PUBBLICAZIONI DELLA "FONDAZIONE VITTORIO SCIALOIA„ PER GLI STUDI GIURIDICI

2

CARLO FADDA

CONCETTI FONDAMENTALI DEL DIRITTO EREDITARIO ROMANO

VOLUME II

MILANO
DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE
1949

PROPRIETÀ LETTERARIA

STAMPATO IN ITALIA — PRINTED IN ITALY

Città di Castello — Tipografia dell'« Unione Arti Grafiche » — 1949

CAPO V.

L'EREDITA' GIACENTE (*).

§ 281.

Quando al defunto succedano, per legge o per testamento, eredi necessari, epperò delazione ed acquisto si confondano, poichè nel momento stesso della morte i necessari diventano senza altro, *ipso iure*, eredi, non si può normalmente verificare una soluzione di continuità. L'eredità riceve tosto il suo titolare o i suoi titolari e la padronanza dell'erede si collega immediatamente a quella dell'ereditando. Ma la cosa è ben diversa quando si tratti di eredi estranei, perchè allora l'eredità riceve il suo titolare soltanto a mezzo e per opera di un atto di acquisto. L'eredità, pongasi, è deferita, ma il chiamato non ha ancora dichiarato di accettare. Ovvero, si tratta di una istituzione di erede condizionale, per cui la delazione ha luogo solo all'avveramento della condizione. Qui evidentemente si presenta un vuoto. Il defunto non è più il centro giuridico del patrimonio, l'erede non lo è ancora diventato. Ciò che riguardo agli eredi necessarii può eccezionalmente verificarsi quando, per legge o per testamento, sia chiamato un concepito. Quale è in tutti questi casi la sorte del patrimonio ereditario? Il semplice buon senso ci dice che, poichè i beni sono destinati a servire agli interessi degli uomini e quindi ad avere un titolare che se ne avvantaggi, questo stato di vacanza è qualche cosa di anomalo e di transitorio; che perciò quei

---

(*) Per l'eredità giacente cfr. oltre i soliti libri generali, MARCUSEN, *La teoria della hereditas jacens nella sua relazione coll'antica usucapio pro herede*; STEINLECHNER, *La eredità in sospeso* (*d. Schwebende Erbschaft*), 2 vol.; DUSI, *La eredità giacente nel d. rom. e moderno* (Torino 1891); FILOMUSI-GUELFI, *Successione* (*dir. ital.*), § 17 in *Digesto italiano*.

beni sono in attesa del destinatario che se ne impadronisca e sono dalla legge tutelati in vista di questa attesa.

Le nostri fonti in questi casi dicono : *hereditas iacebat* (fr. 43, 24, 13, 5), *si hereditas iacuerit* (fr. 36, 4, 5, 30), *iacent bona* (fr. 40, 5, 4, 17), *ne bona iacerent* (fr. 38, 9, 1, pr.), *ne bona iaceant* (fr. 37, 3, 1). Di qui la denominazione, divenuta usuale negli scrittori, e poi nelle leggi moderne, di *eredità giacente*. Colla quale espressione, nota assai bene il Windscheid (1), non si vuol significare l'inerzia della eredità, quasi che essa coll'essere acquistata entrasse in istato di attività ; ma l'idea su cui essa si fonda è, che l'eredità giace senza essere appresa, ossia, come sopra notavamo, è in attesa del suo titolare. Questo stato di vacanza, che lascia in fatto un complesso patrimoniale senza titolare, ha dato luogo, com'era naturale, a gravi difficoltà dal punto di vista giuridico. Si può dire che in relazione ad esso vengono in questione i più delicati problemi della tecnica giuridica, ma in particolare quelli sulla pendenza dei rapporti giuridici, sul concetto di persona giuridica, sulla possibilità di diritti senza soggetto, sul carattere personale di certi rapporti e così via. La letteratura giuridica presenta qui lo spettacolo di una lotta continua, così che argutamente un moderno scrittore (2), facendo un giuoco di parole sulla espressione tedesca *ruhende Erbschaft* (eredità che se ne sta in riposo), dice che l'eredità giacente non aveva potuto aver quiete (*nicht zur Ruhe kommen*) soltanto nella letteratura. Or se col notevolissimo progresso della tecnica giuridica vi è tanto dissidio ancora oggi anche dal punto di vista di diritto costituendo, è facile immaginare in quali imbarazzi si sia trovata ne' suoi primordi la giurisprudenza romana colla sua tecnica così rigida e così parsimoniosa. Un duplice problema le si presentava ; disciplinare praticamente i rapporti ereditari e rendere ragione di questo stato così anomalo. Il problema della costruzione giuridica e quello della disciplina pratica erano strettamente legati fra loro e la soluzione dell'uno doveva necessa-

(1) *Pand.*, III, § 531, note 3 (ed. it., III, pag. 12). Si noti che lo IHERING, *Dissertazioni* (*Abhandlungen*), n. 3 (Lipsia 1844), pag. 149 nota 1, afferma che la espressione si trova solo nel fr. 43, 24, 13, 5.

(2) Cfr. STEINLECHNER, *L'eredità in sospeso e la successione immediata* (*das schwbende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge*), Innsbruck 1893, I, prefazione, pag. 1.

riamente influire sulla decisione dell'altro. Abbondantissimi sono i passi delle fonti in cui questi problemi sono discussi, ma abbondanti purtroppo sono anche le soluzioni proposte. Noi troviamo decisioni di giureconsulti delle epoche più diverse e ci accorgiamo subito che le soluzioni primitive, come tali alquanto rozze ed impacciate, se furono sostanzialmente eliminate nelle conseguenze pratiche, hanno continuato a mantenersi ferme nella teoria, ma talora congiungendosi ad altre più recenti e più sottili e perdendo non di rado la primitiva portata. Anche nel più vigoroso svolgimento della dottrina classica questa soverchia ricchezza di soluzioni lascia spesso nell'incertezza e bene spesso nel ragionamento de' giureconsulti traspare lo sforzo e trionfa il ripiego, sebbene non manchino menti illuminate ed indipendenti che guardano alle cose nella loro realtà, senza tenersi vincolati a' preconcetti tradizionali.

§ 282.

Ho già accennato (1) come ritorni frequentissima ne' giuristi classici l'affermazione che le cose appartenenti ad un'eredità giacente sono *res nullius*. Gaio (II, 9, — fr. 1, 8, 1, pr.), in un libro di carattere elementare destinato sopra tutto a' principanti, espone con molta decisione questa teorica.

Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est; id vero, quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est: potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.

Ed altrove (lib. 3 *ad edictum provinciale* — fr. 3, 5, 21 [22]) a proposito della gestione d'affari distingue nettamente « *sive hereditaria negotia sive ea, quae alicuius essent* », confermando così che i *negotia hereditaria* non sono di qualcuno, *alicuius*; onde, naturalmente, debbono essere *nullius*. — Ma già in più occasioni Labeone poneva come indiscussa questa mancanza di titolare. Così dello schiavo appartenente alla eredità giacente egli dice che « *in nullius est potestate* » (fr. 15, 1, 3, pr. § 1) (2), che

(1) V. parte I, § 250, pag. 313 segg.

(2) Il passo è di Ulpiano, ma il nesso fra il pr. e il § 1 mostra che l'opinione di Labeone era logicamente connessa coll'affermazione posta da Ulpiano (*unde Labeo scribit* etc.). Del resto il concetto è ripetuto da Labeone altrove.

è *nullius* (fr. 28, 5, 65, [64]); e del pari a proposito di un fondo compreso in una tale eredità egli dice che « *nemo dominus est* » (fr. 43, 24, 13, 5). E così avviene negli scritti di altri giuristi. Ulpiano (fr. 9, 2, 13, 2 — l. 18 *ad edictum*) a proposito del *servus hereditarius* dice che *dominus nullus est huius servi*. Paolo afferma della *res hereditaria*, che è *sine domino* (fr. 47, 19, 6 — l. 1 *ad Neratium*). E questo concetto si estende anche a' debiti e a' crediti lasciati dal defunto. Così Labeone (l. 5 *pithanon a Paulo epitomatorum* — fr. 22, 2, 9), a proposito della penalità convenuta nel contratto di *foenus nauticum* e scaduta dopo morto il debitore ma prima che ne sia accettata l'eredità, afferma, che « *nemo vixerit, qui eam pecuniam debet* ». Ulpiano (l. 27 *ad edictum* — fr. 13, 5, 11 pr.), a proposito di un *constitutum debiti* fatto mentre ancora non è accettata l'eredità dell'originario debitore dice « *etiamsi nullus apparet, qui interim debeat* ». E il cit. fr. 3, 5, 21 [22] suppone una gestione d'affari, e quindi un credito, a favore di un'eredità giacente. Ma il punto più culminante di questa dottrina tradizionale è nella esclusione della possibilità di un *furtum rei hereditariae*. « *Huiusmodi* (*hereditariarum*) *rerum furtum non fit* » (cit. fr. 9, 4, 40 — JULIANUS l. 22 *digestorum*); « *hereditariae rei furtum fieri Julianus negabat* » (fr. 47, 2, 69 [68] — Marcellus l. 8 *digestorum*); « *rei hereditariae furtum non fit* » (cit. fr. 47, 19, 6). Ed appunto in quest'ultimo passo Paolo pone in relazione l'impossibilità del furto colla qualità di *nullius* della cosa compresa nell'eredità giacente (1). È l'idea banale

(1) Quest'affermazione è assai controversa. In contrario v. IHERING, *op. cit.*, pag. 165; BONFANTE, *La iusta causa dell'usucapione* etc. in *Riv. it. per le sc. giur.*, XV, pag. 181 seg. (pag. 23 seg. dell'estratto); PAMPALONI, *Furto di possesso e furto d'uso* in *Studi Senesi*, XI, pag. 160 segg. Nel senso da noi sostenuto DERNBURG, *Pand.*, III, § 61, nota 4; FILOMUSI-GUELFI, *op. cit.*, § 17, nota 8. La ragione che si adduce in contrario sta in ciò, che SCEVOLA (fr. 17, 4, 1, 15 — Ulpianus, 38 *ad edictum*) fonda qui l'impossibilità del furto non sulla mancanza della proprietà, ma su quella del possesso, e che d'altra parte è escluso il furto anche quando l'erede ha accettato ma ancora non ha preso possesso. Il DERNBURG risponde da un canto, che si dà furto anche di cose non possedute: p. es. di quelle gettate in mare per salvare la nave e buttate dalle onde sulla spiaggia, dall'altro che non vi è furto di cosa non ancora posseduta dall'erede, perchè nell'epoca antichissima l'erede non diventava proprietario delle cose ereditarie se non per via di apprensione. L'argomento fondato solo sui fr. 47, 2, 43, 11 non ha molta base e le distinzioni ulpianee sono addirittura strane, perchè il gettito non si fa mai a scopo di abbandono. Ma certo delle cose gettate non si ha più possesso. E tuttavia si dà azione di furto

finchè vuolsi, ma non tanto che Ulpiano non abbia creduto necessario accennarla a proposito di cose abbandonate: « *nec enim furtum fit, nisi sit cui fiat* » (fr. 47, 2, 43, 5).

§ 283.

Di fronte a questo concetto se ne presenta un altro, per cui l'eredità giacente è considerata come una persona. Ma non sempre quest'altro concetto si presenta nello stesso modo. Talora la eredità è detta senz'altro *domina*. Così Celso (fr. 9, 2, 13, 2), secondo riferisce Ulpiano.

Si servus hereditarius occidatur, quaeritur, quis Aquilia agat, cum dominus nullus sit huius servi, et ait Celsus domino damna esse voluisse: dominus ergo hereditas habebitur, quare adita hereditate heres poterit experiri.

La legge Aquilia accordava l'azione di danno al *dominus*. Ma se si uccida uno schiavo appartenente ad un'eredità giacente, chi potrà agire? Rammenta da prima Ulpiano, che veramente lo schiavo qui non ha padrone. Poi si richiama al ragionamento

---

contro chi se ne appropria, (cfr. fr. 41, 1, 9, 8 e FADDA, *Lezioni di dir. romano* [Genova 1884], n. 18, pag. 15). E senza dubbio il possesso è perduto, almeno *corpore*. Nè basta. Il fr. 47, 2, 41 pr., § 3 accorda al *captivus*, che ritorna, l'*a. furti* per il furto commesso durante la sua prigionia, quando egli non poteva possedere. Il fr. 41, 1, 33, 1, che pur rammenta il principio *hereditati furtum non fit*, accorda l'*a. furti* al *pater familias* relativamente a cose appartenenti al *peculium castrense* di un figlio defunto, rubate mentre l'erede testamentario di costui deliberava se accettare o no, quando questo abbia finito per ripudiare. In questo periodo nessuno certo possedeva. Tutto ciò, a tacer d'altro, mostra, che la dottrina di Scevola non è sicura. E ad ogni modo potrebbe anche osservarsi, che il possesso nella eredità giacente manca appunto in quanto manca la persona fisica, ossia il *dominus* (cfr. STEINLECHNER, *op. cit.*, I, pag. 141, nota 1). L'altro argomento di DERNBURG invece non è troppo sicuro, non essendovi traccia alcuna della necessità di una presa di possesso perchè l'erede acquisti la proprietà delle cose ereditarie. Non è invece inverosimile che all'erede si sia negata l'*a. furti* in questo caso solo per effetto della dottrina sostenuta da Scevola, o, se così vuolsi, per costringere l'erede ad impossessarsi delle cose ereditarie. Del resto mi pare più probabile che tanto Gaio, III, 201, quanto gli altri passi che accennano al possesso dell'erede, vogliano con questo accennare all'accettazione. Se no perchè si permetterebbe qui l'*usucapio pro herede*, che non è consentita quando vi sia un *suus*, che pure non si sia impossessato delle cose ereditarie? Come poi più tardi si sia aperto l'adito all'*a. furti* in certi casi anche nella giacenza dell'eredità diremo fra poco. V. intanto PERNICE, *Labeo*, I, pag. 362.

di Celso. Il quale osservava, che l'intento della legge era di tenere indenne il *dominus*. Il testo, così com'è, attribuisce un singolare modo di argomentare a Celso, perchè dalla premessa ora posta sull'intento della legge fa derivare la conseguenza: *dunque* l'eredità è il *dominus*.

Il Mommsen vuol leggere *vero* invece di *ergo*. Ed allora il senso sarebbe assai più corretto. La legge provvede al dominus, *ma* dominus è l'eredità: dunque l'azione si acquista all'eredità e passerà all'erede quando abbia accettato. Ed il senso così stabilito discende anche dal modo con cui rendono il passo i Basilici (LX, 3, 13) (1).

Δούλον κληρονομιαίου ἀναιρουμένου, ὁ ὑπειςερχόμενος τὴν κληρονομίαν κινεῖ τὸν Ακουίλιον· δέσποινα γὰρ ἐστιν ἡ κληρονομία (2).

Qui, come del resto nel relativo scolio, l'essere l'eredità *domina* è premessa minore, non conseguenza. E questo evidentemente è il vero concetto di Celso. Invece il Pernice (3), ponendo come inconcusso che Celso dica: noi abbiamo bisogno di un proprietario, dunque l'eredità è proprietaria, ne desume che il giureconsulto non conoscesse ancora il concetto della *hereditas* come persona. È il riguardo al futuro erede, il bisogno pratico che spinse Celso ad accordare qui egualmente la azione della legge Aquilia.

§ 284.

Ma anche quando si voglia accettare l'interpretazione del Pernice, sempre è vero che Celso dichiara che l'eredità si deve considerare come *domina*, epperò come qualche cosa cui si può riannodare un diritto. Che altro vuol dire ciò, se non che l'eredità funge da persona? Ma dopo Celso il concetto in esame ritorna frequente. Pomponio (l. 18 *ad Sabinum* fr. 11, 1, 15 pr.) afferma: « *domini loco habetur hereditas* ». Paolo (l. 15 *ad Plautium* — fr. 41, 3, 15 pr.): « *nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est* ». Ulpiano (cit. fr. 43, 24, 13, 5): « *hereditas dominae locum optinet* ». Ermogeniano (l. 6 *iuris epitomarum* — fr.

(1) Heimbach, V. pag. 277.

(2) *Servo hereditario occiso, qui hereditatem adit, Aquiliae experitur, domina enim est hereditas.*

(3) *Op. cit.*, pag. 363.

41, 1, 61 pr.) : « *hereditas in multis partibus iuris pro domino habetur* » Ma sopra tutto assai caratteristico è il paragone di Florentino (l. 8, *institutionum* — fr. 6, 1, 22).

Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicut municipium et decuria et societas.

Muore il debitore, nè la sua eredità è ancora accettata. Può, mentre l'eredità è giacente, intervenire un fideiussore a garanzia del debito ? Se durante la giacenza non c'è debitore, come può esserci debito ? E se non c'è debitore principale, come può parlarsi di fideiussione, che è obbligo meramente accessorio ? Florentino afferma che il debitore non manca perchè l'eredità tien luogo di persona e quindi è il debitore.

Tien le veci di persona, si noti bene, come un municipio, una decuria, una società di *publicani* (1). Questo passo ha dato la base più salda per la dottrina oramai secolare, che alla eredità giacente attribuisce personalità giuridica.

§ 285.

Ma in altri passi la personalità attribuita all'eredità giacente assume un carattere determinato in modo diverso. Si dice infatti della eredità, che tien luogo di persona, in quanto rappresenta il defunto. Gaio (l. 17 *ad edictum provinciale* — fr. 28, 5, 31, 1) tratta la stessa questione risoluta da Labeone nel cit. fr. 65 [64] eod. tit.

Hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit heredem institui posse, quia creditum est hereditatem dominam esse (et) defuncti locum optinere.

Si sa che si possono istituire eredi gli schiavi altrui e che questi mutuano la capacità dal loro *dominus*. Ora è lecito istituire uno schiavo compreso in una eredità giacente ? Labeone afferma senz'altro tale possibilità, pur riconoscendo che lo schiavo non ha padrone. Gaio per contro non si contenta di affermare la possibilità, ma ne dà la ragione. L'eredità è la proprietaria e tien luogo del defunto. Così che la capacità dello schiavo nel momento della formazione del testamento si misura da quella

(1) Non una *societas* comune, perchè questa non ha personalità.

del defunto. Lo stesso ripetono spesso altri giuristi posteriori. Così Ulpiano (l. 10 *ad edictum* — fr. 11, 7, 1) assume che colui il quale fa le spese funebri per una persona « *cum defuncto contrahere creditur, non cum herede* ». Ed ancora per giudicare della stipulazione o della mancipazione di un *servus hereditarius*, seguendo Giuliano, egli dice (fr. 41, 1, 33, 2) che si guarda al defunto e poi (libro 4 *de censibus* — fr. 41, 1, 34) ne assegna questa ragione (1) :

Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis iuris civilis comprobatum est.

Anche Fiorentino (l. 11 *institutionum* — fr. 116 § 3 *de legatis* I [30]), a proposito della capacità dello schiavo ereditario ad essere onorato di un legato, ripete :

Servo hereditario recte legatur, licet ea adita non sit, quia hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur.

Anche le Istituzioni giustinianee accolgono lo stesso concetto. Anzitutto in 2, 14, 2, sempre a proposito della possibilità di istituire erede uno schiavo appartenente ad una eredità giacente, si dice : « *nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri sed defuncti* ». In 3, 17 pr. relativamente all'acquisto per via di schiavi così si ragiona :

Servus ex persona domini ius stipulandi habet, sed [et] hereditas in plerisque personae defuncti vicem sustinet : ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, adquirit hereditati ac per hoc etiam heredi postea facto adquiritur (2).

§ 286.

Per contro noi troviamo qualche accenno ad un'opinione, che, pur assegnando all'eredità giacente la funzione di persona, non le fa rappresentare il defunto, ma sì l'erede.

---

(1) Naturalmente questa connessione è nella compilazione, nè sappiamo se l'affermazione di Ulpiano si riferisce proprio al caso da lui contemplato nell'altra sua opera (l. 4 *disputationum*).

(2) Il Ferrini, *Sulle fonti delle istituzioni di Giustiniano*, pag. 154, 160 attribuisce il primo passo a Marciano, il secondo a Florentino. Però l'attribuzione a Marciano egli la fa dubitativamente. Io penso che emtrambi i passi sieno di Florentino. E me ne persuade la grande analogia col fr. 116 § 3 cit. in cui si trova pure il *recte*, che pare decida Ferrini a riferire il passo a Marciano (cfr. Lo st., pag. 145).

Pomponius l. 5 *ex Plautio* — fr. 46, 2, 24.

Novatio non potest contingere ea stipulatione, quae non committitur, nec huic contrarium est, quod, si stipulatus a Titio fuero novandi animo sub condicione, quod mihi Sempronius debet, e pendente condicione Titius decesserit, quamvis ante aditam hereditatem condicio exstiterit, novatio fieret: hic enim morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet.

La novazione può aver luogo solo quando la stipulazione che nova abbia acquistato efficacia. Può parere contraria a ciò la validità della novazione nel caso in cui si stipuli sotto condizione da Tizio ciò che ci deve Sempronio, Tizio muoia prima che la condizione si avveri e questo avveramento abbia luogo prima che l'erede di Tizio ne abbia accettata l'eredità. La ragione del dubitare sta in ciò, che può ritenersi impossibile che prenda consistenza una obbligazione condizionale quando venga a mancare il debitore. Ossia, è quel concetto antico, che pone nel nulla i rapporti giuridici durante la giacenza dell'eredità. Ma Pomponio passa sopra all'ostacolo. Il debitore per lui non manca, perchè l'eredità rappresenta la persona dell'erede. Adunque anche Pomponio assume che l'*hereditas vice personae fungitur*, ma, contro l'affermazione da noi in tanti passi trovata, non è questa persona il defunto, ma l'erede. Anche qui si è cercato al solito di superare l'ostacolo mutando la lezione. La *Vulgata* legge « *ad heredem* illius *cuius personam etc.* » Con ciò si verrebbe a dire che l'eredità rappresenta il defunto. Ma in prima linea i Basilici (1) confermano perfettamente la lezione fiorentina. D'altra parte, che il concetto della rappresentanza dell'erede vi fosse nella giurisprudenza romana è confermato anche da ciò, che spesso, come abbiamo visto, nell'affermare che l'eredità tien luogo della persona del defunto, i giureconsulti ritengono necessario, a respingere l'opinione contraria, il soggiungere « *non heredis futuri* ». E nel cit. fr. 41, 1, 33, 2 appare evidentissima la discordia fra i giuristi in proposito. È a Giuliano che ivi si attribuisce il merito di avere assicurato la prevalenza alla opinione che si debba por mente alla persona del defunto : « *ut Juliano placet, cuius et valuit sententia testantis personam spectandam esse opinantis* ». D'al-

(1) XXVI, 4, 24 (Heimbach, III, pag. 112).

tra parte non è questa la sola traccia lasciata dall'opinione opposta a quella di Giuliano.

§ 287.

Un terzo concetto si presenta frequentissimo negli scrittori classici: quello della immediata successione dell'erede al defunto in qualunque momento del resto avvenga l'accettazione della eredità. Fra i molti passi bastino alcuni fra i più decisivi. Fermiamoci innanzi tutto sopra un passo, che ha qualche rapporto col concetto or ora esaminato.

Gaius l. 3 *de verborum obligationibus* — fr. 45, 1, 28, 4.

Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit posse, quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse: quae ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intellegitur, licet post aliquod tempus heres extiterit: manifestus igitur est servi stipulationem ei adquiri.

È risaputo che lo schiavo può stipulare in nome del suo padrone e che il risultato della stipulazione va al proprietario. La stipulazione fatta per un estraneo è del tutto nulla. Ora sorge il dubbio se sia valida la stipulazione fatta a favore dell'erede futuro. Le due scuole furono divise in proposito. Procolo era per la negativa, appunto perchè, sino a quando l'erede non ha accettato, è un estraneo per lo schiavo. Ma Cassio si fonda sopra il principio della continuità della successione. L'erede, in qualunque tempo accetti, si considera come se sia stato erede fin dal momento della morte dell'ereditando. Così che retroattivamente lo si deve ritenere come *dominus* dello schiavo nel momento in cui questo faceva la stipulazione. Cassio adduce un argomento tratto dal diritto sacro per confermare la retrotrazione della qualità ereditaria. La *familia* del defunto si considerava come inquinata dalla presenza del cadavere e si chiamava perciò *funesta*: stato che cessava solo dopo certe cerimonie (1). Ora la *familia* dell'erede diventava funesta dal giorno della morte.

(1) Cfr. MARQUARDT, *La vie privée des Romains*, I, pag. 439, nota 7, 442, nota 8, pag. 447 segg.

§ 288.

Questa regola è, come dicemmo, spesso ripetuta. Evidentissima è in Florentino (l. 8 *institutionum* — fr. 21, 2, 54).

Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intellegitur.

Ma anche in Paolo (l. 27 *ad edictum* — fr. 57, 17, 138) e in Celso (l. 38 *digestorum* — fr. 193 eod. tit.) essa è chiaramente espressa, sebbene Celso faccia una certa limitazione (*omnia* fere *iura etc.*). Quel che più importa, noi troviamo esplicazioni pratiche della regola anche in Labeone. Tale è specialmente il fr. 28, 7, 20, 1 in cui si considera come efficace la manumissione di uno schiavo appartenente alla eredità giacente fatta dall'erede istituito appunto sotto la condizione di effettuare quella manumissione. Il chiamato non può manomettere senza diventare prima erede e quindi proprietario, ma egli non può diventar tale se non a condizione che manometta. Si tratta di una condizione c. d. perplessa, perchè essa è in antitesi logica colla disposizione cui è aggiunta, e, anche nel campo degli atti *mortis causa*, essa non si cancella, ma annulla tutto. Ma Labeone interpreta più benignamente la condizione. Egli si contenta che l'erede compia l'atto della manumissione. Questo per sè è nullo, ma resta sanato col fatto dell'accettazione. Il Pernice (1) assume che il testo non ha da vedere colla regola della retroattività dell'accettazione. Per lui Labeone decide solo in base all'equità. Ma la sua opinione non parmi accettabile. Come può *convalescere* la *manumissio*, se non per ciò che si ha ora il diritto di manomettere, che per lo innanzi non si aveva ? E questa efficacia retroattiva non è appunto un'esplicazione del principio ? Quel che al Pernice pare decisivo è che se anche Labeone avesse accolto quel principio, non s'intenderebbe il dissenso di Procolo da Cassio or ora da noi esposto. Ma così non è. Il dissenso nell'applicazione del principio non vuol dire che si dissentisse sul principio stesso. Non è forse vero, che lo stesso Paolo il quale nel cit. fr. 50, 17, 138 afferma il principio, nel fr. 45, 3, 16 ne nega l'applicazione al caso deciso da Cassio ? Noi non pretendiamo, collo Ihering (2),

(1) *Labeo*, I, pag. 369 segg.

(2) *Op. cit.*, pag. 168 segg., 180.

trarre conseguenze esagerate dal fatto che già i capi delle due scuole riconoscevano l'applicabilità del principio della retrotrazione. Ma teniamo ad accertare l'antichità sua.

§ 289.

Noi possiamo completare l'esposizione sulle varie maniere con cui nella dottrina romana si è tentata la spiegazione della disciplina giuridica dell'eredità giacente, rammentando come talora un principio si trovi a lato dell'altro negli scritti di uno stesso giureconsulto. Così Ulpiano nel cit. fr. 43, 24, 13, 5 all'argomento di Labeone fondato sull'indifferenza della qualità di *nullius* propria del fondo ereditario aggiunge l'altro, che sembra ad esso perfettamente ripugnante: « *accedit his, quod hereditas dominae locum obtinet* ». Lo stesso Ulpiano, con Celso, nel fr. 9, 2, 13, 2, da noi già ricordato, pone insieme le due spiegazioni. Gaio, nel cit. fr. 1, 8, 1 pr., dice che le *res publicae* sono *nullius* in quanto « *ipsius civitatis esse creduntur* ». Florentino, come abbiamo visto, da un canto fa ricorso al concetto del « *vice personae fungi* » (fr. 46, 1, 22), dall'altro afferma il principio della retrotrazione dell'adizione (fr. 29, 2, 54) (1). È possibile di fronte a questo stato delle fonti arrivare ad un risultato sicuro? Possiamo noi credere che o nel diritto classico o almeno nella compilazione si possa trovare un principio unico che governi tutta la disciplina dell'eredità giacente? La risposta sarà possibile solo dopo che noi avremo istituito un'indagine da un altro punto di vista, dal pratico. Occorre cioè determinare nelle grandi linee, per quanto è possibile in un breve corso di lezioni, il modo con cui praticamente le nostre fonti hanno trattato l'eredità giacente. Già qualche accenno abbiamo fatto nel discutere de' criteri fondamentali: ma qui conviene meglio vedere il risultato complessivo.

§ 290.

Un punto è sicuro: che la morte dell'ereditando non disgrega l'unità patrimoniale. Che non la disgregasse del tutto origina-

(1) Su questo riunirsi delle varie spiegazioni nello stesso scrittore v. FILOMUSI-GUELFI, *Digesto ital.*, v. *successione* (dir. ital.), n. 137, pag. 458, nota 4.

riamente è impossibile affermarlo: certo non la disgrega più da quando è ammessa l'*usucapio pro herede*, che costituisce appunto un acquisto a titolo universale. Tutte le descrizioni dell'*hereditas*, che noi abbiamo a suo tempo esaminato (1), mostrano come dopo la morte resti l'unità patrimoniale. Giavoleno (l. 14 *epistularum* — fr. 45, 3, 36) nota che la cosa appartenente alla eredità giacente « *universo hereditatis iure continetur* ». Ulpiano (l. 49 *ad Sabinum* — fr. 50, 16, 178, 1) pone la regola: « *hereditas iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit* ». Che altrove (l. 15 *ad edictum* — fr. 5, 3, 20, 3,) riassume anche più brevemente: « *hereditas et augmentum recipit et deminutionem* ». È questo un concetto fondamentale, il quale ci insegna che alla morte della persona non vi è un arresto nello sviluppo dell'unità patrimoniale, ma che questa procede nel movimento della vita come sempre; che può accrescersi, come può diminuirsi, restando sempre identica, sempre la stessa *hereditas*, nel che è appunto la caratteristica essenziale dell'*universitas*, come unità indipendente dal mutamento delle singole parti. Ma come possono avvenire queste modificazioni, senza un subbietto patrimoniale in cui l'unità si accentri? Vediamo i vari casi.

§ 291.

Non vi è difficoltà di sorta quando si tratti di acquisto di frutti in genere — « *fructus omnes augent hereditatem* » (fr. 5, 3, 20, 3), perchè qui si tratta di accessioni che necessariamente e *ope legis* seguono la sorte della cosa principale. Onde « *augent hereditatem gregum et pecorum partus* » (fr. 5, 3, 25, 20). E, sebbene le fonti non lo dicano espressamente, lo stesso è da dire riguardo a tutte le accessioni in generale (2). Si dovrà dire lo stesso in generale per tutti gli acquisti che avvengono indipendentemente dalla volontà dell'acquirente, o, come si suol dire, *re ipsa*? Vengono in considerazione qui innanzi tutto le azioni derivanti da delitto. Si acquistano esse all'eredità giacente? Noi abbiamo già visto come fosse assolutamente esclusa l'*actio furti*. Fu poscia provveduto con un *crimen extraordinarium expilatae here-*

(1) V. Parte I, § 2 segg., pag. 2 segg.
(2) Cfr. PERNICE, *op. cit.*, I, pag. 359.

ditatis, ma l'esclusione dell'*a. furti* si mantenne inconcussa anche nel diritto giustinianeo, sebbene non sieno mancati tentativi per attenuare il rigore del principio (1). Per contro fu ammesso che all'eredità si acquistassero l'*actio legis Aquiliae*, l'*interdictum quod vi aut clam*, come a suo luogo abbiamo accennato. La ingiuria arrecata a' funerali o al cadavere dell'creditando dà luogo ad un'azione a favore dell'erede, se già questi aveva accettato. In tal caso « *dicendum est heredi quodammodo factam* ». Che se invece una tale ingiuria avvenga prima dell'accettazione, la si ritiene fatta « *magis hereditati, et sic heredi per hereditatem adquiri* » (fr. 47, 10, 1, 6). Del pari si acquista alla eredità giacente l'*a. iniuriarum* per le ingiurie commesse prima dell'accettazione contro uno schiavo ereditario (fr. 1 § 6, 7 eod.).

§ 292.

Un caso di acquisto indipendente dalla volontà è quello per via di gestione di affari. L'interessato acquista un'azione contro colui che si è immischiato nei suoi affari, sia per farsi attribuire ogni vantaggio derivante dalla gestione, sia per farla condurre a termine ove questa sia stata solo iniziata. La gestione d'affari ereditarii farà acquistare l'azione *negotiorum gestorum* alla eredità giacente ? Ma chi è qui l'interessato ? Le fonti in proposito ci segnalano l'intervento caratteristico del Pretore. Noi abbiamo già accennato alla opposizione di *negotia hereditaria* a *negotia alicuius* fatta da Gaio (2). L'editto del Pretore dà l'occasione a questa antitesi. Esso, secondo lo riferisce Ulpiano (l. 10 *ad edictum* — fr. 3, 5, 3 pr.) suonava così : « *Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit : iudicium eo nomine dabo* » (3). Ulpiano, nel commentare le parole *sive quis negotia etc.* così si esprime (fr. 3 § 6 eod. tit.). « *Haec verba : — sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit — significant illud tempus, quo quis post mortem alicuius negotia gessit : de quo fuit necessarium edicere, quoniam neque testatoris iam defuncti neque heredis qui nondum adiit negotium*

(1) Cfr. Pernice, pag. 362.

(2) V. sopra § 282, pag. 3 segg.

(3) Lenel, *Ed. perpetuum*, § 35, pag. 83 segg.

gessisse videtur ». Il Pretore adunque, appunto perchè nè il defunto nè l'erede mentre giace l'eredità possono considerarsi come *domini negotii*, e quindi non vi è un *negotium alterius*, introdusse quella clausola, che accordava l'azione anche contro il gestore di affari relativi all'eredità giacente. In ciò da un canto è la conferma del concetto tradizionale, che le cose ereditarie sono *nullius*, dall'altro è dato un punto di appiglio alla costruzione giuridica. Infatti qui non vi è un *dominus negotii*, ma il pretore tratta l'eredità come *domina*. Se il concetto che l'eredità sia *loco dominae* fosse stato anteriore all'editto, la particolare disposizione di questo sarebbe stata inutile, e il *negotium hereditatis* sarebbe stato senz'altro compreso nell'espressione « *negotia alterius* » (1). Invece è l'editto che ha dato la spinta a quella costruzione, che vediamo così soventi ripetuta (2). Con questo istituto si è aperta la via maestra per tutelare gli interessi della eredità giacente e si è dato mezzo di mantenere la funzione patrimoniale della *universitas* procurando uno stromento di amministrazione e di acquisto. Le parole di Ulpiano nel cit. fr. 3 § 6, che seguono quelle che abbiamo riferito, mostrano entro quale cerchia fu ammessa la gestione. « *Sed si quid accessit post mortem, ut puta partus et fetus et fructus, vel si quid servi adquisierint: etsi his verbis non continentur, pro adiecto tamen debet accipi* ». Non solo il patrimonio com'era al momento della morte dell'ereditando, ma il patrimonio quale si viene allargando per le successive possibili cause d'acquisto può formare oggetto di questa gestione. E colla gestione, cogli acquisti *ope legis* il passo registra un altro mezzo importantissimo di acquisto: gli schiavi appartenenti all'eredità stessa. Anche qui vale il principio che l'acquisto dello schiavo va al proprietario: come tale si ritiene l'eredità. « *Hereditati quoque ut domino per servum hereditarium adquiritur* » (fr. 41, 1, 61 pr.). Di quest'altro mezzo dobbiamo ora dire più specialmente.

§ 293.

Noi abbiamo già visto come lo schiavo ereditario possa es-

(1) Cfr. PERNICE, pag. 366.

(2) Cfr. SCHIRMER, *Dir. ered.*, § 3, p. 19, nota; cfr. pure MÜHLENBRUCH, *Cont. di Glück*, XLIII, pag. 49 segg.

sere onorato in un testamento, sia coll'istituirlo erede, sia col lasciargli un legato. Abbiamo pur visto come colla stipulazione e colla mancipazione si acquisti all'eredità per via degli schiavi ereditari. Ma le fonti sono ricchissime di indicazioni su altri casi di acquisto fatti per tal mezzo. Le *operae servorum* sono poste a paro coi frutti civili da Ulpiano (l. 15 *ad edictum* — fr. 5, 3, 29) : « *Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum, operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones : item vecturae navium et iumentorum* ». L'*acceptilatio* fatta ad interrogazione di uno schiavo ereditario relativamente ad un obbligo assunto dal defunto, produce l'estinzione dell'obbligo : « *et per hoc hereditas ipsa liberatur* «(fr. 46, 4, 11, 2 — Paulus l. 12 *ad Sabinum*). Interessante è il fr. 2, 14, 27, 1; (Paulus l. 3 *ad edictum*).

Servus hereditarius heredi post adituro nominatim pacisci non potest, quia nondum is dominus sit : sed si in rem pactum conventum factum sit, heredi adquiri potest.

Il patto fatto dallo schiavo nel nome dell'erede chiamato, ma che ancora non ha adito l'eredità, non è valido. Paolo, come già abbiam visto per riguardo alla stipulazione, esige che si tratti di *dominus* attuale, e con Procolo rigetta l'applicazione fatta da Cassio della regola della retroattività. Ma se lo schiavo faccia un patto assoluto *in rem*, senz'indicazione, l'acquisto ha luogo. È l'eredità che se ne avvantaggia, e l'erede ne profitta acquistando l'eredità.

Quel che si dice della stipulazione e del patto, vale per ogni contratto. Così se lo schiavo abbia fatto un deposito mentre la eredità era giacente « *heredi postea adeunti competit actio* » (fr. 16, 3, l. 29).

§ 294.

Ma vi sono certi atti che l'eredità giacente non può compiere neppure per mezzo de' proprii schiavi. Lo schiavo, ad es. può essere istituito erede, ma non può accettare l'eredità se non per *iussus* dell'erede, dopo che questi abbia accettato. Si riferisce a questo punto un importantissimo passo, di cui noi abbiamo già esaminato una parte e che può fonirci i criteri decisivi.

Hermogenianus l. 6 *iuris epitomarum* — fr. 41, 1, 61 pr. § 1.

Hereditas in multis partibus iuris pro domino habetur adeoque hereditati quoque ut domino per servum hereditarium adquiri-

tur in his sane, in quibus factum personae operaeve substantia desideratur, nihil hereditati quaeri per servum potest, ac propterea quamvis servus hereditarius heres institui possit, tamen quia adire iubentis domini persona desideratur, heres expectandus est. — Usus fructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non adquiritur.

Il giureconsulto prende le mosse dal principio che l'eredità giacente si considera come *domina*. Egli avverte subito che ciò non ha carattere assoluto : avviene bensì *in multis partibus*, ma trova anche eccezioni. Come conseguenza del principio rammenta che si acquista all'eredità per via dello schiavo, come in generale *domino adquiritur*. Come eccezione egli pone la massima, che lo acquisto non può aver luogo quando occorra *factum personae operaeve substantia*. Ma sull'interpretazione di queste espressioni non regna accordo. Il Mühlenbruch (1) ritiene che le due espressioni non facciano che ripetere lo stesso concetto, della necessità cioè di un atto personale (2). Il Köppen (3) vuol leggere « *factum personae* personaeve *substantia* » sostituendo così *persona* a *opera*. La variante si giustificherebbe da sè in base all'ultima parte del testo. Nei due casi pratici qui decisi si richiederebbe una volta l'atto di adizione, una attività personale, il *factum personae*, l'altra, per l'usufrutto, la semplice esistenza della persona : *substantia personae*. Invece lo Schirmer (4) tien ferma la lezione del testo e ne rende il senso così. *Opera* si distinguerebbe da *factum* per la durata, in quanto essa importerebbe appunto un'attività prolungata, mentre *factum* significherebbe un singolo atto. Epperò nel testo si parlerebbe di *factum* in proposito di *aditio*, che si concreta in un solo atto, e di *opera* riguardo all'usufrutto, perchè questo importa una serie continuata di atti di godimento. Ma se la variante del Köppen è arbitraria, non è meno sofistica la spiegazione dello Schirmer. Noto, a parte tutto, che nel fr. 36, 1, 67 [65] pr. si parla di *opera servi* non necessaria per la *restitutio fideicommissi* a differenza dell'*aditio hereditatis*. Così che quell'*opera* è usata nel senso di fatto singolo. Non è poi vero che

(1) *Op. cit.*, XLIII, pag. 64, nota 5.

(2) Così rendono del resto il concetto anche altri. Cfr. PUCHTA. *Pand.*, § 447 (*eine eigene Handlung*).

(3) *Sistema*, pag. 226, nota 47. *Trattato*, pag. 48, nota 3.

(4) *Op. cit.*, pag. 14, nota 4.

l'usufrutto esige sempre una serie continuata di atti di godimento. Può infatti l'usufruttuario cederne subito, per prezzo o gratuitamente, l'esercizio e così in un solo atto si concreta il suo godimento. La verità è che Ermogeniano non deve avere attribuito un senso troppo preciso a queste due formole, mentre da altra parte non vi è dubbio che in genere egli voleva esprimere l'esclusione di qualunque acquisto che richiedesse l'idea di persona fisica. Certamente entro questa categoria vi sono differenze notevoli. Può infatti trattarsi di acquisto che in genere esige una persona per compierne l'atto, ma non la esige per la natura del diritto acquistato. La eredità giacente non può compiere di tali acquisti se non per via di schiavi, di gestori d'affari, o, eccezionalmente, di un *curator*. Ma può la natura dell'atto da compiere esigere non l'attività in genere di una persona, ma proprio di quella persona cui deve attribuirsi il risultato, qualunque esso sia, dell'atto. Come può l'eredità giacente compiere atti di simil genere, quando occorre l'effettiva attività di un titolare? Anche se la si consideri come facente le veci del defunto o dell'erede, con tutta la miglior buona volontà non si riescirà a far agire effettivamente queste supposte persone. Ma talora si va più oltre. Non è solo il momento logico dell'acquisto che esige l'esistenza reale della persona, ma è il diritto stesso da acquistare che non può sussistere e perdurare senza che sussista una persona fisica, quella del titolare. Si capisce come qui vi sia una gradazione assai importante. Se si tratti di atti che richieggono in genere una persona, ove il defunto o altri, eventualmente, per lui, li abbia posti in essere, il risultato si acquista alla eredità giacente anche quando la decisione sull'avveramento o meno di esso abbia luogo durante la giacenza. Così si effettua la novazione condizionale conclusa dal defunto quando la condizione si verifichi dopo che la morte è avvenuta (cit. fr. 46, 2, 24). La penalità stabilita per una determinata scadenza è incorsa anche se nel momento della scadenza sia morto il promettente, nè l'eredità sia stata accettata (fr. 45, 1, 77). La vendita condizionale ha effetto anche quando al momento dell'avverarsi della condizione il venditore sia morto e l'eredità ne sia giacente, anzi anche se non venga mai accettata (fr. 18, 2, 15, pr.). Lo stesso avviene per gli atti della seconda categoria, che richieggono cioè una deliberazione personale del titolare. Se il defunto ha accettato un'eredità, le conseguenze dell'accettazione si avverano anche durante la giacenza. Epperò se accettò una quota e il

chiamato all'altra quota non possa o non voglia accettarla per accrescimento, anche *dum iacet hereditas*, si acquista la quota vacante (fr. 38, 16, 9). Per contro se il diritto acquistato esige l'esistenza di una persona fisica ed è ad essa intimamente collegato, l'acquisto fatto dal defunto cade con lui. Dopo morto l'ereditando può continuare la prima categoria di atti di acquisto, per via di schiavi, di gestori o del curatore, in quanto questo sia nominato e si tratti di certi negozi; delle altre due categorie non può essere questione. Tale è il concetto del passo di Ermogeniano, del quale ora occorre esaminare i due casi concreti.

§ 295.

Lo schiavo ereditario è validamente istituito. Muore il testatore. Che avviene dell'eredità lasciata allo schiavo? Ermogeniano dichiara impossibile l'accettazione finche l'erede non abbia accettato l'eredità giacente, cui appartiene lo schiavo. L'adizione deve essere preceduta dallo *iussus domini*. Chi può dare questo *iussus* finchè non sia accettata l'eredità? Anzi se l'ereditando prima di morire avesse dato lo *iussus*, colla morte vien meno l'efficacia di questo, ove in base ad esso non si sia già accettato. Il carattere personale dell'atto non può essere più reciso. — Ma a questo punto sorge una non facile questione. Poichè l'acquisto è impossibile fino a che l'erede non abbia accettato, si potrà dire deferita l'eredità allo schiavo? La ragione del dubbio sta nella definizione della delazione: « *delata hereditas intellegitur quam quis possit adeundo consequi* » (fr. 50, 16, 151). Può dirsi deferita un'eredità lasciata allo schiavo, se questi, non avendo ancora *dominus*, non può *adeundo consequi*? Questa difficoltà ha persuaso il Brinz (1) a negare la delazione *hereditate adhuc iacente*, non già che la delazione avvenga a favore dell'erede quando accetterà (2), ma avviene a favore dello schiavo quando vi sia l'erede che possa ordinargli l'acquisto. Ma la grande maggioranza degli scrittori ritiene che la delazione abbia luogo anche durante la giacenza (3). E ci pare che questa opinione debba accogliersi.

(1) *Pand.* 2ª ed. III, § 364, pag. 38 segg.

(2) Questo erroneo concetto attribuisce a torto lo STEINLECHNER, I, pag. 207 al BRINZ.

(3) Cfr. IHERING, *Dissertazioni*, pag. 190, nota 4; KÖPPEN, *Sist.*, pag. 227 nota 49; STEINLECHNER, *l. c.*

La possibilità di acquistare, in cui si sustanzia la delazione, è quella che deriva dal titolo ereditario stesso, non quella che ha la sua radice nella persona del chiamato. Non vi è delazione se non quando la legge o il testamento offrano attualmente l'eredità, senza che nella chiamata stessa vi sia un motivo dilatorio o ostacolante. Ma se la chiamata è attuale, non cessa di esservi delazione solo perchè nella particolare condizione del chiamato vi è un ostacolo all'acquisto. Se si dovesse interpretare alla lettera la citata definizione della delazione dovremmo dire, che questa manca quando siano chiamati *infantes*, *furiosi*, e, ancor peggio, quando uno da ostacoli di fatto è posto nella impossibilità di accettare. In conclusione, lo schiavo ereditario non solo può essere istituito erede, ma acquista la delazione all'eredità e la trasmette per via di questa all'erede, che solo però può dare lo *iussus* di accettare.

§ 296.

L'altro caso contemplato da Ermogeniano è quello dell'acquisto di un usufrutto. Non si può costituire un usufrutto a favore di una eredità giacente neppure per via dello schiavo ad essa appartenente. La ragione è « *quia sine persona* (*usus fructus*) *constitui non potest* ». Altri passi delle fonti confermano questa conclusione.

Paulus l. 1 *manualium* — fr. 45, 3, 26 ; *fr. Vat.* 55.

Usus fructus sine persona esse non potest et ideo servus hereditarius inutiliter usumfructum (1) *stipulatur. legari autem ei posse usum fructum dicitur, quia dies eius non cedit statim ; stipulatio autem pura suspendi non potest. quid ergo si sub condicione stipuletur* ? (2) *nec hoc casu valeat stipulatio* (3), *quia ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit.*

Ulpianus l. 17 *ad Sabinum* — fr. 7, 3, 1 pr. § 2 ; *Vat.* 59, 60.

Quamquam usus fructus ex fruendo consistat, id est facto aliquo eius qui fruitur et utitur, tamen (4) *semel cedit dies — Dies autem usus fructus, item usus non prius cedet quam hereditas adea-*

(1) *Usum fructum* om. *Vat. fragm.*
(2) *Videamus ne* ins. *Vat. fragm.*
(3) *Stipulatio* om. *Vat. fragm.*
(4) *Ei* ins. *Vat. fragm.*

tur: tunc enim (1) *constituitur usus fructus, cum quis iam frui potest. hac ratione et si servo hereditario usus fructus legetur, Iulianus scribit, quamvis cetera legata hereditati adquirantur, in usu fructu tamen personam domini expectari qui uti et frui possit.*

Il risultato in questi casi è chiaro. Lo schiavo ereditario non può acquistare l'usufrutto all'eredità giacente, perchè l'usufrutto esige una persona che goda e qui non ve n'è. Ma può per mezzo dello schiavo acquistarsi un usufrutto all'erede futuro? I testi distinguono. Se uno schiavo non costituisce, ma stipula la costituzione di un usufrutto, siccome questa stipulazione non dà vita all'usufrutto può sembrare perfettamente valida, salvo a differire la effettiva costituzione al momento in cui l'erede abbia accettato. Ma questo ragionamento non corre. Anzi persino nel caso di stipulazione condizionale non può ammettersi la validità. La ragione è nel principio dell'antico formalismo, che l'atto giuridico in tanto vale in quanto nel momento della sua conclusione esso può ricevere pratica applicazione. Se ciò non è possibile, l'atto è nullo per quanto nel caso concreto l'effetto dell'atto sia stato per avventura differito. Invece nel legato l'aquisto a favore dell'erede futuro per via dello schiavo ereditario è ammesso. In generale il legato puro e semplice si fissa in capo al legatario (*dies cedit*) nel momento in cui ha luogo la morte del testatore. E così avviene di regola anche pei legati lasciati alla eredità giacente per l'intermedio dello schiavo che le appartiene. Siccome nel legato l'aquisto avviene *ipso iure*, senz'uopo di speciale dichiarazione del legatario, l'eredità giacente non trova qui per l'acquisto quell'ostacolo che nel fr. 61 pr. Ermogeniano trova per l'acquisto della eredità. Ma qui la difficoltà, che non è nel modo dell'acquisto, è nella natura del diritto da acquistare. Labeone, senza por mente a ciò, voleva far subito *cedere diem* anche per il legato di usufrutto lasciato allo schiavo ereditario. Prevalse però l'avviso di Giuliano, che differiva la fissazione del diritto (*cedere diem*) fino al momento in cui l'erede accettava. L'opinione di Labeone avrebbe costretto a scegliere in quest'alternativa. O con-

(1) Nei *Vat. fragm.* il passo, che i compilatori hanno mutilato, riferisce qui l'opinione di Labeone, secondo cui anche per l'usufrutto legato si dovrebbe seguire la regola degli altri legati: *etiam ante aditam hereditatem diem eius cedere ut reliquorum legatorum.*

siderare come *domina* l'*hereditas*, e allora a questa si sarebbe acquistato l'usufrutto, il quale poi sarebbe venuto meno quando l'erede avesse accettato, perchè la persona era diversa. O dichiarare inefficace il legato, come la stipulazione. La prima soluzione avrebbe pregiudicato le ragioni dell'erede tanto quanto la seconda, perchè sarebbe bastato un solo momento di appartenenza dell'usufrutto alla *hereditas* per privarne del tutto l'erede. D'altra parte, come sarebbe stato possibile accordare un diritto di tal genere alla *hereditas*? Già a' tempi di Labeone non si può parlare della *hereditas* come *domina*. E nemmeno, secondo noi, può consentirsi che mai sia stata l'*hereditas* considerata quale una persona giuridica, tale da poterle attribuire un usufrutto. È bensì vero che ciò si è ammesso per le *civitates*, per i *municipia* (fr. 7, 1, 16). Ma le fonti considerano la cosa come affatto eccezionale e certo fu ammessa dopo lunghe esitanze. D'altra parte non è nemmeno da disconoscere che in questi aggregati collettivi non manca il godimento a favore di persone fisiche. Infatti il concetto tradizionale romano non ammette la personalità dello Stato, dei Comuni, come qualche cosa di diverso dalla somma dei componenti, ma anzi già col parlare di *populus*, di *municipes*, di *cives*, di *coloni*, parte dal punto di vista opposto (1). Il diritto quindi di usufrutto è attribuito qui ad una massa di persone fisiche. Si intende il bisogno di provvedere per tal mezzo a' bisogni di queste. Ma come si può pensare a ciò nell'eredità giacente? Si ponderi che l'usufrutto è sorto in Roma con un carattere alimentare, di cui ha conservato anche qualche traccia (2). Or come si può applicare il concetto di alimenti alla persona giuridica? — La seconda soluzione non era conforme all'indole degli atti *mortis causa*. Sarebbe stato strano annullare il legato, che, con una certa attesa, poteva trovare un destinatario. E la conseguenza fu che *dies non cederet* finchè anche qui non vi fosse la persona dell'erede che ne godesse. Cosí che è vero bensì che non può lo schiavo ereditario acquistare alla eredità un usufrutto, perchè manca la persona che goda, ma il legato di usufrutto non è nullo, sibbene si acquisterà all'erede quando avrà accettato.

---

(1) Cfr. FADDA, *Azione popolare*, n. 224 segg., pag. 308 segg.

(2) Cfr. KARLOWA, *Storia del dir. rom.*, II, pag. 534 segg.

§ 297.

Abbiamo accennato alla possibilità della nomina di un *curator* alla eredità giacente. Le nostre fonti parlano come di un *munus personale*, allo stesso livello della tutela e delle altre cure, della cura a beni lasciati da colui « *cui necdum quisquam civili vel honorario iure successit* » (fr. 50, 1, 1, 4). D'altra parte sappiamo che « *dum deliberant heredes instituti adire, bonis a praetore curator datur* » (fr. 27, 10, 3). E poichè, naturalmente, il massimo interesse in caso di giacenza può essere quello de' creditori, quando « *diu incertum sit, heres exiturus nec ne sit* » e l'urgenza lo richiegga, il pretore può, *causa cognita*, nominare curatore uno de' creditori, e persino accordare a' creditori la *missio in possessionem rei servandae causa* (fr. 42, 4, 8, 9). Ma il *curator* non ha altra missione che quella della custodia e può solo compiere quelli atti che alla conservazione della eredità sono necessari. Non certo egli può in genere supplire quel difetto di persona fisica che rende impossibili certi atti. Ma d'altra parte non è da disconoscere che il *curator*, come quello che più direttamente è in rapporto coi beni ereditari e quindi più ne conosce i bisogni e può giudicare dell'utilità di certi atti, è in grado di compiere per l'eredità la funzione di *negotiorum gestor* nei limiti che sopra abbiamo tracciati.

§ 298.

Il risultato della nostra esposizione si compendia in ciò che pel diritto classico o per via di acquisti *ipso iure*, o per via di gestioni d'affari o per mezzo degli schiavi ereditari può l'eredità giacente allargare il patrimonio, salvo che si tratti di atti o di diritti di natura eminentemente personale. Come si accorda questo risultato coi vari concetti che si sono venuti affermando nella evoluzione scientifica e qual'è dunque la vera portata di questi?

Certamente se il concetto che le cose ereditarie sono *nullius* dovesse prendersi alla lettera, si farebbe capo ad un nihilismo giuridico male accordantesi con questo risultato, che in sostanza provvede ai più stretti bisogni pratici. Da ciò i molti tentativi per negare quella interpretazione, sostituendovene un'altra. Qualche antico scrittore volle limitare la qualità di *nullius* al

difetto di possesso. Le *res hereditariae* non sarebbero in possesso d'alcuno, ma la proprietà non mancherebbe a favore dell'eredità stessa (1). Ciò che decisamente è erroneo, perchè le fonti parlano precisamente di cose *sine domino* e non lasciano mai luogo a dubbi. Lo Ihering (2) era d'avviso che la massima in questione non abbia mai avuto valore pratico. Essa sarebbe stata soltanto una opinione teorica aprioristica, la quale avrebbe tenuto conto solo dello stato naturale dell'eredità, non del trattamento giuridico di essa. Ma chi conosce l'indole del primitivo diritto romano deve senz'altro escludere che esso s'inspirasse a concepimenti teorici non corrispondenti alla pratica. Tanto più che, come abbiamo visto, non mancano sicure tracce di uno stato di cose rispondente a quel concetto, che si pretende esclusivamente teorico. Del resto è inverosimile che una affermazione teorica così crudemente separata dalla realtà si sia mantenuta fino a Giustiniano. — Un'opinione assai diffusa ritiene, che le espressioni così frequenti nelle fonti sulla mancanza di proprietario, vogliano solo accennare alla mancanza di una persona fisica, non già alla mancanza di un soggetto giuridico in generale (3). Ed in proposito si fa richiamo da un canto alla circostanza che le fonti, spesso contemporaneamente, affermano che l'eredità *personae vice fungitur*, dall'altro all'essere considerate come cose *nullius* in tal senso anche quelle appartenenti ad una *universitas personarum* (fr. 1, 8, 1 pr. inf.). Il nostro valoroso Bonfante (4) è d'avviso che i Romani intendessero colla dizione *res nullius in bonis* non tanto quelle che noi intendiamo per *res nullius*, cioè le cose che attualmente non appartengono ad alcuno, ma sono occupabili da chicchessia, che sono insomma oggetto possibile, ma non attuale, di diritti, quanto le cose che sono invece oggetto attuale, di diritti, che non sono escluse dalla sfera giuridica, ma su cui nessuno attualmente ha un diritto di carattere patrimoniale, che rappresenti un godimento. Tali sarebbero secondo le fonti le *res sacrae* e le *religiosae*, le quali hanno una destinazione, cui non è lecito sottrarle, e appartengono in qualche modo alla sfera giuridica,

(1) Brunnemann, *Comment. ad Pandectas* sul fr. 1, 8, 1.

(2) *Dissertaz.*, pag. 166 segg.

(3) Cfr. Puchta, *Lezioni* sul § 447; Köppen, *Trattato*, pag. 45 segg.; Karlowa, *St. del dir. rom.*, II, pag. 843 segg., nota 1.

(4) La *iusta causa* dell'usucapione, pr. 23, nota 1 (dell'estratto).

e le *res publicae*, di cui Gaio con apparente contraddizione dice: « *ipsius enim universitatis esse creduntur* ». Sarebbe poi degno di riflessione il fatto, che nella teoria generale delle cose, tanto nelle Istituzioni di Gaio quanto in quelle di Marciano, non si trova menzione di altre *res nullius in bonis* all'infuori di quelle che per noi veramente non sarebbero tali. Rileva poi il Bonfante, che Gaio dopo aver detto che le *res divini iuris* sono *nullius in bonis*, soggiunge che le *res humani iuris* sono di regola *in bonis alicuius*, ma possono eccezionalmente essere anch'esse *in bonis nullius*; e che, come esempio di un fatto che non dovrebbe essere tanto eccezionale se egli intendesse alludere alle nostre *res nullius*, va a ricercare quello che a noi può sembrare il più lambiccato non solo, ma anche il più disadatto: cioè precisamente le *res hereditariae*. Talchè se ne dovrebbe dedurre che per Gaio le *res nullius* appartengono sempre ad una sfera giuridica, sia essa divina od umana. E infine il Bonfante ricorda, che anche le *liberae personae in potestate* e la moglie sono dette *res nullius* perchè sovr'esse non è rapporto patrimoniale (fr. 43, 1, 1, pr.).

§ 299.

Noi abbiamo già altra volta espresso l'avviso (1), che originariamente deve essersi trattato di una verità di fatto e giuridica. Non è possibile che tutta la dottrina romana sia stata dominata da un principio, che non abbia avuto in un tempo qualsiasi pratico vigore. Dal modo stesso, con cui i giureconsulti classici si sforzano per liberarsi delle conseguenze, non più tollerabili, del principio, appare che essi avevano che fare con una massima effettuale, non con una semplice formula teorica. Intendo benissimo che oramai Giavoleno (fr. 45, 3, 36) insista nel far differenza tra lo schiavo abbandonato e lo schiavo appartenente ad un'eredità giacente, dichiarando che questo « *universo hereditatis iure continetur* ». Ma appunto questa insistenza è caratteristica e mostra come il concetto primitivo doveva trarre ad altre conclusioni. Tutta la dottrina classica, notavo già altra volta, ha in proposito l'aria di un accomodamento, di una transazione, di qualche cosa di forzato e di artificiale. Rileva assai bene anche

(1) Parte I, § 250, pag. 313 segg.

il Pernice (1), che tutta l'antica giurisprudenza prende le mosse, anche dal punto di vista giuridico, dalla mancanza di proprietario esistente in fatto, cercando di allontanare con considerazioni di equità le conseguenze difficili che ne derivano. Io domando se è mai credibile, che siasi creato arbitrariamente un ostacolo teorico così grave, per procurarsi il piacere di camminare attraverso un ginepraio di questioni, le quali finiscono per essere risolte senza ragioni serie, in base al solo bisogno pratico. Per quanto si assottigli il pensiero, si potranno architettare spiegazioni artifiziose, non mai dare una seria giustificazione di questo stato di cose. Non si deve dall'incoerenza che troviamo nel diritto classico desumere un'incoerenza nell'antico diritto. *Res nullius* è detta la *res hereditaria* perchè così era in realtà e perchè così la qualificò l'antica giurisprudenza, che viveva della realtà e nella realtà. Ed è la *res nullius* in senso ben diverso da quella che è per Gaio la *res universitatis*, se ancora Labeone la pone a paro colle *res religiosae* (fr. 43, 24, 13, 5). Che possa una cosa essere *nullius* e nullameno non essere del tutto abbandonata dalla tutela giuridica ed appartenere ad una sfera giuridica si può e si deve concedere al Bonfante. Ma egli deve concedere che vi è la *res nullius* anche fuori di ogni tutela, nel senso che chiunque la può occupare. Se Gaio non ce ne dice nulla là dove vuole il Bonfante, ciò può ben attribuirsi alla grave lacuna, che solo in parte possiamo supplire col riferimento al fr. 1, 8, 1 pr. Ad ogni modo il Bonfante non vorrà negare che non noi soltanto chiamiamo *res nullius* quelle che *cedunt occupanti*, e che non è troppo esatto il parlare di *nostre* cose *nullius* quando noi esponiamo un concetto veramente romano. Che nella figura in esame poi non si possa in origine trovare una *res nullius* non sottratta ad una tutela qualunque del diritto mi pare risulti dai precedenti riflessi. La tutela giuridica cominciò col richiedere la usucapione e col considerare l'eredità come un patrimonio. Ciò dà la nota iniziale. Lentamente si è venuta maturando una nuova idea, che ha trovato varia esplicazione negli altri concetti che a suo luogo siamo venuti esponendo.

---

(1) *Labeo*, I, pag. 366.

§ 300.

Il patrimonio ereditario, tenuto insieme per operarne il trapasso nell'erede, è il patrimono del defunto e non lascia questo suo carattere per tutto il tempo della giacenza. Anzi, noi vedremo, studiando gli effetti dell'acquisto dell'eredità, che per certi riguardi non lo lascia neppure dopo che si è riunito al patrimonio dell'erede. Ciò spiega perchè tanto insistentemente si dice che l'*hereditas sustinet personam defuncti*. Ma questo principio ne spiega un altro: quello cioè che in genere attribuisce all'*hereditas* la qualità di *domina*, di *persona*. Tutta la disputa su questo punto, per far riconoscere la personalità giuridica dell'eredità giacente, dovrebbe ragionevolmente cadere, perchè queste espressioni incomplete vogliono essere integrate colle altre complete ed esatte. Esse non qualificano l'eredità per persona giuridica, ma soltanto vogliono significare, che la persona del defunto è quella che sta a base del patrimonio non occupato ancora. Gaio nel fr. 28, 5, 31, 1, da noi già riferito, ne dà la indiscutibile prova: « *hereditatem dominam esse* (*et*) *defuncti locum optinere* ». Si può, se così è, parlare di personalità giuridica? La personalità giuridica non è altro se non la capacità giuridica riconosciuta ad un interesse umano collettivo; sia che si tratti di collettività contemporanea, sia che si tratti di collettività successiva (p. e. i funzionari che occupano un dato impiego pubblico). Qui per contro si tratta di interesse individuale e la legge riferisce la capacità ad una determinata persona fisica. Le fonti, è vero, parlano di *vice personae fungi* anche a proposito delle vere persone giuridiche: anzi quella espressione, come vedemmo, nel fr. 46, 1, 22 è riferita alla eredità giacente paragonandola ad una *civitas*, ad una *societas*. Ma il solo punto comune sta in ciò, che queste come l'eredità suppliscono il soggetto normale, che è la persona fisica. La differenza sostanziale risulta da ciò, che nelle persone giuridiche non si finge l'esistenza di un individuo, come avviene nell'eredità giacente. Anzi nelle persone giuridiche, a nostro avviso, non vi è finzione di sorta, tanto meno nel diritto romano. Come abbiamo già detto, il concetto antico romano concreta lo Stato, gli organismi amministrativi minori nel popolo, nei *cives*. È il concetto più realistico che si possa immaginare. Se anche in proposito si parla di *vice personae fungi* non è per fingere una

individualità, ma per indicare che quella collettività compie la funzione di soggetto del diritto, di persona fisica. Ma nell'eredità giacente invece non vi è solo la funzione di soggetto, ma la funzione attribuita per finzione ad un soggetto individualmente determinato. Quale fosse questo soggetto fu vivamente disputato, come dicemmo. Basta aggiungere che Gaio nel fr. 55 § 1 *de leg.* II [31] (l. 12 *ad legem Iuliam et Papiam*), a proposito della *capacitas* per l'acquisto di un lascito fatto allo schiavo della eredità giacente, finisce per riconoscere che soggetto non ve n'è, che per conseguenza l'acquisto ha sempre luogo. Certo però la grande maggioranza faceva capo alla *persona defuncti*, perchè in definitiva si trattava del patrimonio di costui. L'idea che muoveva i giuristi favorevoli alla rappresentazione della *persona heredis* era, che in definitiva l'eredità era tenuta insieme perchè destinata a trapassare nell'erede. Idea giusta e per certi riguardi indiscutibile. Ma essa non prevalse.

§ 301.

Minor importanza ebbe certo per questo riguardo il terzo concetto, quello della pretesa retroattività dell'acquisto. In fondo le fonti non vogliono dire altro se non che l'erede accettando riconosce il suo diritto direttamente dal defunto e lo riannoda al diritto di questo senza soluzione di continuità. Se si ammettesse il concetto di una *hereditas* persona giuridica a sè, questa continuità riceverebbe uno strappo in realtà insanabile, malgrado delle sottigliezze con cui si cerca di farlo scomparire. Ma intendendo, come noi facciamo, il *vice personae fungi*, i due concetti si collegano e si fondono. Infatti l'eredità non è una persona a sè, ma raffigura il patrimonio del defunto che perdura per congiungersi all'erede. La persona da cui questi riceve è proprio la *persona defuncti*. Onde la continuità della successione. Si capisce quindi come non potesse trovare accoglimento la applicazione del principio della continuità fatta da Cassio, perchè quel principio non importava retrotrazione.

§ 302.

Guardando ben addentro nella evoluzione storica della eredità giacente a me pare che essa, pur non essendosi in principio

allontanata dal concetto della mancanza di titolare, abbia però sempre fatto cammino verso l'altro concetto che si tratta del patrimonio del defunto serbato per l'erede. Anche nei dissensi formali traspare evidente questa tendenza, che si rivela del resto persino in quei passi in cui sembra che i giuristi risolvano le questioni piuttosto in base all'equità che al lume di principi. Sopra tutto mi pare evidente questa tendenza là dove, malgrado si riconosca la deficienza del soggetto attuale, si afferma la consistenza oggettiva de' rapporti. Quando si riconosce l'efficacia del *constitutum debiti* durante la giacenza perchè « *debita pecunia constituta est* » (fr. 13, 5, 11 pr.), e si afferma la validità della *satisdatio* per legati condizionali, ne' quali la condizione si è avverata dopo morto l'erede che avea dato la garanzia, e la si afferma perchè « *omnimodo dari oportet legatum* « (fr. 36, 3, 10), si pone il principio del perdurare de' rapporti nella loro consistenza oggettiva malgrado della scomparsa temporanea del titolare e in vista del nuovo titolare che si aspetta. È la nuova dottrina dello Ihering (1), accettata pure nella sostanza dal Bekker (2), per quanto ne abbia criticata ed emendata la formola. « Il vero rapporto, scrive lo Ihering (3), (non solo in fatto, ma anche in diritto) consiste nella destinazione dei diritti per l'erede futuro ». (4)

§ 303.

Anche nel diritto moderno è disciplinata la figura della eredità giacente. Essa non differisce in sostanza dalla romana in quei sistemi, che fanno dipendere l'acquisto dalla dichiarazione di volontà dell'erede (5). Si presenta però, almeno in parte, diversa in quelle leggi che fanno acquistare l'eredità *ipso iure*, salvo il diritto di ripudio (6). Qui infatti di regola non si verifica va-

(1) *Effetti passivi dei diritti* — *Ann. per la dogm.*, X, pag. 408 segg. (*Articoli riuniti*, II, pag. 197 segg.).

(2) *Pand.*, I, pag. 50 segg.

(3) *L. c.*, pag, 414 (202).

(4) Cfr. Fadda e Bensa, nota *u* alla trad. it. delle *Pandette* del Windschbid, I, pag. 710 segg.

(5) Tale è sicuramente il diritto austriaco.

(6) Tale è certamente il sistema germanico, seguito anche nel recente codice civile. Se sia il sistema del diritto nostro è contrastato. Cfr. Filomusi-Guelfi, *l. a.*; Dusi, *op. cit.*, pag. 36 segg.

canza, perchè colla morte del defunto tutti i diritti trapassano senz'altro nell'erede. Però può esservi un caso di coincidenza colla figura romana nell'istituzione condizionale d'erede. Il far richiamo al principio della retroattività dell'acquisto non basta, perchè intanto nel tempo intermedio la incertezza vi è (1).

(1) Vedi in contrario STROHAL, *Diritto ereditario*, 2ª edizione.

CAPO VI.

L'ACQUISTO DELLA EREDITA'.

a) *Acquisto* ipso iure.

§ 304.

L'acquisto della eredità, come più volte abbiamo accennato, ha luogo diversamente secondo le diverse specie di eredi. Da un canto infatti vi sono gli eredi *necessarii*, dall'altro gli *extranei* o *voluntarii*. Ma sotto la categoria degli *heredes necessarii* vi sono ancora diverse specie e cioè i *sui et necessarii* ed i *necessarii tantum*. *Heres suus* è il discendente rispetto all'ascendente che lo ha nella sua immediata podestà.

Gaius II, 156, 157.

Sui autem et necessarii heredes sunt velut filius filiave, nepos neptisve ex filio, et deinceps ceteri qui modo in potestate morientis fuerunt. sed uti nepos neptisve suus heres sit, non sufficit eum in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater quoque eius vivo patre suo desierit suus heres esse aut morte interceptus aut qualibet ratione liberatus potestate ; tum enim nepos neptisve in locum sui patris succedunt. — 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. necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.

Il solo discendente immediato *in potestate* è *heres suus*. Gli altri discendenti in podestà non lo sono. Il nipote lo è quando il padre sia morto o sia stato emancipato : in genere, quando il padre non sia più nella stessa podestà. Nemmeno è esatto l'assunto di qualche scrittore (1) che *sui* sieno tutte le persone poste

---

(1) V. KARLOWA, *Storia del dir. rom.*, II, pag. 879 segg. ; HÖLDER, *Contributi alla storia del dir. ered. romano*, pag. 97.

nella podestà del *pater familias*, e che da questi si distinguano i *sui heredes* per ciò che sono nell'immediata podestà e cessano di essere in podestà per la morte del capo, appunto perchè si trovano in prima linea. Il Karlowa avvisa, che *suus* non sia un aggettivo, ma un vero sostantivo e nella espressione *suus heres* costituirebbe un attributo di *heres*. *Suus heres* sarebbe il *suus* il quale è erede. Ma questa è una terminologia del tutto arbitraria perchè *suus* è normalmente collegato con *heres* e proprio in qualità di aggettivo, come appare anche dall'uso che ne fanno scrittori non giuridici. Vedasi per es. in Quintiliano (*inst. or.* 8, 6, 7) il contrapposto fra SUA *verba* e *verba* ARCESSITA, con cui appunto si vuol riprodurre l'antitesi fra ciò che è di per sè, per la sua stessa posizione e ciò che invece ha d'uopo di essere specialmente chiamato. Paolo stesso (l. sing. *de portionibus etc.* — fr. 48, 20, 7 pr.) dall'essere ai figli per legge naturale dovuta la eredità de' genitori fa questa deduzione : « *propter quod et in iure civili suorum heredum nomen eis indictum est* ». Dove *suus* è inteso nel senso di erede che è tale per una particolare qualità — di essere eredi di sè stessi, secondo vogliono i più, di essere gli eredi chiamati naturalmente per la loro posizione, secondo l'avviso del Mühlenbruch (1) e dello Schirmer (2) da noi altra volta sostenuto (3). L'obbietto che contro quest'ultima interpretazione muove il Karlowa non è serio. Non è affatto naturale, dice egli, che succedano solo i figli in podestà e non anche gli emancipati. Ma il Karlowa si configura una naturalezza astratta, che certo non entrava nel pensiero romano quando fu accolto il concetto di *suus heres*. Ciò che allora sembrava naturale a' Romani era indubbiamente che alla scomparsa del capo della famiglia gli subentrassero coloro che in prima linea venivano dopo di lui e che erano i soli di quel gruppo famigliare a diventare *sui iuris* appunto per quella scomparsa. Tanto poco si tratta di *naturalis ratio* — della quale certo a quell'epoca non fioriva l'idea — che non si parla già di chiamati per natura, ma di eredi appropriati, per l'indicazione che ne dà la loro posizione in famiglia, la loro qualità di *domestici*. Di fronte all'organamento famigliare, che certo si risen-

(1) *Contin. di Glück.* XXXVI, pag. 145.
(2) *Dir. ered.*, pag. 66, nota 7.
(3) V. Parte I §§ 268, pag. 335 segg.

tiva dell'antico concetto gentilizio, la chiamata dell'emancipato sarebbe sembrata decisamente antinaturale.

§ 305.

Le fonti ripetono persistentemente, a proposito della chiamata dei *sui heredes*, il concetto di una specie di dominio di questi sul patrimonio famigliare, mentre ancora è in vita il loro genitore. Lo afferma Gaio nel passo riferito e lo ripetono con lui le Istituzioni giustinianee (2, 19, 2); lo esprime energicamente Paolo (l. 2 *ad Sabinum* — fr. 28, 2, 11) quando dall'asserto condominio familiare deduce persino la mancanza di una vera eredità — « *ut nulla videatur hereditas fuisse* » — e ammette solo che i figli « *magis liberam bonorum administrationem consequuntur* » (cfr. *Sent.* 4, 8, 6). Sono passi che hanno dato luogo a gravi controversie d'indole storica e sono stati anche sfruttati a beneficio di certi sistemi filosofici. Io ho già (1) indicato come la figura dell'*heres suus* debba ritenersi sorta quando il gruppo famigliare propriamente detto, scomparso ogni carattere politico, venne a sceverarsi dagli altri gruppi più comprensibili e la podestà del *paterfamilias*, pur acquistando mano a mano il carattere di diritto individuale, non lasciò di considerarsi come esercitata nello interesse della famiglia. Il concetto politico precedente e la nuova figura assunta dalla podestà del capo consentirono certamente a questo la facoltà di disporre del patrimonio a suo talento, ma ove disposizione sua non vi fosse l'antica idea gentilizia della proprietà collettiva esercitava la sua influenza facendo attribuire a tutti quelli che diventavano *sui iuris* i beni famigliari, e tenendoli uniti nel *consortium*, che solo col tempo si cominciò a dividere fra tutti i chiamati. Tutto ciò spiega perchè qui i *sui* sieno anche *necessarii* e in che senso lo siano. *Sive velint sive nolint*, colla morte del padre sono subito, *statim*, senz'altro, *ipso iure*, eredi, perchè essi erano già virtualmente comproprietarii *vivo patre* e non fanno che continuare la rappresentanza della famiglia che era presso il padre. Ciò avviene non solo quando sieno chiamati per legge, ma anche quando il padre li ha istituiti nel suo testamento. Ma, si ponga mente, ciò avviene non solo per i *sui heredes*, ma

(1) Parte I *l. c.*

anche per i discendenti che sieno *in potestate* al momento in cui il testatore viene a morire.

Ulpianus l. 6 *ad Sabinum* — fr. 29, 1, 6, 5-6.

Interdum filii familias et sine aditione adquirent hereditatem his in quorum sunt potestate, ut puta si nepos ex filio exheredato heres sit institutus: patrem enim suum sine aditione faciet heredem et quidem necessarium. — Sed si quis heres institutus adoptetur a filio exheredato, necessarium eum non facit, sed iuberi debet, ut adeat, quoniam mortis tempore in potestate non fuerit: nam per eum quis existere necessarius non potest, qui ipse non esset extaturus.

Il caso prima contemplato è questo. *Primus*, che ha in podestà il figlio *Secundus* e il figlio di questo *Tertius*, disereda il figlio e istituisce il nipote. Alla morte di *Primus*, *Tertius* diventa erede necessario e per suo mezzo lo diventa *Secundus*, perchè, ricadendo *Tertius* in podestà del padre, è questo che acquista l'eredità. È quel che ci dice pure Giuliano (l. 26 *digestorum*) nel fr. 38, 2, 13: «*necessarius existit patri suo, non per semetipsum sed per alium etc.*». Il secondo caso è anch'esso caratteristico. *Primus* ha un figlio in podestà, *Secundus* lo disereda ed istituisce *Tertius*, estraneo. Ma, dopo la morte del padre, *Secundus* adotta *Tertius*. Questi non diventa erede necessario, perchè non era *in potestate* al momento della morte del testatore, epperò non potrà accettare senza lo *iussus* di *Secundus*, che lo ha ora in suo potere. Non si diventa necessari, scrive Ulpiano, a mezzo di uno che non lo sarebbe stato esso stesso. Così che per la necessità è decisivo l'essere in podestà al momento della morte. Qui scompare, o almeno perde efficacia, la ragione che si suole assegnare al carattere necessario dell'*heres suus*. Ma propriamente anche per qualunque soggetto a podestà vi è, più o meno direttamente, la partecipazione al patrimonio famigliare. 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 ripudiare l'eredità che gli vien data dal capo di famiglia.

§ 306.

Ma appunto questa preponderanza della volontà del *paterfamilias* fa sì che da essa dipenda il togliere la qualità di necessario.

Hermogenianus l. 3 *iuris epitomarum* — fr. 28, 7, 12.

Verba haec: « Publius Maevius, si volet, heres esto », in necessario faciunt condicionem, ut, si nolit, heres non existat: nam in voluntaria heredis persona frustra adduntur, cum, etsi non fuerint addita, invitus non efficitur heres.

Il diritto romano riconosce la piena validità della condizione che fa dipendere dalla volontà dell'erede l'acquisto della eredità. Nel caso di eredi estranei l'aggiunta è veramente inutile, perchè senza di essa s'intende che non diventa erede chi non vuole. In sostanza si ripete quella che è una *condicio iuris*, ossia, da cui il diritto stesso fa dipendere l'effetto giuridico, l'accettazione. Ma di fronte a un erede necessario questa condizione ha tutt'altra portata. Poichè normalmente egli diventa erede *ope legis*, l'aggiungere questa condizione *si voluerit* dimostra chiaramente che il testatore ha voluto invece far dipendere esclusivamente la decisione dalla volontà dell'interessato. Allora, secondo la felice espressione di Procolo (fr. 28, 5, 70 [69]), la aggiunta contiene « *non solum figuram, sed vim quoque condicionis* ». Non poteva negarsi del resto al *paterfamilias* la podestà di rendere libera l'accettazione a coloro, che, volendo, avrebbe potuto diseredare. Tanto più che per tal mezzo si sarebbe potuto evitare ai figli il disastro di una eredità oberata e venduta nel loro nome. Bastava che il padre li istituisse sotto quella condizione, sostituendo loro uno schiavo proprio come vedremo (1).

§ 307.

Quel che per lo innanzi era in facoltà del *paterfamilias*, lo fece dopo il Pretore colla concessione del *beneficium abstinendi*. Gaio (II. 158), continuando nell'esposizione del diritto relativo agli *heredes sui*, soggiunge: « *sed his praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant* (Ulp. XXII, 24; I. 2, 19, 2, i, f.). Così che la ragione indicata da Gaio è quella di evitare che i creditori iniziassero la vendita nel nome del figlio. La cosa non era troppo pietosa per la memoria paterna (2). Ed è ve-

(1) Il solo dubbio poteva essere se occorresse una diseredazione espressa; ma fu risolto negativamente. V. fr. 28, 5, 87 [86].

(2) *Bona parentis* dice Gaio. Però rammentiamo come giustamente il LENEL,

ramente difficile conciliare ciò colle idee romane sul rispetto alla fama del padre. Tant'è che l'imperatore Antonino, di fronte alla opinione pubblica poco favorevole al figlio che si asteneva, ha dovuto esplicitamente affermare: « *nemo ob id, quod bonis paternis se abstinuit, infamis est* » (c. 2, 11 [12] 7 — anno 205) (1). Occorre riferirsi ad un'epoca in cui lo spesseggiare dei disastri economici dovuti non a rovesci incolpevoli, nè in ispecie alle urgenti necessità di famiglia, ma allo sperpero biasimevole, alla vita gaudente dei capi di famiglia abbia richiamato la pietà della pubblica opinione sulle vittime innocenti di questa perversità (2). Ora questo lusso smodato fu introdotto in Roma dopo le guerre fortunate e lucrose dell'Oriente. Certo a' tempi di Cicerone questo *beneficium* è noto, poichè l'oratore rimprovera ad Antonio « *hereditatem patris non adisse* » (*Phil.* 2, 16) (3).

§ 308.

Il *beneficium abstinendi* non occorre sia chiesto al Pretore o al Proconsole e dal magistrato particolarmente accordato. Basta che l'*heres suus* non faccia alcunchè come erede relativamente alla eredità paterna. È quindi inesatto l'asserto che basti la semplice dichiarazione del figlio (4). Ciò può far supporre che que-

(*Ed. perp.*, § 209, 210, nota 3, pag. 336) riferisca a questo punto il fr. 50, 16, 51 di Gaio (1. 23 *ad ed. prov.*), secondo cui sotto l'espressione *parens* si comprende *non tantum pater, sed etiam avus et proavus et deinceps omnes superiores*. Nel che si avrebbe la conferma, che non il solo figlio, ma anche il nipote e il pronipote sono *necessarii*. Però ora il Lenel nella *Palingenesia* (I, pag. 232, n. 1), collocando dubitativamente il passo sotto il titolo *de bonis possidendis proscribendis vendundis*, nota: *sed huic loco verba definitionis « sed et mater et avia et proavia » non conveniunt*. Io penso che il riferimento sia esatto e che l'aggiunta delle ascendenti femmine, che non avendo podestà non possono avere eredi necessarii, sia stata fatta dai compilatori per dare senso più completo al passo tolto dall'antica connessione. Il che ha già per sè la circostanza, che coll'esposizione della serie dei maschi la proposizione era grammaticalmente finita. La serie femminina appare come un'appiccicatura.

(1) Il Krüger osserva che invece della proposizione *quod-abstinuit* si dovrebbe aspettar *quod bona paterna quibus se abstinuit venierunt*. Infatti non è per il fatto dell'astensione che si offende la memoria paterna, ma sì pel fatto di lasciare vendere i beni in nome del padre. Ma se non vi fosse il pericolo della vendita, non vi sarebbe astensione.

(2) Cfr. Köppen, *Sistema*, pag. 9.

(3) Cfr. Dernburg, *Pand.*, III, § 163, nota 5, pag. 331.

(4) In tal senso Dernburg, *l. c.*

sta dichiarazione occorra, mentre in realtà quel che occorre e basta è la sola omissione, il contegno completamente passivo, il silenzio del figlio. Questo è decisamente attestato dalle fonti.

Ulpianus l. 11 *ad edictum* — fr. 29, 2, 12.

Ei qui se non miscuit hereditati paternae, sive maior sit sive minor, non esse necesse praetorem adire, sed sufficit se non miscuisse hereditati.

Impp. Severus et Antoninus M. Florentio — c. 2, 38 [39], 1.

Si vos paternae hereditati non miscuistis, ob eam rem testificatio necessaria non fuit, cum fides veritatis verborum adminicula non desideret.

Ma naturalmente questa facoltà, che spetta di regola a colui che non si è mischiato *bonis paternis*, deve essere fatta valere perchè se ne possa tener conto praticamente. In qualunque momento, senza temere decadenza per ragione di tempo, può essere esplicata, quando il bisogno pratico se ne presenti. Pongasi che dopo la morte del proprio padre un pupillo sia chiamato in giudizio per l'esecuzione di un contratto conchiuso dall'avolo. Il padre « *constituerat non adgnoscere* » e in realtà non si ingerì per nulla nell'eredità del padre suo. Il pupillo non ha bisogno di rimedio straordinario alcuno — *restitutio in integrum* : a lui basta invocare l'astensione paterna (cfr. l. 12 cit.).

§ 309.

Accertata l'astensione, quali sono gli effetti ? Le fonti hanno attestazioni generali decisive. Questa sopratutto è caratteristica.

Iulianus l. 86 *digestorum* — fr. 89 *de leg.* l. [30].

Praetor . . . permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna manifestum facit ius se in persona eorum tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuissent.

A questa stregua in sostanza non si viene più ad ammettere una diversità fra il *suus* e l'*extraneus*. Il Pretore pone il *suus* nella condizione in cui si sarebbe trovato un erede volontario. Il *necessarius* sarà veramente erede in pratica, in quanto lo abbia voluto e dichiarato, sia espressamente, sia con un atto non equivoco di disposizione sull'eredità. Quel che è l'*aditio* o la *pro herede gestio* per l'estraneo, è l'*immixtio* per il *suus*. Con questa diffe-

renza, che l'estraneo colla dichiarazione espressa o tacita diventa erede, mentre il *suus* è erede *ope legis*, può cessare di esserlo colla astensione e coll'*immixtio* perde il diritto appunto di non essere considerato come erede. Le stesse regole del resto che noi a suo tempo esamineremo per l'efficacia della dichiarazione dell'estraneo valgono per l'*immixtio* del *suus*.

In verità dal punto di vista del diritto civile l'*heres suus* non lascia di essere erede : ma il Pretore lo tratta in tutto e per tutto, pro e contro, come se erede non fosse. Come esso ha creato un nuovo diritto ereditario trattando praticamente come eredi i *bonorum possessores*, così ha qui rimediato alle gravi conseguenze, che lo *ius civile* congiungeva in certi casi alla qualità di *suus*, trattando questo *heres* come se *heres* non fosse. Onde si dice : « *hunc qui abstinuit praetor non habet heredis loco* » (fr. 11, 1, 12 pr.). In prima linea il pretore non accorda azioni ai creditori contro il *suus*, che si sia astenuto. Gaio (l. 3 *ad edictum provinciale* — fr. 29, 2, 57 pr.) nota « *quamvis creditoribus hereditariis iure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem* ». Ed Ulpiano (l. 4 *disputationum* — fr. 29, 2, 42 pr.) afferma del figlio che si astiene : « *non esse eum compellendum creditoribus paternis respondere* ». D'altra parte non sarà tenuto verso i legatari (fr. 28, 6, 12) ; non dovrà la figlia conferire la dote costituitale (fr. 37, 7, 8 e 9). Ed ancora, se per l'acquisto della qualità ereditaria il figlio abbia perduto qualche cosa a causa della confusione, dovranno farsi cessare gli effetti di questa (fr. 29, 2, 87, 1). E per contro il Pretore non gli accorderà alcun'azione appartenente alla eredità. Pomponio (l. 1 *senatus consultorum* — fr. 29, 2, 99) riferisce che nel caso di due figlie, di cui una accettò l'eredità paterna, mentre l'altra se ne astenne, fu stabilito « *praetorem causa cognita actiones hereditarias utiles daturum . . . ei, quae ad hereditatem patris accesserat denegaturumque ei quae se abstinuerat* ». Ed in genere non sarà considerato come erede in quanto possa trarne vantaggio.

D'altra parte l'eredità sarà ulteriormente deferita come se egli non fosse mai stato *heres*. Onde subentreranno i sostituiti o i coeredi (fr. 42, 1, 44) o gli eredi legittimi (fr. 38, 2, 6, 2), se colui che si astiene è un erede testamentario, o gli ulteriori eredi legittimi, se il necessario abbia avuto la successione *ab intestato* (fr. 38, 17, 2, 8, 10). Quest'ultima soluzione però non fu ammessa senza contrasto, perchè la chiamata degli eredi di seconda linea

suppone, che quelli di prima linea non abbiano acquistato (1). Certamente la delazione agli agnati secondo la legge decemvirale suppone che non *non vi siano* eredi *sui*: « *cui suus heres nec escit* ». Ma naturalmente non si doveva dimenticare, che l'istituto dell'astensione doveva modificare questi antichi principi, a' quali ripugna.

§ 310.

Al necessario, come vedemmo, non può essere tolta la qualità di erede pel fatto del pretore. Il *nomen heredis* gli resta sempre, sebbene sia *nudum nomen heredis* (fr. 38, 17, 2, 8). Però questo *nomen* non lascia di esplicare una certa influenza pratica. Tant'è che certi diritti, i quali sono indissolubilmente congiunti colla qualità e col nome d'erede, restano al *suus*, che si sia astenuto. Così avviene dello *ius sepulchri hereditarii*, il quale, appunto perchè spetta all'*heres* come tale — *hoc monumentum heredem sequitur*, secondo il linguaggio delle iscrizioni — non cesserà mai di appartenere al *suus*, benchè si astenga (fr. 11, 7, 6 pr.) (2). Si conserva a costui anche il diritto di patronato (fr. 37, 14, 9) e quello di rivendicare la memoria paterna coll'*a. iniuriarum* (fr. 47, 10, 17, 22). Ma in questi due casi non si tratta veramente di rapporti spettanti all'erede come tale, ma al figlio per questa sua qualità.

A rigore, poichè il *nomen heredis* vi è, dovrebbero restare in piedi tutte le disposizioni accessorie che dipendono dalla istituzione di erede. Contrasta con questo principio rigoroso la tendenza del pretore a non considerare come erede colui che si è astenuto, accostando così, per quanto è possibile, la condizione del *suus* a quella dell'*extraneus*. Ma, come suole avvenire in questo genere di contrasti, non si procedette logicamente nè in base a quel principio nè in base a questa tendenza. Così di quello non si tenne conto per salvare i legati (fr. 36, 4, 1, 4) (3) e, se si vollero salvare le libertà lasciate dal testatore, occorse un senatusconsulto, malgrado si riconoscesse il principio « *non est sine herede qui suum heredem habet, licet abstinentem se* » (fr. 40, 5, 30, 10).

(1) KÖPPEN, *Trattato*, pag. 200, nota 2.

(2) Cfr. FADDA, *Azione popolare*, n. 137, pag. 170 seg.

(3) V. VANGEROW, *Pand.* II, § 539, oss. 1, pag. 530 segg.

Invece il principio rigoroso fa tenere in piedi la sostituzione pupillare, sebbene il *suus* abbia rinunziato all'eredità paterna (1). Un effetto assai importante della qualità di erede è nel conservare efficacia alle disposizioni che in buona fede abbia compiuto l'erede prima della astensione relativamente a' beni ereditarii. Restano quindi efficaci le alienazioni e i pagamenti che per avventura egli abbia fatto (2).

§ 311.

Il beneficio dell'astensione si perde solo coll'immischiarsi nei beni ereditari. Ma l'*immixtio* non nuoce agli impuberi, anche se compiuta *auctoritate tutoris*.

Pomponius l. 3 *ad Sabinum* — fr. 29, 2, 11.

Impuberibus liberis omni modo abstinendi potestas fit, puberibus autem ita, si se non immiscuerint.

I minori di 25 anni sono obbligati per l'*immixtio*, ma si può provvedere al loro interesse colla *restitutio in integrum* (fr. 29, 2, 57, 1). L'editto del pretore aveva due clausole diverse : *si pupillus heres erit* e *si pubes heres erit* (3). Nel primo caso a tutela del diritto dei creditori, che poteva essere danneggiato dagli atti di disposizione fatti dal pupillo, il quale invece non ne sarebbe stato pregiudicato, il pretore interveniva, riservandosi di concedere o negare le alienazioni secondo che lo avrebbe creduto opportuno, colla clausola sempre che le alienazioni dovessero seguire *arbitratu boni viri*, epperò, con la conveniente scelta degli oggetti, del modo e così via.

La dichiarazione di astensione può essere revocata finchè i creditori non abbiano venduto i beni ereditari e ad ogni modo non al di là dei tre anni (c. 6, 31, 6). Questo termine pei minori decorre dal giorno in cui sono compiuti i 4 anni entro cui può domandare la restituzione.

§ 312.

Erede necessario è anche lo schiavo proprio del testatore,

(1) Brinz, *Pand.*, III, § 393, pag. 181 segg., nota 3; Windscheid, *Pand.*, III, § 595, nota 13; Köppen, *Trattato*, § 31, pag. 199, nota 2.

(2) Cfr. Windscheid, *l. c.*, nota 12; Köppen, *l. c.*, nota 3.

(3) Lenel, *Ed. perp.*, pag. 336 segg.

da questo istituito. E *necessarius* in senso stretto è veramente questo erede. Anche di esso Gaio (II, 153) ci dice che « *sive velit sive nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est* ». Io ho già indicato le ragioni per cui si ammise questa figura così singolare (1). In quanto agli effetti è da rammentare che inesorabilmente lo schiavo era legato alla eredità e che i creditori vendevano questa in suo nome. Vi fu bensì qualche voce discorde, che volle almeno liberare lo schiavo dalla *ignominia* derivante da questa vendita, che pur non avveniva per colpa sua. Ma Gaio ci avverte che non trionfò : « *sed alio iure utimur* » (II, 154). Nè avrebbe potuto trionfare, perchè lo scopo, per cui questa istituzione fu introdotta, fu appunto quello di trovar mezzo di impedire la vendita a nome del defunto. Si capisce poi come poco pensiero si dessero i Romani della buona fama dello schiavo, che reputavano doversi tenere fortunato se otteneva la libertà a questo prezzo. Però neppure l'erede necessario fu lasciato senza difesa. Fu concesso che egli potesse domandare la separazione di tutto quanto poteva pervenirgli all'infuori dell'eredità, e limitare la sua responsabilità *intra vires hereditatis*. Anzi si riservò a favor suo quanto il padrone poteva per avventura dovergli (fr. 42, 6, 1, 18 ; Gaio II. 155). Ma egli doveva non aver disposto de' beni ereditarii.

Gaio (II. 160) ci riferisce per contro, che se le persone *in mancipio* venivano istituite eredi *cum libertate* si accordava loro il *beneficium abstinendi* come ai *sui heredes*. Questo trattamento di favore ha forse la sua ragione in ciò, che, per le formalità anticamente richieste ad ottenere l'emancipazione, poteva avvenire che *in mancipio* si trovasse un figlio del testatore.

b) *Acquisto per mezzo di dichiarazione.*

§ 313.

L'acquisto della eredità a favore degli *heredes extranei* ha luogo solo per volontà loro, a mezzo di apposita dichiarazione : onde la denominazione di *heredes voluntarii* in contrapposizione a quella di *heredes necessarii* (2).

(1) V. Parte I, § 128, pag. 166 segg., § 132 segg., pag., 170 segg.

(2) Cfr. p. es., fr. 29, 2, 15 : *is qui putat se necessarium, cum sit voluntarius*

I diversi modi con cui nel diritto classico poteva farsi questa dichiarazione riguardo alla eredità vera e propria sono la *cretio*, la *gestio pro herede*, la *aditio*. Quanto alla *bonorum possessio*, occorreva una istanza del chiamato al pretore e la relativa concessione per parte di questo magistrato. Esaminiamo partitamente queste varie figure.

La *cretio* è una dichiarazione verbale solenne, da compiersi entro un certo termine, colla quale si accetta l'eredità di una determinata persona. Si tratta di un istituto appartenente all'antico formalismo del diritto civile e appunto perciò proprio dei soli cittadini romani. ISIDORO (*Orig.* v. 24, 9) conferma ciò in modo reciso. « *Jus Quiritium est proprie Romanorum, quod nulli tenent, nisi Quirites, id est Romani, tamquam de legitimis hereditatibus,* de cretionibus *etc.* ». Ciò appunto importa la necessità di parole solenni, ossia di una formola (1). La quale, sostanzialmente in modo identico, ci è riferita da Gaio e da Ulpiano. Secondo Gaio (II, 166) essa è così concepita : QUOD ME P. MEVIUS TESTAMENTO SUO HEREDEM INSTITUIT, EAM HEREDITATEM ADEO CERNOQUE. Secondo Ulpiano (*Reg.* XXI. 28) : QUOD ME MEVIUS HEREDEM INSTITUIT, EAM HEREDITATEM ADEO CERNOQUE (2).

Questa formola doveva essere pronunciata oralmente, onde noi abbiamo qualificato la dichiarazione per verbale. Gaio (l. c.) spiega appunto « *cernere, id est haec verba* dicere ». Ulpiano (l. c.) : « *cernere est verba cretionis* dicere ». E in una costituzione imperiale dell'anno 349 (Cod. Theod. 8, 18, 5 in f.) (3) si ha la espressione « *aut iussu patris* diceret *cretionem* » (4).

---

etc. ; v. pure fr. 16, 71, § 1 *h. t.* e fr. 28, 5, 3, 3 ; 33, 5, 13 pr. In fr. 28, 7, 12 : *voluntaria heredis persona.*

(1) Sulla frequente menzione della solennità della *cretio* nelle fonti v. GOTOFREDO, *Cod. theod., ad t.*, 4, 1, 1, nota 1.

(2) La formula è pure riferita nei frammenti di Autun recentemente scoperti dallo CHATELAIN. Cito secondo l'edizione del KRÜGER premessa alla 4ª ediz. di Gaio (Berolini 1900). Ivi al § 38 (p. L. 1. 10 sq.) la formola è questa : QUOD ILLE GAIUS ME SCRIPSIT HEREDEM, ADEO CERNOQUE HEREDITATEM. V. pure *ib.*, § 42 (p. L. 21 sq).

(3) HAENEL nella sua edizione del codice teodosiano attribuisce la costituzione al solo Costanzo ; altri a Costanzo e Costante.

(4) Il volgarizzatore augustodunense di Gaio ripetutamente accenna alla ora-

§ 314.

Occorreva che la dichiarazione fosse fatta in presenza di testimoni? Finora della presenza de' testimoni all'atto della *cretio* si trovava un accenno in due scrittori non giuridici (1). Varrone (*de lingua latina* VI, 81), nel dare la etimologia di *cernere*, che secondo lui significa far vedere di essere erede, dice che appunto per ciò i testatori ordinano la presenza dei testimoni: « *itaque in cretione adhibere iubent testes* ». Cicerone (*ad Atticum* XIII, 46), nel riferire la istituzione di lui per parte di Cluvio, così scrive: *ex eo (scilicet Balbo) cognovi cretionem Cluvii: liberam cretionem, testibus praesentibus, sexaginta diebus* ». Tanto nell'uno quanto nell'altro passo adunque si tratta di disposizione del testatore, che ordina l'intervento dei testimoni (2). Nullameno alcuni scrittori congetturano, che nell'antico diritto la presenza dei testi fosse necessaria, indipendentemente dalla speciale volontà del testatore (3). Colla scoperta de' frammenti di Autun noi abbiamo un nuovo elemento per la soluzione della questione, tanto più prezioso in quanto ha carattere giuridico. Il § 42 (p. L. 21 seg.) è così concepito.

Dicit ergo [heres ha]*ec verba*: ADEO CERNOQUE HEREDITATEM. *nihil quaeritur nisi* de *dictione verborum. ergo intra tempus ubi dicat non interest, ut tamen probetur, interim si ea te*[cte sepa] *ratim* (4) *dicat, unde potest probare, quod verba cretionis dixerit? d*[ebet] *ergo adhibere amicos, quibus praesentibus haec verba dicat.*

---

lità: *Verba* dicit [*cretionis*] *aut si non* dixerit *verba cretionis* etc. (§ 37); *sic* dicit (§ 38); *nisi haec verba* dixerit (§ 39); dicit *ergo heres haec verba* (§ 42) etc. etc.

(1) Il VOIGT, *Le XII tavole* (*die* XII *Tafeln*), II, § 106, pag. 373, nota 13 pretende riscontrare una menzione della necessità dei testi in due passi del codice Teodosiano, c. 4, 1. 1; 8, 18, 8. Ma le due costituzioni nulla contengono in proposito. Esse parlano solo del carattere solenne della *cretio* in genere, senza specificare i requisiti.

(2) V. GIRARD, *Manuel de droit romain*, pag. 843, nota 6. Cfr. pure KARLOWA, *St. del dir. rom.*, II, pag. 897.

(3) Cfr. PUCHTA, *Inst.*, 5ª ed., III, § 312, pag. 257; VERING, *Diritto ereditario romano*, pag. 84, nota 1, pag. 491 e 495; VOIGT, *op. cit.*, II, pag. 373 ed anche I, § 19, pag. 166; GIRARD, *l. c.*; FERRINI, *Manuale di Pandette* (Milano 1900), n. 642, pag. 786; MUIRHEAD, *Roman law*, pag. 175; BRUNS, *Scritti minori*, II, pag. 126.

(4) Il FERRINI, *Sui frammenti giur.* etc. (estr. dagli *Atti dell'Acc. di Torino*),

Il *debet* qui adoperato può far credere senz'altro che il testo dia la presenza de' testi come obbligatoria. In realtà il ragionamento, che fa il commentatore di Gaio può condurre solo a ritenere che si tratti di un consiglio di cautela e di prudenza suggerito dal bisogno di assicurare la prova della dichiarazione fatta entro il tempo stabilito. Arroge che il *debet* è semplicemente congetturale, non essendo nel palinsesto se non la *d*, che potrebbe anche essere l'inizio di *duos* (1). Leggendo allora *adhibet* col Chatelain, si verrebbe ad avere l'affermazione, che si aggiungono due testimoni, ma non quella dell'obbligo di aggiungerli. La quale, del resto, ripetiamolo, non vi è neppur col *debet*, in quanto questo può benissimo accennare alla necessità pratica derivante dal bisogno di assicurare la prova. Del resto che la presenza dei testimoni fosse giuridicamente necessaria nel mezzo del secolo quinto, cui pare appartenga il manoscritto, mi sembra del tutto inammissibile. I passi di Cicerone e di Varrone mostrano, che già sul finire della repubblica l'intervento de' testi dipendeva dal volere manifestato dal testatore. Altra questione è, se originariamente fosse richiesta la presenza de' testi. Che la natura solenne dell'atto lasci congetturare ciò non si può contestare : ma è difficile uscire dal campo della semplice congettura in una questione, in cui mancano elementi tali da permettere un più sicuro giudizio.

§ 315.

Il passo or ora citato esclude che la *cretio* dovesse farsi in un determinato luogo. Per quanto piccola possa essere l'autorità del modesto volgarizzatore di Gaio è ben difficile ammettere, che egli avrebbe così recisamente affermata l'indifferenza del luogo, se, come assume il Voigt (2), la *cretio* avesse dovuto farsi

---

pag. 12 non ammette la congettura del Mommsen, *tecte separatim*, ma vorrebbe leggere *eatenus separatim*, prendendo *eatenus* nel significato di «soltanto».

(1) V. Ferrini, *Manuale*. l. c. A dir vero la lezione *duos* non persuade troppo. Poichè il plurale basta ad indicare che *due* testimoni sono sufficienti (fr. 22, 5, 12), il richiedere espressamente questo numero potrebbe lasciar supporre che non più di due potessero essere. Il che è certo inammissibile.

(2) *Op. cit.*, II, pag. 372 segg. Cfr. Sohm, *Inst.*, § 110, pag. 493. V. pure Czyhlarz, *Inst.*, pag. 269.

nel domicilio dell'ereditando. Il passo di Cicerone, che il Voigt adduce (*ad Att.* XIII, 46, 3, 47, 1) nulla prova in proposito e sarebbe strano che Gaio non avesse accennato a questo requisito, se veramente vi fosse stato a' suoi tempi. Argomento questo che non è senza importanza anche per l'altro requisito, or ora esaminato, della presenza dei testimoni.

§ 316.

Abbiamo detto che la *cretio* doveva compiersi entro un certo termine. Assai esattamente scrive il Karlowa (1) che, secondo quanto ce ne dicono le varie relazioni giuridiche e non giuridiche, *cretio* e termine per effettuarla sono inseparabili. L'idea di termine è qui essenziale. Gaio dice una prima volta (II. 164) : « *extraneis heredibus solet cretio dari*, id est finis deliberandi, ut intra certum tempus etc. ». E poco più in là (II. 170) : « *omnis autem cretio* certo tempore constringitur ». Ulpiano non meno chiaramente ci dice (XXII, 26) : « *cretio est* certorum dierum spatium, *quod datur instituto heredi ad deliberandum utrum expediat ei adire hereditatem nec ne* ». L'anonimo commentatore augustodunense anch'egli molto energicamente pone in rilievo questa caratteristica. Così nel § 36 : « *ista dicitur cretio propter id tempus, quod datur ad deliberandum, hoc est ad decernendum, ideo cretio dicitur, quia ad hoc accipitur tempus, ut apud se deliberet et decernat an adeunda sit hereditas* ». E nel § 59 : « *Omnis cretio certum numerum dierum habet. nam testator cum dat cretionem, non simpliciter dicit :* CERNITO, *sed dicit :* CERNITO IN DIEBUS TOT. *necesse est ut exprimat numerarum dierum. alioquin non est cretio et nisi dicat* TOT DIEBUS etc. ».

E la definizione data da Isidoro (*Orig.* V. 24, 15) conferma largamente il concetto : « *Cretio est certus dierum numerus, in quo institutus heres aut adit hereditatem, aut finito tempore cretionis excluditur, nec liberum est illi ultra capiendae hereditatis* ». Tutti questi passi del resto non fanno che rafforzare il concetto contenuto nel *cernere*. La etimologia di questo (2) mostra com'esso

(1) *St. del dir. rom.*, II, pag. 896. Cfr. MAYNZ, *Cours de dr. rom.*, III, § 371, pag. 274 segg. verso la nota 13.

(2) Cfr. CECI, *Le etimologie dei giureconsulti romani*, pag. 130 segg.

importi una deliberazione in seguito ad accurata indagine, epperò uno spazio di tempo per questo esame (1).

§ 317.

Secondo le attestazioni da noi possedute la *cretio* era obbligatoria per l'erede solo in quanto fosse stata imposta dall'ereditando nel suo testamento. Quando non avesse nulla disposto il testatore, o, a dirittura, non vi fosse testamento la *cretio* era bensì possibile, ma non necessaria. Fermiamoci sul primo caso.

