scevola
- Raape L. von 293  
 Rabel E. 248  
 Ratti U. XLII, XLIV, 169, 170-171, 231, 507-508, 614  
 Reitz W.O. 123  
 Remmio Palemone Quinto, grammatico 338, 348  
 Riccobono S. XLIV, XLVI, LIII, 5, 20, 86, 169, 173, 176, 233, 242, 253, 337, 405-406, 412, 416, 425, 639-640, 701
- Rodotà S. XXIX  
 Rogerio, giurista 1007  
 Roggi P. XXVI, XXXII  
 Roma XL, XLII, LVII, 16, 25, 34, 55, 155, 169, 188, 278, 288, 326-327, 330, 334, 338, 391, 447-448, 454, 589, 810, 870, 1083, 1085, 1141, 1147-1148, 1164, 1166-1167, 1176, 1194-1196, 1201, 1206-1207, 1213, 1224, 1231, 1242  
 Romolo 10  
 Rosmini A. 313  
 Rotondi G. 123, 173, 175, 177-178, 196-197, 654, 885, 913  
 Rufino Licinio *vedi* Licinio Rufino  
 Rufo *vedi* Sulpicio Rufo Servio
- Sabino Masurio *vedi* Masurio Sabino  
 Salvio Giuliano *vedi* Giuliano Salvio  
 Santillana G. de 356-357  
 Savigny F.C. von 434  
 Scevola *vedi* Muzio Scevola  
 Scherillo G. XLI  
 Schirmer K. 471  
 Schlossmann S. 191  
 Schmidt A. 471, 712  
 Schulin F. 913  
 Schulting A. 607  
 Schultz F. 249  
 Scialoja V. XLI, 169, 434, 505, 588, 591, 596, 598, 973  
 Scipione Africano 329, 333, 344, 385  
 Scipione Emiliano Publio Cornelio 329, 333, 344, 385  
 Seckel E. 871, 968  
 Segrè G. XXXV, XLI, 239  
 Seidl E. 299  
 Seneca Lucio Anneo 453-454  
 Servio Sulpicio Rufo *vedi* Sulpicio Rufo Servio  
 Sesto Empirico 394  
 Sesto Pedio *vedi* Pedio Sesto  
 Settimio Severo, imperatore romano 508, 675, 729

- Sicilia XXXI, XXXIII  
 Siena XXXV, XLVI, 169  
 Socrate 342, 359, 364-365, 371-372, 377, 398-399  
 Solazzi S. XXXV, 50, 59, 74-75, 489, 598, 601, 603, 606, 610-611, 613-614, 616-619, 622-623, 633, 636-637, 724, 1042  
 Solidoro L. LVIII  
 Solmsen F. 338, 362  
 Sparta 17  
 Steinwenter A. 403-404  
 Stroux J. XXVII, 21-22, 329-330, 337, 425  
 Suillo Rufo, console 690, 692  
 Sulpicio Rufo Servio, giurista L, 107, 154, 274-276, 328-329, 333-334, 338-343, 349-350, 377, 385, 401, 412, 415, 419-420, 441, 449, 688, 690, 692, 780, 870, 1135, 1191, 1394  
 Suman A. 953, 977-978  
  
 Tacito Publio Cornelio 19  
 Tafaro S. XXIX  
 Taleleo, giurista 920, 1006  
 Tamassia N. 887, 970  
 Tartara A. 338  
 Taubenschlag R. 23-25, 27-28, 112, 403-404  
 Teodoro di Gadara, retore 362, 1006  
 Teodosio I, imperatore romano d'Oriente 569-570, 576-578, 641, 667, 760, 768, 783, 785, 794, 928, 1252  
 Teodosio II, imperatore romano d'Oriente 1252  
 Teofilo, giurista 123, 128-129, 209-211, 221, 810, 840, 916, 1006, 1165-1166, 1168, 1185, 1205  
 Terenzio Clemente, giurista 678, 680, 686, 694, 879, 891-892, 898, 901-902  
 Teresa, santa 460  
 Tessaglia 30  
  