La formola della *cretio* nel testamento è diversa, e secondo la sua diversità produceva effetti assai differenti. L'elemento comune in tutti i casi è l'obbligo imposto di *cernere* entro un certo termine. LUCIUS TITIUS HERES ESTO CERNITOQUE IN DIEBUS CENTUM PROXIMIS (2). Ma a questa parte comune potevano farsi delle aggiunte, a stregua delle quali si hanno diverse specie di *cretio*. E innanzi tutto sul modo di computare il termine. La formola da noi data importava per sè un computo rigoroso. Il termine incominciava a decorrere non solo anche prima che l'erede avesse avuto notizia della sua chiamata alla eredità, ma anche persino prima della delazione quando l'istituzione fosse condizionale. Dal momento della morte prendeva inizio il decorso, e si contavano tutti i giorni, anche quelli ne' quali l'erede fosse stato, per qualsiasi ragione, di fatto o di diritto, impedito dal compiere l'atto della *cretio*. Qui si ha quindi un c. d. *tempus continuum*, e, per servirsi delle espressioni de' commentatori, continuo tanto *ratione initii* quanto *ratione cursus*. Se per contro alla parte di formola or indicata venivano aggiunte le parole QUIBUS SCIERIT POTERITQUE, la *cretio* aveva un carattere del tutto diverso. Innanzi tutto non incominciava a decorrere il termine, se non quando l'erede avesse avuto notizia della sua vocazione, d'altra parte si computavano solo quei giorni in cui vi era la possibilità di effettuare la *cretio*. Il che naturalmente escludeva che la decorrenza incominciasse riguardo alle istituzioni condizionali prima dell'avveramento della condizione, e che si tenesse conto di quel tempo in cui l'erede era stato impedito per altra ragione. La prima specie di *cretio* è detta da

(1) KARLOWA, *l. c.*

(2) Cfr. GAIO, II, 165; ULP., XXII, 27; fr. Autun. § 35.

Gaio (II. 171) *cretio certorum dierum* ed anche *continua* (II. 173) e da Ulpiano (XXII. 31) soltanto *continua*. La seconda era detta *vulgaris*, perchè, come riferisce Gaio (II. 173), essendo l'altra dura, questa « *in usu habetur ; unde etiam vulgaris dicta est* » (1). Non solo negli scritti de' giuristi troviamo, del resto, riferita questa formola. Essa ci è anche conservata nel noto testamento di L. Dasumio (2).

Il termine usuale era di cento giorni. « *In quam rem tolerabile tempus visum est centum dierum* » dice Gaio (II. 170) (3). « [*Sed vulgo*] *datum tempus et consuetum est* : *C.* DIEBUS » (fr. Autun § 41). Ma era lecito al testatore abbreviare o allungare il termine. « *Potest tamen nihilo minus iure civili aut longius aut brevius tempus dari ; longius tamen interdum praetor coartat.* » (Gaio l. c.). « *Et scire debes, quantum vult tempus testator dat ad cretionem ; et quamquam plerique testatores centum dies dant, potest quidem et brevius tempus dare, potest dicere :* CERNITO IN DIEBUS X, CERNITO IN DIEBUS XX, *potest et longius constituere :* « CERNITO ET IN BIENNIO, CERNITO IN ANNO » (fr. Autun. § 40). « *At potest interpellari a creditoribus, ut ipse praetor moderetur tempus adeundae hereditatis et dicat : nisi intra tempus adierit, permittam creditoribus bona proscribere* » (ib. § 58). Nel citato testamento di Cluvio a favore di Cicerone il termine fissato era di sessanta giorni. Il diritto civile adunque lasciava anche qui al testatore completa libertà di stabilire il termine. Il pretore intervenne nell'interesse de' creditori per la stessa ragione per cui era intervenuto nel caso in cui *cretio* non vi fosse stata e l'erede indugiasse nel decidersi ad accettare o ripudiare. Occorreva provvedere a che i creditori non dovessero lungamente attendere. Il termine fissato dal testatore poteva essere tale da costituire pei creditori un grave danno. La minaccia di lasciare che i creditori procedessero alla vendita de' beni ereditarî spingeva l'erede a decidersi : e in caso d'indugio, la minaccia si traduceva in fatto.

§ 318.

Un'altra distinzione della *cretio*, derivante dalla maniera

(1) Cfr. fr. di Autun, § 60.

(2) Cfr. BRUNS-MOMMSEN, *Fontes*, 6ª ed., I, pag. 270 segg.

(3) Questo termine è nella formola di Ulpiano (XXII, 27) e nel testamento di Dasumio.

ond'è concepita la formola, è in *perfecta* ed *imperfecta*. È *perfecta* quella *cretio* la quale contiene la formola espressa della diseredazione per il caso in cui la accettazione solenne non fosse effettuata nel termine stabilito dal testatore. *Imperfecta* per contro quando la imposizione di *cernere* non è accompagnata dalla diseredazione, sebbene vi sia fatta per tale ipotesi la sostituzione di altri eredi. Gaio (II. 174-178) ed Ulpiano (XXII. 33, 34) fanno menzione appunto di questa distinzione a proposito della sostituzione. L'aggiunta consisteva nelle parole QUODNI ITA CREVERIS EXHERES ESTO (1).

Gli effetti di questa aggiunta non lasciavano luogo a dubbi. Non avvenuta la *cretio* nel termine fissato, decadeva l'erede da tale qualità, anche quando avesse nel termine fatto atto di erede. La sanzione espressa del testatore non lascia qui luogo a ripieghi. Vi sia o no un sostituito, la decadenza è certa. Ma pongasi che la diseredazione manchi. Ne' primi tempi, non essendovi possibilità di una *gestio pro herede*, che senz'altro facesse acquistare l'eredità, non vi era dubbio che, tralasciata la *cretio*, l'erede cessasse di essere chiamato. Non si saprebbe intendere questo termine apposto per l'accettazione a fine di tor di mezzo ogni incertezza sulla successione, quando anche dopo di esso fosse stata possibile una nuova *cretio*. Non resta che la possibilità di supplire per via della *usucapio pro herede*, ossia coll'acquisto della qualità ereditaria per averla esercitata durante un anno. Ma quando la *gestio pro herede* bastò ad acquistare l'eredità, sorse la questione sulla sua efficacia di fronte alla richiesta della *cretio* per parte del testatore ed al diritto del sostituito. Per il primo riguardo la mancanza di sanzione pareva non permettesse di escludere del tutto l'*heres* che aveva tempestivamente fatto atto di erede, provvedendo così all'intento di togliere le dubbiezze sulla condizione dell'eredità ; ma d'altra parte il sostituito era chiamato per il caso in cui la *cretio* non fosse stata fatta *intra tempus*, onde per lui la condizione era avverata. Era quindi facile riconoscere il concorso dei due e attribuire metà a ciascuno. È quanto ci dice Gaio (II. 177). « *Si prior omissa cretione pro herede gerat, substitutum in partem*

(1) Veramente Ulpiano nel § 34 dice SI NON ITA CREVERIS etc. Nel § 33 manca la parola davanti a *ita creveris*. Il BÖCKING e il KRÜGER sostituiscono QUODNI, ma poichè Ulpiano nel § 34 riferisce subito dopo la stessa formola ponendo SI NON, mi pare più esatto il riporre nel § 34 le stesse parole.

admittit et fiunt ambo aequis partibus heredes ». Se entro il termine « *neque cernat neque pro herede gerat, tum sane in universum summovetur, et substitutus in totam hereditatem succedit* » (1). Ma fra i giuristi dell'epoca imperiale sorse una questione. Il sostituito sarà ammesso per la metà solo dopo decorso tutto il termine, ovvero appena il primo chiamato ha posto in essere un atto di *gestio pro herede* ? Gaio (II. 178) riferisce essere stato Sabino di avviso che « *quamdiu cernere et eo modo heres fieri possit prior, etiamsi pro herede gesserit, non tamen admitti substitutum ; cum vero cretio finita sit, tum pro herede gerente admitti substitutum* ». Altri per contro pensavano, che anche gerendo nel termine il primo chiamato acquistava subito la metà, restando l'altra al sostituito (2). L'ultimo stato del diritto su questo punto è costituito da una disposizione di Marco Aurelio per cui il primo chiamato « *et pro herede gerendo ex asse fiat heres* ». Così che oramai bastava compiere un qualunque atto di erede entro il termine non solo per evitare la decadenza, ma anche per escludere affatto il sostituito.

L'erede chiamato *cum cretione* è escluso solo quando lasci trascorrere il termine senza fare la dichiarazione solenne ne' modi voluti dal testatore. Se per avventura egli rinunzi all'eredità durante quel termine può pentirsi e revocare la rinunzia, compiendo tempestivamente la solennità (Gaio II. 168, fr. Autun § 49, 50).

§ 319.

Pongasi ora che si tratti di erede istituito *sine cretione*, ovvero di erede chiamato dalla legge *ab intestato*. Come sopra notammo, qui l'accettazione per via di *cretio* è libera : si può, cioè, validamente fare, ma si accetta validamente anche senza di essa. « *At 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 hereditа-*

(1) Cfr. Ulp., XXII, 34 in f.

(2) Sulla vera portata del testo di Gaio non regna accordo. Cfr. p. es. MÜHLENBRUCH, *Cont. di Glück.* XL, pag. 246 segg. e KARLOWA, *op. cit.*, pag. 905.

tem » (1). Così che a' tempi di Gaio non vi è *cretio* obbligatoria se non imposta dal testatore. Ma è opinione largamente diffusa, che non sempre sia stato così ; che anzi originariamente la *cretio* sia stato il solo modo con cui l'*heres extraneus* poteva dichiarare la sua volontà di accettare la eredità (2). E in verità a me pare che questa congettura sia fondata su buone ragioni. In prima linea fu giustamente osservato, non essere verosimile che nel sistema dell'antichissimo diritto, fondato tutto sul più rigido formalismo, fosse possibile una dichiarazione di volontà di tanta importanza senza la garanzia di forme solenni. Fu argutamente detto che in mezzo al sistema del formalismo coatto un'accettazione non solenne sarebbe stata una specie di corvo bianco (3). D'altra parte, osserva lo Ihering, che riguardo all'istituzione testamentaria la accettazione non solenne sarebbe una stonatura di fronte alla nota legge della corrispondenza nella forma, per cui i vari atti in relazione fra di loro debbono essere simmetrici. Ad istituzione solenne occorre accettazione solenne. Il modo con cui per diritto classico vien risoluta la questione è troppo complicato perchè possa considerarsi come originario. Il diritto antico ha soluzioni semplici e precise. D'altra parte non si capisce come la *cretio* avrebbe potuto estendersi alla eredità legittima se l'origine sua fosse dovuta alla consuetudine de' testatori di imporla nel testamento. Come abbiamo visto, l'essenza della *cretio* consiste in un termine preclusivo. Dove sarebbe mai questo termine che non è posto dalla legge e, naturalmente, non è neppur stabilito dall'ereditando ? Se originariamente la *cretio* è stata il solo modo di accettazione e quindi fu obbligatoria anche pei successori legittimi, si capisce che, anche dopo cessata l'obbligatorietà, resti

---

(1) Cfr. fr. Autun, § 45.

(2) Cfr. in questo senso Mühlenbruch, *op. cit.*, XLII, pag. 398 segg. (il quale già anteriormente nelle annotazioni alle *Antiquitates* di Heineccius avea sostenuto lo stesso avviso) ; Walter, *St. del dir. rom.* (3ª ed.), II, pag. 304 ; Vering, *op. cit.*, pag. 495 ; Leist, *Bonorum possessio*, II, 2, pag. 122 segg. ; *Cont. di* Glück, II, pag. 159, nota 55 ; Voigt, *Le XII tavole*, II, pag. 372 ; Sohm, *Inst.*, pag. 493 ; Czyhlarz, *Inst.*, § 124, pag. 269 ; Karlowa, *St. del dir. rom.*, II, pag. 896 ; Girard, *Manuel*, pag. 843 ; Muirhead, *l. c.* Cfr. Ihering, *St. del dir. rom.*, 5ª ed., III, 2, pag. 522 segg. Il Salkowski, *Inst.*, 7ª ed., § 191, pag. 521 limita l'originaria necessità della *cretio* a *tutti* gli eredi testamentari soltanto.

(3) Leonhard, *Inst.*, pag. 354, nota 4.

la possibilità di compierla volontariamente. Ma se l'obbligatorietà iniziale non vi fu, una tale possibilità si presenta abbastanza discutibile. È del resto il modo con cui p. e. Gaio espone le due figure di accettazione mostra che si tratta di istituti contemporaneamente sorti. La *cretio* è esposta in prima linea, appunto come il modo più antico.

Però con queste ragioni non si esce dal campo della semplice congettura. Può la *cretio* non essere di tale antichità da esigere quell'applicazione a tutti i casi. Prima di essa può essersi provveduto diversamente. Ciò che in ispecie è assai facile se si parta dal concetto che la eredità antichissima si riferiva alla sovranità del gruppo familiare. E d'altra parte, non ci nascondiamo, che se veramente già fin da principio vi è stato l'obbligo di accettare entro un certo termine per tutti gli eredi, riesce un pò difficile lo spiegare come tale necessità sia venuta meno, mentre rispondeva tanto ad un bisogno pratico da persuadere poi il pretore a provvedere, nell'interesse dei creditori, a che l'erede entro un certo tempo si decidesse sull'accettazione — *tempus ad deliberandum*. In questi difficili problemi relativi alle origini del diritto romano non si è mai troppo cauti nell'affermare.

§ 320.

La *cretio* non è più in vigore nel diritto giustinianeo. Ma a questo proposito è da notare, che i compilatori del codice hanno nella c. 6, 30, 17 fatto credere che già fin dal 407 fosse stata del tutto abolita la *cretio*. Ed infatti attribuiscono agli imperatori Arcadio, Onorio e Teodosio una disposizione, che suonerebbe senz'altro così. « *Cretionum scrupolosam sollemnitatem hac lege penitus amputari decernimus* ». Ora nel codice Teodosiano (c. 8, 18, 8) noi troviamo l'intera costituzione di questi imperatori. La rubrica del titolo è : « *de maternis bonis et materni generis* et cretione sublata ». La costituzione si occupa del modo con cui debbono accettarsi dal padre o dal figlio i beni toccati a costui per parte materna. E la sua chiusa suona così : « *Cretionum autem scrupulosam sollemnitatem, sive materna filiofamilias sive alia quaedam deferatur hereditas, hac lege emendari penitusque amputari decernimus* ». Egli è dunque evidente, che la costituzione originaria non toglieva la *cretio* se non per le eredità deferite a fi-

gli posti sotto la podestà del padre (1). Giustiniano col togliere dall'originaria connessione l'ultima parte della costituzione e col sopprimere la relazione alle eredità deferite a' figli in podestà, abolì del tutto la *cretio*, facendo però credere che l'abolizione datasse dal 407 (2). A riprova rammentiamo, che l'anonimo commentatore di Gaio nei frammenti d'Autun parla della *cretio* come di un istituto in pieno vigore a' suoi tempi, ossia tra il quarto e il quinto secolo.

§ 321.

I modi non solenni di accettazione sono la *gestio pro herede* e la *aditio*. Ma la terminologia delle fonti non attribuisce sempre eguale significato a queste espressioni. In effetto talora la *gestio pro herede* è presa in senso generale, in contrapposto alla *cretio*, ed allora comprende non solo la manifestazione della volontà di essere erede esplicata per via di fatti, ma anche la semplice dichiarazione non formale, ma pur sempre espressa, di accettare la eredità. Tal'altra per contro l'*aditio* si contrappone alla *gestio pro herede*. Tal'altra infine *aditio* è termine generale, che comprende tutte le figure di accettazione, compresa anche la *cretio*. Siccome gli scrittori non sono d'accordo su questi diversi significati, è opportuno l'esame di alcuni passi delle fonti in proposito.

Che la *gestio pro herede* comprenda in sè talora l'*aditio* come contrapposto alla *cretio* risulta da testi indiscutibili. Premettiamo al riguardo che storicamente la *gestio pro herede*, nel senso di dichiarazione per via di fatti concludenti, ha preceduto la mera dichiarazione verbale non solenne. E la cosa è troppo naturale. Volendo fare a meno della forma solenne non si passa di un tratto alla mera dichiarazione di volontà, ma occorre per lo meno un fatto decisivo in cui si venga ad incorporare quella volontà (3).

---

(1) Per le quali si riteneva che la *cretio* fosse sempre obbligatoria per lo innanzi. Cfr. GOTHOFREDUS, *ad. Th.*, 4, 1. 1; MAYNZ, *l. c.*, pag. 275 segg.; HUSCHKE, *Studii su Gaio*, pag. 255. In contrario v. p. es. RUDORFF su PUCHTA, *Inst.*, III, § 312, nota *r.*

(2) Il MAYNZ, pag. 276, nota 25 resta scandalizzato per questo procedere di Giustiniano (*en altérant audacieusement la fin de la c.* etc.). Nessuno ora ha più ragione di meravigliarsi così ingenuamente.

(3) Cfr. KARLOWA, *op. cit.*, pag. 906.

Gaio (II. 167) pone questa graduazione: « *potest aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri* ». Come già notammo è assai probabile che questa enumerazione sia rispondente all'ordine cronologico. Ad ogni modo la *nuda voluntas* di fronte alla *pro herede gestio* assume qui il carattere di qualche cosa di meno generico, che naturalmente non può avere acquistato efficacia anteriormente. La *nuda voluntas* sta alla *gestio pro herede* presso a poco come il nudo consenso alla *res* nella perfezione de' contratti. Come i contratti reali hanno costituito la prima fase nell'evoluzione verso i consensuali, così la *pro herede gestio* ha preparato l'accettazione *nuda voluntate.* Forse anche la *pro herede gestio* come atto singolo è stata preceduta dal requisito del continuato esercizio della qualità ereditaria, ossia di una serie di atti di gestione per un anno, che faceva capo all'*usucapio pro herede* (1).

La *aditio*, ritiene il Karlowa (2), ha acquistato efficacia solo nel periodo imperiale. A noi importa solo stabilire che essa l'aveva allora già acquistata. Infatti se noi troveremo contrapposta alla *cretio* la *pro herede gestio* nel periodo imperiale, noi dovremo conchiuderne a questa stregua, che la *aditio* è compresa nella *pro herede gestio*, non essendovi cagione alcuna per ritenere che si sia fatto un contrapposto tanto illogico lasciando in disparte la forma più naturale di accettazione. Veggasi ad esempio l'esposizione che Gaio fa (II. 176-178) della distinzione, da noi già spiegata, fra *cretio perfecta* ed *imperfecta.* Nel § 176 dice che nella prima l'« *heres summovetur non cernendo, etiamsi pro herede gerat* ». Se si ritiene che il *pro herede gerere* non comprenda l'*aditio*, si dovrà dire, che *adeundo* l'*heres* non è escluso dall'eredità, sebbene il testatore dica « *nisi creveris exheres esto* ». Quanto meno si dovrà concedere, che ben strano sarebbe un silenzio di tal genere. Nel § 177 a proposito della *cretio imperfecta* si osserva, che *gerendo pro herede* si supplisce, almeno in parte, alla mancanza di *cretio.* Dovremo forse escludere che lo stesso avvenga *adeundo*? Se no vuol dire che la *aditio* nel pensiero di Gaio è compresa nella *pro herede gestio.* E analoga osservazione vale per tutta questa esposizione. — Non meno evidente è Ulpiano XXII. 25.

(1) V. la prima parte di queste *Lezioni* (1899-1900), § 252, pag. 315 segg.
(2) *Op. cit.*, pag. 906.

Extraneus heres, si quidem cum cretione sit heres institutus, cernendo fit heres: si vero sine cretione, pro herede gerendo.

È egli possibile negare che a' tempi di Ulpiano l'erede può accettare per via di semplice adizione? Certo no. Dunque vuol dire che questa è compresa nel *pro herede gerere* come termine generale. Più dubbioso è un altro passo di Ulpiano (fr. 29, 2, 10 — lib. 7 *ad Sabinum*).

Si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse.

Il Karlowa (1) assume, che il giureconsulto non afferma già essere *gestio pro herede* la nuda dichiarazione di voler essere erede, ma solo che la dichiarazione di accettare per una parte è atto di gestione di erede per il tutto. Che la motivazione di Ulpiano non sia esatta, è altra questione, afferma il Karlowa; ma certo esso non dice più di questo. Ora quando si riconosca che la ragione vera è che chi è istituito erede non può accettare per parti quanto gli è lasciato, è ben strano che si voglia addossare ad Ulpiano una ragione così erronea. Il testo dice che col dichiarare di accettare una parte si fa atto di accettazione pel tutto. Perchè far ricorso al concetto più ristretto di *gestio pro herede*, quando Ulpiano nel passo sopra citato ha adoperato l'espressione nel significato più largo? E se con tal significato, non nuovo in Ulpiano, si evita l'accusa di inesattezza, perchè proprio dovremo sforzare l'espressione per far sì che inesattezza ci sia?

§ 322.

Vediamo ora una costituzione imperiale. Diocleziano e Massiminiano (anno 293) nella c. 6, 30, 7 fanno la questione della trasmessibilità di un'eredità. Essi affermano che si trasmette negli eredi solo quando sia stata accettata dal chiamato. « *Antequam pro herede gereret, vel bonorum possessionem admiserit, defunctam successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere* ». La costituzione è pur riportata nella *veteris cuiusdam iurisconsulti consultatio* (VI-49), ma qui essa è conservata nel suo testo primitivo e dopo *antequam* ha *cerneret*. Ora è credibile che, volendo gli imperatori esigere il requisito dell'accettazione sotto qualun-

(1) *L. c.*

que forma avessero dimenticato l'*aditio*, quando hanno cura di specificare i modi solenni e non solenni del diritto civile e il modo pretorio ? Ed è credibile che non se ne fossero curati i compilatori, la cui attenzione sulla esattezza del passo era stata richiamata dall'esservi la menzione della *cretio* ormai andata in disuso ? Cancellando la *cretio* come non avrebbero pensato ad aggiungere l'*aditio* ? Gli è che questa era compresa nella *gestio pro herede.*

§ 323.

E veniamo da ultimo ad un passo delle Istituzioni giustinianee (2, 19, 7). Il passo comincia col riprodurre, modificandolo, il § 167 del libro II di Gaio : specialmente toglie la menzione della *cretio*. Così che si dice potersi accettare la eredità « *aut pro herede gerendo, vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis* ». Poi, dopo aver dato vari esempi di *gestio pro herede*, conclude : « *et quoquo modo si* (1) *voluntatem suam declaret vel re vel verbis de adeunda hereditate* ». Queste ultime parole mostrano come la gestione comprenda tanto l'accettazione tacita, quanto l'espressa, tanto la manifestazione per via di fatti, quanto quella che si limita a semplice dichiarazione. Onde ben dice lo Schrader (2) « *eam quoque aditionis speciem, quae verbis fit, ad gestionem pro herede referri* ». Obbietta però il Karlowa (3), che vi sarebbe evidente contraddizione se nello stesso paragrafo, dopo avere separata nettamente con Gaio la *gestio pro herede* dall'*aditio*, si fosse considerata questa come una specie di quella. A suo avviso il passo sarebbe guasto e dopo la esemplificazione relativa alla *pro herede gestio* vi sarebbe stato un riassunto finale in cui, tornando al concetto gaiano, si sarebbe affermata la possibilità di due forme di accettazione. Quando pur ciò non si volesse ammettere, bisognerebbe porre a carico dei compilatori delle Istituzioni quel significato di *gestio* comprendente l'*aditio*. Ma queste obiezioni ed osservazioni non ci persuadono. Anzitutto, sebbene la cosa non

(1) Il *si* è da cancellare. Cfr. SCHRADER e KRÜGER. *ad h. l.*

(2) *Ad h. l.*

(3) *Op. cit.*, pag. 907.

sia troppo corretta, non ci pare che costituisca una vera contraddizione l'adoperare l'espressione *gestio pro herede* ne' suoi due significati. Ma la poca consonanza delle varie parti del paragrafo si spiega benissimo tosto che si ponga mente appartenere esso a diversi scrittori. I compilatori le hanno riunite per avere una esemplificazione esplicativa del passo gaiano, che essi premettevano, ma non hanno guardato troppo pel sottile alla consonanza. Tale riflesso rende inutile il far ricorso a possibili lacune. Vi è sì colpa de' compilatori, ma non già nel senso che essi abbiano creato un nuovo significato, sibbene per avere essi congiunto sensa troppa cautela i due significati diversi. Dopo tanti passi, scelti apposta in epoche diverse e nei quali *gestio pro herede* ha un significato generale, ci pare impossibile accogliere le critiche del Karlowa (1).

§ 324.

Non meno certa è l'antitesi posta fra *aditio* e *gestio pro herede*: anzi si può dire quella che più campeggia nelle fonti. Noi abbiamo già visto in Gaio (II. 167) e nelle Istituzioni (§ 7 cit.) il *pro her. gerere* contrapposto all'acquisto *nuda voluntate*. Ulpiano (l. 60 *ad edictum* — fr. 29, 2, 69) così si esprime: « *neque adire hereditatem potest, neque pro herede gerere* ». Giustiniano ripetutamente si serve dello stesso contrapposto. Così nella c. 6, 30, 19, 1: « *sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducit* ». E nella c. 23 § 14 *b* eod. tit.: « *si adierint vel pro herede gesserint* ».

A gran pezza più usuale è l'impiego di *adire* per accettare in genere la eredità, comprendendo quindi nel diritto classico anche la *cretio* e nel diritto giustinianeo tanto la *gestio pro herede* quanto la *aditio* in senso stretto. Senz'uopo di citare altri testi, basti rinviare da un canto alle esposizioni di Gaio e di Ulpiano

(1) Non sarà inutile rammentare che anche nei frammenti di Autun è spiccatissimo questo significato amplissimo della *pro h. g.* Infatti il § 44 così dice: *Quid est pro erede gerere? animum habere capiendae hereditatis, ergo si aut rem teneat aut praesentibus [amicis] dicat velle se heredem esse, satisfacit aditioni hereditatis.* Cfr. pure § 45, 51.

da noi più volte allegate e dall'altro alle due costituzioni di Giustiniano citate or ora.

§ 325.

Comunque sia è certo che la accettazione non solenne della eredità poteva aver luogo, tanto nel diritto classico che nel giustinianeo, in due modi diversi, secondo che la dichiarazione era espressa o tacita. Non è qui il caso di intrattenerci sul significato che in genere si deve attribuire all'antitesi fra dichiarazione espressa e dichiarazione tacita (1). Accettazione espressa qui vuol dire dichiarazione esplicita di voler acquistare la eredità. Dal § 44 dei frammenti di Autun (2) risulta che quando si faceva una tale dichiarazione erano presenti testimoni. Però si tratta di cautela rivolta ad assicurare la prova della fatta dichiarazione. La quale del resto può essere fatta anche per iscritto. Naturalmente la manifestazione di volontà non ha qui bisogno di essere posta in essere di fronte a una o più persone determinate, nè di essere comunicata ad alcuno perchè acquisti efficacia. Non è, cioè, di quelle dichiarazioni che i moderni civilisti chiamano « bisognose di ricevimento ». Sono manifestazioni che hanno luogo *adversus omnes* ed acquistano efficacia universale non sì tosto avvenute. Tanto meno poi si può qui parlare di una necessità di accettazione per parte di chiunque. L'adizione è atto eminentemente unilaterale. Nè può avere alcuna speranza di accoglimento l'opinione da qualcuno avanzata, che l'adizione altro non sia se non l'accettazione della proposta fatta dall'ereditando espressamente colla disposizione testamentaria, o tacitamente col lasciar luogo alla successione legittima. A parte ogni altro riflesso sull'assurdità di questa specie di contratto fra defunto ed erede, osservo che per la successione legittima, come parmi di aver mostrato a suo luogo (3), è impossibile ammettere il concetto della volontà presunta. Così che l'adizione non po-

(1) Cfr. in proposito Fadda e Bensa nelle note alla traduz. italiana delle *Pandette* del WINDSCHEID, I, 1, pag. 896 segg.

(2) V. la penultima nota.

(3) Cfr. la prima parte di queste *Lezioni*, § 231 seg., pag. 290 segg.

trebbe avere qui quella pretesa funzione contrattuale. Ma se la adizione ha carattere identico di fronte a qualunque specie di delazione, e rispetto alla delazione legittima è assurda la funzione contrattuale, tale funzione dee necessariamente ripudiarsi anche di fronte alla delazione testamentaria.

Anche il nostro codice civile (art. 934) conosce accettazioni espresse e tacite della eredità. Per esso l'accettazione è espressa « quando si assume il titolo o la qualità di erede in un atto pubblico o in una scrittura privata ». Occorre quindi sempre l'atto scritto, e una dichiarazione verbale, quando per le circostanze del caso non potesse costituire una gestione *pro herede*, non avrebbe efficacia di sorta. Secondo alcuni scrittori (1), non basterebbe l'assunzione del titolo di erede, ma occorrerebbe che ciò si facesse nell'intenzione di accettare l'eredità, di fare uso, cioè, del diritto deferito. Si adduce come esempio il caso di uno che si qualifica erede solo per indicare che egli ha diritto a tale qualità, senza però intendere esercitare tale diritto. Veramente in tal caso non vi ha assunzione della qualità di erede, perchè non si afferma di essere ma di potere essere erede. Assunzione importa esplicita dichiarazione di essere erede per tutti gli effetti di legge. Con tutto ciò si capisce benissimo che l'osservazione citata non manca di fondamento. Però chi ha assunto effettivamente quella qualità non potrebbe esimersi affermando semplicemente che non ne aveva l'intenzione. Come, del resto, chi assume la qualità di erede non può togliere efficacia a tale assunzione col protestare che però non intende vincolarsi all'eredità : si tratta qui di una *protestatio facto contraria*. Si capisce poi che l'avere in un atto pubblico manifestato l'intenzione di accettare non costituisce assunzione della qualità, nè quindi accettazione (2).

§ 326.

Si ha una *pro herede gestio* quando colui cui è deferita l'eredità pone in essere fatti da cui risulta la volontà di accettare la eredità. Vediamo come si esprimono in proposito le nostre fonti. Gaio (II. 166) rende così il *pro h. g.* : « *id est si rebus hereditariis*

(1) ZACHARIAE-CROME, *Manuale del diritto civile francese*, IV, § 621, pag. 83, nota 8.

(2) Cfr. ZACHARIAE-CROME, *l. c.*

tamquam heres utatur ». Ulpiano (XXII. 26) afferma : « *pro herede gerit qui rebus hereditariis tamquam dominus utitur* ». E altrove (fr. 29, 2, 21, 1 — lib. 7 *ad Sabinum*) : « *interdum autem animus solus eum obstringet hereditati, ut puta si re non hereditaria* quasi heres usus sit ». Lo stesso Ulpiano poi riferisce la dottrina di Giuliano al riguardo (fr. 29, 2, 20 pr. — lib. 61 *ad edictum*) : « *pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. et generaliter Iulianus scribit eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit : pro herede autem gerere non esse facti quam animi : nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres* ». E specificando continua (fr. 20 § 2 eod. tit.) : « *si quid quasi heres petit* » ; e ancora (fr. 20 § 4 eod.) : « *tunc pro herede geri dicendum est, quotiens accipit quod citra nomen et ius heredis accipere non poterat* ».

Prima di fermarci di proposito nel delineare il concetto dogmatico della *gestio pro herede* mi pare assai opportuno il rilevare come si presenti evidente nella evoluzione storica di questa figura una successiva attenuazione dal punto di vista della materialità dell'atto in cui la *gestio* s'incorpora. Gaio ed Ulpiano, nelle loro esposizioni elementari, che ritraggono a preferenza i concetti dal punto di vista storico, Ulpiano stesso nel suo commentario allo *ius civile* di Sabino, insistono sul requisito dell'*uti rebus hereditariis*. Questa coincidenza lascia conchiudere che, secondo il concetto originario e tradizionale, la espressione della volontà si riscontrasse nell'*usus*, nel possesso de' beni e che in questa padronanza di fatto si riconoscesse il comportamento come erede. Come a suo tempo abbiamo rilevato a proposito della *usucapio pro herede* (1), non in quest'*usus* soltanto ma in genere nel trattare da padrone le cose ereditarie si venne raffigurando il possesso della qualità ereditaria, che finì per essere poi considerato come sufficiente espressione di volontà per parte del chiamato. Il concetto si va sempre più allontanando dalla primitiva materialità, finchè l'ingegno acuto di Giuliano lo formola definitivamente, affermando che non si deve guardare al fatto in sè stesso, ma all'intenzione che da esso traspare. È la più alta espressione del criterio che serve di base per giudicare in genere delle tacite dichiarazioni di volontà, nè cosa alcuna può aggiungere la scienza moderna ad una formola così precisa.

(1) Parte I, § 252, pag. 315 segg.

§ 327.

Ma questo criterio ha bisogno di essere partitamente analizzato. Si suole affermare, che dichiarazione tacita vi è quando la volontà sia manifestata per via di *facta concludentia*, ossia, come si esprime il Windscheid (1), tali da assicurare « un'illazione certa intorno alla esistenza della volontà ». Ma quando si può avere una tale certezza ? Al riguardo è da osservare che il fatto o i fatti possono essere tali da non potersi assolutamente spiegare senza ritenere l'esistenza di quella determinata volontà, da essere incompatibili affatto con una diversa volontà, ed allora sì ha una univocità logica : ovvero il fatto o i fatti sono di tal natura che logicamente ammettono bensì varie spiegazioni, epperò per tale riguardo sono equivoci, ma secondo il comune apprezzamento, secondo il modo di vedere usuale nella vita quotidiana non possono essere spiegati se non supponendo una determinata volontà e chi li pone in essere sa o dee sapere quale portata verrà attribuita al suo comportamento, ed allora si ha una univocità pratica od empirica. Potremo noi in generale contentarci del primo modo d'apprezzare, in particolare per quanto si riferisce alla tacita accettazione della eredità ? Certamente la univocità assoluta sarebbe a gran pezza preferibile, ma osserva giustamente il Regelsberger (2), che « l'ordinamento giuridico, come la vita, deve far calcolo con grandezze relative e contentarsi di quella sicurezza, che ci offre l'esperienza ordinaria ». Chi compie un atto che in genere nella vita pratica riceve una determinata interpretazione, ed è considerato come includente un certo volere non può, senza offendere la buona fede, senza deludere la legittima aspettativa di coloro con cui viene a trovarsi in rapporto, respingere il significato che comunemente viene attribuito al suo atto. L'ordinamento giuridico non può, senza offendere gravemente i bisogni pratici, senza deludere la fiducia, che noi dobbiamo nutrire sulla ragionevolezza e correttezza del comportamento di coloro con cui entriamo in rapporti, ammettere costoro a dare dell'atto una spiegazione diversa da quella che gli

(1) *Pand.*, I, § 252 (ed. Ital., I, 1, pag. 278).
(2) *Pand.*, I, § 136, pag. 504.

dànno *omnes in civitate*. Tanto più poi quando con opportune proteste e riserve è lecito a ciascuno di dare all'atto proprio quella particolare intelligenza che è nel suo divisamento (1). Che se invece l'atto sia tale che anche secondo la comune opinione possa ricevere diverse spiegazioni, sebbene una riesca più probabile delle altre, dovrà il giudice tenendo presenti tutte le circostanze attribuirgli quella che secondo il suo convincimento risponde meglio al caso concreto.

§ 328.

Facciamo applicazione di questi principii alla *pro herede gestio* tenendo presenti le decisioni delle nostre fonti. Il criterio della univocità logica non può naturalmente non essere riconosciuto. In proposito basta rammentare il cit. fr. 20 § 4, secondo cui si riceve, e noi diremo in genere si fa, cosa che sola si può ricevere (o fare) essendo eredi: « *quotiens accipit quod citra nomen et ius heredis accipere non poterat* ». Si immagini uno che proponga la *petitio hereditatis* o l'*actio familiae erciscundae*, che faccia rimessione di un credito ereditario sapendolo tale, che venda la eredità o altrimenti ne disponga. È logicamente compatibile con tali atti la volontà di non essere erede?

Ma al riguardo fu obbiettato (2), che il criterio posto nel fr. 20 § 4, pur muovendo da un'idea giusta, non è rigorosamente esatto. Si potrebbe dal chiamato ricevere pagamenti, fare locazioni, riparazioni senza compiere *gestio pro herede*, sebbene tali atti, *in tesi generale*, non possano essere validamente fatti se non da colui che succede *in ius defuncti*. D'altra parte il chiamato che vende cose non ereditarie, che egli reputa ereditarie, agirebbe *pro herede* benchè la qualità di erede non dia il diritto di disporre di cose altrui. Infine il pagamento di un debito ereditario può essere fatto validamente da chiunque e tuttavia il chiamato pagando i debiti della successione può assumere la qualità di erede. Queste obbiezioni non reggono. La prima e l'ultima non comprendono atti logicamente univoci, il che risulta già dall'ammettere pei primi che non possono *in tesi generale* essere compiuti dallo

(1) Cfr. HARTMANN, *Arch. per la prat. civ.*, LXXII, pag. 167 segg.

(2) V. MAYNZ, *op. cit.*, III, § 396, pag. 414, nota 32.

erede, per gli ultimi che possono essere compiuti dal primo venuto. La seconda obbiezione prova che, oltre agli atti univoci logicamente, ve ne sono altri che possono vincolare e questo non è contestato nè contestabile, ma non toglie che quelli atti importino accettazione. Anzi qui la necessità della illazione è tale che non può esser esclusa da una protesta o riserva in contrario, trattandosi di *protestatio facto contraria*, come si suol dire comunemente — per la contraddizion che nol consente.

La univocità pratica invece ha largo campo di applicazione, perchè il disporre è in genere atto di padronanza, e nella vita ciascuno è autorizzato a credere che chi dispone delle cose ereditarie voglia accettare l'eredità. Ma qui la necessità dell'illazione ha un'energia assai minore. La ragione per cui si è effettuata la disposizione può consistere in ciò che si è inteso evitare un danno alla eredità, sull'accettazione della quale non si è ancora presa una decisione, o nell'aver voluto provvedere all'interesse dello ulteriore chiamato, o nell'aver ritenuto che non si trattasse di cosa ereditaria. Se la ragione è esplicitamente aggiunta nel compiere l'atto, una tale riserva, naturalmente, ha piena efficacia e serve a dare all'atto la sua vera caratteristica. Ma anche indipendentemente da ciò sarà lecito al chiamato di provare che la esteriorità dell'atto non corrispondeva alla sua intenzione ; che nel caso concreto questa mirava a tutt'altro che all'accettazione dell'eredità. Il criterio di Giuliano è qui decisivo : « *pro herede autem gerere non esse facti quam animi* ». Si deve por mente alla intenzione che animava l'atto, non all'atto in sè. Le fonti sono ricchissime di esempi assai istruttivi in proposito.

Ulpiano nel cit. fr. 29, 2, 20 pr. osserva, che « *si quid quasi non heres* (1) *gessit, sed quasi alio iure dominus, apparet non videri pro herede gessisse* ». E più in là nel § 1 esclude la *gestio*, « *si non ut heres sed. . . (quod) putavit sua* » il chiamato ha venduto giumenti ereditarî. Paolo (lib. 2 *ad Sabinum* — fr. 29, 2, 22) esclude l'accettazione nel caso in cui il chiamato « *putaverit defunctum servum suum esse et quasi peculium eius nactus sit* ». Qui il chiamato tratta il patrimonio ereditario come suo perchè reputa che si tratti di peculio dello schiavo suo defunto, onde non ha alcuna intenzione di *gerere pro herede*. In tutti questi casi la

(1) *Non quasi heres* HAL.

disposizione sulle cose ereditarie non rende erede il chiamato perchè questi reputa di disporre di cose che gli appartengono ad altro titolo.

Lo stesso Ulpiano (fr. 20 § 1 cit.) risponde che non compie atto d'erede colui che aliena cose ereditarie facilmente deperibili intanto che esamina la convenienza di accettare l'eredità ; colui che agisce nell'interesse dell'altro erede : lui sostituito, che provvede alla conservazione o alla custodia delle cose ereditarie. Ma in tutti questi e in simili casi si consiglia la aggiunzione di una riserva, la quale valga ad escludere a priori il carattere equivoco dell'atto.

§ 329.

In proposito conviene non dimenticare, che vi è una svariata graduazione nella probabilità o verosimiglianza dell'intento di accettare, sia secondo la natura dell'atto, sia secondo le particolari circostanze di esso. Così il seppellire il padre non può per sè stesso considerarsi come *gestio pro herede*, perchè il figlio, indipendentemente dalla sua qualità di erede, è per il vincolo d'affetto moralmente tenuto a provvedere alla sepoltura del genitore. Le circostanze del caso diranno se egli ha voluto compiere atto d'erede o *officium pietatis* (fr. 20 § 1 cit.). Così ancora il pagare un debito ereditario non importa accettazione, perchè il pagamento può essere fatto da chiunque, e l'atto quindi non dà a vedere l'intenzione di accettare ; ma se si tratti di uno chiamato ad una parte della eredità, il quale paghi un debito ereditario in proporzione della quota a lui deferita, il fatto acquista un cacattere deciso e, salvo sempre l'intervento di altre circostanze, può considerarsi come espressione della volontà di accettare la eredità. Onde l'imperatore Alessandro nella c. 6, 30, 2 (anno 223) dichiara : « *cum debitum paternum te exsolvisse allegas pro portione hereditaria, agnovisse te hereditatem defuncti non ambigitur* » (1).

§ 330.

Merita particolare menzione il caso di istituzione sotto con-

(1) Cfr. C. 3, 28, 8, 1.

dizione dipendente dalla esclusiva volontà dell'erede. In proposito Giuliano (l. 30 *digestorum* fr. 28, 7, 13) afferma, che se sia lasciata ad una persona un'eredità a condizione che dia dieci ad altri e l'erede istituito dia dieci, non si dee ritenere con ciò acquistata l'eredità, ma occorre che dopo dati i dieci l'erede faccia atto « *per quod hereditas . . . adquiri solet* » (cfr. fr. 12, 4, l, 1). Può parere a prima vista che col soddisfare alla condizione posta dal testatore il chiamato alla eredità abbia compiuto un fatto che implica la volontà di accettare. Nè può far difficoltà, che l'accettazione avverrebbe quando non è ancora deferita l'eredità, perchè la dazione de' dieci, se mai, purificando la condizione, sarebbe ad un tempo delazione e accettazione. In realtà però si tratta di cose ben distinte. Colla dazione non si fa che soddisfare alla condizione : ma non vi è ragione per impedire al chiamato di ponderare ancora se gli convenga di accettare l'eredità. La dazione può far sì che l'eredità sia deferita : ma l'acquisto avrà luogo quando una dichiarazione espressa o un atto univoco lo dimostrino. La dazione, potendo spiegarsi variamente, è appunto equivoca. Ma anche qui conviene non procedere con affermazioni troppo recise. Ce ne dà un esempio il seguente passo.

Iavolenus lib. 1 *ex posterioribus Labeonis* — fr. 29, 2, 62.

Antistius Labeo ait, si ita institutus sit « si iuraverit, heres esto », quamvis iuraverit, non tamen eum statim heredem futurum, antequam pro herede aliquid gesserit, quia iurando voluntatem magis suam declarasse videatur. ego puto satis eum pro herede gessisse, si ut heres iuraverit : Proculus idem, eoque iure utimur.

Labeone in sostanza non fa che affermare quel che poi ripetè Giuliano nel passo or ora riferito. Che, cioè, l'adempimento della condizione potestativa *si iuraverit* non importa di per sè e senz'altro l'acquisto dell'eredità, occorrendo a tal uopo un atto di erede. Giavoleno, seguendo Procolo e la comune opinione, trova troppo generale l'affermazione. La prestazione del giuramento posto in condizione varrebbe accettazione, se fu fatta dal chiamato nella qualità di erede : *ut heres*. Ciò può avvenire quando o dal contenuto del giuramento o da altra circostanza appaia che col prestare il giuramento si volle accettare. Il Pothier (1) fa il caso che uno sia istituito sotto la condizione di fare cosa che

(1) *Pand. Iustin.*, XXIX, 2, 16.

si può fare solo dall'erede : p. e. di manomettere uno o più schiavi dell'eredità. Ma anche qui bisogna non affrettare la conclusione. Il giuramento infatti può aver voluto assicurare l'esecuzione della volontà del defunto per il caso in cui si divenga eredi. Insomma, anche qui è sempre vero, che non si pone mente alla materialità dell'atto, ma all'intento con cui fu posto in essere.

§ 331.

Il codice civile italiano (art. 934), seguendo il codice francese (art. 778), dichiara che vi è accettazione tacita quando l'erede fa un atto che presuppone necessariamente la sua volontà di accettare l'eredità, e che non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede. Il codice civile spagnuolo (art. 999) riproduce questa disposizione quasi testualmente, ma invece di legare le due parti dell'articolo colla congiuntiva *e*, le riunisce colla alternativa *o*. Soggiungono poi questi codici, che gli atti di mera conservazione o amministrazione interinale non implicano accettazione della eredità, se con essi non si è assunto il titolo o la qualità di erede. I civilisti francesi e italiani disputano vivamente sulla interpretazione di queste disposizioni de' relativi codici (1). A mio avviso la seconda parte dell'articolo 934 restringe naturalmente la portata della prima. Come abbiamo visto più sopra a proposito del fr. 29, 2, 20, 4, il dire che occorre un atto che può essere compiuto solo da chi è erede, importa la univocità logica. È bensì vero, come giustamente osserva l'illustre Prof. Filomusi Guelfi, che il *necessariamente* significa che la volontà di accettare si manifesti *con sicurezza* nell'atto. Ma il criterio per determinare questa sicurezza è nella seconda parte, ed importa l'esistenza di una necessità logica. Così che a nostro avviso il diritto nostro non lascia al giudice quell'ampia facoltà, che vi era pel diritto romano, di accertarsi con qualunque mezzo di quella intenzione di accettare, ma esige un atto che sia logicamente incompatibile con altra volontà che quella di essere erede. Ritengo più opportuno il sistema romano, che in definitiva è quello del nuovo codice germanico, il quale passa sotto silenzio ogni requisito lasciando ampia libertà d'apprezzamento al giudice.

(1) Cfr. Aubry e Rau, VI, § 611, pag. 338, nota 9; Zachariae-Crome, IV, § 621, nota 11, pag. 84; Filomusi-Guelfi, *Successioni* (dir. it.), in *Digesto italiano*, XXII, 3, n. 57, pag. 418, note 6, 7.

§ 332.

Riguardo alla *bonorum possessio* il pretore seguì un sistema completamente diverso da quello ammesso nel diritto civile. In prima linea è da notare, che non vi è alcuna *bonorum possessio* che si acquisti contro o anche senza volontà di colui al quale è deferita: « *Invito autem nemini bonorum possessio adquiritur* » (fr. 37, 1, 3, 3). Anche gli eredi necessari del diritto civile debbono manifestare la loro volontà per godere della *bonorum possessio*. Ma questa dichiarazione non è, come pel diritto civile, stragiudiziale. Poichè la *bonorum possessio* è una concessione, un beneficio del pretore, che egli promette nel suo editto (*promittit, pollicetur*), essa si ottiene solo per via della dazione effettiva per parte del Pretore in seguito a istanza formale da canto delle persone chiamate. Onde le fonti parlano di *petere, agnoscere, postulare bonorum possessionem* e conseguentemente di *agnitio* o *petitio bon. possessionis*. Questa domanda in alcune costituzioni degli ultimi anni del terzo secolo (c. 6, 59, 1, 2 — a. 294-295) viene presentata come qualche cosa di formale e solenne: « *si sollemniter petierint bonorum possessionem* » — « *sollemniter bonorum possessione admissa* ». La Parafrasi delle Istituzioni, comunemente attribuita a Teofilo, così rappresenta questa richiesta come avveniva anticamente (1): Ἀλλὰ πάλαι μὲν ἐν αἰτήσει ἦσαν αἱ διακατοχαὶ καὶ ἐπανάγκες ἦν ἀπιέναι πρὸς τὸν praetora καὶ ἰδικῶς λέγειν· « δός μοι τήνδε τὴν διακατοχήν ». Vi sono scrittori che, di fronte a questi testi, ritengono trattarsi qui di un vero atto solenne (2). Altri per contro (3) osservano che sarebbe stato in contraddizione col carattere del diritto pretorio lo esigere la pronuncia di parole solenni e che Teofilo altro non dice se non che si chiedeva al Pretore quella determinata *bonorum possessio*. Non pare però possibile questo ripetuto accenno a solennità, se proprio nulla vi fosse stato in tal senso. Tanto più che, come si dirà fra poco, le fonti ultime ci presentano le riforme imperiali al riguardo come un'at-

(1) Ad I, 3, 9, 10 ed. Ferrini, pag. 309.

(2) Cfr. p. es., SCHRADER, *Ad Inst.*, 3, 9, 7; MUIRHEAD, *op. cit.*, pag. 294; GIRARD, *Manuel*, pag. 845.

(3) V. p. es. SCHIRMER, *Diritto ereditario*, § 7, pag. 99, nota 46.

tenuazione di formalismo. In realtà, trattandosi di atto da compiersi davanti al Pretore, la forma solenne può essersi concretata nella necessità di una domanda scritta o orale, in cui espressamente si facesse richiesta della *bon. possessio*, com'è indicato nella Parafrasi: « *da mihi hanc bonorum possessionem* ».

§ 333.

La domanda doveva essere fatta in Roma al Pretore, nelle provincie al Preside. Il magistrato provvedeva in modo diverso secondo i casi. Normalmente, quando si trattava di *b. possessio* contemplata in generale nell'editto, sulla richiesta della parte il pretore accordava senz'altro la *b. possessio* senza un particolare esame de' requisiti posti nell'editto, ma sotto la presupposizione della loro esistenza. Se per contro si trattava di alcuni casi speciali di immissioni provvisorie occorreva un'indagine formale da eseguire *in iure* coll'intervento del consiglio del magistrato e un particolare decreto di concessione. Donde la distinzione da noi altra volta accennata (1) fra *b. p. edictalis* e *decretalis*. La prima era accordata *de plano*, senza formale sessione, la seconda *pro tribunali*, colle formalità consuete (fr. 37, 1, 3, 8) (2).

Le costituzioni imperiali vennero gradatamente riformando questo procedimento. Nel 339 Costanzo disponeva « *ut apud quemlibet iudicem vel etiam apud duumviros qualiscumque testatio amplectendae hereditatis ostendatur* (c. 6, 9, 9). Qualcuno (3) ne deduce che dopo questa costituzione siasi introdotta la necessità della domanda in giudizio anche per la *gestio pro herede*. La verità è, che una tale estensione è contraddetta dalle fonti, che fino a Giustiniano escludono qualunque bisogno di dichiarazione giudiziale per la eredità. La portata della costituzione si concreta nell'estendere la competenza per accogliere la domanda a qualunque giudice, anche a' duumviri municipali e nel contentarsi della

(1) Parte I, § 30, pag. 41.

(2) Cfr. PERNICE, *Riv. per la fond. Savigny*, XIV, pag. 152 segg.; SOHM *Inst.*, pag. 199; MAYNZ, III, § 372, pag. 277 segg.

(3) Cfr. il FLACH, *La bon. poss. sous les empereurs romains* (1870), pag. 70 segg. citato dal LEIST, *Cont. dt Glück*, II, pag. 312 segg. Si esprime in modo alquanto incerto il MUIRHEAD, *op. cit.*, pag. 425. È vero che Giustiniano nella c. 5, 70, 7, 3 afferma che la *petitio bonorum Costantiniana lege sublata est*, ma solo nel senso che ora non occorre una richiesta, ma basta qualunque attestazione giudiziale.

dichiarazione fatta in qualunque modo *qualiscumque testatio*. La qual'ultima circostanza, come già accennammo, conferma che antecedentemente si esigeva una certa dichiarazione formale.

Vi sono alcuni scrittori (1) i quali ritengono, che nel diritto giustinianeo la *b. possessio* non doveva necessariamente chiedersi al giudice, ma che si ottenesse per la semplice dichiarazione in qualunque modo fatta, e che quindi non vi fosse più nel diritto ultimo alcuna differenza anche per questo riguardo fra la *hereditas* e la *bonorum possessio*. Ciò è vero per la Nov. 1 di Valentiniano III (anno 416), che espressamente dispensa dall'*agnitio* (2). Ma Giustiniano non accolse nel suo codice questa riforma. La c. 3, 9, 8, che si suole addurre, non fa che togliere la perentorietà del termine. E lo stesso § ultimo delle Istituzioni *de bonorum possessionibus* (3, 9), che sembra, nei termini generali con cui si esprime, escludere la necessità dell'*agnitio* giudiziale, riceve la sua giusta interpretazione dal richiamo delle costituzioni precedenti, fra cui quella di Costanzo, che, come dicemmo, non fa che togliere le forme solenni.

Il sistema della domanda giudiziale per l'ottenimento della qualità ereditaria, analogamente alla *agnitio b. possessionis*, è seguito, fra le legislazioni moderne, dal codice civile austriaco (3) il quale introdusse la c. d. ventilazione della eredità (*Verlassenschaftsabhandlung*). L'autorità giudiziaria, esaminate le circostanze, immette in possesso dell'eredità quello che è chiamato dalla legge o dal testamento (4).

§ 334.

Esaminate le varie figure di accettazione, occorre accennare in breve alla rinunzia. Un modo solenne di rinunziare alla eredità, in corrispondenza alla *cretio* non esisteva. La rinunzia si poteva qui effettuare col lasciare trascorrere il termine senza

(1) Cfr. Leist, *Cont. di Glück*, II, n. 52, pag. 314 segg. V. in contrario Schirmer, *op. cit.*, pag. 99 segg., nota 48.

(2) Cfr. anche la *interpr. ad c. Th.*, 4, I. 1: *cretio et bonorum possessio antiquo iure a praetoribus petebatur: quod explanari opus non est, quia legibus utrumque sublatum est.* V. Schrader, *Ad Inst.*, 3, 9, 7.

(3) Cfr. Filomusi-Guelfi, *op. cit.*, § 56 in f., nota 3, pag. 418.

(4) Sulle dispute cui ha dato luogo il sistema austriaco cfr. Filomusi-Guelfi *l. c.*

cernere. E questo è quel che si diceva *praetermittere, omittere hereditatem*. La rinunzia, espressa o tacita, fatta dal chiamato durante il termine della *cretio*, non gli faceva, del resto, perdere il diritto di accettare. Solo la decorrenza del termine produceva tale effetto (Gaio II, 168, 169). Del resto la rinuncia come l'accettazione può essere espressa o tacita. « *Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis* » (fr. 29, 2, 95). Naturalmente anche qui dovremo considerare come tacita dichiarazione di rinuncia quella derivante da fatti incompatibili colla volontà di essere erede. Le regole esposte per l'accettazione, valgono al riguardo anche per la rinunzia.

§ 335.

Accettazione e rinunzia sono in generale soggette a certi requisiti comuni a tutte le varie figure che siamo finora venuti esaminando.

L'accettazione e la rinunzia costituiscono dichiarazioni di volontà. Occorre dunque in prima linea che chi le pone in essere sia capace di volere. Sono per tal riguardo assolutamente incapaci il furioso e l'*infans*. Il furioso, siccome quello che non ha volontà — *furiosi nulla voluntas* (fr. 50, 17, 40) — non può conchiudere alcun negozio giuridico. « *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat* » (Gaio III, 106) ; — « . . *furiosus nullum negotium contrahere potest* » (fr. 50, 17, 5) ; « *furiosum . . . nihil agere natura manifestum est* » (fr. 44, 7, 1, 12). È facile intendere come logicamente si escluda anche la capacità del furioso ad accettare eredità (fr. 29, 2, 63).

Libro singulari regularum Pomponii Marcellus notat *Furiosus adquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non potest, nisi si necessarius patri aut domino heres existat : per alium autem adquiri ei potest, veluti per servum vel eum quem in potestate habet.*

Il furioso non può acquistare il beneficio che gli può derivare da una eredità. Ossia, anche quando l'eredità sia indubbiamente vantaggiosa, egli non può farne l'accettazione. Diventerà erede solo quando sia erede necessario del padre, se figlio di famiglia, o del proprio padrone, se schiavo. Qui l'acquisto ha luogo *ipso iure*, nè vi è possibilità di una astensione, che anch'essa esige

capacità di volere, come qualunque altra dichiarazione di volontà. « *Sin autem perpetuus furiosus sui iuris sit, tunc in paterna quidem hereditate, quae quasi debita ad posteritatem suam devolvitur, nulla est iuris veterum dubitatio, cum ilico apparet et* (1) *suus heres suis extat parentibus* » (c. 6, 70, 7, 2). Ma il furioso che riacquisti, anche temporaneamente (lucidi intervalli), la sanità potrà accettare l'eredità. « . . . *Sed ipsum furiosum, dum sapit, et hereditatem adire et omnia alia facere quae sanis hominibus competunt* » (c. 5, 70, 6). Il furioso non può nemmeno chiedere ed ottenere la *bon. possessio ordinaria* : anzi questa non gli è nemmeno deferita nel senso, che sino a quando egli è infermo di mente non decorrono i termini per richiederla. Tuttavia Giustiniano riferisce (c. 5, 70, 7, 3), che nell'antichissimo diritto gli *iuris auctores* erano profondamente discordi — *magnum habuere certamen* — sul punto se il furioso potesse « *adire hereditatem vel bonorum possessionem petere* ». Disputavano anche se il curatore potesse chiedere la *bon. possessio* nell'interesse del furioso. Pare che la negativa abbia sempre prevalso e Giustiniano stesso si pronunciò in tal senso. « *Sancimus furiosum quidem nullo modo posse vel hereditatem adire, vel bonorum possessionem agnoscere* » (c. cit.). Neppure fu ammesso che il curatore potesse chiedere per lui la *b. possessio* definitiva, ma, confermando e rafforzando quanto già era stabilito nel diritto classico (fr. 37, 3, 1), Giustiniano non solo permise, ma impose al curatore di chiedere la *bon. possessio* provvisoria « *quae antea ex decreto dabatur* ». Questa *bon, possessio* diventava definitiva se il furioso guariva : se moriva senza aver ricuperato la sanità della mente, e se, guarito, rifiutava la *b. possessio*, entravano le persone fin allora rimaste escluse.

§ 336.

Rigorosamente parlando non dovrebbe essere diversa la condizione dell'*infans* chiamato ad una eredità, rispetto alla quale non sia *necessarius*. Gaio (III 109) infatti osserva : « . . . *infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent* ». E questo pareggia-

(1) Il MOMMSEN, legge *quod*.

mento ritorna più volte nelle fonti, ma sopra tutto in un passo relativo alla capacità di acquistare l'eredità.

Paulus libro 2 *ad Sabinum* — fr. 29, 2, 9.

Pupillus si fari possit. licet huius aetatis sit, ut causam adquirendae hereditatis non intellegat, quamvis non videatur scire huiusmodi aetatis puer (neque enim scire neque decernere talis aetas potest, non magis quam furiosus), tamen cum tutoris auctoritate hereditatem adquirere potest: hoc enim favorabiliter eis praestatur.

Infans è quegli *qui fari non potest*, ossia, chi non ancora può correttamente parlare. Il limite non è precisato giuridicamente nel periodo classico e solo nel diritto giustinianeo, dopo che già per un caso speciale l'imperatore Arcadio (c. Th. 8, 18, 3) ne avea dato l'esempio, fu stabilito a' sette anni (1). L'incapacità di volere, esattamente parlando, vi è non solo per l'*infans* propriamene detto, ma anche per colui che è *proximus infanti*, come dice Gaio (l. c.) paragonando l'uno e l'altro al furioso. Ma colui che *fari potest*, sebbene non intenda la portata dell'atto che compie, fu trattato diversamente per ragioni di necessità pratica. Già Gaio, che pur lo paragona al furioso, ammette questo impubere a stipulare: «*nam si praesens sit et fari possit, etiamsi eius aetatis erit, ut non intellegat quid agat, tamen propter utilitatem receptum est recte eum stipulari*» (fr. 46, 6, 6). Ed ancora: «*Huic* (furioso) *proximus est, qui eius aetatis est, ut nondum intellegat, quid agatur: sed quod ad hunc benignius acceptum est: nam qui loqui potest, creditur et stipulari et promittere recte posse*» (fr. 44, 7, 1, 13). E lo stesso nel passo in esame ci dice Paolo relativamente alla accettazione della eredità. Qui, come da per tutto, si accentua il carattere singolare di questa decisione. Colui che può parlare, ma non intende la portata dell'atto, al pari del furioso e dell'*infans*, non può compiere alcun negozio giuridico nè da solo, nè *auctoritate tutoris*, perchè manca la volontà. L'*auctoritas* appunto suppone una volontà da integrare, non da sostituire. Ma per rendere possibili certi atti si ritenne, che bastasse la pronuncia delle parole perchè potesse intervenire il tutore. Anche ne' due passi di Gaio citati in ultimo, sebbene si affermi senz'altro la possibilità di *stipulari* e di *promittere*, si intende necessariamente che debba intervenire il tutore.

(1) Cfr. PERNICE, *Labeo*, I, pagg. 212 segg.; BUHL, *Salvius Julianus*, pag. 150 segg.; GIRARD, *Manuel*, pag. 192, 846; FERRINI, *Manuale di Pandette*, pag. 89.

§ 337.

La conseguenza logica portava naturalmente alla impossibilità di acquistare una eredità a favore dell'*infans*. Si sarebbe dovuto attendere che egli avesse potuto parlare per procedere a un tale acquisto. Ma in proposito fa grave difficoltà un passo di Meciano (libro 5 *fideicommissorum* — fr. 36, 1, 67 [65], 3).

Si pupillo infanti restituere hereditatem quis rogatus sit, si sponte adierit, etiam servo eius et ipsi pupillo tutore auctore restituetur hereditas : si quidem eo, quod fari non potest, non magis ea res impedietur, quam in muto pubere volente sibi restitui hereditatem. si autem heres recuset adire hereditatem, quemadmodum res expediri possit, difficile est, quia neque tutore desiderante periculo pupilli adiri hereditatem Trebelliano senatus consulto locus sit futurus neque pupillus ipse desiderare possit, cum fari non possit. quod aliquatenus circa mutos expediri potest, (nam) si auditus capaces sunt vel interrogati nutu possint significare velle se periculo suo hereditatem adire, quomodo absentes per nuntium. sed et infanti non dubito omnimodo subveniendum idque ex similitudine iuris civilis vel honorarii constituendum est : sive enim heres institutus esset, non dubie pro herede tutore auctore gerere posse videtur, sive de bonorum possessione agitaretur, peti ei per tutorem posset. ideoque et heres compelli per tutorem potest adire et restituere hereditatem.

Si tratta qui di un fedecommesso, di cui si grava l'erede a favore di un pupillo ancora *infans*. Si potrà, e come, fare la restituzione del fedecommesso all'infante ? Il passo distingue fra il caso in cui l'erede voglia e quello in cui non voglia accettare la eredità. Nel primo caso si ritiene che la restituzione possa farsi all'*infans* sia indirettamente, per via di uno schiavo suo, sia direttamente ad esso assistito dal tutore. Nel secondo caso, per contro, si trova difficoltà in ciò, che per costringere l'erede ad accettare occorre, secondo il senatoconsulto Pegasiano (così certamente scrisse Meciano, non com'è nel testo), che il fedecommessario assuma esso tutti i rischi che al fiduciario possono derivare dall'accettazione. Ora questa istanza non può essere fatta dallo *infans* perchè non può parlare, nè la può fare per lui il suo tutore. Pei muti, si soggiunse, quando possono udire, si provvede in-

terrogandoli e in tal caso basta un cenno d'assenso. Ma dovrebbe provvedersi anche a favore degli *infantes*, sull'analogia del diritto civile e del pretorio. Infatti indubbiamente l'infante può per diritto civile accettare l'eredità *gerendo pro herede* coll'intervento del tutore e per diritto pretorio può il tutore chiedere la *bon. possessio* per l'infante. Onde per mezzo del tutore si potrebbe anche qui costringere il fiduciario ad accettare l'eredità.

§ 338.

Come si vede Meciano affermerebbe qui la possibilità della accettazione tacita coll'intervento del tutore. Per tal modo si evita bensì l'ostacolo derivante dal *fari non posse*, ma non già quello dell'assoluto difetto di intelligenza. Ora se Gaio e Paolo per ammettere alla conclusione di un negozio giuridico il pupillo, che può parlare, ma per essere *proximus infantiae* non può intendere la portata dell'atto, accentuano il carattere singolare facendo ricorso alle necessità pratiche, come mai Meciano afferma in modo così reciso (*non dubie*) la possibilità di una *gestio pro herede* dell'infante vero e proprio, *auctore tutore*? E come mai Paolo nel frammento 9 da noi esaminato non ha accennato che l'*infans* era parificato all'*infanti proximus*? Questo passo ha sempre fatto difficoltà e gli scrittori ne accettano molto malvolentieri la conclusione (1). Il dubbio che i compilatori giustinianei l'abbiano manipolato può avere una certa parvenza di fondatezza per la sostituzione da essi fatta del Senatoconsulto Trebelliano al Pegasiano e per parecchi punti dove la forma si presenta sospetta, come p. e. l'*omnimodo* (2), lo *ex similitudine* (3), il *non dubie* così poco in armonia col semplice *videtur* e altri. Ed ancora mi pare assai importante per giudicare della genuinità del passo quanto esso dispone in ordine alla *bonorum possessio*. A stregua della affermazione «*sive de bonorum possessione agitaretur, peti ei per tutorem posset*», si dovrebbe ritenere che già a' tempi di Meciano il tutore potesse chiedere la *b. possessio* ordi-

(1) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, III, § 108, note u. v.; MÜHLENBRUCH, *Conl. di Glück*, XLII, pag. 434 segg.; LEIST, *ib.*, pag. 21 segg.

(2) Cfr. APPLÈTON, *Des interpolations dans les pandectes*, pag. 115, n. 86.

(3) Cfr. EISELE, *Contributi alla storia del dir. rom.* (1896), pag. 240, n. 13.

dinaria per il pupillo *infans*. Ora, per quanto il punto sia controverso, io sono d'avviso che questa possibilità si sia avuta solo assai più tardi. La c. 6.30. 18.2 del 426 dispone che se l'*infans* sia *sui iuris* il tutore possa « *etiam adhuc infante pupillo constituto nomine eius adire hereditatem sive vivo parente sive post mortem eius ad eum devolutam vel bonorum possessionem petere et eo modo eidem infanti hereditatem quaerere* ». Intendo che per riguardo all'acquisto della eredità questa costituzione possa considerarsi come una vera novità, perchè ammette una rappresentanza, che muta la condizione delle cose quale ci sarebbe riferita da Meciano, limitata cioè ad una *pro herede gestio tutore auctore*, ma per la *bon. possessio* non vi sarebbe innovazione di sorta, perchè la costituzione gabellerebbe per novità quel che Meciano ci dice ammesso indubbiamente a' suoi tempi. E si noti bene, che proprio come una novità la costituzione presenta questo punto, perchè quando ha voluto confermare l'antico diritto, come fa nel § 4, lo disse espressamente. Ciò lascia supporre che il passo di Meciano sia stato largamente rimaneggiato. Tanto più quando si pensi che solo dopo Costantino fu ammesso il padre ad accettare l'eredità lasciata al figlio suo *infans* posto sotto la sua podestà. È egli possibile che si sia consentito al *tutor* quel che non era permesso al padre? È ben vero che altri passi del Digesto parlano di acquisto della *bon. possessio* a favore dell'infante per via del tutore. Ma la *bon. possessio*, di cui è parola qui, è certamente una *b. possessio* provvisoria, analoga a quella che noi abbiamo visto accordata al curatore nell'interesse del furioso. Conseguentemente siamo d'avviso che il passo attribuito a Meciano abbia subito alterazioni per opera de' compilatori e che fino alla citata costituzione di Valentiniano nè fosse ammessa una rappresentanza dell'*infans* per via del tutore, nè fosse possibile un'accettazione anche tacita dell'*infans tutore auctore* (1).

§ 339.

Cessata l'infanzia, come fu già avvertito a proposito degli *infantiae proximi*, il pupillo può accettare l'eredità *tutore auctore* e non può acquistarla diversamente.

(1) Per i punti controversi a cui abbiamo accennato si vegga soprattutto LEIST, *Cont. dl Glück*, III, pag. 3 segg., pag. 19 segg.

Gaius l. 12 *ad edictum provinciale* — fr. 26, 8, 9, 3.

Hereditatem adire pupillus sine tutoris auctoritate non potest, quamvis lucrosa sit nec ullum habeat damnum (1).

Ulpianus libro 7 *ad Sabinum* — fr. 29, 2, 8.

More nostrae civitatis neque pupillus neque pupilla sine tutoris auctoritate obligari possunt: hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est, de ea autem hereditate loquimur, in qua non succedunt huiusmodi personae quasi necessariae.

I due passi si accordano nell'escludere un'accettazione del pupillo senza l'intervento del tutore. Ulpiano si ferma però a indicarne la ragione, la quale consisterebbe nell'incapacità in genere di obbligarsi, mentre è certo che coll'accettare l'eredità si contrae l'obbligo di pagarne i debiti e in genere si subentra anche nel lato passivo de' rapporti. La possibilità di un'eredità onerosa parrebbe quindi avere spinto ad esigere l'intervento del tutore. Ma Gaio afferma, che anche quando in fatto l'eredità sia vantaggiosa, e quindi non arrechi danno alcuno al pupillo, questi non può da solo accettarla. Osserva il Windscheid (2) in proposito che « non importa se nel caso conreto l'eredità arrechi o no danno: ma è decisivo che può arrecarne ». E la osservazione è giusta in tesi astratta, quando ci troviamo di fronte all'eredità in genere. Pericolosissimo sarebbe se si dovesse far dipendere la possibilità o no dell'acquisto senza tutore da un esame del caso concreto. Forse l'incapacità originariamente derivò da ciò, come congettura lo Schrader (3), che l'accettazione era un *civile negotium*, di cui il pupillo era incapace indipendentemente dall'assunzione di un obbligo (Ulp. XI, 27). Ma certamente nel concetto classico l'incapacità si collega all'assunzione di obblighi e alla natura estremamente aleatoria dell'atto, per cui si può dire quel che Modestino dice per altre persone, che, cioè, è da temere « *ne aut facile repudiando vel temere suscipiendo incognitam successionem* » il pupillo venga a soffrir danno. Per contro il pupillo deve sempre intervenire, nè può essere rappresentato dal tutore, per il carattere personale che l'atto aveva secondo il diritto civile,

(1) Cfr. 1, 1, 21, 1.

(2) *Pand.*, III, § 596, nota 2.

(3) *Ad Inst.*, I, 21, 1.

come diremo a suo luogo. Onde nella c. 6, 30, 5 gli imperatori Valeriano e Gallieno (anno 257) così stabilivano:

Potuit pupillus pro herede tutore auctore gerendo consequi successionem, sed ipsius actus et voluntas fuit necessaria. nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit adquirere.

§ 340.

Quanto si dice dell'accettazione vale anche per la rinunzia all'eredità. Il pupillo non può compierla da solo, ma se intervenga il tutore la rinunzia è pienamente efficace (c. 6, 81, 5).

Gli stessi principii valgono in generale per l'acquisto della *bonorum possessio.*

Ulpiano l. 1 *ad Sabinum* — fr. 37, 1, 7, 1.

Impubes nec bonorum possessionem admittere nec iudicium sine tutoris auctoritate accipere potest.

Idem l. 49 *ad edictum* — fr. 38, 9, 1, 4.

Tutor impuberis an repudiare possit bonorum possessionem, videamus. et magis est, ne possit: sed ille ex auctoritate tutoris repudiare potest.

Ma quanto alla *bonorum possessio* il diritto posteriore ammise eccezionalmente la richiesta del pupillo senza l'intervento del tutore. In proposito noi abbiamo il seguente importantissimo passo (c. 6, 9, 7) (1).

Pars epistulae Constantii et Maximiani AA. Severi et Maximini nobilissimorum CC. *Bonorum quidem possessionem pupilli nomine agnoscere tutorem potuisse aperte declaratur. Ipse autem pupillus bonorum possessionem sine tutoris auctoritate amplecti non potest, nisi etiam impuberi sine tutoris auctoritate hoc postulanti sciens hoc competens iudex dedit bonorum possessionem. tunc enim emolumentum successionis videtur praetorio iure quaesitum esse* (a. 305).

Sulla portata di questa costituzione vi sono state gravi dispute (2). Si è da qualcuno ritenuto (3), che già a' tempi di Paolo potesse il pupillo ottenere dal pretore la *b. possessio* senza inter-

(1) Cfr. degli stessi imperatori la c. 5, 42, 5, 1.

(2) Cfr. LEIST, *Bonorum possessio*, II, 2, 313 segg., ma v. ora LO STESSO, *Cont. di Glück*, II, pag. 27 segg.; KÖPPEN, *Sistema*, pag. 406 seg.

(3) LEIST, *Contin. di Glück*, II, pag. 22, nota 26.

vento del tutore. Il passo su cui si fonda questa opinione è il seguente.

Paulus l. 11 *responsorum* — fr. 37, 1, 15.

Paulus respondit petitionem matris solam non adquisisse filiae impuberi bonorum possessionem, nisi si is qui eam dedit evidenter voluit eam impuberi dare.

Ma la parte finale del passo è certamente interpolata (1), come appare dai notissimi indici d'interpolazione *nisi si* ed *evidenter*. Così che è sicuro che il diritto a quell'epoca non ammetteva questa eccezione. Ma io credo interpolata anche la costituzione 7 cit. Cominciano già ad essere dubbiose le parole *aperte declaratur*; poi il duplice *hoc*, così stranamente adoperato; ancora l'altro notissimo indice del *competens*, rilevato da quanti hanno studiato la tecnica delle interpolazioni, tanto più notevole qui perchè va congiunto a *iudex*; è sospetto anche lo *amplecti* (2). Quale sia però la innovazione che abbiano veramente apportato i compilatori è difficile a stabilirsi. Nella già citata costituzione di Valentiniano del 426 (c. 6, 30, 18, 4 in f.) noi troviamo ammessa la possibilità di una *petitio bonorum possessionis* al pretore da parte del pupillo, che « *non habeat tutorem* ». Che in base a questo i compilatori abbiano ammesso in generale, che, anche quando il tutore vi sia, il magistrato, previa *causae cognitio*, possa accordare *ex decreto* la *b. possessio* al pupillo, è assai verosimile. Certo la disposizione è in sè molto opportuna, perchè il pericolo di danno scompare quando la concessione della *b. possessio* è fatta al pupillo in base ad una accurata indagine del magistrato.

La cost. 7 citata, come dicemmo, ha dato luogo a dispute per un altro riguardo. Il Leist sosteneva, cioè, da prima che essa si riferisse solo al pupillo *infans* nella parte che ammetteva la rappresentanza da canto del tutore nell'acquisto della *b. possessio*. Ora egli si è ricreduto e ritiene che comprenda qualunque pupillo (3). A me sembra che egli avesse torto prima e che lo abbia anche ora. A mio avviso la C. 7 cit. parla solo del pupillo *infantia maior*. Infatti di questo soltanto si parla nel § 1, e siccome il discorso è unico,

(1) Cfr. GRANDENWITZ, *Interpolazioni*, pag 204.

(2) APPLÉTON, *Interpolations*, pag. 82, n. 63.

(3) Tale è pure l'avviso del WINDSCHEID, III, § 596, nota 16.

se ne deve conchiudere che così sia anche nella prima parte del passo. Noi abbiamo già visto come l'acquisto, che il tutore poteva fare in rappresentanza dell'*infans*, si limitasse alla *b. possessio* provvisoria. Che invece, scostandosi dal principio del diritto civile, si sia consentita la rappresentanza del pupillo *qui fari potest*, risponde alla evoluzione in materia di *b. possessio*, come meglio vedremo a suo tempo.

§ 341.

A gravi dispute ha dato luogo la capacità del *minor* XXV *annis* ad accettare un'eredità senza il consenso del *curator*. Da un canto la c. 6, 30, 12, degli imperatori Diocleziano e Massimiano (anno 294), afferma:

Puberem agnoscentem bonorum possessionem posteaquam ei fuerat hereditas delata, pro herede gerere non ambigitur.

Ossia, nel fatto che il minore ha richiesto la *bon. possessio* relativamente ad un'eredità deferitagli, si scorge un'indiretta accettazione della eredità, una *gestio pro herede*. Così che il minore viene ad acquistare la eredità. Dall'altro la c. 5, 37, 26 di Giustiniano, parlando della posizione in cui si trova il curatore di un minore, cui è deferita un'eredità in base ad un testamento, che il curatore ha diritto di impugnare come inofficioso, suppone necessario il consenso del curatore. Infatti ivi è detto del tutore o curatore:

Sive enim vel consensum ad adeundam hereditatem praestare pupillo vel adulto minime voluerit, ne ex hac causa sua iura aliquod patiantur praeiudicium, satis ei imminet periculum tutelae vel utilis negotiorum gestorum actionis, ne pupillus vel adultus utpote ex illius tarditate laesus litem ei ingerat: sive huiusmodi timore perterritus auctor fuerit pupillo vel adulto, aliud periculum emergebat: dum enim alii consentit, ipse sua iura perdit: videbatur enim confirmare matris suae iudicium, quod oppugnandum esse existimabat.

È naturale che ciò importi la necessità del *consensus* pel *minor*, come è necessaria l'*auctoritas* per l'*impubes*. I due casi sono posti sulla stessa linea. Se il consenso non fosse stato necessario, il pericolo si sarebbe facilmente evitato facendo accettare il minore da solo. Gli scrittori antichi e recenti sono assai discordi

sul modo con cui si debbono mettere d'accordo questi passi. Vi ha chi distingue fra minore avente curatore e minore che non ne ha. Il primo non potrebbe accettare l'eredità, il secondo sì, salva la *restitutio in integrum* in caso di eredità dannosa (1). Altri per contro danno la prevalenza alla c. 12 di Diocleziano (2). Altri vogliono che nella c. 12 si sottintenda l'assistenza del curatore, per il caso almeno in cui il minore ne abbia (3). Vi è chi riconosce la divergenza fra i due passi e o ne assegna la ragione ad un mutamento di diritto (4) o, senza preoccuparsi della ragione, afferma, che la c. 12 non può prevalere (5). Infine alcuni sostengono, che il minore, accettando da solo l'eredità, compie un atto in sè formalmente valido, ma che lo diventa anche materialmente quando sia intervenuto il consenso del curatore (6).

§ 342.

I frammenti di Autun, di cui non si è abbastanza ancora valutata l'importanza per la conoscenza del diritto romano, ci danno un nuovo e, a quanto parmi, rilevante sussidio per la soluzione della nostra quistione. I § 26 sq. infatti così suonano:

« *Vel extraneus ut adierit hereditatem, potest in integrum restitui, ut postea abstineat. nam si minor sit XXV annorum, habet generale beneficium in integrum restitutionis, quod pollicetur praetor huius aetatis hominibus. nam minores XXV annorum . . . qui sic possunt circuiri. . . magno per aetatis imbecill . . . enoreturi* (?) *in damno, isti minori pollicetur praetor generaliter in integrum restitutionem, ut si quid perperam minor gesserit in integrum restituatur. interdum perperam vendit rem suam: potest restitui a praetore vel a praeside si ostendat se minorem. — Ergo sicut ceteris subvenitur in ceteris causis, in integrum restitutionis auxi-*

(1) Cfr. Köppen, *Sistema*, pag. 409; Maynz. III, § 356, nota 17, pag. 186 (dubitativamente); Mühlenbruch, XLII, pag. 337, 439 segg.

(2) Marezoll, *Riv. pel. dir. e per la proc. civ.*, II, pag. 420 seg.; Rudorff, *Diritto di tutela*, II, § 123, pag. 286, nota 11, il quale attribuisce la menzione del consenso nella c. 26 a spensieratezza di Giustiniano.

(3) Köppen, *Trattato*, § 12, pag. 125.

(4) Girard, *Manuel*, pag. 846, nota 2.

(5) Windscheid, III, § 596, nota 3.

(6) Leist, *op. cit.*, pag. 32. Cfr. Arndts, *Scritti civili*, II, pag. 12 nota 75.

lium meretur minor, si ignarus damnosam hereditatem inconsiderate adierit, potest dicere : si maior essem, prius deliberassem, prius quaesissem nec hereditatem adiissem ; modo per inconsultam aetatem temere adii. peto in integrum restitui. hoc, quod dicit extraneus, potest minor suus uti (1) *si temere se miscuerit bonis paternis* » (cfr. § 33 eod.).

Di fronte a questo passo a me sembra innegabile, che il minore potesse da solo accettare l'eredità ancora nel quarto secolo. La c. 12 riceve piena conferma. Il modo di esprimersi del commentatore di Gaio ci presenta un minore, che fa ricorso alla inesperienza sua per domandare la *in integrum restitutio.* Ciò richiama subito alla mente la c. 2, 21 [22], 3 di Diocleziano (a. 293), che fa distinzione fra il minore che ha curatore e quello che non lo ha. Quest'ultimo agisce formalmente in regola, ma è restituito in intero se soffra danno ; il primo può invece obbligarsi solo coll'assenso del curatore. È vero che la c. 3 si riferisce ai contratti: ma la decisione del caso pratico è in quel rescritto fondata evidentemente sopra una norma generale. La quale per l'accettazione della eredità trova la sua conferma da un canto nella c. 12 e nel § 27 dei frammenti di Autun, e dall'altra nella c. 26 di Giustiniano. Certo la capacità di agire del minore si è venuta mano a mano modificando. Ma sotto Diocleziano la distinzione fra il minore fornito di curatore e quello che non ne è fornito ha avuto già la sua espressione pratica. E poichè anche sotto Giustiniano non vi è in genere obbligo di assumere curatore, e quindi in fatto si avverano le due diverse posizioni del minore, e d'altra parte le due leggi del Codice si attagliano benissimo a queste posizioni, non vi è ragione per andare cercando contraddizioni insussistenti e, per conciliarle, sottigliezze inutili. Che nello stesso modo si debba distinguere anche riguardo alla *petitio bonorum possessionis* non pare dubbio. Se poi il curatore da solo possa accettare l'eredità civile o pretoria è questione che esamineremo fra poco a proposito della rappresentanza.

§ 343.

Altro punto assai controverso è se il prodigo possa da solo accettare un'eredità a lui deferita o se occorra il consenso del

(1) *Dicere* Ferrini.

suo curatore. La questione è trattata nel seguente passo di Ulpiano (l. 1 *ad Sabinum* — fr. 29, 2, 5, 1), che ha dato e dà luogo a gravi dispute.

Eum, cui lege bonis interdicitur (1), *institutum posse adire hereditatem constat.*

Guardando isolatamente al testo se ne dovrebbe conchiudere senz'altro, che il prodigo istituito erede può certamente accettare l'eredità. Ma una tale conclusione offre il fianco a gravi obbiezioni. La posizione giuridica del prodigo è variamente esposta nelle fonti. Nel fr. 50, 17, 40 Pomponio (l. 34 *ad Sabinum*) pone sulla stessa linea il prodigo e il furioso.

Furiosi vel eius, cui bonis interdictum est, nulla voluntas.

Ulpiano (fr. 45, 1, 6), nello stesso primo libro *ad Sabinum*, cui appartiene il cit. fr. 5 § 1, paragona anch'esso il prodigo al furioso.

Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso.

A questa stregua l'interdetto per prodigalità si troverebbe nella condizione del pupillo *infantia maior*, che può migliorare da solo la condizione patrimoniale, ma non già obbligarsi. Ma la conclusione non è troppo coerente colla premessa. Se il prodigo è nella stessa condizione del furioso, come può in generale conchiudere un negozio giuridico? Vuol dire che quanto all'obbligazione sua il prodigo non fa atto più valido di quel che possa farlo il furioso. Ancora lo stesso Ulpiano nello stesso libro afferma (fr. 46, 2, 3):

Cui bonis interdictum est, novare obligationem suam non potest, nisi meliorem suam condicionem fecerit.

Altra volta (2) ho cercato di dimostrare che la parte finale del passo è opera de' compilatori, e che pel principio generale, che il prodigo non può obbligarsi, Ulpiano nega la sua capacità di novare. Ma anche preso il passo com'è, ci afferma che il prodigo ha una limitata capacità di obbligarsi.

Ora tutti questi passi, che paragonano il prodigo al furioso, o sia pure all' impubere *infantia maior*, mal si accordano colla

(1) *Heredem* inserisce il correttore ordinario del ms. Fiorentino.

(2) *Lezioni sul negozio giuridico* raccolte dall'avv. L. Ferrara, pag. 148 segg.

affermazione così recisa del fr. 5 § 1, che pare accerti l'illimitata capacità del prodigo ad accettare da solo un'eredità. Onde le gravi dispute degli scrittori a questo proposito. Da un canto si guarda al testo ulpianeo nella sua lettera e si afferma che il prodigo può adire l'eredità senz'uopo del consenso del curatore. Alcuni affermano ciò senz'altro, pur rilevando la anomalia (1). Altri cercano di rendersi ragione della eccezionale capacità riconosciuta al prodigo. Il von Suerin (2) così ragiona in proposito: « *Existimo autem rationem cur prodigo etiam sine curatore facultas sit adeundae hereditatis, in eo consistere, quod cogi non possit iure ad obediendum curatori, nec tamen curator solus adire possit: quia nec tutor si fari possit pupillus, adire solus potest.* l. potuit 5 c. de iure delib. *Et contra igitur volentem adire prodigum nec impedire potest: absurdum est enim eum vetare posse, qui non potest iubere.* et eius est nolle, qui potest et velle. l. eius 3 D. de reg. iuris l. Pater Severianam 101 D. de cond. et demonstr. ». — Il Windscheid (3) osserva, che la qualità per cui il prodigo viene interdetto, offre appunto un ben lieve pericolo quanto all'accettazione o al ripudio dell'eredità (4). Più vagamente, ma nello stesso senso, si manifesta il Rudorff (5) quando afferma che la accettazione dell'eredità non è interdetta al prodigo « nè dalla lettera nè dallo spirito dell'interdizione ». Il Dernburg (6) in un posto assume senz'altro essere il prodigo capace di adire personalmente un'eredità; altra volta invece (7), dopo avere accennato che il prodigo

(1) Cfr. p. es. WENDT, *Pand.*, § 366, pag. 841, nota 6; BARON, *Pand.*, 9ª ed., § 419, pag. 731, nota 3; GIRARD, *Manuel*, pag. 218, 816, nota 2; MAYNZ, III, § 457, nota 14, pag. 191, § 396 nota 59, pag. 418.

(2) *Repet. lectiones iur, civ.*, capo XLI in OTTO, *Thesaurus*; IV, pag. 85 segg.

(3) *Pand.*, III, § 596, nota 4. Egli cita nello stesso senso il SINTENIS, III, § 183 nota 11 in f. Ma a mio avviso questa citazione non è sicura. È vero infatti che il SINTENIS in quel punto accenna alla capacità del prodigo di accettare l'eredità, ma anzitutto non adduce alcuna ragione e d'altra parte rinvia al vol. I, § 17, nota 38, dove la capacità del prodigo di accettare, come quella di novare, viene limitata dal vantaggio che egli deve trarre dall'atto.

(4) Nello stesso senso ZRODLOWIKI, *Dir. priv. romano*, I, § 37, nota 21 pag. 270, II, § 63, pag. 278 e nota *h*, pag. 289 segg; APPLETON, *Le fou et le prodigue* in *Revue générale*, 1893, pag. 256 segg.: FERRINI, *Manuale*, n. 771, pag. 959.

(5) *Diritto della tutela*, I, § 17, pag. 140.

(6) *Pand.*, III (5ª ed.), § 161, pag. 327.

(7) *Pand.*, I (6ª ed.), § 57, pag. 128 segg.

interdetto è capace di acquistare da solo, non di peggiorare la propria condizione patrimoniale, afferma, che « in proposito si poneva mente al carattere complessivo dell'atto. Onde potevano i prodighi adire eredità vantaggiose, sebbene essi per tal modo venissero a sobbarcarsi agli obblighi ereditarii; essi possono persino novare obbligazioni, se questa novazione torna a loro vantaggio ». Questa limitazione è del resto in molti scrittori. Tale è l'avviso del Savigny (1), il quale osserva, che se si guarda alla forma dell'atto (che fa tanta difficoltà appunto nell'adizione dell'eredità) l'interdetto è capace, e se non lo fosse non lo diventerebbe certo pel *consensus* del curatore, che non ha la efficacia dell'*auctoritas tutoris*. Ma materialmente l'atto può essere invalido, se l'eredità è dannosa. Che tale non sia il caso potrebbe accertarsi solo coll'intervento del curatore (2). Altri per contro ritengono, che nel fr. 5 § 1 si debba sottintendere l'assenso del curatore. Tale è l'opinione prevalente presso gli antichi. Il Pothier (3), ad esempio, a proposito del passo soggiunge: « *cum consensu curatoris scilicet* ». Il Mühlenbruch (4) sostiene, che Ulpiano non vuol dire già che il prodigo può per sè acquistare credità, ma solo rilevare la differenza, che in proposito ha luogo tra il prodigo e il furioso, mentre spesso questi due nelle fonti vengono posti a paro. Gli atti del furioso non hanno alcuna importanza, il prodigo invece può almeno agire *consensu curatoris* come l'impubere *auctoritate tutoris* (5).

---

(1) *Sistema*, III, § 112, nota u.

(2) Cfr. Czyhlarz, *Inst.*, 2ª ed., pag. 71; Leonhard, *Inst.*, pag. 20 nota 4, pag. 238, nota 2; Bruns, *Frammenti di pandette* in *Scritti minori* II, pag. 471; Ubbelohde, *Riv. di Grünhut*, IV, p. 676; Brinz, *Pand.*, 3ª ed., I, § 54, pag. 207, nota 13.

(3) *Pand. Iustin.*, XXIX, 2, 32, nota 1.

(4) *Op. cit.*, XLII, pag. 432 segg.

(5) Cfr. Köppen, *Trattato*, § 12, pag. 126. Nel *Sistema*, pag. 409 segg. egli aveva sostanzialmente sostenuto lo stesso avviso, però accentuava maggiormente la validità formale dell'adizione fatta dal prodigo, richiedendo il consenso del curatore solo per gli obblighi consequenziali all'accettazione. È questa più decisamente la opinione del Leist, III, pag. 68 segg., sebbene egli (nota 81 in f.) citi a torto come contrario il Köppen. Sottintendono il consenso del curatore Schulin, *Storia del dir. rom.*, § 49 pag. 199, nota 2, Accarias, *Précis de dr. rom.*, I, (4ª ed.), pag. 935, nota 2.

§ 344.

Una particolare menzione merita la congettura proposta recentemente dal Kipp, in una elaborata recensione della *Palingenesia* del Lenel (1). Il Kipp prende a studiare la disposizione del 19 passi del 1° libro di Ulpiano *ad Sabinum* accolti nel Digesto, proposta dal Lenel e dal Voigt (2) e ne propone a sua volta un'altra. Nel valutare i singoli frammenti egli osserva, che mentre dell'acquisto e della perdita della eredità Ulpiano si occupa lungamente nei libri VI-IX, vi sono qui alcuni passi che appunto trattano della capacità di acquistare l'eredità. Scostandosi dai ripieghi, cui fanno ricorso il Voigt e il Lenel per rendersi ragione di questi passi, che si presentano quasi come spostati, egli cerca di dare a tali frammenti un senso diverso. In particolare così fa pel fr. 5 § 1. Egli comincia dall'osservare, che Ulpiano non parla di capacità ad accettare qualunque eredità, ma una eredità testamentaria (*institutum*). Forse che sarebbe meno capace di accettare un'eredità legittima? Il Kipp vuole che si richiami la definizione data da Terenzio Clemente nel fr. 50, 17, 151: « *delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi* ». Da questa risulterebbe che la proposizione « alcuno può accettare una eredità » in bocca ad un giurista romano potrebbe anche significare: « è avvenuta una delazione giuridicamente efficace a favor suo ». Conseguentemente il fr. 5 § 1 di Ulpiano può essere inteso in questo senso: « l'istituzione di un prodigo è valida, egli è capace di essere istituito », e la questione della sua capacità di agire allora, come nella definizione di Terenzio Clemente, non verrebbe affatto considerata.

Segue un altro indirizzo l'Audibert (3), il quale parte dal supposto, già messo innanzi dall'Ubbelohde (4), che l'interdizione per prodigalità nel diritto romano sia stata di due specie. La legge decemvirale, accettando il portato dei *mores*, avrebbe dichiarato l'interdizione di coloro che disperdono i *bona paterna*

(1) *Riv. crit. trimestrale*, XXXIII, pag. 567 segg.

(2) Nel suo *Sistema di Elio e di Sabino*.

(3) *La folie et la prodigalité*, pag. 211 segg., 224 segg., 237.

(4) *Op. cit.* Anche il Ferrini, *Manuale*, pag. 995 segg. ammette la duplice specie d'interdizione, ma trova che le conseguenze sono identiche per entrambe.

avitaque. Curatori sarebbero stati gli agnati, nell'interesse de' quali, per la conservazione del patrimonio familiare, l'istituto sarebbe stato introdotto. A questa stregua non si sarebbe potuto parlare d'interdizione se non vi fossero stati agnati o gentili, se il prodigo non avesse ereditato ab intestato i *bona paterna avitaque*. Il decreto del pretore, che pronunciava l'interdizione, supponeva espressamente il verificarsi di questi requisiti. È facile intendere come per tal modo dovevano restare fuori tutti quei prodighi, che non avevano famiglia civile e patrimonio familiare. Ad essi sarebbe stato completamente lecito lo sprecare tutto. Ma poi si sarebbe riconosciuto che l'interesse pubblico sarebbe rimasto offeso. Il pretore, seguendo le idee dei prudenti, avrebbe provveduto egualmente partendo dal supposto che la prodigalità era una forma di alienazione mentale. Egli perciò si credeva autorizzato a nominare un curatore, ma senza pronunciare formale decreto d'interdizione, perchè la formola di questo conteneva appunto i requisiti che qui mancavano. Tutto ciò spiegherebbe perchè le fonti parlino talora di « *is cui bonis* lege *interdicitur* », tale altra semplicemente di « *is cui bonis interdicitur* ». Dati questi presupposti l'Audibert ritiene che il fr. 5 § 1 si applichi solo a quelli che sono interdetti *lege*, la capacità dei quali è salva in via di principio e trova restrizione solo quanto ai *bona paterna avitaque*. Il prodigo qui assumerà bensì gli obblighi ereditari, ma questi non potranno essere fatti valere sui beni familiari. Il *commercium* era interdetto solo per questi beni, se no come sarebbe stato possibile parlare di capacità del prodigo ad essere istituito erede, poichè tale capacità suppone l'esistenza del *commercium* ? Per contro gli altri prodighi non solo non avrebbero potuto accettare da soli, ma neppure col consenso del curatore, perchè essendo assimilati a' *furiosi* erano assolutamente da considerare come incapaci di volere.

Infine il Lenel (1) congettura che originariamente il testo ulpianeo fosse concepito in questi termini: « *eum cui lege bonis interdicitur, cum cretione institutum posse cernere constat* ».

§ 345.

Il problema non è certo de' più semplici, perchè si complica con molte altre questioni storiche e dogmatiche e perchè le fonti

(1) *Il sistema di Sabino* (pag. 20, n. 2).

si presentano incerte e contraddittorie. In prima linea ritengo infondata l'esistenza di due diverse specie di prodigalità, anche se non si pretenda trarne le conseguenze volute dall'Audibert. Il richiamarsi alla formola della interdizione per sostenère, che questa originariamente supponesse che il prodigo avesse beni famigliari e ricevuti come tali, quindi come *heres suus*, mi pare esagerato. Perchè si trascura l'altra parte della *formola*: « *liberosque tuos ad egestatem perducis?* ». Bisognerebbe sostenere che chi non ha figli potesse sprecare impunemente. Il diritto degli agnati non verrebbe contemplato nella formola. Non è infatti compreso tacitamente nell'indicazione della qualità dei beni perchè altrimenti sarebbe stato inutile l'accenno a' figli. Se invece si pensi che la formola accenna al caso normale, rilevando l'importanza de' beni che costituiscono la parte fondamentale del patrimonio del cittadino, e l'interesse della discendenza, si intenderà subito come la interdizione dovesse comprendere tutta l'attività patrimoniale. Malgrado le forti ragioni di dubbio sulla genuinità della formola, certamente essa interdiceva dal *commercium* in generale, come del resto risulta da altre notizie (Ulpiano XX 13). Come si può quindi ammettere quella figura limitata? A mio avviso (1) la spiegazione più naturale delle diverse testimonianze delle fonti è la seguente. La legge decemvirale non parlava del prodigo. Ed è ben strano supporre in un ambiente così severo come l'antico romano una tal frequenza di casi di prodigalità da richiedere l'intervento di una legge così gravemente lesiva della libertà del cittadino. Come del resto è strana la supposizione di fronte alle moderate ricchezze romane di quei tempi. L'istituto deve essere sorto in tempi più recenti, quando più crebbe la ricchezza e quando più furono rilassati i costumi. La pubblica opinione deve allora essersi mostrata allarmata. Il pretore intervenne qui nel senso che, ponendo a paro il prodigo col furioso, lo dichiarava con suo decreto interdetto e soggetto a curatela. Ciò spiega perchè nei più antichi si trovi spesso l'equiparazione dei due incapaci, e perchè talora l'interdizione si riferisca alla legge decemvirale. Eliminata la distinzione fra diverse specie di prodighi, cessa ogni ragione di riferire

(1) Non posso estendermi nel dimostrare il mio modo di vedere in proposito. Qualche accenno si può vedere nelle citate *Lezioni sul negozio giuridico*, pag. 144 segg.

ad essa la spiegazione del nostro passo. Prendendo poi in esame il passo in sè stesso, osservo che originariamente il prodigo non poteva avere la capacità di essere istituito erede. Infatti nel testamento *per aes et libram*, quale si manifesta nella prima sua forma, il prodigo avrebbe dovuto figurare come *familiae emptor*. Ora se gli è interdetto il commercio come può partecipare ad una *mancipatio?* Ulpiano (XX 13) per spiegare l'incapacità del prodigo a far testamento dice: « *quoniam commercio illi interdictum est et ob id familiam mancipare non potest* ». E lo stesso Ulpiano, nello stesso libro 1 *ad Sabinum* (fr. 28, 1, 18 pr.) dichiara il prodigo incapace di testare « *cum neque testamenti factionem habuerit* ». Or come alla *mancipatio* avrebbe potuto partecipare il prodigo nella qualità di *familiae emptor?* L'Appleton (1) osserva da un canto, che questa incapacità dovrebbe limitarsi a' tempi antichissimi, dall'altro che nemmeno allora era preclusa la possibilità di onorare il prodigo, in quanto poteva intervenire per lui un figlio o uno schiavo. Ma quanto all'ultima ragione noto che le persone soggette a podestà mutuano la loro capacità dall'avente podestà, nè possono mutuarla da chi non l'ha. Quanto alla prima è da rilevare, che se fino agli ultimi tempi si afferma che il prodigo non ha la *t. factio*, la incapacità di ricevere per testamento deve essere durata ben più oltre di quel primo periodo. Ma naturalmente anche quando la capacità di succedere fu ammessa, il residuo dell'antica idea doveva far ritenere necessario il rilevare espressamente la possibilità della istituzione. Non sarei quindi alieno dal ritenere col Kipp, che il fr. § 1, per la posizione che occupa nel commentario ulpianeo, si riferisse alla capacità di essere istituito. Il passo per tal modo non toccherebbe la questione della capacità di accettare.

§ 346.

Resta ad ogni modo da esaminare se proprio, indipendentemente dal passo, possa risolversi la questione della capacità del prodigo ad adire un'eredità. Il dubbio sorge da ciò che il prodigo talora è paragonato al pupillo *infantia maior* (fr. 45, 1. 6), tale altra al minore sotto curatela (c. 2, 21 [22], 3): dal che deriverebbe necessariamente l'intervento del curatore. O si parta

(1) *Op. cit.*, pag. 257.

del resto dal punto di vista della mancanza del commercio o da quello della assimilazione al furioso, l'accettazione di un'eredità per parte del solo prodigo è un assurdo. Dato però il paragone con quelli altri incapaci s'intende che il prodigo possa accettare, ma col curatore. Bisogna por mente appunto che il prodigo per la sua interdizione si riannoda al furioso, per capire come si sia dovuto porre in rilievo che malgrado ciò egli può agire. Ma dal dire che può agire non deriva senz'altro che possa agire da solo. Anche se il fr. 5 § 1 si riferisca alla adizione, non autorizza a ritenere inutile l'intervento del curatore. Il passo è da interpretare in relazione a tutti i testi che contemplano la capacità del prodigo. Come si può affermare che il prodigo si obbliga da solo verso i creditori ereditarii, se in genere si dice che non può obbligarsi senza l'intervento del curatore ? Invano si dice che lo scopo dell'interdizione vien meno qui, perchè la mania dello spendere non è in relazione colla accettazione di un'eredità. « L'avere una funesta tendenza a spendere oltre il dovere non prova che si sia tanto ciechi da accettare un'eredità oberata : ciò non sarebbe affatto una conseguenza del vizio della prodigalità », scrive il Ferrini (1). Ma parmi che la relazione fra la mania spendereccia e l'adizione non manchi. Il prodigo può, appunto per la sua tendenza, essere avido di acquistare a fine di avere mezzi per soddisfare alle sue brame. Ciò può trarlo a passar sopra ad una indagine accurata delle condizioni dell'eredità, pensoso com'è solo di prendere, salvo a provvedere dopo al pagamento dei debiti. Ad ogni modo una mente così squilibrata può dare guarentigie di serietà in un affare così grave ? Ecco perchè non credo che vi sia ragione per derogare qui al principio che il prodigo può vincolare gli altri a sè, ma non sè agli altri. Per me basta il riflesso, che il prodigo non può obbligarsi. Onde nè può giovare la congettura del Lenel, nè quella del Savigny. Non la prima, perchè sempre vi è l'obbligo del prodigo e perchè d'altra parte, essendo il prodigo parificato al pupillo, non può compiere in genere un *civile negotium* (Ulpiano XI, 27), com'è certo la *cretio*. Non la seconda, perchè il far dipendere la validità dell'adizione dall'essere l'eredità vantaggiosa, non toglie che si venga a vincolare il prodigo verso i creditori. D'altra parte mai le fonti fanno dipendere

(1) *Op. cit.*, pag. 959.

la validità del negozio del prodigo dal vantaggio, fuorchè nel fr. 46, 2, 3, che, come dicemmo, è fattura dei compilatori giustinianei. In conclusione per noi il prodigo non può da solo accettare l'eredità, nè chiedere, naturalmente, la *bonorum possessio* se non coll'assenso del curatore. Se questo possa in proposito rappresentarlo, è questione che esamineremo fra poco.

§ 347.

Quando un'eredità sia deferita a persone soggette all'altrui podestà, l'accettazione può essere fatta solo da tali persone, ma coll'assenso dell'avente podestà.

Gaio, II, 87.

Igitur quod liberi nostri quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur; ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. Et ideo si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest; et si iubentibus nobis adierit, hereditas nobis adquiritur proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus.

Ulpianus l. 6 *ad Sabinum* — fr. 29, 2, 6 pr. (cfr. *reg.* XIX, 19).

Qui in aliena est potestate, non potest invitum hereditati obligare eum in cuius est potestate, ne aeri alieno pater obligaretur.

La eredità è deferita al figlio od allo schiavo: ma, secondo il concetto romano primitivo, non solo lo schiavo, ma il figlio di famiglia era incapace di avere beni propri. D'altra parte, come noi abbiamo altra volta notato (1), se il vantaggio di qualunque acquisto spettava al capo della famiglia e da lui si misurava la capacità di succedere della persona soggetta a podestà, l'eredità per ogni altro riguardo era considerata come data a questa persona. Onde due diritti, se così si può dire, debbono essere posti in armonia. Il capo di famiglia, dovendo in definitiva restare erede ed essere vincolato pei debiti ereditari, non poteva essere obbligato contro volontà. Quindi la necessità dello *iussus*, che

(1) V. Parte I, § 129 segg., pag. 167 segg.

non significa già comando, ma incarico di fare quel che il capo vuole si faccia e corrisponde sostanzialmente al mandato conferito a persona libera. Appunto perchè, come dice Gaio, « *hereditas nobis adquiritur proinde atque si nos ipsi heredes essemus* » occorre che noi vogliamo diventare eredi « *ne aeri alieno pater obligaretur* », secondo nota Ulpiano. Ed appunto per la stessa ragione l'atto di acquisto attribuisce direttamente l'eredità al capo di famiglia, *confestim*, nè si ferma per un solo istante « *in persona eius per quem adquiritur* » (fr. 29, 2, 79), che altro non è se non organo di acquisto. Lo *iussus* doveva precedere se trattavasi di acquisto della eredità, mentre per la *agnitio bonorum possessionis* bastava anche la ratifica posteriormente fatta (fr. 36, 1, 67 [65] pr. ; fr. 29, 2, 6 § 1, 25 § 4). Doveva essere speciale, ossia riferirsi ad una particolare eredità, presente alla mente dello *iubens* (fr. 29, 2, 25, 5) e perdurare fino al momento dell'effettiva adizione, cosicchè questa non aveva alcuna efficacia se il capo avesse revocato lo *iussus* o fosse divenuto furioso (fr. 29, 2, 25 § 14, 47). — Ma il soggetto a podestà è il chiamato effettivamente : onde per il carattere personale della delazione è egli che deve compiere l'atto dell'accettazione. La sua resistenza passiva non può, a rigore, essere vinta dal capo con mezzi giuridici. Certamente il figlio non può compiere un atto positivo di rinuncia senza il volere del padre, come nol può il padre ove non consenta il figlio (fr. 29, 2, 13, 3), ma l'astensione del figlio può condurre allo stesso risultato. Appunto perchè la delazione è a beneficio del soggetto a podestà, essa segue la sua persona e torna a diretto vantaggio di questa se diventi *sui iuris* o a vantaggio del nuovo titolare nella cui podestà si trovi nel momento dell'acquisto effettivo, purchè, ben inteso, dia lo *iussus* (Gaio II, 188-189).

§ 348.

Questo è il portato logico e rigoroso dell'antico diritto. Le necessità pratiche hanno imposte delle deroghe già per il diritto classico, ma sopra tutto le costituzioni imperiali degli ultimi secoli trasformarono gradatamente questo stato di diritto del quale, per rispetto a' figli, ben poco restava più al momento in cui Giustiniano compilava le sue raccolte. Quanto alla potestà del capo fu ammesso che questi diventasse erede « *si . . . pro herede vo-*

tuntate filii gesserit » (c. 6, 30, 4). Così che è ancor vero che « *in bonorum possessione vel in adeunda hereditate consensus eius (servi vel filii) necessarius est* » (fr. 36, 1, 67 [65]. pr.), ma l'atto è direttamente posto in essere dal padre. Ed ancora se il padre possegga *diu* l'eredità deferita al figlio, sebbene questi *non adierit*, si ritiene acquistata l'eredità al padre (fr. 29, 2, 6, 3), appunto perchè si suppone che ciò avvenga coll'assenso del figlio. E, sempre derogando al principio generale, il pretore ammise il padre a *petere bonorum possessionem filii nomine* (fr. 29, 4, 21), ma, s'intende, purchè non dissenta il figlio. E per contro il fatto che « *filiusfamilias delatam sibi hereditatem per longum tempus detinuit, eo ipso utpote agnita hereditate patri suo eius commodum adquisiisse videtur* » (c. 3, 31, 10). Il figlio agisce senza *iussus* del padre, ma la circostanza che il possesso fu tenuto *per longum tempus* rende incredibile che il padre non ne sapesse. La tolleranza del padre tien luogo dello *iussus*. Nè è lecito sottintendere lo *iussus* qui perchè altrimenti non sarebbe occorsa una gestione durata a lungo, ma sarebbe bastato un solo atto di gestione per vincolare il padre. E in questa via si è andati più oltre. Si sa che il figlio di famiglia non poteva originariamente succedere *ab intestato* ad altri che al padre. Il primo caso di eccezione è quello della successione alla madre in base al SC. Orfiziano. Orbene quanto alla successione ne' beni della madre non occorre lo *iussus* precedente del padre, ma basta — come per la *bon. possessio* — la successiva ratifica (fr. 29, 2, 6, 2). — Deroghe a' principî generali si hanno pei casi in cui il capo di famiglia o il soggetto a potestà fosse incapace d'agire. Se il padre era furioso, il figlio poteva senz'altro accettare l'eredità (fr. 29, 2, 52). Nel caso di incapacità del figlio il diritto civile cominciò a recedere dal rigore normale, qui come per i pupilli, ammettendo a far atto di accettazione l'*impubes*, che può bensì parlare, ma non intende l'importanza dell'atto che compie « *licet consilii capax non fuerit* » (fr. 29, 2, 8, 1). Lo *iussus* del padre bastava a tor di mezzo ogni dubbio, meglio che nel caso di un pupillo non servisse l'*auctoritas tutoris*. Qui infatti è il padre che diventa erede e il suo *iussus* è decisivo. Ma non si può dire lo stesso quanto all'*infans*, perchè manca ogni notizia in proposito. Anzi indirettamente noi abbiamo la prova del contrario nel fatto che neppure il pretore accordò al padre il diritto di chiedere la *bonorum possessio* ordinaria per il figlio *infans*, ma,

come pel *curator furiosi*, gli concesse di domandare una *b. possessio* provvisoria, che veniva accordata per decreto, previa *causae cognitio* (fr. 37, 3, 1) (1). La *b. possessio* ordinaria non è in questione. Il termine per essa accordato essendo utile, non decorre a danno dell'*infans*, che, naturalmente, non può *scire*, nè *agere*. Pel padre, come pel tutore, decorre solo il termine per chiedere la *bon. possessio* provvisoria (fr. 37, 1, 7, 2). — Una limitazione fondamentale, qui come in tanti altri riguardi, vi è relativamente al peculio castrense dei figli di famiglia.

Ulpianus l. 6 *ad Sabinum* — fr. 49, 17, 5.

Miles filiusfamilias a commilitone vel ab eo, quem per militiam cognovit heres institutus et circa iussum patris suo arbitrio recte pro herede geret.

Quel che è detto per queste eredità, che in ragione della loro provenienza vengono a far parte del peculio castrense, deve estendersi a qualunque eredità che spetti a questo peculio. Onde si dovrà dal figlio di famiglia e non dal padre dare lo *iussus* allo schiavo appartenente al peculio castrense, cui per avventura sia stata lasciata un'eredità (fr. 49, 17, 19, 1). In ciò, chi ben guardi, non v'è eccezione. Infatti il figlio di famiglia quanto al peculio castrense (come poscia riguardo al quasi castrense) è *loco patrisfamilias*.

§ 349.

Il diritto imperiale ha mutato profondamente lo stato delle cose. Lasciando in disparte i casi in cui il padre acquista l'eredità per trasmissione, rammentiamo la c. Th. 8, 18, 8 degli imperatori Arcadio, Onorio e Teodosio (anno 407), la quale autorizza il padre a chiedere la *bon. possessio* dell'eredità di parte materna deferita al figlio sotto i sette anni e a manifestare in qualunque forma presso qualunque giudice (*qualibet actis testatione*) la volontà di accettare (*successionem amplectatur*). La stessa costituzione dispone poi che, quando il figlio abbia superato i sette anni, può non solo il padre domandare la *b. possessio* assenziente il figlio, ma questi può *agnoscere* la *b. possessio* o in altro modo manifestare la volontà di accettare l'eredità. La c. 6. 30, 38 pr. degli imperatori Teodosio e Valentiniano (anno 426) afferma in generale «*si*

(1) Sul carattere di questa *b. possessio* cfr. LEIST, *op. cit.*, III, pag. 5 segg.

infanti, id est minori septem annis, in potestate patris vel avi vel proavi constituto vel constitutae hereditas sit derelicta vel ab intestato delata a matre vel linea ex qua mater descendit vel aliis quibuscumque personis, licebit parentibus eius sub quorum potestate est adire eius nomine hereditatem vel bonorum possessionem petere ». Così che oramai è possibile un acquisto definitivo al padre anche durante l'infanzia del figlio. Nel diritto giustinianeo poi, dopo che mano a mano si era venuta riconoscendo la appartenenza al figlio de' beni che questi acquistava *non ex re patris,* riserbando l'usufrutto al padre *(bona adventicia)*, i diritti de' genitori e de' figli prendono una diversa configurazione. Il diritto di uno degli interessati non può più essere leso dall'astensione dell'altro. Se il figlio non voglia accettare l'eredità deferitagli, può egualmente accettare il padre : nel qual caso egli diventa non semplice usufruttuario, ma a dirittura proprietario. Se invece sia il padre che ricusa il proprio assenso all'accettazione, il figlio potrà accettare e resterà esclusivo e pieno proprietario de' beni ereditarii, nè il suo diritto sarà più limitato dall'usufrutto paterno (c. 6, 61, 8 pr. § 1).

§ 350.

Può convenientemente trattarsi sotto questo punto di vista anche l'accettazione di eredità deferita a persone giuridiche. Si suole infatti da' giureconsulti obbiettare contro la capacità di succedere di queste la impossibilità di un atto di accettazione e in ispecie della *cretio* da parte delle persone giuridiche, in quanto non hanno volontà propria. Gli scrittori sogliono in genere affermare, che al difetto di volontà qui si supplisce facendo rappresentare le persone giuridiche dalle persone preposte alla loro amministrazione (1). Prevale per contro l'avviso che qui non tanto si tratti di rappresentanti, quanto di organi dell'ente. La volontà manifestata da queste persone è volontà della persona giuridica, perchè secondo la costituzione di questa esse sono destinate a compiere quella determinata funzione. Noi non possiamo qui fermarci su questa disputa teorica. Quale poi fosse il modo con cui in Roma potessero le persone giuridiche accettare

(1) Cfr. p es. WINDSCHEID, III, § 596, nota 13.

l'eredità e chiedere la *bonorum possessio*, noi l'abbiamo già indicato altra volta (1) trattando della loro capacità di succedere perchè i due argomenti sono strettamente collegati.

§ 351.

Una caratteristica da noi più volte accentuata è, che il diritto derivante dalla delazione è eminentemente personale. Dal che deriva che solo può esercitarlo colui cui è stata deferita l'eredità e conseguentemente da un canto, che non si ammette rappresentanza, dall'altro che non si trasmette in altre persone. Malgrado la voce isolata di qualche moderno scrittore (2), non è lecito dubitare della esclusione normale della rappresentanza secondo il diritto romano. Tanto più rigorosa era al riguardo la tecnica del negozio giuridico solenne. Ulpiano (l. 14 *ad edictum* — fr. 50, 17, 123) afferma : « *nemo alieno nomine lege agere potest* ». Per quanto questo passo si riferisca direttamente alla *querela inofficiosi testamenti* (3), non si limita la sua portata alla rappresentanza processuale. *Lege agere*, *legis actio*, *actus legitimus*, *civile negotium* sono tutte espressioni, le quali valgono a significare in genere il negozio dell'antico *ius civile*, l'atto solenne per eccellenza. Ben a ragione quindi sogliono gli scrittori riferire questo passo di Ulpiano a dimostrare, che in via di principio la rappresentanza è esclusa dal negozio giuridico solenne. E poichè la *cretio*, come mostrammo (4), è un atto solenne dello *ius civile*, nessun dubbio che essa dovesse compiersi personalmente da colui cui fu deferita l'eredità. Osserva il Mühlenbruch (5), che nella *cretio* l'esclusione della rappresentanza risulta già da ciò, che la formola dell'accettazione era concepita in prima persona : « *adeo cernoque* ». Naturalmente qui non si ha se non una conseguenza del carattere proprio a tutte le formole solenni.

---

(1) Cfr. Parte I, § 161 segg., pag. 207 segg.

(2) V. le citazioni in FADDA e BENSA nelle note alla traduzione italiana del WINDSCHEID, I, 1, pag. 910.

(3) Cfr. LENEL, *Ed. perp.* § 52, pag. 111 e *Palingenesia* II, n. 488, pag. 494.

(4) V. sopra § 40 segg., pag. 313.

(5) *Op. cit.*, XLII, pag. 401.

§ 352.

Ma l'esclusione della rappresentanza vera e propria perdura anche dopo scomparsa la necessità della *cretio* e si applica tanto alla *aditio* quanto alla *gestio pro herede*. La dimostrazione di tale assunto si suole da molti fondare sul fr. 29, 2, 90 pr. in cui Paolo (l. 12 *responsorum*) « *respondit per curatorem hereditatem adquiri non posse* ». L'Haloandrina e molti scrittori leggono *per procuratorem*, credendo così di provare l'esclusione diretta della rappresentanza. Altri assumono, che, anche mantenendo la lezione fiorentina, il senso è identico, poichè spesso nelle fonti si confonderebbero i due vocaboli per esprimere in generale il rappresentante (1). Certamente la possibilità della lezione Haloandrina non si può disconoscere dal punto di vista diplomatico, secondo la osservazione del Brencmann (2), che è assai facile la scomparsa della sillaba *pro* dopo il *per*. Ma nel caso concreto la lezione fiorentina mi sembra sicura, sia perchè essa trova la sue conferma ne' Basilici (XXXV. 14, 81), sia ancora perchè a' tempi di Paolo la regola della esclusione della rappresentanza era talmente indiscussa, che non è possibile formasse oggetto di un responso come una questione veramente controversa. È bensì vero che, data la personalità dell'atto, non vi poteva essere dubbio neppure sull'esclusione della rappresentanza anche per via di *curator*. Ma, in ispecie trattandosi della *cura minorum*, che da poco si era avviata sopra una nuova strada sotto Marco Aurelio, si poteva più facilmente aspettare un dubbio in proposito. Quel che è certo è che la prova della esclusione della rappresentanza tanto per via di *procurator* quanto per via di *curator* si fonda sullo stesso concetto della personalità, che risulta evidente dall'insieme delle attestazioni delle fonti. Noto in proposito che Ulpiano nel fr. 1, 19, 1, 2 (l. 16 *ad edictum*) rappresenta come una specialità (*hoc praecipuum est*) del *procurator Caesaris*, che possa dare lo *iussus* per l'accettazione ad un *servus Caesaris*, il quale per avventura sia stato istituito erede e che « *si Caesar heres instituatur, miscendo se opulentae hereditati procurator heredem Caesarem*

(1) Mühlenbruch, *l. c.*, nota 68 e gli scrittori da lui citati.
(2) Citato dallo Schulting, *Notae* etc., *ad h. l.*

facit». Qui non si tratta di uno dei soliti argomenti a contrario, così pericolosi nell'interpretazione. È il giurista stesso che rappresenta questo potere di rappresentanza del *procurator Caesaris* come una eccezione di fronte alle facoltà normali del *procurator*. Ma qui bisogna subito notare, che sotto il nome di *procurator* non è da intendere un mandatario qualunque, ma una figura tutta speciale del mondo romano, che è merito dello Schlossmann (1) di aver posto nella sua vera luce.

§ 353.

Il *procurator* è l'uomo d'affari del cittadino romano facoltoso, il suo *factotum*, quello che ne amministra i beni, ne sorveglia l'azienda domestica, lo rappresenta negli affari ordinari della vita; insomma è sempre un rappresentante con mansioni permanenti, affidategli dalla stima del *dominus* (2). Ora si è in generale d'avviso, che il *procurator* non possa eccedere normalmente i limiti della amministrazione ordinaria, nel senso in cui oggi si suole intendere. Ma il Bonfante ha dimostrato (3) che il *procurator* aveva anche la facoltà di alienare, e credo che la sua dimostrazione sia inoppugnabile. Ma anche così intesa la figura romana, non si può ammettere che il *procurator* potesse fare atto che eccedesse il governo del patrimonio del padrone. Egli potrà vendere o acquistare, secondo che l'economia normale lo esige, ma non potrà certo impegnare il *dominus* accettando un'eredità. Nei poteri del *procurator* questa facoltà non è compresa. Ciò si desume dal concetto stesso, ma ci è confermato dal passo di Ulpiano, che abbiamo esaminato. Il Bernhöft (4), pur essendo d'accordo nella conseguenza, ritiene che fino a quando non si abbiano maggiori chiarimenti sulla figura del *procurator* romano non si possa trovare la vera ragione per cui questo non poteva accettare l'eredità. Guardando al modo con cui lo Schlossmann ha de-

(1) *Acquisto del possesso per via di terzi*, pag. 89 segg. Cfr. sovr'esso Scialoia, *Cultura*, 1892, I, pag. 428 segg.; Fadda, *Arch. giur.*, XXVII, pag. 316 seg.

(2) Sulla questione se vi fosse o no la necessità di mandato cfr. Schlossmann, Scialoia e Fadda, *ll. cc.* e ora Bonfante, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, pag. 11 segg.

(3) *Op. cit.*, pag. 1 segg.

(4) *Riv. per la giurispr. comparata*, III, pag. 452 segg.

lineato quella figura si potrebbe anche immaginare la facoltà in questione, tanto è che fu concessa al *procurator Caesaris*. Sarebbe probabile che in generale non la si sia ammessa per la tendenza così spiccata nel diritto romano di porre al sicuro da ogni dubbio il fatto dell'accettazione, ciò che in molti casi non sarebbe stato possibile se si fosse dovuta dar la prova del potere conferito al *procurator*. Il che non sarebbe avvenuto pel *procurator Caesaris* trattandosi di un pubblico funzionario fornito di competenza legalmente determinata. Ma a me non pare accettabile l'avviso del Bernhöft. O si tratta della difficoltà di provare la qualità di *procurator* e nulla dovea riescire più facile trattandosi di stabilire un fatto continuato che si veniva esplicando nella vita sotto gli occhi di tutti. Trattandosi di rapporto permanente e non di fatto transeunte la prova era agevole assai. O invece la difficoltà si fa consistere nello stabilire i poteri del *procurator*, e anche qui, siccome si tratterebbe di una figura creata dalla consuetudine, era certo che quella facoltà si intendeva o no compresa nei poteri. Il romano quando parlava di *procurator* sapeva bene quale potere di rappresentanza esso aveva. E qui appunto non ignorava che tale potere non vi era, perchè non rispondente alla funzione da noi indicata. Il secondo motivo addotto dal Bernhöft non regge neppure. I Romani, scrive egli, considerarono sempre l'eredità come un affare pericoloso, non vi essendo mezzi sicuri per evitare i possibili danni derivanti da passività ignote. Per l'imperatore si sarebbe provveduto tenendo valida l'accettazione del *procurator* solo nel caso in cui la eredità fosse vantaggiosa, come è detto nel passo di Ulpiano e come nota Paolo nel fr. 2 eod. tit. Ciò non si sarebbe potuto fare per il procuratore ordinario. Questo motivo può spiegare perchè la podestà di accettare pel *dominus* non è normalmente concessa al *procurator*, sebbene basti già il concetto di questo per escluderla. Ma esso non spiega perchè il *dominus* non possa dare particolare incarico di indagare le condizioni dell'eredità al suo uomo di fiducia, o anche in genere ad una persona sulla capacità della quale egli abbia piena fede. Ciò che invece in genere si spiega coll'esclusione normale della rappresentanza e colla limitazione di essa nel *procurator* agli atti di economia normale, secondo il concetto del Bonfante.

A mio avviso del resto, a parte l'argomento a contrario derivante dall'eccezione riconosciuta pel *proc. Caesaris*, si ha la prova

diretta della mancanza di facoltà del *procurator* nel fr. 29, 2, 86 pr., in cui l'*agnitio b. possessionis* fatta da un *procurator* non è tenuta efficace senza la ratifica del *dominus*, non bastando quella degli eredi, come meglio vedremo occupandoci *ex professo* del passo. Or se il *procurator* non può compiere l'acquisto dell'eredità pretoria, è egli possibile che potesse accettare la civile ? Non occorre dunque una maggior notizia sulla figura del *procurator* per escludere costui dalla rappresentanza nella accettazione.

§ 354.

Cha neppure uno speciale mandatario potesse accettare l'eredità si è da alcuni voluto dimostrare in base al fr. 41, 1, 54 pr. (Modestinus l. 31 *ad Q. Mucium*).

Homo liber hereditatem nobis adquirere non potest, qui bona fide nobis servit (1) *; adquiret, si tamen sponte sua sciens condicionem suam adierit; nam si iussu nostro adierit, neque sibi adquiret, si non habuerit animum sibi adquirendi : quod si eam mentem habuit sibi adquirit.*

Ma i più si affrettano a dichiarare che il passo nulla ha da vedere colla nostra questione, perchè in esso si tratta dell'*homo liber bona fide serviens* istituito erede. Ed il Windscheid (2) recisamente osserva, che ciò non si sarebbe mai dovuto disconoscere. In realtà qui si tratta di eredità lasciata a colui che Tizio in buona fede possiede come suo schiavo. La questione è se, appunto per questo rapporto, l'eredità possa acquistarsi al *b. f. possessor*. Il giureconsulto afferma che l'acquisto fatto per incarico del possessore di buona fede non va a vantaggio di costui. E la ragione è chiara. Il possessore di buona fede fa suoi gli acquisti dell'uomo libero soltanto quando derivino da mezzi pecuniari suoi, o dal lavoro del preteso schiavo. Nè l'eredità può rientrare in una di queste categorie. L'eredità si acquisterà al *liber homo* solo quando, sapendo di essere tale, l'abbia di sua iniziativa accettata (3). Il principio della rappresentanza qui non ha nulla da vedere.

Importante nel senso dell'esclusione della rappresentanza

(1) *Sibi* inserisce qui il Mommsen seguendo i Bas. L. 1, 53.

(2) *Pand.*, III, § 596, nota 11.

(3) La seconda parte, vuoi per la forma, vuoi per essere una ripetizione esplicativa della prima, si presenta sospetta.

è il fr. 36, 1, 67 [65] pr. in cui Meciano (l. 5 *fideicommissorum*) dichiara, che a differenza della *agnitio bonorum possessionis* e della *restitutio fideicommissi* non ha efficacia la ratifica che altri dia ad un'*aditio hereditatis* fatta per lui. È vero che il giurista parla in ispecie dell'eredità acquistata dallo schiavo per il padrone, esigendo lo *iussus* preventivo. Ma ciò a maggior ragione deve valere per l'acquisto a mezzo di estranei. Esclusa però la ratifica non v'è ragione per cui dovrebbe essere ammesso il mandato, che le equivale. Nel campo del semplice consenso l'una e l'altra forma di manifestazione si equivalgono. Nello *iussus*, dato appunto il rapporto tra il capo di famiglia e il soggetto a podestà, la specialità della precedenza si spiega: ma di fronte ad estranei non si saprebbe giustificare la differenza tra l'assenso preventivo e il consecutivo e ad ogni modo, se vi fosse stata, le fonti l'avrebbero certamente indicata per la sua singolarità, come hanno fatto per lo *iussus*.

§ 355.

Ma, come al solito, riguardo alla *petitio bonorum possessionis* si è stati ben più larghi. La domanda può essere fatta al pretore anche da un terzo per l'interessato, sia che ne abbia avuto il mandato, sia che non l'abbia avuto, purchè in tal caso vi sia la ratifica posteriore.

Paulus l. 1 *manualium* — fr. 29, 2, 48.

Si quis alicui mandaverit, ut, si aestimaverit, peteret sibi bonorum possessionem, et postquam ille petit, furere coeperit, nihilo minus adquisita est ei bonorum possessio. quod si antequam ille petat, is qui mandavit petendum furere coeperit, dicendum est non statim ei adquisitam bonorum possessionem: igitur bonorum possessionis petitio ratihabitione debet confirmari.

Ulpianus l. 39 *ad edictum* — fr. 37, 1, 3, 7.

Adquirere quis bonorum possessionem potest vel per semetipsum vel per alium, quod si me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet, cum ratum habuero id quod actum est. denique 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.

Africanus l. 5 *quaestionum* — fr. 46, 8, 24 pr.

Bonorum possessionem ab alio adgnitam ratam haberi oportere eo tempore, quo adhuc in ea causa sit, ut peti possit: itaque post centesimum diem rata haberi non potest.

In questi passi è tratteggiata tutta la disciplina. La *bon. possessio* può essere domandata per sè o per altri. Quando la si chiegga per altri, il pretore può concederla tanto se il richiedente sia stato autorizzato dal chiamato, quanto se non lo sia. Ma in proposito non si dimentica che la volontà di vincolarsi deve partire dalla persona interessata. In prima linea occorre che il mandante conservi la volontà fino al momento in cui la domanda fu fatta e la *b. possessio* fu concessa. Se diventa furioso, se muoia, se revochi il mandato, la *petitio* non ha efficacia. La domanda deve sempre essere voluta. Quindi se senza mandato si chiegga per altri la *b. possessio* questa si concederà bensì, ma l'acquisto effettivo avrà luogo al momento della ratifica. Onde la conseguenza che se la ratifica non abbia avuto luogo entro il termine fissato per chiedere la *b. possessio*, sarà inefficace nè gioverà al chiamato la domanda che altri abbia fatto per lui. Ed ancora se il chiamato muoia, gli eredi non potranno ratificare quanto altri hanno chiesto per lui (fr. 46, 8, 7; fr. 29, 2, 86).

§ 356.

Da tutto ciò appare come riguardo alla domanda della *b. possessio*, pur conservando la necessità del deciso volere dell'interessato, si sia largamente ammessa la rappresentanza. Il che verosimilmente ha la sua ragione in ciò, che la *petitio* è un atto giudiziale e che la rappresentanza in giudizio fu normalmente ammessa (1). Ma appunto il trattamento della *bonorum possessio* conferma, colla sua evidente antitesi, l'esclusione della rappresentanza quanto all'eredità civile. Chi però ben guardi troverà che la differenza è meno profonda di quanto può a prima vista parere. In effetti per paragonare i due istituti bisogna por mente non già alla semplice richiesta e concessione, ma all'acquisto effettivo della *bon. possessio*. Ora questo richiede la manifestazione di volontà per parte del chiamato. In questo senso si capi-

(1) Cfr. Girard, pag. 846.

sce che il richiedere la *b. possessio* o l'assentire alla richiesta fatta da altri per noi venga considerato come *gestio pro herede*. Nell'uno e nell'altro caso infatti si è in modo certo espressa la volontà di avere l'eredità (c. 6, 30, 12) (1). In definitiva la vera rappresentanza non ha luogo neppure quanto alla *bonorum possessio*, perchè il rappresentante non sostituisce in genere la sua volontà a quella del rappresentato, ma occorre sempre che questi esprima il suo volere rispetto a quella determinata eredità. È bensì vero che si può dar mandato di chiedere la *bonorum possessio* se il mandatario lo crederà opportuno e che può quindi parere dipendente dalla volontà del mandatario la deliberazione, ma in realtà la *b. possessio* si acquistava solo quando l'operato del mandatario era stato approvato (Cfr. cit. l. 48).

§ 357.

È comune opinione che se nell'accettazione della eredità è esclusa la rappresentanza, non sia però vietato il servirsi di messaggero, di *nuntius* (2). In proposito si fa richiamo al fr. 36, 1, 67 [65], 3 e precisamente alle parole: «*si auditus capaces sunt (muti) vel interrogati nutu possint significare* (3) *velle se periculo suo hereditatem adire* (4), *quomodo absentes per nuntium*». Ma recentemente il Bernhöft (5) ha energicamente combattuto questa asserzione. Egli osserva in tesi generale, che un'accettazione di eredità per via di nuncio è un assurdo, in quanto, non dovendosi la volontà manifestare in relazione a una o più persone determinate, qualunque espressione costituisce accettazione: epperò anche l'incarico dato al *nuntius* di far la dichiarazione costituisce accettazione. Il messaggero eseguendo l'incarico non fa l'accettazione, ma significa l'accettazione già fatta. Il passo citato poi non dovrebbe intendersi come si fa comunemente. Ivi il *nuntius* non riferisce la volontà di accettare una eredità, ma la volontà del fedecommessario universale che il fiduciario, che

(1) Ben inteso che la *b. possessio* richiesta deve avere la stessa causa di delazione che la eredità. Cfr. LEIST, *Contin. di Glück*, II, pag. 161 segg.

(2) Cfr. WINDSCHEID, III, § 596 nota 11.

(3) La fiorentina ha *significare*.

(4) *Adiri Hal.*

(5) *Op. cit.*, pag. 450 segg.

si mostra restio ad accettare l'eredità, l'accetti a tutto rischio del fedecommessario stesso. Così che si giustificherebbe anche meglio la lezione *adiri* in luogo di *adire*.

Quanto all'interpretazione del testo mi pare inoppugnabile l'avviso del Bernhöft. Tutto il § si occupa del modo con cui le persone incapaci d'agire possono manifestare al fiduciario la volontà di addossarsi il rischio dell'eredità. Si sa che se l'erede non accetta, il fedecommesso cade. Ad evitare che ciò avvenga si costringe l'erede ad accettare su richiesta del fedecommessario, che assume su di sè tutte le conseguenze dell'accettazione. Qui si tratta proprio di questa richiesta, non di accettazione d'eredità.

Ma se il testo non lo dice, non è meno vero che l'accettazione può avere luogo per via di *nuntius*, ossia per via di persona che non rappresenta l'interessato nella volontà, ma solo nella dichiarazione. Sarebbe lo stesso che negare la possibilità di un'accettazione per via di lettera. Certo la volontà non ha bisogno di essere manifestata di fronte a una determinata persona, ma se l'intenzione di accettare si dichiari a una persona, anche non interessata, ciò basta perchè accettazione vi sia. Certo ancora col dare l'incarico si appalesa la volontà di accettare, ma qui si appalesa in un atto e in una forma che richieggono una particolare considerazione. Come dopo avere spedito la lettera e prima che essa giunga al destinatario posso far conoscere con mezzo più celere a costui, che voglio si consideri come non avvennta la dichiarazione fatta per lettera, così posso richiamare il *nuntius* e revocare l'incarico datogli. La volontà si è manifestata con un mezzo che per natura sua non è definitivo: onde la dichiarazione può essere fermata nel suo corso prima che essa si estrinsechi in quella pienezza, che sola poteva considerarsi come obbligatoria nell'intento del richiedente. Nè ha valore l'osservazione del Bernhöft che per tal modo si viene ad ammettere una dichiarazione di accettazione, che dovrà prendere vigore a partire da un determinato momento, ossia, una dichiarazione a termine, che rende nulla l'accettazione, come a suo luogo diremo. In realtà non vi è dichiarazione a termine, perchè non vi è dichiarazione fino al momento in cui la notizia perviene al destinatario (1).

---

(1) Cfr. sull'opinione del Bernhöft, i proff. Pfaff e Hofmann su Arndts, *Pand.*, § 508 * e nota 2.

§ 358.

Noi abbiamo già accennato come non solo il diritto pretorio, ma anche il diritto civile abbia derogato non di rado al principio della esclusione della rappresentanza a fine di evitare conseguenze dannose alle persone incapaci d'agire (1). Ma certamente non vi fu deroga quanto al curatore del minore relativamente alla accettazione dell'eredità. Noi abbiamo esaminato il fr. 29, 2, 90, che esplicitamente afferma non poter il curatore accettare l'eredità. Se ciò è vero per ogni curatore, dovrà in ispecie esserlo pel *curator adolescentis*. E' disputato se il *curator* possa coll'assenso del minore domandare la *b. possessio*. Lo afferma decisamente il Leist (2). Lo nega il Windscheid (3), il quale rimprovera al Leist di non aver dato una prova del suo assunto. Ma, francamente, l'avviso del Leist non mi pare discutibile. Se anche un estraneo può chiedere la *bon. possessio*, perchè non potrà chiederla il *curator* coll'assenso del minore ? O non è forse vero che vengono a trovarsi riunite le volontà delle due persone sull'opportunità dell'acquisto ? Se il minore da solo o coll'assenso del curatore può acquistare la *b. possessio*, come non potrà assentire alla *b. possessio* chiesta per lui dal curatore ? Identiche considerazioni ci fanno ritenere, che il *curator prodigi*, se non può per esso accettare l'eredità civile, può, coll'assenso di lui, chiedere la *b. possessio*.

§ 359.

Vi sono scrittori, i quali in genere considerano come eminentemente personale la deliberazione di accettare e ritengono che non si tratti di una specialità del diritto romano, ma di qualche cosa che risponde alla essenza stessa dell'atto (4). Si tratterebbe di un'*electio personalis*, di qualche cosa dipendente esclusivamente dall'arbitrio della persona : onde non sarebbe in generale possibile sostituire altri nel volere. La opinione è esa-

(1) V. sopra § 335 segg., pag. 59 segg.
(2) *Continuaz. del Glück*, III, pag. 32.
(3) *L. c.*, nota 17.
(4) Cfr. Köppen, *Sistema* § 11, pag. 385 segg.

gerata, ma ha un fondamento di verità. È esagerata, perchè non si può a priori dire personale un atto. Ma non si può negare, che, anche secondo le idee moderne, vi è una certa limitazione nella facoltà della rappresentanza. In genere non vi è nulla che osti a delegare ad altri la facoltà di scegliere per noi tra l'accettare e il ripudiare una eredità. Per quanto l'eredità non consti di soli elementi patrimoniali, ma l'accettare l'eredità, come del resto in genere una liberalità, importi la valutazione di elementi morali delicatissimi, non vi è ragione per impedire ad uno di riporre tutta la sua fiducia in una persona, di demandarle la valutazione di tutte le circostanze influenti sulla decisione di accettare o meno. Ond'è che nel diritto moderno si deve ammettere la validità del mandato ad accettare eredità. Il dubbio è se occorra un mandato generale o speciale e se si richiegga la specialità nel senso che si tratti di una determinata eredità, ovvero di accettare eredità in genere. La questione sorgeva pel diritto romano riguardo allo *iussus* del capo di famiglia e al mandato di chiedere la *bonorum possessio*. Per il primo si richiese la indicazione di una determinata eredità: « *et magis placet, ut Gaius Cassius scribit, specialiter debere mandare* » (fr. 29, 2, 25, 5). E sempre a proposito dello *iussus* è da notare, che non occorreva un incarico deciso di accettare, ma che era perfettamente lecito rimettere la decisione al prudente arbitrio del soggetto a podestà: « *si mandavit* : — *si expedit adire, adito* — *si putas expedire adire, adito* — *erit iussu aditum* » (fr. 25 § 9 eod.). Era persino lecito dare incarico di accettare ad arbitrio di un terzo (fr. 25 § 10 eod. tit.). Per la *bon. possessio* il fr. 29, 2, 48, da noi già esaminato, permette pure che si lasci al mandatario la scelta di chiederla o meno (1). Fra gli scrittori di diritto comune si disputava, se in base a questi passi dovesse ritenersi necessaria l'indicazione di una data eredità (2). I commentatori del nuovo codice civile germanico ne fanno una questione d'interpretazione di volontà. Per essi basta anche un mandato generale, quando si provi che vi è compreso anche l'incarico di accettare eredità (3). Di fronte

(1) V. sopra § 355, pag. 84 segg.

(2) Cfr. WINDSCHEID, III, § 596, nota 12, DERNBURG, III, § 161, nota 11, KÖPPEN, *Sistema*, pag. 387.

(3) Cfr. FROMMHOLD, *Comm.*, sul § 1943, pag. 26, n. 1; ENDEMANN, *Introduzione allo studio* etc., III, § 79, pag. 344 segg.

al nostro diritto è stata sostenuta l'opinione (1) che occorra bensì un mandato speciale di accettare eredità, ma che basti però il mandato di accettare in genere qualunque eredità sia deferita al mandante. Si fa richiamo in proposito all'analogia dell'articolo 1058 cod. civ., secondo cui è valido il mandato di accettare donazioni in genere. Di fronte al nostro diritto mi pare che questo argomento di analogia sia decisivo. Ma, s'intende, che è questione d'interpretazione lo stabilire se in un mandato generale sia compresa anche la facoltà di accettare eredità.

§ 360.

Un'altra questione assai grave si è fatta di fronte al nostro diritto. È valida l'accettazione di un'eredità fatta da un gestore d'affari ? La Corte di Appello di Genova con sentenza 17 febbraio 1888 (2) si è pronunciata recisamente per la negativa. « Non è dubbio che un semplice gestore di negozi non può accettare, nè espressamente nè tacitamente, un'eredità devoluta alla persona il cui negozio imprende volontariamente a trattare ». Vi osterebbe la grande e comprensiva importanza dell'atto, il pericolo che lo erede rinunziasse all'eredità e quindi la conseguente incertezza, infine le ragioni morali che rendono eminentemente personale la decisione. Contro questa dottrina fu obbiettato (3) che la gestione d'affari si applica a tutti i negozi in cui è possibile rappresentanza e che tutti ammettono per diritto moderno che la rappresentanza è possibile riguardo all'accettazione della eredità. Il Filomusi-Guelfi (4) crede che la *negotiorum gestio* possa ammettersi, ma collo stesso requisito voluto nella *agnitio bon. possessionis* nel diritto romano, ossia, che l'erede ratifichi l'atto di accettazione (5). E questa opinione a noi pare inoppugnabile, appunto per il carattere personale che è insito nell'accettazione.

(1) V. Filomusi-Guelfi, in *Digesto italiano*, I. c., pag. 423.

(2) *Eco di giurispr. civ.* (Genova), XII, pag, 98 segg. e *Foro ital.*, 1888, I, pag. 441 segg.

(3) Cogliolo, *Annuario critico*, I, pag. 354 segg.; *Trattato della amministrazione di affari altrui*, I, pag. 233.

(4) *L. c.*, pag. 424.

(5) Cfr. Köppen, *Trattato*, pag. 117 segg.

Non si può parlare di *negotium utiliter gestum* là dove non si tratta solo di interessi materiali, nè si può costringere una persona ad accettare il fatto compiuto in una materia così delicata, forzandola ad accettare una qualità ereditaria che può anche eventualmente ripugnare a' suoi sentimenti. Ripugna qui il parlare di *affare* nel senso in cui la legge adopera questa parola negli art. 1141 e sg. — Si può però fare la questione sull'epoca in cui si deve ritenere avvenuta l'accettazione nel caso di gestione d'affari ratificata. L'Arndts (1) ritiene inutile la questione, perchè la ratifica costituisce ad ogni modo la vera accettazione e questa in qualunque momento avvenga risale negli effetti fino alla morte del testatore. Ma la questione è tutt'altro che inutile e non si limita, come vuole l'Arndts, a porre in chiaro che non occorre una nuova dichiarazione davanti al Pretore. Noi abbiamo visto che la ratifica aveva efficacia solo se data nel termine necessario per chiedere la *b. possessio*. Se risalisse il suo effetto fino al giorno della *gestio negotiorum*, questa inefficacia non vi sarebbe. E pel diritto moderno è conseguentemente inefficace la ratifica se emessa dopo che il diritto di accettare sia prescritto. Ove si considerasse l'accettazione come avvenuta nel giorno in cui il terzo compì l'atto di gestione, non si potrebbe parlare di prescrizione (2).

§ 361.

Il carattere personale dell'accettazione esige che questa sia fatta dal chiamato. La conseguenza logica è da un canto che colui al quale fu deferita l'eredità non può trasferire in altri a qualunque titolo il diritto di accettare, dall'altro, come già abbiamo indicato altra volta (3), che non è più possibile l'accettazione quando il chiamato sia morto. Tale è infatti il principio del diritto romano, mantenuto fermo in tesi generale anche nel diritto ultimo. Ma già il diritto classico ammetteva un'eccezione alla regola della inalienabilità.

Gaio II. 34-37 (cfr III 85-87).

Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit. — nam si

(1) *Pand.*, § 508, nota 2.

(2) Non troppo chiaramente si esprime in proposito il Cogliolo, *Trattato*, *l. c.*

(3) V. Parte I, § 280, pag. 350 segg.

is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, proinde fit heres is cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset; post obligationem vero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora vero eius hereditatis proinde transeunt ad eum cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent. — Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit; postea vero quam adierit si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post obligationem in iure cedat. — 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.

Ulpiano XIX. 12 - 15.

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. quod si posteaquam adita fuerit, in iure cessa sit, is qui cessit permanet heres et ob id creditoribus defuncti manet obligatus: — Debita vero pereunt, id est debitores defuncti liberantur, res autem corporales, quasi (1) *singulae in iure cessae essent, transeunt ad eum, cui cessa est hereditas.*

Noi ci troviamo qui di fronte a un istituto, che va contro le regole più sicure. La *hereditas* può essere ceduta *in iure* da colui cui è deferita. Ma non da qualunque erede, sibbene solo da colui che è chiamato dalla legge — cioè, dall'*agnatus proximus*. La *cessio in iure* effettuata dall'erede testamentario non ha valore giuridico di sorta. Praticamente avveniva che il cessionario si presentava davanti al pretore e affermava che l'eredità gli era attribuita dalla legge e ne domandava l'***addictio*** in confronto del vero erede. Questi o taceva o consentiva alla domanda. Il pretore *addicebat*

(1) *Quasi* SCHILLING; *quasi ei* BRINKMANN, *Notae subitanae ad Gai Inst.*, II, 35, pag. 15. Il ms. ha *quoties*, che metterebbe Ulpiano in decisa contraddizione coi citati passi di Gaio.

l'eredità al cessionario, il quale diventava erede come se effettivamente l'eredità fosse stata a lui deferita per legge. Se la *cessio in iure* era effettuata dopo l'adizione dall'erede legittimo o testamentario, l'atto non faceva cessare la qualità di erede nel cedente per rispetto a' creditori; i debiti venivano meno, onde i debitori erano liberati; la proprietà delle cose ereditarie passava nel cessionario, come se singolarmente gli fossero state cedute *in iure*. Lasciava dubbio la condizione degli eredi necessari e in proposito le due scuole non erano d'accordo. Per i Proculiani non vi dovrebbe essere differenza fra costoro e gli eredi che hanno accettato; per i Sabiniani la cessione era nulla, come per gli eredi testamentari prima dell'accettazione.

§ 362.

Grandi divergenze vi sono prima di tutto sulla ragione della differenza fra l'erede legittimo ed il testamentario, poi sulla vera portata della *in iure cessio* effettuata dall'*heres legitimus*, infine sulla persistenza o meno della cedibilità in questione nel diritto giustinianeo. È molto diffusa l'opinione che l'origine di questa singolare figura si debba ricercare nel sistema incompleto della antica successione legittima, in quanto questa in caso di non accettazione dell'*agnatus proximus* non chiamava quello che gli veniva subito dopo, ma a dirittura i *gentiles*. Col cedere l'eredità allo agnato che gli veniva subito appresso l'*agnatus proximus* avrebbe supplito alla mancanza della *successio graduum* (1). Il Puchta (2) ritiene che la cessione della delazione non fosse possibile riguardo all'erede testamentario, poichè qui la delazione si fonderebbe sulla volontà del testatore, ma tale volontà, epperò la delazione stessa, verrebbe soppressa col sostituire un altro erede, mentre essa deve sussistere se un altro deve poter succedere nella delazione stessa. Il Kuntze (3) cerca di mettere insieme questi diversi punti di vista.

(1) Cfr. Scheurl, *Contributi*, I, pag. 94 segg.; Pernice, *Labeo*, I, pag. 341, segg.; Czyhlarz, *Inst.*, § 143 A, pag. 315; Brinz. *Pand.*, 2ª ed., III, § 389, pag. 157 note 6, 7; Köppen, *Sistema*, § 6, pag, 325, note 2, 3 (però v. oltre); Avenarius, *La compra dell'eredità nel diritto romano* (*der Erbschaftskauf im r. R.*), pag. 7 segg., 18 segg.; Vering, *Diritto ereditario*, pag. 72 nota 2, 502.

(2) *Pand.*, 8ª ed., § 503 in pr., *Inst.*, 3ª ed., III, § 313, nota m.

(3) *Excurse*, 2ª ed., pag. 618 segg. Cfr. *Inst.*, § 838. Anche il Köppen, *l. c.* mette insieme le due ragioni indicate, in quanto anch'egli per escludere la possibi-

L'ultima volontà avrebbe una forza più intensiva che non la volontà sussidiaria della legge : sarebbe stata una contraddizione, e quasi un dileggio al testatore, il disporre dell'eredità in base alla volontà testamentaria senza accettare per sè l'effetto e l'onore di questa. E, collo Scheurl, egli osserva che quando un erede testamentario non accetta l'eredità, normalmente questa spetta agli eredi legittimi, che invece verrebbero esclusi dalla *in iure cessio* se questa fosse consentita. La mancanza di *successio graduum* spiegherebbe solo il lungo perdurare di questa *in iure cessio*, come lo spiegherebbe del resto la facilità che questa offriva di addossare ad altri, p. e., ad un banchiere, le noie derivanti dalla liquidazione di una eredità complicata. Il Mühlenbruch (1) attribuisce la possibilità di questa figura così eccezionale allo *imperium magistratus*. — Il Köppen (2), insieme agli altri riflessi che sopra abbiamo indicato, osserva che il diritto antico romano, per l'ampia disposizione che esso consentiva sul diritto di famiglia, mentre riconosceva che i rapporti fondati su questo erano intrasmessibili negli eredi, li riteneva però alienabili. Così la *tutela legitima mulierum* poteva essere ceduta *in iure* (Gaio I. 168). Se non si permise di cedere del pari la *tutela legitima impuberum* ciò aveva la sua ragione non nella natura della tutela, ma nel trattarsi di un obbligo famigliare di breve durata (Gaio l. c.). La testamentaria non si poteva cedere, perchè si sarebbe contraddetta la volontà del testatore. Nella *tutela mulierum fiduciaria* il tutore non poteva fare la *cessio in iure*, perchè si era sobbarcato all'*onus* (Gaio I. 172). Ora poichè eredità e tutela camminano di pari passo (fr. 50, 17, 53 pr.), così il Köppen ne deduce, che, in genere, il diritto di successione fondato sul rapporto famigliare dovesse essere cedibile. — Il Rudorff (3) fa richiamo alla natura della *in iure cessio*, che, come rivendicazione simbolica, si adatterebbe bensì

---

lità di cedere la eredità testamentaria osserva che il testatore col disporre della sua eredità ha voluto escludere solo eventualmente gli eredi legittimi. E l'Avenarius, *l. c.* assume che cedendo la delazione testamentaria si verrebbe a ledere il diritto dei sostituiti. Egli però ritiene, che anche la cessione dell'eredità legittima fosse nulla quando il cedente fosse chiamato ad una quota, perchè in tal caso verrebbe leso il diritto di accrescere del coerede o dei coeredi.

(1) *Contin. del Glück*, XLIII, pag. 144 segg., nota 65.

(2) *Sistema*, pag. 324 segg. ; *Trattato*, pag. 142 segg.

(3) Sulle *Isl.* di Puchta § 313, nota m.

ad uno *status familiae*, non già ad una delazione testamentaria. Ed il Vering (1), pur accettando questo riflesso, soggiunge che non si può concepire una cessione della delazione testamentaria, perchè in tal caso la vocazione non sarebbe fatta dalla volontà del testatore, ma da quella dell'erede. — Lo Schulin (2) trova che la *in iure cessio* serviva a far sì che un agnato lontano potesse far godere dell'eredità un cognato più prossimo o un amico del testatore.

§ 363.

Meno varie sono le maniere con cui si è concepita questa figura. In generale si suol parlare di trasmissione della delazione, del diritto di accettare l'eredità, e simili. Il punto di divergenza sta piuttosto in ciò, che alcuni reputano essere il cessionario erede effettivo non sì tosto avvenuta la *addictio*, talchè non occorrerebbe più alcun atto di accettazione solenne o non solenne (3), mentre altri per contro affermano che passa solo il diritto derivante dalla delazione, epperò il diritto di accettare: per l'accettazione occorrerebbe sempre una particolare dichiarazione (4). Vi ha pure chi sostiene non formare oggetto della *in iure cessio* l'*hereditas delata*, ma la *h. adquisita*, perchè col cedere l'eredità implicitamente la si accetterebbe (5).

§ 364.

A me pare che si debba muovere da un'osservazione fondata sul modo con cui Gaio concepisce questa cessione. In due luoghi, come vedemmo, egli ne parla. Nel libro secondo a proposito dei

(1) *Diritto ereditario*, pag. 502, cfr. 72, nota 2.

(2) *Storia del d. r.*, § 92, pag. 442.

(3) Danz, *Storia del d. rom.*, 2ª ed., § 175, pag. 139; Bruns, nel *Libro di diritto siro-romano*, pag. 247 segg.; Voigt, *Le XII tavole*, II, § 106, pag. 375; Huschke, *Studi* etc., pag. 233; Scheurl, *op. cit.*, pag. 95; Brinz, *Pand.*, III, § 389, pag. 157, nota 4; Dernburg, III, § 167, pag. 340; Avenarius, *op. cit.*, pag. 8. Pare questo l'avviso anche del Girard, pag. 853.

(4) Cfr. Puchta, *Pand.*, § 503; Arndts, *Pand.*, § 512, nota 1; Windscheid, *Pand.*, § 601, nota 4; Leonhard, *Inst.*, pag. 282; Köppen, *Sist.*, pag. 324 segg., nota 1, *Trattato*, pag. 142, nota 2.

(5) Cfr. Göschen, *Lezioni sul dir. civ. comune*, pag. 330 segg.

modi di alienazione, e in particolare sulle cose che possono formare oggetto di *mancipatio* e di *in iure cessio*. Nel libro terzo invece a proposito delle successioni universali diverse dalla ereditaria, fondate non sulla legge decemvirale nè sull'editto pretorio, ma sulla consuetudine (III. 82) (1). Onde deriva necessariamente la conseguenza, che non si tratta qui più di vera successione ereditaria e che la chiamata del cessionario non può essere più quella della legge, perchè Gaio espressamente esclude che si tratti qui di successione fondata sulle XII tavole. Non può quindi ammettersi l'opinione secondo cui la delazione è trasmessa al cessionario come se fosse chiamato per legge. Quando Gaio ed Ulpiano ci dicono che il cessionario «*proinde* FIT *heres, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset*», ci affermano due cose: che egli *diventa* erede e che lo diventa *come se fosse* chiamato dalla legge — Ulpiano anzi dice «*ac si ipse* heres legitimus ESSET» — non già perchè chiamato dalla legge. Dunque è una figura tutta speciale di successione, in cui si diventa senz'altro eredi, o meglio, si è nella identica posizione giuridica dell'*heres legitimus*. Com'è possibile affermare che passi la semplice delazione e che occorra la accettazione, quando da un canto non è vero che vi sia chiamata per legge e dall'altro, anche se vi fosse, col proporre la *petitio hereditatis* (chè tale è senz'altro la *in iure cessio*) si è manifestata nel modo più irrefragabile la volontà di essere erede? La *addictio* del Pretore non può dar luogo ad un diritto eventuale, ma attribuisce sempre effettivamente il diritto che ne forma il contenuto. Delazione al cessionario non ve n'ha qui, come non ve n'ha a favore di chi ha usucapito *pro herede*, e giustamente la *in i. cessio hereditatis* e la *usucapio pro herede* sono state poste a paragone per tale riguardo. In definitiva per noi la delazione non passa nel cessionario, ma l'eredità si acquista a costui senza delazione.

§ 365.

Per meglio intendere la portata del nostro istituto, occorre che noi prendiamo in esame un interessante passo di Ulpiano (fr. 44, 4, 4, 28 — l. 71 *ad edictum*).

(1) Cfr. Parte I, § 12, pag. 19 segg.

Si, cum legitima hereditas Gaii Seii ad te perveniret (1) *et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem, et posteaquam ego repudiavi hereditatem, tu eam* (2) *Sempronio cesseris pretio accepto isque a me petat hereditatem : exceptionem doli mali eius, qui ei cessit, non potest pati.*

Gaio Seio muore lasciando la sua eredità a Primus, da lui istituito erede. Secundus, che in caso di successione intestata sarebbe stato il *proximus agnatus*, persuade Primus con raggiri ed arti fraudolente a non accettare. Dopo che Primus ebbe ripudiato, Secundus cedette a titolo oneroso l'eredità a Tertius. Questi intenta contro Primus la *petitio hereditatis*. Il giureconsulto afferma, che l'eccezione di dolo, che si sarebbe potuta opporre a Secundus, non vale di fronte a Tertius. È pacificamente ammesso, che in questo passo si trattava originariamente di *in iure cessio* della eredità prima dell'accettazione. Si osserva (3), che se si fosse trattato di una eredità venduta da colui che già l'ha accettata, si sarebbe dovuta aspettare una *petitio hereditatis* non già *ex capite proprio*, ma *ex iure cesso* : l'azione del cedente, conceduta come *utilis* al cessionario, epperò soggetta a tutte le eccezioni, che si sarebbero potute opporre al cedente, compresa la *exceptio doli*. Poichè questa eccezione non si può opporre, dovrebbe dirsi che l'azione si fonda sulla qualità di *heres* acquistata indipendentemente dalla cessione. Se ne conchiuderebbe quindi che tra l'erede legittimo e il cessionario non v'ha rapporto di autore a successore.

§ 366.

Noto innanzi tutto che il testo non presenta traccia di alterazioni, ove se ne tolga la soppressione dello *in iure*, che nel passo ulpianeo originario specificava il carattere dell'atto. Che i compilatori abbiano conservato il senso primitivo, che l'abbiano alterato riferendolo alla vendita di eredità già acquistata, o che a dirittura, come qualcuno assume, non ne abbiano inteso il vero

(1) *Pertineret?* V. Mommsen, *ad h. l.*

(2) *Ea* F.²

(3) Cfr. ma in senso diverso Maynz, *op. cit.*, § 413, pag. 521 dalla nota in poi; Dernburg, *op. cit.*, III, § 167, nota 3.

senso, è cosa che per ora non ci riguarda. Decisiva invece è per noi la connessione del § 28 coll'antecedente e col susseguente. Il § 27 pone il principio generale che « *de auctoris dolo exceptio emptori non obicitur* », escludendolo solo per il caso in cui il successore voglia congiungere il suo possesso a quello del suo autore vuoi per la usucapione, vuoi per l'*interdictum utrubi*. E come norma si afferma che al successore si possono opporre solo le eccezioni *rei cohaerentes*, che intaccano il rapporto ceduto, non quelle *personae cohaerentes*, come sarebbe quella derivante da un fatto illecito dell'autore. Il nostro § 28 soggiunge il caso della cessione della eredità intestata e vi applica lo stesso principio. Il § 29 conferma la regola in quanto ammette l'opponibilità dell'*exc. doli* contro l'acquirente a titolo gratuito, perchè si tratta *de lucro captando*. Vuol dire dunque che nel concetto di Ulpiano la cessione della eredità legittima importa fra l'erede e il cessionario un rapporto di autore e successore come avviene nella traslazione del diritto di proprietà. Ma in qual diritto succede il cessionario ? Non nel diritto di acquistare l'eredità, perchè noi abbiamo escluso la trasmissione della delazione. Dunque nell'eredità acquistata ? La conseguenza pare troppo grave per più riguardi. L'esposizione di Gaio e di Ulpiano accentua la circostanza, che la *cessio in iure* ha luogo prima dell'adizione. Ciò pare inconciliabile col fatto che si trasmetta l'eredità già acquisita. In tal caso si dovrebbero avere gli effetti che i due giuristi assegnano alla cessione dell'eredità, vuoi legittima, vuoi testamentaria, avvenuta dopo l'adizione. Per lo meno l'acquisto sarebbe implicito nel consenso alla cessione e in quel momento, avendosi l'adizione, il caso non si dispaierebbe da quello dell'eredità accettata anche un minuto prima della cessione. D'altra parte vi è un passo dello stesso Ulpiano (1), che pare ripugnante a quella conseguenza, e cioè il fr. 50, 17, 6 (l. 7 *ad Sabinum*) : « *non vult heres esse, qui ad alium transferre voluit hereditatem* ». Ossia, l'erede legittimo, si dice, che ceda *in iure* la eredità deferitagli, dimostra con ciò di non voler essere erede. Cominciamo da quest'ultimo passo. Esso nella sua connessione originaria (2) accenna non già

(1) V. ARNDTS, *l. c.*, nota 1 e cfr. WINDSCHEID, § 601, nota 4.
(2) V. LENEL, *Palingenesia*, II, pag. 1035, n. 2483.

al caso di chi pone in essere il fatto positivo di una cessione, sibbene all'astensione dall'accettazione per danaro ricevuto da altri interessato a ciò. « *Qui pretium hereditatis* omittendae *causa capit* » (fr. 29, 2, 24 pr.) : « *qui pretio accepto* praetermisit *hereditatem* » (fr. 29, 4, 2), secondo dice Ulpiano nello stesso libro. Colui il quale fa ciò potrà essere tenuto verso i legatarî, perchè *mortis causa capit*, ma certamente non fa atto di erede, « *non vult esse heres* ». Il « *transferre voluit hereditatem* » non indica già uno che « *transmittit* », ma colui che coll'astenersi rende possibile la trasmissione in altri. Ma come può dirsi non accettante colui il quale col fatto positivo della cessione ha fatto erede un altro ? Per me a torto si suol riannodare il fr. 6 cit. all'istituto della *in iure cessio hereditatis*. Non mi sembrano insormontabili neppure le obbiezioni che si fondano sul modo con cui Gaio ed Ulpiano contrappongono la cessione anteriore alla adizione a quella che invece le è posteriore. Non regge infatti l'assunto che si escluda il divenire erede del cedente. I giuristi dicono solo che il cessionario diventa *heres* come se fosse stato lui il chiamato. Il che può anche intendersi nel senso che malgrado della massima « *semel heres, semper heres* » la qualità ereditaria è completamente trasferita nel cessionario. E ancora colui che cede « *antequam heres extiterit* » o « *antequam adeat* » può benissimo compiere l'accettazione implicita col fatto stesso della cessione, perchè sempre è vero che fino a quel momento non aveva accettato. In verità la investitura della qualità ereditaria, implicita nell'atto stesso della cessione, è solo un ripiego per poter far passare tale qualità in capo al cessionario e giuridicamente è fatta scomparire, almeno nella forma, colla dichiarazione del pretore che l'*heres* è il cessionario. Tanto più poi ciò si rende verosimile in quanto da una parte si tratterebbe di far acquistare la qualità di erede ad un altro agnato, che non è chiamato solo perchè « *in legitimis hereditatibus non datur successio* », e dall'altra l'istituto appartiene ad un'epoca in cui la tecnica giuridica non si fa troppo scrupolo di questi ripieghi molto sforzati e spesso ben strani. In conclusione per noi nella *in iure cessio hereditatis* l'erede legittimo non trasmette l'*hereditas delata* ma la *adquisita* (1).

(1) Cfr. GÖSCHEN, *l. c.*, pag. 430.

§ 367.

Noi abbiamo incidentalmente accennata la nostra opinione sulla funzione storica originaria dell'istituto, ossia, noi aderiamo alla congettura accettata da tanti scrittori, per cui la *i. i. cessio hereditatis* avrebbe servito a togliere di mezzo gli inconvenienti derivanti dalla mancanza di *successio graduum*. Questa congettura ha per sè tutte le ragioni di verisimiglianza, ma non lascia di essere una congettura. Essa serve a spiegare meglio di ogni altra questa figura così strana e la sua limitazione alla *hereditas legitima*.

§ 368.

Può nel diritto giustinianeo ritenersi ancora in vigore la *in iure cessio hereditatis*? Abbiamo già accennato come gravi sieno le divergenze su questo punto. Però non esito a rispondere negativamente. Certamente è caratteristica la soppressione dell'esposizione gaiana fatta dai compilatori delle Istituzioni, che pur seguono Gaio così fedelmente. Ed è anche assai importante che neppure nelle altre parti della compilazione si sia menzionata di proposito la cessione dell'eredità non accettata. Passi che vi alludano se ne sogliono addurre tre. Il fr. 50, 17, 6, che noi vedemmo invece riferirsi alla semplice astensione dall'accettare. La c. 7, 75, 1 parla di una cessione effettuata dopo l'adizione. Che nel senso primitivo supponga la possibilità di una *cessio in iure* anteriore alla adizione, data l'epoca cui appartiene (anno 213), è fuori dubbio. Ma da ciò non deriva che anche nella compilazione giustinianea per argomento a contrario se ne possa dedurre la esistenza di una cessione *ante aditam hereditatem*. Dal regolare la vendita dell'eredità accettata non deriva certo che possa esservi una cessione dell'eredità non accettata. Pongasi che noi non avessimo le notizie così precise di Gaio e di Ulpiano, forse che in base alla citata legge avremmo potuto desumere l'esistenza di una figura così singolare come la *in i. cessio hereditatis*? Resta infine il fr. 44, 4, 4, 28 da noi già esaminato. Io non voglio discutere se i compilatori ne abbiano capito la portata. Ma poichè, qualunque cosa si dica, nella sua connessione attuale il passo si attaglia anche alla *venditio hereditatis adquisitae*, non vi è ra-

gione per dargli un significato, che mal risponde alle mutate condizioni del diritto. Io non voglio qui indagare se già l'abolizione della forma solenne della *in i. cessio* dovesse condurre alla impossibilità pratica della cessione in esame, e se già molto prima di Giustiniano, per il fatto dell'allargamento della cittadinanza, fosse diminuita l'importanza della *in i. cessio* come mezzo di pubblicità e conseguentemente fosse divenuta inetta ad avvertire i terzi dell'avvenuto passaggio della eredità in terze mani, e se infine sussistano i vari altri riflessi che si sono posti innanzi per mostrare l'inverosimiglianza o a dirittura l'impossibilità che nel diritto giustinianeo fosse conservato l'istituto della cessione *ante aditam hereditatem*. A me basta rammentare come oramai era scomparsa la ragione decisiva per il mantenimento dell'istituto, in quanto il diritto ultimo ammise la *successio graduum*.

§ 369.

Abbiamo accennato all'impossibilità della trasmessione della delazione nella successione testamentaria. Occorre qui notare, che mentre, come vedemmo, una tale trasmessione non v'è nella successione legittima, si può ottenere invece per via indiretta nella testamentaria. Può infatti il testatore istituire erede uno schiavo altrui, dando così al padrone di costui la possibilità o di far accettare la eredità del suo schiavo acquistandola a sè, o di alienare collo schiavo la delazione che, come altra volta abbiamo visto (1), segue lo schiavo presso qualunque nuovo proprietario (2).

§ 370.

Come è inalienabile in vita del chiamato, così la delazione è intrasmessibile in altri alla morte di lui. Il principio generale è vero tanto per il diritto antico, quanto per il giustinianeo. È Giustiniano infatti che recisamente afferma (c. 6, 51, 1, 5) : « *hereditem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur* ». Ma a questa norma vi sono varie deroghe, che

(1) V. Parte I, § 128, pag. 167.

(2) Cfr. IHERING, *Ann. per la dogm.*, I, pag. 49, nota 20; KÖPPEN, *Sistema*, pag. 326, nota 6; *Trattato*, pag. 143, nota 1.

sono venute accrescendosi fino al diritto ultimo. Si suole in tali casi parlare di *transmissio hereditatis*. Le fonti in realtà adoperano questa e simili espressioni per accennare al diritto di accettare la eredità trasferito alla morte del chiamato da costui negli eredi o anche in altre persone. Ma esse se ne servono anche in altri casi: p. e. a proposito di trapasso della eredità già deferita. Qui a noi importa solo determinare i casi in cui la delazione di un'eredità fatta ad una persona passa identica negli eredi di questa o in altre persone. Epperò si debbono escludere da un canto i casi in cui l'eredità passa negli eredi del chiamato perchè era già acquisita a costui, dall'altro quelli in cui alla morte del chiamato altri sono bensì chiamati, ma per nuova delazione (1).

§ 371

In base a questi criteri è da escludere dal concetto della trasmessione la c. d. *transmissio ex iure suitatis* (2). Il caso è contemplato nel fr. 29, 2, 7, 1 (Paulus l. 1 *ad Sabinum*).

Si filius prius, quam sciret se necessarium extitisse patri heredem, decesserit relicto filio necessario, permittendum est nepoti abstinere se avi hereditate, quia et patri eius idem tribueretur.

Primus muore lasciando erede un figlio *in potestate*, che appunto per ciò è *suus et necessarius*. Questo figlio alla sua volta muore senza sapere della morte del padre e, ciò che torna lo stesso (3), non avendo ancora in modo alcuno manifestato la sua volontà di *immiscere se bonis paternis* o di *abstinere se*. Il nipote, che era pure *necessarius*, potrà alla morte del padre esercitare anch'egli il diritto di accettare o repudiare la eredità dell'avo? Qui a rigore non si trasmette la delazione. Il *suus* è erede *ipso iure* ed ha solo il *beneficium abstinendi*. Il testo ci dice che tale

(1) Molte dispute si sono sempre fatte sul concetto di trasmessione. Non credo sia molto fruttuoso il farne la storia. Cfr. MÜHLENBRUCH *op. cit.*, XLIII, pag. 227 segg.; KÖPPEN, *Sistema*, pag. 402 nota 31, *Trattato*, § 23, pag. 160 WINDSCHEID. § 600, nota 2; DERNBURG, III, § 165, pag. 334 segg.; MAYNZ, III, § 398, nota 5, pag. 429.

(2) Cfr. PUCHTA, *Pand.*, § 504, dopo il n. 3 WINDSCHEID, § 600, nota 2; ARNDTS, *Pand.*, § 512 lett. *b*; MAYNZ, *loc. cit.*, nota 5, pag. 429 Cfr. THIBAUT, *Saggi*, II, pag. 171; VERING, *Diritto ereditario*, pag. 503. V. contro BRINZ, *Pand.*, III, § 389, pag. 160 segg.

(3) Cfr. WINDSCHEID, § 595, nota 14 in fine.

beneficio si trasmette nel nipote, alcuni dicono come erede del padre, altri *ex capite proprio*. È controverso se anche l'erede in genere del figlio, e quindi anche l'*heres extraneus*, possa esercitare tale beneficio (1). Ma la risposta affermativa non può essere dubbia se si ponga mente che l'erede in genere ha la stessa posizione dell'ereditando e che qui in ispecie si attribuisce al nipote la facoltà di astensione perchè l'aveva anche il padre di lui. — Che, nel caso nostro si parli di trasmessione, sebbene, come vedemmo, impropriamente, è cosa che si spiega pensando che colla concessione del beneficio di astensione il *suus* è in realtà posto nella stessa condizione dell'erede estraneo. La stessa facoltà di deliberazione che spetta all'erede di questo, appartiene in sostanza anche all'erede del *suus* (2).

§ 372.

Il primo caso di vera trasmissione è la c. d. *transmissio ex capite in integrum restitutionis*, dovuta al diritto pretorio. Se la ragione per cui il defunto ha perduto il diritto di accettare sia tale che a favor di lui avrebbe fatto accordare una *restitutio in integrum*, questa viene concessa agli eredi del chiamato, perchè in genere il rimedio della *restitutio* passa agli eredi del danneggiato. Il principio generale della trasmessibilità ereditaria della *in integrum restitutio* (« *successores in integrum restitui possunt* » fr. 4, 1, 6), si applica senza restrizioni alla perduta possibilità di acquistare l'eredità. Così « *si quis iuvenili levitate ductus omiserit vel repudiaverit hereditatem vel bonorum possessionem* » come potrà egli stesso essere restituito contro la sua rinunzia o la sua decadenza, così potranno essere restituiti gli eredi di lui (fr. 4, 4, 24, 2). Interessante assai in proposito è la c. 2, 50 [51], 1 degli imperatori Severo ed Antonino (a. 197).

Si Valerianus centurio cohortis duodecimae Alpinorum ante vita decessit, quam possessionem acciperet, heres eius ex persona defuncti restitutionis auxilium intra annum utilem ita recte implorabit, si Valerianus post exactos dies, quibus bonorum possessio defertur, in militia defunctus est.

(1) Cfr. Dernburg, III, § 165, nota 5; Windscheid, *l. c.*; Köppen, *Trattato*, pag. 201, nota 3 e gli scrittori da essi citati. Ma v. Brinz, *l. c.*, nota 19.

(2) V. Dernburg, III, § 165, pag. 335, ma sopratutto Brinz, *l. c.*

Il centurione Valeriano morì senza chiedere la *b. possessio* di una eredità a lui spettante. Alla sua morte era già trascorso il termine, in cui avrebbe potuto chiedere la *b. possessio.* Ma la sua qualità di soldato gli dava diritto ad ottenere la *rest. in integrum* e questo diritto è trasmesso negli eredi. Nessun dubbio che in tutti questi casi si tratti di trasferimento della delazione stessa fatta al defunto. Il diritto reintegrato viene espressamente derivato *ex persona defuncti.* Nè è esatto il dire col Brinz (1) che in verità non vi è trasmissione, ma il trapasso solito negli eredi di un rimedio giuridico. Infatti questo trapasso è quello che appunto genera la trasmissione della delazione.

§ 373.

Ma la *restitutio* si trova accordata in ipotesi ben diverse. Vi è bensì una causa di restituzione, che fino alla morte ha impedito al chiamato ad un'eredità di accettarla, ma al momento della morte la delazione non era ancora venuta meno, così che non si poteva propriamente dire che il chiamato avesse in effetto patito un danno. Egli avrebbe ancora potuto accettare ed è la morte che troncò la possibilità dell'accettazione; il che, per la regola generale, non dovrebbe dare alcuna ragione di doglianza agli eredi di lui. Qui la trasmissione della delazione non si può ritenere effettuata a mezzo del trapasso della *restitutio,* in quanto la *restitutio* non era ancor sorta a favore del chiamato, nè si trasferisce ciò che non si è acquistato. Gli eredi soffrono effettivamente un danno, ma essi non hanno a rigore alcun titolo alla restituzione. Nullameno non si poteva disconoscere, che sebbene il chiamato non avesse ancor perduto il diritto di accettare, tuttavia non lo aveva esercitato per un motivo, che in sè era causa di restituzione e che, prolungandosi la vita del chiamato, avrebbe fatto eventualmente luogo alla perdita della delazione ed alla relativa restituzione *in integrum.* Poteva in queste circostanze negarsi un rimedio agli eredi? Il diritto romano lo ha spesso apprestato, sebbene solo frammentariamente.

---

(1) *Op. cit.*, pag. 163.

§ 374.

È assai istruttivo per quest'ordine di restituzione il fr. 29, 2, 86 pr. (Papinianus l. 6 *responsorum*).

Pannonius Avitus cum in Cilicia procuraret heres institutus ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret. quia bonorum possessionem, quam procurator eius petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quae stricto iure non competit, quia intra diem aditionis Avitus obisset. divum tamen Pium contra constituisse Maecianus libro questionum refert in eo, qui legationis causa Romae erat et filium, qui matris delatam possessionem (1) *absens amiserat, sine respectu eius distinctionis restitutionem locum habere. quod et hic humanitatis gratia optinendum est.*

Pannonio Avito (2), mentre si trovava fuori Roma per pubblico ufficio, fu istituito erede e gli si deferì la relativa eredità. A causa della assenza egli ignorò la delazione e, naturalmente, non potè fare atto alcuno di accettazione. Intanto venne a morire prima di avere saputo della apertura della successione. In Roma il suo uomo d'affari, il *procurator*, aveva bensì fatto la richiesta della *bonorum possessio* pel *dominus*, ma occorreva la ratifica e questa non potevano darla gli eredi (fr. 37, 1, 3, 7 ; fr. 46, 8, 7) (3). Gli eredi richiesero di essere restituiti *in integrum*. Ma il giurista osserva che questa a rigore di diritto non si poteva concedere, perchè essendo Avito morto entro il termine in cui si poteva accettare l'eredità (4), egli non aveva mai perduto il diritto di accettare, epperò non aveva mai acquistato ragione alla *i. i. restitutio*. Ma il giureconsulto adduce un precedente a favore della concessione. Si tratta di un rescritto di Antonino Pio, che Ulpiano (l. 8 *ad Sabinum* — fr. 29, 2, 30 pr.) ci riferisce :

(1) Il Mommsen a questo punto vorrebbe inserire le parole : *absente patre admittere non potuerat*. L'aggiunta non migliora certo il testo. Altri invece di *filium* legge *filio o filii nomine*. Cfr. Schulting-Smallenburg, V. pag. 150 segg. — A mio avviso forse si dovrebbe leggere *successionem*, invece di *possessionem*, perchè anche il fr. 29, 2, 30 pr., che fra poco esamineremo, parla di *hereditas*, non di *b. possessio*. Del resto lo scambio fra le due parole è facilissimo.

(2) Sulle diverse varianti del nome cfr. Schulting-Smallenburg, *l. c.*

(3) Bertolini, *Ratifica*, I, pag. 114.

(4) « *Intra diem crelionis ?* » Così il Lenel, n. 561. V. Leist, *op. cit.*. II, pag. 183, nota 97. Ma potrebbe anche essere « *intra diem agnitionis* ».

Cum quidam legationis causa absens filium heredem institutum non potuisset iubere adire in provincia agentem, divus Pius rescripsit consulibus (1) *subvenire ei oportere mortuo filio, eo quod reipublicae causa aberat.*

Il caso del rescritto non si riferisce alla trasmessione negli eredi. Un figlio di famiglia istituito erede si trova in provincia quando si apre l'eredità testamentaria a lui deferita. Il figlio, come vedemmo, non può accettare se non *iussu patris* ; ma questo incarico il padre non lo può dare perchè il figlio è assente ed egli è impedito *rei pubblicae causa*. Prima che sia possibile comunicare al figlio la volontà paterna, egli muore. Il rescritto dell'imperatore ammette il padre ad accettare in luogo del figlio : « *eo quod reipublicae causa aberat* ». Ma la portata di questo rescritto non è troppo chiara. Il fr. 30 non lascia scorgere se si tratti di vera e propria *restitutio in integrum*, adoperando esso l'espressione generica « *subvenire ei oportere* ». Il fr. 86 parla bensì di « *restitutionem locum habere* ». Ma il passo innanzi tutto si presenta assai dubbioso nella sua forma attuale ; esso deve avere subìto alterazioni, che nè è facile riconoscere, nè è possibile riparare per via di congetture. D'altra parte ad ammettere una *restitutio* ostano altri riflessi. Chi fu danneggiato qui ? Certamente il padre e quindi se si trattasse di *restitutio in integrum* questa gli spetterebbe *ex capite proprio*. Invece Papiniano ne argomenta per fare accordare agli eredi una *restitutio*, che all'autore non spettava e tanto meno potevano pretendere gli eredi *ex capite proprio*, in quanto non avevano mai avuto il diritto di acquistare l'eredità. Si aggiunge la difficoltà di intendere bene a che cosa si riferiscano le parole « *sine respectu eius distinctionis* ». Comunemente si spiegano nel senso che la *restitutio* si deve accordare tanto se il chiamato sia morto avendo perduta la delazione, quanto se sia morto senza che tale perdita avesse avuto luogo (2). Altri (3), certo infondatamente, vuol riferirla all'esservi o no precedente richiesta di *b. possessio* per opera d'altri : circostanza che non poteva esercitare influenza e che non entrava affatto nel rescritto imperiale,

(1) Mommsen vuol leggere *proconsulem*.

(2) Cfr. Mühlenbruch, XLIII, pag. 159 e gli scrittori antichi da lui citati ; Windscheid, § 600, nota 13 ; Köppen, *Trattato* pag. 162 ; Dernburg, III, § 166, pag. 336 ; Brinz, *Pand.*, III, pag. 163 segg. ; Leist. *l. c.*. pag. 185.

(3) Fabricius, *Origine ed evoluzione della bon. poss.*, pag. 188.

come appare dal fr. 30 pr. Di fronte a questi elementi non è poi così arbitrario, come si è voluto far credere (1), l'avviso del Göring (2), secondo cui nel testo non si tratterebbe di restituzione. L'imperatore avrebbe rescritto al *proconsul provinciae*, che si dovesse ritenere come accettante il chiamato alla eredità. Intanto è sicuro, che di restituzione non è affatto parola nel fr. 30 e quindi nel rescritto *divi Pii*. Il *subvenire* può prestarsi a molte altre interpretazioni, tanto più che, come abbiamo già notato, non è agevole il configurare una restituzione nel caso direttamente contemplato nel rescritto. Pare altrettanto sicuro invece che nel fr. 86 si tratti di restituzione. Ed anche a me pare che la restituzione sia qui accordata per il caso deciso da Papiniano non però come già stabilito nel rescritto. Il modo con cui i Basilici (3) riassumono il passo ci assicura che il frammento accordava la restituzione agli eredi di Avito. βοεθοῦνται οἱ κληρονόμοι αὐτοῦ διὰ ἀποκαταστάσεως — *adiuvantur heredes eius per restitutionem.* Come dunque spiegare la chiusura del passo in cui sembra che anche il rescritto parli di *restitutio*? Non esito ad affermare che l'ultima parte del testo ha subìto gravi alterazioni per parte de' compilatori. Già altri ha rilevato opportunamente essere fattura tribonianea la decisione com'è formolata ora: « *quod et hic humanitatis gratia optinendum est* » (4). Ma levata di mezzo la decisione com'è ora, in qual modo era formulata anteriormente? Certamente essa accordava la restituzione. Non è dunque possibile che appartenessero, più o meno, alla decisione papinianea quelle parole che attualmente figurano come parte del rescritto? Non è probabile che Papiniano citasse il precedente non già per la forma concreta del rimedio, ma per la sostanza; che cioè egli dicesse doversi anche qui superare l'ostacolo derivante dalla personalità della delazione per la stessa ragione per cui Antonino Pio l'avea sorpassato in quell'ipotesi? Solo che mentre forse Antonino rinviava il proconsole al rimedio della *fictio*, per accordare al padre richiedente le azioni ereditarie, Papiniano certamente accordava la *restitutio* domandata dagli eredi di Avito. Accettando questa

(1) V. Windscheid, *l. c.*, nota 15; Köppen, *l. c.*, pag. 162, nota 3.

(2) *Ann. per la dogmatica*, XV, pag. 144, 149.

(3) *Supplem.* Ferrini-Mercati, pag. 61.

(4) V. Leipold citato dal Costa, *Papiniano*, III, pag. 175, nota 14.

nostra congettura si rende ragione dell'attuale insanabile condizione della parte ultima del testo, perchè, pur troppo, bene spesso i compilatori hanno reso insostenibile grammaticalmente una proposizione, per avervi portato la loro mano incapace (1).

§ 375.

Intanto il passo di Papiniano e quello di Ulpiano ci mostrano come si procedesse scevri da scrupoli teorici in questi casi in cui l'equità si imponeva. In varî altri casi noi troviamo conceduta agli eredi del chiamato la restituzione, sebbene il chiamato stesso non avesse ancora perduto il diritto di accettare: ma in tutti però vi è una ragione di diritto o di fatto che ha trattenuto il chiamato dal fare l'adizione. Non sempre le fonti accennano esplicitamente al rimedio della *restitutio*, ma in ogni caso fanno richiamo all'equità che deve permettere di venire in sussidio agli eredi di coloro, che se non accettarono fu solo per una causa che ne li aveva impediti e che se fossero vissuti avrebbero dato luogo a favor loro ad un rimedio (2). Di fronte a queste particolari decisioni sorge gravissima la questione, se l'interprete deve limitarsi tassativamente ad esse, ovvero, se in base ad esse si possa risalire ad un principio generale, che valga per tutti i casi in cui identica è sostanzialmente la ragione del decidere. La questione era tanto più grave in quei paesi, in cui il diritto romano aveva valore pratico come legge, ed è appunto negli scrittori di diritto comune che ha trovato il massimo svolgimento dando luogo a gravi dispute (3). Studiata dal punto di vista del diritto romano, la disputa si presenta forse meno grave. L'interprete infatti allora non era vincolato come lo è ora. Tanto più quando chi in-

(1) Che la parte finale fosse interpolata sostenne pure Faber, *Coniecturae*, IV, c. 1, ma egli assume che i compilatori operarono il mutamento per sostituire la decisione affermativa alla negativa, che invece avrebbe dato Papiniano.

(2) Per un'enumerazione dei casi v. Mühlenbruch, *op. cit.*, XLIII, pag. 165 segg.; Vering, *Diritto ereditario*, pag. 504 segg., nota 4; Maynz, § 398, pag. 429 segg., specialmente nota 11; Windscheid, § 600, nota 16.

(3) Cfr. in proposito Mühlenbruch, *l. c.*, pag. 164 segg.; Leist, *l. c.*, pag. 186 segg.; Köppen, *Trattato*, pag. 162 segg.; Windscheid, *l. c.*, nota 17; Dernburg, III, § 166; Marezoll, *Riv. per il dir. e per la proc. civ.*, II, pag. 62 segg.; Maynz, § 398, pag. 429 segg.; Krause, *La transmissio ex capite i. i. rest.* (Gottinga 1882) e sovr'esso Brandis, *Riv. crit. trim.*, XXVII, pag. 597 segg.

terpretava ed applicava il diritto erano i pretori, gli imperatori. Certamente non si può affermare che questi fossero guidati da un principio, di cui le loro decisioni fossero la logica esplicazione, ma è pur certo che essi non si fermavano per ciò che le decisioni precedenti costituivano deroghe ad una regola. Basta leggere il fr. 86 per vedere come Papiniano, malgrado le profonde differenze fra il caso a lui sottoposto e quello deciso da Antonino, e malgrado energicamente insista sulla singolarità del caso, non abbia esitato ad accettare la stessa conclusione. Quando l'ostacolo, che aveva impedito il chiamato dallo accettare, si presentava così grave che il non tenerne conto avrebbe condotto ad un risultato iniquo, non si fermava l'interprete per paura della deroga al principio. Chi scorra i vari passi in cui è ammessa la restituzione, o si soccorre agli eredi del chiamato senza parlare apertamente di restituzione, vede sempre fatto ricorso a questo concetto della equità, che del resto è l'anima di tutto il sistema della *restitutio* e del diritto onorario in genere. Gli imperatori e i giureconsulti hanno seguìto questo indirizzo a cui del resto si deve tutta quanta la trasformazione dello *ius civile*. Certamente le fonti ci danno singole decisioni, in cui la ragione per la quale il chiamato morì senz'accettare fu *absentia reipublicae causa*, ignoranza della delazione, incertezza sulla medesima o altro particolare ostacolo alla adizione. Ma appunto l'equità, che stà a base di queste decisioni, può e deve avere autorizzato ad andare sulla stessa via in casi analoghi. Se però il diritto della compilazione giustinianea, considerata come legge positiva scritta, permetta di andare al di là delle decisioni concrete, è un'altra questione. Ma anche qui credo che l'applicazione ai casi analoghi non si possa negare, perchè le decisioni concrete sono fondate su identica ragione.

§ 376.

Seguono la tendenza accennata in questa figura di trasmissione due altre che troviamo introdotte da costituzioni imperiali. Se una eredità sia lasciata ad un *infans* e questi venga a morire durante l'infanzia senza che abbia potuto acquistare la eredità al padre o senza che questi, come può (1), l'abbia acqui-

(1) V. sopra § 348, pag. 77 segg.

stata in rappresentanza del figlio, il padre può accettare ora la eredità. Questa trasmissione ha luogo anche quando l'*infans* non fosse nella podestà del padre (fr. 6, 30, 18, 1, 3). È questa la c. d. *transmissio ex capite infantiae*, che taluni chiamano anche *iure patrio*, seguendo la lettera della costituzione che la dispose (*iure patrio . . . capere*).

Si parla di *transmissio ex iure patrio*, anzi più comunemente è a questo caso applicata dagli scrittori questa denominazione, nell'ipotesi di accettazione per parte del padre di un'eredità deferita al figlio e da questo ripudiata (c. 6, 61, 8 pr. § 2).

Ma i casi di gran lunga più importanti sono quelli della *transmissio Theodosiana* e della *transmissio Iustinianea*.

§ 377.

Per bene intendere la prima di queste due figure conviene risalire a peculiari disposizioni della *lex Iulia et Papia Poppaea*. Per essa « *si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit* », la parte lasciata o il legato diventava caduco e si distribuiva da prima ad altre persone secondo le norme della legge, poi andò al fisco (Ulp. XVII, 1, 2). E poichè d'altra parte, fatta eccezione per colui il quale era chiamato erede per il tutto, *heres ex asse*, era vietata l'accettazione prima della apertura del testamento, restando così differita fino a questo momento la delazione stessa della eredità (cfr. fr. 22, 6, 1, 4 ; 35, 1, 21 ; c. 6, 51, 1, 5), ne veniva che colui il quale, pur sapendo di essere istituito erede, non poteva accettare, perdeva l'eredità se veniva a morire prima dell'apertura del testamento. Gli Imperatori Teodosio e Valentiniano (nell'anno 450) vollero riparare a questo inconveniente almeno a favore di certe persone, onde disposero (c. 6, 52, 1), che tutti i discendenti istituiti eredi da' loro ascendenti « *licet non sint invicem substituti* » e tanto nel caso che con loro sieno istituiti estranei, quanto se ciò non sia, se muoiano prima dell'apertura del testamento — « *ante apertas tabulas defuncti* » —, sia che sapessero della istituzione loro, sia che la ignorassero, possono « *in liberos suos, cuiuscumque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem . . . transmittere* ». La ragione che si adduce è essere *perindignum* il permettere che il caso fortuito privi della eredità avita i discendenti per attribuirla

contro la volontà degli ascendenti. Giustiniano colla cit. c. 6, 51, 1, 5 tolse di mezzo le restrizioni poste dalla legge di Augusto, ma nell'accogliere nel Codice suo la disposizione teodosiana, non solo non tolse la limitazione derivante dal requisito che l'istituito morisse prima della apertura del testamento, ma anzi collocò quella costituzione da sola sotto un titolo speciale, che ha questa significantissima rubrica : « *de his qui* ante apertas tabulas *hereditates transmittunt* ». Di fronte a questo esplicito richiamo del requisito molti scrittori sostengono che la trasmissione Teodosiana sia stata accolta da Giustiniano nelle stesse condizioni volute originariamente e che quindi si riferisca solo a coloro che sono morti prima dell'apertura del testamento (1). Altri per contro, di fronte al venire meno della ragione storica che indusse Teodosio alla riforma, credono che il requisito sia venuto meno e che conseguentemente la trasmissione abbia luogo anche quando il discendente istituito venga a morire dopo l'apertura delle tavole testamentarie (2). Non mancano le spiegazioni per rendere ragione del mantenimento del requisito. Il Keller (3) osserva, che mentre prima di Giustiniano l'accettazione dello *institutus ex parte* prima dell'apertura del testamento era una impossibilità giuridica, dopo di lui è solo una rara e casuale possibilità di fatto, in quanto l'erede prima che si apra il testamento non può sapere con precisione se e per qual quota sia istituito. Il Baron (4) fa richiamo al buon costume ed al decoro, che vieterebbero l'adizione prima della apertura delle tavole testamentarie . Il Köppen (5) nota che l'erede istituito può avere interesse a differire l'adizione fino a che per l'apertura del testamento egli ne conosca con esattezza il contenuto. Onde si presentava sempre la necessità di usare un riguardo agli eredi del discendente, che fosse

(1) Cfr. in questo senso KELLER, *Pand.*, § 528, pag. 990 (ed. Friedberg); ARNDTS, *Pand.*, § 514 ; VANGEROW, *Arch. per la prat. civ.*, XXIV, pag. 211 segg. ; MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, pag. 211 segg. ; WINDSCHEID, § 600, nota 8 ; BRINZ, pag. 160, nota 17 ; VERING, *Diritto ereditario*, pag. 507 ; KÖPPEN, *Trattato*, pag. 166 ; MAYNZ, § 398, pag. 431 ; BARON, *Pand.*, 9ª ed., § 424, pag. 741 ; WENDT, *Pand.*, § 331, pag. 769.

(2) Cfr. PUCHTA, *Pand.*, § 503 ; DERNBURG, § 166, pag. 338, lett. *e*, nota 10.

(3) *L. c.*

(4) *L. c.*

(5) *L. c.*, pag. 165 e 167, nota 1.

morto senza avere accettato in vista di tale circostanza. Il Dernburg (1) per escludere il requisito osserva da un canto che la rubrica del titolo non ha valore legale, dall'altra che la menzione dell'apertura del testamento non sta a significare, nemmeno originariamente, un vero requisito, ma anzi ad indicare che *anche* in tal caso la trasmessione ha luogo. Teodosio non avrebbe avuto di mira lo scopo, che di solito gli si attribuisce, di evitare la decadenza dei discendenti morti *ante apertas tabulas,* ma, come apparirebbe dalle parole « *licet non sint invicem substituti seu cum extraneis seu soli sint instituti et ante apertas tabulas defuncti* », avrebbe introdotto la trasmessione anche per il caso in cui si trattasse di vero *caducum,* come nel caso in cui gli eredi non fossero reciprocamente sostituiti. La spiegazione è ingegnosa, ma non regge. Va bene che l'interpretazione di una legge non è in genere determinata dalla rubrica : ma in ispecie qui è l'*unica* legge del titolo nè è possibile ammettere che si creasse una rubrica per collocarvi una legge che non vi corrispondeva. D'altra parte l'evoluzione storica è tutta a favore dell'interpretazione della riforma teodosiana nel senso della *communis opinio* formatasi dopo il citato articolo del Vangerow. Le fonti accennano con insistenza alla decadenza pel caso di morte *ante apertas tabulas.* Se il testo accenna al caso di sostituzione, gli è perchè poteva sembrare che l'esservi un sostituito impedisse la trasmessione. Nè colla opinione del Dernburg si concilia la menzione dei coeredi estranei. La costituzione del resto è irta di difficoltà non tanto vere, quanto create dalla tendenza a dare alla legge una maggiore portata. Così si disputa se essa si applichi a' discendenti premorti al testatore ; se comprenda anche gli eredi intestati ; se occorra che il discendente dell'istituito accetti l'eredità di costui (« *si hereditatem non recusant* ») e così via (2).

§ 378.

La più larga deroga al principio della personalità e quindi della intrasmessibilità ereditaria la troviamo nella c. d. *transmissio Iustinianea,* introdotta da Giustiniano colla c. 6, 30, 19 (anno

(1) *L. c.*

(2) Per un'esposizione delle varie controversie v. MÜHLENBRUCH, WINDSCHEID e KÖPPEN, *ll. cc.*

531). L'imperatore rammenta la trasmissione del diritto di deliberare dal figlio di famiglia « *in suam posteritatem* » : quella che, come dicemmo, si suol chiamare « *transmissio ex capite suitatis* ». Prendendo le mosse da questa afferma l'opportunità di estenderla a tutti gli eredi, sieno o no legati da perentela e così statuisce : « *si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit vel hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducit, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatiis eadem transmissio fuerit conclusa* ». A stregua di questo § 1 della costituzione, tralasciando per ora le ulteriori disposizioni di essa, si deve ritenere che la trasmissione della delazione ha luogo a favore degli eredi di qualunque chiamato ad un'eredità sia per legge che per testamento, tanto se egli avendo ottenuto un termine per deliberare sia morto prima che il termine fosse trascorso, quanto se, non avendolo chiesto, lo si consideri come deliberante sul da fare. Ma questa trasmissione ha efficacia entro lo spazio di un anno. Affermato in genere il principio, Giustiniano prende particolarmente a disciplinare il caso in cui il chiamato avesse già avuto notizia della delazione e dispone che se questi non ha dimandato termine *ad deliberandum* « *hoc ius ad suam successionem intra annale tempus extendat* ». Così che l'anno qui si computa per gli eredi del chiamato dal giorno in cui questi ebbe la notizia. Epperò se il chiamato abbia lasciato trascorrere quest'anno senza accettare, non trasmette alcun diritto negli eredi. Se per contro egli muore durante l'anno « *reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat* ».

§ 379.

Di fronte a questa costituzione le quistioni sorsero gravissime specie in quei paesi in cui il diritto romano aveva valore pratico. Sopra tutte merita di essere menzionata quella relativa al caso in cui il chiamato è morto senza sapere della delazione. Si applica la riforma a questo caso e da qual momento decorre allora il termine di un anno entro cui gli eredi del chiamato dovrebbero manifestare la loro volontà di accettare o di rifiutare ? Prevaleva

per lo innanzi l'opinione, che Giustiniano non abbia contemplato questo caso (1). Ma i fautori di essa non sono d'accordo sul significato della pretesa esclusione, in quanto alcuni, come il Puchta ed il Köppen, osservano che Giustiniano non contemplò questo caso perchè già provvedeva il diritto anteriore, accordando, ove l'equità lo richiedesse, una *restitutio in integrum* assai più vantaggiosa, prescrittibile solo entro i quattro anni dalla morte del chiamato. Altri, come il Mühlenbruch, rammentano quanto sia pericoloso il muovere da norme generali di equità nell'interpretare ed applicare disposizioni di legge di carattere singolare, e il determinarne la portata a tale stregua. Si tratterebbe di anomalia di legge, che non sempre è possibile spiegare soddisfacentemente. Però più recentemente si è con sempre maggior vigoria affermata la opinione che la trasmissione si applichi anche al caso in cui il chiamato morì ignorando la delazione (2).

Tutta la difficoltà la si vuol trovare nell'avere Giustiniano contemplato direttamente il caso in cui avesse il chiamato avuto notizia della delazione. Ma, francamente, non mi pare questo un criterio sano, sicuro e decisivo di fronte alle costituzioni di Giustiniano, le quali se da un canto sono tanto verbose, enfatiche e ridondanti e si sforzano sempre di magnificare la portata della riforma, dall'altra non sono mai un modello di precisione legislativa, perchè il legislatore in esse si preoccupa particolarmente della ipotesi che più lo ha colpito, determinandolo a provvedere, e facilmente gli sfuggono molti lati della questione. È del resto una ovvia norma d'interpretazione, che anche in materia di diritto singolare si debba dare ad una disposizione non già la portata assegnata dalla lettera meschina e gretta della legge, ma quella che risulti dall'intento propostosi dal legislatore. Io non voglio entrare a giudicare delle argomentazioni del Vangerow, ripetute sostanzialmente dal Windscheid e dal Brinz, per

(1) Cfr. Mühlenbruch, XLI, pag. 314 segg., XLIII, pag. 218 segg.; Puchta, *Pand.*, § 504; Arndts, *Pand.*, § 515; Köppen, *Trattato*, pag. 171; Maynz, pag. 431, 432; Baron, *Pand.*, § 424, n. 4, nota 24; Wendt, § 331, pag. 761; Czyhlarz, *Ist.*, § 143, pag. 316; Bonfante, *Ist.*, pag. 386.

(2) Vangerow, *op. cit.*, pag. 178 segg.; Wieding, *La trasmissione di Giustiniano* (Lispia 1859), § 12, 15, 19, 32; Vering, *Dir. ered.*, pag. 508 segg.; Windscheid, § 600, nota 5; Brinz, *Pand.*, 2ª ed., III, pag. 161, nota 23 (in senso contrario nella 1ª edizione); Dernburg, *Pand.*, III, § 166, nota 13.

sostenere che nel § 1 della costituzione non si limiti la disposizione al caso di scienza per parte del chiamato, sebbene non sia senza fondamento l'assunto del Duareno, accolto da' citati scrittori, secondo cui si può ben dire *deliberare videtur* di alcuno che non fa nulla in un senso o in un altro, quantunque egli ignori la delazione. Sono anzi disposto ad ammettere che tutta la costituzione abbia di mira il caso del chiamato sciente. Ma poichè il chiamato insciente è in condizione più favorevole, e anzi si consente a lui un rimedio più favorevole, perchè si vorrà escluderlo da quello consentito da Giustiniano ? Non è forse lecito qui l'argomentare *a minori ad maius* ? Com'è possibile credere che Giustiniano avesse trattato meglio lo sciente che lo ignorante ? Ma decisiva è nel senso nostro la Nov. 158 in cui Giustiniano accorda il beneficio della trasmessione in un caso in cui il chiamato era un infante, che come tale non poteva avere legale conoscenza della delazione. Si noti che Giustiniano qui non deroga, come alcuno ha stranamente preteso (1), alla cit. c. 19, ma ne dà anzi un'interpretazione autentica. Infatti nel proemio l'imperatore accenna alla detta costituzione e lo fa in termini generali, senza la limitazione al caso della scienza. « *Et rursus alteram nos legem tulerimus, quae velit ut si quis hereditate ad ipsum delata, antequam eam vindicet vel contrariam de ea proferat sententiam, de vita decedat, ad heredes suos de hac hereditate ius deliberandi transmittet* ». Nel § 1 poi l'imperatore, risolvendo il dubbio, dispone che si pronunci nel senso della reclamante « *eique legem nostram* servet, *quae ius deliberandi ei praebet, quippe cum Sergia* (l'infante chiamata) *antequam annus praeteriret post matrem suam mortua sit* » : ed ancora Giustiniano osserva non esservi opposizione fra la sua legge e quella di Teodosio. E dispone poi in generale che la sua legge valga nei casi simili. Il riflesso che questa Novella non sia glossata potrà, pel principio di diritto comune *quidquid non agnoscit Glossa, nec agnoscit curia,* fare forse difficoltà per i paesi in cui il diritto romano si applica come legge. Ma per noi, che studiamo l'evoluzione storica dell'istituto, è evidentemente irrilevante. Dalla Novella risulta quale fu la vera portata della riforma. Ad ogni modo anche non glossata la Novella può

(1) De Crescenzio in *Digesto italiano* v° *Successione* (dir. rom.), pag. 158.

pure per il diritto comune avere grande importanza come espressione del pensiero di Giustiniano. È addirittura non serio l'affermare (1), che la Novella contiene un diritto singolare per gli impuberi, quando l'imperatore esplicitamente afferma di applicare la c. 19. — L'unico argomento serio contro il nostro modo d'intendere la trasmessione giustinianea è nella c. 6. 30, 7, dove si nega la trasmessione nel caso in cui il chiamato avesse ignorato la delazione. Ma si tratta di una costituzione di Diocleziano e Massimiano (a. 293) e quindi appartenente ad un'epoca nella quale il principio della personalità della delazione è in tutto il suo vigore. Solo perchè fu accolta nella compilazione vorremmo noi darle tanta importanza da limitare una riforma che scalza le basi di quel principio? Giustiniano, come vedemmo (2), ha creduto altra volta di affermare in genere il principio. Non ha forse lo stesso scopo la c. 7, se pure non la si voglia riferire al caso in cui l'erede del chiamato, solo perchè tale e senza accettare, pretende l'eredità? (3).

Ma nel caso in cui il chiamato ignori la delazione, da qual momento decorrerà il termine? Non esito ad accogliere l'opinione di coloro che limitano la facoltà di scegliere all'anno dalla morte di colui che ha lasciato l'eredità al chiamato e ciò sia perchè nel § 1 della cost. 19 il termine di un anno è il massimo accordato, sia perchè nella Nov. 158 Giustiniano, come vedemmo, stabilisce il decorso da quel momento.

Nel nostro diritto la trsmissione negli eredi del diritto di accettare è ammessa come norma generale (art. 939 c. civ.).

§ 380.

La dichiarazione di accettazione è valida solo se sia fatta dopo che la delazione a favore dell'accettante ha avuto luogo effettivamente. Qualunque dichiarazione emessa prima non ha efficacia di sorta? E lo stesso vale per la rinunzia, perchè « *is potest repudiare qui et adquirere potest* » (fr. 29, 2, 8). In primo luogo

(1) Mühlenbruch, XLIII, pag. 222; Köppen, *l. c.*

(2) V. sopra § 370, pag. 114.

(3) Cfr. Brinz, *l. c.*, nota 23 in *f.*

quindi non ha alcun valore giuridico la dichiarazione di accettare o rinunziare fatta mentre ancor vive l'ereditando. Qui non solo non vi è delazione, ma non vi è neppure eredità, perchè « *viventis hereditas non datur* ». Onde Pomponio riferisce (l. 3 *ad Sabinum* — fr. 29, 2, 27) :

Neminem pro herede gerere posse vivo eo, cuius in bonis gerendum sit, Labeo ait.

Ma anche dopo la morte dell'ereditando è nulla l'accettazione se non ancora sia avvenuta la delazione.

Ulpianus l. 7 *ad Sabinum* — fr. 29, 2, 21, 2.

Sed ita demum pro herede gerendo adquiret hereditatem, si iam sit ei delata : ceterum ex quibus causis repudiantem nihil agere diximus, ex isdem causis nec pro herede gerendo quicquam agere sciendum est.

Ulpianus *ibidem* — fr. 13 pr. eod. tit.

Is qui heres institutus est vel is cui legitima hereditas delata est repudiatione hereditatem amittit. hoc ita verum est, si in ea causa erat hereditas, ut et adiri posset : ceterum heres institutus sub condicione si ante condicionem existentem repudiavit, nihil egit, qualisqualis fuit condicio, etsi in arbitrium collata.

Naturalmente lo accettare o ripudiare senza delazione non può subito far acquistare o perdere un diritto che ancora non è a nostra disposizione. I testi non possono avere questo senso banale. Essi col *nihil egit*, col *nec quicquam agere* vogliono significare la radicale, insanabile nullità dell'atto, tale da non lasciare a questo la possibilità di una qualsiasi efficacia nell'ipotesi che poscia la delazione abbia luogo effettivamente. L'agnato che accetta o ripudia prima che l'*heres suus* abbia dichiarato di astenersi ; l'erede istituito sotto condizione, che si pronunci prima che per l'avveramento della condizione gli sia deferita l'eredità, non restano affatto vincolati. Perchè lo siano debbono ripetere la dichiarazione dopo avvenuta la delazione (cfr. fr. 29, 2, 70, 1). Non si guarda, in generale, alla natura della condizione : epperò non può ricevere diverso trattamento neppure quella condizione, l'avveramento della quale dipenda esclusivamente dall'arbitrio dell'erede. Il fatto dell'avveramento della condizione non può mai confondersi colla dichiarazione di accettare o ripudiare. Tant'è che p. e. può il pupillo porre in essere il fatto stabilito come condizione senza che gli occorra l'*auctoritas tutoris*,

la quale invece è sicuramente necessaria per l'accettazione della eredità.

§ 381.

Un particolare caso di istituzione condizionale è quello in cui si tratti di condizione potestativa negativa, che possa dirsi avverata solo colla morte dell'istituito. Si sa che in tal caso, ad evitare lo sconcio di attribuire il lascito solo nel momento della morte dell'onorato, questi fu ammesso al godimento previa cauzione di restituire tutto quando avesse contravvenuto alla volontà del testatore. È la notissima *cautio Muciana* introdotta per l'iniziativa di Q. Mucio Scevola. Pare certo che essa abbia avuto origine relativamente a' legati (benchè non sia facile il determinare la particolare specie di questi per cui fu da prima ammessa) ma secondo la compilazione giustinianea si applica anche all'eredità, sebbene un acuto studio dell'illustre prof. Vittorio Scialoja (1) abbia cercato di mostrare, che l'estensione all'eredità o è dovuta esclusivamente a Giustiniano o quanto meno alla giurisprudenza che di poco lo precedette, e che i compilatori hanno a tal uopo interpolati quei passi delle fonti, in cui la *cautio Muciana* è applicata anche all'*hereditas*. Certo è che almeno nel diritto ultimo si ha la possibilità di acquistare l'eredità, sebbene la delazione non si sia verificata. Si trasforma la vocazione condizionale in vocazione modale: la delazione ha subito luogo, ma può venir meno sia per la contravvenzione alla condizione, sia per non avere dato cauzione nuovamente agli interessati per il caso d'inadempimento sopraggiunti dopo che i primi siano venuti meno (2). Del resto in generale, per qualunque istituzione condizionale, purchè non si trattasse di condizione dipendente dall'arbitrio, il Pretore accordava all'istituito una *bonorum possessio secundum tabulas*, la quale naturalmente aveva carattere interinale e veniva meno quando la condizione non si avverasse. Così che tanto nella *cautio Muciana*, quanto in questa *bonorum possessio* si ha un acquisto, sia pure revocabile, prima

(1) *Sulla «cautio Muciana» applicata all'eredità* (Roma 1900 — Estratto dal *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, XI, pag. 265 segg.).

(2) V. Scialoia, pag. 279 segg.

dell'avveramento della condizione. Ma nel caso della *cautio Muciana* si suol comunemente dire, che la prestazione della cauzione supplisce l'avveramento: onde vi sarebbe effettiva delazione.

§ 382.

La necessità della precedente delazione vi è non soltanto per l'adizione della eredità civile, ma anche per la *bonorum possessio*. Si sa che il Pretore nel suo editto chiamava successivamente diverse classi. Or in questa serie nessuna delle classi posteriori veniva ammessa se prima non vi era la decadenza o il ripudio dell'anteriore. « *Sine dubio qui sequentis gradus sunt non admittuntur interim: cum enim praecedit alia possessio, qui sequitur accipere non potest* » (fr. 38, 2, 42, 2). Ma al riguardo noi troviamo un'importante costituzione dell'imperatore Costanzo (1), c. 6, 9, 6 (anno 339).

Ut verborum inanium excludimus captiones, ita haec observari decernimus, ut apud quemlibet iudicem vel etiam apud duumviros qualiscumque testatio amplectendae hereditatis ostendatur, statutis prisco iure temporibus coartanda, eo addito ut, etiamsi intra alienam vicem, id est prioris gradus, properantius exseratur, nihilo minus tamen efficaciam parem, quasi suis sita (2) *curriculis, consequatur.*

Sulla portata di questa riforma sono dispute gravi. Alcuni vogliono limitarne la disposizione alla *bonorum possessio* (3); altri invece l'estendono anche all'*hereditas* (4). Vi ha chi consi-

(1) Il Codice ha Costantino; ma v. LEIST, *Cont. di Glück*, II, pag. 309, nota 72; KRÜGER nella sua edizione ad c. 6, 23, 15.

(2) *Sita* è lezione proposta dal MOMMSEN ed accettata dal KRÜGER. La lezione comune ha « *quasi suis* sit usa *curriculis* ». Altre *scitam, sitama*. I Basilici (XL, 1, 25, — HEIMB. IV, pag. 58) hanno: καὶ μὴ ἐν τοῖς οἰκείοις χρόνοις γενομένη (*quamvis non suis temporibus facta*). E il relativo scolio εἰ καὶ μὴ ἐν τοῖς ἰδίοις χρόνοις ἐχρήσαντο τῇ διαμαρτυρίᾳ (*licet non suis temporibus testatione usi fuerint*). Forse la lezione comune si riannoda meglio a quest'ultima. Comunque sia il senso non è dubbio.

(3) ARNDTS, *Pand.*, § 507, nota 2; DERNBURG, III, 161, nota 4; BRINZ, *Pand.*, III, 394, pag. 188, nota 24.

(4) SINTENIS, § 183, nota 18; WINDSCHEID, § 597, nota 2, KÖPPEN, *Sistema*, § 7, pag. 339, nota 26; *Trattato*. § 6, pag. 97 segg., nota 7; LEIST, *Cont. di Glück*, II, pag. 311, nota 13, pag. 342 segg.

dera questa accettazione preventiva come un negozio imperfetto, che acquista efficacia solo quando il dichiarante abbia sopravvissuto alla successiva delazione avvenuta e non abbia mai revocato la dichiarazione (1). Altri per contro insegnano senza limitazione la validità dell'accettazione *intra alienam vicem*, così che a rigore se ne dovrebbe dedurre, che, in qualunque tempo si verifichi poi la delazione, acquisti efficacia la dichiarazione sia di accettazione sia di rinunzia (2).

§ 383.

Cominciamo dal rilevare quale è il nesso che passa fra la concessione di far l'accettazione *intra alienam vicem* e il residuo contenuto della riforma. Questa si sustanzia nell'abolizione delle formalità, ma sopratutto nel consentire che la *agnitio* potesse farsi davanti a qualunque magistrato, anche municipale. Scrive molto opportunatamente il Leist (3), che da questa concessione derivava l'altra dell'*agnitio* antecipata, perchè vari pretendenti potevano far la richiesta davanti a diversi magistrati, nè era facile a ciascuno di essi computare quando principiasse il termine della propria classe, tanto più se gli altri pretendenti erano lontani. « Era una urgente esigenza dell'equità il permettere la validità di un'accettazione preventiva per assicurarsi contro possibili danni ». Può avere questo riflesso una portata generale, sì da legittimare per il diritto ultimo l'estensione all'accettazione dell'eredità ? Credo che sia nello spirito di questo diritto il non fare differenza fra *hereditas* e *bonorum possessio* per tutto ciò che non è intimamente legato colla particolare struttura di questa. Certamente ha ragione il Dernburg (4) quando assume, che tutto quanto il sistema dell'*agnitio* è antiquato. Ma del pari certamente ha torto quando estende l'assunto a tutto ciò che non è peculiare all'*agnitio* e quando considera la concessione in esame come una di tali peculiarità. È vero che il passo in esame fa questione di termini

(1) V. Köppen; *ll. cc. Ann. per la dogm.*, XI, pag. 6 segg., pag. 11 segg.; Enneccerus, *Negozio giuridico, condizione e termine iniziale*, pag. 270 segg.

(2) Almeno la maniera di esprimersi è tale, che logicamente se ne deve trarre tale conseguenza. Cfr. Maynz, III, § 371, nota 31, pag. 282.

(3) *Op. cit.*, pag. 310.

(4) *L. c.*

prefissi, de' quali non è parola in ordine all'eredità. Ma osserva giustamente il Windscheid (1), che appunto di termine era questione, perchè si trattava di *b. possessio.* D'altra parte nell'eredità si presenta anche la possibilità di successive delazioni: specialmente poi nel diritto ultimo, in cui si ammette, come nella *b. possessio,* la *successio graduum.* La ragione del decidere sta per l'accettazione dell'*hereditas* come per l'*agnitio.* Tanto più quando nel diritto nuovo l'*agnitio* è considerata come *gestio pro herede.*

§ 384.

Ma è da tenere ben fermo che la dichiarazione preventiva non ha efficacia immediata, sibbene solo nel momento in cui la delazione effettivamente ha luogo. In quel momento devono esservi i requisiti tutti per la validità. La riforma ha un carattere solamente formale: onde consiste nel non richiedere la ripetizione di una dichiarazione, che si considera come ripetuta nel momento della delazione, perchè al silenzio mantenuto si dà carattere di conferma. In prima linea quindi è da escludere, che la dichiarazione preventiva abbia efficacia anche se il chiamato muoia prima della delazione. Ciò porterebbe a ben più che un semplice caso di trasmissione. Con questa infatti si fa passare negli eredi il diritto di accettare: colla dichiarazione preventiva intesa in tal modo l'eredità stessa e non la delazione passerebbe negli eredi, nè questi sarebbero in diritto di deliberare. D'altra parte non è vero neppure, come vuole il Windscheid, che l'accettazione preventiva abbia importanza in tutti i casi, in cui per speciali motivi è divenuto impossibile il ripetere la dichiarazione dopo che la delazione ha avuto luogo. Ciò porterebbe a tener valida l'accettazione preventiva quando chi la fece fosse per avventura divenuto pazzo nel momento della delazione e pazzo fosse poscia morto. Il che è a dirittura da respingere, perchè il perdurare del consenso non si può più desumere dal mero silenzio. Secondo noi adunque la dichiarazione *intra alienam vicem* è un negozio giuridico imperfetto, che diventa perfetto colla tacita conferma nel momento della delazione. Tant'è che prima il dichiarante potrà sempre revocare la sua dichiarazione (2).