 Testa Trebazio *vedi* Trebazio Testa Gaio  
 Tiberio Claudio Cesare Augusto Germanico, imperatore romano 730, 763, 1016, 1167, 1173, 1213  
 Timoteo, santo 290, 292-293, 295  
 Tisia, retore 362  
 Tito Livio 10, 12, 19  
 Tommaso d'Aquino, santo L, LII, 137, 140-141, 146, 307-310, 312-313, 315-316, 318-320, 324, 326, 346-347, 354, 387, 435, 1128, 1132, 1144  
 Trasimaco, filosofo 362  
 Trebazio Testa Gaio, giurista 34, 329, 345-346, 388  
 Trifonino Claudio, giurista 471, 480-481, 483, 503, 517, 556, 558, 561-562, 565-566, 665, 842, 844, 846-848, 853-854, 858, 860-861, 884, 888, 902, 945, 971, 974, 1043, 1045, 1063  
 Troplong R.T. 639  
 Tumedei C. 85, 90-92  
 Tusculo 345  
  
 Ugone, giurista 1006-1007  
 Uhlig G. 397  
 Ulpiano, giurista XXX, LII, LIV, LXIV, 6, 25, 34, 37, 48, 51, 55-58, 60, 62-63, 65-68, 75, 77-78, 80-81, 83, 85, 87-93, 96-98, 101, 103, 107-108, 111, 126, 130-133, 139, 175-177, 180, 182-183, 196-199, 201, 204-205, 218, 239, 253-255, 307, 411-412, 415-420, 425-426, 452, 485, 490-491, 497, 500-501, 505, 507, 515-517, 520-521, 523, 525, 533-536, 540-541, 549-550, 552, 560-564, 569, 573-574, 578, 584, 591-592, 594, 598, 601, 603-605, 607-608, 613, 615-617, 620-623, 625, 627, 630, 634-635, 637, 643-644, 646-647, 651, 653, 656-658,

- 664, 666-670, 677-679, 682, 684, 686, 688, 690, 692, 696-702, 715-717, 720-724, 726-727, 730-731, 733-735, 738, 740-741, 744-747, 749-754, 756-760, 762-772, 774-776, 778-782, 801-802, 807, 809, 811-812, 814-815, 817-818, 820-823, 827-832, 834-835, 841, 845, 850-851, 853-854, 857-858, 870-872, 875, 877-881, 883-885, 889, 891-892, 895, 898-899, 901-902, 904-905, 916, 918, 923-926, 932, 934, 940, 943, 947, 950, 953, 956, 958, 968, 972-973, 976-978, 983, 989, 1015, 1017, 1027-1030, 1064-1065, 1073, 1077-1079, 1143, 1163, 1193, 1198-1199
- Unzner K. 933, 1009
- Uppsala 252
- Urseio Feroce, giurista 839, 906
- Usener H. 338
- Vailati G. 354-355, 357, 361, 364-366, 371
- Valditara G. XXIX
- Valente, imperatore romano 788
- Valentiniano I, imperatore romano 576, 667, 760, 768, 783, 785, 788, 794, 928
- Valeriano, imperatore romano 107
- Valerio Massimo, storico 742, 909-913, 915, 917, 919, 933
- Valerio Probo *vedi* Probo Marco Valerio
- Vangerow K.A. 471, 722, 933, 1009
- Varrone Marco Terenzio 375, 393, 424
- Vassalli F. XLIX, LXI, 122-124, 126
- Vaticano XXXVI, 151
- Verbania XXXVIII
- Vespasiano Tito Flavio, imperatore romano 1149
- Vico G. XXXIV, 50, 74, 324
- Vienna XXXV, LIX, 6, 9, 174, 182, 325
- Villey M. LXII
- Vincenzo de' Paoli, santo 322
- Virgilii F. XXVII, XLVIII, 321, 337, 353, 381
- Vitelli G. XXXVI, XXXVII, 115-116, 151
- Vitellio Aulo, giurista 501
- Vitruvio 348, 394
- Viviano, giurista 422
- Voigt M. 338, 376, 970
- Volterra E. XLI, 234, 236, 243, 248-249
- Wenger L. XXXV, 6, 9-12, 15-16, 20-22, 108, 112-114, 117, 173-174, 186-187, 203, 299-300, 325, 976-977
- Wilcken U. 116, 165, 270-273, 275, 278-279, 280, 301
- Windscheid B. 173, 450
- Wlassak M. XXXV, 6, 9-11, 15-17, 20, 24, 173-174, 179, 182, 184, 186-188, 190, 192, 195, 197, 202-203, 327, 405-406, 909-912, 1009, 1371
- Woess F. von 588, 909-913, 915, 919, 937, 941, 970, 990, 1005, 1009, 1016
- Zachariae von Lingenthal K.S. 406, 910
- Zanobini G. 684
- Zitelmann E. 249, 472