(1) *Pand.*, l. c., nota 2.

(2) Tale è l'avviso di Köppen ed Enneccerus, *ll. cc.* Il Ferrini, *Manuale di*

§ 385.

Non solo la delazione deve essere avvenuta perchè l'accettazione possa aver luogo, ma occorre per di più che colui il quale fa la dichiarazione, abbia della delazione piena coscienza, sì che nulla di essenziale gli resti dubbio riguardo ad essa. In primo luogo questa certezza vi dev'essere relativamente alla morte dell'ereditando.

Paulus l. 59 *ad edictum* — fr. 29, 2, 19.

Qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet defunctum esse testatorem.

Ulpianus l. 8 *ad Sabinum* — fr. 32 pr. cod. tit.

Heres institutus si putet testatorem vivere, quamvis iam defunctus sit, adire hereditatem non potest.

Ulpianus l. 7 *ad Sabinum* — fr. 13 § 1 cod. tit.

Si quis dubitet, vivat testator nec ne, repudiando nihil agit.

Sulla morte dell'ereditando non deve il dichiarante nutrire dubbio alcuno : per contrario vi deve essere la sicura persuasione. Nè l'erronea credenza che il testatore sia vivo o il dubbio in proposito lasciano di esercitare una tale influenza sulla validità dell'adizione quando in realtà il testatore sia morto e la delazione vi sia. La mancanza della certezza, la condizione soggettiva del dichiarante decide e fa rendere nullo l'atto. E quel che si dice della morte dell'ereditando, si ripete quanto alla certezza della sua capacità di avere eredi (fr. 32 § 2 h. t.), sull'apposizione o meno di condizioni all'istituzione e sull'avveramento della condizione apposta all'istituzione (fr. 35, 1, 17 ; fr. 32 § 1 h. t.) (1), sulla validità e genuinità del testamento (fr. 17 pr. 34 pr. 46 h. t.), sulla qualità propria di erede necessario o volontario (fr. 15, 16 h. t.), sulla causa della delazione, se, cioè, avvenga in base alla legge o in base al testamento (fr. 22 h. t.).

Pandette, pag. 789, n. 645 attribuisce, certo per equivoco, a Giustiniano il permesso di *agnoscere intra alienam vicem*. Egli riferisce anche all'accettazione preventiva il 38, 17, 1, 1, che dichiara però interpolato. L'interpolazione riesce dubbia assai, perchè il portato dal passo non si discosta da altre singolarità consentite a favore dei figli nel caso di prigionia del padre.

(1) Si tenne però valida la dichiarazione di colui che istituito puramente reputava di esserlo stato sotto una condizione effettivamente avveratasi, fr. 34, § 1, *h. t.*

§ 386.

Ma accanto a questi punti, in cui il requisito della certezza sugli elementi della delazione è posto come indiscusso e indiscutibile, noi troviamo sia qualche punto in cui questo carattere così sicuro viene a mancare, sia una certa tendenza a temperare le asprezze derivanti per certi riguardi dall'incondizionata applicazione di quel requisito. Come esempio della prima categoria abbiamo la disciplina del caso in cui l'errore o l'incertezza cada sopra la quota lasciata al chiamato. In prima liena viene il fr. 29, 2, 93 pr. (Paulus l. 3 *sententiarum*).

Pater quotiens filio mandat adire, certus esse debet, an pro parte an ex asse, et an ex institutione an ex substitutione, et an testamento an ab intestato filius suus heres existat.

Paolo parla qui della certezza che si esige nel padre che dà al figlio lo *iussus* di adire: ma non vi è differenza tra questa certezza e quella richiesta nel chiamato. In verità il vero chiamato è qui il padre e quel che si richiede per lui si richiede per l'erede che dichiara per sè di accettare o ripudiare. Se così è, secondo l'avviso di Paolo, la certezza sulla quota lasciata al dichiarante si dee porre allo stesso livello della certezza sulla causa della delazione. E poichè indubbiamente secondo il diritto civile l'incertezza sulla causa produce la nullità della dichiarazione, ne dobbiamo desumere che per Paolo è nulla la dichiarazione se l'erede non era certo della quota lasciatagli.

§ 387.

Ulpianus l. 8 *ad Sabinum* — fr. 29, 2, 25, 11.

Sed si mandavit quasi ex asse instituto et inveniatur ex parte, non puto ex iussu adire, quod si ex parte iussit potest ex asse adire, aliter atque si mandavit quasi ab intestato et ex testamento adiit: nam non puto quicquam egisse. at si ex testamento mandavit, poterit et ab intestato, quoniam non fecit deteriorem condicionem patris. idemque et si quasi instituto praecepit et inveniatur substitutus vel contra.

Si tratta anche qui dello stato della coscienza del padre, che dà al figlio lo *iussus* di accettare. Il padre ritiene che l'istituzione

abbia avuto luogo per tutta la eredità, *ex asse*, onde dà il mandato in questi termini. Invece si trova che la istituzione è per una sola quota dell'eredità. Per contro se il padre ha creduto che l'istituzione si riferisse ad una quota, ma in realtà comprendeva il tutto, il figlio può accettare validamente e si ritiene che abbia accettato colla volontà del padre. Riguardo alla divergenza sulla causa Ulpiano afferma, che se il padre ha dato lo *iussus* credendo che si trattasse di eredità legittima, non ha valore l'accettazione fatta della eredità testamentaria, mentra ha piena efficacia l'accettazione nel caso inverso. In tal caso secondo Ulpiano non si rende peggiore la condizione del padre. Lo stesso si dovrebbe dire quando l'errore si riferisce all'essere l'eredità lasciata per istituzione invece che per sostituzione, e viceversa. Il passo di Ulpiano studia la cosa da un punto di vista diverso da quello di Paolo : onde si potrebbe già per ciò voler spiegare la eventuale diversità di conclusioni. In realtà però la divergenza fra Paolo ed Ulpiano non ci pare seriamente contestabile. Infatti se vi è errore sia sulla quota, sia sulla causa, sia sul trattarsi di istituzione o di sostituzione, vuol dire che manca la certezza che Paolo esige senza ripieghi o distinzioni, e quindi vi è nullità. Per contro Ulpiano ammette la validità quando vi è errore su alcune delle enunciate circostanze.

§ 388.

Marcellus l. 9 *digestorum* — fr. 29, 2, 75.

Ex semisse Titius heres scriptus est: quadrantis bonorum possessionem per errorem petit. quaero an nihil actum sit an vero perinde omnia servanda sint, ac si quadrans nominatus non sit. respondit magis nihil actum esse, quemadmodum cum ex semisse scriptus heres ex quadrante per errorem adiit hereditatem.

Tizio è istituito erede in una metà dell'eredità : per errore chiede al Pretore il possesso de' beni di un solo quarto. Marcello domanda : la *agnitio* è nulla, o invece la si dee tenere per valida, come se del quarto non si fosse fatta menzione, epperò efficace per la metà effettivamente lasciata ? La risposta è recisamente per la nullità. Il paragone, che chiude il passo, vuol significare, che, come per la *agnitio bonorum possessionis*, così si dee rispondere, nelle identiche condizioni di fatto, per l'*aditio hereditatis*.

Ulpianus l. 7 *ad Sabinum* — fr. 21 § 3 eod. tit.

Si quis partem ex qua institutus est ignoravit, Iulianus scribit nihil ei nocere, quominus pro herede gereret. quod et Cassius probat, si condicionem, sub qua heres institutus est, non ignorat, si tamen exstitit condicio, sub qua substitutus est. quid tamen si ignorat condicionem exstitisse? puto posse adire hereditatem, quemadmodum si ignoret, an coheredis, cui substitutus est, repudiatione portio ei delata sit.

Notiamo subito che questo non facile passo ha eccitato la fantasia emendatrice de' commentatori e che non sono poche nè lievi le proposte di variarne la lezione. Ha molto seguito la lezione Haloandrina *sub qua institutus* invece di *sub qua substitutus*. Il Cuiacio vorrebbe togliere il *non* davanti a *ignorat*, introducendolo per contro prima di *posse adire* (1). Ma il testo può essere soddisfacentemente spiegato senza ricorrere a questi rimedi eroici. Ulpiano, riferendo l'opinione di Giuliano, pone la massima, che l'ignoranza della quota, per cui uno è istituito nel testamento, non gli è d'ostacolo all'accettazione. Questa massima, dice Ulpiano, è approvata da Cassio, il quale adduce in proposito un argomento. Il fatto che si tratta di una decisione addotta a sussidio della massima iniziale ci persuade che la nuova decisione deve riferirsi ad un caso analogo al precedente e quindi deve essere questione di mancanza di certezza sulla quota. Ed ecco il caso. Tizio è istituito sotto condizione per una quota e non ignora l'apposizione della condizione. Ma ad un tempo egli è pure sostituito sotto altra condizione nella porzione di un coerede. « *Titius heres esto ex semisse si navis ex Asia venerit, Sempronius heres esto ex altero semisse si navis ex Africa venerit, et si navis non venerit Titius ex eodem semisse heres esto* ».

Pongasi per un momento che siasi verificata la prima condizione e che Tizio abbia accettata la metà. Quando manchi la condizione sotto cui fu istituito Sempronio e quindi si avveri quella sotto cui Tizio fu sostituito, questi acquisterà l'altra metà *ipso iure*, perchè chi è chiamato a più porzioni non può accettarne una e ripudiarne un'altra : « *quoniam invito quoque ei accrescit portio* » (fr. 29, 2, 35 pr.). Ciò accade anche nel caso in cui la porzione del coerede si attribuisce a Tizio non perchè sia mancata

(1) *Ad Africanum*, I [ad fr. 29, 2, 46] (ed. neap., I, 1253 segg., cfr. III, 947).

la condizione dell'altra istituzione, ma perchè il coerede non ha accettato. È il caso finale addotto da Ulpiano come argomento. Il che importa che il caso precedente sia analogo : cioè, come nel caso finale Tizio acquista, anche senza sapere della delazione, la porzione del rinunziante, così nell'altro caso Tizio acquista la porzione del coerede, che non è più tale per mancata condizione, anche senza sapere che la condizione è mancata pel coerede e si è avverata per lui. In questi casi vi è sempre un'ignoranza del vero ammontare di quanto si acquista, perchè la mira è rivolta solo ad una quota, mentre in realtà la delazione si riferiva a due quote. Sostanzialmente questo è il senso del passo ed è quanto per noi importa. Che poi scendendo minutamente al suo esame si vogliano intendervi comprese altre ipotesi non essenzialmente diverse ; che si riferisca l'ignoranza all'avveramento della condizione della sostituzione piuttostochè a quello dell'istituzione, e l'avveramento anteriore, alla sostituzione anzichè all'istituzione, è indifferente (1).

§ 389.

Paulus l. 17 *ad Plautium* — fr. 5, 4, 5, 1.

Idem est in extraneo, si ex certa portione heres institutus sit, ex reliqua postumi. quod si forte ita institutio facta est : « quotcumque mihi nati erunt et Lucius Titius pro virilibus portionibus heredes mihi sunto », habebit haesitationem, numquid adire non possit, atque qui in testamento portionem suam nescit. sed utilius est posse eum adire qui nescit portionem, si cetera, quae oportet eum scire, non ignoret.

Nel principio del passo il giureconsulto aveva fatto l'ipotesi di un figlio che succede al padre credendo la madre incinta mentre non lo è. La decisione è, che il figlio sarà subito *heres ex asse*, malgrado ignori che appunto non vi sarà altro coerede. Nella parte da noi riferita si fa il caso di un erede istituito per una certa parte, mentre il resto è lasciato a' postumi. Il giurista dice che

(1) Sull'interpretazione di questo passo v. in vario senso Puchta, *Pand.* § 497, nota *a*, *Lezioni*, II, appendice XXIII, pag. 521 ; Muehlenbruch, XLII, pag. 422 segg. ; Köppen, *Sistema*, pag. 362 segg., nota 27, *Trattato*, §. 8, pag. 109, nota 3, pag. 114 nota 1 ; Vangerow, *Pand.*, III, § 498, osserv. n. II, 4, pag. 337 segg. ; Arndts, *Pand.*, § 507, nota 3 ; Vering, *Diritto ereditario*, pag. 487 segg., nota 5.

avviene lo stesso, come nel caso precedente. Ossia, se non vi saranno postumi, l'istituito sarà erede per il tutto a causa del diritto d'accrescere. Poi fa il caso di un'istituzione così concepita: « Istituisco eredi i figli che potranno nascermi e Lucio Tizio ». Paolo osserva subito che può sorgere difficoltà dal fatto che L. Tizio, siccome colui che ignora quale porzione può spettargli in base al testamento, non potrà accettare l'eredità. Ma egli conchiude che è più opportuno ammettere qui la possibilità dell'accettazione malgrado si ignori la quota, purchè vi sia la scienza degli altri elementi, che occorre conoscere per potere in genere accettare.

Anche questo passo ha dato luogo a lunghe dispute. Si sa che i giureconsulti romani si preoccuparono assai della condizione degli eredi, che erano chiamati insieme con nascituri. Volendo essi chiedere la loro porzione, come dovevano regolarsi? Dalla donna incinta poteva nascere un figlio, potevano nascerne due, tre. I giureconsulti ripetono tutte le più strane dicerie sparse sul possibile numero dei figli nascituri da una donna (cfr. fr. 46, 3, 36; 5, 4, 3, 1), non dissimulandosi la poca serietà di queste affermazioni. « *Nam multa de huiusmodi re tam varia et incredibilia creduntur* (1), *ut fabulis adnumerentur* » (fr. 3 § 1 cit.). L'Egitto pare riportasse la palma in questo strano *record*, per servirci di una espressione moderna. Si diceva che là molte avessero avuto « *uno utero septenos* », e si rammenta da tutti una donna di Alessandria, presentata ad Adriano come una meraviglia di fecondità, la quale aveva cinque figli « *ex quibus quattuor eodem tempore enixa* » (fr. 3 § 1 cit.). Altre favole registrano i giureconsulti, ma non mai così inaudite come quelle raccolte poscia da' commentatori, i quali, con un crescendo spaventoso, sono giunti a raccontare di Margherita d'Olanda « *quae sub Henrico imperatore uno partu trecentos et sexaginta liberos vivos edidit: aqua etiam lustrali postea expiatos* » (2). Lasciando in disparte queste ridicole panzane, era evidente la necessità di provvedere all'interesse del chiamato *pro parte* in questo caso. Se egli avesse chiesto la metà e poscia fossero nati due, avrebbe perduto la lite per *plus petitio*. E così se avendo chiesto un terzo, fossero nati tre. Si

(1) *Traduntur? dett.*

(2) Cfr. GOTHOFREDUS ad fr. 46, 3, 36.

finì per accordare interinalmente il quarto all'erede chiamato coi postumi, salvo a dividere poscia il di più se i nati fossero stati meno di tre, o a dargli tutto, se il quarto non giungeva a compimento. Il pretore però andò anche più oltre consentendo in casi assolutamente eccezionali una *petitio hereditatis incertae partis*. Così nel caso in cui all'eredità di uno concorrono figli di fratello già nati, e i nascituri di vari altri fratelli defunti che hanno lasciato le mogli incinte « *quam partem fratris filius hereditatis vindicet incertum est, quia quot edantur fratrum defunctorum filii incertum est* » (fr. 5, 4, 1, 5) (1). Ora nel caso del fr. 5 § 1 cit. le cose corrono assai più lisce, perchè la divisione in parti eguali è accertata e trattasi di coeredi postumi non derivanti da più madri, ma dalla sola moglie del testatore. Onde a più forte ragione si avrà qui la possibilità di rivendicare e, logicamente, quella di accettare. Anzi qui la *petitio* è ben determinata, perchè, come sopra vedemmo, è lecito rivendicare un quarto, supponendo che al massimo nascano tre gemelli.

Infine non è inutile rammentare che a stregua della c. 6, 51, 1, 5 di Giustiniano « *et clausis tabulis tam existere heredes quam posse adire, sive ex parte sint sive ex asse instituti* ». E poichè, naturalmente, prima dell'apertura del testamento è ben più facile che l'erede ignori se è istituito *ex asse* o *ex parte* e in qual parte, ne viene che oramai si ammette l'accettazione anche senza conoscere la parte per cui si è chiamati.

§ 390.

Ora di fronte a questi vari passi delle fonti quale può essere la forma che disciplini il requisito della scienza in quanto alla quota? Dovremo ritenere col Dernburg (2), che i giureconsulti romani non fossero d'accordo, come non lo sono i moderni? O vi è una possibilità di spiegare in qualche modo le decisioni che per avventura possano parere divergenti? Che la cosa non fosse troppo piana ci è mostrato da varî argomenti. Noi abbiamo già

(1) La chiusa del passo *non audenter — concedi*, che darebbe una portata generale alla *vindicatio incertae partis* è certamente fattura tribonianea. Cfr. Eisele, *Riv. della fond. Sav.*, XVIII, pag, 16.

(2) *Pand.*, III, § 161, nota 6.

rilevato la divergenza fra Paolo o Ulpiano quanto alla scienza del padre che dà al figlio lo *iussus* di accettare un'eredità ad esso lasciata. Ulpiano è certamente meno rigoroso. E questo minor rigore appare nell'accettazione del principio generale che l'ignoranza della parte per cui uno è istituito non impedisce l'adizione. Nel fr. 21 § 3 cit. egli sente il bisogno di corroborare il suo assunto coll'antorità di Cassio e di Giuliano. Ciò prova già come la disciplina giuridica fosse controversa. Ed il maggior rigore di Paolo appare nel cit. fr. 5 § 1 dove a mala pena egli ammette la validità dell'accettazione in un caso, in cui vi è un minimo di porzione già accertato. E dico a mala pena perchè egli allude alla dubbiosità — *habebit haesitationem* — e finisce per assentire come a cosa del tutto eccezionale — *utilius est*. Altra prova adunque della incertezza delle opinioni al riguardo. Anche il fr. 75 di Marcello accenna a dispute. Però dopo tutto si può ritenere, che in questo punto si sia derogato al rigore con cui si soleva esigere la scienza dell'erede per l'accettazione. Certamente in caso di errore sulla quota non si poteva tener valida l'accettazione. In particolare, ben nota il Dernburg (1), chi crede di essere *heres ex asse*, mentre lo è solo *ex parte*, dichiarando di accettare il tutto non ha certo la volontà di accettare anche la parte, poichè è cosa che merita ponderazione il decidersi ad entrare in rapporti con coeredi. Ma non ne deriva, che quando l'errore sia sulla parte, perchè uno si crede chiamato a più o meno, non però al tutto, esso sia irrilevante, o per lo meno non essenziale, come vorrebbe ancora il Dernburg. Tant'è che Marcello recisamente dichiara nulla l'adizione fatta espressamente per una parte mentre l'istituzione è per un'altra. Non rileva che la parte dichiarata sia maggiore o minore di quella veramente lasciata (2). In effetti l'espressa dichiarazione qui non lascia luogo a ripieghi. Più facilmente si può ammettere l'accettazione pur nell'ignoranza della vera quota; tanto più se c'è un minimo certo. Vuol dire che chi fa l'accettazione senza limitazioni, intende accettare quella qualunque quota che per avventura possa a lui spettare in definitiva. L'accettare senz'altro l'eredità si concilia benissimo coll'intenzione di prendere quel tanto che dall'eredità può pervenire (3). Ma certamente

(1) *L. c.*

(2) Cfr. Mühlenbruch XLII, pag. 426, nota 42.

(3) Karlowa, *St. del d. r.*, II, pag. 895 segg.

questo ragionamento non è senza obbiezioni. Se esso soddisfa al principio formalistico che vuole l'accettazione senza limitazioni o riserve, mal si accorda con quella pienezza di scienza che le fonti esigono relativamente ad un atto così grave com'è l'accettazione. Però non è da negare che il diritto classico è già in quest'ordine di idee e che il diritto ultimo vi accede decisamente.

§ 391.

Un altro punto in cui si recede dal rigore è quello relativo alla certezza sulla capacità del chiamato all'eredità. Anche qui però la cosa non è così semplice come si suole affermare. Certamente Ermogeniano (l. 3, *iuris epitomarum* — fr. 29, 2, 96) scrive in modo reciso:

Qui se pupillum falso existimans, cum esset pubes, pro herede gessit, quo minus heres existat, nihil error talis ei nocebit (1).

Ancora: Giuliano (l. 31 *digestorum* — fr. 35, 1, 21) pone la distinzione fra le *condiciones iuris* e le *condiciones facti*, richiedendo per queste non per quelle la scienza dell'avveramento. Quando si tratta di un requisito legale, basta che esista, anche se non lo si sappia.

... veluti si quis se filium familias existimat, cum sit pater familias, poterit adquirere hereditatem.

Ed Ulpiano (l. 8 *ad Sabinum* — fr. 29, 2, 34 pr.) cerca di assurgere ad una ragione, che spieghi perchè nuoccia il dubbio sulla condizione dell'ereditando, non quello sulla capacità propria di chi accetta.

Sed et si de sua condicione quis dubitet, an filius familias sit, posse eum adquirere hereditatem iam dictum est. cur autem, si suam ignoret condicionem, adire potest, si testatoris, non potest? illa ratio est, quod qui condicionem testatoris ignorat, an valeat testamentum dubitat, qui de sua, de testamento certus est.

Il richiamo ad una precedente affermazione fatta da Ulpiano si riferisce ad un passo della stessa sua opera (l. 6 ad *Sabinum* — fr. 29, 2, 6, 4).

(1) La *pro herede gestio*, di cui parla Ermogeniano, è probabilmente derivante dall'*agnitio bonorum possessionis*, come congettura il LENEL *Paling.*, (I, pag. 272, nota 2), in base alla appartenenza del passo.

Si is, qui putabat se filium familias, patris iussu adierit, cum neque sibi neque ei qui iussit quaesisse hereditatem constat: quamquam is, quem pater iussit adire et decessit, si adierit iam mortuo patre, obliget se hereditati, ut Julianus libro trigesimo primo digestorum scripsit: nam eum, qui dubitat, utrum filius familias an pater familias morte patris factus sit, posse adire hereditatem magis admittit.

In istretta relazione con questo passo sta quanto scrive a sua volta Paolo (l. 12 *ad Plautium* — fr. 29, 2, 74, 2-4).

Qui bona fide servit si quasi iussu domini adierit, non obligabitur. — Similis est huic statuliber, qui iussus ab herede adire hereditatem post condicionem libertatis existentem, cum hoc ignoraret, adiit. — De eo, qui heres institutus ab aliquo dubitat, an libertas ei ex testamento domini optigerit, cum nesciat condicionem libertatis exsistitisse vel hereditatem aditam, an adeundo heres fiat, videndum. Iulianus hunc diceret fieri heredem.

§ 392.

A nostro avviso bisogna ben tener distinte le varie ipotesi contemplate ne' passi riferiti. Chi è libero ma serve in buona fede, non può acquistare nè a sè, nè al possessore suo, come già abbiamo visto (1), perchè per sè non vuole e per il possessore non può. Lo stesso avviene per lo *statuliber* di cui ci parla Paolo. Stico è manomesso nel testamento del suo padrone sotto una determinata condizione. A lui era stata lasciata un'eredità e l'erede del suo padrone gli dà lo *iussus* di accettarla. Egli effettivamente l'accetta, ma nel momento in cui compie l'atto di accettazione si era già avverata la condizione che lo faceva diventare libero, ed egli ignorava del tutto questo avveramento, onde si credeva ancora schiavo. Quale sarà l'effetto? Anche qui l'accettazione non può tornare a vantaggio di Stico, perchè egli non volle acquistare per sè, nè può giovare all'erede che gli diede lo *iussus*, perchè non è chiamato, essendo cessato il rapporto di padronanza. Nella stessa condizione è il figlio di cui parla Ulpiano nel fr. 6 § 4. Egli si crede soggetto a potestà mentre non lo è. Il padre, credendolo soggetto a sè, gli dà ordine di accettare la eredità de-

(1) V. sopra § 96 segg., pag. 354),

ferita e il figlio ottempera allo *iussus*. Ben dice Ulpiano che il figlio non acquista nè a sè, nè al padre. Per sè no, perchè non vi è la volontà, pel padre no, perchè nè la eredità è a questo deferita, nè si può accettare per via di terzi. Ma Ulpiano in questo passo, riferendo la opinione di Giuliano, di cui nel fr. 35, l. 21, assevera, che se dopo dato lo *iussus* al figlio, il padre muoia e il figlio accetti, l'eredità gli è acquistata. Dal modo di esprimersi di Giuliano nel cit. fr. 21, pare che l'ignoranza della morte del padre non impedisca l'acquisto. Ma ciò mal si accorda con quanto scrive Paolo nel cit. fr. 74 a proposito del *bona fide serviens* e dello *statuliber*. Credo che nel passo di Ulpiano vi sia la soluzione dell'apparente divergenza. In effetti Ulpiano parla di uno che *dubitat* se sia o no *paterfamilias*, ossia, se sia morto il padre. E in tal caso la decisione si spiega. Chi dubita, prevede anche la possibilità che l'eredità possa acquistarsi a lui e se fa la dichiarazione vuol dire che è disposto ad assumere le conseguenze anche se il padre sia morto. Così è anche nel caso del fr. 74 § 4, dove lo schiavo liberato dubita se siasi avverata la condizione o se sia stata accettata l'eredità da cui dipende la sua liberazione. Ma se non vi sia dubbio, sibbene assoluta ignoranza e quindi ferma fiducia che il padre sia vivo e a lui vada l'eredità, come può attribuirsi questa a uno che non ha mai pensato di accettarla per sè ? In tal caso si applica lo stesso riflesso che ha guidato Paolo nel caso del *bona fide serviens* e dello *statuliber*. Ma quando non vi è questione sull'attribuzione ad altri, ma dubbio o ignoranza sulla capacità di acquistare per sè, s'intende che la volontà di acquistare vi è, e la sola questione che può sorgere è, se quello stato di incertezza o di ignoranza si concilii col principio che l'accettante deve avere piena conoscenza della validità dell'atto che pone in essere. Ulpiano, come vedemmo, dichiara indifferente la scienza della propria capacità fondandosi su ciò, che chi dubita della propria capacità non dubita della validità del testamento. Ma con ciò egli parte dal supposto che solo sulla validità del testamento vi debba essere certezza : il che non è certamente esatto. Nè troppo precisa è l'affermazione di Giuliano, che non nuoccia qui l'ignoranza, perchè si tratta di requisito legale per la validità dell'atto, non di condizione vera e propria. Si può forse dire che è valida l'accettazione nell'ignoranza o nel dubbio sugli altri requisiti legali ? E la capacità del testatore non è pur essa requisito legale ? A me

pare che questi tentativi di giustificazione non sieno troppo logici e palesino solo lo sforzo e la tendenza a liberarsi dal rigore antico sul principio della certezza. Rileva opportunamente il Karlowa (1), che se è certo che i giuristi classici hanno ritenuto indifferente l'ignoranza dell'accettante sulla propria capacità, non deve anticamente essere stato questo punto scevro di dubbi e risoluto senza distinzioni, come appare del resto dal modo talora esitante con cui si esprimono i passi citati. Chi paragoni l'affermazione recisa di Ermogeniano col *magis admittit* e coll'*hunc diceret fieri heredem* attribuiti a Giuliano si persuade facilmente del cammino che la nuova idea ha fatto fino a quel giurista che è già fuori de' limiti del diritto classico.

§ 393.

Il diritto pretorio fu meno inflessibile anche riguardo alla ignoranza sulla causa della delazione. Il diritto civile vuole che si sappia con certezza di essere chiamati per testamento o per legge e vuole la piena coscienza della validità del testamento (I. 2, 19, 7 ; fr. 29, 2, 22, 51 pr. 93 pr.). Il Pretore, nel caso in cui il figlio istituito erede sia incerto sulla sua successione per testamento, essendovi la probabilità di una *agnatio postumi* per cui *testamentum rumpitur*, mentre ad ogni modo potrà succedere *ex lege* se l'*agnatio* si verifica, concesse la *b. possessio* per la parte per cui il figlio ad ogni modo resterebbe chiamato (fr. 29, 2, 84 ; fr. 37, 4, 4 § 3, 5).

Ma del resto anche per il diritto civile si ammise la dichiarazione di accettazione in certi casi di dubbio, ne' quali l'incertezza non toglieva efficacia al valore giuridico della delazione. Così si è già osservato, che il dubbio sulla *testamenti factio* del testatore rende nulla l'accettazione dell'eredità. Ma Paolo (l. 12 *ad Plautium* — fr. 29, 2, 33) ci avverte che se l'erede « *dubitet, apud hostes decessit an civis Romanus, quoniam utroque casu est ius adeundi et in re est ut possit adire, dicendum est posse adire* ». Tizio cade prigioniero de' nemici lasciando un testamento. Si sa che è morto, ma si ignora se è morto durante la sua prigionia dopo essere fuggito. Il dubbio può parere a prima vista rilevante, ma non è. Infatti, o si suppone morto dopo liberato e allora *iure post-*

(1) *Op. cit.*, pag. 896, nota 1.

liminii ha ricuperato la cittadinanza ed il suo testamento riprende efficacia, perchè si finge che non sia mai stato prigioniero e che quindi non sia mai avvenuta quella *capitis deminutio maxima* che ne rende irrite le disposizioni di ultima volontà. O per contro si suppone che sia morto *in captivitate* e allora per la *lex Cornelia* si finge morto un momento prima di cadere nelle mani del nemico. Così che tanto nell'uno che nell'altro caso l'ereditando è morto cittadino, epperò capace di avere eredi. Il dubbio sul fatto non si riverbera sulla condizione giuridica, ond'è irrilevante.

§ 394.

La precedente esposizione ci persuade che la scienza certa di tutti gli elementi richiesti per la validità della delazione era un requisito indispensabile per la adizione. Vi è un noto passo di Papiniano (l. 24 *quaestionum* — fr. 50, 17, 76) che riassume nel modo più evidente il criterio direttivo al riguardo.

In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt.

È universale il consenso degli scrittori nel riferire questo passo alla nostra teoria (1). Certo se ad essa non si riferisce in ispecie, la comprende in genere e difficilmente si troverebbe una formola più precisa per definire il requisito in esame. Il quale mostra quale e quanta importanza attribuissero i Romani all'atto della accettazione o della rinunzia, se lo ponevano nel nulla inesorabilmente anche nel caso di mero dubbio e di fronte alla sussistenza di tutti i requisiti oggettivi. Il diritto vuole che solo quella parola sia decisiva, per accettare o rinunziare una eredità, che è il frutto di un esame serio e ponderato, fatto con la perfetta conoscenza di tutti gli elementi necessari per la decisione. Poichè la rinunzia toglie per sempre la eredità al chiamato e l'accettazione vincola questo per tutti i debiti, anche se superino le forze ereditarie, si volle che la relativa dichiarazione legasse solo quan-

(1) Cfr. in proposito GOTHOFREDUS, *Comm. ad tit. de reg. iuris ad h. l.* Il LENEL, *Palingenesia*, I, pag. 864 riferisce il passo all'editto «*cui heres non extabit*» (LO STESSO, *Edict. perpetuum*, § 207, pag. 334 segg.) per cui si ammetteva la *venditio bonorum mortui* a carico e nome di coloro «*quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere*» Gaio, III, 78).

do vi fossero tutte le garanzie di serietà. Sulla base di qualche testo, si è creduto di esprimere il concetto dominante in questo campo coll'aforisma: « *plus est in opinione quam in veritate* ». Un importante studio del Lotmar (1) ha largamente dimostrato la falsità di questo aforisma, che, con molta verosimiglianza, il chiaro professore attribuisce a' compilatori bizantini. Preso alla lettera quell'aforisma porterebbe a conchiudere, che la persuasione ha maggior valore della verità, epperò che la certezza del chiamato possa influire quand'anche la realtà non vi sia. La verità è che non vi ha prevalenza di un elemento sull'altro, ma che tanto i requisiti oggettivi (*veritas*), quanto i soggettivi (*opinio*) sono completamente eguali, egualmente voluti, egualmente coordinati al raggiungimento dello scopo che la legge si propone.

Però osserva opportunamente il Dernburg (2), che questo sistema rigoroso costituisce un'arma a doppio taglio. Esso tutela il chiamato, in quanto lo vincola solo quando si sia pronunciato scorgendo ben netta la posizione. Ma quando se ne abusi, esso rende incerta la dichiarazione e con questa una larga ed importante cerchia di rapporti. Ciò, secondo il Dernburg, spiegherebbe le quistioni sorte fra i giureconsulti. In realtà se, secondo l'antico rigore, si capisce come si tenesse strettamente al requisito soggettivo, si rende assai probabile la congettura che le gravi conseguenze derivanti da una nullità argomentata a fil di logica abbiano spinto i giuristi ad attenuare il rigore. E così ci spieghiamo come mano a mano il pretore e i respondenti abbiano receduto dagli antichi assiomi, ammettendo gradatamente che l'errore, il dubbio non nuocessero quando proprio non alteravano sensibilmente gli elementi di decisione. In particolare mi pare di scorgere chiara la influenza delle nuove idee nelle più recenti decisioni relative al dubbio sulla quota cui si è chiamati (3).

---

(1) Nel volume offerto a PLANCK, pel suo giubileo scientifico dalla Facoltà giuridica di Monaco (*Festgabe zum Doctor-Jubiläum* etc.), 1887, pag. 59 segg.

(2) *Pand.*, III § 161, nota, 5.

(3) Su tutta questa trattazione v. MÜHLENBRUCH, XLIII, pag. 415 segg.; VANGEROW, III, § 498, osserv.; ARNDTS, § 507, note 2, 3; BRINZ, *Pand.*, 2ª ed., III, § 394, pag. 186 segg.; VERING, *Diritto ereditario*, pag. 486 segg.; KÖPPEN, *Sistema*, pag. 350 segg.; *Trattato* pag. 103 segg.; KARLOWA, *St. del dir. rom.*, II, pag. 395 segg.; LOTMAR, *op. cit.*, in ispecie pag. 67 segg.

§ 395.

Sui requisiti, di cui ci siamo finora intrattenuti, vi è incertezza anche di fronte alle legislazioni moderne. Rammentiamo che sostanzialmente due sistemi tengono il campo in queste. Quello che, sulle tracce del diritto romano, non fa diventare eredi se non coloro che hanno manifestato la loro volontà in tal senso e quello che senz'altro *ipso iure* fa diventare eredi i chiamati, salvo a costoro il diritto di accettare definitivamente quanto fu loro dalla legge attribuito, o di ripudiarlo. Talchè anche in questo ultimo sistema si parla di accettazione e di rinuncia, ma in senso profondamente diverso dal primo; nel senso in cui si parla di *immiscere se* e di *abstinere se* riguardo agli eredi *sui* romani. Potrà la diversità di sistema esercitare una qualche influenza sui due punti da noi esaminati: sul requisito, cioè, della delazione e della certezza sugli elementi essenziali di questa? Vi ha chi appunto dal fatto che l'erede è senz'altro posto nel possesso della qualità ereditaria deduce l'inapplicabilità dei principî romani (1). Invece l'illustre prof. Filomusi-Guelfi (2), pur riconoscendo la profonda differenza fra i due sistemi, assume, che tale differenza non si estende al punto da non permettere di invocare un principio di diritto romano, che può ben essere un principio più alto, applicabile anche a sistemi diversi, e appunto ritiene che tale sia il principio romano il quale esige che la delazione sia avvenuta perchè l'eredità possa essere accettata o ripudiata. Che la soluzione della questione non sia strettamente legata col sistema di acquisto è provato già da ciò, che nella dottrina austriaca, di fronte ad un modo di acquisto che non solo esige dichiarazione, ma anche dichiarazione giudiziale, prevale l'avviso che l'accettazione e la rinunzia si possono fare anche prima della delazione effettiva, purchè dopo l'apertura della successione (3) e da che

(1) V. Aubry e Rau, VI, § 610, pag. 371. Cfr. *Protocolli della seconda Commissione* pel prog. di cod. civ. germ., V, pag. 625.

(2) *Op. cit.*, n. 54, pag. 416, n. 5.

(3) V. Unger, *Diritto ereditario*, § 36, nota 9, § 37, nota 2; Krainz-Pfaff, *Sistema del dir. priv. generale austriaco*, II, § 509, pag. 558, nota 18. Cfr. pure Meissels, *Riv. di Grünhut*, XIX, pag. 42 segg., il quale però tenta una spiegazione che in sostanza ridurrebbe il sistema dell'accettazione a quello dell'acquisto *ipso*

il nuovo codice civile germanico, pur accettando il sistema dell'acquisto *ipso iure*, ha espressamente dichiarato (§ 1496) (1), che l'accettazione o la rinunzia si possono fare anche prima della effettiva delazione, purchè dopo l'apertura della successione (2). A mio avviso non si può dubitare che nel sistema del nostro codice non occorra attendere la effettiva delazione per poter accettare o rinunziare. In generale per noi è lecito in prevenzione dichiarare di voler accettare o repudiare un diritto eventuale (3) e finchè il diritto positivo non pone un limite a ciò, non possiamo coartare quella libertà. Sarà questione di diritto costituendo se convenga tornare al sistema romano per le volute garanzie di serietà che esso offre (4), o se sia più opportuno non esercitare sul chiamato questa molesta tutela imponendogli garanzie cui egli non tiene (5). Ma dove non vi sia limite, come potremo noi trovare un fondamento per la restrizione? Invano l'illustre prof. Filomusi-Guelfi argomenta dall'art. 951 cod. civ. it., che dà il mezzo di costringere l'erede chiamato in prima linea a dichiararsi e quindi tutela l'interesse dell'eventuale chiamato. Innanzi tutto come può parlarsi di ciò quando il primo è chiamato sotto condizione? D'altra parte quell'articolo mira a far acquistare al più presto l'eredità al secondo. Ma che bisogno ha di ciò colui che vuol subito rinunziare a una eredità, cui è ulteriormente chiamato? Ed ancora: disposizioni analoghe si trovano in leggi che pur permettono l'accettazione o rinuncia preventiva, appunto perchè esse hanno uno scopo del tutto diverso.

---

iure, e ad ogni modo invoca il ritorno al sistema romano, ritenendolo più provvido. V. su questo scrittore, FADDA e BENSA su WINDSCHEID, II, 1, pag. 879 segg.

(1) Contro il § 2033 del primo progetto, che ammetteva la dichiarazione di accettazione o di rinunzia solo dopo che fosse cominciato a decorrere il termine di rinunzia, decorrenza che esigeva la scienza della delazione.

(2) Cfr. RITGEN in PLANK, *Comm.* sul § 1496, pag. 42 segg.; HERZFELDER, *Comm.* sul § 1496, pag. 70; FROMMHOLD, *Comm.* sul § 1496, pag. 28; STROHAL, *Il dir. ered. tedesco*, 2ª ed. (1900), § 61, III, pag. 300 nota 6; ENDEMANN, *Introduzione allo studio del codice civile*, III (6ª ed.), § 79. nota 10, pag. 345; MATTHIASS, *Trattato del dir. civ.* (3ª ed.), II, § 164 B, pag. 535; COSACK, *Trattato del dir. civ. tedesco* (1900), II, § 376, VI, pag. 691.

(3) Cfr. FADDA e BENSA, *l. c.*

(4) Cfr. MEISSELS, *l. c.* e v. FEDERICO MOMMSEN, *Progetto di una legge dell'imp. germ. sul diritto ereditario*, pag. 287 segg.

(5) Cfr. *Protocolli cit. l. c.* e i varii autori. Però non mancano in Germania voci discordi. V. ENDEMANN, *l. c.*

§ 396.

Quanto alla sicura conoscenza di tutti gli elementi sostanziali relativi alla delazione la cosa è alquanto più grave, benchè qualcuno *a priori* respinga le esigenze del diritto romano come troppo rigorose. Di fronte a certe leggi positive si ha una base per la soluzione. Così il § 799 del codice civile austriaco esige che colui, il quale richiede di essere posto nel possesso di una eredità, deve dimostrare al tribunale il titolo giuridico della chiamata, se per disposizione di ultima volontà, per contratto ereditario valido o per legge e dichiarare espressamente che egli accetta l'eredità (1). Il nuovo codice civile germanico (§ 1449) tiene per non avvenuta l'accettazione quando l'accettante era in errore sulla causa della delazione, ed estende la rinunzia a tutte le cause di delazione note al dichiarante. Pel diritto italiano è importante l'articolo 942 del nostro codice civile. Il prof. Filomusi-Guelfi (2) argomenta da questo articolo che nè il dubbio nè l'errore sulla ragione della vocazione rendono nulla l'accettazione. A suo avviso, dalla circostanza che quando viene a scoprirsi un nuovo testamento, del quale non si aveva notizia al tempo dell'accettazione, non è questa nulla, ma si provvede all'interesse dell'erede limitando *intra vires hereditatis*, e salva la legittima, l'obbligo di pagare i legati disposti nel nuovo testamento, se ne deve dedurre che in genere non vi è nullità per l'errore sulla causa. Se tutto si limitasse a questa disposizione, la conclusione del Filomusi sarebbe alquanto dubbiosa, perchè si potrebbe osservare che lo avere così la legge disposto per un caso speciale non prova che si tratti di una disposizione di carattere generale. Per me è decisivo tutto il contesto dell'art. 942. Il quale pone la norma generale, assoluta, che l'accettazione della eredità non si può impugnare, salvo che sia stata la conseguenza della violenza o del dolo. Onde ci troviamo di fronte ad una disposizione, che esclude ogni altra causa di impugnativa e quindi anche quella per errore, sia sulla causa, sia sulla capacità della persona, sia sulla validità della delazione e così via. A rigore non si sarebbe

(1) Cfr. UNGER, *op. cit.* § 36, nota 8.

(2) *Op. cit.*, n. 53, pag. 416.

potuto rimediare nemmeno pel caso di scoperta di nuovo testamento: il caso più caratteristico e in cui più si raccomanda il rispetto alla buona fede dell'erede. L'ultimo alinea però ha provveduto per questo caso, tenendo l'erede al coperto da ogni responsabilità pei legati imprevisti. Vuol dire che con ciò si rafforza la disposizione iniziale, che esclude ogni impugnativa per errore. La disciplina del nostro legislatore va al polo opposto della romana. Questa si preoccupava di una seria deliberazione per parte del chiamato: il nostro legislatore per contro si preoccupa della sicurezza de' terzi, che debbono poter contare sulla irrevocabilità dell'avvenuta delazione. L'arma a doppio taglio, di cui, come vedemmo, parlava il Dernburg, vi è ancora, ma in senso completamente opposto. Forse non tutte le ragioni che si sono venute esponendo nella preparazione legislativa del codice germanico sono decisive. Certamente però il rigore del nostro legislatore poteva essere in qualche modo temperato, ponendo in armonia gli opposti interessi.

§ 397.

Quando sugli elementi essenziali della delazione vi era la voluta certezza, non aveva importanza qualunque errore, ignoranza o incertezza su altri punti. In particolare è da rilevare che non aveva alcuna influenza l'errore sulla consistenza dell'asse ereditario, a modo che se altri, credendo trattarsi di una eredità vantaggiosa, si fosse poscia trovato di fronte ad un patrimonio completamente oberato, non per ciò poteva sottrarsi alle gravose conseguenze dell'accettazione.

Gaio II. 163 — Inst. 2. 19. 5.

Sed sive is cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditariis, sive is, cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit, postea relinquendae hereditatis non habet facultatem.

Si fa eccezione pel *minor XXV annis* al quale, come sempre quando si trovi danneggiato da un negozio da esso concluso, così anche «*si temere damnosam hereditatem susceperit*», il pretore accorda la restituzione in intero (Gaio e Inst. ll. cc.). Ma Gaio soggiunge:

Scio quidem divum Hadrianum etiam maiori XXV annorum veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, apparuisset.

Questo caso così singolare è largamente commentato dall'annotatore augustodunense di Gaio (§ 28-33), il quale conferma, che qui non si può parlare di *restitutio*, se non vi sieno le speciali cause di questa — « *nisi exhibuerit interdum iustas causas* » — e che l'esonero si può solo ottenere facendo ricorso all'imperatore. « *Nam facile impetrantur ab imperatore ea quae iam ab alio impetrata sunt: aliud est novum beneficium petere, aliud est id petere cuius extant exempla* ». Così che non può ammettersi collo Schrader (1), che il maggiorenne ottenesse in questo caso la restituzione in base alla clausola generale dell'editto. Giustiniano nelle sue Istituzioni si limita a menzionare il rescritto di Adriano, come un caso isolato (2). Ma il commentatore di Gaio sembra accennare a qualche cosa che nella pratica si poteva ripetere.

Anche qui, al solito, si fa un'eccezione a favor de' soldati. Giustiniano (l. c.) ci riferisce che Gordiano accordò in genere ai militari, nel caso in cui l'eredità si fosse poscia palesata passiva, che non fossero tenuti *ultra vires* (c. 6, 30, 22 pr.). Ma si noti bene, che qui non cessa la qualità ereditaria, nè s'infirma l'accettazione, ma solo si limita la responsabilità dell'erede.

§ 398.

L'errore non dà luogo a impugnativa dell'accettazione nemmeno quando esso sia la conseguenza del dolo altrui. Si riferisce a questo punto il seguente passo.

---

(1) Ad Inst.. 2, 19, 6, Benchè non si spieghi chiaramente, pare che anche il Maynz, III, § 402. pag. 445 ritenga trattarsi di *rest. in integrum*. Opportunamente il Ferrini, *Sui frammenti giuridici del palinsesto di Autun*, pag. 12, respinge la lezione del § 32: « *possunt in integrum restitui a praetore* », perchè il testo contrappone precisamente la restituzione del maggiorenni per rescritto a quella de' minorenni per ministero del pretore.

(2) Il fr. 12, 6, 2, 1 (Ulp., 1, 16 *ed Sabinum*), sebbene accenni con le identiche parole di Gaio alla posteriore scoperta di debiti, ed a un rescritto di Adriano, così da far supporre che in base alla concessione fatta da questo imperatore si sia poscia ammessa la *restitutio* anche del maggiorenni per la posteriore scoperta di debiti, non si riferisce alla nostra questione, ma alla responsabilità dell'erede per il pagamento dei legati. Cfr. Schrader, *l. c.* Del resto con tutta probabilità le parole che accennano al rinvenimento di nuovi debiti sono interpolate, come congettura il Lenel, *Palingenesia*, II. pag. 1056, n. 2545, nota 3.

Furius Anthianus l. 1 *ad edictum* — fr. 4, 3, 40.

Is, qui decepit aliquem, ut hereditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur, nisi fortasse ipse creditor erat et solus erat: tunc enim sufficit contra eum doli mali exceptio.

Qui si fa il caso di uno che con raggiri fraudolenti persuade altri ad accettare un'eredità, che poi si scopre dannosa. L'ingannato non cessa per ciò di essere erede, perchè la *restitutio ex capite doli* non fu accordata in generale, ma solo per casi speciali tassativi, fra cui il nostro non è compreso (1). Ma, avendo egli sofferto danno in seguito all'accettazione, può rivolgersi contro l'autore de' raggiri e farsi risarcire il danno colla *actio doli*. Però talora si fa a meno di questa azione, che pel suo carattere infamante è meramente sussidiaria e si accorda solo quando non vi sia altro mezzo per riparare le conseguenze dannose de' raggiri dolosi. Pongasi che l'autore di questi sia creditore ereditario ed unico creditore. Il danno per l'erede può consistere solo nel dover pagare a costui il suo credito. Orbene, senza ricorrere all'*a. doli*, basta qui rendere inefficace l'azione del creditore opponendole l'*exceptio doli*. Per tal modo l'erede riesce a sventare le trame del creditore, che, per aver un debitore solvente, lo ha persuaso ad accettare un'eredità insolvente.

§ 399.

Diversamente avviene quando la dichiarazione di accettare sia stata estorta con violenza. Malgrado le gravi controversie che si sono agitate nella scienza romanistica quanto all'influenza del *metus* sulla validità de' negozi giuridici, è certamente da ritenere, che la dichiarazione estorta per violenza compulsiva è valida, ma annullabile (2). Lo stesso deve in ispecie dirsi per la dichiarazione di accettare o di ripudiare un'eredità.

Paulus l. 11 *ad edictum* — fr. 4, 2, 21, 5.

Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum essem noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

(1) Cfr. Windscheid, *Pand.*, I, § 118, nota 6; Dernburg, *Pand.*, 6ª ed., I, § 139, dag. 323.

(2) Cfr. da ultimo Ferrini, *Manuale*, pag. 218 segg.

Papinianus l. 30 *quaestionum* — fr. 29,2, 85.

Si metus causa adeat aliquis hereditatem, fiet ut, quia invitus heres existat, detur abstinendi facultas.

I due giureconsulti affermano nel modo più sicuro, che l'accettazione è valida e produce il suo effetto — *me heredem effici*; *heres existat* — facendo diventare erede l'accettante. È l'applicazione del principio che colui il quale per timore dichiara, sebbene lo faccia costretto, tuttavia ha voluto. La volontà sarà viziata ma non manca. E se volontà vi è, non si può parlare di nullità. Ma il diritto, naturalmente, non può tenersi indifferente di fronte a un fatto di tal genere. Si è voluto in forza di un motivo che l'ordinamento giuridico deve reprimere, onde si dovrà venire in soccorso di colui che per violenza ha dovuto dichiarare. I rimedi in generale sono l'*actio quod metus causa*, l'*exceptio quod metus causa*, e la *restitutio in integrum*, per cui si paralizzano gli effetti della dichiarazione viziata. Qui il pretore interviene e pone l'erede nella condizione in cui si trova il *suus*, che non ha voluto ingerirsi nell'eredità paterna. Ciò esprimono Papiniano e Paolo colle parole *abstinendi facultas tribuatur, datur.* Così che la vittima della violenza sarà bensì *heres* per stretto diritto, ma il pretore lo considererà in pratica e per ogni riguardo come se mai *heres* sia stato. Oltre a ciò, naturalmente, l'*heres* avrà l'*a. quod metus causa* per essere risarcito di ogni danno, contro l'autore della violenza e contro chiunque di questa abbia profittato.

§ 400.

Ma di fronte a queste testimonianze così evidenti, noi abbiamo un passo che sembra ad esse recisamente contrario.

Ulpianus l. 6 *ad Sabinum* — fr. 29, 2, 6, 7.

Celsus libro quinto decimo digestorum scripsit: eum, qui metu verborum ( )*, vel aliquo* (2) *timore coactus fallens* (3) *adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere.*

---

(1) *Verberum* secondo vari scrittori indicati in SCHULTING-SMALLENBURG, *Notae ad h. l.* V. pag. 125.

(2) *Atio quo* MOMMSEN.

(3) *Pallens* BRENCMANN — *nolens* MOMMSEN.

Ulpiano qui riferisce testualmente l'affermazione di Celso, secondo cui sarebbe opinione ricevuta, che se alcuno per timore accetti una eredità *fallens*, nè diventa erede se è libero, nè rende erede il padrone se schiavo. Così che l'influenza del timore sulla validità è ben diversa da quella affermata in Papiniano e in Paolo. Non è un'accettazione valida ma annullabile, secondo Celso, ma nulla, assolutamente inefficace, che non fa diventare erede il dichiarante o il *dominus* di lui. Si capisce facilmente che un testo così decisamente contrario ad altri due, abbia dato la stura a non picciol numero di congetture e di proposte. Sopra tutto questo passo, con altri pochi, ha servito di base all'opinione di coloro che normalmente vogliono nullo l'atto infetto da violenza. A' più è sempre però sembrato, che la particolare decisione debba attribuirsi ad una particolarità di fatto e la trovano nel *fallens*, che certamente aggiunge qualche cosa al semplice fatto della violenza contemplato negli altri passi. Ma sul significato da attribuire al *fallens* essi non sono punto d'accordo. Vi ha chi sostiene trattarsi qui di dichiarazione fatta in segreto, che sarebbe perciò nulla. Altri vuole che vi sia qui una dichiarazione voluta sì, ma posta solo per apparenza e tale da rendere avvertiti i terzi che non si tratta di dichiarazione seriamente voluta. La grande maggioranza degli interpreti, dalla Glossa fino ai più recenti, riferisce il *fallens* alla simulazione. Colui che è stato minacciato ha bensì fatto la voluta adizione, ma in precedenza ha segretamente dichiarato, che non intende fare una seria accettazione (1). Il Ferrini (2), pur facendo capo anch'egli ad una simulazione o riserva mentale, afferma che il testo è sicuramente guasto.

§ 401.

Il testo in realtà si presenta alquanto strano per ciò che esso parla di violenza esercitata sullo schiavo e senz'altro dà ad essa importanza decisiva. Ora riguardo all'accettazione di un'eredità lasciata allo schiavo due sono le volontà occorrenti: quella dello

(1) Su queste varie opinioni cfr. WINDSCHEID, *Pand.*, I, § 80, nota 2; DERNBURG, *Pand.*. I, § 103. nota 24; PININSKI, *L'elemento di fatto nell'acquisto del possesso di cose* (*d. Thatbestand d. Sachbesitzerwerbes*), II, pag. 403 segg., nota.

(2) *Manuale*, n. 178. n. 1, pag. 220.

schiavo, perchè, se egli non vuole la eredità, non può essere costretto ad accettarla e quella del *dominus* che deve in precedenza dare lo *iussus*. Celso non parla affatto di questo, come non parla di violenza esercitata sul padrone per darlo. È logico l'indurne, che lo *iussus* vi era e che non era stato estorto con minacce. Se non vi fosse stato, l'adizione si sarebbe dovuta dir nulla già per tale mancanza, nè occorreva far capo all'elemento discutibile della violenza. Se fosse stato estorto, lo si sarebbe detto. La precedenza dello *iussus* liberamente dato rende però strana la violenza esercitata sullo schiavo. A meno che non si dica, che la violenza è esercitata dal padrone, di fronte alla ribellione dello schiavo. Ma anzitutto di ciò non è accenno in Celso e d'altra parte, per quanto indubbiamente il consenso dello schiavo sia necessario, esiterei assai ad ammettere che si annullasse del tutto la dichiarazione, quando in genere la violenza non produce la nullità del negozio giuridico. Così che per quanto riguarda il caso dello schiavo, noi non troviamo la cosa affatto chiara. Si può è vero, argomentando sottilmente, dire, che Celso presuppone uno *iussus* in cui la deliberazione sia rimessa al prudente criterio dello schiavo (cfr. 29, 2, 25, 9). Ma è facile rispondere che per tal modo si fa tacere quella che sarebbe circostanza decisiva; che il testo è concepito in termini troppo generici per poter considerare come verosimile una restrizione del caso. Tutto ciò mi fa pensare, che qui la mano de' compilatori abbia alterato il passo a modo che non sia troppo piana la sua spiegazione. Certamente il passo non può alterare la regola della semplice annullabilità dell'adizione estorta con violenza e certamente il nodo della questione è in quel *fallens*, che dà luogo a tante congetture (1). Tutt'al più dovremo dire che non ci consta quale sia questo caso eccezionale in cui la violenza, accompagnata ad un altro elemento, a quello del dolo, produce nullità. Ma è molto verosimile che si tratti di una dichiarazione oscura, incompleta (fr. 18, 1, 43, 2), che il violentato ha emesso per trarsi d'impaccio, secondo l'avviso del Pininski (2). Pretendere di specificare ancor più ci pare arbitrario. Si può arrivare a configurare ipotesi disparate, che si accordano

(1) Sebbene non sia da tacere, che i Basilici (XXX, 14, 6 — Heimbach, III, pag. 610), riassumendo in brevi parole il passo sopprimono il cenno del *fallens* e parlano solo dell'accettazione coatta.

(2) *L. c.*

colla conclusione della nullità assoluta, ma non si potrà con sicurezza dire che ad esse alludeva Celso.

§ 402.

Il bisogno della certezza esige che la dichiarazione di accettare sia fatta puramente e semplicemente. Le fonti romane non lasciano luogo a dubbi in proposito. Il fr. 50, 17, 77 (Papinianus l. 28 *quaestionum*) enumerando gli « *actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem* » pone fra essi la *hereditatis aditio* ed afferma che gli atti di tal genere « *in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem* ». Africano (1, 4 *quaestionum*) nel fr. 29, 2, 51, 2 così scrive:

Sed et si quis ita dixerit: « *si solvendo hereditas est, adeo hereditatem* » *nulla aditio est.*

L'*actus legitimus*, come è stato ripetuto più volte, è l'atto solenne dell'antico diritto; il negozio giuridico disciplinato a stregua dell'antico diritto (1). Gli esempi (poichè non si ha qui una enumerazione tassativa, ma solo esemplificativa) sono tutti relativi ad atti solenni antichi e si deve ai compilatori giustinianei la alterazione per cui si sono compresi atti che nulla hanno di formale e di solenne. L'*emancipatio*, ad esempio, fu certamente sostituita alla *mancipatio*, che non tollerava certo condizioni (*Vat. fragm.* § 329). L'*aditio hereditatis* ha del pari preso il posto della *cretio* (2); essa infatti non può annoverarsi fra gli atti dell'antico diritto per nessun riguardo: non per l'epoca in cui sorse, non per la maniera con cui si fa. Nel diritto antico la ragione dell'esclusione delle modalità non risiedeva tanto nella forma, così varia del resto, quanto nell'organismo dell'atto e nella legge della simultaneità tratteggiata dallo Ihering, per la quale l'atto e il suo effetto, la dichiarazione di volontà e la sua attuazione non potevano scindersi in ragione di tempo. In tal modo per l'antico diritto vi era una sola ragione, che spiegava l'esclusione

(1) Cfr. MOMMSEN, *Riv. della fond. Savigny*, XII, pag. 270; WLASSAK in PAULY-WISSOWA, *Real-Encyclopaedie*, V. *actus* 3), vol. I, pag. 331 segg. V. pure WINDSCHEID, *Pand.*, 1, § 95, nota 2 (e sovr'esso FADDA e BENSA, I, 1, pag. 1020 segg.) nonchè la bibliografia ivi indicata.

(2) Cfr. da ultimo FERRINI, *Manuale*, pag. 787, nota 7.

riguardo a quelle varie figure contemplate nel fr. 77. Nel diritto classico e nel giustinianeo la esclusione della condizione ha carattere eccezionale ed è motivata da ragioni speciali al singolo atto. Talora essa deriva dalla necessità di una volontà seria, ponderata, decisa, conducente senz'altro allo scopo o da quella della certezza di rapporti giuridici. Tal'altra è il principio logico di contraddizione che esclude ogni modalità o almeno alcune. Di quest'ultima specie è l'esclusione nell'*acceptilatio*, perchè questa altro non è se non la dichiarazione solenne di avere ricevuto e chi solennemente e recisamente afferma il fatto del pagamento non può soggiungere che ha ricevuto se avverrà un certo avvenimento o a partire da un giorno determinato. Il fatto è o non è: le modalità qui sono assurde. Rientra invece nella prima categoria l'esclusione della condizione e del termine riguardo all'accettazione dell'eredità. Che ragioni gravi o decisive consiglino tale esclusione è dimostrato dal consenso unanime delle varie legislazioni in proposito. A partire dal diritto romano per giungere fino al recentissimo codice germanico (§ 1947) tutte le leggi vogliono un'accettazione pura e semplice (art. 929 cod. civ. ital.). Questo unanime consenso si spiega facilmente trattandosi di atto che da un canto esige una volontà ferma e decisa, determinata da elementi contemporaneamente presenti alla mente di chi deve scegliere e dall'altro non può essere lasciato nella incertezza di fronte a' terzi che da esso debbono prendere norma. La ragione dell'esclusione mostra che questa non si deve solo limitare alla condizione vera e propria, ma anche a quella *in praesens vel in praeteritum collata*, perchè l'accertare l'esistenza del fatto passato o presente può richiedere un tempo tanto lungo quanto l'attesa di un fatto avvenire e perchè d'altra parte anche in queste modalità manca la contemporanea presenza alla mente del dichiarante di tutti gli elementi necessari per la decisione.

Come abbiamo detto la modalità annulla del tutto il negozio. Non si potrebbe ricorrere qui al ripiego, adottato dal diritto romano per gli atti *mortis causa*, di tener ferma la dichiarazione e di cancellare la modalità, perchè con ciò si andrebbe contro la volontà espressa del dichiarante. La legge può ben aver ragione di escludere la condizione o il termine, ma in tal caso deve tenere per non avvenuta la dichiarazione, la quale, così come è non si deve attuare, ma non si deve modificare senza togliere il carat-

tere di dichiarazione di volontà della parte. Onde ben dice il fr. 77 che gli *actus legitimi* per l'aggiunta di una modalità *in totum vitiantur*. Ciò è ripetuto nel cit. fr. 51 § 2: « *nulla aditio est* ».

È facile intendere che quanto abbiamo finora detto si riferisce all'accettazione ed alla rinunzia in qualunque modo del resto esse avvengano. Ma quanto alla *pro herede gestio* non sarà inutile qualche osservazione. Vi può essere volontà pura e semplice di accettare, manifestata con un atto condizionale. La vendita condizionale come in genere ogni atto di disposizione delle cose ereditarie, importa ingerenza tale che non può essere consentita se non all'erede. Chi per tal modo dispone dimostra di voler esser erede. A meno che l'atto di disposizione non abbia alcuna efficacia attuale, ma questa sia fatta dipendere dall'accettazione, che per avventura possa aver luogo. Non vi sarebbe quindi *pro herede gestio* quando si fosse venduta una cosa ereditaria per il caso in cui il venditore si decidesse ad accettare la eredità. Ma qualunque atto di effettiva disposizione, anche se accompagnato da riserva, non avrebbe tal carattere: della riserva si deve qui dire che *protestatio facto contraria non valet.*

§ 403.

La eredità ha da essere accettata così com'è deferita o per legge o per testamento. Conseguentemente si deve accettare tutto quanto si è deferito e non prendere una parte ripudiando l'altra. Ciò è vero tanto se uno sia chiamato a tutta l'eredità, quanto se a parte soltanto di essa.

Paulus l. 2 *ad Sabinum* — fr. 29, 2, 1.

Qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest.

Ulpianus l. 4 *ad Sabinum* — fr. 2 eod. tit.

Sed et si quis ex pluribus partibus in eiusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam adgnoscere.

Paulus l. 5 *ad legem Iuliam* — fr. 80 pr. § 1 h, t.

Si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem omittere non possum nec interest, in quibusdam habeam substitutum nec ne. — Idem puto etiam, si aliis mixtus heredibus ex pluribus partibus heres institutus sim, quod et hic adeundo unam portionem omnes adquiro, si tamen delatae sunt.

Certamente se uno è da solo chiamato, per legge o per testamento, a tutta l'eredità non si può pensare alla possibilità di una accettazione parziale, anche se, p. e., il testatore lo abbia chiamato separatamente alle diverse porzioni. L'eredità vacante ritornerebbe per accrescimento all'unico erede. Ma la ragione della nostra regola non sta in ciò. Tant'è che essa vige anche quando più sieno gli eredi, epperò le porzioni, che uno per avventura lasci vacanti, possono acquistarsi dagli altri. Non basta. Essa, come ci dice il fr. 80 pr., vige anche quando il testatore, chiamando a varie porzioni, abbia per ciascuna nominato un sostituto. Ed ancora la regola vale non solo per l'eredità, ma anche per i legati. « *Legatarius pro parte adquirere, pro parte repudiare legatum non potest* », afferma Pomponio (1, 6, *ad Sabinum* — fr. 38 pr. *de leg.* I [30]. La ragione è che la vocazione deve essere presa così com'è ed accettata o ripudiata per quel che è, senza restrizioni fondate sulla volontà del chiamato.

§ 404.

Merita una particolare menzione un testo che ha dato luogo a gravi dispute, come quello che sembra in antitesi colle precedenti risultanze.

Javolenus l. 4 *epistularum* — fr. 29, 2. 76.

Si tu ex parte sexta sub condicione institutus fuisses heres et omittente partem suam Titio, cui substitutus eras, substitutione adisses, deinde condicio iure sextantis extitisset, quaero, an adire necesse habueris, ne sextans tuus intereat, respondit: nihil interest, utrum ex substitutione prius adierim an ex prima institutione, cum ab utraque causa una aditio sufficiat: sextans itaque, qui sub condicione datus mihi est, ad me solum pertinet. — § 1. Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, numquid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses? respondit: non dubito, quin, si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut amittere velim aut vindicare.

La prima parte del passo non dà luogo a difficoltà: anzi è in base ad essa che scompaiono le difficoltà che sorgono dalla seconda. In un testamento vi è Primus istituito sotto condizione per una sesta parte, in un'altra parte è istituito Tizio e gli viene sosti-

tuito lo stesso Primus. Non avendo Tizio accettato l'eredità, Primus come sostituito accettò la parte lasciatagli per tal titolo. Poi si verifica la condizione sotto la quale Primus fu istituito in una sesta parte. La questione è se Primus abbisogni di una nuova accettazione o se, pel fatto stesso che ha accettata la prima porzione lasciatagli come sostituito, possa ritenersi che senz'altro gli si acquisti anche quella lasciatagli come istituito. Giavoleno dichiara essere del tutto indifferente la causa per cui si sia prima accettato, se cioè in base alla sostituzione o in base all'istituzione: sempre è vero che una sola adizione fa acquistare le varie porzioni deferite e da deferire, qualunque ne sia il titolo. Conseguentemente la sesta parte lasciata condizionalmente si acquista senz'altro a Tizio non sì tosto avveratasi la delazione. Come si vede, qui si ha la piena conferma delle precedenti conclusioni. Non può l'erede accettare una parte e ripudiare l'altra. Accettata la prima, gli si acquista pur la seconda posteriormente deferitagli: nè, se rifiutasse, la parte si accrescerebbe agli altri eredi che per avventura vi fossero, o agli altri e a lui insieme, sibbene andrebbe tutta a lui: « *ad me solum pertinet* ».

§ 405.

La seconda parte, e ciò è altamente importante, si annuncia subito come una continuazione ed un'esplicazione della prima, come appare dall'*item* iniziale. Il giureconsulto riferisce l'altra questione in base allo stesso testamento. Se Primus non ha accettato per la sesta parte, che gli era stata già deferita anteriormente, può egli accettare la parte di Tizio quando questi non accetti? Ma qui lo *omiseris additionem* può essere inteso variamente. Il Leist (1) congettura che siavi un'interpolazione di *additionem* per *cretionem*. Allora il giureconsulto supporrebbe che la delazione in base all'istituzione fosse venuta meno perchè trascorso il termine posto dal testatore per l'accettazione solenne. Onde la congettura del Mommsen (2), che tra *si* e *prima institutione* vi fosse *perempta*. Giavoleno direbbe, che se, venuta meno la prima istituzione, si

(1) *Observationes ad fr.* 76, §*1 D. de acq. v. o. h.*, Jenae 1853; KÖPPEN, *Trattato*, pag. 100, nota 3.

(2) *Editio maior*, I, pag. 886 *ad h. l.*

può diventare eredi in forza della seconda, può il chiamato scegliere qual parte vuol accettare e quale ricusare. Altri per contro (1) assumono, che *amittere* debba cangiarsi in *omittere* — cosa che ammette anche il Leist —, ma intendono *omittere* non già nel senso di non accettazione che abbia prodotto la rinunzia e quindi la perdita del diritto, ma di omissione, che si può ancora supplire coll'accettazione dell'altra parte poscia deferita. In buona sostanza si verrebbe a dire, che fra più parti deferite l'accettazione può rivolgersi a qualunque di esse e basta per produrre l'acquisto di tutte; che quindi si può accettare in forza della sostituzione senza avere ancora accettata l'istituzione, perchè l'accettazione di questa ne viene ad ogni modo come conseguenza necessaria. Ma anche tra quelli che arrivano a eguali conclusioni non v'è accordo su punti sostanziali e non è certo molto confortante il risultato dello studio su questa letteratura relativa alla *vexata quaestio*. In mezzo a tutte le proposte, la più semplice e la più persuasiva ci sembra quella del Brinz (2). L'acuto e compianto professore di Monaco osservava, che il giurista facendo dipendere la facoltà di accettare o ripudiare ad arbitrio l'una o l'altra porzione dalla condizione che sia ancora possibile diventare erede in base alla prima istituzione, nega che si possa accettare *ex substitutione* dopo che si è perduto per rinuncia il diritto di accettare *ex prima institutione*, e vuole dire solo, in coerenza a quanto dice nella prima parte, che finchè si è in tempo, per l'accettazione o ripudio dell'una e dell'altra porzione, basta l'accettazione o il ripudio di una sola. È sempre il principio che *semel adeundum* (fr. 29, 2, 80, 3). Così anche questo passo ripete, che fra le più porzioni lasciate basta accettarne o ripudiarne una per accettarle o ripudiarle tutte. È del tutto da respingere l'avviso che in caso di delazione in tempi diversi si può ripudiare la porzione prima deferita per accettare poi la seconda. Il fr. 29, 4, 1, 5, che si suole addurre a sostegno di questa opinione, non prova nulla perchè contempla il caso affatto speciale in cui uno è sostituito a sè stesso, come ben si capisce, sotto altre modalità. In tal caso è la volontà stessa del testatore che permette di accet-

(1) Cfr. VANGEROW, II, § 451, osserv. 3, n. 2; SCHLAYER, *Arch. per la prat. civ.*, LIII, pag. 56; WINDSCHEID, *Pand.*, III, § 597, nota 11.

(2) *Pand.*, III, § 388, nota 15, pag. 154 segg.

tare quel che per lo innanzi si era repudiato. Ma il consentire che uno acquisti una porzione dopo che ne ha repudiato un'altra, quando pure non restasse vacante la porzione repudiata, è decisamente andare contro la volontà del testatore. È quindi da concludere che il chiamato a più porzioni non può scindere la sorte di queste, e che la decisione rispetto ad una è definitiva anche rispetto alle altre.

§ 406.

La energia della regola è tale, che se alcuno accetti solo una parte di quanto gli è deferito, l'accettazione non è nulla, come avviene nel caso di aggiunta di condizioni o di termini, ma vale per il tutto. Ciò è già detto nel cit. fr. 80, ma è con la maggior decisione affermato da Ulpiano (l. 7 *ad Sabinum*) nel fr. 29, 2, 10.

Si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse.

Qui la dichiarazione di accettare è tenuta ferma, ma si cancella la restrizione ad una parte. Per tal modo si viene ad attribuire alla dichiarazione una portata diversa da quella che ha in realtà. Noi abbiamo visto come riguardo all'aggiunta di termini o di condizioni il diritto romano abbia seguito un sistema del tutto diverso, annullando la dichiarazione. Questa divergenza di soluzione può trovare giustificazione ? Nelle legislazioni moderne il sistema romano ha trovato seguaci ; ma non pare che esso sia accetto a' più e gli si muovono gravi obbiezioni. Il Mommsen (1) osserva, che, trattandosi di una dichiarazione la quale trae seco obbligazioni, sembra assai scabroso attribuirle una portata diversa da quella che essa ha nella sua lettera. Il nuovo codice civile germanico (§ 1950) non ammette che l'erede possa accettare per parte (2) e dichiara inefficace una dichiarazione di tal genere (3). I *Motivi* (4) ne fanno una questione di

(1) *Progetto di una legge* etc., pag. 289.

(2) Però nel § 1951, quando si tratti di erede chiamato a più porzioni in base a diverse cause di delazione si ammette che si accetti una porzione e se ne ripudi un'altra.

(3) V. però il modo con cui intende tale disposizione l'ENDEMANN, *Introduzione* etc., III. § 79, nota 14, pag. 346.

(4) V. pag. 506.

mera opportunità. In quelle leggi che, pur esigendo una dichiarazione pura e semplice, non disciplinano le conseguenze di una contravvenzione a questo requisito, si disputa se si debba seguire il sistema romano, accettando la dichiarazione e cancellando la limitazione, o se piuttosto si abbia da ritenere nulla ed inefficace l'accettazione parziale. Presso di noi, di fronte all'art. 929 cod. civ., prevale il primo avviso (1). Ma dobbiamo dichiarare che questa opinione non ci sembra sicura. La ragione che si adduce, non essere, cioè, lecito all'erede di scindere l'*universum ius*, può solo giustificare il principio che non siano da ammettere accettazioni parziali, non l'estensione di queste a tutta l'eredità. Di fronte al principio, che la accettazione deve corrispondere alla delazione, se vi sia accettazione parziale noi dobbiamo dire che non vi è accettazione. L'eredità non si acquista che per volontà e la volontà qui non vi è se non per una parte, ossia, è una volontà di cui la legge non può tener conto. Per vincolare l'erede occorre una speciale disposizione che qui non vi è. Però dobbiamo quì subito osservare, che la cosa è diversa quando si tratti di *gestio pro erede*. Qui la legge dichiara che chi compie quel determinato atto è erede e che non lo può compiere chi tale non è. Qualunque limitazione qui deve necessariamente cadere, perchè chi sa o dee sapere che non puó accettare per parti e nullameno compie un fatto di accettazione, dee subire le conseguenze del suo operato. Non si tratta qui di una semplice dichiarazione, ma di un fatto di ingerenza, cui la legge connette quell'effetto. Nel sistema della nostra legge la gestione *pro herede* non è un semplice fatto che ha effetto per la volontà del dichiarante, ma anche perchè la legge a quel fatto connette quella portata. L'aggiunta che per avventura possa anche qui fare il chiamato è una *protestatio facto contraria*.

§ 407.

Di regola il diritto civile romano non fissa alcun termine entro cui l'erede debba manifestare la sua volontà di accettare o di ripudiare la eredità. Se ciò risalga a' tempi antichissimi è disputato. Non mancano quelli che, ammettendo la necessità

(1) V. le indicazioni in FILOMUSI-GUELFI, *op. cit.*, n. 52, nota 8, pag. 415.

della *cretio* per tutti gli eredi ne' tempi in questione, sostengono che allora vi era anche un termine entro cui la *cretio* doveva effettuarsi. Certamente ai tempi di Gaio non vi è *cretio* obbligatoria se non per coloro cui è imposta dal testatore ed a questi soltanto è fatto obbligo di pronunciarsi nel tempo loro assegnato, sotto pena della perdita del diritto di accettare. Per tutti gli altri eredi la regola era che essi potevano a loro libito differire la accettazione. All'erede, secondo Gaio (II, 167) «*liberum est quocumque tempore voluerit adire hereditatem*». Anche il commentatore augustodunense di Gaio ripete questo concetto in una forma curiosa ed energica. «*Qui sine cretione scriptus est, tamdiu potest deliberare, quamdiu . . . voluerit, tempore non urgetur. — Sed hoc ipsum nocet creditoribus, transierunt centum dies et adhuc iste dicit se deliberare; transiit annus et adhuc dicit se deliberare: tempore enim non excluditur. — Ergo si voluerit post quinquaginta annos adire hereditatem, expectabunt creditores exitum, nam nihil possunt hodie facere* etc.» (§§ 52-54).

§ 408.

Vi erano cause di decadenza dal diritto di accettare: come la morte, la sopravvenuta mancanza di *testamenti factio*, il compimento della *usucapio pro herede* per parte di un terzo. Ma il tempo non era causa di decadenza se non quando vi fosse la *cretio* imposta nel testamento, o una analoga disposizione del testatore. Paolo (l. 1 *ad Plautium* — fr. 29 2. 72) risolve una questione relativa appunto ad una disposizione di tal genere.

Si quis heres ita scriptus fuerit, ut intra certum tempus adeat hereditatem et, si non adierit, alius ei substituatur, prior autem heres antequam adierit decesserit: nemo dubitat, quin substitutus ultimum diem additionis expectare non solet.

Il testatore, secondo suona attualmente il passo, ha disposto che se l'erede non abbia accettato entro un certo tempo, l'eredità si devolva ad un'altra persona. La questione concreta è questa: se l'erede muore entro il termine e prima di accettare, al sostituto sarà deferita l'eredità subito o solo dopo trascorso il termine? La risposta è che la delazione ha luogo subito e la ragione evidentemente sta in ciò, che oramai è certo che l'erede

chiamato in prima linea non potrà più accettare la eredità, e quindi si verifica il caso della sostituzione. Da ciò appare che Paolo non si preoccupa se non della questione del termine (1), e che della liceità della disposizione non discuteva. Ma egli non se ne preoccupava perchè la disposizione che avea presente era ben diversa da quella che attualmente figura nel passo. È certo infatti, ed oramai non si contesta, che Paolo contemplava il caso di una ***cretio imperfecta***, cioè, senza la diseredazione (2), epperò nel testo primitivo in luogo delle espressioni ***adeat hereditatem, adierit, aditonis*** dovevano stare rispettivamente le altre ***cernat, creverit, cretionis***. Nota assai giustamente l'Eisele (3), che quando pur dubbio vi fosse, verrebbe meno di fronte all'espressione ***ultimus dies aditionis***, in quanto ***aditio*** non significa uno spazio di tempo, come invece è essenzialmente la ***cretio*** (4).

§ 409.

Anche preso il passo come si trova nella compilazione giustinianea, non vi può essere dubbio sulla decisione in esso data. Certamente può il testatore imporre un termine per l'accettazione e sostituire altri per il caso in cui l'accettazione non avvenga entro questo termine. Se ciò era lecito per via della ***cretio***, non si sa scogere perchè non dovrebbe esserlo indipendentemente da questa. Ma la difficoltà sta nel dare la spiegazione giuridica di una tale disposizione. Si è affermato che nel nostro caso si ha una istituzione dipendente dalla condizione che si accetti entro un cerfo tempo, ossia, una condizione sospensiva (5). L'Eisele (6) ritiene che ciò è giuridicamente impossibile. Uno istituito in tal modo, scrive egli, si troverebbe a mal partito, perchè l'istituito

(1) Il passo appartiene alla trattazione *de vadimoniis* (cfr. LENEL, *Palingenesia*, I, pag. 1147, n. 1072) e la questione fu discussa certo in relazione ad altra analoga sul termine del *vadimonium*.

(2) Cfr., oltre al LENEL, *l. c.*, EISELE, *Annali per la dogmatica*, XXIII, pagina 135 seg.; WINDSCHEID *Pand.*, III, § 598, nota 3 in fine.

(3) *L. c.*

(4) V. sopra § 316, pag. 38 segg.

(5) Cfr. ARNDTS, *Pand.*, § 509, nota *a*, n. 1. Così da prima anche il WINDSCHEID, *Pand.*, III, § 598, n. 1. Ma V. più oltre.

(6) *Op. cit.*, pag. 134.

può accettare sol quando l'eredità gli sia deferita, ma qui la delazione potrebbe aver luogo solo quando egli accettasse. Vi sarebbe, cioè, una c. d. *condicio perplexa*. In realtà il testo non parlerebbe di condizione, perchè non è la istituzione che si fa dipendere dalla condizione — tanto è che non si dice *si*, ma *ut* — ma è la sostituzione del secondo erede che si fa dipendere dalla non accettazione da parte del primo entro un certo termine. Questa critica ha persuaso il Windscheid, il quale nelle ultime edizioni (1) ritira la sua primitiva opinione. Al concetto della condizione sospensiva lo Eisele vorrebbe sostituire quello della c. d. condizione risolutiva, ma intesa questa in guisa particolare. Egli assume cioè che quel che si risolve al venir meno della condizione è il diritto di accettare la eredità, ossia la delazione. Con che si verrebbe a sfuggire alla sola obbiezione che la dottrina dominante muove alla liceità della condizione risolutiva apposta alle istituzioni di erede, all'obbiezione, cioè, che si verrebbe a violare la massima « *semel heres semper heres* ». Infatti non è punto vero che qui vi sia uno che diventi erede e poscia cessi di esserlo, ma vi è un chiamato che ha un diritto di accettare duraturo fino a quel certo momento e non più.

§ 410

Noi non vogliamo, nè possiamo senza scostarci troppo dalla nostra strada, esaminare tutte le gravi questioni cui dà luogo la costruzione giuridica del concetto di condizione sospensiva e di condizione risolutiva in relazione all'istituzione. Ci limitiamo solo a fare qualche osservazione. L'obbiezione che ha scosso il Windscheid ci sembra più ingegnosa che vera. Sottigliezza per sottigliezza si può tosto rispondere che nell'atto stesso che si accetta essendovi l'avveramento della condizione vi è anche la delazione. Logicamente non occorre che la delazione sia separata cronologicamente dall'acquisto, come lo prova il caso dell'*heres necessarius*, che diventa libero, riceve la delazione e l'acquisto in uno stesso istante. Quel che è essenziale è che la delazione vi sia nel momento dell'acquisto. E tale è il caso nostro (2). Ma non vi è bi-

(1) V. p. es. 7ª ed., III, pag. 173, nota 3.

(2) Tal criterio abbiamo adoperato altra volta per censurare la decisione di

sogno di ricorrere a queste sottigliezze. Quando ci troviamo di fronte ad una disposizione testamentaria non dobbiamo dimenticare che « *primum locum vuluntas defuncti optinet* » (fr. 35, l. 19 pr.). Prima di arrivare alla poco lieta conclusione che si tratti di una condizione perplessa, ossia, che il testatore ha voluto l'assurdo, si deve ben ponderare ogni menoma circostanza per vedere se è possibile trarre un senso ragionevole dal complesso della disposizione. L'interprete deve ricercare quel che per avventura si nasconde « sotto il velame delli versi strani », affinchè *actus valeat potius quam pereat*. Africano (l. 5 *quaestionum* — fr. 35 2, 88 pr.) ci mostra in un caso curioso di condizione perplessa come il senso pratico possa giungere appunto a cogliere questo pensiero riposto. Ed a questa stregua noi dobbiamo dire, che anche quando il testatore si fosse espresso meno cautamente e avesse proprio posto una condizione sospensiva, una volta che è certo aver egli voluto solo rendere temporale il diritto di accettare, si dovrà far luogo a questa volontà tralasciando la forma meno corretta. Condizione sospensiva o risolutiva sia dunque nell'istituzione, la disposizione ha sempre quella portata, ed è senza obbiezioni di sostanza (1).

§ 411.

Limitazioni di tempo alla facoltà di accettare pose il Pretore riguardo alla *bonorum possessio*. In proposito ha fatto assennate osservazioni il Leist (2). Secondo il suo avviso da principio non vi sarebbero stati termini fissi, ma il Pretore avrebbe proceduto a stregua del suo *arbitrium*, il quale però, secondo il consueto, avrebbe al riguardo seguito certe regole tradizionali. Il modello seguito sarebbe stato quello della *cretio*. A questa conclusione egli giunge innanzi tutto osservando, che, come per la *cretio vulgaris*, il termine normale per la *agnitio bonorum possessionis* era di cento giorni utili. Il termine di un anno accordato ai *pa-*

Giuliano nel fr. 28, 7, 16. Cfr. FADDA e BENSA su WINDSCHEID, I, l. pag. 970 seg. Rimandiamo a questa trattazione per maggiori chiarimenti.

(1) I Romani non hanno trovato alcuna difficoltà nella *cretio*, dunque non ve ne può essere neppur qui. Del resto le dispute sulla possibilità di condizioni che tolgono la istituzione già fatta sono vivissime. Cfr. PERNICE *Labeo*, III.

(2) *Contin. del Glück*, I, pag. 329 seg.

rentes et liberi costituirebbe un'eccezione, che non dovrebbe essere tenuta in conto per stabilire il rapporto fra i due istituti. D'altra parte nelle fonti, a proposito del computo utile del termine per l'*agnitio*, si richiama l'espressione contenuta nella formola della *cretio vulgaris* : «*silicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere*» (fr. 38, 15, 2 pr.). Infine la rubrica del titolo IV, 1 del codice Teodosiano suona : *de cretione vel bonorum possessione*, accennando così allo stretto legame fra i due istituti. Il Leist in base a questi elementi congettura, che come la *cretio* sorse pel bisogno di sollecitare l'accettazione, così anche la *bon. possessio* sia sorta per rendere più sollecito l'erede testamentario a presentare il testamento e chiedere il possesso de' beni, dando luogo diversamente alla successione intestata. Questa congettura è però poco probabile e noi già a suo luogo abbiamo esposto le nostre idee in proposito (1). Però ciò non toglie che le circostanze poste in rilievo dal Leist stieno a dimostrare come la costrizione a chiedere la *b. possessio* entro un certo termine sia stata dal pretore mutuata all'istituto della *cretio* (2).

§ 412.

Anche per l'erede civile il Pretore provvide ad evitare le lungaggini dannose per gli interessati. Gaio (II, 167) ci riferisce che nel caso di erede istituito senza *cretio* o chiamato per legge, siccome non vi era termine per l'accettazione, « *solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velit adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere* ». Ma non è da credere che su semplice istanza de' creditori fosse fissato il termine al chiamato. La cosa andava ben diversamente. Non si poteva procedere da' creditori alla vendita del patrimonio ereditario se non quando fosse accertato che non v'era erede (3). Ma se l'erede non si dichiarava, i creditori avrebbero dovuto attendere il suo beneplacito. Ad evitare questo inconveniente il Pretore permetteva che i creditori con-

(1) V. parte I, § 26, pag. 37 segg.

(2) Cfr. pure GIRARD, *op. cit.*, pag. 851.

(3) Cfr. Gaio, III, 78 ; fr. di Autun, § 54 a su questo punto LENEL; *Edictum perpetuum*, § 207, p. 334 seg.

vocassero *in ius* il chiamato alla eredità e lo interpellassero formalmente « *an heres vel quota ex parte sit* ». Si hanno così le c. d. *interrogationes in iure* (1). Se l'erede rispondeva affermativamente, si dava contro di lui a' creditori l'azione o, occorrendo, si procedeva alla *venditio bonorum* in suo nome. Se per contro dichiarava di non essere erede, allora il Pretore consentiva ai creditori che procedessero alla vendita della eredità nel nome del defunto. Ma alla formale interpellanza l'erede poteva anche rispondere, che egli non era pel momento in condizione di decidere sull'accettazione o sulla rinuncia; che gli occorreva procedere ad un esame accurato delle condizioni della eredità prima di prendere una definitiva decisione; che gli era necessario a tal uopo un termine. Il Pretore nel suo editto dichiarava in proposito: « *si tempus ad deliberandum petet, dabo* » (fr. 28, 8, 1, 1). Anche qui il termine normalmente accordato è di cento giorni, che è del resto il minimo (fr. 28, 8, 2). Ad ogni modo il Pretore può anche accordare un termine più lungo (fr. 28, 8, 1, 2), ma sempre tale da non eccedere il bisogno: *tempus . . . moderatum* (c. 6, 30, 9). Trascorso il termine il Pretore considerava come rinunziante colui che non avesse fatto alcuna dichiarazione. Rimaneva è vero *heres* pel diritto civile, se per avventura dopo il termine accettava: ma il Pretore lo teneva in fatto come se erede non fosse, chiamava quelli che per testamento o per legge erano chiamati dopo di lui e riguardo a questi ricominciava lo stesso procedimento per accertare se volevano o no avere l'eredità (fr. 28, 8, 10).

§ 413.

La connessione storica di questo *tempus ad deliberandum* fa ritenere che esso fosse concesso solo ad istanza de' creditori. E' vivamente disputato se, oltre a questi, potessero far costringere l'erede a pronunciarsi gli altri interessati, e cioè, i lega-

(1) Cfr. Dig., XI, 1 e LENEL, *op. cit.*, pag. 113 segg. Cfr. pure CASTELLARI nelle appendici all'edizione italiana del GLÜCK, vol. XI. Che la *interrogatio in iure* fosse il mezzo con cui si arrivava alla fissazione del termine è certo (cfr. LENEL, *op. cit.*, pag. 335). Però i fr. di Autun, § 55 sembrano accennare ad una decisione del Pretore su apposita istanza dei creditori.

tari, i coeredi, i sostituiti e gli eredi legittimi. Per ciascuna di queste categorie di persone vi sono speciali ragioni, a modo che gli stessi scrittori che ne ammettono alcune, ne respingono altre. Per la negativa assoluta si adduce il silenzio delle fonti sul diritto di tutte queste persone, non essendovi menzione espressa se non pei creditori; si fa poi richiamo alla origine storica dell'istituto, che sorse in favore dei creditori che dall'esitanza dell'erede si vedevano preclusa la possibilità di procedere alla *venditio bonorum* in nome del defunto. Il primo argomento non è discutibile: ma non è decisivo, perchè conviene pure dimostrare che quelle persone sieno escluse anche da' passi, che si sogliono addurre a favore di esse per la maniera generale con cui sono concepiti. L'argomento storico è rafforzato dalla circostanza, che nell'editto il *tempus ad deliberandum* è una clausola pedissequa dell'interrogazione che i creditori rivolgevano allo erede (1). Ma ciò non prova che da questo caso originario non si sia mai usciti, quando vi siano pure state gravi ragioni (2). Sarà più proficuo lo esaminare la questione in relazione alle singole categorie.

§ 414.

Pei legatari vi sono maggiori probabilità, ond'è maggiore anche il numero degli scrittori che ad essi estendono il diritto di costringere l'erede a pronunciarsi (3). Che i legatari abbiano interesse a far decidere l'erede non viene contestato dagli avversari dell'estensione (4), nè davvero si può contestare, perchè solo dall'accettazione prende consistenza il diritto de' legatari. Che vi sia una ragione intrinseca a favore de' legatari lo nega il Brinz, ma fu risposto dall'Arndts da un canto che anche per riguardo a' legatari è vero che *defunctorum interest, ut habeant successores* (fr. 11, 1, 6 pr.) e dall'altro che non può me-

(1) Lenel *Ed.*, pag. 335.

(2) Contro l'estensione ad ogni altro che non sia un creditore v. Brinz, *Pand.*, 2ª ed., III, § 387, pag. 149 segg.; Dernburg *Pand.*, III, § 164, n. 3, pag. 334.

(3) Cfr. Arndts, *Pand.*, § 509, nota 3; Windscheid, III, § 598, nota 5; Bruns, *Annuario del diritto comune*, I, pag. 118.

(4) Cfr. Dernburg *l. c.*, nota 12.

ritare riguardo alcuno quell'erede che per mero capriccio differisce l'accettazione, impedendo così che il legatario possa agire contro di lui. Queste ragioni possono però aver valore fino a un certo punto: ma esse non bastano certamente a mostrare che l'*interrogatio in iure* fu estesa anche a' legatari. Però non è da disconoscere, che le fonti bene spesso collocano questi fra i creditori dell'eredità (1), onde non è improbabile che come tali sieno stati considerati anche per questo riguardo. Nè, ripeto, può richiamarsi l'origine storica, in base alla quale dovrebbe accordarsi la *interrogatio* solo a' creditori, che potevano chiedere la *venditio bonorum* in caso di mancanza di eredi, perchè nè è provato che l'istituto non sia uscito dalla cerchia primitiva, nè è probabile che in questa cerchia sia rimasto di fronte all'evoluzione che gli istituti di tal genere hanno subìto. Tutto ponderato ci pare che una parola sicura in proposito non si possa pronunciare.

§ 415.

Il dibattito è anche più grave relativamente agli altri interessati, cioè a quelli che sarebbero chiamati all'eredità quando il primo chiamato non accettasse, e a' coeredi. Il Dernburg (2) riguardo a' primi osserva che poco valore pratico avrebbe per loro il poter costringere l'erede a pronunciarsi, perchè o l'eredità è oberata ed essi non hanno alcun interesse ad accettarla, o per contro è vantaggiosa ed essi non hanno certo interesse di mettere la spada alle reni a colui che li precede, il quale, appunto perchè ne vale la pena, finirà per accettare privandoli così della aspettativa che lo stato di incertezza loro riservava. D'altra parte il Brinz (3) obbietta, che il diritto attuale de' creditori non può essere posto a paro con quello meramente eventuale di coloro che in tanto saranno chiamati in quanto il primo ricusi. Queste persone non hanno in realtà alcun diritto sulla eredità, onde non possono aver ragione alla *interrogatio*. Non sono certo troppo sicure queste argomentazioni. Non la prima, perchè ad

(1) Cfr. Köppen, *Trattato*, pag. 138, nota 1.
(2) *L. c.*, nota 11.
(3) *L. c.*

ogni modo gli eventuali chiamati possono avere ragioni per desiderare una decisione della loro posizione. Non la seconda, perchè, sebbene sia esagerata la dottrina del Köppen (1), che attribuisce un diritto presente sull'eredità agli eventuali chiamati già fin dal momento in cui è morto l'ereditando, non si può però contestare che, per quanto eventuale, un diritto vi è sempre e come tale ha e deve avere in sè i mezzi per una tutela dell'aspettativa. Ad ogni modo nè l'una nè l'altra obbiezione avrebbe valore pei coeredi, i quali non solo hanno interesse come eventuali chiamati in base allo *ius adcrescendi*, ma sopra tutto per la ragione alla divisione ereditaria, che è possibile solo quando tutti i chiamati sieno divenuti eredi. Per il coerede, come del resto anche per il legatario, non si può nemmeno desumere un'obbiezione da ciò, che essi non hanno una azione da far valere, sul tronco della quale si innesti l'*interrogatio in iure*. Questa obbiezione per contro resta in tutta la sua pienezza contro gli eventuali chiamati, i quali naturalmente non hanno alcun'azione da sperimentare e pei quali quindi dovrebbe immaginarsi un diritto per sè stante di rivolgersi al Pretore per chiedere che l'erede venga costretto a rispondere. Del quale diritto non è traccia nelle fonti.

§ 416.

Resta a vedere se la questione possa trovare una soluzione in base a' vari passi delle fonti che si sono addotti a favore della estensione della *interrogatio* anche agli eventuali chiamati. Viene in prima linea il fr. 29, 2, 69 (Ulpianus l. 60 *ad edictum*).

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 (2) *intra diem primo praestitutum neque adire hereditatem potest neque pro herede gerere.*

La proposizione da cui parte Ulpiano è, che il sostituito non entra finchè può accettare l'istituito, non succede finchè questo non sia escluso o per rinuncia o per morte e così

(1) *Op. cit.*, pag. 79, nota 2.

(2) Il Mommsen invece di *substituto, quia* vuol leggere *quia substitutus.*

via. Nel resto non vi è affatto parola di diritto del sostituito di chiedere che l'istituito si pronunci. La sola cosa che si discute è sul modo con cui deve intervenire il pretore quando sia trascorso il *tempus ad deliberandum* accordato all'istituito e si dice, che in tal caso il Pretore negherà le azioni al primo perchè lo tratta oramai come non sia mai stato erede e fisserà un nuovo termine al sostituito per che questi a sua volta deliberi se accettare o no. Il giureconsulto qui nega semplicemente che il *tempus* accordato all'istituito valga anche per il sostituito, perchè finchè questo termine è in corso non vi è delazione al sostituito, secondo la proposizione iniziale, nè quindi egli può fare atto di accettazione, È in sostanza la stessa questione risoluta da Marcello (l. 28 *digestorum*) nel fr. 28, 8, 10, in cui egli afferma che in caso di più gradi di eredi si ha un nuovo termine per ogni grado. Questa spiegazione mostra come il passo non accenni per nulla al diritto del sostituito di interrogare l'istituito e che se vi si parla di sostituito è appunto solo per dire che anche quanto a questo si ha un termine speciale(1). Si può forse sostenere che qui il termine all'istituito fu fissato su istanza del sostituito ? Gli stessi fautori dell'opinione contraria non osano sostenerlo; anzi di fronte al citato passo di Marcello in cui lo scopo dalla successiva fissazione de' termini a' vari chiamati è riposto nel bisogno di trovare « *successorem, qui possit defuncti creditoribus respondere* », concedono che tale può essere anche il caso nel fr. 69 (2).

§ 417.

Il passo più importante secondo il Windscheid (3) è il fr. 28, 5, 23, 1 (Pomponius l. 1 *ad Sabinum*).

Sed si bonorum possessionem non admittat, sed condicionem trahat, cui facile parere possit, veluti « si servum quem in potestate habeat manumiserit » nec manumittat, hic praetoris erunt partes, ut imitetur edictum suum illud, quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas.

(1) Cfr. Bruns, *op. cit.*, pag. 120; Brinz *l. c.*, pag. 150, nota 6; Dernburg, c. nota 11; Köppen, *l. c.*

(2) Cfr. Windscheid, *l. c.*, nota 5.

(3) *L. c.*

Si tratta qui di uno istituito sotto una condizione dipendente esclusivamente dalla sua volontà ed alla quale può facilmente ottemperare. Il caso particolare esemplificato da Pomponio è quello della istituzione sotto la condizione che l'istituito manometta uno schiavo suo proprio. Il chiamato, che potrebbe subito manomettere, non se ne dà pensiero e tira in lungo. Il passo ci dice che tocca al Pretore intervenire prendendo esempio dal caso analogo contemplato nel suo editto, in cui si fissa un termine per l'accettazione, I fautori dell'estensione dicono che il testo parla in generale e non limita la facoltà di intervento del Pretore all'ipotesi di istanza fatta da' creditori: onde se ne dovrebbe dedurre che qualunque interessato può provocare un tale intervento (1). Fu risposto che nel testo non vi è ombra di accenno a' sostituiti (2), che anzi dal complesso della trattazione risulta che l'istanza muoveva da' creditori, perchè il § 2, continuando nell'esame dell'intervento pretorio, dice «*postulantibus creditoribus constituet praetor*». Ma vi fu chi appunto da questa menzione espressa nel § 2 dedusse che l'intervento pretorio era provocato dall'iniziativa de' soli creditori in tutti i casi di condizione non potestativa, mentre ne' casi di condizione potestativa lo avrebbe potuto provocare qualunque interessato (3).

§ 418.

L'interpretazione del fr. 23 si collega colla celebre questione del tempo entro cui le condizioni potestative debbono essere adempiute (4). Non possiamo naturalmente qui discutere questo punto, ma ci contentiamo di rammentare, che, malgrado qualche passo delle fonti in cui sembra affermato recisamente l'obbligo di immediato adempimento sotto pena di considerare la condizione come mancata (fr. 35, 1, 29 ; 50, 17, 174 pr.), il partito più savio è di riferirsi in tutto alla intenzione del defunto. Ma certo è che il

(1) WINDSCHEID, *l. c.* ; MÜHLENBRUCH, XLI, pag. 244,

(2) DERNBURG, *l. c.*, nota 11.

(3) Cfr. MÜHLENBRUCH, *l, c.*

(4) Cfr. in vario senso MÜHLENBRUCH, XLI, pag. 226 segg. ; PUCHTA, *Lezioni*, I sul § 60, 2 ; BEKKER, *Pand.*, II, § 166, nota 1., pag. 331 ; HÖLDER, *Pand.*, § 49, pag, 257, nota 2 ; DERNBURG, *Pand.*, 6ª ed., § 110, nota 1, pag. 255.

Pretore anche qui intervenne e ragionevolmente, perchè in sostanza tra il caso in cui uno è istituito puramente e quello in cui lo è sotto una condizione meramente potestativa non vi è differenza, dipendendo l'acquisto esclusivamente dalla volontà. Ecco perchè Pomponio ci dice che qui il Pretore deve intervenire imitando il suo editto sul *tempus ad deliberandum*, Non vi è caso di più sicura analogia. Ma in questo caso chi può sollecitare il Pretore per accelerare la decisione? La decisione su questo punto nulla dice, mentre nel § 2, a proposito delle condizioni causali o miste si accenna all'iniziativa de' creditori e al risultato relativo a questi, la *venditio bonorum*. È da sottointendere anche nel primo questa circostanza o dalla menzione espressa nel secondo è lecito argomentare in contrario pel primo? Credo che un altro passo delle fonti ci permetta di risolvere la questione e cioè il fr. 42, 7, 1 di Paolo (l. 57 *ad edictum*).

Si quis sub condicione heres institutus est, cogendus est condicioni parere, si potest, aut, si responderit se non aditurum, etiamsi condicio extiterit, vendenda erunt bona defuncti. — Quod si nihil facere potest, curator bonis constituendus erit aut bona vendenda etc.

La coazione a decidersi sull'adempiere o non adempiere, nel caso in cui ciò dipende dall'istituito, è posta a paro con quella a decidersi sulla accettazione o sulla rinuncia. Il *responderit* dimostra che anche in questo caso si tratta di *interrogatio in iure*, la quale, come dicemmo, suppone l'esercizio di un diritto di azione. E per il caso di non adempimento o di ripudio si commina la *venditio bonorum*. Ossia, si afferma nel modo più deciso che si tratta di istanza promossa da' creditori, perchè solo riguardo a questi può parlarsi di *venditio*. Per il caso in cui invece la condizione non dipende dall'arbitrio del chiamato si lascia che il Pretore o nomini un curatore a' beni o ordini la vendita. Anche qui adunque sono in questione i creditori. Come si vede questo passo riproduce la distinzione del fr. 23 e tanto pel caso di condizione potestativa, quanto per quello di condizione causale o mista ammette l'intervento del Pretore ad istanza dei creditori. Vuol dire che nel § 2 del fr. 23 la menzione dei creditori non costituisce una specialità e che anche nel § 1 si deve intendere che sieno essi quelli che agiscono. Ma il frammento di Paolo ci dice

ancora, che si procedeva per via di *interrogatio*, la quale suppone un diritto presente, certo : nel che è un'altra prova per escludere ogni altro interessato che non sia creditore o titolare in genere di un diritto esperimentabile contro l'erede. Così che per altra via siamo giunti al risultato, che nè i sostituiti, nè gli eredi legittimi hanno diritto di costringere il chiamato in prima linea a risolversi. Ma ad un tempo crediamo che tale diritto spetti a' coeredi che possono in relazione all'*actio familiae erciscundae* promuovere la *interrogatio*.

La domanda di un *tempus ad deliberandum* può essere fatta di sua iniziativa anche dall'erede chiamato (fr. 28, 8, 5 pr.).

§ 419.

Tanto se il *tempus* sia fissato ad iniziativa de' creditori, quanto se lo sia per domanda del chiamato, la posizione di questo mentre il termine è in corso non muta. Egli avrà diritto di consultare tutti i documenti relativi alla eredità per poterne trarre quelle notizie che lo pongano in grado di decidere con piena cognizione di causa (fr. 5 pr. cit.). Coll'assenso del magistrato potrà prendere tutti i provvedimenti necessarii per la conservazione delle cose ereditarie (fr. 28, 8, 5, § 1, 6, 7) e se il chiamato è figlio del testatore, avrà intanto gli alimenti (fr. 28, 5, 9).

§ 420.

Questo era lo stato del diritto nel periodo classico. Vi ha chi sostiene, che una modificazione importante sia derivata dalla costituzione di Teodosio, che introdusse la prescrizione delle azioni (1). Non ci sembra che questo assunto sia esatto. La prescrizione colpisce la sola *petitio hereditatis*, l'azione a tutela del diritto ereditario già acquistato. Se uno possegga *pro herede o pro possessore*, per il tempo necessario a prescrivere, tutta o parte della eredità o singole cose ereditarie, compiuta la prescrizione l'erede non potrà più trionfare e far dichiarare il suo diritto di fronte a costui. Ma ciò non toglie che egli possa accettare dopo qualunque

(1) Cfr. GIRARD, pag. 851 ; FERRINI, *Manuale*, pag. 790.

tempo, e che anzi possa proporre le *petitio hereditatis* contro ogni altro che sia legittimo convenuto. Per di più se dopo prescritta la *petitio* l'erede acquista il possesso delle cose che erano per lo innanzi possedute da colui a cui favore è decorsa la prescrizione, nemmeno costui ha diritto di agire per riprendere quelle cose. La riforma teodosiana non tocca il diritto, come avviene per la dichiarazione espressa del nostro codice civile, che assoggetta alla prescrizione trentennale il diritto di accettare (articolo 943). A questo riguardo non sarà inutile richiamare quanto il commentatore augustodunense di Gaio scrive in un passo che abbiamo già riferito, nel § 54, dove dice che a rigore l'erede può accettare anche «*post quinquaginta annos*» perchè non vi sono limiti di tempo. Ora l'istituto della prescrizione fu introdotto nel 424. Sull'epoca precisa del commentario di Autun non si può nulla dire: secondo la congettura del Mommsen (1) apparterrebbe alla metà del quinto secolo. Così che verrebbe dopo la riforma teodosiana. Se questa non viene applicata all'accettazione, vuol dire che nulla ci ha da vedere, come del resto abbiamo già mostrato per altra via. Ma, data l'incertezza della data, si può benissimo rinunciare a questo argomento.

§ 421.

Giustiniano ha recato profonde modificazioni allo *ius deliberandi*. Colla costituzione del 531 (c. 6, 30, 22) egli introdusse, come vedremo, il beneficio dell'inventario, per cui l'erede, senza sobbarcarsi ad un esame preventivo minuto, grave e pur tuttavia pericoloso e fallace, può affrontare la responsabilità dell'accettazione. L'imperatore però non abolisce la concessione del *tempus ad deliberandum*, ma la disciplina a modo, che ben difficilmente il chiamato vi ricorrerà. Quanto al termine egli dispone che il giudice non possa concedere più di nove mesi, l'imperatore non più di un anno. Ma la riforma fondamentale sta in ciò, che mentre per lo innanzi trascorso il termine senza che il chiamato avesse fatto dichiarazione in un senso od in un altro, il Pretore lo considerava come rinunziante, ora invece era con-

(1) V. *Epimetrum* nella cit. edizione del Krüger, pag. LXV.

siderato come accettante e come responsabile illimitatamente pei debiti anche se avesse compilato l'inventario ne' termini voluti dalla legge.

§ 422.

Un termine legale per la dichiarazione di accettare o repudiare fu introdotto da Giustiniano per un caso tutto particolare (c. 3, 28, 36, 2 — a. 531). Se alcuno viene istituito erede in un testamento che è soggetto alla *querella inofficiosi* per ingiusta diseredazione di un figlio, siccome questi può proporre la querela solo contro chi ha accettato (1), l'istituito deve decidersi e dichiarare la sua volontà entro sei mesi se egli e l'erede necessario abitano nella stessa provincia, entro un anno se si trovano in provincie diverse. In mancanza di dichiarazione quale sarà la conseguenza? Gravi dispute in proposito si fanno dagli interpreti (2). Ma non parmi dubbio che abbia ragione la grande maggioranza quando osserva che deve l'erede ritenersi accettante, perchè la costituzione dichiara espressamente: « *sin vero scriptus heres intra statuta tempora minime adierit, per officium quidem iudicis scriptum* compelli hoc facere ». L'*hoc facere* non può essere altro che l'*adire* di cui si parla subito prima. Ciò del resto risponde allo scopo. Non si può proporre la querela se non contro l'accettante: se si vuole effettivamente dar adito alla querela bisogna considerare il chiamato come accettante. Non si fa forse lo stesso per salvare il fedecommesso universale, nel caso che l'erede gravato non accetti? Questa soluzione del resto è anche confermata da' Basilici (XXXIX, 1, 58) (3), in cui si dice che se entro i termini l'erede non dichiara la sua volontà, il magistrato lo costringe ad accettare l'eredità: ἀναγκάζειν αὐτὸν ὑπεισέλθειν. Questa particolare disposizione di Giustiniano ci suggerisce un nuovo argomento a favore della limitazione della *interrogatio in iure* e del relativo *tempus ad deliberandum* alla sola iniziativa

(1) *Ante aditam hereditatem nec nascitur querella* (fr. 5, 2, 8, 10).

(2) Cfr. Vangerow, II, § 478, osserv.; Köppen, *Trattato*, § 16, pag. 135, nota 6; Brinz., *Pand.*, III, § 387, n. 19, pag. 152; Windscheid, *Pand.*, III. 584, nota 12; § 598, nota 18.

(3) Heimbach, IV, pag. 41.

de' creditori. Se vero fosse che ogni interessato avrebbe potuto nel diritto classico agire per costringere l'erede a dichiararsi, certamente tale diritto sarebbe spettato anche all'erede necessario. In tal caso non si sarebbe inteso il bisogno di questo speciale provvedimento, che si spiega solo ove si ritenga che l'erede necessario non avesse altro mezzo per tutelare e conservare il diritto alla *querella inofficiosi*.

Fra gli antichi scrittori vi era chi riteneva l'esistenza di un termine legale per l'accettazione in base alle c. 6, 30, 19 e 22 § 1. Questa opinione è ormai abbandonata (1).

(1) In particolare è merito del VANGEROW (*Arch. per la prat. civ.*, XXII, pag. 151 segg.), lo avere posto in chiaro la fallacia di questo avviso.

Capo VII.

EFFETTI DELL'ACQUISTO DELL'EREDITÀ

1) La posizione dell'erede in generale.

§ 423.

Per effetto dell'acquisto dell'eredità il chiamato, per testamento o per legge, è subito e senz'altro investito di tutti i diritti che spettavano all'ereditando e vincolato per gli obblighi che a questo incombevano. Per determinare con esattezza la posizione giuridica dell'erede occorre procedere ad un'analisi accurata de' singoli rapporti giuridici che, attivamente e passivamente, in lui si trasmettono, sostituendovi il defunto. Solo dopo questa indagine si può giungere ad una conclusione che sinteticamente determini quella posizione e ci permetta di porre a raffronto il lato soggettivo del diritto ereditario col lato oggettivo che noi abbiamo a suo luogo cercato di delineare, sindacando così nel modo migliore le risultanze allora ottenute (1).

Che in genere nell'erede passino tutti i diritti patrimoniali del defunto non si può mettere in dubbio. Conseguentemente l'erede riceve in prima linea tutti i diritti reali che spettavano all'ereditando: diritti di proprietà, di servitù prediale, di enfiteusi, di superficie, di pegno o d'ipoteca. Per eccezione non passano quei diritti reali che sono intimamente legati alla persona dell'ereditando, alla sua individualità. Tali sono in generale le servitù personali. Dell'usufrutto le Istituzioni ci dicono (2, 4, 3) che « *finitur ... morte fructuarii* ». Nè meno deciso in tal senso è il seguente passo di Ulpiano (l. 17 *ad Sabinum* — fr. 7, 4, 3, 3).

Morte quoque amitti usumfructum non recipit dubitationem, cum

(1) Cfr. Parte I, § 1 sg, pag. 1 seg.

ius fruendi morte extinguatur, sicut si quid aliud, quod personae cohaeret.

Di una servitù personale di usare di una certa acqua, Modestino (l. 2 *regularum* — fr. 7, 8, 21) scrive:

Usus aquae personalis est et ideo ad heredem usuarii transmitti non potest (1).

L'usufrutto conserva questo carattere strettamente personale anche quando esso sia costituito sotto una forma che di per sè consente il trapasso negli eredi. Un caso di tal genere è contemplato in un rescritto degli imperatori Diocleziano e Massimiano (c. 3, 33, 10 — anno 293).

Si domina proprietatis uxori tuae usumfructum locavit sub certa annua praestatione, morte conductricis ei quae locavit etiam utendi fruendi causa non est deneganda.

L'usufrutto qui è costituito sotto forma di locazione, coll'obbligo, cioè, alla usufruttuaria di corrispondere un'annua prestazione in corrispettivo del godimento. Alla morte della conduttrice pare sia sorto il dubbio sull'obbligo nella proprietaria di rispettare la locazione. Ma fu risoluto nel senso della cessazione, perchè il diritto locato è eminentemente personale. La proprietaria rientra nel suo diritto *utendi fruendi* (2).

§ 424.

La ragione per cui nel diritto romano l'usufrutto ebbe fin dalla sua origine carattere personale si dee ricercare in ciò che esso sorse per provvedere all'alimentazione di certe persone (3). Ma posteriormente noi troviamo addotto in proposito un rilevante riflesso d'indole economica. In tre importanti passi di Gaio si accentua colle stesse parole il concetto, che una proprietà separata in perpetuo dall'usufrutto sarebbe affatto inutile: secondo la felice espressione di Ihering (4), una tale proprietà negherebbe sè stessa. « *Inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu* »,

(1) Cfr. pure fr. 8, 3, 37; 43, 20, 1, 43.

(2) V. su questo passo Elvers, *La dottrina romana delle servitù* (*die römische Servitutenlehre*), pag. 196 segg.

(3) V. più sopra § 296, pag. 19.

(4) *Parere sulle fortificazioni di Basilea* etc., in *Scritti varii* (Lipsia 1879), pagina 149 segg.

afferma Gaio, una prima volta (l. 2 *rerum cottidianarum vel aureorum* — fr. 7, 1, 3, 2) per spiegare la necessità di stabilire modi di cessazione dell'usufrutto e di ritorno di esso alla proprietà, altre volte invece (l. 17 *ad edictum provinciale* — fr. 7, 1, 56; 1, 3 *de legatis ad edictum praetoris* (1) — fr. 33, 2, 8) per giustificare il termine di cento anni fissato per l'usufrutto a favore delle *civitates* e dei *municipia*. E comunemente si suole citare questa osservazione di Gaio come decisiva per rendere ragione della natura strettamente personale dell'usufrutto nel diritto romano (2). D'altra parte però si è osservato che coll'ammessione della superficie e dell'enfiteusi, aventi carattere ereditario, si è ben più gravemente vulnerata la proprietà nella sua assolutezza. La risposta dell'Oertmann (3), che l'enfiteusi, sia per l'epoca in cui è sorta, sia per il suo nome, si appalesi come un istituto non specificamente romano, ma d'importazione orientale, non è adeguata all'obbiezione. Infatti essa lascia completamente in disparte la superficie e dimentica, che se l'enfiteusi, nella sua figura speciale, appartiene solo all'epoca post-adrianea, è preceduta però dall'*ager vectigalis*, che non è meno dell'enfiteusi una negazione quasi assoluta del dominio. D'altra parte i passi in questione sono nella compilazione: il loro concetto viene ripetuto nelle Istituzioni (2, 4, 1) e nelle costituzioni imperiali giustinianee (c. 3, 33, 14). Così che si hanno qui due principî che si presentano fra di loro cozzanti. In realtà però a me pare che questa dissonanza non vi sia. La superficie e l'enfiteusi dànno al proprietario il *solarium* ed il canone, così che un reddito del dominio non manca normalmente. Che avverrebbe invece di una proprietà orbata in perpetuo del godimento per ciò che questo fu legato ad altre persone per sempre? È ben vero — e noi l'abbiam visto or ora — che l'usufrutto può essere costituito anche a titolo corrispettivo, coll'obbligo nell'usufruttuario di corrispondere al proprietario un'annua prestazione (4), ma questo è un caso tutto speciale, che non ve-

(1) Secondo il LENEL (*Palingenesia*, I, pag. 184) questo titolo *de legatis* costituirebbe il quinto dell'intera serie nel commentario *ad edictum praetoris urbani*.

(2) Cfr. IHERING, *l. c.*; ELVERS, *op. cit.*, pag. 205; OERTMANN, *La dottrina economica del corpus iuris civilis (die Volkswirthschaftslehre des c. i. c.)*, Berlino 1891, pag. 56 segg.; WINDSCHEID, *Pand.*, I, § 201, nota 7; DERNBURG, *Pand.*, 6ª ed., 1, 2, § 246 lett. *a*, pag. 200.

(3) *L. c.*, pag. 57.

(4) Cfr. ELVERS, *op. cit.*, pag. 195 seg.

niva in considerazione in Roma, dove l'usufrutto prevaleva nel campo del diritto testamentario, nel quale sorse, come dicemmo, a scopo alimentare. Con tutta l'esitanza che non deve mai scompagnare le affermazioni in questo genere d'indagini, sono d'opinione che si possa andare anche più oltre e ritenere interpolati quei tre passi di Gaio.

§ 425.

Gravi ragioni stanno per questo modo di vedere. Comincio dal termine di cento anni fissato per l'usufrutto delle persone giuridiche. Recenti scrittori si sono già fermati esitando davanti a questa singolarità. Il Karlowa (1) dubita fortemente che già per diritto civile potesse appartenere a' comuni un usufrutto. Egli, dalla circostanza che là dove se ne fa menzione si dice *tuendi sunt, dandam actionem*, espressioni allusive all'intervento del pretore, deduce che un tale usufrutto stesse sotto la tutela del magistrato. Conseguentemente al diritto civile sarebbe sconosciuto il termine di estinzione ne' cento anni. Il nostro illustre Ferrini (2) ritiene anche egli che solo tardi fu ammessa la possibilità di un usufrutto a favore di un ente collettivo. Ora l'esitanza di questi e di molti altri scrittori dovrebbe crescere ponendo mente ad un passo di Papiniano (l. 17 *questionum* — fr. 66 § 7 *de leg.* II, [31]).

A municipibus heredibus scriptis detracto usu fructu legari proprietas potest, quia non utendo possunt usum fructum amittere.

Il legato di una cosa dedotto l'usufrutto a favore dell'erede è in genere valido. Ma se erede è un ente collettivo si avrà lo sconcio di una proprietà orbata in perpetuo dell'usufrutto. Ciò, come vedremo meglio, è poco verosimile sia nell'intento del testatore, perchè scomparirebbe del tutto o in massima parte ogni vantaggio nel legato. Papiniano però osserva, che non vi è, strettamente parlando, una separazione definitiva del godimento dalla proprietà, perchè l'ente collettivo può perdere l'usufrutto pel non uso. Or se già a' tempi di Gaio o per diritto civile o per intervento pretorio fosse stato possibile un usufrutto a favore dei *mu-*

(1) *Storia del dir. romano*, I, pag. 546 segg.
(2) *Manuale*, pag. 474, nota 5.

nicipes, limitandone la durata a' cent'anni, tanto più questo punto doveva essere sicuro a' tempi di Papiniano. Ma se ciò fosse stato vero, questi, ad evitare l'obbiezione della perpetuità dell'usufrutto, avrebbe fatto ricorso appunto al limite posto al diritto dei *municipes*, limite certo, immancabile, nè avrebbe richiamato la possibilità, molto remota, di una perdita per non uso.

Per contro in due passi di Giustiniano noi troviamo qualche cosa, che ci fa ritenere dovuta a questo imperatore l'introduzione di quel limite. Nella c. 1, 2, 23, 2 (anno 530) egli stabilisce a favore della Chiesa una prescrizione di cento anni con queste significantissime espressioni:

Sed ne videamur in infinitum hanc (actionem) extendere longissimum vitae hominum tempus *eligimus et non aliter eam actionem finiri concedimus, nisi centum annorum curricula excesserint.*

E nella Novella 9 (anno 535), disciplinando la stessa prescrizione egli, a proposito dei cento anni, dice: « *cum hoc tempus* vitae longaevi hominis *plerumque* finis *esse dignoscitur* ». Ora queste espressioni ritornano letteralmente ne' passi del Digesto, che fissano il secolo come limite per l'usufrutto delle persone giuridiche. Così nel fr. 33, 2, 8: « *unde centum annos observandos esse constat, qui* finis vitae longissimus esset ». E nel fr. 7, l. 56: « *et placuit centum annos tuendos esse municipes, quia is* finis vitae longaevi hominis est ». A me sembra che difficilmente si può trovare un caso in cui con maggiore fondatezza sia lecito asserire da un canto che così non potè scrivere il giurista, dall'altro che così invece scrive Giustiniano (1). Arroge la tendenza, da noi già accertata nel caso dell'*infans* (2), ma del resto evidentissima, del diritto ultimo a stabilire termini fissi là dove il diritto classico lasciava incerti i confini.

§ 426.

Se adunque il termine di cento anni è fattura tribonianea, ne deriva, che tale è pure la motivazione che gli sta a base. Conseguentemente deve tenersi per interpolata l'identica ragione, che nel fr. 7, 1, 3, 2 serve a giustificare in genere l'esistenza di modi

(1) V. in GRADENWITZ, *Interpolationen* le due rubriche a pagg. 19, 43.

(2) V. più sopra § 336, pag. 60.

con cui finisce l'usufrutto. Ma all'alterazione dei tre testi per parte de' compilatori mi pare accennino anche altre circostanze. Quale opera innovatrice abbiano esercitato i compilatori ne' varii scritti di Gaio fu molto diligentemente dimostrato da' recentissimi studii del Grupe (1). Alterati furono certo anche i tre frammenti citati. Il Grupe (2) ha già osservato che il fr. 7, 1, 3 è stato rimaneggiato nel § 1. Per me si deve dire lo stesso del § 2. Il plurale *proprietates* in relazione al singolare *usu fructu* non risponde al linguaggio gaiano, ma è consono alla dizione scorretta de' compilatori. L'ablativo assoluto «*semper abscedente usufructu*» è anch'esso molto caratteristico. Vi sono anche indizii formali nel fr. 33, 2, 8. Il *si tuetur* risponde all'uso dell'indicativo più volte rilevato nello stile tribonianeo. E così per contro il *qui . . . esset* finale. Il fr. 8, 1, 56 ci conferma nella convinzione, che Gaio non scrisse quella parte in cui si contiene l'affermazione dell'impossibilità di un usufrutto sempre separato dalla proprietà. Anche esso ripete letteralmente la stessa ragione. Ora, per quanto uno scrittore si mantenga fedele a sè stesso, vuoi nella forma, vuoi nella sostanza, non è facile ammettere che in tre opere diverse Gaio abbia riprodotto parola per parola quella stessa motivazione. Mentre invece è ben più concepibile che quello fra i compilatori incaricato dello spoglio delle opere gaiane, fermato una volta il concetto, lo abbia di sana pianta trasportato in tutti i passi in cui si doveva rendere ragione della temporaneità dell'usufrutto. Tanto più quando la c. 3, 33, 14, già da noi ricordata, dava l'intonazione in questo senso.

§ 427.

È strettamente collegata co' precedenti ragionamenti la questione, se l'atto costitutivo dell'usufrutto possa permettere l'estensione agli eredi ed entro qual limite. Le fonti contemplano tanto il caso di legato di usufrutto quanto quello di stipulazione dello stesso diritto. Sono importanti al riguardo i seguenti due passi di Ulpiano *ad Sabinum*, il primo appartenente al libro 17, il secondo al libro 49.

(1) Cfr. *Riv. per la fondaz. Savigny*, XVI, pag. 300 segg., XVII, pag. 311 segg., XVIII, pag. 213 segg.

(2) Cfr. XVIII, pag. 217.

fr. 7, 4, 5 pr.

Repeti potest legatus usus fructus amissus qualicumque ratione, dummodo non morte: nisi forte heredibus legaverit.

fr. 45, 1, 38, 10-12.

Si quis ita stipulatus fuerit « uti frui sibi licere », ad heredem ista stipulatio non pertinet. — Sed et si non addiderit « sibi », non puto stipulationem de usu fructu ad heredem transire, eoque iure utimur. — Sed si quis uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit, videamus, an heres ex stipulatu agere possit. et putem posse, licet diversi sint fructus: nam et si ire agere stipuletur sibi heredique suo licere, idem probaverimus.

Il primo passo ci avverte che nel testamento si può ripetere il legato di usufrutto per il caso in cui questo diritto venga meno per una causa qualunque : p. e. per la *capitis deminutio*. Vuol dire che a favore dello stesso titolare sorgerà un nuovo usufrutto. Ciò che si può ripetere indefinitamente sino a che il legatario vive. È naturale che non vi sia ripetizione a favore della stessa persona quando l'usufrutto vien meno per la morte di questa. « *Si non mors, sed capitis deminutio intercesserit* » (fr. 7, 4, 2, 1). Ma il nostro passo soggiunge che anche in caso di cessazione per morte è possibile una ripetizione, quando cioè si sia legato l'usufrutto anche agli eredi. La ripetizione qui avrebbe luogo a favore d'altra persona, degli eredi. Ma l'aggiunta eccettuativa riesce alquanto sospetta, per il ben noto *nisi*, per il *forte*, ma anche perchè in tal caso a rigore non si tratta della ripetizione nel senso solito, tant'è che mai altrove se ne parla nel senso di un nuovo usufrutto a favore di altre persone.

Riguardo alla stipulazione Ulpiano ci avverte, che chi si fa promettere l'usufrutto per sè, o, senz'altro, l'usufrutto, non trasmette negli eredi il diritto derivante da una tale stipulazione. Che se si stipuli a favore anche dell'erede, questi può agire in base a tale contratto, sebbene l'usufrutto, che ne risulterà a favore suo, sia diverso da quello che già ebbe il defunto e non una continuazione di esso. L'argomento di analogia, addotto nella chiusa del § 12, non persuade troppo, perchè l'oggetto della stipulazione, nel caso dello *ire agere*, è un diritto che per sè è trasmessibile negli eredi, se non sia dalla volontà delle parti limitato alla persona dello stipulante. Per ciò e per il *probaverimus*, sospetto già in sè perchè al plurale, tanto più sospetto qui dopo

il *puto* ed il *putem* al singolare, dubito che l'ultima parte non sia ulpianea.

§ 428.

Che si deve intendere in questi passi sotto l'espressione erede? Alcuni scrittori, fondandosi sulla maniera generale con cui si esprimono i passi e sulla regola d'interpretazione contenuta nel fr. 50, 16, 65 (Ulpianus l. 17 *ad edictum*), secondo cui «*heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad ulteriores refertur*», sono d'avviso che possa stipularsi l'usufrutto a favore degli eredi in genere e senza limitazione di grado e di tempo, rendendo così in sostanza ereditario l'usufrutto (1). Altri per contro, in base alla c. 3, 33, 14 (a. 530) da noi rammentata, la quale limita a' primi eredi l'usufrutto che il testatore abbia per avventura riservato al suo erede sopra cose legate ad un terzo, ritengono che mai si possa andare al di là degli eredi di primo grado (2).

La questione non è troppo semplice. Certamente di prima veduta il fr. 50, 16, 65 sembra decisivo. Ma chi ponga mente, che nella sua connessione originaria il passo si riferiva all'*accessio possessionis* nell'*interdictum utrubi* (3), non può ad esso annettere grande importanza per il diritto classico. Che per la difesa del suo possesso l'attuale litigante possa risalire al possesso dell'autore, a quello dell'autore del suo autore diretto e così via, è cosa che non dà luogo a difficoltà, che anzi corrisponde allo scopo per cui fu consentito all'avente causa di congiungere il suo possesso a quello dell'autore. Ma la cosa è completamente diversa quando invece si tratti di una stipulazione d'usufrutto a favore degli eredi. Vi è un'enorme differenza tra l'ammettere al godimento dell'usufrutto i soli eredi di primo grado e il consentirlo a tutti senza limiti di tempo. Invece nell'*utrubi*, oltre che si risale al massimo di autore in autore fino ad un anno, perchè trionfa chi ha avuto il possesso nella maggior parte dell'anno a partire dall'epoca della emanazione dell'interdetto, il congiungere varii pos-

(1) Cfr. WINDSCHEID, *Pand.*, I, § 215, nota 7; DERNBURG, *Pand.*, 6ª ed., I, 2, § 246, lett. *a*, nota 4, pag. 200.

(2) Cfr., tra altri, PFERSCHE, *Riv. di Grünhut*, VIII, pag. 526 segg.

(3) LENEL, *Palingenesia*, II, pag. 848, nota 3.

sessi non trova gli ostacoli economici che si oppongono alla perpetuità dell'usufrutto. Forse si sarebbe potuto, con maggior parvenza di fondatezza, far ricorso al fr. 50, 16, 70 (Paulus l. 73 *ad edictum*), che appartiene nell'opera di Paolo alla trattazione generale delle stipulazioni (1) e si occupa precisamente della interpretazione che in queste si deve dare alla parola *heres*. Il giureconsulto infatti afferma « *heredem etiam per multas successiones accipi. nam paucis speciebus heredis appellatio proximum continet* ». Ma appunto i casi accennati da Paolo limitano l'espressione per il carattere personale del diritto di cui si tratta. A questa stregua noi dobbiamo trarre dal passo in esame un insegnamento affatto contrario all'interpretazione estensiva in tema di usufrutto. Ad ogni modo questi passi ci dimostrano che dall'avere Ulpiano parlato di stipulazione di usufrutto a favore dell'erede o degli eredi senza limitazione, non se ne può trarre senz'altro la conseguenza che limitazione non vi sia. L'espressione è intesa con limitazione o senza, secondo i casi.

§ 429.

La più volte citata costituzione di Giustiniano (c. 3, 33, 14) dovrebbe servire di base per desumere lo stato della questione anche nel diritto classico. L'imperatore ci riferisce che fra gli antichi vi era grave divergenza nell'interpretare il legato di riserva di usufrutto a favore dell'erede del testatore, e nel giudicare della sua validità. La ragione per cui alcuni ritenevano nulla questa riserva era che per essa « *usus fructus numquam ad suam redit proprietatem, sed semper apud heredem remanet* ». E la costituzione soggiunge, che forse in fondo il concetto di questi giuristi era, che il primo, il secondo erede e così via, tutta insomma la serie degli eredi, si considerano come una sola persona: « *unus esse videtur* ». Poichè dunque non vi è estinzione di un tale usufrutto ne' modi soliti, se ne deduceva che un tale usufrutto è impossibile. Altri per contro sostenevano la validità di un tale legato. Ma la costituzione non ci dice direttamente se essi tenevano fermo il legato o meglio la riserva, attribuendole efficacia perpetua o limitandola al primo grado di eredi. L'imperatore decide essere valido il legato, ma limitato al primo grado.

(1) LENEL, *Paling.*, I, pag. 1090, nota 1. Cfr. 1088, nota 1.

Lasciando in disparte, per ora, l'influenza che questa decisione particolare può per avventura esercitare nel risolvere per il diritto ultimo la questione generale della validità di un usufrutto perpetuo trasmesso di erede in erede, osservo che certamente per il diritto classico la narrazione di Giustiniano attesta l'esistenza di alcuni che ammettevano la possibilità di un usufrutto perpetuo. Ho osservato che ciò non afferma direttamente la costituzione: il che non toglie che lo affermi implicitamente, ma non meno certamente. Che significato infatti avrebbe la meraviglia dell'imperatore espressa nelle parole: «*quare enim iste usus fructus sibi tale vindicat privilegium, ut generali interemptione usus fructus ipse solus excipiatur*»? se quei giuristi, sostenendo l'efficacia della riserva, non avessero ammesso la possibilità di un usufrutto perpetuo? Tra i giureconsulti non era dunque disputata la sola interpretazione della parola *heredes* o *heres*: chè in tal caso si sarebbe implicitamente ammesso che se le parti con tal parola avessero inteso tutti gli eredi di qualunque grado, la loro volontà non avrebbe trovato ostacolo legale. La disputa effettivamente cadeva sul potere in genere disporre, per atto tra vivi o per disposizione d'ultima volontà, che l'usufrutto non sarebbe rimasto limitato all'attuale titolare, ma da questo sarebbe trapassato di erede in erede. Abituati a considerare l'usufrutto come connesso indissolubilmente colla persona, che da esso doveva trarre i mezzi di sostentamento, ai giureconsulti sembrava inammessibile che un tale istituto, per natura sua temporaneo, si trasformasse in perpetuo, provvedendo o a' bisogni di una collettività amministrativa o a quelli di una serie indefinita di persone succedentisi l'una all'altra. Altri per contro si contentavano, riguardo all'usufrutto creditario, di un ripiego formale, costituendo tanti usufrutti quante erano le persone succedentisi. Per tal modo non si veniva a ledere il principio della personalità dell'usufrutto, ma si dava all'istituto una portata assolutamente diversa da quella indicata dalla sua origine. Per l'usufrutto lasciato alla collettività, come vedemmo, Papiniano ammette la perpetuità in via di principio, contentandosi di evitare ogni inconveniente colla possibilità della perdita per non uso. Così che per il diritto classico non si può asserire che una soluzione pacifica della questione della perpetuità fosse rimasta padrona del campo. Giustiniano, che pur disponeva in un'epoca in cui la enfiteusi era nella pienezza della sua fiori-

tura, si ferma impaurito di fronte a questa figura di un usufrutto perpetuo: per i comuni provvide limitando il godimento a cent'anni, per gli eredi, escludendoli tutti fuor che quelli posti in prima linea.

§ 430.

Oltre all'esservi diritti reali, che per essenza loro non durano al di là della persona del titolare, vi può essere un limite alla trasmessibilità per disposizione delle parti, a modo che un diritto per sè trasmessibile non passi negli eredi. Così se si costituisca una servitù prediale a modo che il proprietario del fondo dominante « *quoad viveret, ius eundi haberet* », potrà a rigore affermarsi che la servitù non cessa colla persona e che perciò l'erede abbia sempre il diritto di servitù ma il pretore ne ostacolerà l'esercizio opponendo nella formola dell'*actio confessoria* la *exceptio pacti*. Se il concetto primitivo non ammette per la servitù prediale nè condizione risolutiva, nè termine finale (fr. 8, 1, 4 pr.), nel diritto classico l'intervento del pretore ha dato piena efficacia a tali limitazioni.

§ 431.

L'erede diventa anche titolare de' diritti di credito spettanti al defunto. Ma anche riguardo a tali diritti può esservi ostacolo alla trasmessibilità ereditaria nel loro carattere eminentemente personale. Osserviamo pure a questo riguardo che in prima linea la volontà stessa delle parti può rendere personale il diritto, a modo che non esercitato dal primitivo titolare, non possa più essere fatto valere dagli eredi. Le fonti contemplano in proposito il caso molto semplice che da alcuno sia dovuta una somma « *in dies menses annosve singulos . . . quoad vivat* », e dell'azione spettante a un tal creditore dicono che « *ipsa simul cum eo intercidit* » (fr. 35, 2, 32 pr.). Ma esse contemplano anche il caso più difficile di un'obbligazione non avente tratto successivo, da eseguirsi cioè una sola volta, che però ha efficacia solo finchè vive il creditore per espresso volere delle parti.

Iulianus l. 51 *digestorum* — fr. 45, 1, 56, 4.

Qui ita stipulatur: « decem, quoad vivam, dari spondes» ?, confestim decem recte dari petit: sed heres eius exceptione pacti con-

venti summovendus est: nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est, quemadmodum is, qui usque in kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post kalendas petere, sed exceptione pacti summovetur.

Giuliano ci avverte che queste varie figure di obbligazione limitate a un tempo determinato, non vengono accolte dal diritto civile nella loro integrità. Per lo *ius civile* il vincolo obbligatorio perfetto non può essere menomato da una condizione risolutiva o da un termine finale: l'obbligazione resta integra malgrado di tali modalità e non ostante l'avveramento della condizione o la scadenza del termine. « *Placet ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum: nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi* » (fr. 44, 7, 44, 1). Finchè uno de' soliti modi di estinzione non tolga di mezzo l'obbligazione, essa perdura e passa quindi negli eredi del creditore, sebbene a questo soltanto fosse limitata la facoltà di richiedere il pagamento. Ma evidentemente con ciò si andava contro il portato dell'accordo passato fra le parti, onde l'azione dell'erede, fondata secondo lo stretto diritto, era ostacolata nel suo corso dall'*exceptio pacti*. Lo stipulante, coll'aggiungere quella clausola, aveva voluto precludere l'adito all'azione dell'erede, e questi coll'agire va contro la volontà dell'autore suo (1). Il Pretore col suo intervento dà piena efficacia al volere delle parti. Onde non è più a dubitare, che, sebbene l'antico principio sia tuttora affermato da Giustiniano nelle sue Istituzioni (3, 15, 3), sia oramai possibile alle parti rendere personale ed intrasmessibile negli eredi un diritto di obbligazione che di per sè è trasmessibile.

§ 432.

Vi sono però diritti di obbligazione, che per legge non passano negli eredi. Ma in proposito conviene fare qualche distinzione. In certi casi l'intrasmessibilità si fonda sulla tacita volontà delle parti contraenti. Il diritto di fare eseguire un mandato, che altri abbia accettato, vien meno colla morte del mandante, perchè il

(1) Cfr. KRÜGER, *Contributi alla teoria della exceptio doli* (*Beiträge zur Lehre von der e. d.*), Halle 1892, pag. 172, ma sopratutto MILONE, *La exceptio doli* (*generalis*), pag. 203 segg.

mandatario può avere assunto l'incarico in vista dell'affetto, della stima che professava pel mandante, o per altre ragioni riferentisi alla persona di costui. Il mandato importa un rapporto di reciproca fiducia, di benevolenza, almeno nel concetto romano, che del mandato fa un atto essenzialmente gratuito. Ciò non toglie, naturalmente, che l'erede del mandante abbia diritto di rivolgersi contro il mandatario, sia per tutto quanto il mandatario abbia già compiuto, sia per far dar termine a ciò che fu cominciato (1, 3, 26, 10). Anche la società è un rapporto di fiducia personale e vien meno colla morte di uno qualunque de' soci (Gaio III, 152). Se l'erede del socio morto ha diritto al rendiconto e al profitto di tutto quanto fu fatto nell'azienda sociale vivente il suo autore, non può però pretendere la continuazione della società. Il diritto dell'erede si limita in sostanza a tutto quanto si riferisce al passato e perde ogni efficacia per quanto è dell'avvenire (1). La partecipazione dell'erede alla società non è ammessa neppure se nell'atto costitutivo sia stata stabilita fra le parti. Solo eccezionalmente questo patto fu riconosciuto valido nelle *societates publicanorum*, per ragioni di pubblico interesse (fr. 17, 2, 59 pr.) (2). Ma vuoi nel caso del mandato, vuoi nel caso della società, non tanto vien meno un diritto di obbligazione, quanto piuttosto cessa un rapporto giuridico su cui quel diritto si fonda.

§ 433.

Lo *adstipulator* non trasmetteva il suo diritto nell'erede: « *adstipulatoris heres non habet actionem* » (Gaio III, 114, IV, 113). L'*adstipulator* è colui, che si aggiunge come nuovo creditore all'obbligazione già esistente, stipulando la stessa cosa che era già stata stipulata da altri. Questo *adstipulator* serviva a supplire lo istituto della rappresentanza, che il diritto romano non ammetteva per principio. Egli poteva ricevere il pagamento e liberare per tal modo il debitore, ma era tenuto a restituire al primo stipulante quanto aveva ricevuto, perchè appunto lo avea ricevuto nell'interesse dell'altro. Poteva sopratutto agire in giudizio per far valere il credito: e pare che la funzione primitiva fosse ap-

(1) Cfr. da ultimo Rocco, *Giur. ital.*, 1901, IV, pag. 1 segg.

(2) Cfr. Rocco, *op. cit.*, pag. 3.

punto quella di permettere la rappresentanza processuale nell'interesse del creditore. Poteva questi prevedere che al momento della scadenza egli non si sarebbe trovato sul posto per tutelare le proprie ragioni e in questa previsione nominava uno che potesse validamente ricevere il pagamento, fare la relativa *acceptilatio*, ed occorrendo procedere giudizialmente. Ora qui in sostanza tra il creditore vero e lo *adstipulator* correva un rapporto di mandato, tant'è che Gaio ci dice che quello aveva contro questo l'*a. mandati* per farsi consegnare quanto aveva esatto in suo nome (III, 111). La stessa ragione, che pone fine al mandato, doveva far cessare l'*adstipulatio*. Il creditore, che aveva riposta la sua fiducia nell'*adstipulator*, poteva non averne alcuna nell'erede di costui. Ma anche qui s'intende che se l'*adstipulator* fosse morto dopo avere ricevuto il pagamento, ma prima di restituire al creditore quanto aveva esatto, tale restituzione doveva essere fatta dall'erede.

Un altro caso di cessazione di un diritto per morte si ha nel compromesso. Questo vien meno di regola per la morte delle parti che possono pretendere dall'arbitro la pronuncia della sentenza (fr. 4, 8, 49, 2). Anche qui abbiamo un incarico affidato a persona che lo accetta per riguardo al committente e d'altra parte l'erede di questo può non avere fiducia nell'arbitro eletto. Onde, salvo disposizione contraria, è da ritenere che colla morte delle parti o di una di esse cessi il compromesso.

§ 434.

L'azione di restituzione della dote, che la moglie avrebbe potuto proporre dopo il divorzio, non passava all'erede di lei, salvo che il marito non fosse in mora quando la moglie venne a morire (Ulp. *reg.* VI, 7). Gli scrittori non sono d'accordo nel determinare il fondamento di questa intrasmessibilità (1). Sicuramente questa risale al carattere originario dell'*actio rei uxoriae*, la quale, sostituendo l'antico *iudicium domesticum*, che giudicava delle cause per cui era avvenuto il ripudio, mirava a colpire il marito e a provvedere a favore della donna degna di protezione. Il carattere

(1) Cfr. da ultimo Solazzi, *La restituzione della dote nel dir. rom.* (Città di Castello 1899), pag. 189 segg.

penale di quest'azione, congiunto all'indole delicatissima della risoluzione che doveva prendere la moglie nell'iniziarla, spiegano perchè non si sia voluto che l'erede della moglie si rivolgesse contro il marito quando essa non aveva creduto doverlo fare. Ma ad un tempo è chiaro, che il marito non può respingere la domanda dell'erede quando per colpa sua, per trovarsi egli in mora, la moglie non aveva potuto godere in vita de' beni dotali dovutile. In tal caso la liberazione del marito avrebbe significato che lo si voleva premiare per la sua colpa. Nel diritto giustinianeo non vi è più questa intrasmessibilità.

§ 435.

Questo caso particolare ci apre la strada all'esposizione di una altra serie di diritti di credito intrasmessibili negli eredi, vogliam dire delle così dette *actiones vindictam spirantes*. In queste si mira ad una condanna pecuniaria: esse però quanto al risultato si potrebbero annoverare fra le azioni comprese nel patrimonio. Ma il fondamento e l'intento delle azioni in esame hanno tutt'altro carattere. Esse mirano a dare soddisfazione alla persona che ha ricevuto un'offesa e sono indirizzate a vendicare quasi la violazione sofferta colpendo nel patrimonio l'autore del fatto. Ora se l'offeso venga a morire, la funzione di soddisfacimento vien meno, non essendo più possibile provocare nella persona lesa il sentimento del benessere per la riparazione ricevuta. D'altra parte è decisiva la volontà della persona nel provocare il soddisfacimento e non vi è ragione per tollerare che prenda la iniziativa l'erede là dove l'autore tacque. Le fonti romane tratteggiano con molta energia il carattere eminentemente personale di queste azioni. Paolo (fr. 37, 6, 2, 4 — l. 41 *ad edictum*) dice di una di esse: «*magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem*». E del pari Ulpiano (l. 61 *ad edictum* — fr. 29, 2, 20, 5): «*haec enim actio poenam et vindictam quam rei persecutionem continet*». E Papiniano afferma, che quanto si percepisce in base ad azioni di questa specie «*in sola vindicta est constitutum*» (l. 8 *quaestionum* — fr. 47, 12, 10). Ed è appunto questa espressione che ha servito di modello per la denominazione, divenuta ormai comune. Giuliano (fr. 47, 12, 6 — l. 10 *digestorum*) ha una espressione quasi simile: «*cum haec actio non ad rem familiarem eiusdem, (sed) magis*

ad ultionem pertineat». E sotto altra forma ritorna lo stesso concetto in Cicerone (*pro Caesare* c. 12 in f.), là dove dice che l'*a. iniuriarum* «*dolorem imminutae libertatis iudicio poenaque mitigat*». Onde di azioni di tal genere si dice che «*in bonis nostris non computantur*» (fr. 47, 10 28 — Ulpianus 1, 34 *ad Sabinum*), e che «*simul cum ipso* (*actore*) *intercidunt*» (fr. 35, 2, 32 — Maecianus 1, 9 *fideicommissorum*). Così che in sostanza la ragione, per la quale non si trasmette l'azione negli eredi, sta in ciò, che non si tratta di diritto compreso nel patrimonio del defunto, per quanto talora l'eredità sia l'occasione per cui sorgono per la prima volta azioni di tal genere a favore dell'erede, come avviene nell'*a. sepulchri violati* relativa ad un sepolcro ereditario (cit. fr. 47, 12, 10).

§ 436.

Le azioni sicuramente comprese in questa categoria sono le seguenti. 1) *L'actio iniuriarum*, che in genere mira a reprimere ogni ingiusto attacco contro la personalità in sè stessa o nelle sue estrinsecazioni, in quanto manchi un altro mezzo particolare per colpire il fatto ingiusto. Il pretore coll'*a. iniuriarum aestimatoria* attribuiva all'offeso una somma di danaro proporzionata all'entità del fatto. È a quest'azione che si riferisce in particolare il cit. fr. 37, 6, 2, 4 di Paolo; — 2) *L'actio sepulchri violati* che colpisce con grave pena coloro che in qualunque modo recano offesa alla santità delle tombe. In prima linea quest'azione si dà al titolare dello *ius sepulchri* e la condanna allora è «*quanti ob eam rem aequum videbitur*». Ove non vi sia un titolare o egli non voglia agire, si dà un'azione popolare (*quicumque agere volet*) rivolta ad una pena che nel diritto giustinianeo è di *centum aureorum* e nell'editto doveva essere di 100.000 sesterzi (1). In questo secondo caso l'intrasmessibilità ereditaria si fonda sopra una altra ragione, che esamineremo a suo luogo; ma nel primo essa deriva appunto da ciò, che non si tratta di difendere il patrimonio, ma di dare giusta soddisfazione a colui che, come titolare dello *ius sepulchri*, ha la tutela della tomba, della proprietà degli *Dii Manes*. Ed a quest'azione appunto si riferisce la maggior parte de' passi, che noi abbiamo sopra citati. — 3) Alla tutela

(1) Cfr. Fadda, *Azione popolare*, I, n. 28, pag. 34 seg.

del diritto funerario spetta un'altra azione compresa in questa categoria, cioè l'*actio in factum*, che si dà a colui cui venne impedito di seppellire un cadavere. Gaio (l. 19 *ad edictum provinciale* — fr. 11, 7, 9) riferisce, che la condanna qui tendeva al «*quanti eius interfuerit prohibitum non esse*», e che vi era compresa la spesa fatta per acquistare altro terreno pel seppellimento. Egli dopo ciò si meraviglia come quest'azione per comune consenso non spetti all'erede di colui che fu impedito. «*Unde minor, quare constare videatur neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem: nam ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur*». Questa meraviglia di Gaio ha dato luogo a lunghe dispute fra gli interpreti (1). Ma giustamente la grande maggioranza degli scrittori ritiene, che la ragione della intrasmessibilità si debba ricercare in ciò che qui si ha una specie di *a. iniuriarum*, perchè è vera ingiuria vuoi al defunto, vuoi a colui che procede al seppellimento, l'impedimento arrecato alla sepoltura di un cadavere contro colui che ha diritto di seppellirlo. Che la condanna comprenda elementi patrimoniali è certo: ma ciò non toglie che essa sia rivolta a far attribuire l'interesse e in questo si comprende naturalmente la riparazione dell'offesa arrecata. Fu giustamente rilevato, che ciò è detto espressamente anche per l'*a. sepulchri violati*, la condanna della quale comprende anche elementi patrimoniali (fr. 47, 12, 3, 8), e che l'impedimento al seppellimento è posto sotto il concetto del sepolcro violato nella c. 9, 19, 6 — 4. Il Pretore nell'editto vietava a' figli e a' liberi di *vocare in ius* senza permesso suo i genitori o i patroni e gli ascendenti e discendenti di questi. Chi contravveniva veniva punito con una pena sul cui ammontare non si è sicuri (2). Ora l'azione relativa a questa pena non si dava a fa-

(1) V. la enumerazione delle varie opinioni professate fra gli antichi in GLÜCK, *Comm. delle Pandette*, XI, § 775, nota 83 seg. Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, V, § 230 B., pag. 200; VANGEROW, *Pand.*, I, § 145, osserv. I, 7; ARNDTS, *Pand.*, § 104, nota 1; DEMELIUS, *Indagini sul diritto civile romano* (*Untersuchungen aus dem röm. CR.*), I, § 3, pag. 20 seg., nota 17; PERNICE, *Labeo*, 2ª ed., I, 1, pag. 43, nota 4. In contrario MÜHLENBRUCH, *Continuazione di Glück*, XLIII, pagg. 13, 31, il quale, seguendo alcuni antichi scrittori, è d'avviso che Gaio colle parole finali affermi la possibilità di una condanna semplicemente reipersecutoria.

(2) Secondo Gaio (IV, 46), essa ammonterebbe a 10000 sesterzi. Invece la compilazione giustinianea parla di 50 *aurei* che, secondo il solito metodo di sostituzione seguito, dovrebbe intendersi posto in luogo di 50000 sesterzi. V. in proposito LENEL, *Ed. perpetuum*, pag. 55.

vore dell'erede della persona illegalmente citata (fr. 2, 4, 24). È facile intendere come la violazione di questo dovere di pietà possa essere perseguitata solamente dalla persona offesa. — 5) Il pretore dava un'*actio in factum* contro colui il quale «*ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepisse dicetur*» (fr. 3, 6, 1 pr.). Il promuovere una lite ingiustamente o l'astenersene per vantaggi economici ricevuti è colpito colla pena del quadruplo di quanto si è ricevuto, a favore di colui che fu vittima designata di questo artifizio doloso (1). Gaio (l. 4 *ad edictum provinciale* — fr. 3, 6, 4) dice espressamente: «*haec actio heredi quidem non competit, quia sufficere ei debet, quod eam pecuniam quam defunctus dedit repetere potest*». La possibilità della concorrenza colla *condictio ob turpem causam* — nel caso in cui chi dà non *turpiter facit* —, ed alcune espressioni delle fonti hanno fatto sorgere dubbi sul carattere di quest'azione (2). Noi non possiamo qui diffonderci nella trattazione di questo punto. A noi pare sicuro che anche qui la pena del quadruplo miri a dare soddisfazione a colui che fu preso di mira col turpe mercato, e che però l'azione in esame rientri nel concetto generale sopra indicato.

§ 437.

6) È noto come l'editto pretorio comminava una penalità per il caso in cui sulla strada, ove pubblicamente si poteva passare, si fossero gettate o versate cose arrecando danno a' passanti. L'*a. de effusis et deiectis* contempla tre casi ben distinti. Se coll'atto vietato si è recato danno a cose, si ha un'*actio in duplum* a favore del danneggiato. Se si è ucciso un uomo libero si dà un'azione popolare la cui condanna ammonta a 50000 sesterzi; se si è ferito un uomo libero, l'azione si dà in prima linea al ferito e poi a qualunque cittadino, lasciando all'equo arbitrio del giudice il determinare la somma della condanna (fr. 9, 3, 1 e 5 § 5). Il primo caso non è in questione quanto alla trasmessibilità. Nel secondo l'azione non si trasmette nell'erede perchè po-

(1) Su questa azione cfr. LENEL, *Ed. perpetuum*, § 36-38, pag. 83 seg.; HITZIG, in PAULY-WISSOWA, *Realencyclopädie* sub v. *calumnia* B, 3, III, pag. 1421; WINDSCHEID, *Pand.*, II, § 471.

(2) Cfr. PERNICE, *Labeo*, *l. c.*, pag. 43, nota 3.

polare. Nel terzo non si trasmette negli eredi *iure hereditario* « *quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex aequo et bono oritur* » (fr. 5 § 5 cit.). Il Pernice (1) crede che l'intrasmessibilità si fondi qui non sulla qualità di *vindictam spirans*, ma sulla popolarità. La stessa osservazione egli aveva già fatto riguardo all'*a. sepulchri violati*. Ma ci pare a torto. Le parole che noi abbiamo riferito mostrano che il giureconsulto fonda l'esclusione sul carattere di soddisfazione spettante all'azione. Certamente queste parole stanno a dimostrare che qui si vuole spiegare perchè nel caso di ferimento, l'azione privata — non la popolare — spettante al ferito non passa agli eredi di costui (2). — 7) Le *retentiones propter mores*, e in genere la *morum coercitio*, non possono essere fatte valere dagli eredi del marito contro la moglie colpevole. « *Morum vero coercitionem non habet* (*heres*) » (fr. 24, 3, 15, 1). Anche qui, per quanto nel risultato si tratti di infliggere alla donna un danno patrimoniale a favore del marito, è però sempre il soddisfacimento dell'offesa a questo arrecata che primeggia e inspira la condanna. In nessun caso forse questo carattere appare tanto evidente come in questo: certamente poi non vi è caso in cui tanto ripugni il consentire all'erede di sollevare una delicatissima questione famigliare dove tacque colui che fu offeso (3).

§ 438.

8) Si suol annoverare in questa categoria anche la *querella inofficiosi testamenti*, ossia quel rimedio giuridico per cui il legittimario ingiustamente diseredato attaccava il testamento che lo privava del suo diritto di legittima. È risaputo come questo rimedio, così in aperta opposizione col diritto del *paterfamilias* di disporre a suo libito de' beni purchè osservasse le forme volute

(1) *Op. cit.*, pag. 43, nota 3.

(2) Cfr. su questo disputatissimo passo Fadda, *L'azione popolare*, n. 127 seg., pag. 154 seg.

(3) Cfr. Savigny, *Sistema*, II, § 230, nota 1; Puchta, *Pand.*, § 88, nota *c* (erroneamente Arndts, *Pand.*, § 104, nota 1 trova in contraddizione l'un coll'altro questi scrittori); Solazzi, *op. cit.*, pag. 270, nota 1.

per la diseredazione, sia il risultato di una pratica giudiziaria, che fa capo ad una specie di finzione d'insania nel testatore, per cui più che l'interesse patrimoniale veniva lesa la onorabilità, la stima, la dignità del legittimario. Le fonti accentuano ripetutamente questo carattere. Marcello (l. 3 *digestorum* — fr. 5, 2, 5), nel rendere ragione della espressione *de inofficioso*, così si esprime: « *huius autem verbi . . . vis illa . . . 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* ». Il fatto del testatore è qualificato per *iniuria* (fr. 5, 2, 4, 8 pr.), ed in particolare, con molta decisione, nel fr. 38, 5, 1, 8. Ulpiano (l. 44 *ad edictum*) pone a paro la querela in esame coll'*a. iniuriarum* e simili, rilevandone il carattere eminentemente personale. L'intento normale della diseredazione è riposto in una specie di biasimo verso il diseredato: *notae causa* (fr. 28, 2, 18), quasi a punizione del mancato ossequio verso il testatore e d'altra parte il risentimento del figlio per l'ingiusta privazione del diritto ereditario spettantegli è detto *indignatio* (fr. 5, 2, 22 pr.). Insomma non si potrebbe più evidentemente porre in rilievo la parentela che passa fra questo mezzo giuridico e le azioni di cui noi abbiamo finora parlato. Onde a ragione osserva il Dernburg (1), che nella *querella inofficiosi* in luogo del punto di diritto si mette il punto di onore, e che in essa il leso si duole dell'ingiuria, dell'insulto fattogli (2). Dato questo carattere, la personalità della *querella* è conseguenza ineluttabile. Onde non la può proporre il padre per il figlio ingiustamente diseredato dalla madre (cit. fr. 5, 2, 8 pr.), come il rinunziarvi non può costituire alienazione in frode de' creditori o del patrono (fr. 38, 5, 1, 8 cit.). E quindi di regola il diritto di proporre la *querella* non si trasmette negli eredi.

§ 439.

Ulpiano l. 14 *ad edictum* — fr. 5, 2, 6, 2.

Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem

(1) *Pand.*, III, § 147, pag. 300, nota 3.

(2) Su tutto questo concetto v. la fondamentale trattazione del Leist, *Contin del Glück*, V, n. 135 seg., pag. 107 seg.

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 decessit, puto ad heredem transire.

Papinianus l. 14 *quaestionum* — fr. 15 § 1 cod tit.

Heredi eius, qui post litem de inofficioso praeparatam mutata voluntate decessit, non datur de inofficioso querella: non enim sufficit litem instituere, si non in ea perseveret.

La questione proposta da Ulpiano è, se il legittimario trasmetta nell'erede suo il diritto alla *querella* quando già abbia mosso la lite, la *accusatio*, come viene spesso chiamata nelle nostre fonti appunto in coerenza a quel carattere che siamo venuti delineando. La risposta è fondata non solo sull'autorità di Papiniano, ma anche su quella di alcuni rescritti imperiali. In prima linea si afferma che se il legittimario ha chiesto la *bonorum possessio*, che gli spetta in base all'editto del Pretore, i suoi eredi succedono anche nella querela contro il testamento. Naturalmente nessuno trasmette l'eredità deferitagli dato il carattere personale della delazione. Gli eredi in genere possono far valere il diritto di eredità del loro autore quando questi abbia accettato. Epperò Paolo (*Sent.* I 13 B 4) afferma che « *petitio hereditatis, cuius defunctus litem non erat contestatus, ad heredem non trasmittitur* ». Il proporre la *petitio* assume la figura di *gestio pro herede* solo quando per la contestazione della lite il giudizio sia definitivamente instaurato: allora soltanto l'eredità è accettata e come tale si trasmette. Nel caso in cui la *agnitio bonorum possessionis* sia stata fatta dal legittimario, si ha la manifestazione della sua volontà di accettare, epperò scompare l'ostacolo che in genere vi è alla trasmissione dell'eredità deferita all'autore. Resta la difficoltà procedente dal fatto, che questo diritto ereditario in tanto trionfa e si esplica praticamente in quanto sia tolto l'ostacolo del testamento che offende il legittimario e nomina erede altri. Coll'accettare l'eredità non ha il legittimario manifestato ancora l'intenzione di procedere oltre e di far cancellare la taccia derivante a lui dalla ingiusta esclusione. Ma si ritiene sufficiente lo avere istituito l'accusa, anche se non si sia giunti alla contestazione. Ma si va ancora più oltre e si concede agli eredi del legittimario di

proporre la querela quand'anche questi non avesse chiesto la *bonorum possessio*, purchè avesse manifestato la sua volontà col muovere la lite, col disporsi a muoverla, preparando quanto occorreva a tal uopo. E il fr. 5, 2, 7 spiega che s'intenda in questo caso per preparazione, cioè, la *datio libelli*, la *denunciatio*, la minaccia stessa della lite. Insomma deve il legittimario con atti di non dubbio significato avere mostrato la sua volontà di distruggere il testamento che ne lede l'onorabilità. Però, siccome appunto la volontà di lui è decisiva, Papiniano ci avverte, che gli atti di preparazione hanno efficacia in quanto il legittimario vi perseveri. Se quindi egli posteriormente abbia cambiato avviso, vien meno negli eredi il diritto di far valere la *querella* a lui spettante. Giustiniano ha stabilito un trattamento speciale per gli eredi del legittimario, che sieno discendenti di lui. Il diritto di proporre la *querella* si trasmette ad essi senza che il loro autore abbia fatto alcun atto preparatorio (c. 3, 28, 34).

§ 440.

La inclusione della *querella inofficiosi* nel novero delle *actiones vindictam spirantes* viene ostacolata in base ad alcuni riflessi, che sembrano doverle fare attribuire un carattere particolare. Così si osserva che nella serie di azioni finora enunciate si trovano rimedi aventi carattere penale e che Gaio (IV, 112) nell'accennare a questa intrasmessibilità parla dell'azione d'ingiuria e di altre simili, accennando così al carattere penale. Ora questo carattere non vi sarebbe nella *querella*, la quale è rivolta contro l'erede istituito, che non ha commesso alcun fatto delittuoso. Ancora: le azioni *vindictam spirantes* si fondano sopra un diritto di obbligazione, mentre la *querella* non dà luogo a un diritto di credito, ma tutela una ragione che ha analogia essenzialmente con quelle che dànno luogo alle *restitutiones in integrum*, onde ha una natura tutta speciale (1). Ma per il punto di vista che ci occupa, queste due obbiezioni non hanno importanza. Sempre è vero che vi è qui un diritto d'impugnativa, che di regola non passa nell'erede perchè si fonda da un canto sul diritto di eredità legittima, che

(1) Cfr. WINDSCHEID, *Pand.*, II, § 359, nota 6. V. pure KÖPPEN, *Trattato*, § 1, pag. 36, nota 2 in f.

l'erede può esercitare solo quando sia stato accettato dal legittimario, e dall'altra mira a dare soddisfacimento al legittimario privato dell'onore dell'istituzione e messo così in mala vista di fronte alla pubblica estimazione. Quest'ultimo fondamento attestato nelle fonti nel modo più energico, mostra a tutta evidenza che le ragioni dell'intrasmessibilità ereditaria coincidono con quelle che tale intrasmessibilità determinarono nelle azioni da delitto sopra enumerate.

§ 441.

9) Anche il diritto di revocare le donazioni per causa d'ingratitudine del donatario segue la stessa tendenza. Le fonti giustificano questo diritto appunto in base all'offesa recata al donante ed alla giusta soddisfazione a questo dovuta. Sorto con particolare riguardo a' liberti (c. 8, 55 [56], 1), si venne mano a mano estendendo fin che sotto Giustiniano lo troviamo ammesso per qualunque donazione (c. 7, 10 eod. tit.). Appunto in ragione del suo carattere, anche il diritto di revoca non può essere esercitato da altri che dal donante ; epperò restano esclusi gli eredi.

cit. c. 1, § 3.

Hoc tamen ius stabit intra ipsos tantum, qui liberalitatem (1) *dederunt, ceterum neque filii eorum neque successores ad hoc beneficium pertinebunt : neque enim fas est ullo modo inquietari donationes, quas is qui donaverat in diem vitae suae non retractavit.*

cit. c. 7, § 3.

Actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum nec in heredem detur nec tribuatur heredi.

cit. c. 10, § 2.

Haec tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus, nulla licentia concedenda donatoris successoribus huiusmodi querimoniarum primordium instituere. Etenim si ipse qui haec passus est tacuit, silentium eius maneat semper et non a posteritate eius suscitari concedatur vel adversus ipsum qui ingratus esse dicitur vel adversus eius successionem.

(1) Alcuni manoscritti hanno *libertatem*. Il § 272 dei *Vaticana fragmenta*, che riproduce questa costituzione, conferma la lezione *liberalitatem*. Cfr. KRÜGER nella sua edizione del Codice *ad h. l.*

La esclusione degli eredi di qualunque specie è giustificata qui appunto coll'opportunità di non lasciar sollevare la questione di ingratitudine là dove l'offeso non la sollevò. In particolare è interessante la c. 7, § 3, che la comune opinione suol riferire alla *vindicatio utilis*, mentre lo Schlossmann giustamente la intende nel senso di un'*a. vindictam spirans* (1). Secondo la prima interpretazione l'imperatore direbbe che l'azione è bensì personale, ma ha carattere ed effetti che la farebbero accostare alla rivendica; ossia apparterrebbe alla categoria di quelle *vindicationes utiles*, di natura così singolare, che tanto hanno dato da fare agli interpreti. Per lo Schlossmann invece la costituzione afferma che l'azione ha carattere talmente personale da mirare solo al soddisfacimento, alla vendetta — *vindicatio* —, così che è passivamente ed attivamente intrasmessibile negli eredi. E a me sembra che questa spiegazione si raccomandi sia perchè il § riceve un significato più logico, riferendolo sempre ad uno stesso concetto da cui si traggono le conseguenze rigorose, sia perchè il *tantum*, applicato all'*effectum vindicationis*, non avrebbe senso se riferito ad una rivendica, in quanto con questa più che attenuare si accresce l'effetto dell'azione, mentre nella proposta dello Schlossmann esso è perfettamente a suo luogo e specifica sempre meglio il carattere personale del rimedio giuridico. Del resto ove proprio il § venisse riferito ad una *rei vindicatio utilis* si avrebbe un'antitesi così strana che è ben difficile giustificarla. Si direbbe che si vuole un'azione tanto personale da avere gli effetti d'un'azione reale!

§ 442.

Tutta la serie delle *actiones vindictam spirantes* perde tale carattere colla contestazione della lite, e da questo momento cessa la intrasmessibilità negli eredi. È questa una conseguenza della novazione processuale che nella procedura romana avveniva in base alla *litis contestatio*. Il titolo primitivo veniva meno e lo stesso contenuto di obbligazione era oramai dovuto in forza dell'accordo delle parti su cui si fondava poi la sentenza. L'obbligazione basata sulla contestazione non aveva più le specialità primitive, onde era perpetua e non cessava per la morte di una

(1) *Ann. per la dogm.*, XXV, pag. 389.

delle parti. « *Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent* » (fr. 50, 17, 139 pr.). Rientrano in questa regola le *actiones vindictam spirantes*, le quali per la contestazione della lite diventano patrimoniali non solo per il loro risultato, ma anche per il loro fondamento. Come abbiamo visto la *querella inofficiosi* si discosta da questa regola in quanto non occorre la contestazione della lite per renderla trasmissibile, ma basta la preparazione, la decisa volontà di agire. Vi ha chi sostiene doversi trattare allo stesso modo anche il diritto di revocare la donazione per causa d'ingratitudine (1). In realtà le cit. c. 1, 10 non sembrano escludere gli eredi se non nel caso in cui il donante non avesse nulla detto o fatto per manifestare la sua volontà di revocare. Revocata la donazione, si dice, non v'è ragione per cui l'erede del revocante non possa sperimentare la relativa azione. Sembra però fare ostacolo la cit. c. 7, in cui non il diritto di revoca, ma la relativa azione è qualificata come personale e intrasmessibile. Nè ad infirmare la rilevanza di questa legge basta il dire, che le sue parole oscure, indeterminate, debbono intendersi a stregua di quelle chiare e determinate delle altre due costituzioni. Le parole della c. 7 sono tutt'altro che indeterminate, ed è anzi la dizione recisa di questa legge che fa difficoltà, mentre la c. 10 è tutt'altro che chiara. Si ponga mente alla verbosità ed inesattezza solita di Giustiniano e si veda se il *tacere*, il *silentium* non possano appunto riferirsi al solo modo serio di manifestare la propria decisione, alla domanda giudiziale resa irrevocabile colla contestazione della lite. Forsechè lo « *instituere primordium huiusmodi quaerimoniarum* » non accenna a ciò? Tanto più che la revoca non ha effetto *ipso iure*, ma solo dopo una prova minuta e un esame scrupoloso dei fatti, come Giustiniano stesso afferma. Con tutto ciò non crediamo che si possa dare una soluzione sicura alla questione. — Il nostro codice civile (art. 1082) ammette gli eredi del donante a far valere il diritto di revoca solo quando il donante abbia promosso l'azione o fosse mancato di vita entro l'anno dal fatto avvenuto (2).

(1) Cfr. WINDSCHEID, *Pand.*, II, § 367, nota 19 e gli scrittori da lui citati. Contro ARNDTS, *Pand.*, § 104, nota 1, il quale ritiene che non vi sia ragione sufficiente a dimostrare questa deroga.

(2) Sulla revoca per ingratitudine nel nostro diritto cfr. FADDA e BENSA su WINDSCHEID, I, 1, pag. 689.

§ 443.

In generale è da notare che cessano colla persona tutti i privilegi che sono conceduti in vista di questa. Di privilegi si suol parlare in senso largo o in senso ristretto. È privilegio in senso largo quel trattamento favorevole (1) che la norma giuridica fa a certe classi di persone, di cose o di rapporti giuridici. È privilegio in senso stretto il trattamento di favore accordato ad una persona, cosa o rapporti determinati individualmente, o una pluralità di persone, cose o rapporti pure individualmente determinati. La persona, cui sia conceduto un privilegio, di qualunque specie, non può trasmetterlo in altri, neppure negli eredi.

Modestinus l. 9 *regularum* — fr. 50, 17, 196.

Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae. et ideo (quaedam) ad heredem transmittuntur quae causae sunt: quae personae sunt ad heredem non transeunt.

Paulus lib. singulari *de dotis repetitione* — fr. 68 eod. tit.

In omnibus causis id observatur, ut, ubi personae condicio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat, ubi vero genus actionis id desiderat, ibi ad quemvis persecutio eius devenerit, non deficiat ratio auxilii.

Questo criterio generale trova la sua pratica esplicazione in varii casi. Così la immunità delle imposte *rebus concessa* non vien meno per il mutamento delle persone, cui tali cose appartengono, epperò ne godono gli eredi del proprietario, mentre ciò non avviene per l'immunità concessa alle persone. «*Quippe personis quidem data immunitas cum persona extinguitur, rebus numquam extinguitur*» (fr. 50, 10, 3, 1). — Il pupillo ha privilegio quanto alle sue ragioni verso il tutore. Se un tutore venga condannato per tutto quanto l'avere del pupillo e si faccia a sperimentare come *procurator in rem suam* contro i contutori le ragioni del pupillo per tenerli condannati in proporzione, non potrà valersi del privilegio del pupillo da lui integralmente soddisfatto. «*Privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur: non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem*» (fr. 26, 7, 42). — Il c. d. *beneficium competentiae* con-

(1) Si suol parlare di privilegi odiosi, ossia, che arrecano danno, ma contro questa terminologia v. WINDSCHEID, *Pand.*, I, § 29, nota 4.

siste in ciò che nell'eseguire una condanna contro certi debitori non si può procedere sui loro beni illimitatamente, ma si deve loro lasciare quello che è strettamente necessario per la sussistenza. Godono di un tale beneficio p. e. ascendenti e discendenti fra loro, il suocero di fronte al genero pel pagamento della dote promessa, il patrono verso il liberto, i socii fra loro per gli obblighi derivanti dal contratto di società e così via. Questo beneficio è strettamente personale e non torna a vantaggio degli eredi del debitore. « *Sciendum est heredes earum personarum non in id quod facere possunt, sed in integrum teneri* » (fr. 42, 1, 25, cfr. fr. 23, 24 eod. tit.).

§ 444.

Come abbiamo più volte osservato ha carattere eminentemente personale la delazione d'una eredità, e quindi non passa negli eredi il diritto di accettarla, salvo i casi di trasmissione da noi esaminati. Non si trasmette del pari nell'erede del legatario condizionale il diritto, o meglio l'aspettativa di diritto, derivante dal legato lasciato sotto condizione sospensiva (fr. 36, 2, 5, 2 cfr. 5 pr. ib.).

§ 445.

Una particolare trattazione esige la trasmessibilità ereditaria del possesso, trattazione che, per essere completa, dee congiungersi all'altra sulla sorte in genere di una successione nel possesso (1). Cominciamo dall'esaminare i passi delle fonti relativi a questo punto.

(1) Cfr. da ultimo Dusi, *La successione nel possesso* ecc., Torino 1895 (estratto dalla *Riv. it. di sc. giur.*) e la letteratura ivi indicata. Sulla successione dell'erede nel possesso v. Cosack, *Il possesso dell'erede* (*der Besitz des Erben*), Weimar, 1877; Köppen, *Trattato*, § 1, pag. 32 seg., note 5, 6; Steinlechner, *op. cit.*, § 10 seg., pag. 118 seg.; Randa, *Il diritto del possesso* (4ª ed. 1895), § 15, pag. 474 seg.; Bekker, *Il diritto del possesso*, § 27, pag. 289 segg.; Strohal, *Successione nel possesso* (*Succession in dem Besitz*); Graz, 1885; Kindel, *I fondamenti del diritto possessorio romano* (*Die Grundlagen des römischen Besitzrechts*), § 19, pag. 318 seg.; Kniep, *Il possesso secondo il cod. civile* (*der Besitz des bürgerl. GB.*), Iena, 1900, § 19, pag. 168 seg.; Tartufari, *Dell'acquisizione e della perdita del possesso* (Milano, 1887), I, pag. 407 seg.

Iavolenus l. 1 *epistularum* — fr. 41, 2, 23 pr.

Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet.

Giavoleno afferma che coll'accettazione della eredità passano bensì tutti i diritti nell'erede istituito, ma il possesso non gli è acquistato ove non vi sia la apprensione della cosa. Questa affermazione di Giavoleno può servire a spiegare l'intrasmessibilità del possesso. Fu spesso rilevato che il giureconsulto qui afferma essere il possesso un diritto. Il Lenz (1) spiega così il passo: « l'erede, in forza di quell'atto, subentra invero in tutti *gli altri* diritti patrimoniali (non vincolati alla persona dell'ereditando), *ma non nel diritto del possesso*». E altrove (2) il passo è addotto dal Lenz fra quelli da cui risulta che il possesso è uno *ius*. Il Bekker (3) osserva nello stesso senso che il possesso, secondo Giavoleno, non è già intrasmessibile perchè non è diritto, ma malgrado sia un diritto. Ma lo Scheurl (4) assume che il passo vuol significare che coll'accettazione passano senz'altro tutti i diritti all'ereditando, ma il possesso, che non è un diritto, ma un fatto, cui vanno congiunti vantaggi giuridici, non ci appartiene se non l'apprendiamo. Forse che, scrive egli, è scorretto il dirvi: « nessun monarca può essere chiamato responsabile, ma è responsabile il capo di una repubblica ?». Con ciò non si verrebbe a dire che il capo di una repubblica sia un monarca. Però ci sembra che questa interpretazione sia troppo forzata. Il *tamen* mostra che nell'intento del giurista si fa un contrapposto eccettuativo. Se proprio Giavoleno avesse voluto dire che l'intrasmessibilità del possesso deriva da ciò che esso non è un diritto, vi avrebbe in qualche modo accennato. Qui sarebbe stato proprio il caso di ricorrere ad una di quelle espressioni così comuni nei giuristi per indicare il lato di fatto del possesso — *quae est facti, plurimum facti habet* e così via. Del resto Giavoleno è stato inteso nel modo che a noi sembra più

(1) *Il diritto del possesso e i suoi fondamenti* (*das Recht des Besitzes und seine Grundtagen*), Berlino 1860, pag. 281.

(2) *Ib.*, pag. 89, nota 1.

(3) *Op. cit.*, § 30, pag. 338.

(4) *Ulteriori contributi all'elaborazione del diritto romano* (*Weitere Beitraege zur Bearbeitung des r. R.*). Erlangen 1886, II, § 7, pag. 38 seg.

esatto fin dai tempi antichissimi. È caratteristica in proposito la maniera con cui i Basilici riproducono il passo: Ὁ κληρόνομος τὰ μεν ἄλλα δίκαια ἔχει (L. 2, 22 (1). Tutti *gli altri diritti* passano ma non il possesso.

§ 446.

Paulus l. 12 *ad Sabinum* — fr. 41, 2, 30, 5.

Quod per colonum possideo, heres meus nisi ipse nactus possessionem non poterit possidere: retinere enim animo possessionem possumus, apisci non possumus.

Mentre Giavoleno non parla che di intrasmessibilità del possesso, Paolo specialmente si occupa del possesso che il defunto teneva a mezzo di un terzo, p. e., un colono. L'erede non acquista il possesso soltanto coll'intenzione di averlo, perchè non vi è acquisto di possesso *animo tantum*: occorre anche qui un particolare atto di acquisto. Ma questo si ha già per ciò che il colono riconosca l'erede come possessore e voglia tenere il possesso per lui. Però la decisione di Paolo, che certo risale a Sabino, trova secondo alcuni un precedente in senso contrario in Cicerone (*pro Caecina* 32, § 94) (2). Il fatto della causa non ci interessa qui se non per questo, che Caesennia possedeva (3) per via di un colono. Alla morte di lei, Cecina suo marito ed erede è colla violenza impedito di recarsi sul fondo. Si disputava se l'erede avesse il possesso giuridico. Cicerone lo afferma. Per bene intendere però la portata delle sue parole occorre non fermarsi solo ad una parte di esse. «*Qui colonus habuit conductum de Caesennia fundum, cum idem ex eadem conductione fuerit in fundo, dubium est quin, si Caesennia tum possidebat, cum erat colonus in fundo, post eius mortem heres eodem iure possederit?* ». Il Kniep si ferma a queste parole e ne deduce che per Cicerone

(1) Heimbach, V, pag. 51: *heres reliqua quidem iura habet.*

(2) Cfr. Keller, *Semestria ad M. T. Ciceronem* (Turici, 1842), pag. 342 seg.; Ruhstrat, *Ann. per la dogmatica*, XIX, pag. 194 seg.; Kniep, *op. cit.*, pag. 178.

(3) Anche questo punto è controverso, sebbene Cicerone lo affermi recisamente. La ragione del dubbio sta in ciò che Caesennia era anche usufruttuaria e l'usufruttuario possiede bensì il diritto di usufrutto, ma non la cosa oggetto dell'usufrutto. V. su tutta l'orazione Costa, *Le orazioni di diritto privato di M. T. Cicerone* (Bologna, 1899), pag. 72 segg.

si tratta solo di un mutamento di detenzione; il colono, che possedeva pel defunto, possederà d'ora innanzi per l'erede. Ma questo mutamento non è, secondo Cicerone, avvenuto solo perchè Cecina ha accettato l'eredità. L'oratore accenna ad una presa di possesso e ad un riconoscimento da parte del colono. « *Deinde ipse Caecina cum circuiret praedia, venit in istum fundum, rationes a colono accepit* ». Però anche a questo rendimento di conti vien contestata la efficacia da noi attribuitale (1). Si assume infatti che Cesennia era usufruttuaria e che Cecina prendendo dal colono i conti relativi all'usufrutto già finito, non poneva in essere un atto che importasse volontà di continuare il possesso per via del colono. Ma Cicerone non dimentica la sua tesi che il fondo fosse stato comprato per Cesennia dall'avversario con denari di lei e che quindi a lei, epperò al suo erede, spettasse la proprietà del fondo. A questa stregua si capisce subito come l'intento di Cecina nel prendere i conti dal colono fosse ben diverso da quello di una liquidazione del passato. Il colono con questo rendiconto ha riconosciuto l'erede come possessore (2). Ad ogni modo il passo di Cicerone se così non lo si intenda, non va contro quanto dice Paolo. Può infatti aver ragione il Savigny (3), che qui l'oratore sia stato prevalentemente tratto dalla sua posizione di avvocato ad arzigogolare sul diritto.

§ 447.

Ulpianus l. 38 *ad edictum* — fr. 47, 4, 1, 15.

Scaevola ait possessionis furtum fieri: denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri: idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi, sed nec heredis est possessio, antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis, non autem fuit possessio hereditatis.

Questo passo, di cui ci siamo altra volta occupati (4), ci riferisce un'importante opinione di Scevola. Questi non ammetteva furto se non di cose possedute da altri, e spiegava l'im-

(1) Cfr. Keller e Ruhstrat, *ll. cc.*

(2) Cfr. Costa, *op. cit.*, pag. 102.

(3) *Possesso*, 7ª ed., § 40, pag. 424 seg.

(4) V. più sopra § 282, pag. 4 seg., nota 1.

possibilità di un'*a. furti* relativa a cose appartenenti ad un'eredità giacente colla mancanza del possesso nell'eredità stessa. Il possesso, nota Scevola, consta di due elementi: il *corpus (factum)* e l'*animus*. Questi due elementi non li può avere l'eredità, anche quando la si voglia raffigurare come *domina*, perchè sono tali da esigere l'esistenza di una persona fisica. Ritorna insomma il concetto da noi altra volta spiegato (1) a proposito dell'usufrutto e dell'accettazione dell'eredità, che non possa l'eredità giacente avere quei diritti e compiere quegli atti che importano *factum personae operaeve substantia*. Soggiunge poi Scevola che nemmeno l'erede ha la *possessio* se non si sia impossessato delle cose ereditarie (2). Anche se ha accettato l'eredità e quindi trapassano in lui tutti i diritti che spettavano all'eredità giacente non può egli da questa ricevere il possesso per la buona ragione che questa non l'ha.

§ 448.

Ulpianus l. 9 *de officio proconsulis* — fr. 47, 19, 2, 1.

Apparet autem expilatae hereditatis crimen eo casu intendi posse, quo casu furti agi non potest, scilicet ante aditam hereditatem, vel post aditam antequam res ab herede possessae sunt.

Il giureconsulto indica qui i limiti della proponibilità del giudizio penale *expilatae hereditatis*, ossia, dichiara che esso è destinato a supplire la mancanza dell'*actio furti*. E per tale riguardo pone a paro il periodo dell'eredità giacente con quello che passa fra l'accettazione e l'apprensione delle cose ereditarie da canto dell'erede. Vuol dire che questo non ha il possesso prima dell'apprensione.

§ 449.

Di fronte a questi passi così chiari e precisi noi troviamo

(1) V. sopra § 294, pag. 14 seg.

(2) Il Randa (*op. cit.*, § 14, pag. 179, nota 10) propone di leggere *antequam possidat* invece di *possideat* accettato in tutti i manoscritti e in tutte le edizioni (*possidat* da *possidĕre*, non da *possidēre*). Egli cita in suo favore l'adesione dello Schneider.

alcune decisioni le quali possono far credere che il possesso si acquisti all'erede anche senza bisogno di apprensione e che ad ogni modo il possesso tenuto dal defunto torni a vantaggio dell'erede. Infatti noi vediamo affermato nelle fonti che l'usucapione cominciata dal defunto non s'interrompe per la sua morte, che anzi perdura durante la giacenza dell'eredità e si compie sia durante la giacenza, sia dopo che l'erede ha accettato.

Neratius l. 5, *regularum* — fr. 41, 3, 40.

Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est.

Nerazio riferisce che l'usucapione incominciata dal defunto si può compiere anche prima che la eredità sia accettata, epperò *hereditate adhuc iacente.* A proposito del *constitutum est* osserva lo Kniep (1), che questa massima sarebbe stata introdotta da costituzioni imperiali. A me sembra che quella espressione contenga un accenno al carattere singolare della massima stessa. Infatti nel definire lo *ius singulare* si rileva che esso è introdotto « *auctoritate constituentium* » (fr. 1, 3, 16).

§ 450.

Paulus l. 12 *ad edictum* — fr. 4, 6, 30 pr.

Cum miles qui usucapiebat decesserit et heres impleverit usucapionem, aequum est rescindi quod postea usucaptum est, ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint: quia possessio defuncti quasi (in)iuncta descendit ad heredem et plerumque nondum hereditate adita completur.

Un soldato assente per ragione di servizio era in via di usucapire una cosa e muore prima che il termine sia trascorso; la usucapione viene compiuta dal suo erede. Il proprietario anteriore, che per l'assenza del *miles* perdette la sua proprietà, non avendo avuto mezzo di convenirlo in giudizio, potrà ottenere la restituzione nel pristino stato contro l'erede a cui favore si è compiuta la usucapione? A rigore si dovrebbe rispondere negativamente, perchè l'editto nella sua lettera accorda il soccorso di fronte all'*absens*, che appunto perchè tale e senza difesa « *se-*

(1) *Op. cit.*, pag. 193.

cum agendi potestatem non faceret» (1), non già di fronte allo erede del *miles* che è *praesens*. Ma Paolo risponde che l'equità esige che si accordi la restituzione anche contro l'erede. La usucapione poscia compiuta si dee rescindere, trattando come l'ereditando gli eredi che gli sono succeduti nella usucapione. La ragione che ne dà il giureconsulto si è che il possesso del defunto trapassa nell'erede senza interruzione, e l'usucapione si compie per lo più prima che sia stata accettata l'eredità.

Il passo contiene alcune espressioni, che hanno richiamato la attenzione degli scrittori. Il Bekker (2) rileva innanzi tutto come Paolo, che di solito ama insistere sulla natura di fatto del possesso, adoperi qui senza difficoltà la espressione *succedere in usucapionem* e dichiari espressamente che il possesso discende nell'erede. Effettivamente l'ultima parte ha servito a molti scrittori per negare in genere la intrasmessibilità ereditaria e secondo la asserzione del Cuiacio (3), riprodotta poi dai moderni, si dovrebbe alla errata interpretazione di questo passo la nota massima del diritto consuetudinario francese *le mort saisit le vif*, accolta poscia nelle leggi moderne. Ma il Cuiacio rileva la necessità di mutare qui *possessio* in *usucapio* (4), perchè ciò è richiesto dalla connessione del passo. *Compleri* accenna a cosa che avviene in un certo spazio di tempo e si compie col decorso di questo: il che è vero per l'usucapione, non già per il possesso, che si acquista con un fatto unico. Rileva ancora il Cuiacio che anche i Basilici sono favorevoli a questo modo di vedere. In realtà i Basilici (X, 35, 30) (5) parlano di usucapione che si compie: ἢ διὰ χρήσεως κυριότης πληροῦται. Tanto più poi che in principio del passo si dice *impleverit usucapionem* ed *in usucapionem successerint*. In realtà crediamo che il concetto del Cuiacio sia esatto, ma che per esplicarlo non occorra variante, come del resto sembra ritenere egli stesso. Più tosto che mutare *pos-*

(1) Cfr. LENEL, *Ed. perpetuum*, § 43, pag. 96.

(2) *Diritto del possesso*, pag. 290.

(3) *Ad leg.* 41, 2, 23 (ed. neap., VIII, pag. 287).

(4) Questa variante fu poscia sostenuta da molti scrittori antichi e moderni. Cfr. p. es. GOTHOFREDUS *ad h. l.*; IHERING, *Dissertazioni* (1844), pag. 251, nota 3; RANDA, *Possesso*, pag. 479 (il quale attribuisce la variante al LACHMANN; KÖPPEN, *Eredità*, § 13.

(5) HEIMB., I, pag. 547.

sessio in *usucapio* è da intendere *possessio* nel significato di *usucapio*. Il *quasi iuncta* o *quasi iniuncta* (1) mostra che il decorso della usucapione ha luogo senz'interruzione, come se vi fosse sempre il primo possessore. Ed è appunto perchè ciò avviene che si dà la *restitutio in integrum* contro l'erede. Ma il fatto che il giureconsulto ha chiamato *possessio* la usucapione non è senza importanza e toglie valore a qualche argomentazione di cui parleremo fra poco. Intanto il passo ci dice, che l'usucapione non si interrompe per la morte dell'usucapiente; che continua e si compie durante la giacenza e però anche dopo che l'erede ha accettato l'eredità.

§ 451.

Pomponius l. 32 *ad Sabinum* — fr. 41, 4, 6, 2.

Post mortem eius, qui hominem emerit, expleto tempore, quod defuisset ad usucapionem, quamvis eum hominem heres possidere non coepisset, fiet tamen eius: sed ita hoc, si nemo eum possedisset.

Tizio compra in buona fede uno schiavo da un proprietario e ne comincia l'usucapione, ma viene a morire prima di compierla. L'erede che accetti l'eredità, ma non abbia ancora preso possesso dello schiavo, diventa proprietario di questo dopo trascorso il termine per l'usucapione, purchè però altri non abbia frattanto posseduto lo schiavo. La conclusione è logica: lo schiavo infatti poteva essere usucapito *hereditate adhuc iacente* e colla accettazione sarebbe allora diventato proprietà dell'erede, che pur non lo possedette un solo istante. Non vi poteva dunque essere difficoltà a consentire che l'usucapione si compisse pur dopo l'accettazione e prima che l'erede s'impossessasse dello schiavo. Tutto ciò però quando lo schiavo non sia posseduto da altri: il possesso altrui interrompe l'usucapione. Tale requisito è affermato da Giavoleno (fr. 41, 3, 20 — 1, 4 *epistularum*) e da Paolo (fr. 31, § 5, eod. — l. 30 *ad Sabinum*). Il secondo passo afferma che si computa per l'usucapione il *vacuum tempus* sia *ante aditam*, sia *post aditam hereditatem*, ossia, tutto il tempo per cui altri non ebbe il possesso giuridico della cosa. Il primo

(1) Cfr. SCHULTING, *Notae ad. h. l.*

ci dice che la *possessio testatoris* giova all'erede quando altri non abbia posseduto nel tempo intermedio. Questi passi mostrano come l'usucapione cominciata dal defunto continui durante la giacenza e possa compiersi prima e dopo l'accettazione a favore dell'erede anche se non abbia posseduto, se però non abbia posseduto altri. È del tutto infondato l'avviso del Kniep (1) secondo cui l'erede potrebbe congiungere al proprio possesso quello dell'autore quando altri non avesse nel frattempo posseduto, ma non potrebbe giammai valersi del tempo decorso durante la giacenza. Il Kniep si fonda su ciò che Giavoleno parla di *possessio testatoris*. Dunque si conta solo il tempo per cui questi possedette, conclude egli. Ma con ciò si dimentica che si parla di *possessio* del testatore solo perchè questi soltanto ha posseduto, non l'eredità giacente, che di possesso non è veramente capace. Il concetto del giurista è che l'usucapione *cominciata col possesso del testatore* continua solo se altri non ha posseduto. Del resto Pomponio dice espressamente che il tempo decorso durante la giacenza giova all'erede e lo stesso dice Paolo colle parole *vacuum tempus ante aditam hereditatem*. È del pari erronea l'opinione che l'usucapione si compia solo dopo l'apprensione della cosa da parte dell'erede, almeno nel caso in cui il termine finisce dopo l'accettazione (2). I passi citati sono decisamente in senso opposto.

§ 452.

La ragione per cui qualcuno richiede che l'erede abbia acquistato il possesso della cosa a fin che ne possa compiere l'usucapione sta nella decisione data da Ulpiano (l. 72 *ad edictum*) nel fr. 41, 2, 13, 4.

Quaesitum est, si heres prius non possederat, an testatoris possessio ei accedat. et quidem in emptoribus possessio interrumpitur, sed non idem in heredibus plerique probant, quoniam plenius est ius successionis quam emptionis : sed suptilius est quod in emptorem, et in heredem id quoque probari.

(1) *Op. cit.*, pag. 192 seg.

(2) In tal senso UNTERHOLZNER, *Teoria della prescrizione* (2ª ed.), I, pag. 473; PUCHTA, *Pand.*, § 156 e *Lezioni* su questo paragrafo.

Il quesito che si propone Ulpiano è, se l'erede prima di acquistare il possesso di una cosa ereditaria possa avvalersi a suo favore del possesso che aveva il testatore. Riguardo a' successori a titolo singolare, p. e. il compratore, non è dubbio che vi è interruzione, ossia che il successore deve avere il possesso della cosa per poter far valere a favor suo anche il possesso dell'autore. Ma, dice Ulpiano, molti giureconsulti portano diversa opinione riguardo all'erede, appunto perchè la successione universale ereditaria è più comprensiva di quella singolare fondata sulla compra. Ma Ulpiano conchiude essere più logico trattare alla stessa stregua il successore a titolo particolare e l'erede.

Il passo adunque ci dice che l'erede in tanto potrà valersi del possesso del defunto in quanto egli abbia già acquistato il possesso; ossia ci dice il contrario di quanto è affermato recisamente ne' passi sopra citati relativamente alla usucapione. Ma la spiegazione dell'apparente antinomia è facile ove si ponga mente che il passo è tolto dal libro 72 di Ulpiano *ad edictum*, in cui non già di usucapione è parola, ma dell'*interdictum utrubi* (1). Poichè in questo la manutenzione nel possesso della cosa mobile è accordata a colui che ha posseduto per la maggior parte dell'anno, s'intende l'importanza che può avere per l'erede il poter aggiungere al suo il possesso dell'autore entro quel termine. Secondo la relazione di Ulpiano si discuteva se l'erede potesse fondare la propria istanza sul possesso dell'ereditando senz'avere egli stesso posseduto. E Ulpiano dichiara che logicamente non può. La ragione ci è data da Gaio (IV, 151): «*nullam autem propriam possessionem habenti accessio temporis nec datur nec dari potest; nam ei quod nullum est nihil accedere potest*». Ed è del resto ripetuta da Ulpiano nel § 12 dello stesso passo. Arroge che l'editto era formolato a modo da esigere che il contendente avesse egli stesso posseduto (2). Così che la decisione di Ulpiano non contraddice a ciò che abbiamo visto affermato in tema di usucapione, ma rafforza sempre più il concetto che a rigore il possesso non si trasmette.

(1) Cfr. LENEL, *Paling.*, II, 848, n. 1624, nota 4. V. pure IHERING, *op. cit.*, pag. 255.

(2) Cfr. BRINZ, *Annuario del diritto comune*, III, pag. 30.

Resta però a chiedere quale possa essere il valore del passo, non già nel suo senso primitivo, ma nel diritto giustinianeo, al che, secondo il Bekker (1), non facilmente si può dare risposta. Il Windscheid (2) ritiene che il passo sia stato accolto per errore nella compilazione e che quindi non rappresenti il pensiero giustinianeo. Così che del passo non si dovrebbe tener conto. E questo a mio avviso è il solo ripiego possibile. Chi volesse esser logico ad ogni costo dovrebbe applicare all'usucapione il § 5 dello stesso passo, che finisce per accordare l'*accessio* anche nel caso in cui il testatore avesse perduto il possesso. Ciò si spiega nell'*int. utrubi*, in ordine al quale si può capire che per determinare qual possesso prevalga si sommino possessi interrotti, ma non ha senso quanto all'usucapione, che esclude a dirittura ogni intermezzo estraneo.

§ 453.

Che la continuazione della usucapione si presentasse come qualche cosa di anomalo risulta all'evidenza dalle fonti.

Papinianus l. 23 *quaestionum* — fr. 41, 3, 44, 3.

Nondum aditae hereditatis tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat, sive defunctus usucapere coeperat: sed haec iure singulari recepta sunt.

Papiniano afferma che si computa per l'usucapione il tempo della eredità giacente, tanto se si tratti di cosa acquistata *a non domino* da uno schiavo della eredità, quanto se l'inizio della usucapione fosse già stato fatto dall'ereditando. Ma l'una e la altra cosa fu ammessa in via eccezionale, contro le norme generali. Al qual proposito è da notare in particolare che non solo si ammette la continuazione dell'usucapione cominciata dal defunto, ma il cominciamento (epperò anche il compimento) di quella su cose comprate durante la giacenza da uno schiavo ereditario. Ora è disputato se l'acquisto del possesso per l'eredità giacente possa farsi solo dagli schiavi relativamente al peculio loro concesso ed affidato o dagli schiavi in genere (3). Il nostro

(1) *Diritto del possesso*, pag. 76.

(2) *Pand.*, I, § 181, nota 9.

(3) Per tutta questa disputa v. STEINLECHNER, *op. cit.*, I, pag. 118 seg. e la letteratura ivi indicata.

passo parla in genere di acquisto per via di schiavi; altri passi sembrano considerare come indifferente la distinzione; altri insistono sul requisito dell'acquisto peculiare; infine vi è un passo dello stesso Papiniano (fr. 41, 3, 45, 1) che sembra escludere la possibilità dell'inizio dell'usucapione anche in ordine all'acquisto peculiare. Basti avere accennato questa controversia, che direttamente non tocca la successione nel possesso o nell'usucapione. Ora c'interessa sovra tutto porre in sodo che torna a vantaggio dell'erede anche il tempo della giacenza, e che l'usucapione in queste condizioni è considerata come qualche cosa di anomalo.

§ 454.

Come infatti porre d'accordo questi due termini: da un canto, che il possesso cessa colla morte e comincia nell'erede solo per un nuovo acquisto e dall'altro che l'usucapione non si interrompe per la morte, ma si compie vuoi prima, vuoi dopo la adizione e senza che l'erede abbia preso possesso della cosa? Non è forse principio sicuro che l'usucapione viene interrotta in generale per la perdita del possesso (fr. 41, 3, 2 e 5)? Non è proclamato nelle fonti nel modo più reciso che «*sine possessione usucapio consistere non potest*» (fr. 41, 3, 25 — Licinnius Rufinus l. 1 *regularum*)? La logica giuridica, la *ratio iuris* non lascia scampo: ma le necessità pratiche s'impongono e l'usucapione continua a malgrado delle regole ricordate. Gli scrittori ricorrono qui spesso e sotto varie forme ad un concetto, che ha un fondamento di verità, al concetto che non si succede qui nel possesso *ad usucapionem*, ma nella *condicio usucapiendi*, nella proprietà che è sul divenire (1). È vero che il possesso costituisce un elemento fondamentale, si può dire il primo elemento, di questa *condicio*, ma l'insieme del rapporto giuridico ha una importanza ed un carattere che nulla hanno da vedere colla natura elementare del possesso e si può facilmente spiegare che il bisogno pratico conduca ad ammettere una successione là, mentre qui non può consentirla. Si ponga mente che l'erede qui

(1) Cfr. Köppen, *Sistema*, pag. 231, *Trattato*, pag. 90; Schirmer, *op. cit.*, pag. 16; Scheurl, *Contributi*, pag. 22 seg., 90; Steinlechner, pag. 131.

prende il rapporto di usucapione com'era presso il defunto, a modo che se questi era di buona fede l'erede continua ad usucapire malgrado la sua mala fede nel momento in cui succede, e che la mala fede del defunto rende impossibile la usucapione anche all'erede di buona fede. Per riguardo all'usucapione insomma il defunto e l'erede sono trattati come se fossero una sola persona: ed è in relazione a questo punto che si dee spiegare qualche generica espressione delle fonti (v. p. e. fr. 41, 3, 22), che ha poi dato luogo ad esagerate teorie sul concetto della eredità. A far sì che si guardasse più al rapporto nel suo complesso che all'elemento del possesso in particolare, possono del resto avere contribuito altre circostanze. E in prima linea sopra tutto il successivo attenuarsi del concetto materialistico del possesso per cui non fu più così difficile il passar sopra all'interruzione avvenuta per la morte dell'usucapiente (1). D'altra parte la traccia del possesso non era in realtà scomparsa, poichè la cosa era nel patrimonio ereditario, con tutte le altre appartenenti già al defunto, e vi era senza turbativa estranea, così che esteriormente si conservava lo stato di cose come in vita dell'ereditando. «Qui, secondo il detto dello Ihering (2), al possesso corrisponde lo stato di pacifica permanenza della cosa nella massa». Così che non mancherebbe se non il possesso propriamente detto, non già l'idea del possesso (3). Con ciò si rende ragione della caratteristica espressione di Paolo (l. 1 *quaestionum*) nel fr. 29, 2, 88, a proposito delle cose comprese nella eredità giacente: «*cuius possessio qualisqualis fuit in hereditate*». Il possesso manca, ma non si può dire che manchi del tutto, in quanto vi è qualche cosa che corrisponde al possesso.

§ 455.

Ma perchè dunque i Romani non ammisero il passaggio del possesso negli eredi? E si deve ritenere che questa esclusione sia sempre stata la regola? È appunto antica opinione, che i *sui*

(1) Cfr. Ihering, *St. del dir. rom.*, 5ª ed., II, 2, § 43, pag. 430 seg., nota 592; *Volontà possessoria*, pag. 32.

(2) *Fondamento della protezione del possesso*, pag. 86 seg. (ed. ital., pag. 67).

(3) Non hanno consistenza le obbiezioni del Randa, *Possesso*, § 15, pag. 480.

non avessero bisogno di un particolare atto di apprensione e d'altra parte che riguardo agli estranei da prima non vi fosse accettazione senz'acquisto di possesso. L'acquisto *ipso iure* del possesso per parte dei *sui* è già sostenuto nella glossa accursiana (1). Fra i moderni vi sono favorevoli lo Strohal e lo Ihering (2) tra altri, e recentemente, ma da un punto di vista tutto speciale, lo Kniep (3). Lo Ihering (e il Kniep che per questo riguardo lo segue) muove dal concetto di una condetenzione familiare da canto de' figli *in potestate*. I *sui* già fin da quando viveva il *paterfamilias* si sarebbero trovati in fatto nel possesso della cosa — *in possessione esse* in antitesi a *possidere*. Possesso giuridico non avevano perchè questo era del padre: ma colla scomparsa di costui sarebbe venuto meno l'ostacolo al carattere giuridico del possesso, e questo si sarebbe avuto dai *sui* senza altro, indipendentemente da un atto di materiale apprensione che la condetenzione precedente rendeva inutile, e da una particolare dichiarazione, che sarebbe stata inutile perchè si sarebbe capito senz'altro che essi volevano tenere per sè quella cosa. Ciò spiegherebbe benissimo perchè essendovi *sui* si dichiarasse impossibile l'*usucapio pro herede*, e d'altra parte nel caso di eredi estranei che non si fossero impossessati ancora delle cose ereditarie questa fosse ammessa. Là vi era il possesso degli eredi, qui mancava.

Il Kniep muove anch'egli dall'immediato possesso a favore dei *sui* e se ne serve per spiegare l'acquisto *ipso iure* che questi fanno della eredità. Si sarebbe potuto negar loro un tale acquisto, differirlo in altra epoca, quando essi erano subito possessori? E poichè in Roma i *sui* sarebbero stati da principio i soli eredi e gli altri si sarebbero potuti poi nominare solo a mezzo dell'arrogazione, il Kniep ne deduce che anticamente in Roma l'erede diventava senz'altro possessore. Il diritto antico ariano avrebbe appunto sempre tenuto fermo il principio che il morto impossessa il vivo. Il diritto germanico si sarebbe adagiato in questa massima, non però il diritto romano. Per gli eredi estranei l'obbligo di *adire* si dovrebbe interpretare nell'antico signifi-

(1) Cfr gl. ad fr. 28, 2, 11.

(2) Strohal, *Successione nel possesso*, pag. 224 seg.; Ihering, *Volontà possessoria*, pag. 68 seg.

(3) *Op. cit.*, pag. 173 segg.

cato letterale di recarsi, cioè, presso le cose lasciate dal defunto per dichiarare al cospetto di queste l'accettazione solenne: ADEO *cernoque*. Talchè accettazione e impossessamento coinciderebbero.

Lo Steinlechner (1) ammette nei *sui* l'acquisto immediato del possesso, ma nega che vi sia successione; anzi non ammette un vero possesso nuovo, ma solo una trasformazione dell'antico. Ma i suoi argomenti non sono molto ponderati e in definitiva si può dire che egli accettò la stessa conclusione dello Ihering, pur dicendo il contrario.

Il Pernice (2) fa capo alla distinzione fra la figura antica dell'*usus* del diritto civile e la nuova della *possessio* venuta formandosi sotto la tutela interdittale del pretore. La prima avrebbe avuto un carattere analogo al diritto e sarebbe stata trasmessibile, non la seconda, dato il suo carattere di mero fatto. Per due riguardi l'antica figura dell'*usus* avrebbe esplicato la sua efficacia anche dopo che le si era sostituita la *possessio*. Innanzi tutto in ciò che l'erede succede nella usucapione cominciata dal defunto: cosa che i giuristi non avrebbero mai raffigurato come singolarità. Singolare invece avrebbero essi ritenuto che si computasse per la usucapione il tempo della eredità giacente durante il quale non vi sarebbe stato possesso perchè non vi era possessore. — Il secondo effetto dell'antico concetto dell'*usus* si avrebbe nell'impedimento della *usucapio pro herede* di fronte agli *heredes sui*, dovuto certo al considerarsi come passato in questi l'*usus* delle cose come tutti i diritti del defunto, tanto più che in quel tempo il possesso si considerava come una specie di rapporto di vicinanza colla cosa posseduta.

§ 456.

A me pare che fra queste varie opinioni vi sia una comune tendenza che permette qualche congettura non arbitraria in questo campo così pieno di difficoltà specialmente dal punto di vista storico. Certamente è opportuno accorgimento lo sceverare l'antico *usus* dalla *possessio*, come del resto fanno tutti coloro che hanno seriamente studiato la spinosa teorica possessoria del

(1) *Op. cit.*, pag. 136 seg. Appendice.

(2) *Labeo*, 2ª ed., II, I, pag. 439 segg.

diritto romano. È del tutto impossibile confondere due istituti sorti in ambienti giuridici diversi e con diversa funzione. Che il pretore nel concedere la tutela si sia fermato rigorosamente allo stato di fatto esistente, si capisce appunto per lo scopo della tutela stessa: ma non vi era certo lo stesso bisogno quando si trattava di determinare l'*usus*, in base al quale dopo un certo tempo si acquistava il dominio. A tal uopo bastava il pacifico godimento e sfruttamento della cosa ne' modi soliti. Destinato a supplire la proprietà che mancava, si capisce come al pari della proprietà di cui compiva la funzione, si trasmettesse negli eredi col patrimonio ereditario. Indubbiamente era un rapporto giuridico, nè aveva tale carattere da dover cessare colla persona. Sieno eredi suoi, sieno estranei, la *condicio usucapiendi* passava così come era presso il defunto e tanto poco cominciava nell'erede un nuovo rapporto che, come vedremo, la buona o la mala fede dell'erede era assolutamente indifferente. Ha ragione il Pernice quando osserva che il passaggio dell'*usus* nell'erede doveva considerarsi come cosa non eccezionale: ma ha torto e si contraddice quando afferma che eccezionale è la continuazione dell'usucapione *hereditate adhuc iacente*. Si ponga mente infatti che l'*usus* torna a vantaggio dell'erede anche dopo lungo intervallo di giacenza e che quindi non vi può essere stata un'interruzione, chè altrimenti la usucapione sarebbe venuta meno. Il passaggio nell'erede importa, non per anomalia ma per necessità logica, la permanenza anche nell'intervallo, poichè senza di essa non è possibile trasmissione. Che l'*usus* poi si acquistasse *ipso iure* agli *heredes sui* senz'uopo di materiale apprensione risulta già dal carattere giuridico di esso: d'altra parte hanno buon fondamento le osservazioni dello Ihering, nè possono essere ostacolate da ciò che si andrebbe contro il concetto della *potestas*. Il rapporto di vicinanza, in cui secondo il Pernice consisteva il possesso, non si può negare ne' confamigliari del defunto. Quel che fa differire il rapporto del capo da quello de' confamigliari è il titolo giuridico, che evidentemente si aggiunge senz'altro colla scomparsa del capo. Non si può addurre in contrario la necessità dello *immiscere se* per potere ottenere il *beneficium abstinendi*, osservando che se il possesso passasse senz'altro vi sarebbe sempre un'*immixtio*. Questa importa un effettivo atto di disposizione, qualche cosa che si discosti da ciò che normalmente av-

viene per effetto di diritto non per volontà dell'erede. Ad ogni modo è probabile che appunto dopo la formazione dell'istituto dell'astensione e della *immixtio* sia venuto meno il concetto antico del passaggio del possesso nel *suus*. Se riguardo all'erede estraneo accettazione e presa di possesso coincidessero è invece un punto, come notammo (1), molto difficile a decidere. Certo ha molta parvenza di fondatezza il richiamo al significato di *adire*. Arroge che solo molto tardi la *nuda voluntas* ebbe efficacia d'accettazione e che nè la *cretio* poteva consistere in sole parole, dato appunto l'*adeo* in essa affermato, nè la *pro herede gestio* potè altro essere da prima se non il comportamento di erede estrinsecantesi nel possesso delle cose ereditarie, come vedemmo parlando della *usucapio pro herede*. E qui può cadere in acconcio un'altra osservazione. La necessità di un'accettazione ci sembra sia originaria, appartenente, cioè, a quell'epoca in cui la successione ereditaria importava trapasso della savranità. L'investitura per via della *lex curiata de imperio* è un istituto del diritto pubblico romano. Ritengo che, sia pure con diversa struttura, un atto di investitura fosse necessario anticamente e che il sovrano non diventasse tale *ipso iure*. La condizione dei *sui*, quando la successione perdè il carattere politico, poteva appunto far tralasciare questa formalità per le ragioni da noi accennate. Ma un ricordo dell'antico stato di cose si è conservato nella necessità di un'accettazione solenne da parte dell'estraneo, accettazione che ricordando l'investitura doveva con tutta probabilità estrinsecarsi con un atto di presa di possesso.

§ 457.

Riguardo alla protezione possessoria non vi è dubbio che l'erede succede al defunto in tutte le forme giudiziali di protezione da questo proposte, nè basta. Se il defunto sia stato espulso colla violenza, l'erede potrà avvalersi dell'*interdictum unde vi* per ricuperare il possesso perduto. La difficoltà è per i fatti lesivi del possesso compiuti dopo la morte dello ereditando e prima che

(1) V. sopra, § 282, pag. 4, nota.
( ) V. parte I, § 151 seg., pag. 314 seg.

l'erede si ponesse al possesso della cosa che formò oggetto di quei fatti. L'avere un terzo adoperato la violenza per espellere, poniamo, un colono, uno schiavo non dà luogo all'*int. de vi* perchè non vi è persona espulsa che avesse lo *ius possessionis*. « *Unde tu vi* illum *deiecisti* » è detto nell'*interdictum*. Chi è mai quest'*ille*? Non il defunto, perchè il buon senso ci dice che non si espellono i morti; non l'erede, perchè non ha accettato o quanto meno non possiede. Non quelli che erano nel fondo per l'eredità giacente, perchè non sono se non meri stromenti. Qui esplica la sua influenza l'antica idea che le cose ereditarie sono *nullius*. Come non si dà furto di cose ereditarie, così non si dà lesione di possesso. La *hereditas* assunse solo tardi la figura di *domina* e solo per certi rispetti. Il possesso che importa *factum personae operaeve substantia* non poteva attribuirsi all'eredità giacente, secondo quanto già esponemmo. Venuto l'erede e dichiarata la sua volontà di accettare, entro quali limiti può valersi del possesso del suo autore? Per l'*utrubi* noi abbiamo già visto che egli deve aver posseduto e che solo allora può congiungere il suo possesso a quello dell'autore. Qui può avere influito anche la formola dell'interdetto, che esigeva il possesso ne' contendenti. Che in tal caso il possesso dell'erede e quello dell'autore sieno diversi è certo, ma non è decisivo, essendo diversità che si avvera anche quando una persona possegga in tempi diversi entro l'anno. Certamente non si tratta di un unico possesso, ma di due possessi che si cumulano. Ad ogni modo il fatto stesso che si permette di aggiungere il proprio possesso a quello del defunto mostra che, per quanto larvata, una specie di successione si ammette a questo riguardo. Alle deficienze risultanti dall'imperfetta tutela interdittale per l'epoca in cui ancora l'erede non ha preso possesso delle cose ereditarie supplisce, secondo lo Ihering (1), la *petitio hereditatis*, la quale secondo lui avrebbe funzione possessoria. Con quest'azione si può infatti esigere da chi possiede *pro herede* o *pro possessore* la restituzione di quanto era posseduto dal defunto, senz'uopo di prova alcuna di proprietà. Così che qui si ottiene lo stesso risultato che cogli interdetti. Non vi è il possesso, dice lo Ihering, ma certo l'idea del pos-

(1) *Fondamento* ecc., pag. 86 seg. (ed. it., pag. 67); *Volontà possessoria*, pagina 32 seg.

sesso: la tutela possessoria resta tale, qualunque sia il mezzo con cui si esercita (1).

§ 458.

Noi vediamo per tal modo come il diritto romano ha provveduto a tutela del possesso delle cose ereditarie. Se non ammise senz'altro che il possesso giuridico passasse, non è già perchè non si trattasse qui di un rapporto giuridico, ma solo in quanto si ritenne che il rapporto fosse intimamente legato al fatto personale del possessore e dovesse cessare con questo fatto. A questa conclusione contribuirono varie circostanze da noi accennate, in particolare il modo con cui erano formulati gl'interdetti e l'incertezza delle opinioni sulla disciplina giuridica dell'eredità giacente. Che una successione nel possesso non fosse ammessa nel diritto romano è dunque vero per particolari ragioni storiche. Il diritto moderno però ha in generale una tendenza completamente diversa. Basti rammentare la disposizione degli art. 925, 926 cod. civ. ital., secondo cui il possesso dei beni del defunto passa di diritto nella persona dell'erede, senza bisogno di materiale apprensione, e se altri che pretenda aver diritto sopra i beni dell'eredità ne prende possesso, gli eredi si hanno per spogliati di fatto, e possono esercitare le azioni tutte che competono ai possessori legittimi. Il § 857 del nuovo codice civile germanico dispone pur esso che il possesso trapassa negli eredi (2). L'art. 577 del progetto preliminare di codice civile svizzero dichiara che passano senz'altro nell'erede i crediti, la proprietà, i diritti reali limitati e il possesso del testatore (3).

§ 459.

Noi ci siamo finora occupati de' diritti patrimoniali che per eccezione non trapassano negli eredi. Occorre ora uscire dal campo

(1) V. in contrario Randa, *op. cit.*, § 15, pag. 480 e le citazioni da lui fatte.

(2) V. però le osservazioni dello Kniep, *op. cit.*, pag. 168 seg., 179 seg., 185 seg., 188 seg.

(3) Così esattamente, il testo tedesco — *der Besitz* —; il testo francese ci pare meno corretto in quanto l'espressione « *ils sont saisis ... des biens en possession du défunt* » può dar luogo ad equivoci.

patrimoniale a studiare entro quali limiti secondo il diritto romano si ammetteva il trapasso di rapporti non patrimoniali. Fermiamoci innanzi tutto nella cerchia del diritto sacro. Il diritto repubblicano ci presenta i *sacra* come un peso che necessariamente segue ogni eredità. Ma a fianco a questo elemento passivo, di cui sarà detto a suo luogo, i *sacra* presentano anche il lato attivo, per cui l'erede può esplicare la sua attività in rapporto al diritto sacro, come titolare di rapporti a questo appartenenti. Il caso più caratteristico è quello dell'esercizio degli *iura sepulchrorum*. È opportuno appunto esaminare qui se questi *iura* sieno trasmessibili negli eredi. Cominciamo dal porre in sodo la nota distinzione fra sepolcri famigliari ed ereditarii. Il sepolcro è famigliare, rigorosamente parlando, quando spetta a' membri di una determinata famiglia come tali, è invece ereditario quando appartiene agli eredi in questa loro qualità. Tale distinzione appariva anche esteriormente. Negli ereditari si solevano apporre le iniziali H. M. H. S., ossia: «*hoc monumentum heredem sequitur*». I famigliari si contrassegnavano con varie formole. O si ponevano le iniziali H. M. H. N. S. («*hoc monumentum heredem non sequitur*»), ovvero si scriveva: «*huic monumento*... IUS *abesto*» (1); «IUS CIVILE *abesto*» (2); «IURIS CONSULTUS *abesto*» (3). Il Wamser (4) scrive a proposito di queste espressioni: *eis indicatur ad ea sepulchra ius hereditatis non pertinere, ut quae non civilis sed sacri iuris praeceptis subiecta sint*». Il diritto sui sepolcri famigliari apparteneva a tutti i membri della famiglia agnatizia — esclusi quindi i cognati e gli affini (c. 3, 44, 8), se però questi non sieno espressamente chiamati dall'atto costitutivo (5). Ai famigliari spetta il diritto indipendentemente dalla loro qualità di eredi (c. 3, 44, 13). Invece il diritto di sepolcro ereditario spetta all'erede *quia heres*. Conviene però tosto notare che tale distinzione non è esauriente, nè sempre si mantenne ne' termini recisi in cui l'abbiamo ora esposta. Non è esauriente perchè vi può essere un sepolcro da cui sieno esclusi pa-

(1) *Corp. Inscripl. lat.*, VI, 13441.

(2) CIL, VI, 8861, 8862, 10525.

(3) CIL, VI, 12133.

(4) *De iure sepulchrali romanorum quid tituli doceant*, Darmstad. 1887, pagina 22.

(5) Cfr. GUTHERIUS, *De iure Manium* (Lipsiae 1671), pag. 468.

renti ed eredi, ed in genere chiunque fuor che il fondatore o persone da esso designate (1). D'altra parte si giunse a ritenere, che l'erede ha diritto sui sepolcri siano famigliari, siano ereditari (c. 3, 44, 15.) (2). Ora è da notare col Pernice (3), che il diritto di sepolcro è indissolubilmente congiunto colla qualità della persona come erede e come membro della famiglia: e quindi resta all'erede anche se non conservi altro che il *nudum nomen heredis*.

§ 460.

È opinione assai diffusa che lo *ius sepulchri* sia una *res extra nostrum patrimonium, extra bona* (4), che non si trasmetta quindi agli eredi (5). Gli argomenti addotti in proposito dal Köppen si fondano tutti sul carattere familiare del diritto, epperò si appalesano senza valore pei sepolcri non famigliari. Dal modo con cui le iscrizioni riferite si esprimono appare, che le norme del diritto civile sono completamente applicabili quando si tratti di *sepulchra hereditaria*. Dove appunto la qualifica stessa non lascia luogo a dubbi. Se il diritto spetta all'erede *come tale*, se, come lo stesso Köppen riconosce, quel che passa nell'erede non è un diritto nuovo, ma proprio lo stesso che spettava all'autore, si può con buon fondamento chiedere, se sia serio negare la trasmessibilità ereditaria. Ulpiano, ad esempio, qualifica per ereditario quel sepolcro che « *paterfamilias iure hereditario adquisiit* » (fr. 11, 7, 6, pr. cfr. fr. 10, 2, 18, 20, 30 in f. e c. 3, 44, 4).

L'intrasmissibilità dello *ius sepulchri* si può presentare come logicamente necessaria per coloro, che limitano la successione ere-

(1) Cfr. Gutherius, *op. cit.*, pag. 472; Wamser, *op. cit.*, pag. 28.

(2) Il Mommsen (*Dir. sepolcr. rom.*, in *Riv. per la fond. Sav.*, XVI, pag. 214), in base ad una correzione da lui proposta nel testo della cit. c. 13 (indicata già dal Krüger, nella sua edizione del codice ad h. l.), sostiene che viceversa anche l'agnato, il *familiaris*, sebbene non fosse erede, avesse diritto sul *sepulchrum hereditarium*. Cfr. in proposito Fadda, *Azione popolare*, n. 134, pag. 166, nota 2.

(3) *Il diritto sacro romano*, in *Rendiconti della R. Accademia delle Scienze in Berlino*, II, 1200 (1886).

(4) Köppen, *Sistema*, pag. 196, *Trattato*, pag. 32 seg.; Paalzow, *Sull'azione pop. rom.*, pag. 32.

(5) Köppen, *ll. cc.* Il Paalzow per contro (*l. c.*) ritiene che sia trasmessibile, malgrado sia *extra bona*.

ditaria romana a' diritti patrimoniali. Si potrebbe infatti assumere, che il diritto di sepolcro non ha nessuna destinazione economica, ma assicura al titolare un luogo di sepoltura ed anche il diritto di far seppellire in questo luogo persone estranee, e di vigilare per l'inviolato mantenimento del sepolcro. Nulla sembra tanto repugnante alla patrimonialità quanto questo diritto sulla tomba, ossia, sovra una *res divini iuris*, epperò, *extra commercium*. Vi ha pure qualche passo delle fonti, che sembra rafforzi questo modo di vedere.

Ulpianus l. 32 *ad Sabinum* — fr. 24. 1. 5. 8.

Concessa donatio est sepulturae causa: nam sepulturae causa locum marito ab uxore vel contra posse donari constat et si quidem intulerit, faciet locum religiosum. Hoc autem ex eo venit, quod definiri solet eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem: porro hic non videtur fieri locupletior in ea re quam religioni dicavit, nec movit quemquam, quod emeret nisi a marito accepisset: num etsi pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset, non tamen idcirco fit locupletior, quod non expendit.

In questo testo occorre distinguere la decisione dalla motivazione. Il ragionamento di Ulpiano non sarebbe esatto se conducesse a negare la donazione. L'impoverimento del donante è infatti indiscutibile, in quanto il suo patrimonio soffre una diminuzione per ciò che il luogo diventa religioso e quindi fuori commercio. Ma è sicuro anche l'arricchimento della moglie donataria, in quanto senza quella concessione essa avrebbe dovuto spendere del suo per procacciarsi un luogo di sepoltura, e in grazia della concessione ha risparmiato questa spesa necessaria. Forse che non è donazione la prestazione d'alimenti, cui non si è tenuti? Rilevava assai esattamente Pomponio (fr. 39, 5, 9 pr.) che «*in aedibus alienis habitare gratis donatio videtur: id enim ipsum capere videtur, quod mercedem pro habitatione non solvit*». E appunto in tema di spese necessarie scriveva Marciano (fr. 46, 3, 47, 1): «*hoc ipso quod non est pauperior factus, locupletior est*» (1). Anche

(1) Cfr. su questo punto Brinz, *Pand.*, 2ª ed., IV, § 560, pag. 246 seg.; Windscheid, *Pand.*, II, § 365, nota 14 (ed. ital., 2, 2, pag. 10); Savigny, *Sistema*, IV, § 151 seg.; Ascoli, *Il concetto della donazione nel diritto romano*; Perozzi, *Intorno alla donazione* (*Arch. giur.* LVIII) e di nuovo contro quest'ultimo Ascoli, *Sul concetto della donazione* (ib. LIX).

se, col Savigny, si voglia, in base a quest'ultimo passo, ammettere donazione solo nel caso che la spesa risparmiata fosse necessaria, nessuno può dubitare che tale carattere vi sia nell'ipotesi fatta da Ulpiano.

Il vero è che qui Ulpiano adotta un criterio più ristretto (1) in vista della specialità del caso, volendo tener ferma la donazione fra coniugi. Egli in realtà non nega che donazione vi sia, sì bene che essa entri nel novero delle vietate. Si ponga mente infatti alle espressioni: « *concessa est* DONATIO *sepulturae causa etc.* » — « EAM *demum* DONATIONEM *impediri solere* ». La vera ragione del decidere è, che qui vengono meno i motivi per cui tra coniugi fu ed è vietata la donazione: « *ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate* » (fr. 24, 1, 1). Non è davvero per la *donatio sepulturae causa* che si possano temere artifizi rovinosi. Ed ancora: la sepoltura è sempre da favorire (*favorabiliter dicetur* — fr. 24, 1, 5, 11), tanto più ne' rapporti coniugali, e tenuto conto che in certi casi il marito può essere tenuto civilmente a seppellire a sue spese la moglie (fr. 11, 7, 28) e che sempre è obbligato almeno moralmente (2).

§ 461.

Ove il concetto di *bona* e di patrimonio non s'intenda troppo grettamente, di certo vi entra anche lo *ius sepulchri*. Tanto è vero che le nostre fonti non si peritano di attribuire al BONORUM *possessor* il diritto di sepolcro dell'autore (fr. 40, 5, 4, 21; fr. 28, 2, 36). Si dirà che il *bonorum possessor* ha questo diritto come conseguenza del principio generale che « *omne . . . ius transferri aequum est, quod per causam hereditariam . . . heres nanciscitur, ad eum, quem praetor heredis loco constituit* » (fr. 37, 4, 13 pr.), e che, come non spetta all'*heres* quale parte dei *bona*, così non spetti in tale qualità neppure al *bonorum possessor*. Ma, a parte la conferma nuova della trasmessibilità ereditaria, noto che il concetto del *bonorum possessor* è relativo ad un'epoca nella quale l'antica figura dello *heres* già si era trasformata, nè quindi

(1) WINDSCHEID, *l. c.*; BRINZ, III, § 493 seg., pagg. 793-795 e ASCOLI e PEROZZI, *ll. cc.*

(2) GLÜCK, XI, § 771, pag. 418.

può in genere estendersi al di là de' rapporti patrimoniali, come risulta dalla sua stessa denominazione e dallo scopo stesso della successione pretoria — di assicurare i vantaggi economici della eredità a chi per diritto civile ne sarebbe rimasto privo.

Come fu osservato, il diritto di sepolcro ereditario è inscindibile dalla qualità di *heres*. L'indegno perde ogni emolumento ereditario, ma resta sempre *heres* (fr. 28, 6, 43, 3), e appunto per ciò «*penes eum iura sepulchrorum remanent*» (fr. 11, 7, 33) — «*ei iura sepulchrorum adquiri insequuntur*» (fr. 36, 1, 57, 3) (1). L'erede fiduciario è tenuto a restituire al fedecommessario la *hereditas*, ossia, il complesso de' diritti trasmessigli dal testatore. Parrebbe che egli dovesse restituire anche gli *iura sepulchrorum*, siccome quelli che di quel complesso fan parte. Ma il sepolcro è *hereditarium* e «*restituta hereditate is qui restituit nihilominus heres permanet*» (Gaio, II, 251). Epperò il diritto di sepolcro resta presso l'erede: «*restituta hereditate iura sepulchrorum apud heredem remanent*». La *hereditas* come universalità è restituita: ciò non toglie che, come non passano dal defunto nell'erede alcuni diritti dato il loro carattere personale, così non passino dall'erede al fedecommessario quei diritti che sono indissolubilmente congiunti col *nomen heredis*. Il fedecommessario non ha alcun titolo per aspirare al sepolcro ereditario, a meno che non vi sia una particolare disposizione che gli leghi lo *ius sepulchri*. Il che prova all'evidenza che lo *ius sepulchri* è compreso nel patrimonio. — Ancora: il *suus* che si astenga dalla eredità, non lascia di essere *heres* secondo il rigore del diritto civile (2). Onde gli resta il diritto del sepolcro ereditario (3). Per rendersi dunque ragione del fatto, che anche quando l'*heres* non ritiene l'*hereditas*, gli spetta sempre lo *ius sepulchri*, non occorre nè affermare erroneamente che questo diritto è *extra bona*, nè far ricorso alle peculiari statuizioni del diritto sacro. Basta tener ben fermo, che, permanendo la qualità di *heres*, le resta connesso questo diritto che è *hereditarium*, governato dalle norme dello *ius civile* (4).

(1) V. parte I, § 225, pag. 283.

(2) V. sopra § 309 seg., pag. 31 seg.

(3) V. sopra § 310 pag. 33.

(4) Cfr. però WINDSCHEID, *Pand.*, III, § 665, nota 4, secondo cui gli *iura sepulchrorum*, che non passano nel fedecommessario sono i *familiaria*. Cfr. pure BERNICE, *Dir. sacro*, II, pag. 1200, nota 8.

Ad ogni modo anche indipendentemente dal diritto di sepolcro vi sono diritti e doveri che incombono all'erede relativamente al seppellimento del *de cuius*. Vi è l'obbligo di provvedere al seppellimento e il correlativo diritto di far eseguire la volontà del defunto quanto alla sepoltura, di provvedere a questa, in caso che il defunto non vi abbia provveduto (1).

Con che sicuramente si esce dal campo patrimoniale.

§ 462.

Il diritto classico ci presenta come assolutamente escluso dal campo della successione ereditaria ogni diritto di carattere familiare. Noi però abbiamo già ripetutamente osservato come ben diverso fosse il carattere della primitiva successione, in quanto all'erede designato del defunto capo passavano tutti i poteri di questo, epperò in prima linea la podestà su tutte le persone comprese nel gruppo famigliare (2). Questo concetto primitivo vien meno e le nostre fonti accentuano l'esclusione de' diritti, come degli obblighi, familiari. Ma in proposito occorre qualche chiarimento. Certi diritti di famiglia cessano senz'altro colla persona cui appartengono: altri per contro passano ad altre persone. Ma il diritto spetta a queste non già come eredi della persona scomparsa, sibbene *iure proprio*, per la posizione che esse vengono ad assumere a cagione di tale scomparsa. Il *paterfamilias*, ad esempio, ha *in potestate* il figlio, e i nipoti *ex filio*. Alla sua morte la *potestas* sui nipoti passa al figlio, ma non già come erede di lui, sibbene come padre. Così ancora il *paterfamilias* ha *in manu* la moglie del figlio in podestà, quando si tratti di matrimonio *cum manu*. Alla morte del padre la *manus* passa nel figlio non come erede, ma perchè marito. Ciò che è chiaramente detto da Paolo (l. 7 *ad Sabinum* — fr. 10, 2, 46):

... quia mortuo patre quaedam filios sequuntur etiam antequam fiant heredes, ut matrimonium, ut liberi, ut tutela.

L'acquisto del diritto sulla moglie e sui figli dipende dunque dalla posizione che la persona ha nella famiglia, non dalla qualità di erede: ond'esso avviene prima che siasi avverata la con-

(1) Cfr. Dernburg, *Pand.*, III, § 55, nota 9.

(2) Cfr. Bonfante, *Bullettino*, 1891, pag. 110 seg.

dizione sotto cui il figlio fu istituito erede, epperò astrazione fatta da tale qualità. Gli è perciò che lo stesso Paolo altrove (l. 6 *ad Plautium* — fr. 23, 3, 56, 2), senza punto preoccuparsi della qualità ereditaria del figlio, scrive: «*post mortem patris statim onera matrimonii filium sequuntur, sicut liberi, sicut uxor*» (1).

Anche più chiaramente è fatta l'affermazione riguardo alla *tutela*.

Gaius l. 12 *ad edictum provinciale* — fr. 26, 1, 16, 1.

... sciendum est nullam tutelam hereditario iure ad alium transire: sed ad liberos virilis sexus perfectae aetatis descendunt legitimae, ceterae non descendunt.

Morto il tutore la tutela legittima passa al figlio, ma non come erede, sibbene come agnato prossimiore: quindi per la sua posizione nella famiglia. Tant'è che di ciò non si può parlare per le altre specie di tutela. Dice, è vero, Ulpiano (l. 38 *ad Sabinum* — fr. 26, 4, 3, 9) che «*non tantum morte, verum etiam capitis deminutione successio debet in legitima tutela admitti*» — ma il fatto stesso che egli parla di una successione, che avviene anche per causa diversa dalla morte prova, che non è questione ereditaria. È un subingresso di un agnato in luogo di un altro agnato nella *administratio tutelae* (2). E la sostituzione ha luogo in base alla qualità agnatizia del nuovo chiamato, non in base alla qualità ereditaria. Gli eredi del tutore non succedono mai come tali nella tutela. Però essi sono tenuti a portare a compimento i negozi cominciati dal loro autore.

L'intrasmessibilità ereditaria de' diritti di famiglia non si limita a' soli rapporti di carattere puramente personale, ma comprende anche i diritti patrimoniali connessi ad una determinata posizione famigliare. Tale è appunto, ad esempio, la sorte del diritto agli alimenti fondato sul vincolo della parentela. Ma qui la ragione dell'intrasmessibilità è di natura diversa e si estende a qualunque diritto agli alimenti, anche se non fondato su parentela. Si tratta infatti di un diritto meramente personale: cessata la persona non si può più parlare di alimenti. Se l'erede per la sua posizione famigliare abbia anch'egli diritto agli alimenti verso

---

(1) Petroni, *La funzione della dote romana.*

(2) V. Rudorff, *Diritto della tutela* (*das Recht der Vormundschaft*), I, § 28, pag. 195 seg.

le stesse persone obbligate a favore dell'autore, non vi è successione, nè tanto meno successione ereditaria, e il diritto spetta alla persona non come erede, ma *iure proprio*.

§ 463.

Il diritto di patronato ha stretto legame col diritto famigliare e il rapporto fra patrono e liberto si modella spesso su quello intercedente fra padre e figlio (1). Il concetto che sta a base del patronato è che colla concessione della libertà il padrone attribuisce al servo un immenso beneficio, per cui questi ha l'obbligo di addimostrargli gratitudine, di prestargli l'*obsequium* che il figlio ha verso il padre. L'*officium* verso il patrono è fecondo di larghe conseguenze giuridiche. Il patrono ha una specie di podestà disciplinare — *levis coercitio* — verso questa persona che in certa guisa si riannoda alla sua cerchia famigliare. Il liberto non è più uno stromento del patrono, ma, appunto per la riconoscenza che gli deve, è tenuto a prestargli certi servigi, come l'accompagnarlo, il viaggiare per lui, l'amministrarne gli affari e così via. Sono queste le c. d. *operae officiales* fondate sull'*officium*, di carattere eminentemente morale: esse implicano un analogo legame fra chi le presta e chi le riceve. Ma l'*actio operarum* relativa alla prestazione di esse, si dà soltanto quando il liberto si sia vincolato per via di giuramento (*iurata promissio*) o di *stipulatio*. Però a cagione dell'obbligo morale che le impone, anche senza una speciale assunzione, si ha un importante effetto: che se sieno state prestate non si possono ripetere.

Gli altri servigi di carattere schiettamente economico (*operae fabriles*, *artificiales*) non sono dovuti neppure moralmente: occorre sempre una particolare stipulazione conchiusa dopo la manumissione. Sempre per la relazione intima che passava fra patrono e liberto questo era pur tenuto ad alimentare il primo in caso di bisogno. Vi è poi un altro diritto fondamentale del patrono, che ha una base diversa da quella su cui poggiano quelli finora indicati. Il liberto, appunto per la manumissione, è posto in condizione di acquistarsi un proprio patrimonio. Se egli avrà discendenti legittimi, il suo patrimonio spetterà a costoro come

(1) Per qualche cenno sul rapporto fra il diritto di patronato e quello di famiglia v. da ultimo GIRARD, 3ª ed., pag. 120 seg.

domestici heredes, che formano quel gruppo famigliare più intimo chiamato in prima linea. Ma se discendenti non vi siano i beni ritornano al patrono, come se mai la indipendenza economica del liberto vi fosse stata. « Qui non già la riconoscenza soggettiva è il fondamento della reversione, ma sì il punto di vista oggettivo, che la stirpe libertina appartiene alla famiglia patronale » (1). E poichè l'antico principio congiungeva nella stessa sorte l'*hereditas* e la *tutela*, se ne inferì che il patrono, come aveva l'eredità così dovesse avere la tutela (Gaio I, 165). Così che in sostanza lo *ius patronatus* si compone di due elementi: uno relativo alla persona, l'altro a' beni del liberto. Ora è da vedere come si comporti questo diritto in caso di morte del patrono.

§ 464.

Il diritto di patronato in genere ebbe carattere agnatizio e spettava al patrono, alla patrona, e a' *liberi eorum*, sotto la qual designazione s'intendevano tutti i discendenti per via di maschi. Ma il patronato passa ne' discendenti per tutt'altro titolo che per eredità. I *liberi* ricevono il diritto dall'ascendente per la loro posizione nella famiglia e come cosa ben diversa dall'eredità: onde le fonti tengono ben distinte le due cose: « *hoc est hereditatem et libertos* » (fr. 48, 22, 3). Ed anche quando, come nella eredità, si attenua o scompare il concetto agnatizio, il diritto passa sempre per la posizione della persona nella famiglia agnatizia. La cosa non soffre dubbi per quanto riguarda la successione al liberto. I *liberi* del patrono o della patrona prendono l'eredità di questo indipendentemente dall'eredità paterna o materna. Ma come il padre può privarli dell'eredità, così può fino a un certo punto toglier loro il diritto di patronato, attribuendolo ad uno soltanto fra essi. Un *S. C. Ostorianum* permise al padre questa *adsignatio liberti*: « *senatus omne ius libertorum adsignatorum ad eum transtulit cui id pater tribuit* » (fr. 23, 2, 48, 2). Ma se il figlio assegnatario moriva *sine liberis*, i figli esclusi « *pristinum ius recipiebant* » (I, 1, 3, 8 pr.). Certamente non poteva il padre togliere questo diritto per darlo ad uno estraneo: l'eccezione del senatoconsulto mostra che il diritto doveva sempre

(1) Così Leist, *Contin. del Glück*, IV, n. 69 nota 54, pag. 363. Al Leist rinviamo per una più ampia trattazione del diritto di patronato.

restare nella famiglia. Così che l'erede come tale non poteva averlo.

§ 465.

Merita un cenno particolare l'*obligatio operarum*. Le fonti distinguono nettamente le *operae officiales* dalle *fabriles* per quanto si riferisce alla trasmessibilità. Per le ultime vi è la regola della trasmessibilità, la quale è invece esclusa per principio nelle prime.

Ulpianus l. 26 *ad Sabinum* — fr. 38, 1, 6.

Fabriles operae ceteraeque, quae quasi in pecuniae praestatione consistunt ad heredem transeunt, officiales vero non transeunt.

Le *operae officiales*, siccome fondate sull'obbligo della riconoscenza, non possono essere dovute se non al patrono, hanno carattere eminentemente personale (fr. 38, 1, 9, 1), onde non passano negli eredi. Le *operae fabriles*, appunto perchè non si fondano sopra quest'obbligo, ma sono dovute in forza di un'obbligazione che non si scevera dalle ordinarie, hanno carattere patrimoniale e passano quindi anche negli eredi estranei. Ma questa distinzione vuol essere completata con un'altra importantissima a fine di ben intendere i passi delle fonti sulla trasmessibilità ereditaria delle *operae*. Vogliam dire della distinzione di queste in *praeteritae* e *futurae*. Riguardo alle *o. fabriles* non si può parlare di *operae futurae* perchè non sì tosto fatta la relativa promessa esse sono scadute, esigibili e quando non vengono prestate si domanda senz'altro in giudizio il loro valore pecuniario, come un altro credito qualunque. Per contro le *o. officiales* in tanto sono scadute in quanto sieno specificamente richieste da chi vi ha diritto. Se alla domanda fattagliene il liberto non ottemperi, il patrono potrà agire per ottenere il valore pecuniario delle *operae*, che, appunto per l'inesaudita richiesta, sono divenute *praeteritae*. Così che sempre è vero che non si possono chiedere in giudizio se non *operae praeteritae*: « *cum semper praeterita opera quae iam dari non possit petatur* » (fr. 38, 1, 8 pr.). Ma tra le *fabriles* e le *officiales* vi è questa differenza, che quelle diventano *praeteritae* per il solo fatto della promessa, mentre queste debbono essere appositamente richieste (*postulare*, *poscere*) e si richieggono come *futurae*, nè divengono *praeteritae* se non quando, malgrado della richiesta, non vengano prestate (fr. 38, 1, 22, 24).

§ 466.

Guardando le cose con rigore logico le *o. officiales* dovrebbero passare sempre nei *liberi patroni* ed indipendentemente dalla qualità ereditaria di questi, essendo il diritto ad esse una conseguenza del patronato. Tuttavia noi troviamo nelle fonti varie deviazioni da tale rigore. Innanzi tutto il diritto di richiedere tali opere passa ne' *liberi* come tali solo quando il patrono abbia stipulato anche a favore di essi: altrimenti questi possono domandarle solo in quanto divengano eredi.

Gaius l. 14 *ad edictum provinciale* — fr. 38, 1, 22, 1.

Cum libertus promiserit patrono operas se daturum neque adiecerit «liberisque eius», constat liberis eius ita demum deberi, si patri heredes extiterint.

In secondo luogo la *petitio operarum* non spetta a' figli diseredati (fr. 38, 1, 29). Ed ancora essa spetta a' *liberi*, anche quando il diritto di patronato sia stato dal padre assegnato ad uno solo fra essi e spetta al discendente più lontano quando lo *ius patronatus* sia esercitato dal prossimiore di un altro patrono.

Paulus l. 2 *manualium* — fr. 38. 1. 51.

Interdum operarum manet petitio, etiamsi ius patroni non sit: ut evenit in fratribus eius, cui adsignatus est libertus aut nepote alterius extante alterius patroni filio.

§ 467.

Si riferisce al diritto de' *liberi* alle *o. officiales* il seguente passo su cui molto si è disputato.

Ulpianus l. 61 *ad edictum* — fr. 29, 2, 20, 2.

Si quid tamen quasi heres petit, sed ex his, quae ad heredem extraneum non transeunt, videamus, an oneribus se immerserit hereditariis. ut puta a liberto parentis operas petit: has heres extraneus petere non potuit, hic tamen petendo consequi potest. et constat pro herede eum non gessisse, cum petitio earum etiam creditoribus competat et maxime futurarum.

Il giureconsulto studia i casi in cui il *suus*, pur facendo atto relativo a rapporti giuridici paterni, non diventa effettivamente erede del padre, perchè l'atto non costituisce *immixtio*. Il figlio

richiede come erede cosa che all'erede estraneo non spetta. L'esempio concreto è quello della *petitio operarum* dal liberto paterno, su cui il *suus* ha lo *ius patronatus*. L'erede estraneo non avrebbe potuto richiedere la prestazione delle *operae officiales*, mentre il figlio può fare ciò. E tuttavia è incontestato che egli con tale richiesta non compie atto di erede, non s'immischia nell'eredità paterna.

Questa è la sostanza del passo. Il quale però offre gravi difficoltà. Innanzi tutto la ragione addotta per escludere la gestione si presenta strana parecchio. Da ciò che le *operae* possono essere richieste da' creditori, non deriva che il richiederle non importi atto d'erede: anzi discenderebbe da ciò proprio il contrario, perchè se le possono pretendere i creditori, vuol dire che fanno parte del patrimonio. In realtà le *o. officiales* non possono formare oggetto di richiesta da parte de' creditori, perchè, come dice il cit. fr. 38, 1, 9, 1: « *nec cuiquam alii deberi possunt quam patrono* ». Evidentemente dunque Ulpiano non ha intesó parlare qui di creditori ereditarii. Ciò ha persuaso molti scrittori della necessità di correggere il testo. Il Cuiacio (1) propone di leggere *etiam non heredibus*, invece di *etiam creditoribus*. Il Mommsen (2) vuol inserire dopo *etiam* le parole *liberis tamquam*, con che si verrebbe a dire, che non v'è gestione *pro herede* in quanto le *operae* spettano anche a' figli come creditori. In sostanza le due varianti conducono allo stesso risultato, perchè per esse si vien sempre ad affermare che le *operae* spettano a' figli per titolo non ereditario (3). Il che spiega perchè qui non vi è *gestio pro herede*, importando questa un atto da cui univocamente risulti la volontà di accettare l'eredità. Ma il giureconsulto suppone certamente che il patrono avesse compreso nella stipulazione i figli: altrimenti, come abbiamo visto attestato da Gaio, questi non hanno diritto alle *operae* se non in quanto diventino eredi. Onde si dovrebbe conchiudere che in caso di omissione de' *liberi* nella *promissio operarum*, il figlio che richiede le *operae officiales* compie atto di erede, perchè solo a tal titolo egli può ottenerle.

---

(1) Cfr. SCHULTING-SMALLENBURG. *Notae, ad h. t.*, V. pag. 129; MÜHLENBRUCH, *Cont. del Glück*, XLIII, pag. 8, nota 31.

(2) *Ad h. l*, V. LEIST, *Cont. del Glück*, V, n. 165, pag. 272, nota 69.

(3) Alla modificazione del testo non osta la circostanza che la lezione fiorentina è corroborata dai Basilici (XXV, 14, 17, HEIMBACH, III, pag. 611).

Ulpiano chiude la sua decisione affermando, che a' *liberi* spetta il diritto alle *operae* come creditori, specialmente trattandosi di *operae futurae*. Con ciò è affermato che essi in base alla stipulazione paterna possono fare quella richiesta, dopo la quale il liberto è tenuto alla prestazione e le *operae* non prestate diventano *praeteritae*. Ma ad un tempo è affermato che possono pretendere le *operae praeteritae* al momento della morte del padre. *Praeterita* può qui essere anche per ciò che il figlio l'ha richiesta e il liberto non l'ha prestata. Ulpiano avrà voluto dire che anche il *petere* le opere già scadute di fronte al padre non costituisce atto d'erede? La questione può essere risoluta solo dopo l'esame di altri passi.

§ 468.

Pomponius l. 4 *ad Sabinum* — fr. 38, 1, 4.

A duobus manumissus utrique operas promiserat: altero ex his mortuo nihil est, quare non filio eius, quamvis superstite altero, operarum detur petitio. nec hoc quicquam commune habet cum hereditate aut bonorum possessione: perinde enim operae a libertis ac pecunia credita petitur. Haec ita Aristo scripsit, cuius sententiam puto veram; nam etiam praeteritarum operarum actionem dari heredi extraneo sine metu exceptionis placet, dabitur igitur et vivo altero patrono (1).

Uno schiavo manomesso da due condomini promette le *operae* a tuttedue. Uno de' patroni viene a morire lasciando un figlio. Il diritto alle *operae* spetta non solo al patrono superstite, ma anche al figlio del patrono defunto. In ciò vi è differenza dal diritto di successione, civile o pretoria, che spetta solo al patrono superstite, non già anche al figlio del defunto. Pomponio vuol dare ragione della differenza osservando che fra i due diritti non vi è nulla di comune, in quanto il diritto alle *operae* costituisce un diritto di credito, che non differisce da quello derivante dal mutuo. Egli approva l'opinione di Aristone in questo senso, argomentando da ciò che pacificamente era ammesso doversi accordare l'azione per le *operae praeteritae* anche all'erede estraneo. Onde ne conchiude che tale azione si dovrà accordare al figlio

(1) Il Mommsen aggiunge in fine *patroni filio.*

del patrono defunto pur mentre vive l'altro patrono (cfr. cit. fr. 51 eod. tit.). A stregua della relazione di Pomponio bisognerà dire che l'erede estraneo può sempre agire per le *operae praeteritae*, onde anche per quelle *officiales*, che richieste dal patrono, non sieno state subito prestate dal liberto. Ma a ciò osta un importante passo di Ulpiano (l. 74 *ad edictum* — fr. 29 eod. tit.).

Si operarum iudicio actum fuerit cum liberto et patronus decesserit, convenit translationem heredi extraneo non esse dandam: filio autem et si heres non extat et si lis contestata non fuerat, tamen omnimodo competit, nisi exheredatus sit.

Se si dovesse accettare così com'è il testo fiorentino, confortato da' Basilici (1), bisognerebbe ritenere che non solo l'erede estraneo non può agire per le *operae praeteritae*, ma che neppure può ottenere di proseguire il giudizio incoato dall'ereditando, che già aveva contestato la lite. Il Cuiacio ed il Mommsen (2), seguiti dalla grande maggioranza degli scrittori, opinano però che debba cancellarsi il *non* e che conseguentemente Ulpiano affermi la possibilità di *transferre iudicium* nell'erede estraneo appunto dopo contestata la lite. Con che si verrebbe a dire che il diritto è intrasmessibile negli eredi, ma che diventa trasmessibile quando in forza della contestazione della lite ne sia cangiata la natura. È chiaro che nemmeno per tal modo si riesce a porre d'accordo Ulpiano con Pomponio, perchè questo afferma senza esitanza, che le *operae praeteritae* possono essere fatte valere in giudizio dall'erede estraneo, mentre Ulpiano direbbe che lo possono solo quando per la novazione giudiziale se ne sia cambiata la natura.

§ 469.

La precedente esposizione ha lasciato varii punti in sospeso, a chiarimento de' quali occorre qualche breve osservazione. Il modo con cui si esprimono le fonti ci persuade che in questo campo vi fu molta incertezza e forse discordia fra i giuristi, sebbene talora sembri che essi affermino cose non contestate. È da notare in prima linea, che l'*obligatio operarum*, sebbene stretta-

(1) XLIX, 3, 28, Heimbach, V, pag. 16.
(2) *Ad h. t.*

mente connessa allo *ius patronatus*, acquista un certo carattere autonomo pel fatto, che non è una conseguenza naturale, spontanea, per così dire, di quel diritto ma per crearla con piena efficacia occorre una speciale promessa e a renderla scaduta ed esigibile deve precedere una apposita richiesta da canto del patrono. In questi varii stadii del suo svolgimento essa viene sempre più perdendo il carattere personale, famigliare, del patronato ed accostandosi sempre più al concetto patrimoniale. Questa gradazione, in cui si procede quasi per sfumature, non poteva fare a meno di suscitare dubbi e difficoltà per quanto tocca la trasmessibilità. Certamente l'obbligo, più morale che naturale, di prestare le *operae officiales* non passa nel discendente del patrono, dato il suo carattere personale. La imposizione delle opere non può essere fatta che dal patrono. L'obbligo diventa civile solo colla promessa e mantiene un carattere familiare perchè in base ad esso il liberto si assume il soddisfacimento di ogni richiesta del patrono entro la cerchia di quelle *operae*. Fino a questo punto non poteva parlarsi di trasmissione nell'erede estraneo. Ma i *liberi* del patrono potranno richiedere le *operae* promesse appunto perchè ad essi spetta il patronato come diritto paterno, ma in conseguenza della loro posizione nella famiglia e perchè il padre li ha compresi nella stipulazione. Ma ove non fossero stati compresi in questa, a rigore non dovrebbe esercitare alcuna influenza a favore loro la circostanza che essi sono diventati eredi del padre, perchè la qualità di erede nulla aggiunge dal punto di vista famigliare. Intendo che per la sola posizione nella famiglia si arrivi fino a riconoscere il diritto di *poscere operas* in base alla promessa fatta al padre, rendendo questa pedissequa del diritto di patronato. Del pari dovrebbe essere irrilevante la diseredazione, perchè questa fa perdere la qualità di erede, che, ripetiamolo, è indifferente, ma lascia intatta quella di *filius*, che è decisiva pel patronato. Tuttavia si è derogato nell'uno e nell'altro senso. La diseredazione fu considerata come privazione del diritto di richiedere al liberto le *operae futurae* e la qualità di erede come requisito di tale diritto. Da un canto, al padre, che già aveva il mezzo di privare fino a un certo punto i figli del patronato, si volle dare colla diseredazione il mezzo di privarli anche delle *operae*, dall'altro, tenendo conto del principio d'autonomia che si manifestava nella *stipulatio operarum* e la faceva più vicina al

patrimonio, si volle dar mezzo al figlio di procacciarsi per via dell'eredità quel diritto che non sorgeva a mezzo di stipulazione a favore di lui. Per le *operae praeteritae* si doveva arrivare più in là, dato il loro carattere pecuniario. Ma vi si arrivò per contrasti. Ulpiano, a quanto pare, tenendo ferma l'origine famigliare, non fa passare negli eredi estranei il diritto a quelle *operae* se non dopo che la novazione processuale lo ha trasformato, ma già Pomponio ne faceva un diritto trasmessibile per sè, parificandolo al diritto derivante dal mutuo, essendo tuttedue rivolti ad una somma di denaro. Ma anche Ulpiano non disconosceva la differenza fra i due stadi della *obligatio operarum*, in quanto ammetteva che è più difficile riscontrare nella richiesta delle *o. futurae* una *gestio pro herede*, appunto perchè qui spiccava l'origine famigliare. Che egli poi consideri la *petitio operarum praeteritarum* per parte del figlio come insufficiente a costituire *immixtio* pare certo: ma lo dice indirettamente e con esitanza, da cui traspare tutta la sua incertezza. In definitiva l'ambiguo carattere dell'*obligatio operarum* non consente ai giuristi di fissare conclusioni sicure per ogni riguardo.

§ 470.

Non meno del diritto famigliare è escluso dal campo ereditario il diritto pubblico nel periodo classico e nel giustinianeo, come lo è presso di noi. Un illustre pandettista moderno (1) afferma per contro che il diritto ereditario ha importanza massima nel diritto pubblico e fa richiamo a ciò che negli stati monarchici la podestà del capo è ereditaria. Ma non mi pare sostenibile un tale concetto. Impropriamente si suol parlare, anche nelle costituzioni, di monarchia ereditaria, come si suole chiamare ereditaria la qualità di membro della Camera alta in certi Stati, così a proposito della Camera dei Lords in Inghilterra, della Camera dei Pari in Francia prima del 1830 e così via. In realtà qui vi è una successione, ma non una successione ereditaria nel senso del diritto privato. Vi è una successione perchè la stessa posizione pubblica occupata dal defunto passa in altra persona, allo stesso modo come permanendo un diritto privato se ne muta il soggetto.

(1) Dernburg, III, § 54, pag. 97.

Ma non vi è successione ereditaria, in quanto il successore viene per tutt'altro titolo che per l'ereditario; tant'è che nè egli è necessariamente erede del defunto, nè ad ogni modo è il solo erede o occorre sia il solo. Il re può senz'altro non lasciar nulla al suo successore al trono, anche se sia un figlio primogenito, perchè riguardo alla successione del re non si può parlare di porzione legittima, non disponibile (art. 20 dello Statuto). Il successore al trono è chiamato secondo un certo ordine, che non ha nulla da vedere coll'eredità. Egli diventa re per la sua posizione nella famiglia, come il primogenito succede al padre nelle primogeniture per la sua qualità di primo nato, mentre la vocazione ereditaria è fondata su tutt'altro ordine. È dunque da evitare questa confusione del campo del diritto pubblico con quello del diritto privato: essa è sempre fonte di inesattezze, di malintesi, di equivoci.

§ 471.

L'esclusione del diritto pubblico dal campo ereditario spicca evidente nel caso delle cosidette *actiones populares*. L'azione popolare spetta a qualunque cittadino come tale — *iure civitatis* — per un interesse d'ordine pubblico. La comunione politica risultante dal complesso di tutti i cittadini affida a qualunque di questi la cura di promuovere la tutela dell'interesse comune. L'azione popolare è il portato di un alto principio liberale ed è un grande mezzo di educazione politica. In Roma essa fu largamente ammessa. Nè poteva essere diversamente là dove persino l'accusa pubblica era affidata all'iniziativa di qualunque cittadino. Secondo la prevalente opinione (1) quest'azione era di due specie, secondochè la condanna tornava a vantaggio del cittadino che agiva o di una cassa pubblica. Ma appunto perchè tanto nell'uno quanto nell'altro caso qualunque cittadino poteva agire, l'erede per sperimentare l'azione non aveva bisogno di far valere lo *ius defuncti*, quando pure la natura del diritto consentisse la successione. Egli può agire *iure proprio* per quel diritto che anche a lui spetta come cittadino. È un concetto molto semplice ed è molto bene espresso in uno Scolio de' Basilici (2).

(1) Cfr. su quanto segue il mio libro sull'*Azione popolare*, vol. I (Torino 1894).

(2) L. 4, 5 sch. 25 (Heimbach, V, pag. 331): *Tamquam heredibus non competit*:

Ὡς κληρονόμοι οὐκ ἀρμόζεν ὡς δὲ κοινῆς οὔσης τῆς ἀγωγῆς καὶ παντὶ τῷ βουλομένῳ ἐφειμένης δύνανται καὶ οὗτοι ὡς ἐκ τοῦ κοινοῦ δήμου ὄντες κινεῖν ἐὰν ὁ ἐνιαυτὸς ἐνδαψιλεύηται.

A parte ciò, anche per altri riguardi vuolsi in genere dichiarare intrasmessibile l'azione popolare. Essa è fuori del patrimonio, e se rientra nella sfera giuridica del *civis*, è appunto come elemento della personalità politica, ossia, di un campo sottratto alla successione ereditaria. Essa non ha di mira il raggiungimento di un lucro materiale, ma risponde alle più alte idealità di un popolo libero. La qual cosa non è vera solamente per le azioni popolari, il cui risultato torna a vantaggio di una cassa pubblica, ma anche per quelle portanti condanna a favore dell'attore. La conseguenza economica non vale a snaturare la base dell'azione, non ne altera l'indole, come non l'altera nelle *actiones vindictam spirantes*, di cui sopra abbiamo tenuto parola. Anche qui si provvede a dar soddisfazione al sentimento civico offeso. Che si ritenga essere in questione un diritto della comunione od un diritto del singolo, poco monta. Un tal carattere esclusivamente personale dell'azione risponde all'indole politica del diritto. Il cittadino può bensì non esercitare una facoltà civica, ma non può trasmetterne ad altri l'esercizio: tant'è che fino a quando la contestazione della lite non ha trasformato la natura dell'azione popolare, questa non può neppure farsi valere per via di procuratore (1).

Altra questione è, se nelle azioni popolari sia possibile la trasmessibilità ereditaria delle ragioni di preferenza che in ordine ad essa spettano a certi cittadini. Fra più che si presentano al Pretore per far valere l'azione popolare si preferisce quello che è più interessato (fr. 47, 23, 3, 1). Questo interesse può alla sua volta essere morale o patrimoniale. Ponendo mente alla natura della ragione di preferenza se ne determina agevolmente la trasmessibilità. Se il cittadino è preferito in considerazione di un interesse patrimoniale, la ragione di preferenza, come qualunque elemento patrimoniale, passa nell'erede. Ma se sia la preferenza fondata su ragioni d'indole morale, come p. e. la parentela, non

---

cum sit autem communis actio et cuilibet volenti permissa, hi quoque, quasi ex populo sint, agere possunt, si annus nondum elapsus sit.

(1) V. FADDA, *op. cit.*, nn. 117 seg., pag. 142 seg.

si può parlare di trasmissione. Nel primo caso l'erede si trova di fronte a tutti gli altri cittadini nell'identica condizione in cui si trovava il suo autore e vi si trova appunto perchè erede. Nel secondo caso per contro l'erede, solo perchè erede, non può venire a trovarsi nell'identica condizione del suo autore, e se pure ciò avvenga in casi particolari, dipende da qualità sue personali, non da qualità ereditate. Ma conviene tosto osservare, che molto male a proposito si parlerebbe di successione nell'azione anche in quei casi in cui la ragione di preferenza passa nell'erede. L'azione popolare con condanna a favore dell'attore, in ordine alla quale soltanto può parlarsi di preferenza, non sussiste finchè non sia accordata dal magistrato. Ciò che si trasmette è la particolare posizione in base alla quale si accorda poscia l'azione. La quale quindi sorge in persona dell'erede e non si dà a questo come derivante dall'ereditando (1).

§ 472.

Come l'erede subentra all'ereditando nel lato attivo de' rapporti giuridici, così gli succede anche nel lato passivo. Anche per questo riguardo la differenza fra il concetto antichissimo e il giustinianeo è profonda. L'obbligo de' *sacra*, al quale abbiamo già altre volte accennato (2), sta a dimostrare come non si possa ammettere che originariamente l'erede subentrasse soltanto ne' rapporti patrimoniali del defunto, L'obbligo in questione non si limita ad una semplice erogazione patrimoniale, ma comprende tutta la serie degli atti che secondo il diritto sacro e sotto il sindacato de' pontefici si dovevano compiere in relazione alle divinità del gruppo gentilizio o famigliare. Sicuramente negli ultimi tempi della repubblica un tale obbligo ha assunto un diverso carattere e conseguentemente, pur restando fermo il principio che i *sacra* sono indissolubilmente congiunti colla qualità ereditaria, si venne addossando a tutti coloro che percepivano beni del defunto senz'essere eredi. Ma gli editti pontificali, che consacrano questa evoluzione, pongono sempre in prima linea l'obbligo degli eredi: *heredum causa iustissima est* (3).

(1) Per maggiori ragguagli cfr. FADDA, *op. cit.*, pag. 151 e seg.

(2) V. più sopra § 459, pag. 194. Cfr. pure parte I, § 18, pag. 28.

(3) Cfr. per maggiori notizie BONFANTE, *Bull.*, 1891, pag. 109 seg. GIRARD, *Manuel* (3ª ed.), pag. 880 seg. e gli scrittori ivi citati.

§ 473.

Nel diritto giustinianeo si può affermare che in via di principio passano nell'erede tutti gli obblighi aventi carattere patrimoniale. Ma anche qui si verificano eccezioni, che occorre studiare brevemente.

Le obbligazioni derivanti da delitto offrono il più spiccato esempio di intrasmessibilità. Ma le obbligazioni nascenti da delitto sono di varia indole. Guardando le cose da un punto di vista astratto due sono gli scopi cui possono mirare queste obbligazioni: quello di risarcire il danno arrecato al patrimonio del leso e quello di dare a costui un soddisfacimento pecuniario per il torto subìto e punire per tal modo l'autore del torto. Ma una stessa azione può eventualmente proporsi tuttedue questi scopi. Questa triplice possibilità è riconosciuta ed affermata nettamente in Gaio (IV. 6): «*agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam*». E le Istituzioni (4, 6, 16) così la rendono: «*quaedam actiones rei persequendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persequendae, quaedam mixtae sunt*». Ma questa tripartizione suppone una determinazione precisa della funzione della pena, che certamente non è possibile nel periodo primitivo. La pena pecuniaria non è originariamente se non un mezzo con cui si ottiene dall'offeso che non eserciti il suo diritto di privata vendetta. La comunione politica, che in via di principio interviene solo quando si tratti di fatti che direttamente la danneggiano e costituiscono per essa un pericolo, non s'ingerisce originariamente in queste composizioni che hanno luogo fra privati e lascia libero campo alla volontà di questi. Ma ben presto la necessità sociale s'impone e il componimento non è più lasciato all'arbitrio privato, sibbene imposto dall'ordinamento giuridico e sono stabilite le pene pecuniarie con cui il colpevole si sottrae alla vendetta dell'offeso. E come più si rende forte lo Stato, cresce il numero dei fatti che si puniscono non tanto per il danno che arrecano al privato, quanto per la difesa sociale. I delitti privati sono un residuo dell'antico concetto. A stregua del quale, com'è evidente, non si può fare quella distinzione recisa fra pena e risarcimento, ma resta prevalente il criterio della penalità, ossia, della soddisfazione data

all'offeso. Il risarcimento pel danno tanto più facilmente si confonde nel concetto di pena in quanto non sempre esso consiste nel ripristinare l'antica condizione patrimoniale del leso togliendo al colpevole quanto ingiustamente ritiene ossia nel riporre i due patrimoni nella condizione in cui si sarebbero trovati se il delitto non si fosse verificato, ma bene spesso il rifacimento avviene con una diminuzione del patrimonio del reo, infliggendogli così una vera pena. Il Savigny (1) ha, a preferenza di ogni altro, posto in evidenza questo divario, chiamando azioni penali bilaterali quelle in cui la diminuzione di questo patrimonio non serve ad accrescere ma solo a ripristinare nell'antica condizione il patrimonio del leso. Ma, ripetiamolo, queste sottili distinzioni, che in sè e per sè hanno un fondamento di verità, non sono rispondenti all'antico concetto di *poena*. Si dee por mente al riguardo che il punto di vista penale ha un'assoluta prevalenza nelle prime forme di protezione giuridica, a modo che rientrano sotto quel concetto anche varie azioni rivolte ad ottenere l'esecuzione di contratti. È solo gradatamente che certi obblighi perdono questo carattere, conservando però ancora tracce dell'antico stato di cose (2). Ora è da vedere se e quanto la tripartizione gaiana abbia avuto influenza nel determinare la trasmessibilità o meno delle azioni derivanti da delitto.

§ 474.

Si suole affermare come rispondente ai principii la illimitata responsabilità dell'erede per il risarcimento del danno arrecato da delitto del suo autore e la assoluta intrasmessibilità delle azioni tendenti ad una pena. Ma il diritto romano, anche ultimo, è ben lungi dal corrispondere a questo preteso rigore logico. Certamente l'intrasmessibilità della *poena* è affermata nel modo più reciso.

Gaio IV, 121 (cfr. I, 4, 12, 1).

Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aeque 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.

(1) *Sistema*, V. § 210.

(2) Cfr. p. es., fr. 4, 9, 3, 4; 13, 1, 7, 2; 13, 5, 18, 2.

Gaio l. 2 *ad edictum provinciale* — fr, 50, 17, 111, 1.

In heredem non solent actiones transire, quae poenales sunt ex maleficio, veluti furti, damni iniuriae, vi bonorum raptorum, iniuriarium.

Ulpianus l. 41 *ad Sabinum* — fr. 4, 7, 1, 1 pr.

Civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri nec ceteros quidem successores: idcirco nec furti conveniri possunt.

Paulus l. 11 *ad Plautum* — fr. 48, 19, 20.

Si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio iure, ne ad heredes transeat. cuius rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum: quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit.

Come si vede i giuristi di varie epoche sono tutti d'accordo nell'affermare che la pena non passa contro gli eredi. Tutto ciò è vero non solo quando si tratti di pena corporale, ma anche rispetto alle pene pecuniarie e non solo per le pene pecuniarie pubbliche, ma anche per le private. Gli esempii addotti nei vari passi non lasciano dubbi in proposito. Ma questa affermazione generica non toglie gravi difficoltà. Curioso è in prima linea il modo con cui i giuristi accennano all'origine della regola. Gaio parla al riguardo di *certissima iuris regula*, e il *non solent transire* accenna appunto ad una norma giuridica osservata costantemente. Ulpiano attribuisce la massima ad una particolare norma di diritto positivo: *civilis constitutio est* (1). Paolo la dice ricevuta *commenticio iure*, espressione sul significato della quale ferve disputa fra gl'interpreti (2), ma che molto verisimilmente accenna, come le altre di Gaio e di Ulpiano, a qualche cosa fondata sopra pacifica e comune interpretazione de' giuristi (3).

Ma per quanto antichissima, sicura ed indiscussa fosse la massima, sarebbe erroneo il ritenere che mai vi sia stata un'epoca in cui non fosse riconosciuta questa personalità della pena. Il diritto comparato de' popoli primitivi e l'organamento originario della comunione romana stanno ad attestare il contrario. È noto infatti che ne' rapporti fra i gruppi gentilizi e famigliari, ogni

(1) Vi ha chi riferisce questa espressione ad una norma di antico diritto. Gotofredo, ad fr. 48, 19. 20.

(2) Cfr. Pothier, *Pand. Iustin.*, XLVIII, 1, 4, nota 4; Schulting-Smallenburg, *Notae, ad h. l.*, VII, pag. 448 seg.

(3) Cfr. Heumann, *Dizionario delle fonti sub* v. *commenticius*.

gruppo rispondeva per le lesioni che uno de' suoi componenti — il capo od un altro qualunque — avesse arrecato a persone estranee. Naturalmente per tale responsabilità il gruppo doveva essere rappresentato — come sempre — dal capo. E allora il delitto posto a carico del gruppo gravava anche sul capo, che per avventura fosse subentrato dopo la perpetrazione del danno.

Certamente però il diritto civile vero e proprio riconobbe sempre l'intrasmessibilità passiva dell'azione penale. Nè i giuristi classici hanno coscienza di quel concetto prevalso nell'antichissima storia di Roma, sebbene dell'antica solidarietà gentilizia e famigliare restino tracce evidenti. Quando ogni altro argomento mancasse, basterebbe a persuadercene il modo con cui Paolo spiega l'intrasmessibilità della pena. Egli ne cerca la ragione nel preteso scopo di emenda, il quale naturalmente cade colla morte del colpevole. Ciò è in decisa opposizione alla evoluzione storica del diritto penale. Abbiamo già visto come l'idea iniziale fosse quella della vendetta, sostituita o attenuata poi dalla composizione da prima volontaria, indi forzata. E quando lo Stato interviene direttamente ed infligge la pena nell'interesse generale, l'idea che l'inspira e muove è quella della difesa della comunione, non già quella dell'emenda, la quale non ha posto nell'evoluzione storica romana ed è figlia di preconcetti filosofici assolutamente estranei a quell'ambiente. Basterà rilevare poi che la pena privata — come del resto anche la pubblica — non si infliggeva solo a chi peccava per dolo, ma anche a colui che per mera colpa arrecasse danno ad altri. Come si può in tali casi parlare di emenda?

§ 475.

Dai testi sopra riferiti appare come in genere si parlasse di intrasmessibilità della *poena*, confondendo sotto questa denominazione figure disparate. Così fra le azioni dichiarate intrasmessibili se ne annoverano di quelle che certamente sono *poenales* nel senso della tripartizione gaiana — ad es. l'*a. furti* e l'*a. iniuriarum*. Ma se ne comprendono altre, che nel senso di quella tripartizione possono chiamarsi *mixtae*, sebbene tali non fossero ritenute da prima, come invece si avvera nel diritto ultimo.

Così avviene per l'*a. vi bonorum raptorum*(1). Ed infine l'*a. l. Aquiliae* per il *damnum iniuria datum*, che pur nelle fonti è qualificata recisamente come *poenalis* (fr. 9, 2, 23, 8), sostanzialmente mira al risarcimento del danno. Ciò che del resto trova il suo riscontro anche in altro caso dove si parla di *poena* sebbene l'azione tenda solo all'*id quod interest* (cfr. fr. 2, 10, 1, 4 con fr. 3 pr. cod. tit.). Il che conferma quanto sopra abbiamo osservato sul carattere complesso ed incerto dell'antica *poena* privata. Si guarda qui non tanto allo scopo ed al risultato pratico, quanto all'origine dell'azione. E quando l'*obligatio* sorge *ex delicto* il concetto di *poena* prevale.

§ 476.

Ma la citata tripartizione e numerose attestazioni delle fonti provano che mano a mano si vennero sceverando le varie funzioni che può compiere l'*obligatio ex delicto*. È decisiva in quest'ordine di idee la nota regola, che l'erede risponde del delitto dell'autore entro i limiti dell'arricchimento. Fermiamoci alquanto a determinarne la portata.

Pomponius l. 29 *ad Sabinum* — fr. 50, 17, 38.

Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset.

Venuleius Saturninus l. 6 *interdictorum* — fr. 42, 8, 11.

Cassius actionem introduxit in id quod ad heredem pervenit.

Paulus l. 1 *ad edictum* (*praetoris*) — fr. 44, 7, 35.

In honorariis actionibus, sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. honorariae autem quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicuti fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus.

Ulpianus l. 10 *ad edictum* — fr. 3, 6, 5 pr.

In heredem autem competit (*haec actio*) *in id quod ad eum pervenit. nam est constitutum turpia lucra heredibus quoque extorqueri licet crimina extinguantur: ut puta ob falsum vel iudici ob gra-*

(1) Gaio (IV, 8) pone risolutamente quest'azione fra le *poenales*; Giustiniano (J. 4, 2 pr.) non meno risolutamente la qualifica *mixta*. Cfr. Wlassak in Pauly-Wissowa, *Realencyclopaedie*, I, v. *actiones poenales*; Gradenwitz, *Invalidità dei negozii giuridici obbligatorii*, pag. 37.

tiosam sententiam datum et heredi extorquebitur et si quid aliud scelere quaesitum.

Id. l. 11 *ad edictum* — fr. 4, 2, 16, 2.

Haec actio heredi ceterisque successoribus datur, quoniam rei habet persecutionem, in heredem autem et ceteros in id, quod pervenit ad eos datur non immerito: licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere.

Id. eod. libro — fr. 4, 3, 17, 1.

Haec actio in heredem et ceteros successores datur dumtaxat de eo quod ad eos pervenit.

Gaius l. 4 *ad edictum provinciale* — fr. 26 eod. tit.

In heredem eatenus daturum se eam actionem proconsul pollicetur, quatenus ad eum pervenerit. id est quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit.

Ulpianus l. 62 *ad edictum* — fr. 42, 5, 9, 8.

Si possessionis causa deterior facta esse dicetur dolo eius qui in possessionem missus sit, actio in eum ex dolo datur, quae neque post annum neque in heredes ceterosque successores dabitur, cum ex delicto oriatur poenaeque nomine concipiatur.

Paulus l. 59 *ad edictum* — fr. 10 eod. tit.

Nisi quatenus ad eum pervenit.

Il concetto che risulta evidente da tutti questi passi è che non si vuole bensì infliggere una pena all'erede, ma nemmeno si vuol permettere che l'erede lucri in base al delitto. Non si mira con questa regola ad un vero e proprio risarcimento, ma ad impedire un arricchimento immorale. Non tanto si vuole provvedere a favore del danneggiato, quanto colpire il detentore di illecito guadagno. Se il punto di vista del risarcimento vi fosse entrato, la responsabilità dell'erede incolpevole avrebbe per lo meno assunto l'atteggiamento che ha nel diritto canonico, si sarebbe cioè estesa alle forze del patrimonio ereditario. Invece la massima romana sottrae questo a qualunque persecuzione, quando ne sia stato tolto il male acquistato, il *turpe lucrum*. Ma è ben naturale che il limite in questione possa riferirsi solo a quelle azioni che tendono al risarcimento solo o al risarcimento insieme alla pena. Finchè infatti si domanda il lucro indebito, si chiede che si faccia tornare al patrimonio del danneggiato ciò che vi sarebbe stato se il delitto non si fosse commesso. Coll'azione pe-

nale invece si chiede che si diminuisca il patrimonio del colpevole a modo da farlo restare inferiore a quel che sarebbe stato se delitto non vi fosse stato. Onde Gaio (l. 4 *ad edictum provinciale* — fr. 4, 2, 19) dichiara espressamente, che il limite di responsabilità portato dalla nostra massima si riferisce all'azione perpetua, non alla temporale. Ma questa massima conferma che per lo innanzi non si faceva distinzione tra le funzioni delle azioni *ex delicto* e che tanto era radicato il carattere penale di esse da non consentire neppure che si agisse contro l'erede per riavere il lucro indebito.

§ 477.

È disputa sulle prime origini della limitazione in esame. Alcuni la fanno risalire a Cassio (1). Essi si fondano sopra il citato passo di Venuleio e sul cit. fr. 44, 7, 35, dai quali apparirebbe che quel giureconsulto non già in ispecie per l'azione di revoca di quanto fu fatto in frode de' creditori introdusse quel limite (2), ma in generale propose l'azione di arricchimento per delitti contro l'erede del colpevole. Altri per contro rifiutano questa congettura ed attribuiscono l'innovazione a Sabino (3), ricordando specialmente il fr. 4, 3, 29 (Paulus l. 11 *ad edictum*), in cui si afferma essere stata opinione di Sabino che l'erede del colpevole « *calculi potius ratione quam maleficii . . . conveniri* », ossia, non per il delitto in sè, ma per titolo patrimoniale. In questioni di tal genere non è possibile una soluzione troppo decisa. Però mi pare più verosimile la seconda ipotesi. Certamente non si ha traccia anteriore a Sabino (4). Per l'attribuzione a Sabino sta, oltre il cit. fr. 29, anche il passo di Pomponio, da noi sopra riferito (fr. 50, 17, 38), tolto appunto dal commentario a Sabino e che evidentemente, per la sua stessa forma, riproduce l'avviso di altri, che certo è di Sabino. Contro l'attribuzione a Gaio Cassio

(1) Cfr. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 399, nota 1 ; GIRARD, (3ª ed.), pag. 396, nota 1.

(2) Il frammento di Venuleio si riferisce appunto alla revoca degli atti fraudolenti. Cfr. LENEL, *l. c.* e *Palingenesia*, II, pag. 1214, n. 29.

(3) PERNICE, *Labeo*, II, pag. 201, nota 3.

(4) Giustamente il PERNICE, *l. c.* osserva che non può tenersi conto del fr. 4, 3, 13, 1, ove sembra che Labeone ammetta contro l'erede un'azione *ex delicto*, perchè il « *nisi forte hereditario nomine conveniatur* », è interpolato, come del resto anche la parte successiva del passo.

obbietta il Pernice (1), che innovazioni edittali di tal genere sono inverosimili all'epoca in cui Cassio fu Pretore (sotto Tiberio — a. 27 d. C.), perchè l'attività del magistrato cede allora il posto a quella imperiale e senatoria e si limita ad eseguire quanto queste hanno innovato (2). Il fr. 11 di Venuleio è troppo poco istruttivo per poter asserire che Cassio apportò una innovazione di carattere generale e non più tosto applicò all'azione revocatoria il principio della responsabilità dell'erede per l'arricchimento. Il fr. 44, 7, 35 sta più tosto contro che a favore, perchè in esso si accenna ad una definizione di carattere scientifico, ad una norma generale che Cassio vuole stabilire in base alle disposizioni edittali cui si trovava di fronte, non già ad una innovazione edittale. La parte del passo poi in cui si afferma la responsabilità dell'erede non è riferita a Cassio, sebbene verosimilmente gli appartenga. Che del resto nemmeno dopo Cassio la massima avesse carattere assoluto è dimostrato tra altro da ciò, che Ulpiano nel cit. fr. 3, 6, 5 pr. sente il bisogno di richiamarsi alle ripetute decisioni precedenti (*est constitutum*) e nel fr. 2, 10, 1, 6 non dà la massima come sicuramente applicabile, ma l'applicazione dà come sua opinione personale (*puto*). Nè sarebbe difficile mostrare come in qualche testo la limitazione sia evidentemente introdotta da' compilatori. È solo sotto Diocleziano (c. 4, 17, 1) che la responsabilità limitata all'arricchimento è ritenuta come incontestabile (*iuris absolutissimi est*).

§ 478.

Altro punto assai controverso è quello della forma specifica processuale con cui si esplica questa responsabilità limitata. Il Pernice ripetutamente (3) sostiene che si tratta di una *condictio ob iniustam causam*, ossia di quell'azione che in generale mira a far restituire qualunque arricchimento derivante da un delitto o da un atto proibito dalla legge. Per contro il Bekker (4) è d'av-

(1) *Op. cit.*, pag. 199, nota 7.

(2) Cfr. FADDA, *Azione popolare*, pag. 332.

(3) *Teoria dei danneggiamenti alle cose*, pag. 127 seg.; *Labeo*, 2ª ed., II, 1, pag. 261, nota 2.

(4) *Aktionen*, 1, pag. 175, 176. Cfr. anche GIRARD, pag. 396, nota 1 in fine. Il FERRINI, *Manuale*, n. 590, pag. 721, nota 1 non pare contrario a questa opinione.

viso che la stessa azione *ex delicto* venga data contro l'erede, ma modificata in guisa da contenere quella limitazione di responsabilità, o che altrimenti si dia un'*actio in factum*. Allo stato delle nostre cognizioni pare più probabile la seconda congettura. Difficilmente i passi addotti dal Pernice provano a suo favore: tanto meno poi quelli che egli richiama in prima linea e cioè i fr. 4, 3, 17 § 1 e 26 sopra riferiti, nei quali, come del resto anche in altri citati dal Pernice, si parla proprio di HAEC *actio*, EA *actio*, il che, mi pare, è decisivo nel senso che l'azione accordata contro l'erede del colpevole sia l'azione originaria. Ciò che è confermato anche dagli altri testi sopra riportati. Il fr. 47, 8, 2, 27 (Ulpianus l. 56 *ad edictum*) che fa cenno di una *condictio*, ci sembra piuttosto contrario che favorevole al Pernice.

Haec actio heredi ceterisque successoribus dabitur. adversus heredes autem vel ceteros successores non dabitur, quia poenalis actio in eos non datur. an tamen in id, quod locupletiores facti sunt, dari debeat, videamus. et ego puto ideo praetorem non esse pollicitum in heredes in id quod ad eos pervenit, quia putavit sufficere condictionem.

Si tratta dell'*a. vi bonorum raptorum* colla quale, com'è noto, concorre la *condictio furtiva*. E a quest'azione appunto si allude qui, la quale però ha questa caratteristica che si dà contro gli eredi senza limitazione allo arricchimento. Il che mostra come non si possa qui parlare di *condictio ob iniustam causam*, che per sè sarebbe limitata all'arricchimento. Il fatto stesso che Ulpiano (1) parla qui della *condictio*, la quale esclude l'azione che altrimenti il pretore suole accordare contro gli eredi, mostra che una tale azione non può essere essa stessa una *condictio* d'altro genere, se no il giurista avrebbe indubbiamente spiegato la differenza. E nello stesso ordine di idee si può osservare che mentre il fr. 3, 6, 5 pr., sopra riferito, da un canto parla dell'azione che si trasmette contro gli eredi nei limiti dell'arricchimento, nel successivo § 1 si pone come possibile la *condictio ob turpem causam*, quando se ne verifichino gli estremi. Se l'azione di cui si parla prima fosse la *condictio ob iniustam causam*, sarebbe impossibile una tale concorrenza, ma i due rimedi sarebbero identici.

(1) Se pure il testo è del tutto genuino, del che lo stesso PERNICE mostra di dubitare.

Che poi sia in genere possibile lo accordare la stessa azione *cum taxatione* nella condanna non si può mettere in dubbio (1), onde non vi è nulla di inverosimile che in modo analogo si sia proceduto nel caso nostro (2). L'esistenza di un'*a. in factum* per la responsabilità degli eredi è espressamente attestata nelle fonti (fr. 6, 1, 52).

§ 479.

Riguardo a questa responsabilità per arricchimento occorre soggiungere qualche osservazione. Innanzi tutto la limitazione non ha luogo e l'azione si dà per il tutto contro l'erede quando il fatto delittuoso coincide con un titolo che di per sè importa responsabilità illimitata dell'erede. Tale è il caso quando preesista un rapporto contrattuale e il fatto che da sè costituisce delitto sia ad un tempo violazione di un tale rapporto. Così il dolo nell'esecuzione di un contratto (fr. 50, 17, 157, 2; 45, 1, 121, 3). Si occupa di un caso analogo il fr. 10, 3, 10 pr. (Paulus l. 23 *ad edictum*).

Item quamvis legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio heres socii praestet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur.

Sussiste un rapporto di comunione fra varie persone e quindi quella figura giuridica che comunemente, ma erroneamente, si suol chiamare quasi contratto, mentre secondo le fonti si dice esattamente, che per essa l'obbligazione sorge come da contratto, *quasi ex contractu*. Or se dolosamente o colposamente un condomino arrechi danno alla cosa comune ne' termini contemplati dalla legge Aquilia, vi sono due titoli di responsabilità per lo stesso fatto: uno estracontrattuale, *ex delicto*, l'altro fondato sul rapporto preesistente. La responsabilità aquiliana per sè non si trasmette se non nei limiti dell'arricchimento: ma la responsabilità derivante dalla comunione passa integralmente nell'erede, nè è a ciò di ostacolo la circostanza che coincide con questa una responsabilità *ex delicto* (3).

(1) Cfr. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 104, nota 16, 120, 263, 321. V. ed. franc., I, pag. 148, nota 5, 174.

(2) V. FERRINI, *l. c.*

(3) Può far difficoltà qualche passo delle fonti, in cui sembra che si neghi la

L'arricchimento una volta avvenuto vincola l'erede del colpevole anche se posteriormente venga a cessare: «*sufficit enim semel pervenisse* (fr. 4, 2, 17). Sempre è vero infatti che dal fatto delittuoso l'erede ha ritratto un vantaggio.

La trasmessione limitata si riferisce a qualunque specie di azione derivante da delitto. Il Francke (1) volle distinguere fra azioni civili e pretorie, assumendo che la trasmessibilità limitata si sarebbe verificata solo rispetto a queste ultime. Le azioni civili reipersecutorie derivanti da delitto si sarebbero trasmesse contro l'erede per tutto l'ammontare del danno. L'unico esempio addotto dal Francke per questa trasmessibilità assoluta è quello della *condictio furtiva*. Può sembrare favorevole a questo modo di vedere il cit. fr. 44, 7, 35, che riferisce appunto la responsabilità limitata degli eredi alle *honorariae actiones*. Fu da altri osservato (2) che in contrario sta la circostanza che l'*a. legis Aquiliae* sebbene civile passa nell'erede solo con la limitazione allo arricchimento (fr. 9, 2, 23, 8). Ma l'osservazione perde importanza ove si ponga mente che le parole decisive «*nisi forte ex damno locupletior heres factus sit*» sono evidentemente fattura de' compilatori. Certamente ha valore l'obbietto che non si saprebbe scorgere una ragione per tale distinzione. Si capirebbe l'assoluta negazione della trasmessione delle antiche azioni civili sorte quando rigorosamente si escludeva ogni azione da delitto contro l'erede, non già l'illimitata responsabilità di questo proprio per le azioni più antiche. E in realtà se l'interpolazione da noi rilevata sussiste, questa conclusione può avere per sè molta verisimiglianza. L'esempio della *condictio furtiva* non calza. Si sa innanzi tutto quante dispute si facciano sulla natura di questa, sostenendo gli uni che essa altro non sia se non una *condictio sine causa*, epperò non derivante da delitto, assumendo gli altri che essa sia proprio un'*actio ex delicto* che *odio furum* si dà contro

---

responsabilità illimitata dell'erede anche per il dolo nell'esecuzione del contratto. Così il passo delle Istituzioni 4, 12, 1. Ma vedi in proposito SCHRADER *ad h. l.* FRANCKE, *Contributi alla spiegazione di singole materie giuridiche*, I. pag. 16 sg.; PFEIFFER, *Spiegaz. pratiche*, III, pag. 83; VANGEROW, *Pand.*, I, § 145, osserv. n. II, pag. 216; WINDSCHEID, *Pand.*, II, § 359, nota 13; MÜHLENBRUCH, *Contin. del Glück*, XLIII, pag. 27 seg.

(1) *Op. cit.*, pag. 28 seg. ma specialmente 34 seg.

(2) SAVIGNY, V, § 210, nota 4, pag. 47 seg.

gli eredi del lavoro integralmente come si darebbe un'azione di indebito arricchimento (1). La questione è gravissima nè si può qui discutere di proposito. Ma ad ogni modo da una parte e dall'altra si ammette che anomalie vi sono in questa figura, onde da essa non è lecito trarre argomento. Così che pur riconoscendo che Cassio pone in generale la limitazione quanto alle azioni pretorie, non possiamo, almeno per il diritto classico, giungere ad una conclusione sicura per le civili. Nel diritto giustinianeo la distinzione del Francke manca di ogni ragione d'essere.

L'azione derivante da delitto, qualunque sia lo scopo cui mira, diventa sempre trasmessibile quando in ordine ad essa sia avvenuta la contestazione della lite (I. 4, 12, 1; fr. 44, 7, 58; 50, 17, 87; c. 4, 17, 1). La novazione processuale trasforma l'obbligo, come sempre, onde cessa la speciale indole penale.

§ 480.

Come già abbiamo osservato per l'elemento attivo dei rapporti giuridici, così ripetiamo ora quanto al lato passivo, che certi rapporti in tanto possono sussistere in quanto sussiste la persona, l'individualità, la quale è quindi momento sostanziale. Il diritto romano antico attribuiva un tale carattere alle due figure di garanzia personale che erano la *sponsio* e la *fidepromissio*.

Gai III. 120 (cfr. IV, 113).

Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus et alio iure civitas eius utatur.

La forma prettamente romana della *sponsio* e quella meno rigorosa della *fidepromissio* si accordano in ciò, che per la morte del garante vien meno il rapporto di garanzia. L'eccezione stabilita per quel peregrino che secondo la legge sua assume un obbligo trasmessibile, non fa che applicare anche in questo caso il principio adottato in Roma riguardo a' peregrini. Tanto è radicato in Roma il concetto dell'intrasmessibilità della garanzia personale, che di fronte alla nuova figura del *fideiussor* si trova necessario di affermare la responsabilità dell'erede: « *fideiussor et*

(1) V. la storia della questione in WINDSCHEID. II, § 359, nota 14, § 425.

ipse obligatur et suum heredem obligatum relinquit, cum rei locum obtineat» (fr. 46, 1, 4, 1). Questa intrasmessibilità dell'obbligo di garanzia non è di facile spiegazione e fra gli scrittori regna disaccordo al riguardo.

§ 481.

Vi ha chi considera l'intrasmessibilità come una limitazione di diritto positivo rivolta allo stesso scopo cui intendono altre disposizioni positive romane, a restringere quanto più si poteva questa obbligazione a favore di terzi e pel debito altrui, guardata con disfavore (1). Così la *lex Furia* limitava ad un biennio l'obbligo di garanzia derivante dalla *sponsio* e dalla *fidepromissio*. Bisognerebbe, per intendere la ragione della intrasmessibilità, porla in relazione con tutto il sistema di restrizioni che Gaio riferisce, e che mirano ad alleviare per quanto è possibile la condizione del garante.

Il Bachofen (2) vuol porre in relazione la personalità di queste forme di garanzia colla dipendenza di esse dalla *nuncupatio* dell'antico *nexum*. Un terzo non soggetto alla podestà del debitore avrebbe potuto intervenire nel *nexum* con costui ed eventualmente assoggettarsi alla prestazione di opere servili per il caso d'inadempimento dell'obbligo principale consistente nella restituzione di una somma mutuata. Ove la promessa del terzo comprendesse le opere servili si avrebbe la formola *idem fide tua promittis*, se invece si limitava alla somma di denaro, la formola suonerebbe: *idem dare spondes?* In ciò sarebbe l'unica differenza fra *sponsio* e *fidepromissio*. Ma tuttedue sarebbero state obbligazioni meramente personali, epperò non trasmessibili, e la personalità si fonderebbe su ciò, che si tratta di promessa di opere.

Si potrebbe anche richiamarsi a ciò, che naturalmente il garante si obbliga in seguito a mandato avutone dal debitore principale, e che quindi il mandato vien meno per la morte del mandatario (3).

---

(1) HASENBALG, *La fideiussione del diritto comune* (*die Bürgschaft des gemeinen Rechts*), Düsseldorf 1870. pag. 18 seg.

(2) *Il nexum, i nexi e la lex Petillia* (Basilea 1843), pag. 98 segg.

(3) Cfr. quanto più sopra abbiam detto riguardo alla *adstiputatio*, § 433, p. 191 seg. e v. GIRTANNER, *La fideiussione secondo il diritto civile comune* (*die Bürgschaft nach gem. CR.*), Jena 1851, pag. 8.

Il Pernice (1) fa capo all'antico carattere sacro della *sponsio*. La violazione dell'obbligo assunto di fronte alla divinità costituiva un vero delitto anche secondo la legge profana, nè in tema di delitti può parlarsi di trasmessibilità. Tant'è che la *sponsio* del diritto pubblico internazionale vincolava solo il re che l'aveva conchiusa, non già il suo successore.

§ 482.

L'ipotesi del Bachofen è veramente arbitraria e insostenibile. Senza indugiarci in una critica minuta di essa (2), basterà notare che questa, se mai, spiegherebbe l'intrasmessibilità della *fidepromissio* soltanto, perchè solo questa si riferirebbe a prestazione d'opere.

L'assunto dell'Hasenbalg non può accogliersi perchè, se è vera la tendenza di restringere per quanto possibile l'obbligo dei garanti e se, contrariamente a quanto soleva accadere in tema di diritto privato, una serie di leggi intervenne a dar corpo a questa tendenza, questa reazione appartiene agli ultimi tempi della repubblica, mentre l'intrasmessibilità in questione ha un carattere originario, come appare già da ciò che Gaio, il quale per le altre statuizioni si richiama ad una legge speciale, quando parla della nostra (III, 120, IV, 113) non fa richiamo di sorta (3), e dal fatto, su cui torneremo fra poco, che identica restrizione è in altri diritti primitivi.

Più apparenza di verità ha la congettura del Pernice: ma neppur essa ci sembra sicura contro gravi obbiezioni. Certamente le sta contro la decisa affermazione di Ulpiano (l. 1 *disputationum* — fr. 50, 12, 2, 2): « *voti obligationem ad heredem transire constat* ». Vi è infatti obbligo più sacro dell'*obligatio voti*? Nè è decisiva la risposta, che si tratti qui di un mutamento portato

(1) *Dtritto sacro romano* (in *Rendiconti dell'Accad. di Berlino*), I (1885), pag. 1149, II (1886) pag. 1190 seg.

(2) V. in proposito HASENBALG, *l. c.* dove però non tutte le osservazioni sono esatte.

(3) Per la tendenza a restringere l'obbligo di garanzia v. VOIGT, *Lex Cornetia sumptuaria* e *Storia del d. rom.*, I, § 54, pag. 613 seg. Per il carattere antico della intrasmessibilità ereditaria SCHULIN, *Storia del d. rom.*, § 77, pag. 350 seg.; GIRARD, *op. cit.*, pag. 744 seg.

dal diritto posteriore, come apparirebbe già da ciò che Ulpiano ha bisogno di rilevare espressamente la trasmessibilità. Il giureconsulto afferma questa come qualche cosa che *constat*, che è certa, che non può lasciar luogo a dubbi. E se la rileva, non è già per affermare qualche cosa che possa non intendersi senz'altro, ma perchè gli occorreva far rientrare sotto la regola inconcussa un caso pratico che gli si presentava. D'altra parte è bensì vero che le *obligationes ex delicto* non sono trasmessibili, ma qui delitto vi è solo quando si sia venuti meno all'obbligo sacro. Così che se p. e. il momento dell'esecuzione del *votum* non è ancora venuto quando muore chi ha fatto il voto, non si può certo fondare l'intrasmessibilità sulla natura delittuosa dell'obbligo.

§ 483.

Ritengo che si possa avanzare qualche seria congettura solo quando si tenga conto di importanti elementi offertici da' recenti studi di diritto comparato. Il diritto antico germanico si presenta assai caratteristico (1), in quanto anche per esso vi è l'originaria intrasmessibilità dell'obbligo fideiussorio. Tale è il portato anche dell'antico diritto francese (2). Anche qui si disputa sul vero fondamento dell'intrasmessibilità. Lo Stobbe la riannoda alla essenza del contratto nel diritto germanico. Il contratto si fonderebbe sulla fiducia e sarebbe quindi personalissimo. Altri assume che i motivi, i quali determinarono il fideiussore a garantire, non vi sono nell'erede. I più ritengono che come il pegno vien meno per il perimento della cosa data in garanzia, così debba estinguersi la fideiussione per la morte del fideiussore, la persona del quale era quasi pegno pel soddisfacimento del debito.

(1) Cfr. per il diritto germanico KOHLER, *Rtv. crit. trim.* N. S., IV, pag. 21, *Riv. per il dir. comparato*, III, pag. 182 seg.; STOBBE, *Sutta storia del diritto contrattuale tedesco*, pag. 132 seg., *Diritto privato tedesco* III (3ª ed. curata dal Lehmann), § 288, n. 3, pag. 366; SCHRÖDER, *St. d. dir. tedesco*, 2ª ed., pag. 284, nota 126, 699; HÜRLIMANN, *La responsabilità degli eredi per i debiti di fideiusstone del testatore* (*die Haftbarkeil der Erben* etc.), Basilea 1896, pag. 5 seg.; WEISFLOG, *La responsabilità degli eredi* etc. (*die Haftung der Erben* etc.), Basilea 1896, pag. 1 seg.; GMÜR, *La responsabilità degli eredi* etc., Basilea 1896, pag. 3 seg,; PERTILE, *Storia del diritto italiano*, IV, § 153, pag. 507 seg.; SALVIOLI, *Manuale di storia del dir. ital.*, 3ª ed., n. 320, pag. 487.

(2) ESMEIN, *Études sur le contract dans le très ancien droit français*, pag. 39,

Certamente, nel diritto posteriore, si trovano due figure ben distinte di fideiussione. Da una parte vi è il fideiussore che si obbliga al pagamento come il debitore, dall'altra quello che promette il fatto del debitore e s'impegna a fare quanto è da lui perchè il debitore faccia quanto deve. Il primo trasmette il debito negli eredi, considerandosi il rapporto come puramente patrimoniale: il secondo no, appunto perchè, almeno di regola, vi è la promessa di un fatto personale.

Ora un fenomeno di egual natura si presenta nel diritto indiano. Secondo le citate ricerche del Kohler non si trasmetteva qui negli eredi la garanzia di far presentare qualcuno in giudizio e quella in genere per il comportamento di una persona. La distinzione tra fideiussione di pagamento e fideiussione di presentazione ritorna pure nel diritto musulmano, dove quest'ultima viene chiamata fideiussione personale (1).

Questa distinzione si accorda con una congettura del Puchta (2), ripresa e meglio determinata dal Girtanner (3). L'*adstipulatio*, osserva il Puchta, di cui noi abbiamo accolto l'avviso (4), sarebbe stata sfruttata per rendere possibile la rappresentanza giudiziale del creditore, la quale in sè e per sè non era possibile. Ora Gaio (IV, 113) congiunge l'intrasmessibilità dell'azione spettante allo *adstipulator* con quella dell'azione contro gli *sponsores* e i *fidepromissores*.

Aliquando tamen etiam ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit: nam adstipulatoris heres non habet actionem et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur.

Se l'*adstipulatio* raffigura dal lato attivo quel che è la *sponsio* dal lato passivo, ossia l'aggiunta di un *reus* nel rapporto verbale di obbligazione, e se Gaio le congiunge dal lato dell'intrasmessibilità ereditaria, è assai verosimile che la *sponsio* abbia avuto la stessa funzione dell'*adstipulatio*, la facilitazione della rappresentanza processuale, tanto più che il rapporto della *sponsio* colla originaria procedura romana è innegabile. Le analoghe figure del diritto germanico, del musulmano e dell'indiano, lasciano sup-

(1) Sachau, *Diritto musulmano*, pagg. 401, 405 seg.. cfr. Kohler. *Riv. del dir. comparato*, VI, pag. 268, § 8; *Aggiunta allo Shakespeare* etc. (*Nachtrag* etc.), pag. 12.

(2) *Instit.*, II, § 156 *c.*, III, § 277 *z.*

(3) *Op. cit.*, pag. 9.

(4) Vedi più sopra § 191 seg.

porre che anche qui l'intrasmessibilità si fondi su ciò che in origine la *sponsio* garantiva il comportamento di una persona, in ispecie nei rapporti processuali. La garanzia, riferendosi a un fatto personale del garante, non andava al di là di costui. Che siasi mantenuta anche quando il concetto si venne allargando non è cosa che possa meravigliare chi appena ha dimestichezza colla storia del diritto in genere e del romano in ispecie.

Dobbiamo però tosto soggiungere che, se la intrasmessibilità della obbligazione fideiussoria si trova limitata in un certo momento a quelle speciali figure, in origine essa deve essersi applicata a qualunque forma di fideiussione, come appare nella evoluzione del diritto germanico. Questo concetto primitivo non si può spiegare esclusivamente riferendosi ad una delle varie ragioni addotte, ma s'intende bene solo quando a queste ragioni tutte si dia una certa influenza. Certamente il concetto generale d'obbligazione così strettamente personale, la circostanza che in definitiva si promette non per sè ma per altri e si promette più tosto il comportamento del debitore che il diretto pagamento, il trattarsi di rapporto di fiducia, fondato sulla credenza nella onestà del debitore e nella volontà di rendere servigio al creditore fanno sì che la trasmessibilità negli eredi venga considerata come qualche cosa di anormale. Il che tanto più si spiega nelle prime origini dell'istituto.

Ma tutte quelle considerazioni hanno sempre esercitato notevole influenza e sopra tutto nei nostri tempi si è di nuovo sollevata la questione, se sia giusto il far passare negli eredi l'obbligo fideiussorio e se quanto meno non convenga apportare in proposito limitazioni e cautele (1). In generale però le moderne legisla-

(1) Questo punto ha formato tema di un concorso bandito dall'associazione dei giuristi Svizzeri nel 1896. Furono premiati gli scritti sopra citati di HUERLIMANN, WEISFLOG, GMÜR. Questi scrittori concludono bensì per la trasmessibilità dell'obbligo nell'interesse della sicurezza delle civili transazioni, ma con grandi limitazioni derivanti dal carattere altruistico e strettamente personale che in genere ha questo istituto. In particolare si mira a garentire l'erede contro il numero soverchio di tali fideiussioni. Si propone in ispecie di ripristinare l'istituto della trascrizione di tutte le fideiussioni in pubblici registri a fin che l'erede possa senza difficoltà rendersi conto delle responsabilità che dovrebbe assumere. L'istituto era negli antichi diritti cantonali. Vi sono del resto precedenti analoghi anche nella nostra legislazione statutaria. Cfr. PERTILE, *l. c.*, pag. 510, nota 62 *a*.

zioni hanno tenuto ferma la trasmessibilità dell'obbligo fideiussorio.

§ 484.

Abbiamo già visto (1) come il rapporto di società e quello di mandato vengano meno per la morte di uno de' contraenti e come soltanto si trasmetta a favore degli eredi il diritto di agire per quanto fu fatto in passato durante la società o il mandato e per far dare compimento agli affari già iniziati da un socio o dal mandatario. Così che è da affermare che correlativamente si trasmette nell'erede del socio o del mandatario l'obbligo di quel compimento. Il Karlowa (2) assume che se indubbiamente si deve attribuire al diritto civile la responsabilità degli eredi del socio o del mandante per quanto fu fatto dal loro autore, l'obbligo di essi di condurre a termine gli affari incominciati debba attribuirsi per contro al diritto pretorio. Il fr. 17, 2, 35 colla espressione «*in heredem... socii proponitur actio*» accennerebbe non già ad un'azione spettante *ipso iure*, ma ad un'*a. in factum* introdotta dal Pretore. E ad un'azione di tal genere si riferirebbe il dissenso fra i pretori N. Druso e S. Giulio relativamente alla responsabilità degli eredi del mandatario (*Rhet. ad Herenn.* 2, 13, § 19). E questa congettura ci sembra fondata.

Sempre per il carattere personale dell'obbligo vien meno il compromesso per la morte dell'arbitro. Le parti hanno affidato la risoluzione della controversia a quella determinata persona, nè si può costringere l'erede ad assumere un incarico che richiede reciproca fiducia e determinate qualità. Ma naturalmente anche qui l'erede sarà tenuto se il suo autore, in seguito a violazione del patto di compromesso, fosse incorso in quella responsabilità verso le parti che in lui avevano compromesso la decisione.

§ 485.

La locazione di cose non ha di regola carattere personale. Recentemente però si è messa innanzi l'ipotesi che così non fosse

(1) V. sopra, § 432.

(2) *Storia del d. rom.*, II, pag. 1303.

nell'antico diritto (1). Essa si fonda sul seguente passo di Labeone (*posteriorum libro quinto a Iavoleno epitomatorum*), fr. 19, 2, 60, 1.

Heredem coloni, quamvis colonus non est, nihilominus domino possidere existimo.

Chi ponga a raffronto questo passo col fr. 17, 2, 40: « *heres socii quamvis socius non est, tamen ea* etc. » — è tratto a conchiudere che, come secondo Labeone non perdura *post mortem* il rapporto di società, così non pérdura quello di locazione. Gli antichi scrittori in generale intendono il passo nel senso che l'erede del colono non sia qui colono per ciò che o la locazione era fissata per la vita del conduttore, o era già cessata alla morte di questo. È certamente per il diritto giustinianeo, in cui non è dubbia la trasmessibilità del rapporto di locazione di cose (l. 3, 24, 6), questa interpretazione merita accoglimento. Anche finita per tal modo la locazione l'erede del conduttore non lascia di essere detentore in nome del locatore. Ma il senso originario del passo non può certo esser quello, come appare dall'affermazione parallela relativa alla società. Labeone vuol proprio dire che il rapporto di locazione di un fondo è personale.

Il Jhering vuole anche dar ragione di questo carattere risalendo alla natura della locazione negli antichi tempi. La configurazione del rapporto di locazione, esplicantesi nella *detentio alieno nomine*, sarebbe modellata sulla condetenzione familiare. *Inquilinus* sarebbe colui che abita col *dominus* nella stessa casa: « *qui* eundem *colit focum, vel eiusdem loci cultor* », secondo l'affermazione di Festo. L'affitto dei beni rustici avrebbe in sostanza avuto nelle sue origini il carattere di compartecipazione nell'azienda agricola del *dominus*. Il proprietario non avrebbe dato in affitto tutti i suoi beni per starsene inoperoso, ma solo una porzione di essi, che gli sarebbe riescito difficile coltivare direttamente. Un accenno a questo rapporto si avrebbe in Columella (II, 7): « *patrisfamilias felicissimum* fundum *esse, qui* colonos *indigenas haberet et tamquam in paterna possessione natos iam inde in cunabulis longa familiaritate retinet* ». Nell'antitesi fra il *fundum* al singolare e il plurale *colonos* lo Jhering scorge la conferma della consuetudine dell'affitto parziario, della pluralità di coloni nel-

(1) JHERING, *Volontà possessoria*, pag. 347 seg., nota 2 (ed. franc., pag. 295, n. 159). Cfr. ora KARLOWA, *Storia del dir. rom.*, II, 1, 636 seg.

l'unico fondo. E il passo nel rimanente confermerebbe quel carattere di confamigliarità, rispondente del resto alla semplicità dell'antica vita agricola. Questa compartecipazione dell'*inquilinus* e del *colonus* nel godimento della cosa locata riprodurrebbe la figura della confamigliarità e porrebbe il conduttore di fronte al locatore in una condizione analoga a quella dei figli verso il padre. Il Kuntze (1), che pure combatte con tanto accanimento sia la dottrina dello Jhering sulla volontà possessoria, sia la derivazione del concetto di *detentio* dalla confamigliarità, ammette tuttavia anch'esso che nel periodo patriarcale della vita giuridica la locazione sia dei fondi rustici che degli urbani, in quanto era ammessa, aveva un carattere patriarcale e che il vincolo contrattuale non differiva qui dalla soggezione domestica. Il Baron (2) ritiene che Jhering non dia se non mere ipotesi, ma a suo modo di vedere non vi sarebbe nulla di meglio da sostituire. Il Klein (3), pur trovando la caratteristica del rapporto di locazione in ciò, che il conduttore è un rappresentante del locatore, e deducendone la mancanza del possesso giuridico nel primo, osserva, che il *colonus* non solo era in senso largo e non giuridico considerato come parte della famiglia, ma nell'antica formola dell'*interdictum unde vi* era compreso nell'espressione *familia;* che il rapporto fra *dominus* e *colonus* è analogo, in quanto al possesso, alla *potestas;* che il fr. 41, 2, 25, 1 osserva « *nec inter colonum et servum nostrum, per quem possessionem retinemus, quicquam interest* ».

Di fronte a questi riflessi è assai verosimile l'ipotesi della intrasmessibilità iniziale della locazione di cose. O che si consenta nel carattere quasi famigliare voluto dallo Jhering, o che semplicemente si muova dal concetto della comune gestione dell'azienda, *conducere* nel senso voluto dal Degenkolb (4), sempre è vero che si ha un rapporto fondato sulla fiducia personale e quindi intrasmessibile. Il diritto classico però non conosce più un simile tipo di locazione, onde non solo è ammessa la trasmessibilità ereditaria; ma si consente anche la sublocazione (c. 4, 65, 6). Ciò che evidentemente si riannoda alle mutate condizioni sociali ed eco-

(1) *Sulla teoria possessoria* (*Zur Besitzlehre*), Lipsia 1890, § 7, pag. 46 seg.

(2) *Annali per la dogm.*, XXX, pag. 226 seg.

(3) *Possesso di cose ed usucapione* (*Sachbesitz und Ersitzung*), Berlino 1891, pag. 148 segg.

(4) *Diritto di superficie e locazione* (*Platzrecht und Miethe*), pag. 136.

nomiche, essendo ormai i locatori grandi proprietarii, che affidano in grandi lotti i loro fondi a speculatori, i quali li frazionano e distribuiscono fra piccoli affittuari (1).

Per contro non mancano nell'epoca moderna legislazioni che riproducono il carattere personale e fiduciario della locazione di cose. Tale è il diritto territoriale prussiano, che non solo esclude la sublocazione, ma in caso di morte del conduttore accorda un diritto di disdetta al locatore ed agli eredi del conduttore (2). Lo ha seguito il nuovo codice civile germanico (§ 569, v. però § 596), e nei lavori preparatori di esso si pone in rilievo che nella locazione vi è un elemento personale, per cui la morte del conduttore non può restare senza influenza sulla sussistenza del contratto (3). Anche il diritto svizzero delle obbligazioni accorda alle parti un diritto di disdetta entro un certo termine a causa della morte del conduttore (art. 293, 316). Ma la grande maggioranza delle legislazioni attuali non attribuisce carattere personale al rapporto di locazione di cose.

§ 486.

Il carattere personale si manifesta invece nella locazione d'opera, sebbene anche qui con diversa energia secondo che si tratta di *locatio operarum* o di *locatio operis*. In generale chi conduce l'opera d'una persona pone mente alle attitudini e alle qualità di questa, e naturalmente non intende valersi dell'opera degli eredi del locatore, i quali possono benissimo essere assolutamente ignari di quel genere di lavoro. Non vi è dubbio che nel servirsi di una persona si dà un attestato di fiducia personale. Per contro se si è posto mente solo all'ottenimento del risultato del lavoro, senza preoccuparsi delle qualità personali, l'erede di chi ha promosso un tale risultato sarà sempre tenuto a procacciarlo o col proprio lavoro o valendosi dell'opera di altri. Perciò d'ordinario la *locatio operarum* cessa colla persona del locatore, mentre la *locatio operis* vincola anche gli eredi di colui che ha assunto l'obbligo di fare quel determinato lavoro. Cessata la persona, cessa

(1) Cfr. DERNBURG, *Dir. priv. pruss.*, II (4ª ed.), § 171, pag. 481, nota 1.

(2) DERNBURG, *op. cit.*, pag. 484; JHERING, *l. c.*, pag. 348, nota.

(3) *Motivi*, II, pag. 416, *Protocolli*, II, pag. 220. Data la soluzione accolta, sono poco fondate le censure dello JHERING, *l. c.* Cfr. da ultimo CROME, *Negozi giuridici parziari (die partiarischen Rechtsgeschaefte)*, Friburg i. B. 1897, pag. 104.

l'opera della persona stessa e vien quindi meno l'oggetto della locazione, come nella *locatio rei* vien meno per il perimento della *res*. Le *operae* di una persona sono qualcosa di indissolubile da questa: nè le *operae* di uno possono sostituirsi con quelle d'un altro. Nota Celso assai bene (fr. 12, 6, 26, 12): « *eam esse causam operarum, ut non sint eaedem... nam plerumque robur hominis, aetas... mutat causam operarum* ». Invece nella *locatio operis* si guarda al risultato indipendentemente dalla persona che lo ha prodotto. Ma questo non è un principio assoluto, perchè può essere intento del committente che solo quella persona compia il lavoro, tenuto conto della fiducia nelle sue qualità. Si può anzi dire che le ipotesi sono varie al riguardo, tenuta anche presente l'indole dell'opera da compiersi. Può essersi voluto che l'assuntore lavori lui o solo o con altri di sua fiducia o a dirittura che procacci quel risultato, qualunque sia l'individualità di coloro che lavorano.

Ma nel diritto romano pare che prevalesse anticamente anche nella *locatio operis* il riguardo alla persona del conduttore dell'opera. Giustiniano (c. 8, 37 [38], 13) riferisce che anticamente si disputava se persino nelle stipulazioni di fare l'obbligo passasse negli eredi. Egli risolse affermativamente la questione osservando che « *nihilominus et heredes factum possint adimplere* ». Per lui era una « *subtilis et supervacua scrupolositas* » l'affermare che il fatto può essere compiuto solo da colui che vi si è obbligato. Come si vede anticamente anche per l'obbligo di fare in generale prevaleva il criterio personale rigoroso. Ma per la *locatio operis* è assai interessante il seguente passo di Ulpiano (l. 7 *disputationum* — fr. 46, 3, 31).

Inter artifices longa differentia est ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fideiussor ipse aedificans vel fossam fodiens non consentiente stipulatore non liberabit reum.

Il giureconsulto fa la questione se il fideiussore di un *conductor operis* estingua l'obbligo di costui facendo l'*opus* in sua vece. Egli la risolve negativamente partendo da ciò che fra artefice e artefice è grande la diversità sia per l'ingegno, per l'indole, per la perizia, per la scuola, per l'indirizzo. Però può sembrare che il passo ammetta questo carattere personale solo quando le parti

hanno stabilito che l'opera debba compiersi col lavoro del debitore in persona. Ma appunto a me sembrano interpolate le parole *et hoc specialiter actum, ut suis operis id perficiat.* E ciò per riguardi di forma e di sostanza. Lo *specialiter agi* è ben noto come espressione assai caratteristica dei compilatori per far prevalere l'intenzione delle parti. D'altra parte l'avere Ulpiano fatto precedere la osservazione generale sulla importanza delle qualità personali fa aspettare come conclusione semplice e logica che senz'altro nella *locatio operis* non sia possibile sostituzione. Il passo così com'è invece dice che quella importanza vi è solo quando le parti l'abbiano specialmente voluta. La qual cosa s'intendeva senz'altro e non aveva bisogno di quella promessa. Se questo nostro avviso è fondato, ne deriva che Ulpiano considera in generale come personale, epperò nè sostituibile nè trasmessibile, l'obbligo del *conductor operis*, mentre nel diritto giustinianeo si richiede che le parti lo considerino come tale.

§ 487.

Il nostro codice civile stabilisce, che il contratto di locazione di un'opera si scioglie colla morte dell'artefice e dell'architetto ed imprenditore incaricato di essa (art. 1642 cod. abr.; art. 1674). Per un riguardo di equità però si obbliga il committente a pagare agli eredi dell'artefice e delle altre persone sovra indicate, l'importare dei lavori fatti e dei materiali preparati, allorchè tali lavori o materiali possono essergli utili. Così che secondo la nostra legge non si può più, come per il diritto giustinianeo, distinguere fra il caso in cui la considerazione della persona è stata decisiva per la conchiusione del contratto e quello in cui si mira solo al risultato dell'opera. Però malgrado ciò ritengo che le parti potrebbero escludere la risoluzione per la morte dell'assuntore. — Sebbene non lo dica la legge espressamente si capisce che colla morte dell'operaio, del servo e di colui che ha locato in genere la propria opera, vien meno il contratto relativo (cfr. art. 1127 cod. abr.).

Il nuovo codice civile germanico se ha naturalmente riconfermato l'intrasmessibilità del contratto di lavoro (§ 613), ha anche lasciato senza particolare disciplina la questione della trasmessibilità dell'obbligo derivante dalla *locatio operis*, così che in genere si ritiene che la morte dell'assuntore di regola non tolga l'obbligo

da lui assunto, salvo s'intende che la persona dell'assuntore non fosse stata considerata dalle parti come essenziale, poichè in tal caso vi sarebbe impossibilità d'esecuzione (1).

§ 488.

Si suole affermare che l'erede succede in tutti i rapporti giuridici sia dal lato attivo che dal passivo non solo quando questi rapporti sieno perfetti, ma anche quando alla loro esistenza manchi qualche elemento. In particolare si dice che l'erede subentra nel rapporto condizionale in cui si trovava l'ereditando. È utile fermarci in prima linea su questo caso particolare per determinare l'esattezza della proposizione generale.

Conviene innanzi tutto distinguere gli atti di ultima volontà dagli atti tra vivi. Colui che è chiamato sotto condizione ad un'eredità o ad un legato, se muoia prima dell'avveramento della condizione, nulla trasmette negli eredi suoi. Se, come più volte abbiamo ripetuto, non si trasmette l'eredità deferita ma non ancora accettata, a più forte ragione deve escludersi la trasmessione di un'eredità per cui manca la delazione. « *Nec potest intellegi datus ei qui tempore dandi in rerum natura non fuit* », osserva Celso (fr. 28, 5, 60 [59], 6 in f.) a proposito appunto di una quota ereditaria lasciata sotto condizione (2). Lo stesso si deve dire relativamente a' legati (cfr. fr. 36, 3, 1, 14 ; 36, 2, 5 pr. § 2). Il diritto si fissa in capo al legatario, ossia *dies cedit*, quando la condizione si sia avverata e solo da quel momento si ha la trasmessibilità negli eredi.

§ 489.

Riguardo agli atti fra vivi conviene ancora distinguere. Quelli che danno vita a diritti condizionali di obbligazione sono efficaci anche ne' rapporti fra gli eredi sia del creditore che del debitore e nel momento in cui si avvera la condizione il diritto di credito sorge sia a vantaggio degli eredi del primo che a carico di quelli del secondo.

---

(1) Cfr. MATTHIASS, *Trattato del dir. civile*, I, § 123, pag. 597. V. pure KIPP su WINDSCHEID (8ª ed.), II, § 402, pag. 715 ; CROME, *op. cit.*, pag. 363.

(2) Cfr, fr. 38, 16. 9.

I, 3, 15, 4.

ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem trasmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit.

I, 3, 19, 25.

cum quis sub aliqua condicione fuerit stipulatus, licet ante condicionem decesserit, postea existente condicione heres eius agere potest. idem est et a promissoris parte.

Iulianus l. 53 *digestorum* — fr. 45, 1, 57.

Si quis « si Titius consul factus erit, decem dari » spoponderit, quamvis pendente condicione promissor moriatur, relinquet heredem obligatum.

§ 490.

Riguardo invece agli atti che trasferiscono diritti reali, le nostre fonti si presentano piene di dubbi per le antinomie esistenti fra alcuni passi.

Ulpianus l. 31 *ad Sabinum* — fr. 23, 3, 9, 1.

Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipiant? et vereor, ne non possint in dominio eius effici cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum et cum sequitur condicio nuptiarum, iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est. sed benignius est favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit aut, si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso iure transferri, ne mulier maneat indotata.

Iulianus l. 60 *digestorum* — fr. 31, 5, 2. 5.

Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione, ea tamen condicione, ut tunc demum mea fieret, cum Seius consul factus esset: sive furente eo sive mortuo Seius consulatum adeptus fuerit, mea fiet.

Sono due celebri testi, che hanno esercitato la pazienza e l'ingegno de' commentatori, dando luogo a congetture svariatissime. Nel primo Ulpiano fa il caso di una tradizione di cose a titolo di dote, epperò di un trapasso condizionale di proprietà per il caso di celebrazione del matrimonio. Il tradente viene a morire prima

delle nozze, ossia prima dell'avveramento della condizione da cui dipendeva il passaggio della proprietà. Ulpiano trova difficoltà ad ammettere, che verificandosi la condizione passi senz'altro la proprietà, perchè colla morte del tradente vien meno la proprietà di costui e nel momento dell'avveramento è trapassata nell'erede, senza la volontà del quale il passaggio del dominio non può aver luogo. Se nel caso concreto questo passaggio si consente, gli è per uno speciale riguardo all'istituto della dote e come tutela dell'interesse della donna passata a matrimonio nella fiducia di poter contare su quella dote. Nel secondo passo per contro Giuliano, che pur è di molto anteriore a Ulpiano, decide in via di principio che nel caso di tradizione del dominio di denaro sotto condizione che Seio diventi console, la proprietà passa nel momento in cui la condizione si avvera, sebbene il tradente sia morto o diventato pazzo (1).

§ 491.

Ha avuto molto seguito l'opinione, già accolta anche nella Glossa, che Ulpiano in tanto neghi la trasmessione in quanto si tratta di un *datum ob causam*. Il tradente ha consegnato le cose per quel determinato scopo, ma ha il diritto di revocare il suo assenso finchè lo scopo non è stato raggiunto. Così che si esige il perdurare della volontà fino a questo momento. Ma la morte del tradente rende impossibile questa continuazione, onde la proprietà non passa. — Ma tale congettura pecca per più riguardi. Innanzi tutto lo *ius poenitendi* ne' contratti c. d. innominati è una mera creazione tribonianea e si limita a pochissimi casi ben determinati (2). Così che Ulpiano non può aver pensato ad una facoltà di revoca che ai suoi tempi non esisteva. In secondo luogo la costituzione di dote è una figura tutta speciale e ben definita, che non può essere confusa nello schema de' contratti innominati. Ed ancora appunto perciò, non è da dimenticare la regola propria della costituzione di dote che « *doti destinata non debebunt vindi-*

(1) La Vulgata e l'Haloandrina invece di *furente* hanno *vivente*. Il senso non cambia, perchè il giureconsulto verrebbe sempre a dire che la proprietà passa sia vivo o sia morto il tradente nel momento in cui si avvera la condizione.

(2) V. da ultimo Ferrini, *Manuale*, n. 541, pag. 676 e gli scrittori da lui citati nella nota 3.

cari » (fr. 23, 3, 7, 3), ossia, che ciò che si è dato ***dotis causa*** non può essere ripreso prima della celebrazione del matrimonio, se l'eventualità di essa non sia tolta colla revoca della promessa sponsalizia. Infine è da osservare che la possibilità di uno *ius poenitendi* in tema di contratto produttivo di obbligazioni non può essere decisiva in un campo del tutto diverso, nel campo della tradizione, per cui si trasferiscono diritti reali.

L'avviso del Wendt (1) è nello stesso ordine di idee in quanto appunto fa capo a ciò, che ogni qualvolta vi sia una *datio ob causam futuram*, si ha il diritto di ripetizione finchè la *causa* non si sia avverata. La quale proposizione però non è esatta se non in quanto la consegna non sia stata fatta nell'interesse del ricevente. Ad ogni modo con tale principio bisognerebbe ritenere che occorre una revoca positiva perchè cessino gli effetti della *datio*, mentre Ulpiano parla solo di morte o di pazzia del tradente come motivi che impediscono l'ulteriore efficacia della dazione.

§ 492.

Altra congettura assai diffusa è quella sostenuta dal Sell (2). A suo avviso colui che al futuro marito consegna le cose che debbono divenire dotali in caso di matrimonio, gli dà appunto mandato di costituirsi la dote per una tale eventualità, e poichè il mandante viene a morire prima che il mandato si eseguisca, il mandato stesso dovrebbe venire meno secondo le regole proprie di questo contratto. Il Sell scompone il negozio in questione in questi elementi. Trasferimento della cosa dal marito alla moglie perchè questa acquisti un diritto reale sulle cose ; riconsegna della moglie al marito perchè questi deve avere la proprietà durante il matrimonio ; riconsegna del marito al costituente perchè di nuovo alla sua volta costui riconsegni le cose al marito nel momento dell'avveramento della condizione. Tutto questo giro e rigiro architettato dal Sell non avverrebbe realmente, ma si fingerebbe supponendo una *traditio brevi manu* nel momento della celebrazione del matrimonio. Così che non si avrebbe qui una tradizione coll'intento di far passare la proprietà senz'altro al momento in

(1) *Die condictio ex poenitentia*, pag. 40 seg., 85 seg.

(2) *Traditioni conditionati (ueber bedingte Traditionen)*, 1849, pag. 124 seg.

cui si avvera la condizione, ma una tradizione coll'incarico di costituire la dote. Il caso quindi non sarebbe quello del fr. 2 § 5 di Giuliano, ma quello esposto da questo stesso giureconsulto nel successivo § 6, in cui si parla di cose consegnate a Tizio perchè le dia a Caio a titolo di donazione e si suppone che il donante sia morto prima dell'attuazione dell'incarico. Giuliano qui dice che non passa la proprietà del donatario: « *non fieri pecuniam dominii mei constat* ». — Ma anche questa opinione, pur spogliata dalle strane supposizioni del Sell, e tenuta ne' limiti in cui è professata da antichi scrittori, non può essere accolta, perchè Ulpiano non accenna menomamente al concetto del mandato, ma parla di tradizione la cui efficacia dipende da una condizione. Avverandosi questa, sorge la dote non già per opera del marito ed in esecuzione del mandato, ma per volontà diretta del costituente e per effetto della tradizione avvenuta. Tutto il ragionamento di Ulpiano sarebbe inutile se fosse questione di mandato e per giungere allo stesso scopo il giureconsulto avrebbe dovuto soltanto accennare a tale circostanza fondamentale.

§ 493.

Al mandato fa capo un'altra congettura messa innanzi dal Donello (1), riprodotta da molti scrittori e più recentemente difesa con molta energia dal Grueber (2). L'*aliquis*, al quale secondo Ulpiano si consegnano le cose per titolo di dote, non sarebbe già il futuro marito, ma un terzo al quale si farebbe la tradizione di puro fatto e non già a scopo di traslazione del dominio. Egli avrebbe l'incarico di effettuare la costituzione di dote a favore del matrimonio contratto fra certe persone. Naturalmente un tale mandato verrebbe meno senz'altro alla morte del mandante. Ma anche questa ingegnosa spiegazione non può essere accolta. A parte i riflessi fatti in genere contro l'ipotesi di un mandato a proposito dell'opinione precedente, il testo di Ulpiano resiste ad una tale interpretazione. Non vi è accenno a diversità di persone e dopo avere parlato di consegna di cose fatte *alicui* a titolo di dote, senza specificare, come sarebbe stato necessario, che erano

(1) *Comment. turis civilis*, XVI, 23, 10.

(2) *Saggio di una spiegazione della l. 9, § 1 de t. d.* (23, 3).

date per altri, Ulpiano afferma che non possano «*in dominio eius effici cui datae sunt*». Ora ciò importa che questo *is* sia la stessa persona nominata in principio, e a cui furono date le cose. È evidente come la congettura del Donello faccia mal governo del passo.

§ 494.

Il Cuiacio (1) distingue fra il caso in cui la condizione si avveri prima e quello in cui si avveri dopo che l'erede ha accettato l'eredità. Là vi sarebbe senz'altro il passaggio della proprietà perchè l'eredità giacente rappresenta la propria persona del defunto e quindi l'effetto si verificherebbe come se il tradente fosse ancor vivo. Nell'altro caso per contro occorrerebbe che al trapasso consentisse l'erede, che ormai è diventato proprietario della cosa. Fu risposto da più parti che una tale congettura è arbitraria perchè nulla vi è nei passi che vi accenni. E si è osservato ancora, che non vi può essere dubbio sul vincolo che la tradizione, anche condizionata, impone all'erede come rappresentante del testatore.

Non meno arbitraria è l'affermazione che nella l. 9 § 1 non vi sia altro se non una consegna di fatto al fidanzato colla semplice promessa di costituire in dote le cose consegnate (2). Il testo ulpianeo resiste a questa congettura perchè decisamente parla di una tradizione condizionale e qualifica come *condicio nuptiarum* la clausola determinante lo scopo della tradizione.

§ 495.

Per l'autorità del nome del suo autore è da menzionare qui la proposta del Savigny (3). Ad avviso del sommo romanista tutto si spiega facendo capo alla celebre *lex Cincia de donis et muneribus*. Allorquando si faceva una donazione sotto condizione le conseguenze dell'adempimento sarebbero state diverse secondo che l'oggetto era una *res mancipi* o una *res nec mancipi*. In quest'ultimo

(1) *In lib. LX dig. S. Iuliani ad l.* 2, § 3 *de don.* 39, 5 (ed. neap., VI, pag. 400 seg.). Cfr. pure V, pag. 1028.

(2) STREMPEL, *Iusta causa nella tradizione*, pag. 69 seg.

(3) *Sulla lex Cincia*, in *Riv. per la sc. stor. del dir.*, IV, pag. 56 seg. (*Scritti varii*, 1, pag. 375 seg.).

caso la donazione sarebbe stata senz'altro perfetta essendo divenuta certa la tradizione iniziale : nè altro avrebbe richiesto la *lex Cincia*. Il passo di Giuliano, siccome quello che contempla una donazione di denaro, si riferirebbe appunto a questa ipotesi. Per contro sarebbe stato impossibile parlare di perfezione di una donazione di *res mancipi* per avveramento di condizione, perchè *mancipatio* o *in iure cessio* sotto condizione non era permessa trattandosi di *actus legitimus*, e se fatta la donazione per via di tradizione, anche dopo verificatasi la condizione essa sarebbe rimasta invalida, come era invalida la donazione pura e semplice di tali cose per via di semplice tradizione. Onde tanto il donante, quanto i suoi eredi (dei quali sarebbe nel passo fatta menzione per semplice caso) avrebbero potuto ad arbitrio ritirare il consenso e rivendicare le cose donate, e la donazione si sarebbe resa efficace solo quando dopo avverata la condizione si fosse fatta la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Ulpiano vorrebbe appunto alludere all'ipotesi di donazione condizionale di *res mancipi* e avrebbe scritto : *Si res mancipi alicui tradidero* etc. Naturalmente i compilatori avrebbero tolto la menzione di tale qualità, che più non esisteva al loro tempo.

Le difficoltà, contro cui invano si dibatte questa congettura, sono molte e furono rilevate da più parti. Già il Savigny stesso cerca di evitare l'obbiezione, che dato il suo avviso si rende inutile ed inesp'icabile la menzione degli eredi, perchè la facoltà di revoca spetta anche al tradente. Ma la sua risposta, che la menzione degli eredi sia solo causale, non regge perchè Ulpiano parte proprio dalla circostanza della morte come decisiva e ragiona proprio riferendosi ad essa espressamente. D'altra parte fu giustamente osservato dal Pellat (1) che i §§ 294 e 312 dei *vaticana fragmenta*, non ancora scoperti dal Mai quando Savigny metteva innanzi la sua congettura, sono decisamente contrari a questa, in quanto stabiliscono che se il donante abbia perseverato nel suo proposito fino alla morte, l'*exceptio legis Cinciae*, che l'erede per avventura volesse opporre per l'imperfezione della donazione, resta paralizzata da una *replicatio doli*. Ma senza intrattenerci troppo sulle molte altre possibili osservazioni, ci basta notare come sia decisivo il riflesso che se vero fosse quanto afferma il Savigny la

(1) *Texles sur la dot.*, pag. 84 segg.

questione proposta da Ulpiano non sarebbe stata possibile, perchè non poteva sorgere dubbio di sorta che il dominio non passava per semplice tradizione di una *res mancipi*. E tutto ciò senza tener conto dell'altro punto assai discusso e discutibile se la costituzione di dote ricadesse sotto il dominio della *lex Cincia*. Onde è senz'altro da respingere l'avviso del Savigny.

§ 496.

Senza ulteriormente indugiarci nell'esame di altre opinioni, passiamo ad esporre le ragioni che antichi e moderni scrittori hanno addotto contro la genuinità dei due passi. Il primo a sospettare che il fr. 9 § 1 sia interpolato nella parte finale è stato il Fabro (1), che ha precorso ben spesso le congetture dei moderni nel campo delle manipolazioni tribonianee. Dopo di lui si mostrarono dello stesso avviso molti scrittori e attualmente questo si può dire prevalente (2). In verità, a parte gli indici formali di interpolazione, è evidente che Ulpiano non ha potuto scrivere la chiusa del passo. Il diritto classico non conosce affatto un obbligo a prestare il consenso e tanto meno seguito dal passaggio *ipso iure* in caso di resistenza o di impossibilità. In questo, come in altri casi, sono i compilatori che hanno introdotto questo strano accozzamento di una coazione a consentire che fa capo ad un trapasso *ope legis*. Così che resta stabilito che secondo Ulpiano il diritto di proprietà trasmesso sotto condizione non passava nel momento dell'avveramento quando il trasmettente a quell'epoca fosse morto. La specialità relativa alla dote è una delle solite concessioni fatte da Giustiniano in questo campo.

Da ciò però non resta cancellato il divario fra Giuliano ed Ulpiano, anzi lo si accentua vieppiù escludendo persino l'eccezione per la dote. Per porre d'accordo i due giuristi si è voluta trovare una interpolazione anche nel passo di Giuliano (3).

---

(1) *Coniect. iur. civ.*, VIII, 9; *de error. pragmaticor.*, dec. XLV, err. 3.

(2) Cfr. PELLAT., *op. cit.*, pag. 81 segg.; LENEL, *Paling.*, II, pag. 1135, n. 2757 (il quale per di più considera come glossema la proposizione da *quia post* fino a *pendel*); EISELE, *Riv. della fond. Savigny*, XIII, pag. 126 segg.; ENNECCERUS, *Negozio giuridico, condizione e termine iniziale* (*Rechtsgeschaeft, Bedingung und Anfangstermin*), pag. 469 segg.; FERRINI, *Manuale*, n. 147, pag. 193 segg., nota 2.

(3) V. FERRINI, *l. c.*; ENNECCERUS, *op. cit.*, pag. 841.

I compilatori avrebbero alterato la conclusione di Giuliano per affermare il principio generale del vincolo degli eredi per gli atti dell'autore, che alla morte di questo non fossero ancora perfetti. Tale congettura può dar luogo a serie obbiezioni. L'intervento tribonianeo non si appalesa dal lato formale, mancando i soliti indici d'interpolazione: onde il Ferrini confessa che qui l'interpolazione è meno perspicua. D'altra parte a rigore si potrebbe rilevare, che se proposito dei compilatori fosse stato di proclamare un principio completamente opposto a quello del diritto classico, non avrebbero lasciato l'affermazione generale di Ulpiano, facendovi eccezione per la sola dote, ma avrebbero fatto quanto si pretende si siano permessi nel passo di Giuliano, ossia avrebbero cancellato l'affermazione del principio, sostituendovi l'opposta. Può ritenersi non facile il supporre che mettendo mano ad una modificazione del passo, essi si sarebbero fermati ad una semplice eccezione ove il partito preso fosse stato quello accennato. Nè può far meraviglia che per contro abbiano lasciato intatto il passo di Giuliano, che nelle conclusioni pratiche era accettabile. Tuttavia non si può negare che nulla di decisivo vi è contro l'ipotesi di un'interpolazione. Certamente i due passi sono in disaccordo fra loro sulla questione di principio. Ma probabile è pure che il disaccordo non sia dovuto a inetta manipolazione giustinianea, sibbene a diversità di vedute fra Giuliano ed Ulpiano. Secondo noi ad ogni modo la tesi di Ulpiano è quella che più risponde alle antiche idee romane, sia perchè meglio s'intona co' principi formalistici dell'antico negozio giuridico il non vincolare gli eredi per un atto imperfetto, sia perchè sarebbe strano che col progresso del diritto si fosse resa possibile un'opinione che segnava una intrasmessibilità ereditaria in un campo dove la tendenza era sempre più favorevole a vincolare gli eredi.

§ 497.

Si deve qui tosto rilevare che secondo l'antico rigore non solo in questi negozi giuridici costitutivi di diritti reali non si trasmetteva il vincolo negli eredi del tradente, ma neppure il corrispondente lato attivo del rapporto passava negli eredi del ricevente. Così che se, ad esempio, si fosse fatta la tradizione di un fondo sottoponendo il passaggio della proprietà ad una condizione so-

spensiva e prima dell'avveramento di questa colui, a favore del quale il trasferimento della proprietà avrebbe dovuto aver luogo, fosse morto, la *spes iuris* fondata sulla tradizione condizionale non si sarebbe trasmessa negli eredi di lui.

A dir vero questa conclusione è, direttamente (1) o indirettamente (2), negata dalla generalità degli scrittori, ma essa mi pare dimostrata dalle argomentazioni che lo Enneccerus (3) trae da alcune norme riferite nelle fonti a proposito della *donatio mortis causa inter virum et uxorem*. Ecco in sostanza il ragionamento di questo scrittore.

§ 498.

È noto che la *donatio m. c.* può aver luogo in due guise ben distinte, secondo che la morte del donante funge da condizione sospensiva o da condizione risolutiva. O si stabilisce, infatti, che le cose donate non passino subito in proprietà del donatario, ma solo quando si verifichi il pericolo preveduto, cui soccomba il donante — « *ut, si mors contigisset*, tunc *haberet* » (fr. 39-6, 29) — o vero, che la proprietà passi subito, ma debba cessare se il donante sfugga a quel pericolo — « *sic dat ut* statim *faciat accipientis* » (fr. 2 eod. tit.). È del pari noto che la donazione fra marito e moglie è nulla, ma si convalida ove il donante venga a morire senz'averla revocata: creando così la stranissima figura della conferma di un negozio giuridico radicalmente nullo.

Or che avviene quando la *donatio m. c.* abbia luogo tra coniugi? Se la donazione è sotto condizione risolutiva, non avviene subito il passaggio della proprietà perchè vi osta il divieto: d'altra parte, mancata la condizione, ossia, avvenuta la morte del donante, la donazione è ratificata, ma non già con efficacia dal momento della morte sibbene riannodandosi al momento della conclusione, epperò con effetto retroattivo: « *reducitur ad id tempus donatio quo interposita fuisset* » (fr. 39. 6. 40). Si ha per tal modo

(1) V. da ultimo REGELSBERGER, *Pand.*

(2) Coll'affermare, cioè, in genere la trasmessibilità del diritto condizionale in tutti i negozi giuridici tra vivi, senza distinguere fra negozi costitutivi di diritti reali e negozi costitutivi di obbligazioni. Cfr. p. es. WINDSCHEID, I, § 89, nota 11; DERNBURG, I, § 111, nota 7.

(3) *Op. cit.*, § 61, pag. 455 segg.

un dominio pendente, che si considererà come se mai fosse esistito, se il donante sfuggirà al pericolo temuto, ed invece come passato fin dal momento della tradizione, se egli vi soccomberà. In questa ipotesi la morte convalida la donazione pienamente a stregua della volontà del donante, ossia, con retrotrazione degli effetti. Quando per contro la donazione si faccia sotto condizione sospensiva, l'effetto prende data dall'avveramento, nè si retrotrae: la proprietà passa in quel momento, perchè tale è il volere delle parti.

Ora, da queste premesse le fonti traggono importanti conseguenze nella applicazione ad alcune particolari configurazioni di fatto. Innanzi tutto se la tradizione fu fatta dal marito non già direttamente alla moglie ma, per incarico di costei, ad un figlio sottoposto alla podestà di lui, perchè al momento in cui il tradente venisse a morire si perfezionasse il passaggio della proprietà, la donazione è pienamente efficace. Ciò importa che nel passaggio del dominio non vi sia retrotrazione, perchè se l'effetto dovesse farsi risalire al momento in cui fu eseguita la consegna, la tradizione sarebbe nulla, in quanto non può avere giuridica sussistenza un passaggio attuale di dominio dal padre al figlio soggetto a podestà. Per contro, se l'effetto deve verificarsi solo all'avverarsi della condizione, poichè in tale momento il figlio, per la morte del padre, diventa *sui iuris*, il passaggio ha luogo senza difficoltà e così il figlio potrà trasferire la proprietà nella madre. Ecco appunto quanto afferma Ulpiano (l. 32 *ad Sabinum*) nel fr. 24. 1. 11. 2.

maritus uxori mortis causa donatum voluit: interposuit mulier filium familias, qui a marito acciperet eique traderet: deinde, cum moritur maritus, pater familias invenitur: an valeat traditio? et ait consequens esse dici traditionem valere, quia sui iuris effectus est eo tempore, ad quod traditio redigitur, id est, cum maritus moriebatur (1).

In questo come del resto in altri casi analoghi (2), perchè la tradizione sotto condizione sospensiva abbia efficacia occorre che il tradente, l'intermediario, abbia la proprietà nel momento in cui si avvera la condizione. Altrimenti non potrebbe trasferirla nel coniuge donatario.

---

(1) Il passo ha sofferto certamente alterazioni, come appare dalle parole iniziali, che noi non abbiamo riprodotto e dalle finali. Cfr. del resto Eisele, *Riv. per la fond. Sav.*, XI, pag. 10.

(2) Cfr. in proposito Enneccerus, *op. cit.*, pag. 460 segg.

§ 499.

Ma va ancor più oltre Ulpiano nel § 7 dello stesso fr. 11.

Idem Marcellus tractat, si is qui interpositus est, posteaquam dederit mulieri, decesserit vivo adhuc donatore, donationem evanescere, quia debeat aliquo momento interpositi (1) *fieri et sic ad mulierem transire.*

La donazione si effettua qui colla consegna della cosa fatta dal marito ad un terzo incaricato dalla moglie (2) colla condizione di trasferirne a questa il dominio, ove egli venisse a soccombere. L'incaricato alla sua volta consegna la cosa alla donataria e muore prima che siasi avverata la condizione, cioè, la morte del marito donante. All'avveramento di questa il terzo, che deve ricevere la proprietà per passarla alla moglie, non vive più. Se malgrado della sua morte la tradizione conservasse efficacia e la proprietà passasse nei suoi eredi, la donataria potrebbe certamente pretendere da costoro il dominio, perchè in genere gli eredi del mandatario sono tenuti verso il mandante a restituirgli tutto quanto hanno in forza del mandato. Colla morte finisce il mandato, non la responsabilità per l'esecuzione del mandato già fatta dal mandatario. Così che coll'ottenere dagli eredi la proprietà, la moglie donataria potrebbe veder eseguita e perfetta la donazione. In quella vece Ulpiano ci dice, che la morte della persona interposta fa venir meno la donazione, per la ragione che la proprietà deve avere risieduto almeno per un momento in quella persona. Ciò mostra che la donazione condizionale esige senz'altro la sopravvivenza del ricevente al momento dell'avverarsi della condizione e che la speranza, che ne deriva, non passa negli eredi del ricevente. Il che è tanto più sicuro in quanto nel caso in esame essendo l'incaricato un semplice stromento di trasmessione, si sarebbe aspettato che, più tosto che alla persona sua, si fosse posto mente a quella della donataria, che era la effettiva destinataria. Ma trionfò il rigore del principio ed essendo il negozio

(1) La Fior. ha *interposito*. La Vulg. e la Hal. hanno *interposito eius*. Noi abbiamo accolta la proposta di Sc. GENTILE. Cfr. SCHULTING-SMALLENBURG, *ad h. l.*

(2) Ciò risulta dal seguito del passo, in cui si fa il caso inverso, di consegna a un mandatario del marito. Vedansi in ENNECCERUS, *l. c.* le conseguenze diverse dei due casi.

scisso in due tradizioni, la seconda non fu tenuta efficace perchè non lo era neppur la prima, in cui il ricevente al momento del passaggio effettivo della proprietà era già morto. Del resto questa conclusione è in piena armonia colla massima, che, in generale, negli atti traslativi di diritti reali non ha luogo effetto retroattivo e che, trattandosi di acquisti fatti da figli di famiglia o da schiavi, la proprietà o il diritto reale sorge a favore della persona che ha in podestà lo schiavo al momento dell'avveramento della condizione, o del figlio o dello schiavo, se in quel momento sono liberati dalla podestà (1).

§ 500.

Serve a meglio lumeggiare il ragionamento dell'Enneccerus l'esame di un caso analogo a quello della tradizione sotto condizione sospensiva.

Paulus l. 1 *manualium* — fr. 8. 4. 18.

Receptum est, ut plures domini et non pariter cedentes servitutes imponant vel adquirant, ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmentur perindeque sit, atque si eodem tempore omnes cessissent. et ideo si is qui primus cessit vel defunctus sit vel alio genere vel alio modo (2) *partem suam alienaverit, post deinde socius cesserit, nihil agetur: cum enim postremus cedat, non retro adquiri servitus videtur, sed perinde habetur, atque si, cum postremus cedat, omnes cessissent: igitur rursus hic actus pendebit, donec novus socius cedat. idem iuris est et si uni ex dominis cedatur, deinde in persona socii aliquid horum acciderit.*

Senza fermarci su tutte le ardue questioni, che si riannodano a questo testo così spesso discusso, faremo solo quelle brevi osservazioni, che sono richieste dallo scopo che noi ci proponiamo. Si sa che la servitù prediale è un diritto essenzialmente indivisibile: onde è impossibile costituirla per parti a favore o a carico di un fondo ed è nullo l'atto costitutivo compiuto da un solo fra i più comproprietarii del fondo servente o del fondo dominante. A rigore, quindi, non potrebbe sortire alcun effetto il consenso

(1) Cfr. ENNECCERUS, pag. 467 segg., n. 2.

(2) Giustamente Sc. GENTILE cancella le parole *alio modo*, che sono un evidente glossema. Il MOMMSEN, per rimediare alla stranezza, vuole inserire dopo *genere* le parole *in bona eius successum sit*. Cfr. ENNECCERUS, *op. cit.*, pag. 241 segg., n. 2.

prestato separatamente e successivamente da tali persone o a favore di tali persone, perchè nel momento in cui il secondo presta il suo assenso o si presta l'assenso a favore del secondo, siccome l'assenso del primo, o a favore del primo, non ha giuridica esistenza, si ha una dichiarazione che avviene nelle identiche condizioni della prima e che perciò non può avere sorte diversa da quella che questa ha avuto. Per la validità dell'atto occorrerebbe il contemporaneo assenso di tutti, o rispettivamente, a favore di tutti: il che non è facile immaginare trattandosi di atti che si compiono separatamente. A questo rigore si derogò permettendo che la dichiarazione di ciascun condomino fosse tenuta in sospeso ed acquistasse efficacia solo per via della dichiarazione emessa dall'ultimo comproprietario del fondo dominante. Ma, si appunti bene, non è già che l'ultima dichiarazione si retrotragga supponendo avvenute tutte le dichiarazioni nel momento in cui fu emessa la prima, ma, all'incontro, l'ultima dichiarazione dà efficacia alle antecedenti dal momento in cui essa avviene, *ex tunc*, ed ha essa stessa efficacia in quanto si ritiene che le antecedenti perdurino e si prolunghino fino a quel momento. Non si suppone che l'assenso de' posteriori sia avvenuto contemporaneamente nel momento in cui fu emesso il primo, ma che gli anteriori avvengano contemporaneamente nel momento in cui si emette l'ultimo. «*Perinde habetur atque si, cum postremus cedat, omnes cessissent*». Così che in definitiva la efficacia delle singole dichiarazioni anteriori dipende dalla manifestazione dell'ultima come se ciascuna di esse fosse stata emessa sotto la condizione che questa avvenisse. Epperò sostanzialmente ognuna di esse è una dichiarazione condizionale rivolta alla costituzione di un diritto reale. Chi ha costituito la servitù per la sua parte non può, per il vincolo che lo lega, ritirare il suo assenso, e colui a favore del quale è stata per la sua parte costituita la servitù ha diritto di veder tenute ferme le singole dichiarazioni finchè l'ultima non si emetta (1).

Ma il testo ci avverte, che la morte di uno dei condomini del fondo servente, avvenuta dopo aver egli prestato l'assenso e mentre ancor pende la sorte di questo, fa cader tutto nel nulla,

(1) Il fr. 8, 3, 11 va più in là, ostacolando con una *exceptio doli* l'azione negatoria dei proprietari, che hanno emesso le precedenti dichiarazioni, finchè la pendenza non sia definita. Ma certamente l'affermazione che comincia con *benignius dicetur* è pretta fattura giustinianea.

appunto perchè non vi è retrotrazione ed il diritto sorge coll'ultima dichiarazione. Se si suppone che ogni singolo assenso si prolunghi fino a questa dichiarazione e quasi si ripeta contemporaneamente a questa, come può una tale finzione ammettersi di fronte a condomini morti? Ciò mostra ad un tempo che la dichiarazione emessa dal defunto non vincola il suo erede e che questi per tale riguardo non subentra nel posto del defunto. Lo stesso ragionamento conduce ad escludere che l'erede di colui, a cui favore fu fatta la dichiarazione costitutiva, possa avvalersene se il suo autore sia morto prima che il proprietario del fondo servente avesse emessa la dichiarazione di fronte a tutti i comproprietarii del fondo dominante. Come è intrasmessibile il vincolo, così lo è la correlativa *spes iuris*. Questo importante principio ammesso da prima riguardo alla costituzione di servitù per via di *in iure cessio* e trasferito poi ai modi costitutivi non solenni, è, a nostro avviso, una decisiva conferma di quanto lo Enneccerus assume relativamente a' negozi condizionali costitutivi di diritti reali.

§ 501.

Riassumiamo adunque lo stato delle cose per il diritto classico. Nel negozio giuridico tra vivi produttivo di obbligazioni passa negli eredi sia la *spes iuris* dal lato attivo che il vincolo dal lato passivo. In quelli produttivi di diritti reali non passa nè speranza, nè vincolo. Invece ne' negozi giuridici *mortis causa* occorre distinguere fra il lato passivo ed il lato attivo. L'erede subentra nel lato passivo del rapporto condizionale, non già nel lato attivo. Su quest'ultimo punto non può sorgere dubbio, come sopra vedemmo (1). Ma non è meno certo che il vincolo condizionale fondato sul testamento si trasmette negli eredi del gravato. Così che se, ad esempio, sia lasciato sotto condizione a Tizio il dominio di una cosa o il diritto ad una certa somma di denaro, e l'erede gravato venga a morire prima che la condizione si avveri, l'erede dell'erede è completamente sostituito a costui nel lato passivo del rapporto, a modo che, verificatasi la condizione, la proprietà passerà nel legatario e sorgerà a suo favore il credito di quella somma verso l'erede dell'erede. Nel caso di legato di

(1) Cfr. § 488.

proprietà la cosa non può soffrire dubbi, perchè è noto che il passaggio del dominio, secondo il concetto classico, ha luogo *recta via* dal testatore nel legatario e qualunque avvenimento colpisca frattanto l'erede non nuoce al legatario. Qui si può dire della cosa legata quel che le fonti dicono dello *statuliber*: « *condicio eius immutabilis est* » (fr. 40. 7. 9. 3). Ma è pur certo il vincolo dell'erede del gravato nel legato di obbligazione fatto sotto condizione. Basta far richiamo all'« *antiqua regula, quae voluit, heredem heredis testatoris esse heredem* » (c. 6. 24. 14).

§ 502.

Come renderci ragione di questo diverso trattamento del rapporto condizionale secondo la diversa natura del negozio giuridico su cui si fonda? Si è congetturato (1), che originariamente, prima dell'avveramento della condizione, non vi essendo negozio giuridico perfetto, non si sarebbe ammesso alcun effetto, epperò alla morte di colui che avrebbe dovuto acquistare un diritto sotto condizione, nulla si sarebbe trasmesso nell'erede, non vi essendo diritto da poter trasmettere. L'intrasmessibilità si sarebbe poscia limitata a' soli atti *mortis causa*, specialmente per il carattere essenzialmente personale inerente al beneficio da essi derivante. Quest'ultima considerazione poi per la dottrina prevalente serve senz'altro di base alla diversa disciplina della trasmessibilità negli atti a causa di morte, indipendentemente da ogni riguardo alla accennata congettura sull'identità iniziale di trattamento (2). Altri (3) muove da ciò, che mentre negli atti fra vivi coll'avverarsi della condizione è possibile la retrotrazione al giorno della conclusione del negozio, in quelli *mortis causa*, appunto perchè destinati ad avere effetto dopo la morte del disponente, la retrotrazione al momento della formazione dell'atto non è possibile, onde manca la possibilità di una identica disciplina delle due categorie. Si potrebbe bensì retroagire fino al momento della morte, ma per tal modo si farebbe capo ad una retrotrazione comple-

(1) V. da ultimo FERRINI, *Manuale*, pag. 192, cfr. 170 segg.

(2) In questo senso WINDSCHEID, I, § 89 (dopo la nota 7) e per più larghi cenni v. STROHAL, *Transmission « pendente condicione »* (Graz 1879), pag. 25 segg.

(3) Cfr. BRINZ, *Pand.*, 2ª ed., IV, § 544, pagg. 166 segg. V. pure DERNBURG, *Pand.*, 6ª ed., III, § 107, nota 6.

tamente diversa da quella propria degli atti fra vivi. Ed altri tentano ancora diverse vie per raggiungere una soddisfacente spiegazione dell'intrasmessibilità delle disposizioni condizionali *mortis causa* (1).

Una discussione su questo punto importerebbe un esame minuto di tutta la storia e di tutta la dottrina del negozio condizionale: il che sarebbe qui fuori proposito. Ci limiteremo a brevi considerazioni.

§ 503.

La tecnica rigorosa dell'antico diritto non ammetteva che la dichiarazione di volontà producesse effetto che non fosse immediato. Dichiarazione ed effetto dovevano essere simultanei. S'intende subito come questo principio dovesse porre ostacolo all'apposizione di condizioni, per cui l'effetto si sarebbe dovuto sospendere fino all'avveramento di un certo fatto. L'*actus legitimus*, il negozio giuridico dell'antico diritto, non tollerava infatti modalità: « *nec diem recipit, nec condicionem* », ed è radicalmente nullo, se gli si aggiungano modalità: « *in totum vitiatur* » (fr. 50. 16. 77). Ma è evidente che una tale esclusione mal si attaglia a più urgenti bisogni della vita, siccome quella che impedisce alla persona la possibilità di regolare attualmente i rapporti giuridici propri in previsione di eventi futuri. In particolare questo inconveniente si fa sentire nelle disposizioni di ultima volontà, perchè il testatore deve poter disciplinare la sorte del suo patrimonio tenendo conto delle eventualità prevedibili per un tempo in cui egli più non può disporre adattando i suoi voleri alle circostanze di fatto. Sopra tutto egli deve poter influire coll'aggiunta di condizioni sul comportamento delle persone che intende beneficare (2). Si vuole che il modello, su cui si vennero configurando man mano i negozi condizionali, fosse l'atto del diritto sacro (3). In particolare si accenna al *votum*, che appunto costituisce una dichiarazione unilaterale (*nuncupatio*) di effettuare una prestazione a

(1) Rinviamo allo STROHAL, *l. c.*, per una esauriente esposizione delle varie opinioni.

(2) Cfr. *La teoria del negozio giuridico*, lezioni raccolte dall'avv. L. Ferrara, pag. 269 segg.

(3) Cfr. KARLOWA, *St. del dir. rom.*, II, pag. 952.

favore di una divinità per l'ipotesi che questa conceda una determinata grazia al promettente (1). Tutto ciò può essere vero per gli atti fra vivi. Ma difficilmente si può consentire per le disposizioni *mortis causa*. A nostro avviso qui il bisogno pratico più sentito potè trovare più facile soddisfacimento per il carattere iniziale che aveva il testamento. Questo era una legge pubblica, votata da' comizi curiati (2), epperò non poteva essere soggetto a quelle limitazioni che ostavano alla condizionalità delle dichiarazioni private di volontà. Gli è ben vero, che i legati sorsero solo nel testamento *per mancipationem*, e che conseguentemente per essi mancherebbe quella ragione. Ma si ponga mente, che il testamento comiziale fu, con una delle solite trovate dell'antico formalismo, trasportato nel nuovo testamento per via della *nuncupatio* e che conseguentemente il carattere legislativo, quasi un residuo dell'antica idea, è rimasto anche al nuovo testamento e alle sue disposizioni tutte (3). Certamente la condizione ne' testamenti è antichissima e le XII tavole ne attestano l'esistenza a proposito della manomissione (Ulp. II, 4). Per gli atti fra vivi occorre distinguere quelli produttivi di obbligazioni da quelli che costituiscono diritti reali. Per i primi si ritenne che la condizione apposta funzionasse da elemento dichiarativo nel senso, che sino alla decisione di essa il diritto fosse in sospeso, così che per l'avveramento diventava certo che il diritto era sempre esistito e per la deficienza, che mai lo fosse stato. Tal che l'effetto non si scompagnava dalla dichiarazione, ma si riteneva ad essa contemporaneo. Per i secondi invece si ricorse al ripiego, che abbiamo sopra esposto. Il negozio si considerò come imperfetto fino all'avveramento della condizione, e la volontà estrinsecata si tenne per con-

(1) Cfr. PERNICE, *Diritto sacro*, I, pag. 1148 segg. (*Rendiconti dell'accademia di Berlino* 1885).

(2) Cfr. FADDA, *Sull'origine dei legati* negli *Studi per l'VIII centen. dell'Univ. di Bologna*, pag. 167. Contro FERRINI, *Bullett. dell'istituto di dir. rom.*, I, pag. 112 segg. Non credo che abbia ragione il BONFANTE (*Diritto romano*, pag. 466) quando qualifica per oziosa la questione se il popolo votasse o no nel *test. in calatis*. Non credo nemmeno che la questione, com'egli assume, sia insolubile. Il carattere legislativo del testamento s'intona assai bene nel concetto fondamentale del BONFANTE, che originariamente la successione ereditaria si riferisse alla sovranità sul gruppo familiare.

(3) Per tutte queste affermazioni v. il mio scritto *Sull'origine dei legati* or ora citato.

tinua fino a questo momento in cui essa otteneva piena efficacia. Così che invece di ritrarre l'effetto al momento della dichiarazione, si protrasse questa fino all'ottenimento dell'effetto.

§ 504.

Per la trasmessibilità del rapporto condizionale negli eredi queste considerazioni sono decisive. Negli atti fra vivi costitutivi di diritti reali, dovendo la volontà perdurare fino all'avveramento della condizione, questo momento era tenuto presente in prima linea. Come esso decideva dell'appartenenza del diritto nel caso di tradizione fatta a persona soggetta a podestà, così escludeva la possibilità che il diritto sorgesse quando una delle parti veniva a morire. La dichiarazione di volontà si richiedeva in quell'istante, e il morto non poteva considerarsi allora come volente. Non vi essendo fin allora rapporto giuridico, non puó nulla passare nè pro nè contro gli eredi.

Negli atti produttivi di obbligazione il supporre che questa sorgesse all'avverarsi della condizione avrebbe forse impedita la trasmissione negli eredi, per la regola antichissima, che l'obbligazione non può sorgere per la prima volta a favore od a carico dell'erede. «*Nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem*» (Gai III, 100). «*Generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse*» (id. III, 158). La quale regola Giustiniano tolse completamente (c. 4. 11. 1; c. 8. 37. 1). Ma anche quando si ritenga che questa norma impedisse solo che espressamente si addossasse l'obbligo o si attribuisse il diritto al solo erede, certamente il principio della simultaneità avrebbe impedito la separazione dell'effetto dalla dichiarazione, onde si ripiegò facendo considerare il rapporto come sospeso. In tal caso, una volta avverata la condizione, si veniva ad accertare che il diritto era sorto fin da principio, epperò si trasmetteva a pro degli eredi e contro di essi nell'ipotesi che una delle parti fosse venuta a morte nel tempo intermedio. Con la teoria della pendenza si spiega come le fonti insistano per far considerare qui come decisivo il momento della conclusione del contratto, così che il diritto viene anche attribuito a colui che in questo momento aveva la podestà sul figlio (o sullo schiavo) che concluse la convenzione, sebbene questi al momento dell'avveramento della condi-

zione fosse divenuto *sui iuris*. Vuol dire che il diritto era già acquisito, mentre diversamente si risponde pel negozio costitutivo di diritti reali, appunto perchè non vi è diritto quesito fino al momento dell'avveramento. E in tutti e due i casi si ha la corrispondenza fra la trasmessibilità o meno negli eredi e l'attribuzione del diritto all'avente podestà o a colui che vi era per l'innanzi soggetto.

E veniamo infine agli atti *mortis causa*. Non si potrebbe trovare espresso più energicamente nelle fonti il concetto che sino a quando la condizione non si è avverata non vi ha diritto alcuno a favore dell'onorato sotto condizione. Basti rammentare il fr. 44. 7. 42 pr. (Ulpianus l. 21 *ad edictum*).

Is, cui sub condicione legatum est, pendente condicione non est creditor, sed tunc, cum exstiterit condicio, quamvis eum, qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse.

Così come suona ora il passo (1) si ha un'antitesi recisa fra legato condizionale e credito condizionale per atto tra vivi. In questo si ha un creditore, in quello no, prima dell'avveramento della condizione. E in molte pratiche esplicazioni si afferma quest'antitesi. Così a proposito della manumissione in frode de' creditori (fr. 40. 9. 27 pr.), della collazione del figlio emancipato (fr. 37. 6. 2. 3), dell'acquisto all'avente podestà (fr. 36. 2. 14, 3). Una affermazione egualmente risoluta si ha quanto alla trasmessibilità del diritto negli eredi. Nei legati condizionali è negata, nè crediti condizionali tra vivi è affermata. Perchè dunque questo particolare trattamento delle disposizioni *mortis causa*?

(1) A che si riferisca il passo in concreto nell'opera d'Ulpiano è dubbio. Lo ENNECCERUS (*op. cit.*, pagg. 366-396) ritiene che vi si tratti del concorso dei creditori o dell'azione Pauliana per la revoca degli atti fatti in frode. Il LENEL (*Palingenesia*, II, pag. 511. nota 2. *Ed. perp.*, § 83-88, pag. 109 [ed. franc., I, pag. 225]) per contro è d'avviso che si tratti di un commento alla *lex Cornelia de fideiussoribus*, secondo cui (Gaio, III, 124) una stessa persona non può garantire uno stesso debitore di fronte ad uno stesso creditore « *in ampliorem summam* creditae *pecuniae quam in viginti milia* ». Ma Gaio esclude che si possa parlare di *credita pecunia*, e per quanto logicamente parmi, di *creditor*, riguardo alle obbligazioni condizionali: « *pecuniam autem creditam dicimus, non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tum cum contrahitur obligatio certum est debitum iri, id est* [*quae*] *sine ulla condicione deducitur in obligationem* ». Che Ulpiano facesse quell'affermazione così recisa proprio in occasione di una legge che, a quanto dice Gaio, stabiliva per questo riguardo il contrario?

§ 505.

Che nell'istituzione condizionale d'erede l'istituito non possa trasmettere negli eredi la sua aspettativa si capisce senz'altro, perchè non può trasmettere neppure il diritto di accettare in base ad un'istituzione pura e semplice. La facoltà di accettare è personale e vien meno colla persona. D'altra parte, come vedemmo, non è possibile accettare preventivamente, prima dell'avveramento della condizione.

Riguardo a' legati non è molto facile il trovare la ragione della intrasmessibilità. Contro la spiegazione fondata sul carattere eminentemente personale del diritto, fu osservato da più parti, che a questa stregua dovrebbe dichiararsi intrasmessibile negli eredi di un donatario sotto condizione la relativa speranza trattandosi sempre di liberalità, che mira a favorire quella determinata persona e non i suoi eredi; che anche nel legato a termine, se il legatario venga a morire prima della scadenza, non dovrebbe trasmettere il diritto ne' suoi eredi, mentre le fonti attestano recisamente il contrario. Ma le obbiezioni, sebbene gravi, non sono senza risposta. Nel legato a termine vi è un diritto già entrato nel patrimonio del legatario, il quale, così trasmettendolo al suo erede, non gli lascia una mera speranza, ma un elemento del proprio patrimonio. Sta bene che il legatario non goda qui ancora del diritto che dovrà avere in base al legato già acquistato, ma egli gode certamente del diritto al legato, diritto che è entrato già a formar parte del suo patrimonio, tanto che potrebbe anche cederlo, mentre non può cedere quello relativo al legato condizionale. Nella donazione condizionale si ha certamente considerazione per la persona del donatario, ma questi coll'accettare ha già posto in essere un fatto decisivo, che non può riscontrarsi nel legatario condizionale, il quale prima dell'avveramento della condizione non può accettare nè ripudiare (fr. 45 § 1 *de leg.* II [31]) (1). Del resto per me sovra tutto è decisiva la spiegazione storica. Il principio dell'intrasmessibilità si è formato in relazione all'istituzione dell'erede, dove senz'altro esso si spiega.

(1) Sulla circostanza che neppure riguardo al legato a termine è possibile ripudio o accettazione cfr. STROHAL, *op. cit.*, pag. 43 nota **,

A' legati fu applicato per quella estensione che di solito si è fatta ad essi delle norme relative all'istituzione. Estensione la quale qui tanto meno doveva dar luogo a dubbi in quanto forse avvenne in un tempo in cui non si era ancora formata la regola opposta per gli atti tra vivi producenti obbligazioni. Nè poco avrà contribuito la circostanza che normalmente la condizione in questi atti mira a determinare il comportamento dell'onorato, ossia, è potestativa per il legatario. Si capisce qui che morto il legatario non si possa più parlare di avveramento della condizione.

§ 506.

Le legislazioni positive moderne non sono concordi sulla soluzione della questione che noi abbiamo visto così risoluta dal diritto romano. Nel secolo XVIII la scuola del diritto naturale si mostrò contraria, o per lo meno esitante, di fronte alla tradizione romanistica. Il *codex Maximil. bavaricus* (lib. III c. 3 § 10 n. 14, c. 6 § 8) l'accoglie bensì, ma il suo autore nel darne ragione afferma, che il principio non è conforme al diritto naturale, ma è fondato « *in iure scripto tam communi quam Bavarico* » (1). Il diritto territoriale prussiano (I. 12 § 485) pone a paro gli atti fra vivi e quelli di ultima volontà, dichiarando trasmessibili i diritti condizionali fondati sovr'essi, quando per la particolare loro natura non sieno intrasmessibili (2). E ciò si deve ad un particolare suggerimento del Suarez decisamente contrario alla distinzione romana (3). Il codice per la Galizia occidentale, che rappresenta uno degli stadi preparatori dell'attuale codice civile generale austriaco (4), ammette la trasmessione quando si tratti di condizione, che può ancora verificarsi dopo la morte dell'onorato. Ma dopo varie curiose vicende il codice austriaco in definitiva rimase fedele alla tradizione romana (§ 703). La quale è tenuta ferma nel codice civile francese (art. 1040), nel sassone (§ 2009, 2144), nel progetto assiano (parte III art. 191), nel pro-

(1) Cfr. KREITMEYER cit. da STROHAL, *op. cit.*, pag. 21.

(2) DERNBURG, *Diritto privato prussiano*, 5ª ed., III, § 124, n. 4, pag. 377.

(3) Cfr. GRUCHOT, *Diritto ereditario prussiano*, II, pag. 123.

(4) Reso obbligatorio per la Galizia occidentale, da cui tolse il nome il 18 febbraio 1797, nell'orientale l'8 settembre dello stesso anno.

getto sulle successioni preparato dal Mommsen (Federico) (§ 9, 97. 109). Anche il cod. civ. del 1865 era in quest'ordine di idee (art. 853). Delle legislazioni più recenti, il codice civile spagnuolo va decisamente in senso contrario disponendo (art. 799), che la condizione sospensiva non impedisce all'erede o legatario di acquistare i rispettivi diritti e di trasmetterli negli eredi anche prima dell'avveramento di essa. Il nuovo codice civile germanico (§ 2074) si limita a porre come regola d'interpretazione, che nel dubbio l'onorato deve sopravvivere all'avveramento della condizione. Così che si ammetterà la trasmessione negli eredi dell'onorato quando tale sia la volontà del testatore. Nessun dubbio però, secondo me, che tale sia anche il portato del diritto romano. La sola questione possibile è se la volontà del disponente faccia passare lo stesso diritto nell'erede dell'onorato o non piuttosto siavi una nuova disposizione a favore dell'erede. E di fronte al diritto romano non esiterei a seguire questa seconda soluzione, la quale lascia intatto il principio dell'intrasmessibilità. Il progetto preliminare di codice civile svizzero pare anch'esso favorevole al concetto romano (1).

§ 507.

Sempre nell'ordine de' rapporti imperfetti merita speciale menzione il caso dei così detti contratti preliminari o *pacta de contrahendo*. Le parti si sono obbligate (tuttedue o una sola) a conchiudere un determinato contratto. Una di esse viene a morire prima della conclusione del contratto. L'obbligo di conclu-

(1) Mi limito a dire *pare*, perchè la cosa non è troppo chiara, e certamente il progetto deve essere riveduto con cura sotto questo punto di vista. Il § 511 applica il principio dell'intrasmessibilità al caso della sostituzione, in quanto dispone che se il sostituito non vive nel momento in cui si verifica la condizione della sostituzione l'eredità resta agli istituiti. Ma le disposizioni di carattere generale sono alquanto oscure, specialmente nel testo francese. Il § 554 dispone che l'eredità «s'ouvre *par la mort*» ed il § 559 dispone che «*les droits de l'héritier décédé* après l'ouverture *de la succession passent à ses propres héritiers*». Ma il testo tedesco nel § 554 parla di *eröffnen* (aprire), e nel § 559, di *Erbfall* (delazione). Così che secondo il francese si richiede solo la sopravvivenza al testatore. Secondo il tedesco la sopravvivenza alla delazione, epperò, in caso di disposizione condizionale, all'avveramento della condizione. D'altra parte nel § 577 *Erbfall* è inteso nel senso di *décès du disposant*. Per il diritto svizzero attuale v. HUBER, *Sistema*, II, pag. 372.

derlo e il diritto alla conclusione passano negli eredi? Il contratto preliminare non è meno obbligatorio di un altro contratto, epperò in generale non vi è nulla che possa ostare alla trasmessibilità sia dal lato attivo che dal lato passivo. Bisognerebbe sostenere che il contrattare è di regola personale: ciò che evidentemente, come massima generale, è erroneo. Vi sarà intrasmessibilità solo quando la natura del contratto da conchiudere sia tale da esigere la individualità della persona del contraente o de' contraenti. Solo in tal caso non si può domandare la conclusione dall'erede dell'obbligato, nè può chiederla l'erede di colui a cui favore fu fatta la promessa (1) (cfr. ora l'art. 1330).

§ 508.

Andando ancor più in là è da chiedere, se da una offerta o promessa non accettata sorga obbligo per gli eredi del promettente o diritto per gli eredi di colui a cui favore fu fatta la promessa. Che il diritto romano in tal caso rispondesse negativamente non è possibile porre in dubbio, sebbene non vi sieno testi che specificamente si occupino del caso in esame. A ragione lo Jhering (2) osserva che questa conseguenza discende ineluttabilmente dal fr. 8, 4, 18, da noi più sopra esaminato (3). Infatti se la *cessio in iure* in quel caso vien meno gli è appunto perchè per la morte di uno dei condomini non solo non vi è l contemporaneo assenso di tutti questi, ma anche viene a mancare il contemporaneo incontro dei consensi delle due parti. Nel diritto moderno non vi è concordia nella soluzione legislativa della questione. Il codice civile germanico (§ 130, 153) considera di regola come irrilevante la morte del promettente, mentre lascia che il giudice decida caso per caso sulla rilevanza della morte del destinatario (4). L'art. 36 dell'abr. codice di commercio non risolve la questione, ma in generale si suole rispondere che la morte

(1) Cfr. per maggiori ragguagli Coviello L., *Dei contratti preliminari* (Milano, 1896, estr. dall'*Enciclopedia giuridica*), pag. 224 segg., nn. 55, 56.

(2) *Ann. per la dogmatica*, IV, pag. 91 (*Articoli riuniti*, I, pag. 406 segg.).

(3) V. § 500.

(4) Cfr. Planck, *Comm.* sul §§ 130, 153 e in ispecie pag. 202, ove cita anche le decisioni della seconda Commissione in tal senso.

del proponente o dell'accettante pone tutto nel nulla (1). Dubito fortemente dell'esattezza di questa soluzione, che mi pare non sia troppo sicura in tesi astratta (2) e faccia troppo caso della lettera della legge, sforzando il significato di qualche parola (3) [cfr. ora art. 1326, 1329, 1330].

§ 509.

Più sopra (4) noi abbiamo visto come la *condicio usucapiendi* trapassi nell'erede, ma abbiamo fatto riserva di esaminare un punto fondamentale di questo trapasso, assai caratteristico per determinare la posizione giuridica dell'erede secondo il diritto romano ; quello per cui l'erede succede nella buona o nella mala fede del defunto. Riguardo alla usucapione non vi sono dubbi di sorta: se il defunto è in buona fede, l'erede continuerà e perfezionerà l'acquisto anche se egli sia in mala fede e, per contrario, se il defunto era in mala fede, l'erede non potrà usucapire anche se egli sia in buona fede.

Paulus l. 54 *ad edictum* — fr. 41. 2. 19.

Si defunctus bona fide emerit, usucapietur res, quamvis heres scit alienam esse.

Papinianus l. 22 *quaestionum* — fr. 41. 3. 43.

Heres eius, qui bona fide rem emit, usu non capiet sciens alienum, si modo ipsi possessio tradita sit: continuatio vero non impedietur heredis scientia.

1. 2. 6. 12 (5).

Diutina possessio, quae prodesse coeperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum:

---

(1) Cfr. VIVANTE, *Trattato*, III, n. 1026, pag. 41, nota 68 ; SCIALOJA, *Osservazioni sull'art. 36 c. di comm.*, pag. 5 (dell'estratto).

(2) Cfr. ARNDTS, *Scritti civili*, III, pag. 500 ; JHERING, *l. c.* ; UNGER, *Dir. ered.*, § 1, nota 1, pag. 7.

(3) Lo SCIALOJA, *l. c.* da ciò che la legge richiede che «l'accettazione giunga a notizia del proponente» deduce che essa «vuole espressamente che almeno il proponente sia in vita e capace di conoscere la risposta». A questa stregua là dove p. es. il codice parla di venditore, si dovrebbe ritenere necessaria l'esistenza di questo. Mi pare che con ciò non si tenga conto abbastanza dell'art. 1127 [cod. civ. abr.].

(4) V. § 449 segg.

(5) Secondo il FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* (2ª ed.), pagina 56 segg., il passo è tolto da Marciano.

quodsi ille initium iustum non habuit, heredi et bonorum possessori licet ignoranti possessio non prodest.

Siccome in generale la mala fede posteriore all'inizio non nuoce alla usucapione, sebbene si riferisca alla stessa persona che l'incominciò, era logico il conchiuderne che non deve egualmente nuocere quando cade nella persona del successore universale a favore del quale si ammise la continuazione dell'iniziato rapporto di usucapione. Non vi è un nuovo inizio, ma si protrae il rapporto già iniziato e l'erede vi entra nelle identiche condizioni in cui il rapporto stesso era presso l'autore. La buona fede iniziale ha dato origine ad una *condicio usucapiendi* e l'erede la continua così come avrebbe fatto il suo autore. Se si fosse trattato di un nuovo inizio di possesso da canto dell'erede, non si sarebbe avuta la continuazione, ma due diversi periodi possessorii, che avrebbero dovuto sommarsi così come si fa nell'*accessio temporis* pel successore a titolo particolare. Nel caso speciale contemplato da Papiniano, la compra fu bensì fatta dall'autore ma il possesso, in esecuzione del contratto, lo ebbe consegnato soltanto l'erede. Onde questi e non il defunto inizia l'usucapione epperò a lui e non al defunto si pone mente per determinare se esisteva la buona fede iniziale.

Che l'erede di buona fede non possa *continuare* la usucapione in caso di mancante buona fede nell'autore è di tutta evidenza, perchè non si può continuare ciò che non fu iniziato. Ma potrà iniziarne una egli stesso? Ciò sarà solo possibile quando abbia per sè un nuovo titolo. Ma per tale non può certo valere la successione ereditaria, ossia il titolo *pro herede*, perchè nella qualità ereditaria è appunto il vizio del titolo (1).

§ 510.

Dovrà dirsi che l'erede succede nella buona o nella mala fede anche per ciò che riguarda l'acquisto dei frutti? Premettiamo che per questo riguardo era disputato fra i giureconsulti, se in generale bastasse la buona fede iniziale o la buona fede dovesse

(1) V. però SCHRADER ad Inst. l. sub v. : *possessio non prodest.* Dei passi da lui citati il fr. 41, 5, 3 presuppone che non vi sia mala fede nell'autore e la c. 7, 29, 4 è contraria addirittura. Cfr. FERRINI, *Manuale*, pag. 428, nota 6.

determinarsi in relazione al singolo momento dell'acquisto. Ulpiano (fr. 41. 1. 23. 1 — l. 43. *ad Sabinum*) afferma «*magis est, ut singula momenta spectemus*» a proposito degli acquisti che altri fa per mezzo di uno schiavo altrui posseduto in buona fede o di un *liber homo bona fide serviens*. Paolo (fr. 48 § 1 eod. tit. — l. 7 *ad Plautium*) fa la questione proprio per l'acquisto dei frutti e sull'autorità di Pomponio risponde essere necessaria la buona fede nel momento dell'acquisto. In questo passo si dà anche la ragione della diversa soluzione prevalsa quanto all'usucapione. «*Hoc enim ad ius, id est capionem, illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat*». E a dimostrare, che non si può argomentare in generale dalla usucapione all'acquisto dei frutti si nota che talora non si può usucapire per vizio della cosa, mentre per la buona fede si possono acquistare i frutti di questa. All'incontro Giuliano (fr. 22. 1 25. 2 — l. 7 *digestorum*) si contenta della buona fede iniziale sia per l'acquisto dei frutti che per l'acquisto a mezzo di schiavi o di *liber homo bona fide serviens*. Il fatto che Paolo ed Ulpiano stanno decisamente per la prima opinione mostra come questa abbia finito per prevalere. In sostanza l'argomento a favore di essa sta in ciò, che nella *condicio usucapiendi* si tratta di un rapporto giuridico unico, che continua così come è iniziato, mentre l'acquisto dei frutti, o a mezzo di schiavi, avviene in base a singoli fatti, al possesso qual'è nel momento relativo, epperò si può parlare di acquisto in buona fede solo quando questa vi sia in quel determinato momento. E si ponga mente del resto che, sebbene anche qui con vivi dissensi, la *mala fides superveniens* fu tenuta in conto anche per altri riguardi. Così per la *publiciana*, in quanto quest'azione fu negata a colui che, pur avendo acquistato la cosa in buona fede, ebbe poscia notizia dell'acquisto (cfr. fr. 6. 2. 11. 3). Così ancora in tema di miglioramenti e di spese, perchè colui il quale ha in buona fede acquistato un certo tratto di terreno e, dopo essere venuto a cognizione del vizio del suo acquisto, vi edifica, non ha la *exceptio doli* contro la rivendica del vero proprietario; «*nec enim debuit iam alienam certus aedificium ponere*» (fr. 6. 1 37). E si tenga presente che questo ragionamento è di quello stesso Giuliano che disconosce la identica considerazione a proposito dell'acquisto de' frutti.

§ 511.

Ora è da chiedere se l'erede succeda nella buona o nella mala fede del suo autore per ciò che si riferisce all'acquisto dei frutti. La questione è trattata nel fr. 41. 1. 40 (Africanus l. 7 *quaestionum*).

Quaesitum est, si is, cui liber homo bona fide serviret, decesserit eique is heres extiterit, qui liberum eum esse sciat, an aliquid per eum adquirat. non esse ait, ut hic bona fide possessor videatur, quando sciens liberum possidere coeperit, quia et si fundum suum quis legaverit, heres, qui eum legatum esse sciat, procul dubio fructus ex eo suos non faciet: et multo magis si testator eum alienum bona fide emptum possedit. et circa servorum igitur operam ac ministerium eandem rationem sequendam, ut, sive proprii sive alieni vel legati vel manumissi testamento fuerint, nihil per eos heredibus, qui modo eorum id non ignorarent, adquiratur. etenim simul haec fere cedere, ut quo casu fructus praediorum consumptos suos faciat bona fide possessor, eodem per servum ex opera et ex re ipsius ei adquiratur (1).

La specie trattata è questa. Primus possiede in buona fede un uomo libero. Alla morte di Primus gli succede Secundus, il quale sa appunto che si tratta non di schiavo, ma di persona libera. Acquisterà l'erede per mezzo di questa persona? La risposta è decisamente negativa e se ne dà per motivo che Secundus non è *bonae fidei possessor*, perchè ha incominciato a possedere conoscendo la condizione libera della persona. A conforto si arreca il caso seguente. Primus lega il fondo Corneliano a Tertius. Secundus suo erede, sapendo che quel fondo è stato legato, ne percepisce i frutti. Egli non acquisterà i frutti del fondo, tanto più se il testatore era soltanto possessore di buona fede di questo, avendolo comprato da chi riteneva proprietario e non era tale. Qui evidentemente vi è un acquisto *ex novo* del possesso e nel momento dell'acquisto vi è mala fede. Secondo il testo si deve applicare lo stesso principio quando vi sieno nell'eredità schiavi proprii o altrui legati o manomessi, e l'erede sappia che appunto

(1) Le parole finali da *etenim* in poi non mi sembrano genuine. Data l'interpolazione si spiegano le difficoltà di cui parla Salkowski (v. nota seguente), pagina 156 segg.

per ciò egli non ha sopra di essi alcun diritto. Si conchiude con un parallelo fra l'acquisto de' frutti e quello per via di schiavi, dichiarando che in genere si debbono ritenere soggetti alle stesse regole.

È in generale riconosciuto che l'*ait*, come al solito nelle *Quaestiones* di Africano, si riferisce a Giuliano. La circostanza è assai importante perchè Giuliano è fautore dell'opinione che riguardo all'acquisto dei frutti si contenta della buona fede iniziale. Il che sta a dimostrare erroneo l'avviso di coloro che contrappongono questo passo di Africano al citato fr. 22. 1. 25. 2 di Giuliano. Se così è, appar chiaro come Giuliano anche qui abbia una speciale ragione per non far profittare l'erede della buona fede del defunto. E questa ragione è che non si tratta qui di *mala fides superveniens*, ma di mala fede iniziale. Il possesso di buona fede, per quanto è dell'acquisto de' frutti, si giudica dalla persona dell'erede, al contrario di quanto vedemmo per l'usucapione. Qui la buona fede del defunto copre la mala fede dell'erede, perchè il possesso di questo è l'identico di quello del suo autore, e come la sopravvenienza della mala fede non avrebbe nociuto a costui, così non nuoce all'erede di lui. Ma quanto all'acquisto de' frutti non vi è un possesso unico, continuato, che occorra per spiegare l'acquisto definitivo, ma l'erede ha un possesso nuovo, a sè, e per determinare se è di buona fede bisogna por mente al suo speciale *initium*. Ciò risulta evidente dalle parole del testo: «*quando sciens liberum possidere coeperit*» (1).

In conclusione non si può senz'altro dire che l'erede succede sempre nella buona o nella mala fede del defunto. Vi succede solo quando si tratti di un unico rapporto, che egli continua e che perciò deve prendere così com'è. Ma ove il rapporto cominci *ex novo* nella persona dell'erede, sebbene si riferisca al compendio ereditario, si pone mente all'erede e non al defunto. Così è del possesso di buona fede per l'acquisto dei frutti e per gli altri riguardi, eccetto l'usucapione. Il possesso, come vedemmo, sorge a nuovo nell'erede.

---

(1) Cfr. in proposito FADDA, *Lezioni sulla proprietà* (Genova 1884), n. 226, pagina 265 segg.; PERNICE, *Labeo*, II, 1, pag. 377 segg.; SALKOWSKI, *Sulla teoria dell'acquisto degli schiavi* (*Zur Lehre vom Sklavenerwerb*), Lipsia 1891, pag. 156 segg., 162 segg.

§ 512.

Si suole generalmente assumere che l'erede è tenuto a rispettare le dichiarazioni di volontà del defunto e che resta da esse vincolato come lo era il defunto stesso, anche quando tali dichiarazioni si riferiscono al patrimonio dell'erede (1).

Il caso tipico è quello dell'alienazione di cose dell'erede fatta dall'ereditando per atto fra vivi (2). Se altri vende cosa altrui e, dopo effettuata la tradizione, ne diventa proprietario, è naturale che non gli si possa equamente permettere di disconoscere la obbligazione assunta. Egli in verità non ha potuto trasmettere una proprietà che non aveva, epperò il compratore sarà soggetto alla rivendica da parte del proprietario; a rigore anche da parte del venditore dopo che questi è divenuto proprietario. Ma questo risultato iniquo non poteva essere tollerato (3). Si ponga mente a quel che accadeva anticamente quando un proprietario di cose *mancipi* le trasferiva per semplice tradizione ad altri. Egli restava *dominus ex iure quiritium*, epperò a rigore avrebbe potuto rivendicare la cosa da colui che l'aveva ricevuta. Ma il pretore non ammise questa conseguenza. Per esso il ricevente aveva la cosa *in bonis* e tale rapporto era pienamente efficace per la protezione accordata sia in via di azione che in via di eccezione. Il proprietario bonitario (chiamiamolo così per brevità) poteva perseguitare la cosa presso qualunque possessore colla *publiciana in rem actio* (4). E, ove il tradente agisse in rivendica contro di lui, aveva la *exceptio rei venditae et traditae*, configurata così per il caso originario e più comune di tradizione in seguito a vendita, ma

---

(1) Cfr. in proposito MÜHLENBRUCH, *Contin. del Glück*, XLIII, pag. 99, n. 4; WINDSCHEID, *Pand.*, III, § 605, nota 3; DERNBURG, *Pand.*, III, § 169, note 4-6; UNGER, *Diritto ereditario*, § 40, nota 11. Cfr. MOMMSEN (Fed.), *Prog. di legge sul dir. ered.*, § 246, pag. 297.

(2) La disposizione *mortis causa* su cose dell'erede vincola pure costui, ma rientra sotto altro punto di vista.

(3) Cfr. su quanto segue, in varlo senso, MILONE, *La exceptio doti* (Napoli 1882), pag. 121 seg., KRÜGER, *Contr.bull alla teoria della exceptio doli* (Halle 1892), § 10, pag. 64 seg,; BONFANTE, appendice alla trad. it. del GLÜCK, XXI, pag. 340 seg.; COSTA, *L'exceptio doli* (Bologna 1897), capo V, pag. 22 seg.

(4) Questa è secondo me la funzione originaria della *publiciana*. Ma la cosa è gravemente controversa e dubbiosa assai.

estesa poscia a tutte le *iustae causae*, anche a quelle che, come p. e. in genere la *donatio*, non implicavano una responsabilità del venditore per l'evizione. Ora questo rimedio fu dal caso di acquisto imperfetto *a domino* trasferito al caso di acquisto imperfetto per essere stato fatto *a non domino*, quando il venditore diventato *dominus* rivendicava la cosa dal compratore. Onde Ulpiano (fr. 21, 3, 1 pr. — l. 76 *ad edictum*) così riferisce:

Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas, hac exceptione recte (1) *repellendum.*

Il richiamo a Marcello, ed il *recte* mostrano che si tratta di un punto che non era sicuro. Se l'*ex r. v. et t.* fosse sorta nel campo dell'alienazione fatta *a non domino* tutto ciò non s'intenderebbe. Invece non vi ha più difficoltà quando si ammetta che Marcello trasferisce alla alienazione fatta *a non domino* quanto il pretore aveva stabilito per la alienazione *rerum mancipi* fatta *a domino*. E allora si comprende come per il diritto pretorio nell'uno e nell'altro caso si venga ad avere una alienazione valida. Così che per l'acquisto posteriore fatto dal venditore si viene a confermare l'atto inizialmente inefficace. Ma è tosto da notare, che oltre la *exc. r. v. et t.* al compratore sarebbe spettata anche la *exceptio doli* (quella che si suol chiamare *generalis*) in quanto il venditore «*improbe . . . rem a se distractam evincere conatur* (fr. 21, 2, 17) (1).

§ 513.

Ora, secondo le nostre fonti, nella stessa posizione del venditore divenuto proprietario si trova il vero proprietario dive-

(1) Il *recte* è sembrato sempre alquanto strano. Il MOMMSEN vorrebbe leggere *ab eo te*. HUSCHKE, *Sulla critica delle Pandette* (pag. 75), ritiene che si debba leggere *te* soltanto. Il *rec* iniziale sarebbe dovuto all'avere lo amanuense cominciato a scrivere prima *repellendum*, fermandosi alla prima sillaba e non cancellandola dopo essersi accorto dell'errore. La Haloandrina ha *hac te*. Il BRENCMANN, *Recte te*, ritenendo scomparso il *te* per la geminazione. E questa congettura è quella che meglio si presenta fondata.

(2) Sul rapporto fra l'*exc. r. v. et t.* e la *exc. doli* le opinioni sono assai divergenti. Per maggiori notizie rinvio gli scrittori indicati più sopra nella nota 3 della pag. precedente.

nuto erede del venditore. Ulpiano nel § 1 del cit. fr. 21, 3, 1 lo dice recisamente :

Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum.

Paragonando questo passo al principio del frammento, da noi sopra riferito, appar chiaro che Ulpiano non si appoggia più qui sull'autorità di Marcello, ma trae egli stesso la conseguenza dalla prima applicazione analogica fatta da Marcello. Ma da questa circostanza non crediamo sia lecito argomentare troppo frettolosamente nè che Marcello non avrebbe accordato alcun'eccezione, nè che, tutt'al più, avrebbe accordata la *exceptio doli* (*generalis*), ove si fossero riscontrati i requisiti. Non è fors'anco possibile che Marcello abbia solo contemplato il primo caso, tacendo affatto del secondo ? Certamente Ermogeniano (l. 6 *iuris epitomarum*) accorda senza esitare l'*exc. r. v. et t.* contro l'erede del venditore (come del resto contro qualunque successore anche a titolo particolare), epperò per l'epoca sua (1) si può considerare come decisamente ammessa l'opponibilità della *exc. r. v. et t.* contro il proprietario erede del venditore. Ma Paolo, contemporaneo di Ulpiano, non pare che risolvesse la questione nello stesso senso. Egli infatti (l. 7 *responsorum* — fr. 21, 2, 73), a proposito delle cose costituite in dote da una non proprietaria e rimaste definitivamente al marito alla morte della costituente, si domanda se la vera proprietaria diventata erede della costituente, possa far la questione di proprietà di fronte al marito — « *an iure controversiam facere possit* » — e risponde :

« *Iure quidem proprio, non hereditario Semproniam, quae Seiae de qua quaeritur heres extitit, controversiam fundorum facere posse, sed evictis praediis eandem Semproniam heredem Seiae conveniri posse : vel exceptione doli mali summoveri posse.*

Così che, secondo Paolo, Seia come proprietaria potrà rivendicare le cose date in dote dalla sua autrice, ma alla sua volta

(1) Non è facile determinare quest'epoca. Gli storici del diritto sono in proposito discordi. Il KARLOWA (*St. del d. r.*, I, § 91, pag. 753 seg.), seguito dal LENEL (*Pating.*, I, c. 265 nota 1), lo colloca nel 4° secolo e precisamente dopo il 331, perchè nel fr. 4, 4, 17 Ermogeniano parla del divieto di appellare dal *praefectus praetorio*, divieto introdotto solo da Costantino (c. Th. 11, 30, 16) in quell'anno. Contro v. KRÜGER, *St. delle fonti*, pag. 228, 282 (303, 377 dell'ed. franc.) e KIPP, *St. delle fonti*, pag. 91 n. 71 (pag. 79 dell'ed. ital.).

potrà essere convenuta dal marito per la sofferta evizione. Questo, secondo noi, è il genuino responso di Paolo. La parte finale, con cui si ammette che alla *vindicatio* di Seia possa il marito di Sempronia opporre l'*exceptio doli*, mi pare decisamente fattura tribonianea, come già fu da più parti rilevato. Il ragionamento di Paolo è così deciso nel senso della procedibilità colla rivendica, che l'aggiunta posteriore appare subito come una vera appiccicatura. Ciò tanto più è probabile, in quanto il giureconsulto afferma che *iure proprio* la lite è bene iniziata e subito pone il correttivo nella responsabilità per l'evizione, mentre l'opporre la eccezione costituisce un'alternativa non già con tutto questo sistema di pesi e contrappesi, ma con la posteriore azione per la evizione. Dal lato formale poi vi è il triplice *posse*, che già di per sè basterebbe a rendere sospetto il passo (1). Ora si ponga mente che il frammento di Paolo appartiene ad un'epoca che non va al di là dell'imperatore Alessandro Severo (2): che d'altra parte in un rescritto di Gordiano dell'anno 239 (c. 8, 44 [45] 14) si dichiara recisamente, che l'erede del venditore, sebbene sia proprietario, « *controversiam movere non potest* » ossia si adopera la stessa espressione usata da Paolo nel proporre e risolvere la questione, ma giungendo a soluzione opposta. Questa espressione, che altri ha chiamata « per lo meno singolare » (3), posta appunto in relazione col passo di Paolo, può avere una naturale spiegazione, e confermare il sospetto d'interpolazione in quel passo. Il non poter muovere controversia può bene intendersi nel senso che non la si possa muovere con efficacia. E qui non può intendersi diversamente, perchè, per quanto si faccia, nessuno potrà mai sostenere che l'erede non avesse a dirittura la rivendica. Se così è, anche in Paolo quella espressione avrà

(1) Sul *posse* in queste espressioni cfr. EISELE, *Contributi alla St. del d. r.*, pagina 243, n. 18. Il KRÜGER, *op. cit.*, pag. 66) non nasconde il dubbio sulla possibilità di un'interpolazione, ma cerca di spiegare l'attuale disarmonia del passo, supponendo che prima della proposizione finale sieno state saltate alcune parole, che potrebbero press'a poco essere: « *sed etiam exceptione in factum* ». Ma questo ripiego non rimedia troppo e d'altra parte si fonda sopra un preconcetto del KRÜGER sul rapporto fra l'*exc. doli* e quella *r. v. et t.*, di cui non possiamo qui occuparci.

(2) Cfr. FITTING, *Ueber das Alter der Schriften* etc., pag. 50; LENEL, *Paling.*, I. pag. 1223, nota 1.

(3) BONFANTE, pag. 347.

lo stesso significato, e così Paolo non farà già la questione se si possa o no proporre la rivendica, bensì se la si possa proporre con efficacia. E rispondendo affermativamente ne resta esclusa la possibilità di un'*exceptio doli*. Onde anche per questo verso rimane sospetta la espressione finale.

§ 514

Sono relative alla stessa ipotesi quattro costituzioni degli imperatori Diocleziano e Massimiano. In una del giugno 293 essi accordano contro l'erede la *exc. doli* per la sua quota ereditaria (c. 3, 32, 14); in una seconda dell'ottobre dello stesso anno (1) si accorda al compratore la scelta fra l'*exc. doli* e la rivalsa pei danni derivanti dall'evizione (c. 4, 51, 3). Le altre due sono meno interessanti perchè negano soltanto che la vendita di cosa del figlio effettuata dal padre possa nuocere al proprietario che non sia divenuto erede (c. 4, 51, 5 [a. 294] ; c. 8, 53 [5^{1}], 24 [a. 299]). L'unica illazione che se ne può trarre è, che se il figlio fosse divenuto erede del padre, le sue ragioni di proprietà sarebbero state paralizzate dalla vendita fatta da costui. Ma nulla è detto sulla natura dell'ostacolo opponentesi all'azione del figlio.

In definitiva possiamo dire, che Paolo lascia libero corso alla rivendica dell'erede del venditore, ma lo vincola per l'evizione, mentre gli altri giureconsulti e le decisioni imperiali ostacolano l'esplicazione della rivendica con una eccezione, che per Ulpiano ed Ermogeniano è l'*exc. r. v. et t.* e per gli altri è l'*exc. doli*. La prima, fondata sopra una convalescenza della alienazione fatta dal defunto, trovasi così a fianco dell'altra, che ha un semplice fondamento di equità ed esige il contegno disonesto dell'attore, il quale rivendica una cosa contro la volontà manifestata dal suo autore.

§ 515.

Anche più evidente è il disaccordo dei giuristi relativamente

(1) La diversità delle date e dei destinatari non permette di accogliere la congettura (v. KRÜGER, *op. cit.*, pag. 66), che le due leggi del Codice formassero parte di uno stesso rescritto o sieno relative alla stessa causa.

ad un altro caso di responsabilità dell'erede per la dichiarazione di volontà dell'autore.

Paulus l. 3 *quaestionum* — fr. 13, 7, 41.

Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti: datur utilis actio pigneraticia creditori. non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero: hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, nec utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.

Modestinus l. 7 *differentiarum* — fr. 20, 1, 22.

Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pigneraticia dabitur creditori.

Paolo comincia a studiare l'ipotesi della costituzione di pegno da parte di un non proprietario, il quale poscia diventa proprietario della cosa oppignorata. Vera convalescenza non ve n'ha, ma per ragioni di equità si dà al creditore un'azione pignoratizia utile. Il carattere di quest'azione è tratteggiato con tutta evidenza in una costituzione di Diocleziano (c. 8, 15 [16], 5).

Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile u itis persecutio exemplo pigneraticiae daretur.

Questo carattere eccezionale mostra come la stessa persona del costituente, che pure è personalmente vincolata in forza del contratto costitutivo, non lo è a rigore per ciò che si riferisce al diritto reale. Perchè questo sorga occorre che la cosa oppignorata sia *in bonis* del costituente nel momento della costituzione. Se così non è, il posteriore acquisto non giova, perchè, salva ogni responsabilità personale, il diritto reale sorge solo quando vi sia l'assenso del *dominus*, e questi nel momento dell'acquisto dovrebbe a rigore ripetere l'assenso. Ma siccome era iniquo che colui, il quale si era vincolato quando non era proprietario, potesse rifiutarsi dopo divenuto tale, così si ammise un'azione utile (1).

(1) È controverso se si richiedesse la buona fede nel creditore. Papiniano (fr.

Ma Paolo passa ad esaminare il caso in cui il proprietario succede al non proprietario che ha costituito il pegno. E in tale ipotesi egli nega l'azione, anche semplicemente utile, al creditore, osservando che altro è il vincolo personale che lega l'erede come debitore e altro è il rapporto reale: si può essere debitore e non essere tenuto per il pegno. Solo nel caso che l'erede abbia consentito, lo si può convenire coll'azione reale di pegno.

Modestino per contro nella stessa ipotesi accorda l'***actio utilis pigneraticia***, riconoscendo che non vi è vera convalescenza. Per lui le ragioni che fecero accordare una tale azione nel caso in cui il non proprietario diventasse proprietario, sono efficaci per l'altro in cui il proprietario eredita dal non proprietario.

Che la disparità d'opinione vi sia è innegabile. Gli scrittori si sono affaticati a farla scomparire, ma invano (1). È difficile trovare un altro caso in cui la smania delle così dette conciliazioni abbia fatto dire maggiori stranezze. Certamente dal punto di vista del diritto giustinianeo, come diritto pratico, bisogna decidersi per l'una o per l'altra soluzione. E in realtà gli scrittori ora tengono per l'una ora per l'altra. Ma è da riconoscere che prevale la soluzione affermativa accolta da Modestino (2), siccome quella che più risponde all'opinione accolta in tema di passaggio del dominio.

§ 516.

Assai importante per determinare la posizione dell'erede di fronte ai negozi giuridici del suo autore è la c. 8, 44 [45], 31 (Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Agatho — a. 294).

Heredem fideiussoris rerum, pro quibus defunctus apud emptorem intercesserat pro venditore, factum eius cui successit ex sua

---

20, 1, 1 pr.) l'esige; ma negli altri passi non vi è cenno di tale requisito. Cfr. WINDSCHEID, *Pand.*, § 230, nota 8.

(1) Un'esposizione critica dei vari tentativi può vedersi in DERNBURG, *Diritto di pegno*, I, pag. 269 seg., nota 18.

(2) Che il passo di Paolo possa essere interpolato è facile consentire (cfr. KRÜGER, *op. cit.*, pag. 69, nota 82). Ma non è possibile, a quanto parmi, determinare le ragioni dell'interpolazione, la quale del resto si riferirebbe solo alla seconda parte e ad ogni modo lascerebbe intatto il dissenso.

persona dominium vindicare non impedit, scilicet evictionis causa durante actione (1).

Il caso contemplato nel rescritto è quello di una persona, che è proprietaria di cose vendute da altri ed erede di colui che ha fatto fideiussione a favore del venditore non proprietario. Gli imperatori rispondono, che il proprietario può rivendicare le cose proprie, sebbene il suo autore abbia garantito per l'evizione di queste, ma sarà tenuto appunto come fideiussore per la evizione. Così com'è il testo ci dice adunque che il *dominus*, succeduto al fideiussore che ha garantito la vendita, dovrà sempre rispondere personalmente, perchè la cosa venduta vien tolta al venditore, ma potrà liberamente rivendicare la cosa dal compratore. Il testo non parla affatto di *exceptio doli*, come si potrebbe aspettare trattandosi di rivendica intentata da colui che è garante del pacifico possesso, nel convenuto, della cosa rivendicata e com'è accordata nella c. 11 eod. tit. dall'imperatore Alessandro (a. 231) contro il proprietario che abbia fatto garanzia per colui che ha venduto una cosa a lui appartenente e che la rivendica ora dal compratore.

Exceptione doli recte eum summovebis, quem ab auctore tuo fideiussorem accepisti, si eius nomine controversiam refert, quasi per uxorem suam, antequam tu emeres, comparaverit, qui vendenti adeo consensum dedit, ut se etiam pro evictione obligaverit.

È inutile qui accennare a tutte le maniere con cui si è tentato di porre d'accordo i due testi. Basti rammentare, che il Glück (2), seguendo alcuni antichi, sottintende la *exceptio doli* anche nella c. 31, che pure è così decisa nel senso che il fatto dell'autore non pone ostacolo — *impedit* — alla rivendica per parte dell'erede. Così che noi abbiamo un testo del 231, che ammette la *exceptio doli* a favore del compratore contro il fideiussore, ed uno assai posteriore, del 294, che nega tale eccezione contro l'erede del fideiussore.

---

(1) Ritengo che la proposizione finale sia aggiunta giustinianea, fatta per spiegare ciò che s'intendeva di per sè, che, cioè, il vincolo fidelussorio non veniva meno. Come indici formali accenno lo *scilicet* e l'ablativo assoluto.

(2) Ed. tedesca, XX, pag. 439 seg., ed. ital., XXI, pag. 336 seg.

§ 517.

Di fronte alle varie soluzioni delle questioni da noi ultimamente esaminate sorgono gravi dubbi sulla vera portata che, nei varî periodi della evoluzione storica, si attribuì al subingresso dell'erede nei rapporti giuridici del suo autore. Così il Krüger (1) ritiene, che solo gradatamente i Romani abbiano ammesso ed applicato la regola, che l'erede subentra per ogni riguardo nella posizione giuridica del defunto; che a' tempi di Diocleziano questa regola non avesse ancora un'applicazione generale, assoluta, incondizionata, in quanto, p. es., l'erede non era ostacolato dall'*exc. r. v. et. t.* opponibile al suo autore, nè l'erede del fideiussore dall'*exc. doli*, che avrebbe potuto fermare la rivendica del fideiussore stesso; che il dissenso fra Paolo e Modestino riguardo al pegno si fonderebbe appunto su ciò, che quest'ultimo elevava la regola indicata a principio incondizionato, mentre il primo la riconosceva solo in casi singoli. Il Bonfante (2) per contro assume che quella diversità di soluzioni accenni più tosto « ad una reazione al concetto di rappresentanza ereditaria o della *successio in ius*, che non ad un incompleto sviluppo di questo principio ». Egli spiega per tal modo anche le divergenze fra' giureconsulti sulla necessità della buona fede nel momento dell'acquisto de' frutti e scorge anche qui lo sforzo per non far ricadere sull'erede il danno della mala fede del defunto.

§ 518.

La soluzione della questione non è troppo semplice. Certamente quando i dubbi sorsero era da lunga pezza scomparsa l'antica figura della successione nella podestà famigliare. Ma la influenza di essa, come spesso abbiamo osservato, si fa sentire fino al diritto degli ultimi tempi, se bene sostanzialmente la successione si sia ridotta all'ambito del diritto patrimoniale. Che vi sia stata una reazione all'antico concetto, a stregua del

(1) *Op. cit.*, pagg. 67, 69. Cfr. anche LEONHARD, *Ann. per la dogm.*, XVII, pag. 192.

(2) *Op. cit.*, pag. 348.

quale l'erede avrebbe dovuto essere vincolato, è difficile a consentirsi, perchè anzi la maggiore responsabilità dell'erede — tolto il caso ultimo dell'erede del fideiussore — si trova sostenuta da' giureconsulti posteriori rispetto ad altri più antichi. E che la tendenza sia favorevole all'estensione dell'obbligo dell'erede di rispettare le dichiarazioni dell'autore appare anche più evidente da ciò, che la dottrina civilistica moderna è assai più decisa nel senso di tale estensione. Non può fare difficoltà l'obbiezione, che l'antico concetto della *successio in universum ius* dovrebbe essere favorevole senz'altro a far subentrare l'erede nell'identica posizione del defunto riguardo a' rapporti imperfetti. Non si dimentichi che la prima questione per gli antichi era sul vincolo stesso dell'autore. Così nelle dichiarazioni condizionali rivolte alla costituzione di diritti reali la revoca della volontà traslativa prima dell'avveramento rendeva impossibile il trapasso, salva la responsabilità in via obbligatoria. La volontà occorreva nel momento del passaggio effettivo, tanto che anche nelle dichiarazioni pure e semplici di trasferimento la revoca era efficace se avveniva prima dell'effettivo impossessamento per parte del destinatario (fr. 39, 5, 6). A più forte ragione si doveva considerare come venuto meno il vincolo in caso di morte. Non era vincolato l'autore, non lo era neppure l'erede (1). Mentre nelle dichiarazioni costitutive di obbligazioni restava vincolato l'erede perchè lo era l'ereditando. Così che a rigore qui la condizione dei due era identica. Il medesimo riflesso vale pel rispetto delle dichiarazioni relative a cose dell'erede. Anche qui a rigore non passa il diritto nemmeno quando il disponente diviene proprietario della cosa altrui e si rimedia solo per via delle eccezioni sopra ricordate. A più forte ragione doveva dubitarsi se ciò avvenisse di fronte all'erede proprietario. Nell'uno e nell'altro caso secondo le norme generali il negozio costitutivo di diritto reale era inefficace, mentre restava sempre la responsabilità per il mancato trasferimento. Si trovò iniquo che colui che, p. e., aveva venduto una cosa altrui disconoscesse il fatto suo dopo essere divenuto *dominus*. Che si abbia esitato a trattare egualmente il vero proprietario che diventa erede si ca-

(1) Non occorre rilevare che non ha valore in senso contrario quanto è deciso nel fr. 8, 4, 18 sull'irrevocabilità della dichiarazione per parte del condomino. È chiaro che l'eccezione di dolo è stata introdotta dai compilatori.

pisce facilmente. Ma l'avere trionfato la stessa conclusione dimostra che l'allargare la responsabilità dell'erede risponde a una tendenza della scienza progredita. Nè deve far meraviglia che ancora ai tempi di Diocleziano si resista a vincolare il proprietario che diventa erede del fideiussore, mentre già Alessandro faceva respingere il fideiussore stesso. Ciò infatti risponde a quell'esitanza, che si è or ora posta in chiaro per gli altri casi, nel trattare l'erede allo stesso modo dell'ereditando quando il vincolo a rigore non sussista.

§ 519.

Non parmi poi che quanto abbiamo visto sulla successione dell'erede nella buona o nella mala fede autorizzi a ritenere che anche in proposito vi sia stata una reazione contro l'antico concetto. Come abbiamo osservato, la *bonae fidei possessio* per riguardo all'usucapione una volta cominciata non ha più bisogno del requisito della buona fede, perchè è un rapporto che una volta sorto perdura malgrado dei successivi mutamenti nella persona dell'acquirente. Il possesso, che di solito non passa negli eredi, per quanto è dell'usucapione si trasferisce. E ciò avviene perchè non tanto passa il possesso quanto la proprietà che è in sul divenire: la *condicio usucapiendi*. Tant'è che la usucapione corre mentre l'eredità giace, quando non si può parlare di possesso. Se per l'acquisto dei frutti occorre la buona fede nei singoli momenti, secondo la opinione che divenne prevalente, con ciò non si volle reagire contro il concetto largo dell'eredità, perchè la disputa fu da prima fatta di fronte a colui che avendo acquistato in buona fede divenne poscia di mala fede. Per l'erede non pare si sia mai dubitato che in proposito dovesse essere giudicato secondo le qualità personali sue, in quanto il possesso sorgeva a nuovo in lui, non si continuava quello dello ereditando.

In conclusione noi possiamo confermare quanto abbiamo detto nel passato anno, che, cioè, la formola che meglio riassume la posizione dell'erede è quella secondo cui egli subentra nel posto del defunto in tutti i rapporti giuridici di questo, che non vengano a cessare per il loro carattere personale (1). Con le restri-

(1) Cfr. parte I, § 4.

zioni che siamo venuti esaminando nella nostra esposizione, si può dunque consentire nell'affermazione di coloro i quali vogliono, che nei riguardi patrimoniali non vi è diverso trattamento per la persona dell'erede e per quella dell'ereditando: che per la successione ereditaria non vi è nulla di mutato in quei rapporti, tranne la persona del soggetto avente diritto o vincolato (1).

§ 520.

Una conseguenza necessaria di ciò è che oramai l'erede è titolare e vincolato per tutti i rapporti del defunto come lo è pei propri. Al complesso di rapporti che egli aveva per lo innanzi si aggiungono tutti quelli derivatigli dal defunto e la sua sfera giuridica comprende in sè, indistinti, allo stesso modo gli antichi e i nuovi rapporti. Come abbiamo notato a suo tempo (2), l'erede non diventa titolare di tante personalità quanti sono coloro a cui immediatamente o mediatamente è succeduto, e non ha tanti patrimoni distinti per quante sono tali personalità, ma ha una sola persona e corrispondentemente una sola sfera giuridica e un solo patrimonio, nel quale si confondono e si fondono tutti i rapporti antichi e recenti. Gli è quel che comunemente si suol chiamare confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede. La conseguenza di questa confusione è l'estinzione di quei rapporti giuridici in cui l'erede in forza della successione si viene a trovare in qualità reciprocamente incompatibili a modo che quei rapporti non avrebbero potuto avere inizio se originariamente vi fosse stata la riunione di quelle qualità (3). Vengono meno per questa confusione i diritti reali speciali quando vengano a coincidere nella stessa persona la qualità di titolare di tali diritti e quella di proprietario della cosa su cui essi gravano; i diritti di obbligazione quando si riuniscano nella stessa persona le qualità di creditore e di debitore; il rapporto di fideiussione quando coincidano nella stessa persona le qualità di

(1) Cfr. WINDSCHEID, III, § 605, alla nota 4.

(2) V. parte I, § 10, pag. 18 seg.

(3) Per quanto segue può vedersi il recente lavoro del KRETSCHMAR (Paolo), *La teoria della confusione, contributo alla teoria dell'estinzione dei diritti* (*die Theorie der Confusion, ein Beitrag zur Lehre von der Aufhebung der Rechte*), Lipsia 1899.

debitore principale e di fideiussore. Il concetto fondamentale, cui si inspirano queste conclusioni, è espresso nella regola dell'antico diritto, che così frequentemente troviamo indicata nelle nostre fonti, della estinzione del rapporto per la sopravvegnenza di circostanze che ne avrebbero senz'altro reso impossibile la nascita. « *Placet extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest* » (fr. 45, 1, 140, 2).

§ 521.

L'origine della regola, la sua vera portata, il campo della sua applicazione pratica dànno luogo a molti e gravi dubbi e la giurisprudenza classica si mostra incerta assai in proposito (1). Ma che sovr'essa si fondi tutta la disciplina della *confusio* nelle sue diverse esplicazioni mi pare risulti evidente dalle fonti. Infatti i Sabiniani, per dimostrare che l'obbligazione derivante dal delitto di uno schiavo si estingue definitivamente quando il danneggiato diventi proprietario dello schiavo stesso nè risorge perchè cessi ancora di essere tale, si riferivano alla massima in questione: « *quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuerit* » (Gaio IV, 78). Ulpiano (l. 12 *ad edictum* - fr. 5, l. 11), per giustificare la cessazione del giudizio quando una delle parti acquisti la patria podestà sull'altra per via di *abrogatio*, osserva: « *quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere* ».

§ 522.

Non mi pare che contro questa spiegazione della *confusio* in generale si possa obbiettare, che a proposito della speciale figura della confusione estintiva delle obbligazioni alcuni passi delle

(1) Fra le due scuole si disputava sull'applicabilità della regola all'*a. noxalis* (Gaio, IV, 78). Marcello ne parla come di una norma accettata solo da una parte dei giuristi: « *maxime secundum illorum opinionem* etc. » (fr. 45, 1, 98 pr.). E Paolo, che pure è propenso ad applicare la regola anche ai casi che altri le vogliono sottrarre (cfr. fr. 82 pr. *de leg.*, II [31] in relaz. ad Ist. 2, 20, 14 e in proposito SCHRADER *ad. h. l.*) riconosce che « *non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt* » (fr. 50, 17, 85, 1).

fonti ricorrano ad un'altra spiegazione, ad una specie di pagamento che il creditore verrebbe a fare a sè stesso. « *Confusione perinde exstinguitur obligatio ac solutione* » (fr. 34, 3, 21, 1). « *Pro solutione cedit* » (fr. 46, 3, 95, 2). Per più riguardi si può giungere a porre da banda questo concetto che, se fosse esatto, verrebbe naturalmente a scindere la figura della confusione in istituti per sè stanti, mentre non ci pare contestabile l'unicità del concetto. Così la terminologia è perfettamente identica per le diverse forme di confusione. Come si dice « *servitutes confunduntur* » (fr. 8, 6, 1), così si dice « *confunditur obligatio* » (fr. 46, 3, 93, 2) e « *obligationes quas adeundo confudit* » (fr. 49, 14, 29, 1). È possibile ammettere questa identità di terminologia per figure diverse, fondate sopra concetti disparati? Se la spiegazione a mezzo del pagamento si attaglia, almeno per certi riguardi, all'estinzione per coincidenza delle qualità di creditore e di debitore nella stessa persona, è a dirittura fuori proposito per l'estinzione della servitù come per quella della fideiussione. Così che si chiamerebbero collo stesso nome istituti essenzialmente differenti. Non è difficile del resto rendersi ragione di questa spiegazione particolare per via del pagamento. Si tratta di rilevare la circostanza che il creditore, sebbene il rapporto obbligatorio cada, non viene a perdere ciò che gli era dovuto, ma lo conserva appunto per la coincidenza della duplice qualità. Di questo risultato economico occorre tener conto per certi effetti pratici (1). Tanto poco le fonti considerano in genere la confusione come una specie di pagamento che ripetutamente pongono fra di loro in antitesi le due figure. Così Papiniano nel fr. 46, 1, 50 scrive : « *obligatio ratione confusionis intercidit aut* (*quod est verius*) *solutionis potestate* ». Qui evidentemente la *solutio* non serve a spiegare la *confusio*, ma è addotta come ragione fondamentale di fronte a questa che a prima vista pare decisiva. Anche più decisivo è il fr. 46, 3, 107 (Pomponius l. 2 *enchiridii*).

Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter : naturaliter veluti solutione aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit : civiliter veluti acceptilatione vel cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit.

(1) Cfr. in particolare fr. 21, 2, 41, 2.

Pomponio distingue fra modi naturali e modi civili di estinzione di un'obbligazione fondata sopra contratto verbale. Egli pone nel novero de' modi naturali il pagamento e il perimento della cosa dovuta avvenuto senza colpa del debitore, nel novero dei modi civili la *acceptilatio*, ossia la dichiarazione verbale solenne di avere ricevuto il pagamento di quanto è dovuto, e la confusione, ossia, la riunione nella stessa persona delle due posizioni giuridiche di creditore e di debitore, di stipulante e di promettente. La esemplificazione di Pomponio è sempre riescita poco spiegabile agli studiosi delle fonti. Il rimedio più eroico, a cui si sia fatto ricorso, è quello di rifare il passo di Pomponio, ponendo la *confusio* in luogo della *solutio* e viceversa (1). Altri chiama altamente impugnabile il raggruppamento fatto nel testo e suppone che il giureconsulto parli della *confusio* come *imaginaria solutio* (2). Queste immaginarie e fantastiche soluzioni non meritano confutazione. Il testo così com'è s'intende a meraviglia. Il pagamento non è un modo civile di estinzione dell'obbligo verbale appunto perchè il principio della corrispondenza della forma di estinzione con quella di costituzione vuol qui, secondo il rigore civile, un'*acceptilatio*. Chi esamini spassionatamente il fr. 46, 3, 80, in cui Pomponio, sulle tracce di Q. Mucio Scevola, espone quella legge della corrispondenza nella forma, deve trovare veramente strano che, dopo avere come conseguenza indicato che la *obligatio re* si estingue *re*, si dica che la *obligatio verbis* si deve estinguere «*vel re vel verbis... verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit*» Questa incongruenza fu avvertita, e non poteva non esserlo, da molti scrittori. Il Fitting (3) attribuisce a Pomponio l'aggiunta delle parole *vel re*, e ritiene che questa aggiunta sia stata fatta per far ragione alla nuova condizione del diritto, che ammetteva la *solutio* come modo di estinzione *ipso iure* anche delle obbligazioni verbali. Presso di

(1) Vedasi Friedmann, *Gli effetti della confusione secondo il diritto romano* (*die Wirkungen der c. nach r. R.*), dissertaz. inaugurale di Greifswald, Berlino, 1884, pag. 38, nota 2.

(2) V. Sachs, *Gli effetti della confusione secondo il d. r. e quello del cod. civ* (*die Wirkungen der Konfusion nach R. R. und dem R. des BGB.*), Berlino, 1898, pag. 36, nota 2.

(3) *La natura delle obbligazioni correali* (*die Natur der Correalobligationen*), Erlangen 1859, pag. 45, nota 50.

noi sono andati più oltre il Perozzi ed il Di Marzo (1), i quali attribuiscono ai compilatori giustinianei questa ed altre incongruenze del testo attuale. E mi pare che essi abbiano pienamente ragione. Ove le parole *vel re* si cancellino, il testo di Pomponio si accorda mirabilmente col cfr. 107 pure di Pomponio e si spiega perchè questi qualifichi la *solutio* come modo naturale di estinguere la *obligatio verbis*. La *confusio* è qualificata modo civile appunto perchè si fonda sulla regola del diritto civile della nullità sopravvegnente per la coincidenza nella stessa persona di qualità incompatibili fra loro. Come si vede, non solo la *solutio* non può formare il sustratto della *confusio*, ma è con questa nella più recisa antitesi.

§ 523.

Ad escludere, del resto, il pagamento come base giuridica della *confusio* giova pure il seguente riflesso. Se di più debitori correali uno venga a morire e ne sia erede il creditore, la obbligazione non si estingue completamente, ma è liberato solo quel debitore di cui è divenuto erede il creditore. Ciò mal si attaglia colla opinione che noi combattiamo, perchè, a stregua di questa, dovendosi supporre un pagamento dell'erede a se stesso, si dovrebbe giungere alla conclusione, che il pagamento estingue, come sempre, l'obbligazione correale nel suo complesso, quindi di fronte a tutti i coobbligati. Dunque non si può dire che i giureconsulti abbiano considerato la *confusio* come *solutio*. « *Sed cum duo rei promittendi sint et alteri heres exstitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta confusa obligatione. et puto aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam... igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari*» (fr. 46, 1, 71, pr.).

Tutto quel che si può consentire in vista di questo passo e di altri di carattere analogo è che di fronte all'antica massima, la quale per incompatibilità di qualità faceva cadere il rapporto, e che, come vedemmo, era oggetto di dispute fra i giuristi, si

(1) Perozzi, *Il contratto consensuale classico* (negli *Studi giuridici* per il giubileo del prof. Schupfer, Diritto romano), pag. 181 segg.; Di Marzo, *Saggi critici sui libri di Pomponio « ad Quintum Mucium »* (Palermo 1899) pag. 39 seg.

sia venuta nel diritto classico affermando un'opinione, che, ricusandone l'applicazione nel campo delle obbligazioni, faceva capo per spiegare l'estinzione al concetto della *solutio*, tenendo conto di ciò che il creditore, il quale succedeva al debitore, non era privato del suo, ma lo riceveva come crede, considerando così l'eredità come diminuita dell'ammontare di quel credito, e di ciò che il debitore, il quale succedeva al creditore, per la stessa ragione percepiva una *maior hereditas*. Ma è un riflesso questo che, come poco fa abbiamo detto, si imponeva per riguardi pratici speciali, tant'è che lo stesso Paolo, che fa un tale ragionamento (fr. 21, 2, 41, 2), nel fr. 71 ora citato esclude il concetto della *solutio*.

§ 524.

Che la *confusio* si fondi sull'antica regola sopra enunciata, e quindi in tutte le sue manifestazioni non sia se non l'applicazione del concetto che un rapporto giuridico vien meno quando le persone che vi partecipano vengono a riunire in sè qualità incompatibili che ne avrebbero impedito il sorgere, è dimostrato anche dal modo con cui le fonti ne' singoli casi giustificano la estinzione. Nel fr. 50, 17, 45 Ulpiano dice : « *neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest* ». Il *consistere* accenna appunto all'incompatibilità della qualità di proprietario con quella di creditore pignoratizio, di depositario, di precarista, di compratore, di conduttore, incompatibilità che impedisce il sorgere del rapporto, epperò anche la continuazione di esso. Africano nel fr. 46, 1, 21, 2 afferma : « *non enim intellegi posse, ut quis pro se fideiubendo obligetur* ». Anche qui è posta in rilievo l'incompatibilità delle due posizioni giuridiche di fideiussore e di debitore principale, e dall'incompatibilità iniziale si argomenta quella sopravvegnente.

§ 525.

Poichè la successione ereditaria viene a confondere i due patrimoni e tutti i rapporti contenuti in questi ricadono in una sola persona, è ben naturale che vengano meno tutti quelli fra

essi, che fin da principio non sarebbero potuti sorgere se vi fosse stata la confusione di quelle due qualità, e d'altra parte che l'estinzione non si verifichi al di là de' limiti di quella incompatibilità. Nella pratica applicazione le fonti ci danno esempi assai importanti, da' quali appare lo sforzo per salvare talora, in base a ragioni di equità, rapporti condannati a perire dal principio formale della confusione. Fermiamoci sul fr. 46, 1, 5 (Ulpianus l. 46 *ad Sabinum*).

Generaliter Julianus ait eum, qui heres exstitit ei, pro quo intervenerat, liberari ex causa accessionis et solummodo quasi heredem rei teneri. denique scripsit, si fideiussor heres exstiterit ei, pro quo fideiussit, quasi reum esse obligatum, ex causa fideiussionis liberari: reum vero reo succedentem ex duabus causis esse obligatum. nec enim potest repperiri, quae obligatio quam peremat: at in fideiussore et reo repperitur, quia rei obligatio plenior est. nam ubi aliqua differentia est obligationum, potest constitui alteram per alteram peremi: cum vero duae eiusdem sint potestatis, non potest repperiri, cur altera potius quam altera consumeretur. refert autem haec ad speciem, in qua vult ostendere non esse novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant. est autem species talis. si reus promittendi reo promittendi heres extiterit duas obligationes sustinet: item si reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit. plane si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur (1).

Il passo pone a raffronto il caso di coincidenza di due qualità dispari con quello di coincidenza di due qualità pari. Poste insieme le qualità di debitore principale e di fideiussore, questa cede a quella. «*Rei obligatio plenior est.*» Lo stesso concetto esprime Papiniano (fr. 46, 1, 50) quando dice: «*quoniam maior tollit minorem*». E la *obligatio* è *maior*, è *plenior* appunto perchè è principale, mentre la fideiussoria «*sequellae locum optinet*» (fr. 46, 3, 93, 2). Ma se le due obbligazioni sieno di eguale forza, se fra di esse non vi sia differenza, è ben chiaro che una non può consumare l'altra. Onde se in una obbligazione correale o un creditore succede all'altro, o un debitore all'altro, l'erede può benissimo concentrare in sè i due crediti o i due debiti. «*Quoties duae*

(1) Cfr. pure fr. 46, 3, 93 pr., § 1.

sint principales altera alteri potius adicitur ad actionem, quam confusionem parere». (fr. 46, 3, 93, 2 cit.). (1). La ragione della confusione là e della coesistenza qui è adunque nella maggiore, o rispettivamente eguale, efficacia delle obbligazioni. Conseguentemente se la obbligazione fideiussoria abbia eccezionalmente una maggiore efficacia giuridica prevarrà la soluzione opposta e la obbligazione principale non farà venir meno l'accessoria. Onde lo stesso Papininiano (fr. 46, 3, 95 § 3) ci avverte che «*quod volgo iactatur, fideiussorem qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur*». Il caso che le fonti ci danno al riguardo è quello di un'obbligazione principale semplicemente naturale. Qui l'azione civile fondata sulla fideiussione è più efficace: l'obbligo naturale resta, ma la garanzia conserva il suo valore (fr. 46, 1, 21, 2).

§ 526.

La confusione avvenuta estingue definitivamente i rapporti, cui si riferiscono le qualità incompatibili. Ma può avvenire che le due qualità vengano nuovamente a scindersi. Sarà possibile la cessazione della confusione ed il ripristinamento de' rapporti estinti? Ciò può aver luogo in duplice guisa. La prima ha carattere generale e non offre difficoltà. Tutte le volte che si venga a dimostrare che la vocazione dell'erede è radicalmente nulla, e nullo quindi anche il relativo acquisto dell'eredità, si rimettono in vigore rapporti come se chiamata ed acquisto non vi fossero mai stati. E la cosa è troppo evidente. Dimostrata la nullità è pur posto in sodo che le due qualità non si sono mai riunite e che perciò confusione non ve ne fu mai. Non si ha qui in verità un ripristinamento degli antichi rapporti, ma l'accertamento che questi non vennero mai meno.

Se però la cessazione della confusione ha luogo perchè il fatto che l'ha creata non è tolto di mezzo *ipso iure*, ma per altre ragioni si scindono di nuovo le due qualità, il rapporto di regola non risorge. Eccezionalmente si fa però in modo da giungere alla stessa conclusione, quando vi sieno ragioni di equità o altre spe-

(1) V. pure fr. 45, 2, 13.

ciali ragioni. Così nel caso di restituzione in intiero contro l'adizione occorre una restituzione anche de' rapporti per essa estinti. A questo riguardo è da spendere qualche osservazione sul seguente passo.

Papinianus l. 10 *responsorum* — fr. 29, 2, 87, 1.

Pupillis, quos placuit oneribus hereditariis esse liberandos, confusas actiones restitui oportet.

Sul vero senso del passo si disputa vivamente. Alcuni lo riferiscono ad un *suus* che in forza dell'astensione cessa in fatto dall'essere erede: altri per contro credono che Papiniano parli di un pupillo, che abbia accettato l'eredità materna e in genere che sia *heres extraneus* (1). Noi non crediamo si possa parlare del pupillo *heres suus*, perchè allora non vi è bisogno di una particolare deliberazione per liberarlo, come pare richieggano le parole *placuit... liberandos*. Egli può astenersi anche dopo l'immistione senza che occorra restituzione. Invece quando vi sia stata accettazione coll'*auctoritas tutoris* e poscia si ottenga la *restitutio in integrum*, la cessazione ha luogo appunto in forza di questa. Ad ogni modo nell'uno e nell'altro caso si ha una cessazione della confusione che non opera *ipso iure*, ma occorre il ripristinamento.

§ 527.

Un altro caso importante si avvera ne' rapporti fra erede e legatario. Un testatore lega un suo fondo, su cui l'erede ha diritto di servitù, o a favore del quale esiste un diritto di servitù a carico di un fondo dell'erede. Se si tratti di legato *per vindicationem* non vi è alterazione de' rapporti, perchè qui il dominio passa direttamente nel legatario e non si ferma neppure per un istante

(1) La prima difficoltà cui dà luogo il passo è questa. Come può parlarsi di confusione, e quindi di riunione del patrimonio del defunto con quello del pupillo, se questi è *suus*? Il pupillo *in potestate* come può avere beni propri all'epoca di Papiniano quando si conosce solo il *peculium castrense*, che, naturalmente, non si adatta al pupillo incapace, per la sua età, del servizio militare? Si potrà forse riferire ai casi tutt'affatto eccezionali in cui il figlio era allora considerato come *pater familias*? (Cfr. FERRINI, *Manuale*, pag. 861, n. 703). E non vi sarebbe accenno alcuno alla specialità? O l'accenno fu tolto dai compilatori per il largo svolgimento dei peculi al loro tempo? O non è forse meglio riferire il passo a un pupillo *heres extraneus*, come facciamo noi?

nella persona dell'erede. Se per contro si tratti di legato *per damnationem*, il fondo diventerà di proprietà dell'erede, che lo trasferirà al legatario. E nel diritto ultimo ciò avviene per tutti i legati. Ora la coincidenza temporanea nella persona dell'erede della proprietà dei due fondi estinguerà per confusione le servitù costituite a favore di uno sull'altro di essi, epperò il fondo legato perderà le servitù attive e sarà liberato dalle passive. Questo risultato però non risponde alla volontà del disponente e a' dettami dell'equità. E le fonti infatti ci attestano che esso non fu accolto.

Paulus l. 31 *quaestionum* Papiniani *notat* — fr. 8, 1, 18.

In omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt, responsum est doti exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.

Florentinus l. 11 *institutionum* — fr. 116, § 4 *de leg.* I [30].

Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est. itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit sive ei fundus heredis, licet confusione dominii servitus extincta sit, pristinum ius restituendum est. et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur: si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento superest.

Il legatario deve avere il fondo così com'era presso il testatore; così afferma Florentino ed a ragione. Finchè non si dimostri che il disponente ha voluto che mutamento vi fosse, è da ritenere che abbia voluto che la cosa legata passi così come egli l'ha. Se quindi l'erede vuol consegnare il fondo senza ripristinare la servitù a favore di questo, la quale era rimasta estinta per la temporanea confusione, va contro la volontà del testatore e, come dice Giuliano (fr. 84, § 4 *de leg.* I [30]) il legatario «*non plenum legatum accipit*». L'erede vuol profittare di quella passeggera confusione prodotta dal rigore del diritto per liberarsi da un onere. Tal che il legatario potrà agire coll'*a. ex testamento* per ottenere che si eseguisca il legato secondo la volontà del testatore e quindi si ricostituisca la servitù a favore del fondo legato. Viceversa se sul fondo legato gravava una servitù a favore dell'erede, questi non è tenuto all'esecuzione del legato se il legatario non si assoggetti alla ripristinazione della servitù. Anche qui vale la massima che il fondo deve essere consegnato così come era presso il testatore, epperò gravato di quella servitù. Se il legatario si rifiuta,

offende la volontà del testatore e pretende trarre illecito vantaggio dalla momentanea confusione. Onde alla sua azione si opporrà con efficacia la *exceptio doli*. Se poi l'erede abbia restituito il fondo senza fare le dovute riserve, sarà perciò definitivamente perduto il suo diritto di servitù ? Credo che all'*a. negatoria*, che per avventura intentasse il legatario di fronte alla continuazione dell'esercizio di tale servitù, potrebbe opporsi l'*exceptio doli*.

Di un altro eccezionale caso di restituzione ci siamo occupati a proposito dell'indegnità (1).

§ 528.

È opportuno infine accennare brevemente alla cessazione della confusione per la vendita che l'erede abbia fatto della eredità ad un terzo.

Ulpianus l. 49 *ad Sabinum* — fr. 18, 4, 2, 18, 19.

Cum quis debitori suo heres exstitit, confusione creditor esse desinit: sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis optinere et idcirco teneri venditori hereditatis, sive cum moritur testator debuit (quamvis post mortem debere desiit adita a venditore hereditate) sive quid in diem debeatur sive sub condicione et postea condicio exstitisset, ita tamen, si eius debiti adversus heredem actio esse poterat, ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum herede actio non est, cum emptore agatur. — Et si servitutes amisit heres institutus adita hereditate, ex vendito poterit experiri adversus emptorem, ut servitutes restituantur.

Pomponius l. 10 *ad Sabinum* — fr. 8, 4, 9.

Si ei, cuius praedium mihi serviebat, heres exstiti et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet, quia id agitur, ut quasi tu heres videaris exstitisse.

L'erede ha un diritto di servitù sopra un fondo dell'eredità. Naturalmente coll'adizione questo diritto vien meno, perchè « *nulli res sua servit* ». Colla vendita dell'eredità egli non lascia di essere erede, epperò non cessa la causa per cui la confusione ha avuto luogo. Del pari, se l'erede ha un diritto di credito verso il defunto, questo diritto si estingue per confusione, coincidendo nella stessa persona le due qualità di creditore e di debitore. E anche qui

(1) Rinviamo alla Parte I, § 225, pag. 300 seg.

colla vendita dell'eredità non è cessata la qualità ereditaria, nè quindi legalmente è venuta meno la confusione. Nell'uno e nell'altro caso la logica giuridica porterebbe a negare la cessazione della confusione ed il ripristinamento del rapporto estinto. Ma qui si tratta di determinare quale portata abbia la vendita o la cessione dell'eredità. Le parti hanno voluto che il compratore assuma in sostanza quella posizione che ha in genere l'erede con tutti i vantaggi e gli svantaggi. Qualunque sia la condizione del compratore di fronte a' terzi, certamente di fronte al venditore egli deve porsi nella posizione di erede, l'eredità deve essere trattata come se mai il venditore fosse stato erede. Onde l'azione del contratto varrà a costringere il cessionario a rispettare quel che fu il portato della volontà delle parti. Naturalmente, soggiunge Ulpiano, non sarà tenuto il compratore per quei debiti, per cui non sarebbe stato tenuto l'erede: quelli di carattere personale, che vengono meno colla morte dell'obbligato. Ma l'osservazione è superflua, perchè in tal caso il credito era venuto meno per la morte del debitore, non per la confusione delle due qualità.

§ 529.

La confusione de' patrimoni, così nettamente affermata nelle fonti, ci dà la riprova sicura dell'infondatezza di quelle opinioni, che, sotto molteplici aspetti, pervengono al risultato che nell'erede accanto al suo patrimonio vi sia il patrimonio ereditario. Certamente il fatto storico, che il patrimonio ereditario apparteneva all'ereditando, non lascia di esercitare influenza anche dopo l'accettazione della eredità e dopo la confusione (1). Ed è anche indiscutibile che, appunto per questa influenza, una persona possa contemporaneamente essere chiamata a rappresentare non solo la posizione di erede diretto di colui o di coloro cui è succeduto, ma anche di tutti coloro, cui, mediatamente o immediatamente, succedettero i suoi autori diretti. Le fonti anzi ripetutamente insistono nell'avvertire che l'erede dell'erede è pur erede di colui da cui questo ebbe l'eredità. Basti rammentare, ad esempio, il fr. 50, 17, 194 (Modestinus l. 6 *differentiarum*) (2).

(1) Cfr. Dernburg, *Pand.*, III, § 169 in f., pag. 332.

(2) Cfr. sopra § 428, pag. 192 seg.

Qui per successionem quamvis longissimam defuncto heredes constiterunt, non minus heredes intelleguntur, quam qui principaliter heredes existunt.

Ma è del tutto erroneo il trarre da ciò la conseguenza, che il patrimonio di ciascun ereditando, pur entrando nel patrimonio de' relativi eredi, non perde il suo carattere di complesso unitario (1), e non è nemmeno corretto il concedere (2), che per tale principio si possa considerare per certi riguardi l'eredità come un'unità. Il fatto che uno ha obblighi e diritti nella qualità di erede mediato di una persona non porta con sè per necessità di immaginare tanti complessi ideali per quante sono le persone a traverso le quali quella rappresentanza ereditaria si è trasmessa. Quel che importa ne' casi concreti è il singolo rapporto trasmesso alle varie persone e giunto all'attuale titolare e non vediamo a quale scopo si dovrebbero creare tutte queste unità fittizie e quel singolo rapporto dovrebbe venire di nuovo posto in relazione con gli altri che formavano parte della relativa eredità.

§ 530.

Anzi, se mal non ci apponiamo, nelle nostre fonti si ha la prova che quel principio conferma sempre più il completo effetto della confusione. Infatti vedasi il fr. 5, 3, 3, ove Gaio (l. 6 *ad edictum provinciale*) ci dice:

.... si Titio, qui Seio heres exstitit, non heredes facti sumus, sicuti Titii hereditatem nostram esse intendere possumus, ita et Seii.

Ossia si avvera anche qui la confusione per modo che l'erede intenta la *petitio hereditatis* in nome proprio non solo per l'eredità lasciata a lui direttamente, ma anche per quelle che furono lasciate ai suoi autori immediati o mediati. E tanto è efficace questa confusione che l'erede non può accettare la eredità toccatagli immediatamente senza essere anche vincolato per le eredità tutte che erano già acquistate all'autore suo immediatamente o mediatamente. Coll'ereditare da una persona si eredita necessariamente anche da tutte le altre persone da cui quella ha direttamente o indirettamente ereditato.

---

(1) Schirmer, *Diritto ereditario romano*, § 3, pag. 24, nota 44.

(2) Dernburg, *l. c.*

Paulus l. 1 *ad Sabinum* — fr. 29, 2, 7, 2.

In omni successione qui ei heres exstitit, qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse nec potest Titii omittere hereditatem.

Ulpianus l. 4 *ad Sabinum* — fr. 28, 6, 10, 2.

Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est: exstitit patri filius heres: an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? non potest, sed aut utriusque debet hereditatem habere aut neutrius: iuncta enim hereditas coepit esse.

I due testi sono decisivi. Il primo contiene un'affermazione generale recisa. Il secondo contempla il caso speciale di una sostituzione pupillare: al pupillo divenuto erede del padre succede il sostituito. Questi non può accettare l'eredità del figlio senza diventare erede del padre. E il giureconsulto ne adduce la ragione che *iuncta hereditas coepit esse*. Ossia, essendo le due eredità confuse in una sola, non si possono più scindere e la successione deve riferirsi ad entrambe.

§ 531.

Merita qualche osservazione un passo di Gaio (III, 84), che può dar luogo a difficoltà.

Ex diverso quod is debuit, qui se in adoptionem dedit quaeve in manum convenit, non transit ad coemptionatorem aut ad patrem adoptivum, nisi si hereditarium aes alienum fuerit. tunc enim quia ipse pater adoptivus aut coemptionator heres fit, directo tenetur iure; is vero, qui se adoptandum dedit quaeve in manum convenit, desinit esse heres (1).

Gaio, come a suo tempo mostrammo (2), ci insegna che nel caso di *adrogatio* o di *in manum conventio*, colui che acquistava la podestà patria o maritale succedeva nelle attività, non direttamente nelle passività. Si faceva eccezione soltanto per quelle

(1) Come sempre seguo anche qui la lezione data nell'ultima edizione dello Studemund nella *Collectio librorum iuris anteiustiniani* (1899). Prima della lettura ultima dello Studemund vi era molta incertezza. Il Lachmann leggeva «*quia* suo nomine *ipse pater adoptivus* etc.». Il *suo nomine*, secondo il Pernice (*Labeo*, I, pag. 331, nota 30), non fa che mettere in maggiore evidenza il senso, che s'intenderebbe anche senza di esso.

(2) Parte I, § 13, pag. 22 segg.

cui l'arrogato o la moglie erano vincolati come eredi d'altri. Siccome l'obbligo dei debiti è inerente alla qualità di *heres* e il padre o il marito diventavano essi eredi, così logicamente dovevano essere tenuti pei debiti. Ora il Mandry (1) ha osservato in proposito, che, essendo il futuro arrogato diventato erede, il patrimonio suo proprio e l'ereditario si sono irrevocabilmente confusi, epperò coll'epoca dell'arrogazione i debiti sono tutti di una stessa natura. Se si dovesse seguire questo criterio bisognerebbe dunque trattare egualmente i debiti tutti, qualunque ne fosse l'origine. Altrimenti non resta che riconoscere essersi nel patrimonio dell'arrogando mantenuto fermo come nucleo a sè il complesso dei beni ereditati. E d'altra parte, prendendo alla lettera Gaio si verrebbe a ritenere, che l'adottante diventa erede del terzo, ossia, uno che non è erede di colui che del terzo fu direttamente erede (2).

§ 532.

Ma fu ben osservato (3) che la questione non è qui: perchè il padre adottivo diventa debitore? sibbene: perchè diventa erede in luogo del figlio arrogato? Posta infatti la qualità di *heres*, ne viene senz'altro l'obbligo di pagare i debiti. Il *pater adrogator* non è tenuto pei debiti perchè questi sieno parte del patrimonio del figlio, ma è tenuto perchè erede. Sarebbe poi erede, secondo vuole Hölder (4), perchè secondo la formola dell'arrogazione l'arrogato vien considerato come nato dall'adottante, epperò tutti i rapporti giuridici, che sarebbero stati del padre se appunto quella persona fosse stata in podestà fin dalla nascita, si riconnettono ora all'*adrogator*: onde anche la qualità ereditaria. Secondo tale concetto si suppone che l'acquisto non sia mai avvenuto a favore del figlio, ma fin da principio sia stato erede il padre. A noi questo modo di vedere pare insostenibile. Non è da dimenticare che Gaio pone ad uno stesso livello il *pater adrogator* e il *coemptionator*: onde la ragione per cui diventa erede nell'un caso il padre deve essere la stessa per cui lo diventa il marito nell'altro. E

(1) *Diritto patrimoniale della famiglia* (*Familiengüterrecht*), I, pag. 179.
(2) Cfr. Hölder, *Riv. per la fond. Savigny*, XVI, pag. 246 seg.
(3) Pernice, *op. cit.*, nota 31, pag. 332.
(4) *L. c.*

come si può sostenere che la *conventio in manum* importi la finzione che la moglie sia nata dal marito, o, sia pure, sia stata in podestà del marito fin dalla nascita? Qualunque opinione si voglia accettare sul rapporto storico fra la condizione della moglie e quella de' figli, questa conclusione è certo inaccettabile. A me sembra che il concetto antico della eredità abbia anche qui esercitato la sua influenza. La successione nella qualità di sovrano del gruppo è nell'arrogazione come nella eredità. Si succede ne' due casi nella posizione giuridica. Il padre adottivo prende l'eredità cosi come era presso l'adottato, con tutte le conseguenze. Il principio *semel heres semper heres* impedisce che la qualità una volta assunta, venga dismessa. Potrebbe l'*adrogator* andar contro la massima fondamentale? È ben vero che il padre subentra al figlio e che per ciò la massima letteralmente può sembrare non osservata, come può far credere anche il modo di esprimersi di Gaio: «*desinit esse heres* » — « *pater . . . fit heres* ». In realtà però la massima impedisce che cessi di essere *heres* colui che perdura come *persona sui iuris*, non che si cessi di esserlo per *capitis deminutio*, come non può impedire che si cessi per morte. Vuol dire che fra i rapporti che acquista il padre vi è anche la qualità ereditaria (1).

§ 533.

Non hanno fondamento neppure le altre ragioni che si adducono a sostegno del perdurare del patrimonio ereditario come complesso a sè nel patrimonio dell'erede. La separazione de' patrimoni ed il beneficio d'inventario costituiscono una eccezionale condizione di cose, che dura fino a che non siano liquidate le ragioni dei creditori. Questi due istituti mostrano anzi che normalmente la confusione deve aver luogo. Se il patrimonio ereditario perdurasse come unità, sia pure incorporata in un altro complesso patrimoniale, non si spiegherebbe la necessità di una espressa, speciale separazione. È del pari eccezionale il caso del *fideicommissum hereditatis*, per cui presso l'erede e nel suo patrimonio vi è l'universalità de' beni (o una quota di essi) tenuta in disparte per essere restituita al fedecommissario quando il momento sia venuto.

(1) Cfr. anche Schirmer, *op. cit.*, pag. 24 nota 46.

Vuol dire che in questa ipotesi e per questo riguardo, e quindi entro i limiti corrispondenti, il complesso dei beni ereditari è tenuto in disparte. Ma anche qui proprio il perdurare della unità preesistente avviene per quello scopo speciale. È logico dunque escluderlo quando un tale scopo non vi sia.

Più frequentemente si suole addurre la *petitio hereditatis* a prova della permanenza dell'eredità come *universitas* separata anche dopo l'acquisto. L'azione reale universale sarebbe tale appunto perchè ha per oggetto un'universalità giuridica. Come negare dunque che l'erede ha nel suo patrimonio il diritto all'eredità come patrimonio a sè? Ma, lasciando per ora da banda le gravi questioni sul significato di *hereditas* nell'espressione *petitio hereditatis*, se cioè essa accenni a rivendica della qualità ereditaria, o del patrimonio ereditario, o dell'una e dell'altra cosa insieme, certa cosa è ad ogni modo che dal carattere universale dell'azione non discende che le stia a base un diritto sull'eredità come *universitas*. Noi abbiamo altra volta confutato questa conclusione (1). Lo agire per un titolo che ci dà diritto al possesso di tutte le cose comprese in una determinata cerchia, non importa che tutte queste cose costituiscano una unità entro il patrimonio. Anche qui del resto vale la stessa decisiva osservazione, che lo avere adunato ad unità per un determinato scopo le cose ereditarie, non importa, anzi esclude la permanenza di questa unificazione e il suo sopravvivere all'ottenimento del possesso. La *petitio hereditatis*, come l'*interdictum quorum bonorum*, mira ad ottenere il possesso delle cose ereditarie da coloro che le ritengono assumendo un titolo che lede lo *ius hereditatis*. Ottenuto lo scopo non vi è più bisogno di quell'unificazione. Come è compatibile ciò coll'opinione, che nel patrimonio dell'erede si mantenga l'unità del patrimonio ereditario?

§ 534.

Il lungo esame che abbiamo fatto della posizione giuridica dell'erede nel diritto romano ci conferma quanto abbiamo detto parlando del concetto dell'eredità (2). Nella lunga evoluzione che grado a grado è venuta modificando quella posizione, non vi è

(1) V. parte I, § 18 seg., pag. 23,

(2) V. parte I, § 18 seg., pag. 28 seg.

mai un momento in cui si possa dire che l'erede succede solo ne' rapporti patrimoniali. Il concetto che sempre campeggia, per quanto le particolari conseguenze mutino, è, che si succede in una determinata qualità, da cui poi derivano le conseguenze anche patrimoniali, anzi sovratutto tali nell'ultimo diritto. Ma la successione ne' *sacra* da prima, nei diritti di sepolcro sempre, la tutela della memoria del defunto, diritto e dovere dell'erede, la deliberazione a questo lasciata di provvedere per il seppellimento del morto, tutto sta a provare come s'intenda malamente l'essenza del concetto romano riducendone la portata nella cerchia del patrimonio. Queste ed altre conseguenze, che mano a mano siamo venuti accennando, si spiegano facilmente solo quando si parta dal concetto di una originaria successione nella sovranità del gruppo familiare, nella *manus* su tutte le persone e cose che appartengono al gruppo. Le successive modificazioni sono dovute, come vedemmo, al mutamento delle condizioni sociali. Del resto porto opinione, che per quanto nel diritto moderno la successione ereditaria abbia assunto una figura essenzialmente patrimoniale, non manchino però certi elementi che esorbitano da questa cerchia.

2) DELL'OBBLIGO DELL'EREDE DI PAGARE I DEBITI.

a) *in generale.*

§ 535.

Come più volte abbiamo avuto occasione di dire, una delle conseguenze più importanti dell'acquisto dell'eredità è, che l'erede è tenuto per tutti i debiti ereditarii. Ma questa espressione così generale ha d'uopo di essere particolarmente chiarita. Si sogliono le passività ereditarie distinguere in due diverse categorie, in debiti propriamente detti e pesi od oneri ereditarii. Ad esempio il codice civile francese parla di *dettes et charges* sotto la rubrica *du payement des dettes* (art. 870, 871, 873) (1). Il nostro codice civile parla anch'esso di *debiti e pesi ereditarii* (art. 1027, 1029 [Cod. abr.: ora art. 752, 754]) (2). Il codice civile austriaco nel § 548

(1) Però nell'art. 724 si parla solo di *charges*, nell'art. 802 invece solo di *dettes*. Ma nell'uno e nell'altro caso s'intendono comprese tutteduc le categorie di obblighi.

(2) Il nostro codice nell'articolo 968 [Cod. abr.: ora art. 490] corrispondente all'art. 802 del cod. franc., distingue i debiti dai legati, i quali formano propriamente parte di quelli che si chiamano pesi ed oneri ereditarii.

pone a carico dell'erede le obbligazioni (*Verbindlichkeiten*), che l'ereditando avrebbe dovuto soddisfare col suo patrimonio, mentre nel § 549 parla di pesi che gravano sopra l'eredità (*zu den auf einer Erbschaft haftenden Lasten etc.*), specificando fra essi le spese di sepoltura. Il codice civile spagnuolo parla di debiti od altri carichi della eredità (*las deudas y demas cargas de la herencia*) (art. 1023 n. 1). Il noto progetto Mommsen sulle successioni ereditarie (§ 244) fa passare nell'erede il patrimonio con tutti i diritti relativi e con tutti i pesi e gli obblighi (*mit allen Lasten und Verbindlichkeiten*). È poi caratteristica la disposizione del § 1967 del nuovo codice civile tedesco. Esso dichiara in generale che l'erede risponde per gli obblighi della eredità (*Nachlassverbindlichkeiten*). Poi spiega che degli obblighi della eredità fanno parte, oltre ai debiti derivanti dall'eredità, gli obblighi che colpiscono l'erede come tale, in particolare quelli per diritto di legittima, per legati, per oneri imposti dal defunto. Queste due categorie, cui con maggiore o minore perspicuità ed esattezza accennano le leggi moderne, si riscontrano pure nel diritto romano e debbono essere accuratamente sceverate e tenute distinte. In tuttedue l'erede come tale è vincolato, ma l'intensità dell'obbligo è diversa.

§ 536.

In prima linea vengono i debiti ereditarii veri e proprii, ossia, quelli che o erano già sorti a carico dell'ereditando prima della sua morte, o sorgono bensì a carico dell'erede, ma per una causa già sussistente al momento della morte, a modo che, se l'ereditando non fosse morto, sarebbero sorti a suo carico. Così un obbligo condizionale fondato sopra un contratto concluso dall'ereditando, se la condizione si verifichi dopo la morte di questo, grava l'erede come obbligo dell'ereditando. Del pari se questi avesse dato fideiussione per un terzo, e nel momento in cui la responsabilità cauzionale si dee tradurre in atto egli sia già morto, l'obbligo sorge a carico dell'erede come obbligo trasmesso dal defunto. In tutti questi casi adunque non si tratta di obbligazioni che sorgono a nuovo a carico dell'eredità, ma di vincoli trasmessi. Onde per questa categoria si può parlare di obblighi e debiti del defunto.

Ma vi sono obblighi che sorgono solo dopo la morte del defunto. Anche qui però occorre fare attenta distinzione. Alcuni di essi sorgono appunto *mortis causa*, perchè, cioè, vi è una successione ereditaria e non si possono immaginare diversamente. Così avviene nei legati, e in quelli che meno esattamente abbiamo visto denominarsi legati legittimi (1). Del pari in quelli oneri che il testatore impone all'erede, quando, naturalmente, non si tratti di vincoli meramente morali o di coscienza. Così ancora, ad esempio, per la tassa di successione, per le spese funebri, per quelle d'inventario. Altri per contro sorgono a carico dell'erede, ma avrebbero potuto sorgere a carico del defunto, come sarebbero tutte le obbligazioni derivanti da responsabilità per cose ereditarie (*a. de pauperie, cautio damni infecti*), quando l'avvenimento che produce la responsabilità è posteriore alla morte. Entrano in questo novero anche le obbligazioni a favore di colui che abbia utilmente gerito affari dell'eredità.

§ 537.

Le fonti romane trattano diversamente queste diverse categorie di debiti. Per quelli della prima l'erede come tale è tenuto senza limitazioni di sorta, come se fossero debiti propri personali, e ne risponde sia col patrimonio ereditario che col proprio. Ciò è largamente attestato nelle fonti.

Ulpianus l. 7 *ad Sabinum* — fr. 29, 2, 8 pr.

hereditas ... quin obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est.

Pomponius l. 3 *ad Q. Mucium* — fr. 50, 16, 119 pr.

« *Hereditatis* » *appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem.*

L'erede è personalmente obbligato anche se l'eredità non basti a pagare i debiti, epperò la *hereditas* come universalità può essere passiva e come tale passare all'erede. Giustiniano appunto escludendo dal beneficio da lui introdotto quello che non ottemperasse a certi requisiti diceva: « in solidum *secundum antiqua iura omnibus creditoribus tenetur* » (c. 6, 30, 22, 14). E più in là

(1) Cfr. Parte I, § 73 seg., pag. 103 segg.

(ib. § 14a): « *et si non intra datum tempus recusaverit hereditatem, omnibus* in solidum *debitis hereditariis teneatur et non secundum modum patrimonii, sed etsi exiguus sit census hereditatis, tamen quasi heredem eum* in totum *obligari, et sibi imputet, qui pro novo beneficio vetus elegit gravamen* ».

§ 538.

Abbiamo altre volte (1) notato come l'obbligo illimitato del pagamento dei debiti si attribuisca comunemente ad una particolare disposizione delle dodici tavole. Il riferimento alla legislazione decemvirale è contenuto nella c. 4, 16, 7 degli imperatori Diocleziano e Massimiano (a. 294).

Creditores hereditarios adversus legatarios non habere personalem convenit actionem, quippe cum evidentissime lex duodecim tabularum heredes huic rei faciat obnoxios.

Gli imperatori negano la responsabilità personale de' legatarii pei debiti ereditarii. In effetti questi successori a titolo particolare possono essere tenuti in via reale, in quanto si tratti di peso che gravi sulla cosa legata, non già personalmente. Ma è curioso il modo con cui si dà ragione della decisione. Non si fa già richiamo alla diversa natura della successione universale e della particolare, ma si adduce per motivo che la legge decemvirale rende responsabili personalmente pei debiti del defunto i soli eredi. Da ciò era facile trarre la conclusione, che, dunque, la decisione si fonda sopra una particolare disposizione positiva, non già sopra il concetto di successione a titolo universale. Ma la legge decemvirale non ha creato, e tanto meno arbitrariamente creato, un obbligo di tal genere. Essa anche qui non ha fatto che dare sanzione al diritto tradizionale, o meglio non è altro che lo stesso diritto tradizionale. Il quale si spiega benissimo quando si accetti il concetto della trasmissione della sovranità sul gruppo agnatizio, perocchè è facile intendere come l'obbligo contratto dal capo del gruppo debba vincolare anche colui che lo sostituisce nella sovranità (2).

(1) Parte I, § 20, pag. 32.
(2) V. Parte I, § 17, pag. 27.

§ 539.

Una opinione, che fra i moderni ha trovato caldi fautori, congettura una intrasmessibilità originaria dei debiti, tenuto conto del carattere strettamente personale che questi aveano nell'epoca antica (1). Ma si può subito osservare che nel periodo decemvirale il carattere personale della obbligazione era nel suo pieno vigore e tuttavia la trasmessibilità è sancita nei termini più sicuri. Si può intendere una riforma in tal senso dopo che, sia pel mutamento nel carattere dell'obbligazione, sia per la formazione del concetto di patrimonio, la successione ereditaria si è venuta sempre più accostando ad un trapasso dell'universalità dei beni (2), non già in un'epoca anteriore alla legge decemvirale. Invano il Baviera congettura, che la responsabilità illimitata dell'erede doveva da prima riferirsi al pagamento dei legati stabiliti dal testatore, e che solo posteriormente, per un complesso di cause che egli non specifica, si sarebbe estesa anche ai debiti del defunto derivanti da obbligazioni non perite con lui (3). Noi vedremo fra poco come l'obbligo relativo a' legati sia sorto già colla limitazione alle forze ereditarie, ma ad ogni modo a questa congettura manca qualunque sussidio, sia riguardo ad un'origine diversa dalla tradizionale antedecemvirale pel pagamento integrale dei debiti, sia per il riferimento a' legati della disposizione decemvirale. Tutta la difficoltà creata dall'antico carattere dell'obbligazione vien meno quando si faccia capo all'idea del trapasso della sovranità familiare. La quale anche in questo campo si insinua nelle congetture molteplici senza che si abbia coscienza della portata della cosa. Così recenti scrittori accennano alla derivazione della successione universale dal vincolo famigliare, ma non vi insistono e si lasciano trarre in inganno dal preteso concetto patrimoniale (4).

---

(1) Cfr. Esmein, *Nouv. rev. historique*, XI (1887), pag. 48 seg.; Cuq, *Institutions juridiques*, I, pag. 694 seg.; Girard, *Manuel*, 3ª ed., pag. 881; Baviera, *It commodum separationis* (Bologna 1901), pag. 14.

(2) V. Parte I, § 19 seg., pag. 31 seg.

(3) *L. c.*

(4) V. p. es., Endemann, *Introduzione allo studio* etc., III, § 85, pag. 378, nota 9.

§ 540.

Il certo è che le nostre fonti nel modo più evidente ci rappresentano l'obbligo del pagamento de' debiti ereditarii come indissolubilmente congiunto colla qualità di *heres*. Da per tutto questa qualità trae seco quell'obbligo. Così Gaio in un passo già citato (III, 84) dice: « *quia . . . heres fit, directo tenetur iure* ». E subito dopo (III, 85): « *heres manet et ob id creditoribus ipse tenetur* ». Ulpiano (l. 1 *ad Sabinum*) nel fr. 26, 8, 1 pr., dopo aver detto che la prima conseguenza è « *ut heres fiat* », soggiunge: « *per consequentias contingit, ut debitum subeat* ». Arrivando giù fino a Giustiniano il concetto si salva malgrado delle sostanziali modificazioni subite dalla successione ereditaria. Così è caratteristica la c. 1, 3, 48 [49] 4: « *si enim heredum eis et ius et nomen dedimus . . . necesse est eos... creditoribus respondere* ». Tutto ciò si attaglia ottimamente alla congettura fondamentale che ci è servita di guida in tutto lo studio della successione ereditaria romana. Il capo, il *dominus*, chè tale è il significato originario di *heres*, coll'assumere tale qualità è consequenzialmente investito di tutti i rapporti giuridici attivi e passivi del suo antecessore.

§ 541.

Passiamo ora agli obblighi della seconda categoria. E cominciamo anche qui dai c. d. legati legittimi. L'erede è tenuto per legge ad una prestazione a favore di certe determinate persone. Come abbiamo visto, la prestazione può avere un carattere assai svariato (1). Talora la legge attribuisce una quota di eredità, tal'altra una quota di usufrutto; ora una somma di denaro, ora la proprietà di certe cose. Nel caso di attribuzione di quota non vi è dubbio che questa si determini in base alla sostanza depurata dai debiti, e quindi si riduca a nulla se nulla vi è di attivo. Così avveniva certamente per la *quarta D. Pii* (2), per la *quarta Sabiniana* (3), per quella riservata alla moglie po-

(1) V. Parte I, § 83, pag. 120.
(2) V. Parte I, § 75, pag. 105 seg.
(3) V. Parte I, § 76, pag. 107 seg.

vera (1), per la quarta curiale (2). Non vi è dubbio del pari per la *legitima* nell'ipotesi in cui essa non costituisca quota di eredità (3). Tanto meno poi può esservi dubbio quanto al *socius liberalitatis imperialis* (4). In nessun caso l'erede può essere dunque tenuto *ultra vires*.

§ 542.

Anche quanto a' legati l'erede non è mai tenuto illimitatamente. Noi abbiamo però accennato all'avviso del prof. Baviera secondo cui la responsabilità illimitata dell'erede riferita alla legge decemvirale si sarebbe appunto originariamente ristretta all'obbligo de' legati, ed a' debiti in genere sarebbe stata estesa solo posteriormente. Anche lo Czyhlarz (5) ritiene « in sommo grado verosimile che nei più antichi tempi si considerassero come validi i legati oltre l'importo della eredità e che quindi nel legato *per vindicationem* la proprietà della cosa intera passasse al legatario e nel legato per *damnationem* l'erede fosse obbligato a prestare integralmente il legato, anche se dopo la deduzione dei debiti non rimanesse più patrimonio attivo ». Va assai più in là lo Huschke (6), secondo cui anche per il diritto classico l'erede sarebbe stato tenuto pei legati illimitatamente, e *intra vires* soltanto pei fedecommessi.

Quest'ultimo assunto è decisamente erroneo (7). E' precisamente di fronte al legato che i giuristi classici affermano l'obbligo limitato alle forze dell'eredità. Giuliano ci dice (fr. 39, 6, 17) che « *legata ex testamento eius, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sunt* ». Papiniano (fr. 35, 2, 11, 5) assume recisamente a proposito di legati che « *ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii* ». Ulpiano poi ribadisce ripetutamente lo stesso concetto. Così nel fr. 35, 2, 66, 1 : « *legata non debentur,*

(1) V. Parte I, § 78, pag. 313.

(2) V. Parte I. § 81, pag. 116 seg.

(3) V. Parte I, § 80, pag. 116.

(4) V. Parte I, § 82, pag. 119 seg.

(5) *Continuazione del Glück*, ed. ital., vol. XXX-XXXII, parte II, § 1528 *b*, nota 2, pag. 558 (ed. tedesca, pag. 702).

(6) *Nexum*, pag. 215.

(7) V. Parte I, § 42, pag. 64 seg.

nisi deducto aere alieno aliquid supersit». E nel fr. 35, 3, 1, 12: «*hactenus legata debentur, quatenus patrimonii vires sufficiunt, utique deducto aere alieno*» (1).

§ 543.

Ritengo però non fondata anche la responsabilità illimitata originaria. Concediamo volentieri che essa non ha nulla di contrario alla logica e che quindi sia perfettamente possibile. Del resto non si può dubitare di ciò, anche senza far richiamo alla circostanza che una responsabilità illimitata è stabilita sotto certi presupposti nel diritto giustinianeo. L'argomento della possibilità logica astratta ha un valore molto secondario nelle ricerche d'indole storica. A me pare che Gaio (II, 224) sia decisamente contrario alla congettura di cui discorriamo. Egli infatti ci dice, che, in base al noto disposto decemvirale *uti legassit rei suae, ita ius esto*, il *paterfamilias* poteva per lo innanzi (*olim*) «*totum patrimonium . . . erogare*», che si dava efficacia a quanto egli «*de re sua testatus esset*». Dunque secondo l'interpretazione tradizionale riferitaci da Gaio la libertà ampia di disporre permetteva l'erogazione di tutto il patrimonio, rendeva efficace ogni disposizione sulle cose proprie. Ma non è decisamente contrario alla possibilità di far legati *ultra vires* il parlare di disposizioni *de re sua*? Se tale sconfinata libertà avesse avuto il testatore da vincolare l'erede anche *ultra vires*, come Gaio non vi avrebbe accennato raccontando le vicende delle restrizioni alla libertà per via delle note tre leggi? Il pericolo di eredità non accettate non era forse assai più grave se il testatore avendo 100 poteva legare per 1000, di quel che lo fosse se avendo 100 legava 100?

Anche la storia del legato e del testamento viene in soccorso nostro (2). Il legato è sorto nella seconda forma testamentaria, come evoluzione dell'antica donazione a causa di morte. Il *familiae emptor*, cui fu poi sostituito l'erede, non fu altro che una

(1) Cfr. pure fr. 36, 1, 1, 17, dove non occorre, col MOMMSEN, cancellare l'*ut*, perchè la massima può stare considerandola non come contenuta nel rescritto imperiale, ma come suffragata anche da esso.

(2) Cfr. quanto abbiamo esposto nella Parte I, § 32 seg., pag. 49 seg. e soprattutto la nostra memoria «Sull'origine dei legati» pubblicata negli «Scritti per l'VIII centenario dell'Università di Bologna».

persona di fiducia incaricata di distribuire le cose lasciate dal testatore secondo le istruzioni date da costui. In sostanza è una specie di esecutore testamentario (1), al quale naturalmente non si può chiedere che dia più di quanto è nel patrimonio. Ciò del resto è confermato dalle definizioni del legato sia come *donatio testamento relicta*, sia come *delibatio hereditatis*, le quali appunto importano l'attribuzione ad un terzo di uno o più fra gli elementi patrimoniali che restano all'erede. Il legato è a spese di ciò che « *universum heredis foret* ».

§ 544.

Soltanto nel diritto ultimo l'onere de' legati fu parificato a quello dei debiti quanto alla misura della responsabilità dell'erede. Se questi compila regolare inventario pagherà anche i legatarii soltanto *intra vires hereditatis*: in caso contrario risponderà illimitatamente pure per questi oneri. « *Si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram ... non retinebit Falcidiam sed complebit legatarios et fideicommissarios, licet purae substantiae morientis transcendat mensuram legatorum datio* » (Nov. 1 c. 2).

E si può dire che la più parte delle moderne legislazioni ha accettato il disposto di Giustiniano (2). Così è pure del nostro codice civile. A parte l'art. 1027, [c. abr.; ora art. 752] che addossa agli eredi illimitatamente il pagamento dei debiti e *pesi* ereditari, sotto la quale ultima espressione si comprendono certo anche i legati, è decisivo l'art. 968 [c. abr.; ora art. 490] secondo cui uno degli effetti del beneficio d'inventario è che l'erede ha il vantaggio di non essere tenuto « al pagamento dei debiti ereditarii e dei legati oltre il valore dei beni a lui pervenuti » (3). Così che per il diritto nostro la responsabilità dell'erede pei legati non è diversa da quella pei debiti.

§ 545.

L'erede non ha, nel legato *per vindicationem*, alcun rapporto

(1) Cfr. ora LAMBERT, *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative* (1901), pag. 45 seg., ma specialmente, pag. 64 seg., 68 segg.

(2) Cfr. ENDEMANN, *Introduzione* etc., III, § 90, pag. 399, nota 17.

(3) Cfr. FERRINI sullo CZYHLARZ, *op. cit.*, pag. 559, nota *b*, pag. 575, nota *p*.

col legatario. La proprietà della cosa legata passa direttamente dal testatore nel legatario, ed anche quando, secondo la dottrina Sabiniana, si ritenga che nel caso di legato condizionale *pendente condicione* la proprietà della cosa spetti all'erede, all'avverarsi della condizione la proprietà passa nel legatario *ipso iure*, senza che occorra trasferimento da parte dell'erede e senza che quindi si possa far parola di un obbligo dell'erede ad effettuare tale trasferimento.

Nel legato *per damnationem* per contro vi è un'obbligazione dell'erede di fronte al legatario rivolta vuoi al trasferimento della proprietà di una cosa o di una quantità, vuoi alla costituzione di un diritto reale, vuoi in genere all'effettuazione di una prestazione (1). Ma quale è il fondamento di questa obbligazione che grava sull'erede? Ecco come rispondono le fonti al riguardo.

Gaius l. 3 *aureorum* — fr. 44. 7. 5. 2.

Heres quoque, qui legatum debet, neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur: nam neque cum defuncto neque cum herede contraxisse quicquam legatarius intellegitur: maleficium autem nullum in ea re esse plus quam manifestum est.

I. 3. 27. 5.

Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intellegitur (neque enim cum herede neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest): et tamen, quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intellegitur (2).

In buona sostanza ci si dice, che non essendo l'obbligo dello erede fondato sopra una delle due fonti tipiche, contratto e delitto, e mancando anche ogni elemento delittuoso, si debba più tosto riannodare il diritto del legatario al tipo contrattuale, come quello che è più affine. Qui dunque ci troviamo di fronte alla

(1) Così che in questo larghissimo ambito rientrerebbe, a rigore di logica, anche il *legatum sinendi modo*, che obbliga l'erede ad astenersi dal porre ostacolo a che il legatario si impadronisca di una o più cose.

(2) Sul rapporto fra i due passi v. FERRINI, *Sulle fonti delle istituz. di Giustiniano* (2ª ed.), pag. 89. Ma v. SALKOWSKI, *op. cit.*, pag. 42, nota 90, secondo cui il passo di Gaio sarebbe stato riprodotto nelle Istituzioni con minore efficacia, mentre il FERRINI ritiene che le Istituzioni ci offrono un testo meglio conservato fino a «*dici potest*». Date le manipolazioni dell'uno e dell'altro testo, credo sia ben difficile pronunciarsi in un senso o nell'altro. Ma propendo a ritenere, che, come la chiusa, così il resto del passo sia meno alterato nel Digesto.

vexata quaestio dell'esistenza del quasicontratto come figura a sè. Ben a ragione il Salkowski (1) osserva che colla « deduzione non troppo ingegnosa » di Gaio assai poco si è guadagnato. Il quasicontratto come tipo di fonte d'obbligazioni è il frutto di una poco felice interpretazione bizantina delle fonti romane e della così detta filosofia del diritto. Per bene intendere la vera base dell'obbligo dell'erede di fronte al legatario occorre tener presenti certe altre maniere di esprimersi de' giureconsulti.

§ 546.

L'azione con cui si fa valere il legato di obbligazione ha il nome tecnico di *actio* EX TESTAMENTO e ripetutamente nelle fonti con frasi ed espressioni sostanzialmente identiche si accenna al testamento come fonte della obbligazione dell'erede di fronte al legatario. Gaio (II. 213) a proposito del legato *sinendi modo* dice: « *et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est* quidquid heredem EX TESTAMENTO dare facere oportet ». E, per accennare sopra tutto a quei passi in cui *ex professo* si tratta della nostra azione (2), basti rammentare le espressioni di Giuliano *agere* EX TESTAMENTO, *petere* EX TESTAMENTO, *consequi* EX TESTAMENTO nei fr. 82. 84 *de leg.* I [30] (lib. 33 *digestorum*), e *actionem* EX TESTAMENTO *habere adversus heredem* nel fr. 86 eod. (lib. 34 *digestorum*), nonchè lo EX TESTAMENTO *peti* di Ulpiano nel fr. 71 § 1 eod. (lib. 51 *ad edictum*). Nel fr. 33. 1. 7 (Pomponius l. 8 *ad Q. Mucium*) si sono volute trovare, oltre all'*ex testamento agere* nella parte attribuita a Quinto Mucio Scevola, altre espressioni caratteristiche nello stesso ordine di idee da noi indicato. Così il « *quaedam scribuntur quae... nec obligationem pariunt* », ed ancora: « *nullam obligationem ea scriptura recipit* » ripetuto due volte (3). Ma data la evidente manipolazione dei compilatori, per cui oramai è difficile sceverare la parte veramente genuina del testo (4), è meglio non fare alcun assegnamento su questo passo. È invece importante il fr. 34. 1. 22. 1 (Valens l. 1. *fideicommissorum*) in

(1) *L. c.*, pag. 42.

(2) Cfr. LENEL, *Ed. perpetuum*, § 170, pag. 295, note 2, 3, 4.

(3) Cfr. MAYNZ, *Cours de droit romain*, III, § 422, nota 17, pag. 587.

(4) Cfr. DI MARZO, *op. cit.*, pag. 66 segg. e gli scrittori da lui citati.

cui, oltre al solito *agere ex testamento* si ha la TESTAMENTI *obligatio*.

D'altra parte si afferma che l'erede coll'accettare l'eredità *contrahit* sia coi legatarii sia coi creditori (fr. 42. 4. 3. 3, 4; fr. 50. 17. 19 pr.), Ora il significato di *contrahere* è nella sua origine larghissimo ed accenna ad ogni atto giuridico lecito da cui possa derivare una obbligazione (1). Così che la dichiarazione di accettazione di eredità è quella che pone l'erede nella condizione di debitore del legato, allo stesso modo come lo rende debitore di fronte a coloro che erano creditori dello ereditando.

Ma dal raffronto fra l'*obligatio ex testamento* e il *contrahere* vien fuori evidente la vera portata del rapporto giuridico. L'obbligazione dell'erede verso il legatario ha la sua base nel testamento, nella volontà, cioè, del disponente. Per essa chi assumerà la posizione di erede sarà tenuto. La dichiarazione di volontà del testatore è dall'ordinamento giuridico fornita di efficacia obbligatoria. Si può parlare a questo proposito di una *obligatio ex lege*, come riguardo al legato *per vindicationem* si parla di un acquisto di proprietà *ex lege duodecim tabularum* (Ulp. XIX. 17). L'erede, col diventar tale, assume l'obbligo di pagare i legati così come assume l'obbligo di pagare i debiti. E come per riguardo a questi non si può dire che il fondamento sia nell'adizione, così per i legati. La causa del debito è quella che era pel testatore, la causa del legato è il testamento; l'obbligo della persona deriva dall'assunzione del *nomen heredis*. La legge nell'uno e nell'altro caso vincola l'erede (2). Così che in sostanza non vi è differenza fra essi: si tratta di obblighi consequenziali alla qualità di erede.

§ 547.

Altro peso incombente all'erede è quello delle spese funebri per l'ereditando. È un principio fondamentale del diritto sacro romano che il defunto venga sepolto a spese del suo patrimonio

(1) V. FERRINI, *Manuale*, n. 519, pag. 652 seg.

(2) Cfr. in proposito SALKOWSKI, *op. cit.*, pag. 42 segg. e le osservazioni del Ferrini. L'osservazione di quest'ultimo sulla possibilità di un effetto giuridico per persone che non han preso parte al negozio da cui l'effetto deriva, è vera in genere, ma non è opportuna qui.

e nota giustamente il Pernice (1) che ciò rispondeva al decoro del cittadino ed era indispensabile. Già Labeone, secondo riferisce Ulpiano (fr. 11. 7. 14. 13), affermava la massima: «*de suo expedit mortuos funerari*». La quale è ripetuta spesso e con molta energia. Nel giustificare l'editto sull'*actio funeraria* Ulpiano (fr. 11. 7. 12. 3) scrive: «*sic enim fieri, ne insepulta corpora iacerent neve quis de alieno funeretur*». Dove è assai interessante l'osservare come alla grave iattura del cadavere insepolto si ponga a paro il seppellimento a spese altrui. Ed ancora lo stesso Ulpiano (fr. 14 § 1 eod. tit.) ci dice come nel conflitto fra le spese di seppellimento e i legati, questi debbono soggiacere. Ove non vi sieno altri mezzi pel seppellimento, si può effettuarlo ponendo mano alle cose legate: «*satius est enim de suo testatorem funerari, quam aliquos legata consequi*». La massima ritorna frequentemente a proposito della donna maritata, al seppellimento della quale è detto che si deve provvedere colla dote «*quasi de patrimoniis suis*» (fr. 16 eod. tit.), o colla dote e col restante patrimonio in proporzione del loro ammontare (fr. 22. 23 eod. tit.).

È naturale quindi che le spese funebri si considerino come un onere del patrimonio, come *aes alienum* (fr. 18. 19 eod. tit.) e che perciò sia per esse tenuto l'erede come per i debiti (2). Le spese debbono essere proporzionate alla condizione sociale del defunto e in conformità agli usi religiosi (fr. 14 § 6 eod. tit.). Le fonti ci conservano norme particolareggiate al riguardo (v. fr. 14 § sqq. 39 pr. § 1 eod.), su cui è qui inutile insistere (3).

§ 548.

Se l'erede si è egli stesso occupato delle cerimonie funebri dando i relativi ordini, stringendo contratti, è naturale che debba esser tenuto senza limitazione di somma. I terzi, a cui egli si è rivolto e con cui è entrato in rapporti, hanno tutto il diritto di pretendere da lui quanto fu convenuto o, se non vi fu accordo,

(1) *Labeo*, I, pag. 365, cfr. III, pag, 67 segg.

(2) Cfr. PERNICE, *Rendiconti dell'Accademia di Berlino*, 1886, pag. 1199.

(3) Cfr. GLÜCK, lib. XI, 7, § 774, ed. it., pag. 943 segg.

il corrispettivo. Tuttavia quanto egli deve o paga per tal titolo non lascia di essere spesa a carico dell'eredità, nel senso che egli ha diritto di farne deduzione per determinare l'ammontare netto su cui si dee computare la Falcidia, e che restano sempre spese privilegiate sopra ogni altro credito (fr. 45 h. t.).

Può anche avvenire che il testatore abbia designato la persona che dee tutto disporre pei funerali (fr. 12 § 4, 14 § 2 h. t.). Naturalmente in tal caso la spesa è a carico dell'eredità e deve essere regolata sempre secondo i criteri designati, se pure non abbia il testatore stesso fissata la somma da consegnare all'incaricato, nel qual caso però l'erede ha pur sempre il diritto di ottenere il rendiconto e di farsi restituire quanto per avventura sia avanzato (1).

Che se i funerali non sieno stati fatti dall'erede, nè da un incaricato del defunto, ma da un terzo, non vi è dubbio che costui ha diritto di ottenere il rimborso delle spese. Il caso più semplice è che essendovi più coeredi, uno di essi le abbia fatte nell'interesse della eredità. Ed allora coll'*a. familiae erciscundae*, che mira a definire fra coeredi ogni rapporto attinente alla eredità, egli avrà diritto di farsi rimborsare delle quote gravanti sugli altri coeredi (fr. 14 § 12 eod. tit.). Che se si tratti di un estraneo, possono ancor configurarsi diversi casi. Può questi aver avuto mandato dall'erede o da altri e in tal caso gli spetta l'*a. mandati*. Ove ogni altro mezzo per ripetere le spese manchi, vi è un'azione apposita, l'*a. funeraria*, la quale mira appunto a porre al sicuro chiunque si presti a compiere questo servizio alla memoria del defunto, alla religione, alla pubblica igiene. Per favorire questo scopo di altissimo interesse pubblico interviene il Pretore dando un'azione pel rimborso delle spese a chiunque abbia a sua cura effettuato il seppellimento. E tanto era forte ed energico l'intervento dell'autorità in questo caso, che esso si esplicava anche a favore di colui che avesse proceduto al seppellimento contro la volontà dichiarata dell'erede, non ostante la proibizione di questo.

§ 549.

Ulpianus l. 25 *ad edictum* — fr. 14 § 13 eod. tit.

Idem Labeo ait, si prohibente herede funeraveris testatorem, ex

(1) Cfr. Parte I, § 61, pag. 88 segg.

causa competere tibi funerariam: quid enim si filium testatoris heres eius, prohibuit? huic contradici potest: «ergo pietatis gratia funerasti». sed pone me testatum: «habiturum me funerariam actionem»: de suo enim expedit mortuos funerari. et quid si testator quidem funus mihi mandavit, heres prohibet, ego tamen nihilominus funeravi? nonne aequum est mihi funerariam competere? et generaliter puto iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget.

Secondo Labeone l'*a. funeraria* può essere accordata anche a favore di colui che ha fatto le spese ed eseguito il seppellimento contro la volontà espressa dell'erede. Ma, si noti bene, la concessione non è fatta come norma generale stabilita a priori, ma *ex causa*, ossia, quando, esaminate le circostanze del caso, appaia giusto ed equo che si restituisca all'attore quanto ha speso pei funerali. È bene tener presente ciò, perchè si suole affermare senza cautela che l'*a. funeraria* si dà anche quando la sepoltura si sia fatta con divieto dell'erede. Non manca veramente chi prende la massima in senso non assoluto. Così il Glück (1) scrive che si dà l'azione quando chi proibisce non fa egli stesso alcun preparativo. Però non parmi sufficiente una tal limitazione. A mio avviso il passo ci traccia esso stesso la via. Si adduce in prima linea l'esempio dell'erede che vieta al figlio del testatore di occuparsi del seppellimento di questo. Il caso è tipico, perchè salta subito agli occhi la stranezza della pretesa dell'erede di impedire che il figlio provveda al dovere così elementare di pietà di seppellire il padre. E qui si prevede un'obbiezione. Se il figlio agisce mosso da tale sentimento, vuol dire che intende spendere del suo, che non vuol ripetere quanto ha speso. In effetti non si può ripetere ciò che si è speso *pietatis causa* o *animo donandi* e i giuristi suggeriscono di premettere sempre una protesta sull'intento, con cui si procede (fr. 14 § 7 eod. tit.). E qui appunto il giureconsulto, ad escludere l'obbiezione, finge che si tratti di un caso in cui il figlio ha recisamente dichiarato in precedenza che ripeterà le spese. La decisione è favorevole all'attore. Anche l'altro esempio addotto non lascia luogo a dubbi. Se il defunto ha incaricato Tizio de' funerali senza ordine di pagargli una determinata somma a tal

(1) *Op. cit.*, pag. 935.

uopo e l'erede gli faccia divieto di eseguire la volontà del testatore, Tizio agirà giustamente coll'*a. funeraria* per ricuperare le spese che egli abbia fatto malgrado del divieto. E fin qui non ci è una norma generale, ma anzi dalla comparazione della proposizione iniziale cogli esempi si può trarre l'ammaestramento che è racchiuso in queste parole del Lenel (1): che, cioè, l'*a. funeraria* viene ricusata quando il seppellimento abbia avuto luogo malgrado il divieto dell'erede, a meno che non la rendano ammessibile particolari ragioni di equità. Ma la chiusa del passo cambia tono. Sebbene non troppo recisamente essa esclude che si seguano al riguardo i criteri dell'*a. negotiorum gestorum*, la quale veniva negata quando si fosse agito *prohibente domino* (2). Così che quasi pare che in fine si dica non nuocere qui di regola la *prohibitio domini*. Il che forse ha tratto in inganno gli scrittori, cui poco fa abbiamo accennato. Ma per il diritto classico si può contestare il valore della chiusa, che a mio avviso è interpolazione giustinianea. A parte l'antitesi rilevata fra essa e la prima parte del passo, osservo che gli indizi formali di interpolazione sono parecchi. Così il *generaliter*, nel senso in cui qui è adoperato, lo *iustum iudicem*, il comparativo *solutius* e altri che sarebbe lungo indicare (3). Ad ogni modo è da tener ben fermo che neppure pel diritto giustinianeo ha valore assoluto la massima, che la *prohibitio heredis* non osta all'*a. funeraria*.

La precedente esposizione ci attesta che l'erede, salvo il caso in cui abbia contrattato e dato ordini personalmente, non è tenuto per le spese funebri se non in proporzione delle sostanze ereditarie e quindi mai *ultra vires*. Ciò che del resto è vero anche per il diritto moderno (4).

§ 550.

È ancora da menzionare un altro onere ereditario siccome

(1) *Ed perp.*, § 94, pag. 183 (ed. franc., pag. 266).

(2) Anche questo diniego è controverso sia dal punto di vista storico che da quello dommatico: cfr. Cogliolo, *I principii generali della gestione d'affari*, I, pag. 327 segg.; Scialoia, *Foro ital.*, 1889, I, pag. 941 segg.; Pacchioni, *La gestione d'affari*, n. 514 segg., pag. 669 segg.

(3) Non mi pare quindi che dalla parte del passo in esame si possano trarre conseguenze per la ricostituzione della formola, come fa il Lenel, *l. c.*

(4) Cfr. Pfaff e Hofmann, *Comm. al cod. civ. austr.*, II, pag. 48 alla nota 2.

quello che colpisce l'erede come tale, ossia, l'onere, che con linguaggio moderno si chiama la tassa di successione (1). In Roma non vi fu se non transitoriamente una tassa di questa specie. È solo sotto Augusto, nell'anno 6 di C., che, dopo molte opposizioni, fu approvata una legge, che stabiliva il pagamento all'erario del 5 per 100 del valore delle liberalità testamentarie lasciate sia a titolo di eredità, sia a titolo di legato, fatta eccezione per certi parenti stretti, non bene determinati, e per le eredità inferiori a 100000 sesterzi. Questa legge è spesso menzionata nelle fonti come *lex Iulia de vicesima hereditatum*. La tassa subì varie vicende: fu da Caracalla portata al 10 per 100, poi tornò al limite primitivo. All'epoca di Giustiniano non esiste più. Vi ha chi ritiene l'abbia abolita Costantino.

La tassa naturalmente gravava sul valore del patrimonio o delle cose singole lasciate, e in ordine a' legati era usuale la dichiarazione, che dovesse farsi deduzione della tassa. Eccezionalmente si addossava all'erede l'onere di pagare la tassa anche per i legati. Un esempio di tal genere si ha nel celebre testamento di Dasumio (2). Non è qui possibile responsabilità *ultra vires*, data la proporzionalità della tassa. Resta a notare solo, che mentre la tassa che grava l'erede per la sua quota ha appunto il carattere di un obbligo legale, che colpisce l'erede come tale, quella che gli viene imposta dal testatore per i lasciti fatti ad altri ha la figura di legato o fidecommesso. E così infatti è chiamato nel testamento di Dasumio.

Infine sono a carico dell'erede tutte le altre spese che si riferiscono all'insinuazione del testamento, alla sua apertura, alla confezione dell'inventario e in genere tutte quelle necessarie per l'eredità (c. 6. 30. 22. 9). Tutte queste spese gravano sul patrimonio ereditario come tale.

§ 551.

Riassumendo, noi abbiamo degli obblighi che colpiscono l'erede come tale e che hanno la loro radice o in disposizione del testa-

(1) Cfr. sulla tassa in questione MARQUARDT (trad. franc.), *Organis. financ.*, pag. 335 segg.; GIRARD, *Manuel*, pag. 832 segg. e le citazioni di lavori speciali fatte da questi scrittori.

(2) BRUNS-MOMMSEN, *Fontes*, 6ª ed., I, pag. 272, II, 53, 54, 55, 117 segg.

tore, o in norme legali. Più che la persona dell'erede essi però gravano il patrimonio ereditario e, di regola, non possono eccedere le forze di questo. L'altra categoria di obblighi, di cui sopra abbiamo parlato, colpisce l'erede come avrebbe colpito lo stesso testatore ed i limiti della responsabilità sono perfettamente identici.

b) *nel caso di più eredi.*

§ 552.

Quando più persone sieno chiamate a una eredità, la responsabilità pei debiti ereditari è divisa di diritto fra di esse in proporzione delle loro quote ereditarie. La regola in esame è recisamente affermata nelle fonti ed è attribuita alla legge decemvirale al pari dell'altra regola per cui anche i crediti, *nomina*, sono divisi di diritto fra coeredi. Paolo, nel fr. 10. 2. 25. 13 accenna incidentalmente a questa origine: « *licet haec obligatio dividatur per legem duodecim tabularum* ». Gli imperatori Diocleziano e Massimiano (a. 294), nella c. 2. 3. 26 espongono categoricamente la massima.

Pactum successorum debitoris ex lege duodecim tabularum aes alienum hereditarium pro portionibus quaesitis singulis ipso iure divisum in solidum unum obligare creditori non potest: quod et in honorario succedentibus iure locum habebit.

Il caso configurato nel rescritto è quello di un patto per cui gli eredi di un debitore si accordano nell'addossare tutto l'onere del debito di costui ad uno solo fra di loro. Il patto non può avere efficacia di vincolare pel tutto il coerede designato di fronte al creditore. Il debito per la legge decemvirale è diviso di pieno diritto fra i coeredi in proporzione della quota a ciascuno di essi toccata. Onde l'azione del creditore non potrà essere rivolta contro ciascuno se non per la quota ad esso acquistata.

L'effetto della disposizione decemvirale è evidente. In luogo di una sola obbligazione vi sono più obbligazioni per sè stanti, autonome; in luogo dell'antico debitore vi sono più debitori, ciascuno de' quali risponde personalmente dell'obbligazione risultante dalla partizione legale e ne risponde col suo patrimonio non colla sola quota toccatagli. Ciò esclude in via di principio i crediti e i

debiti dal giudizio di divisione, perchè collo *iudicium familiae erciscundae* si può chiedere solo la divisione di quanto non è ancora diviso: e crediti e debiti sono divisi per opera della legge (fr. 10. 2. 4 pr., 25. 1).

Naturalmente il principio della divisione di diritto cessa di fronte agli obblighi indivisibili. In tal caso si seguono le solite regole fissate per questi obblighi. Il creditore può convenire ciascuno de' coeredi per il tutto, salvo il regresso a costui verso gli altri.

§ 553.

Però nulla vieta che le parti si accordino o il giudice nel dividere ordini, che un credito torni per intero a vantaggio di uno dei coeredi, o un debito gravi integralmente sopra uno solo di essi. Non per ciò tuttavia il coerede designato diventa senz'altro creditore per il tutto di fronte al debitore, o debitore per il tutto di fronte al creditore. Vi osta il principio che il credito è intrasmessibile in modo diretto, vi osta il riflesso che senza sua volontà non si può al creditore imporre un debitore invece di più. Tutto ciò appunto perchè oramai l'originario credito si è frazionato in tanti crediti ben distinti per quanti sono gli eredi e l'originario debito si è frazionato in tanti nuovi debiti per sè stanti per quanti sono gli eredi. Ma quel che non si ottiene direttamente, si può conseguire per via di ripieghi. Il coerede, cui fu assegnato l'intero credito, agirà in parte in nome proprio, in parte quale procuratore degli altri coeredi; il coerede, cui fu addossato l'intero debito, potrà essere convenuto parte in nome proprio, parte in qualità di procuratore degli altri coeredi. Tutto ciò viene esposto con precisione ed esattezza nel passo seguente.

Gaius l. 7 *ad edictum provinciale* — fr. 10. 2. 3.

Plane ad officium iudicis nonnumquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido aliis alia adtribuat, quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet. nec tamen scilicet haec adtributio illud efficit, ut quis solus totum debeat vel totum alicui soli debeatur, sed ut, sive agendum sit, partim suo partim procuratorio nomine agat, sive cum eo agatur, partim suo partim procuratorio nomine conveniatur. nam licet libera potestas esse maneat creditoribus cum singulis experiundi, tamen et his libera po-

testas est suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata sunt.

§ 554.

La partizione in proporzione delle quote ereditarie avrà pure luogo riguardo all'onere de' legati? Naturalmente resta fuori questione il caso in cui il testatore stesso abbia indicato uno fra gli eredi come solo obbligato alla prestazione. Ma il dubbio sorge vuoi se egli nulla abbia detto al riguardo, vuoi se abbia designato non uno solo, ma alcuni fra gli eredi come gravati del legato, vuoi infine se, avendo gravati tutti dell'onere, li abbia designati tutti individualmente. Le fonti si presentano al riguardo incerte e talora non del tutto in armonia, e la dottrina fino a questi ultimi tempi non ha saputo trovare soluzioni sicure, sia dal punto di vista storico che dal dommatico (1). La difficoltà sta in ciò, che col fatto di avere nominato individualmente alcuni eredi, o anche di averli nominati tutti, può sembrare che il testatore non li abbia gravati nella loro qualità di eredi, ma come individui qualunque, così che non vi sarebbe più ragione per tenerli vincolati in proporzione delle quote loro toccate, ma si dovrebbe trattarli ad una stessa stregua ed onerarli in parti virili. Tal che il problema si riduceva a stabilire se i gravati del legato lo erano o no come eredi. Accertato che come tali fossero chiamati, non vi era dubbio di sorta che la responsabilità dovesse commisurarsi alla quota. Modestino (l. 1 *responsorum* — fr. 33 pr. *de leg.* II. [31]), afferma senza esitare:

legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis competit.

§ 555.

Così che quando il testatore abbia gravato in genere gli ***heredes***, o, secondo la formola usuale, ***quisquis mihi heres erit***, o nulla avesse detto al riguardo, la responsabilità degli eredi si determinava a stregua della quota. Il Ferrini (2) però osserva che questa proporzione era logicamente rigorosa nel caso di legato *per vindi-*

(1) Per quanto segue vedasi soprattutto Ferrini, *Legati*, pag. 118 segg.
(2) *L. c.*, pag. 121.

cationem, perchè l'onere consisteva nel fatto che alle rispettive quote veniva sottratta la parte della cosa legata che senza di ciò sarebbe spettata a' singoli eredi, mentre nel legato *per damnationem* dal comando del testatore derivava agli eredi l'obbligazione di dare. « Che tale obbligazione si commisuri alla proporzione della quota, potrà nella maggior parte dei casi rispondere alla presumibile volontà del testatore; ad ogni modo nulla vi ha che costringa ad ammetterlo. E nel vero sembra che in origine la giurisprudenza romana fosse oscillante; prevalse però l'accennata presunzione e l'esempio del legato di proprietà ».

Comincio dal dichiarare che non trovo traccia alcuna di quella esitanza che l'illustre collega di Pavia attribuisce a' giureconsulti. Il dissenso fra questi si è sempre limitato al caso in cui vi fossero le designazioni individuali sia di tutti, sia di alcuni degli eredi, accompagnate o no dalla qualifica appunto di eredi. Il dubbio in tal caso era fondato sulla incertezza se la denominazione individuale non stesse ad escludere il riguardo alla quota, facendo o scomparire o passare in seconda linea la qualità ereditaria. Quando la precisione del linguaggio giuridico era spinta fino allo scrupolo, se non fino alla pedanteria, e non solo gli atti erano compilati col soccorso del giureconsulto, che adoperava ogni cura per porre tutte le cautele nell'interesse della parte che lo consultava, ma il linguaggio giuridico nella sua tecnicità era familiare al cittadino anche mediocremente colto, si capisce come nell'interpretare la volontà si ponesse mente ad ogni menoma gradazione nell'espressione, persuasi che le parole non erano mai adoperate a caso, ma con uno scopo ben determinato. Naturalmente i criteri d'interpretazione dovevano mutare col mutare delle condizioni sociali, coll'affievolirsi del tecnicismo giuridico, colla invalsa maniera di esprimersi. Come in altri campi, così qui la giurisprudenza si guardava dal sottilizzare sull'uso d'una parola non necessaria, ponendo mente sopra tutto alla volontà nella sua sostanza. È allora che si comincerà a discutere se il nominare in tutto o in parte gli eredi, se il far procedere o seguire ai nomi questa qualifica abbia rilevanza per la questione della misura della responsabilità (1). Ma

(1) V. fr. 124 *de leg.* 1° [30] (Neratius l. 5 *membranarum*); fr. 54, § 3 eod. tit. (Pomponius l. 8 *ad Sabinum*); fr. 45, 2. 17 (Paulus l. 8 *ad Plautium*). fr. 86, § 1 *de leg.* 1° [30] (Iulianus l. 34 *digestorum*); fr. 66, § 5 *de leg.* II [31] (Papinianus l. 17 *quaestionum*). Per maggiori ragguagli, oltre che al FERRINI, *l. c.*, rinviamo

tutta questa discussione muove appunto dal presupposto inconcusso, che, ove diversa volontà non risulti, la responsabilità è degli eredi come tali e conseguentemente proporzionale alle quote. Ciò mostra che i giureconsulti non ebbero mai quella esitanza, cui accenna il Ferrini. In verità non vi è nulla di più naturale che i pesi sieno proporzionati a' vantaggi e quanto al legato *per damnationem*, e in genere al legato di obbligazione, deve avere servito di modello la norma decemvirale relativa a' debiti. La responsabilità come eredi deve in ogni caso commisurarsi con eguale criterio, in relazione alla quota per cui si è eredi.

Certamente nel legato *per vindicationem* questa proporzionalità è portata dalla logica rigorosa. Più eredi, chiamati in diversa proporzione, vengono necessariamente a perdere sulla cosa legata le quote che proporzionalmente sarebbero loro spettate sovr'essa. E se il testatore abbia espressamente dichiarato che il legato è a carico di alcuni soltanto fra gli eredi, vuol dire che il legatario avrà sulla cosa una quota proporzionale alla somma delle quote spettanti a' gravati, mentre le altre quote resteranno libere agli eredi non gravati (1). Così che nel legato di proprietà la designazione di alcuni eredi soltanto non impone a costoro l'onere di tutto il legato, ma restringe il legato alle parti corrispondenti alle loro quote. Ma non credo che le norme di questo legato abbiano esercitato alcuna influenza e neppure sollevato dubbi quanto al legato di obbligazione (2).

---

al WINDSCHEID, III, § 626, n. 3, nota 11 e al DERNBURG, III, § 103 in f. (della 5ª ediz. ed anteriori. Nella 6ª il D. si contenta di rinviare alle edizioni anteriori).

(1) Cfr. fr. 81, § 1 *de leg*, I [30] (Iulianus l. 32 *digestorum*) e sovr'esso FERRINI, pag. 119 segg.

(2) In particolare non credo che il citato fr. 45, 2, 17 si riferisca ad un dubbio sull'applicazione del S. C. Neroniano, sebbene in tal senso sia anche BRINZ, 2ª ed., III, § 422, nota 4, pag. 375, nota 6, pag. 376. Non è giusto il far richiamo allo « *hereditas eos obligat* », perchè da esso non deriva che *solo* la qualità di eredi li obblighi senza che vi sia *damnatio*, ma che in tanto sono tenuti in quanto sono eredi. E ciò è vero anche del legato per *damnationem*. Il richiamo al *legari ab aliquo* non decide, perchè è comune alle forme tutte di legato. Mentre per il legato di obbligazione stanno il *debituros*, l'*obligari*, che, sebbene da soli non siano decisivi, hanno qui maggior efficacia perchè riuniti e ad ogni modo accennano più tosto ad obbligo personale.

§ 556.

Il sistema romano della divisione *ipso iure* dei debiti fra gli eredi è gravido di pericolose conseguenze. Nè ciò sfuggì a' giureconsulti. Basti rammentare che nel fr. 10. 2. 3. pr., da noi sopra riferito (1), Gaio osserva: «*saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet*». E il riflesso giustissimo dello stesso Gaio (l. 9 *ad ed. provinciale* — fr. 15. 1. 27. 8), fatto a proposito di colui che ha contrattato con uno schiavo appartenente a più padroni, per permettergli di agire solidalmente contrò ciascuno di questi, calza benissimo al caso del creditore che, avendo contrattato con un debitore, si vede costretto ad aver che fare con molti eredi come debitori per sè stanti di una sola quota: «*est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit*». È questo il rimprovero che il Suarez, l'autore del diritto territoriale prussiano muove al sistema romano: «dover correre dietro a dieci debitori invece che ad uno soltanto» (2). Ma ben più grave è il pericolo che corre il creditore di vedersi sfuggire una o più parti del patrimonio, su cui avrebbe potuto integralmente soddisfare le proprie ragioni se avesse avuto un solo debitore. Pongasi che Tizio sia creditore di 500 verso Sempronio. Questi muore lasciando un patrimonio di 1000 a cinque eredi in parti eguali. Quanto sopra abbiamo esposto mostra che, come conseguenza dell'acquisto dell'eredità, vi sono oramai cinque crediti di 100 ciascuno, ben distinti l'uno dall'altro, aventi ciascuno come garanzia i singoli patrimoni che si vengono a formare per la confusione del patrimonio di ciascun erede colla quota ereditaria toccata. La sorte de' diversi crediti è oramai autonoma, e può avvenire che per la insolvenza del patrimonio dell'erede resti insoddisfatto uno dei crediti. Così che mentre presso gli altri coeredi vi sono 400 dell'eredità liberi e che avrebbero coperto la quota non pagata dal quinto se il patrimonio avesse continuato a funzionare come comune garanzia, il creditore viene a perdere in tutto o in parte la quota del suo credito contro il coerede insolvente. Le fonti non esitano di fronte a questa conseguenza evidentemente poco equa. Il fr. 33 pr. *de leg.* II [31], di cui sopra riportammo

(1) V. sopra § 553.

(2) Citato dal Baron, *Arch. per la prat. civ.*, LXXV, pag. 259.

la prima parte, così continua: « *nec pro his qui solvendo non sunt onerari coheredes oportet* » (1). È vero che il passo, come vedemmo, tratta de' legati. Ma la cosa è certa, a più forte ragione, riguardo ai debiti veri e propri. L'unico ripiego in questi casi è la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede. Ma neppure con questo si ha fondata certezza di evitare l'inconveniente.

§ 557.

Questi difetti del sistema romano hanno provocato contro di esso critiche acerbe. Si è di fronte ad esso esaltato il sistema del diritto germanico, che non tiene per entità separate le quote dei coeredi, ma considera l'eredità come un tutto di cui fanno parte i crediti e su cui si soddisfano integralmente i creditori. Questo sistema, con maggiori o minori divergenze ne' particolari, è nel diritto territoriale prussiano, e, molto attenuato, nel codice austriaco. Nella lunga preparazione del nuovo codice civile germanico fu vivissima la lotta fra i due sistemi. Il primo progetto seguiva sostanzialmente l'indirizzo romano, forse esagerandone ancora gli inconvenienti. Contro di esso fu quasi unanime la dottrina. Il secondo progetto cambiò di sana pianta il sistema accostandosi decisamente al prussiano. Il codice ha sanzionato questa disciplina, che è abbastanza complicata per poter essere esposta qui incidentalmente. In sostanza però vi è la responsabilità solidale di ciascun coerede entro i limiti delle forze ereditarie e salvo il regresso verso gli altri. Il nostro codice, come già il francese, ha seguito completamente il sistema romano (art. 1027, 1029) [cod. abr.: ora art. 752, 754]. Senza mutare sostanzialmente indirizzo adottando il concetto germanico, così poco rispondente alle nostre tradizioni, così complicato da aver prodotto nella pratica prussiana gravissime contro versie, e pur serbando le linee così logicamente armoniche e praticamente semplici della disciplina romana, si sarebbe potuto arrecare un rimedio per le gravi conseguenze pratiche da noi sopra accennate, facendo ricorso nella responsabilità di fronte ai terzi allo stesso ripiego adottato nell'articolo 1036 u. cpv. [c. abr.: ora art. 759 u. cpv.] per la responsabilità tra coeredi. Si sarebbe, cioè, potuto stabilire che, pur restando divisi *ipso iure* i debiti fra i coeredi, in caso di non solvenza di uno di questi la parte per cui è obbligato debba essere

(1) Cfr. fr. 34, 1, 3 nel rescritto riferito in ultimo.

ripartita fra tutti i coeredi solventi, sia pure solo entro i limiti delle forze ereditarie.

c) *Modificazioni alla responsabilità normale per i debiti.*

§ 558.

La confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede, date le conseguenze che mano a mano siamo venuti esponendo, può bene spesso riescire di molto dannosa vuoi a' creditori del defunto e dell'erede, vuoi all'erede stesso. I creditori di una persona solvibile ricevono certamente danno se il patrimonio del loro debitore si venga a confondere con quello di altra persona oberata di debiti, tanto se questa persona diventi erede di quella, quanto nel caso inverso. Nel primo caso la iattura è pei creditori del defunto, nel secondo per quelli dell'erede. Ancora: l'erede può trovarsi impigliato nel ginepraio di una *damnosa hereditas* e, tenuto com'è *ultra vires hereditatis*, può veder sorgere la sua rovina dalla confusione de' due patrimonii. L'antico diritto nella ferrea rigidità della logica inesorabile non si preoccupava di queste paurose eventualità. Il diritto pretorio, qui come in tutto il campo del diritto privato, si adoperò per scemare quanto più era possibile gli inconvenienti. È ad esso che si deve la tutela de' creditori del defunto delusi nelle loro legittime aspettative. Ai creditori dell'erede, come meglio diremo fra poco, non si fece mai buon viso, nè per essi si volle derogare alle solite norme. A pro degli eredi non si provvide decisamente se non da Giustiniano, non potendosi considerare come rimedio veramente efficace il *tempus ad deliberandum*, che era soltanto un rimedio preventivo, nè riparava a' danni dell'accettazione già avvenuta.

d) *La « satisdatio suspecti heredis » e la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede* (1)

§ 559.

A favore dei creditori del defunto il pretore introdusse due

(1) Per questo argomento possono consultarsi: WINDSCHEID, *Pand.*, III, § 607;

rimedi: la cauzione imposta all'erede sospetto per le tristi sue condizioni finanziarie e la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede. Di solito gli scrittori non mettono fra di loro in relazione i due rimedi. Il Ferrini, come meglio diremo, ha il merito di aver tentato il ravvicinamento dei due istituti (1). Ha cercato di imitarlo il Solazzi (2), giungendo però a diverse conclusioni.

Quale fosse la portata dell'editto *de suspecto herede* non è chiaro. Gaio (IV, 102) parla di questa *satisdatio* a proposito dell'azione intentata da un creditore del defunto contro l'erede di dubbiosa solvibilità e pone questo caso a paro dell'altro in cui si agisce contro una persona a danno della quale siavi stata procedura esecutiva. Dell'opportunità o meno di imporre l'obbligo di dare cauzione giudica il pretore ponderate le circostanze del singolo caso: «*quem prætor suspectum aestimaverit*». Ulpiano tratta di questo istituto nella sua opera *de omnibus tribunalibus* e precisamente nel libro secondo in un passo che ci è conservato nel Digesto (fr. 42, 5, 31). Egli non pone espressamente in relazione questo rimedio colla proposizione dell'azione per parte di un creditore, ma nel principio del passo così si esprime:

Si creditores heredem suspectum putent, satisdationem exigere possunt pro suo debito reddendo. cuius rei gratia cognoscere praetorem oportet nec statim eum satisdationis necessitati subicere debet, nisi causa cognita constiterit prospici debere his, qui suspectum eum postulaverunt.

§ 560.

Come si vede, più tosto che un episodio dell'azione intentata contro l'erede, si ha qui una vera e propria *postulatio suspecti* fatta dai creditori, a quanto pare anche collettivamente, per ot-

---

Brinz, *Pand.*, 2ª ed., III, § 398; Dernburg, *Pand.*, III, § 170; Oertmann, *Riv. di Grünhut*, XVII, pag. 257 seg., *Ann. per la dogm.*, XXXIV, pag. 87 seg.; Baviera, *Storia e teoria della separatio bonorum*, in *Studi e documenti di storia e diritto*, XX (Roma 1899), pag. 4 seg., *Commodum separationis* (Bologna 1901); Ferrini, *Arch. giuridico*, LXIII, pag. 544 seg. *Bullettino dell'istituto di D. R.*, XIII, pag. 32 seg.; Solazzi, *Butt.*, XI, pag. 248 seg., XIII, fasc. II, VI.

(1) *Bull.*, pag. 32 seg.

(2) *Butl.*, XIII, pag. 20 seg. (dell'estratto).

tenere una garanzia. La decisione non è una semplice conseguenza della domanda, ma il risultato di una diligente indagine istituita dal pretore. Questi, secondo ci avverte il § 1 del passo, non deve procedere cogli stessi criteri con cui si giudica nella *postulatio suspecti tutoris*. Il tutore è sospetto e verrà deposto dalla carica se risulterà che fraudolentemente conduce l'amministrazione affidatagli, se siavi fondato timore che colludendo con terzi venga a porre in pericolo le ragioni del pupillo. In proposito non è rilevante la condizione economica del tutore. Può essere ricchissimo e rendersi colpevole di malversazioni, come può essere poverissimo e ad un tempo probo e rigido amministratore. Per contro l'erede è *suspectus* per le sue sole condizioni patrimoniali: « *solae facultates* ». Sia pure onestissimo, non è meno vero che la insolvenza sua pone in pericolo le ragioni dei creditori. Però la rettitudine del contegno dell'erede non è senza peso. Nel § 2 Ulpiano osserva che la semplice insolvenza può essere decisiva quando, non sì tosto accettata la eredità, il pericolo ha mosso i creditori alla richiesta di garenzia. Ma se dopo molto tempo, senza che vi sia un mutamento nelle condizioni economiche dell'erede, dopo che questi ha tenuto la eredità senza doglianze per parte de' creditori e senza che si possa provare l'esistenza di fatti dolosi a carico suo, gl'interessati si risvegliano e pretendono la *satisdatio* del debitore, il Pretore non dovrà seguirli in questa loro pretesa. Del resto non sempre il Pretore deve pronunciare l'obbligo della garanzia anche se non vi sia ritardo nella richiesta dei creditori. Egli può provvedere anche con altro mezzo. Se il chiamato alla eredità si è comportato rettamente e il solo motivo della richiesta è nella povertà di lui, basterà vietargli qualunque alienazione di cose ereditarie: « *contentus esse praetor debet, ut iubeat eum nihil minuere* » (fr. 31 § 4 cit.). Di fronte alle due possibili imposizioni del magistrato l'erede può obbedire o meno. Se obbedisce e dà cauzione idonea, o, nel caso di divieto di alienare, non aliena, le cose vanno lisce. Ma egli può rifiutarsi a dar cauzione, o, rispettivamente, può procedere ad alienazioni. Nel primo caso il Pretore ordinerà la immissione de' creditori ne' beni ereditarii (1) e la vendita di questi. Nel secondo caso l'alienazione

(1) Il § 3 del fr. 31 dice: « *bona hereditatis possidere venumque dari ex edicto suo (Praetor) permittere iubebit* ». Il FERRINI (*Bull.*, pag. 5, nota 2) congettura che *here-*

sarà nulla, a modo che il ricevente non potrà servirsene neppure come titolo per l'usucapione se conosca il divieto (fr. 41, 4, 7, 5).

§ 561.

Per meglio chiarire, in quanto sia possibile, la natura di questo istituto non sarà inutile riferire alcune congetture recenti sulla trattazione di esso nell'opera ulpianea. Il compianto prof. Pernice (1) ritiene che Ulpiano incominci colla trattazione di un gruppo di funzioni straordinarie del *praetor urbanus*, delle quali alcune sarebbero passate allo speciale pretore delle tutele. Quel gruppo costituirebbe un'unità, sia esteriormente, sia interiormente. La trattazione del *suspectus heres* si spiegherebbe naturalmente per la relazione di questo col *suspectus tutor*. Ma non già perchè il *suspectus* abbia identica portata nei due casi, ma, trattandosi di un'opera di carattere processuale, per la identità del procedimento da seguirsi. Questa identità sarebbe completa, poichè si tratterebbe sempre di una *cognitio* in seguito a *postulatio* e si finirebbe pure egualmente con un *decretum*. L'autorità competente sarebbe nei due casi il *praetor urbanus*.

Il Lenel (2) non professa un'opinione troppo sicura sulla rubrica sotto cui doveva stare questa trattazione nell'opera *de omnibus tribunalibus*. Egli si limita ad accennare in via dubitativa a varie ipotesi possibili. « *Sub rubr. de satisdationibus? de missionibus? de officio ad hereditates pertinente?* ». Come si vede, manca qualsiasi accenno ad una possibile relazione coll'editto *de suspecto tutore*.

---

ditatis sia parola interpolata. La cosa può ammettersi perchè, come vedremo, nel nostro istituto non vi è separazione di patrimonii. Ma il FERRINI, che ravvicina le due figure, dovrebbe, a parer mio, non così facilmente far getto di quella parola per il diritto classico. — Il *permittere* riesce abbastanza strano. Il MOMMSEN nella sua edizione ne propone la cancellazione. Il LENEL (*Paling.*, II, pag. 994, n. 2265, nota 4) è incerto se sia da considerare la parola come glossema o se debba in sua vece leggersi « *pro portione Praetor* » ad indicare appunto la vendita in massa per un tanto per cento da pagarsi a ciascuno dei creditori.

(1) *Riv. per la fondaz. Savigny*, XIV, pagg. 175, 178.

(2) *L. c.*, n. 3.

§ 562.

A me sembra certo prima di tutto che la cauzione contemplata da Gaio non possa confondersi con quella trattata da Ulpiano. Il primo, come vedemmo, parla di un incidente in una lite pendente : di una cauzione da imporsi a certi convenuti, sia per la natura dell'azione proposta, o sia per la qualità della persona citata. Il secondo invece espone una forma di garanzia indipendente da ogni giudizio pendente, rivolta non già a favore di una sola persona, dell'attore, ma a favore di tutti i creditori postulanti. Là è una cautela per la esecuzione di una eventuale condanna, qui un mezzo rivolto ad assicurare i creditori del defunto, mezzo che si esplica con maggiore o minore energia secondo le circostanze.

Quanto alla congettura del Pernice bisogna esaminarla con molta cautela. Certamente essa non si attaglia alla cauzione contemplata da Gaio, perchè, come dicemmo, non si tratta di un procedimento speciale, autonomo, costituente una particolare competenza del Pretore urbano, ma di un incidente nel procedimento normale contro il *suspectus heres* iniziato da qualunque creditore. Ulpiano sicuramente non parla qui di questo caso. Ma anche per l'altro mi pare inverosimile il nesso fra il *suspectus heres* e il *suspectus tutor*. È ben vero che tanto a questo punto, quanto nell'altra sua opera sull'editto, al libro LXI (1), Ulpiano fa il paragone fra il significato di *suspectus* riguardo al *tutor* e quello relativo all'*heres* e ne segna con cura la differenza. Ma appunto ciò si spiega coll'indentità dell'aggettivo che poteva trarre in inganno. Se la trattazione del *suspectus tutor* si fosse fatta subito prima non vi era bisogno di questa spiegazione perchè già uno de' significati era determinato. E del resto la circostanza che anche nel libro LXI *ad edictum* si ripete il paragone sta a mostrare che il paragone è indipendente dalla connessione sistematica, perchè certamente a questo punto dell'editto non si parlava di *suspectus tutor*. Nè mi fa impressione l'osservazione del Pernice, che si sia qui riunita questa trattazione per l'identità del procedimento relativo ai due casi e per l'identità della competenza del *praetor*

(1) Cfr. Lenel. *Ed. perp.*, § 211, pag. 338 ; *Paling.*, II, pag. 788, n. 1408.

urbanus. Dati pure i punti comuni voluti dal Pernice, i quali del resto non sono comuni a questi due rimedi giuridici soltanto, resta fra l'una e l'altra figura una disparità così profonda da non poter ammettere che una abbia richiamata l'altra. La *postulatio suspecti tutoris* è quasi un procedimento penale, ha carattere popolare e può essere persino inutile il proporla perchè il Pretore può deporre il tutore d'ufficio (1). Essa finisce appunto colla deposizione del tutore infedele, la quale non può essere evitata neppure colla *satisdatio* (fr. 26, 10, 5, 6). Invece nel caso nostro si tratta di una semplice misura conservativa, che proprio in prima linea mira alla *satisdatio*. Del resto dall'esame dei passi, onde constano i primi due libri dell'opera ulpianea (2), mi pare non resti confortata l'ipotesi del Pernice. Il primo libro e parte del secondo pare fossero dedicati alla trattazione della tutela, e, dato il carattere dell'opera, al lato processuale della medesima. Si noti in proposito che del *suspectus tutor* si parla nel primo libro, mentre si continua a parlare della tutela nel secondo. Ciò mostra che per lo meno la esposizione della *satisdatio suspecti heredis* non andava congiunta direttamente alla *postulatio suspecti tutoris*. Tra i passi del secondo libro ve ne è uno relativo alla *iurisdictio*, di carattere generale. Ciò posto è impossibile congetturare con qualche probabilità la vera ragione della posizione del nostro istituto a questo punto. Anche le proposte congetturali del Lenel, ci lasciano pieni di dubbi. In casi simili è meglio astenersi da ogni affermazione o supposizione.

§ 563.

Il Ferrini (3) congettura che la garanzia in questione fosse limitata al solo erede legittimo. Questa sua opinione si collega coll'altra che a suo luogo esamineremo, secondo cui la *separatio* a favore de' creditori del defunto, non avrebbe luogo se non riguardo alle successioni testamentarie. Secondo la causa della successione, diverso sarebbe stato il rimedio a favore de' creditori. Solo il diritto giustinianeo avrebbe fatto scomparire ogni diffe-

(1) Cfr. FADDA, *L'azione popolare*, I, n. 34, pag. 41 seg.
(2) V. LENEL, *Paling.*, II, pag. 992 seg.
(3) *Bull.*, pag. 5.

renza, applicando i due rimedi a' due casi. Noi potremo formarci un esatto criterio su questo punto, quando avremo studiato la dottrina della separazione. Qui però già possiamo osservare, che se nulla osta a ritenere, che nel fr. 42, 5, 31 i compilatori abbiano cancellato il particolare riferimento alla successione legittima, non si può però dire altrettanto del passo di Gaio, che parla della *satisdatio* dell'erede sospetto. Per quanto si tratti di una applicazione incidentale della *satisdatio*, questa non potrebbe esorbitare dalla cerchia normale. Ora Gaio parla di *heres* in genere, ed egli, che ha rilevato così energicamente la differenza fra successione legittima e testamentaria riguardo alla *in iure cessio hereditatis* (Gaio II, 35, 36) — esempio appunto addotto dal Ferrini per mostrare la possibilità di differenze fra i due ordini di successioni — non avrebbe mancato qui di notare la specialità del rimedio per la eredità legittima.

§ 564.

Il rimedio più energico, introdotto per ovviare alle conseguenze che i creditori del defunto risentirebbero per la confusione del patrimonio di questo col patrimonio di un erede non solvente, è appunto quello della separazione dei due patrimoni, a modo che i creditori del defunto continuino ad avere nel patrimonio di questo la garanzia delle loro ragioni. Il buon fondamento di questo rimedio non si può porre in dubbio. In effetti, quando dall'accettazione dell'eredità e dalla confusione che ne consegue deriva un danno per l'erede, questi non può dolersi, perchè poteva ponderar bene le conseguenze del fatto suo e non incamminarsi per una via così cosparsa di triboli e spine. Ai *sui et necessarii*, che non per loro volontà si venivano a trovare gravati dall'eredità, si provvide colla *facultas abstinendi*; al *necessarius*, allo schiavo, cioè, istituito erede dal suo padrone, si venne in soccorso col permettergli, come dicemmo già (1), di sottrarre a' creditori del defunto quanto egli veniva ad acquistare in seguito. Come dunque non provvedere anche all'interesse de' creditori del defunto? A questi non si può fare rimprovero alcuno perchè hanno seguito la fede del defunto, hanno fatto conto

(1) V. sopra § 312, pag. 40 seg.

sul patrimonio di questo per il loro soddisfacimento, e si veggono ora imposto un debitore al quale non hanno conceduto la loro fiducia, e che può essere una persona insolvente, di mala fede (1). Ma, naturalmente, queste considerazioni, fondate sul bisogno di assicurare il credito, appartengono ad un periodo in cui la evoluzione del concetto di eredità ha già fatto lungo cammino. Esse sono inconcepibili in un sistema che dall'assunzione della qualità di *heres* deriva inesorabilmente la successione in tutti i rapporti attivi e passivi.

§ 565.

Si suole comunemente parlare di *beneficium separationis*. La espressione non è nelle fonti. Recentemente si è proposta come tecnicamente rispondente alle fonti la locuzione *commodum separationis* (2). In effetti questa ricorre in Ulpiano (fr. 42, 6, 1, 10) ed in Gaio (II, 155), a proposito della separazione concessa allo schiavo erede necessario, si parla di *commodum*. Ma certamente non ha carattere tecnico. Gaio adopera l'espressione non per la tecnicità sua, ma come contrapposto all'inconveniente derivante da ciò, che i beni del defunto si vendevano in nome dell'erede: «*pro hoc tamen* incommodo *illud ei* commodum *praestatur etc.*». Ed anche in Ulpiano si parla di *commodum*, come noi diremmo vantaggio, senz'annettervi importanza tecnica di sorta. Quel che è indiscutibile è che *separatio* e *separare* sono tecnicamente adoperati a designare la funzione e l'effetto di questo rimedio giuridico.

Ma si ponga mente che Gaio, nel parlare del soccorso arrecato dall'editto allo schiavo, non adopera mai queste espressioni che poi divennero tecniche pel nostro istituto. Questa circostanza, rilevata tanto opportunamente dal Baviera (3), avrebbe dovuto per lo meno rendere esitante il giovane e valoroso romanista prima di affermare, del resto coi più, che la separazione a favore de' creditori del defunto deriva dal rimedio a favore dell'erede

(1) V. Hofmann, *l. c.*, pag. 567.

(2) V. Hofmann, pag. 569 e il Baviera, che appunto ha intitolato così il suo ultimo scritto sull'argomento.

(3) *Commodum*, pag. 19.

necessario. È ben vero che nel fr. 1 § 18 del titolo *de separationibus* (42, 6) Ulpiano parla di separazione a proposito dell'erede necessario. Ma è da ponderar bene la maniera con cui egli ne parla (1).

Item sciendum est necessarium heredem servum cum libertate institutum impetrare posse separationem, scilicet ut, si non attigerit bona patroni, in ea causa sit, ut ei quidquid postea adquisierit separetur: sed et si quid ei a testatore debetur.

Nel commentario all'editto, Ulpiano si indugia lungamente a trattare delle persone alle quali è accordata la separazione. Dopo una esposizione confusa anzichenò, e largamente intercalata con altre questioni estranee a quella della legittimazione attiva, viene ad escludere i creditori dell'erede. Poi soggiunge, nel passo che ora esaminiamo, che invece lo schiavo erede necessario può chiedere anch'egli la separazione, a modo che, se non si sia immischiato nell'eredità del patrono, si tenga separato a favor suo quanto acquisterà dopo diventato libero.

Si soggiunge che si separa anche quanto il padrone doveva allo schiavo. Com'è chiaro dal modo con cui Ulpiano si esprime, secondo lui lo schiavo può giovarsi della *separatio*, come di un rimedio preesistente. Non è possibile affermare che la *separatio* de' creditori dipenda da quella data al *necessarius*, quando invece si dice così chiaramente, che quell'istituto è applicabile anche al *necessarius*. Non dico che, in senso inverso di quel che si suol sostenere, si possa affermare essersi applicata al *necessarius* la benigna riserva degli acquisti posteriori solo dopo che la *separatio* fu introdotta a favore dei creditori e sul modello di essa, sebbene non si possa neppure escludere ciò. Ma anche se i due istituti sono sorti separatamente, indipendenti l'uno dall'altro, il passo rende possibile la congettura che la *separatio* de' creditori sia stata estesa al *necessarius* a canto al rimedio proprio di que-

(1) Della *bonorum separatio* a favore del *necessarius* parla Ulpiano anche nel fr. 4, 4, 7, 5. Credo che neppure qui abbia significato tecnico e mi spiego l'uso dell'espressione in base alla circostanza che si tratta di un *minor* restituito *in integrum* contro la confusione derivata dall'essersi egli immischiato nei *bona patroni*. Quando la restituzione ha luogo, essendo decorso alquanto tempo, vi è già un patrimonio acquistato dal *necessarius* e quindi due patrimonii attuali e confusi. Onde la facilità di ricorrere al concetto di separazione, che è fuori luogo quando si tratta di riservare al liberto il patrimonio che si formerà in avvenire.

sto riferitoci da Gaio. Il che certamente esclude che a' creditori si sia provveduto sull'esempio del *necessarius*.

§ 566.

Per determinare il rapporto storico fra i due istituti non credo utile far troppo conto sul rapporto dommatico che passa fra essi. È spesso pericoloso lo argomentare dal punto di vista astratto quando si tratta di questioni d'indole storica. Fra le due separazioni del resto sono più differenze che punti comuni. A vero dire anzi il punto comune è solo questo, che non ostante il principio della confusione de' due patrimoni, questi vengono tenuti distinti per un certo scopo. E dicendo senz'altro i due patrimoni, diciamo cosa senza dubbio inesatta, perchè nel momento della morte del testatore il *necessarius* non ha altro patrimonio che quello lasciatogli. L'effetto della separazione consiste nel rendere immune dalla persecuzione de' creditori quanto il liberto verrà acquistando dopo per causa non ereditaria. In sostanza coincide coll'effetto dell'astensione dei *sui et necessarii*, quando questi alla morte del padre non avessero già un peculio castrense e quindi dovessero ancora formarsi un patrimonio. Però le ultime parole del fr. 1 § 18 accennano ad un elemento patrimoniale, che sussisterebbe a favor dello schiavo, già vivente il padrone, e che effettivamente verrebbe separato a suo favore alla morte di questo. Vogliam dire de' debiti che per avventura il padrone avesse verso lo schiavo. Ma il Baviera (1) sostiene con molto calore che questa parte del passo sia fattura tribonianea, fondandosi sopra indici formali e sopra ragioni intrinseche. Vi sarebbe il *debetur* all'indicativo, mentre dipendendo dallo *scilicet ut* dovrebbe adoperarsi al soggiuntivo. Con quell'aggiunta poi si verrebbe a fondere il *commodum* dello schiavo con quello dei creditori, ammettendosi la esistenza di due patrimoni attuali. Le parole finali rimarrebbero fuori del corso logico delle idee espresso da Ulpiano, a cui si attaccherebbero artificiosamente con l'avversativo *sed*, costituendo una gravissima contraddizione. Infatti se lo schiavo prende cosa a lui dovuta dal padrone *attingit bona patroni*, epperò non potrebbe avere la separazione, secondo ci avverte la prima parte del passo.

(1) *Commodum*, pag. 18 segg., 23 segg.

§ 567.

Ritengo che l'argomentazione del Baviera poggi tutta sull'equivoco. L'indice formale non vi è, perchè il *debetur* non è retto dallo *scilicet ut.* La proposizione finale sta a sè e si sottintende evidentemente *separetur,* come fu già avvertito da altri (1). Ma l'equivoco fondamentale sta nel credere che con la frase incriminata si alluda alla separazione dei creditori. E' evidente infatti che non si tratta qui di separare il patrimonio del defunto perchè lo schiavo possa valersene come garanzia del suo credito, ma di separare il suo credito per sottrarlo a' creditori del defunto. Vuol dire che lo schiavo avrà come suo patrimonio anche ciò che gli è dovuto dal padrone. Così che con ciò non si viene a smentire il principio che i creditori per obbligo naturale non possono chiedere la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede. Nè coll'attribuire allo schiavo ciò che gli è dovuto si viene a farlo mischiare nel patrimonio del padrone, escludendolo quindi dal favore che gli si concede. Se infatti il credito viene separato da quel patrimonio, l'erede non *attingit bona patroni.* Così che non possiamo convenire col Baviera nell'attribuire le parole finali del passo a' compilatori.

§ 568

Ma se le due separazioni hanno quel punto comune, esse, come accennammo, differiscono profondamente. Infatti per il *necessarius* si tratta di conservargli quanto acquisterà, per i creditori di non perdere l'esclusività della garanzia sui beni del debitore defunto. Là si vuole appunto escludere i creditori del defunto da un patrimonio che non è quello del loro originario debitore, qui si mira invece ad escludere i creditori dell'erede dal potersi soddisfare sul patrimonio del defunto. Ma, ripetiamo, queste differenze profonde non sono quelle che ci impediscono di credere che il rimedio a favore de' creditori sia stato modellato su quello a favore del *necessarius.* Storicamente il semplice punto di analogia, cui sopra abbiamo accennato, può essere stato più

(1) V. SCHULTING-SMALLENBURG, *ad h. l.*

che sufficiente per stabilire la derivazione. E nella storia del diritto romano non mancano esempi numerosi di questo successivo lavorio di svolgimento in base ad analogie lontane.

Per me ha importanza il fatto che nelle fonti i due istituti o non sono posti in relazione, o, se vengono posti in relazione, ciò si fa più tosto nel senso di una anteriorità del rimedio accordato ai creditori, come abbiamo visto nel fr. 1 § 18.

§ 569.

Determinare, sia pure con molta approssimazione, il momento storico in cui le due separazioni furono introdotte non mi pare possibile. Il Baviera (1) crede di potersi fondare su Gaio (II, 154) per un punto di partenza sicuro. Noi abbiamo visto (2) come vi sia stato qualche giurista che sostenne doversi liberare lo schiavo dalla *ignominia* della vendita de' beni del padrone fatta in suo nome: « *quia non suo vitio sed necessitate iuris bonorum venditionem pateretur* ». E non era piccola l'autorità di chi sosteneva ciò, trattandosi di Sabino. Ma Gaio soggiunge: « *sed alio iure utimur* ». Il Baviera afferma che l'« *aliud ius* consisterebbe nel *commodum* », ossia, nella separazione a favore dello schiavo liberato e istituito. Dunque, dice egli, fino a quel punto il servo non ne godeva ancora. Ma è una congettura infondata. Gaio con quelle parole non ci dà se non una nozione negativa: che non si accettò la conclusione di Sabino. Questo e non altro significano sempre nelle fonti le parole « *sed alio iure utimur* ». È adirittura arbitrario il dire, che se quella opinione non prevalse, dunque dovette esservi la *separatio*. Questa è esposta da Gaio come un compenso per l'*ignominia*, ma senza precisare tempo. E ad ogni modo, se anche quelle parole avessero il significato voluto dal Baviera, non direbbero però già che solo a quel punto fu introdotta la *separatio*. Anzi l'*alio iure uti* accenna più tosto ad una pratica invalsa. Noi possiamo solo riconoscere che la *separatio*, tanto a favore del *necessarius* quanto dei creditori, esisteva già a' tempi di Labeone, il quale vi accenna nel fr. 42, 8, 10, 10.

---

(1) *Commodum*, pag. 20.

(2) V. sopra § 312, pag. 40.

§ 570.

La separazione ha luogo a favore de' creditori del defunto e di tutti questi senza distinzione del titolo su cui si fonda il loro credito. Il fr. 1 § 1 h. t. parla di *creditores* in genere, senza distinzione di sorta. Papiniano (l. 12 *responsorum* — fr. 4 h. t.) insegna che questo rimedio spetta anche ai creditori a termine e ai condizionali.

Creditoribus, qui ex die vel sub condicione debentur et propter hoc nondum pecuniam petere possunt, aeque separatio dabitur, quoniam et ipsis cautione communi consuletur.

Questo passo non crea difficoltà per la decisione in sè, ma per la motivazione contenuta nella parte finale (1). Sul significato di questa *cautio communis* non regna accordo. E' antica opinione (2), che qui si accenni alla *missio in possessionem*. E in proposito si rammenta il fr. 42, 4, 6 pr. « *in possessionem mitti solet creditor et si sub condicione ei pecunia promissa sit* ». E all'osservazione che lo stesso Paolo nel fr. 14 § 2 eod. tit. dice proprio l'opposto, rispondono che la *missio* si dà ai creditori condizionali come misura cautelatoria, non già perchè possano procedere oltre alla *venditio bonorum*. Il Baviera (3) da prima intendeva il fr. 4 nel senso che si potesse chiedere la *separatio* da' creditori condizionali anche se il debitore-erede desse una cauzione a tutti. Poi (4) accolse l'antica opinione poco fa accennata. Il Solazzi (5), seguendo l'interpretazione più usuale, assume, che il testo altro non dice se non che la *separatio* è una *cautio communis*, che profitta anche ai creditori condizionali, e però può anche essere chiesta da essi. E' pure frequente (6) il riferimento di questa *cautio*

(1) Fa difficoltà anche il *creditores, qui . . . debentur*. La Haloandrina e la Vulgata hanno *quibus* invece di *qui*. Cuiacio, *in lib. XII resp. Pap.* (ed. neapol., IV, 1347) *ad h. l.*, difende questa espressione, che pure chiama *insolens locutio Papiniani*. Secondo il grande romanista, come si dice *solvi creditores* quando ad essi si paga, così si dice « *deberi creditores cum eis pecunia debetur* ». *Et nihil est praeterea*, conclude egli.

(2) Cuiacius, *l. c.*; Schulting-Smallenburg, *ad h. l.*

(3) Nella prima edizione del suo studio pag. 17, 19, 44.

(4) *Commodum*, pag. 23, nota 3.

(5) *Bull.*, XI, pag. 253.

(6) Cuiacio, *l. c.*; Voigt, *Storia del d. r.*, II, § 113, pag. 710, nota 39.

communis alla *satisdatio suspecti heredis*, di cui sopra abbiamo parlato.

Veramente non mi pare che valga la pena di tanta disputa su questa espressione così semplice. Si tratta, secondo Papiniano, di spiegare perchè la *separatio* viene accordata a' creditori a termine o sotto condizione. E la spiegazione sta in ciò che con questa *cautio communis* si provvede *anche* ad essi. Vuol dunque dire che questa espressione deve accennare ad un mezzo giuridico rivolto *anche* a tutela de' creditori in questione. Ora rimedio comune a' creditori condizionali è sia la *missio in possessionem*, sia la *satisdatio suspecti heredis*. Così che si può ben ammettere l'allusione all'uno e all'altro rimedio. Dubbiosa assai mi pare invece la spiegazione comune, accettata dal Solazzi. E' un ragionamento curioso quel che si verrebbe ad attribuire ad Ulpiano. La *separatio* si accorda anche a' creditori condizionali, perchè con questo rimedio si è voluto giovare anche a loro. Credo che Ulpiano non sarebbe troppo fiero della scoperta che gli si attribuisce. Però non nascondo che forse in tal senso possono avere inteso il passo anche i Greci. I Basilici infatti così rendono queste parole (1). αἰτεῖ χωρισμὸν δι᾽ἀσφάλειαν. *Separationem postulat propter cautionem.* Il creditore condizionale si avvale di questo rimedio per la garanzia, per la sicurtà che esso accorda. E certamente sotto questa forma il concetto sarebbe più spiegabile.

§ 571.

Le fonti ci riferiscono che il rimedio della separazione spettava anche a' legatari.

Iulianus l. 46 *digestorum* — fr. 42, 6, 6 pr.

Quotiens heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare bonorum separationem aequum est, ita ut, cum in (2) *creditoribus solidum adquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quaeratur.*

Papinianus l. 12 *responsorum* — fr. 4 § 1 h. t.

Legatarios autem in ea tantum parte, quae de bonis servari potuit, habere pignoris causam convenit.

(1) IX, 7, 41, (Heimbach, I, pag. 474).

(2) Lo *in* è certamente da cancellare.

Il modo stesso con cui si esprimono questi passi mostra, che la concessione della separazione a' legatarî non è qualche cosa che discenda dal concetto di questa e quindi non si sia data già fin da principio. Certamente se la cosa potesse considerarsi solo dal punto di vista astratto non militerebbero pei legatarî le ragioni che abbiamo accennate pei creditori. L'interesse del creditore è fuori questione. I legatarî non possono dolersi di mancata aspettativa, perchè non hanno accordato la loro fiducia alla persona del defunto, non hanno fatto conto sul patrimonio di questo. Nell'interesse dei legatarî si era del resto già provveduto, accordando la *missio in possessionem* ne' beni del defunto quando non si desse ad essi la dovuta garanzia per l'esecuzione dei lasciti (1) e persino la immissione nei beni dell'erede *missio Antoniniana* per pagarsi sui frutti di questi, quando i legati non fossero sodisfatti nei sei mesi dopo l'intimazione giudiziale (fr. 36, 4, 5 §§ 16-21). Ma la *missio* non dava alcun vantaggio a' legatarî sui creditori del defunto. Epperò se, dopo che i primi l'hanno ottenuta, i secondi impetrano la separazione, questi prendono subito la prevalenza (fr. 36, 4, 5, 4). È del resto appunto quello che avvertono anche i nostri passi (2).

§ 572

Sorge questione se la separazione possa essere chiesta da' creditori dell'erede. Se ne occupa Ulpiano (l. 64 *ad edictum*) nei §§ 2, 5, del fr. 1, del titolo *de separationibus* (42, 6).

Ex contrario autem creditores Titii non impetrabunt separationem: nam licet alicui adiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem condicionem. atqui (3) *igitur adiit hereditatem debitoris mei, non faciet meam deteriorem condicionem adeundo, quia licet mihi separationem impetrare, suos vero creditores oneravit, dum adiit hereditatem quae solvendo non est, nec poterunt creditores eius separationem impetrare.*

Quaesitum est, an interdum etiam heredis creditores possunt se-

(1) Cfr. LENEL, *Ed. perp.*, § 173, pag. 297.

(2) Cfr. BONFANTE, *op. cit.*, pag. 496, n. 120; FERRINI, *Bull.*, pag. 6; BAVIERA, *Commodum*, n. 11, pag. 29 segg.; HOFMANN, pag. 571.

(3) Il MOMMSEN propone di leggere *qui*.

parationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem. sed nullum remedium est proditum: sibi enim imputent, qui cum tali contraxerunt: nisi si extra ordinem putamus praetorem adversus calliditatem eius subvenire, qui talem fraudem commentus est: quod non facile admissum est.

Il principio è recisamente affermato nella prima parte del § 2. La ragione addotta da Ulpiano è, che il debitore può rendere deteriore la condizione dei propri creditori facendo nuovi debiti e quindi aggiungendo nuovi creditori. Questo aumento di passività può derivare anche da ciò che uno accetti un'eredità oberata. Sostanzialmente non vi è divario fra il contrarre nuovi debiti e l'accollarsi quelli di una successione. È vero che il fatto dell'erede può sembrare un'offesa alla fiducia in lui riposta, e che la risposta del § 5 — peggio per chi non ha posto mente alla persona con cui ha contrattato, a cui ha fatto credito — non è vera in genere, perchè si può essere creditori per titolo diverso dal contrattuale e di fiducia nell'erede può non essere affatto questione anche nei debiti contrattuali, quando, ad esempio, il contratto fu fatto con altri a cui l'erede è succeduto. Ed infatti la ragione di Ulpiano nel § 2 e quella, quasi derisoria, attribuita pure ad Ulpiano nel § 5, hanno incontrato fra i recenti civilisti ben poca fortuna (1). Pare iniquo il non porre riparo a questa che si dice sfrenata libertà dell'erede, e si assume che se l'erede può accollarsi il debito altrui, è giusto che in prima linea si paghino col suo patrimonio i debitori propri. Comunque sia, il principio romano è incontestabile. È bensì vero che per quasi comune consenso dei più recenti scrittori sulla materia il § 2 da *atqui* in poi è fattura tribonianea rivolta a meglio spiegare il concetto. Ma la massima è affermata recisamente nella prima parte, che è senza dubbio genuina.

§ 573.

Il § 5 pone una questione speciale. Sia pur vero che di regola ai creditori dell'erede non spetta la separazione: ma potrà negarsi ad essi il diritto di impedire che la confusione dei patrimonii menomi le loro ragioni quando l'erede ha accettato l'eredità nell'in-

(1) Cfr. BONFANTE, pag. 497, n. 121 segg.

tento di frodarli? Il testo, così com'è attualmente, offre un curioso esempio di indovinello giuridico, perchè prima nega recisamente un rimedio di tal genere, poi pare conceda un intervento straordinario, eccezionale, del pretore; infine dice che anche questo intervento è una cosa ben difficile. Chi volesse regolarsi su questa risposta tortuosa finirebbe per non saper dove batter la testa. Anche qui gli studi più recenti hanno scoperta la mano de' compilatori. L'interpolazione fu da prima rilevata dal Baviera (1), che richiamava l'attenzione sul *nisi si* restrittivo e limitativo, così caratteristico nelle aggiunte de' compilatori: sul *subveniemus* al plurale e sulla poca armonia logica del § 5 col § 2. Contemporaneamente ed indipendentemente il Bonfante (3) rilevava l'emblema, senza però accennare a ragioni specifiche, ma accennando sopra tutto alla eccessività del motivo addotto a giustificare il diniego.

Il Ferrini (2) accetta l'avviso del Baviera adducendo ancora altre prove. Lo strazio della sintassi (*nisi si... putamus* e il *subvenire* senza termine di rapporto) lo decide del tutto. E non esito a ritenere anch'io l'interpolazione, parendomi che difficilmente si trovi un passo in cui sieno accumulati tanti indizi dell'intervento tribonianeo, sia per la sostanza, sia anche per la forma. Credo che a' rilievi del Baviera e del Ferrini si possa aggiungere, che anche le espressioni *cum* TALI, TALEM *fraudem*, sebbene non sia l'aggettivo in tal senso ignoto ai classici, sono però troppo rispondenti al linguaggio delle costituzioni giustinianee (4). Talchè possiamo con sicurezza affermare che il diritto classico non ammette alcun rimedio a favore dei creditori dell'erede danneggiati dall'accettazione dell'eredità fatta da costui, neppure quando l'accettazione è stata fatta proprio allo scopo di danneggiarli.

§ 574.

È in relazione con questa questione il fr. 1 § 6 h. t., in cui

(1) *Storia e teoria della sep. bon.*, pag. 20 seg. V. ora *Commodum*, pag. 32.
(2) *Op. cit.*, n. 122, pag. 497.
(3) *Arch.*, pag. 544.
(4) Cfr. EISELE, *Contributi alla storia del diritto romano*, pag. 229 segg.

è discusso anche della possibilità che la separazione sia accordata all'erede stesso.

Sed si quis suspectam hereditatem dicens compulsus fuerit adire et restituere hereditatem, deinde non sit cui restituat, ex quibus casibus solet hoc evenire, et ipsi quidem desideranti succurri sibi adversus creditores hereditarios subveniemus: hoc et divus Pius rescripsit, ut perinde testatoris bona venirent, atque si adita hereditas non fuisset. Creditoribus quoque huiusmodi heredis desiderantibus hoc idem praestandum puto, licet ipse non desideravit, ut quasi separatio quaedam praestetur.

Il caso contemplato è quello di un erede istituito coll'obbligo di prestare un fedecommesso consistente nell'intera eredità. L'erede non avendo alcun interesse ad accettare può rifiutare l'eredità e far così cadere il fedecommesso il quale, come si sa, in tanto regge in quanto sia accettata la eredità su cui grava. Per tal modo si verrebbe a frustrare la volontà del defunto. Onde l'erede veniva costretto ad accettare l'eredità e a restituirla al fedecommessario. Ma per giovare a costui poteva eventualmente arrecarsi grave danno all'erede. Può infatti venire a mancare la persona a cui favore si dee fare la restituzione e per tal modo, non effettuandosi questa, l'erede verrebbe a trovarsi contro sua volontà rivestito della qualità ereditaria e potrebbe essere tenuto responsabile in proprio per un'eredità dannosa. Anche a ciò fu provveduto e l'iniziativa pare dovuta ad un rescritto del divo Pio, di cui è menzione nel passo e che più partitamente è esposto altrove dallo stesso Ulpiano (l. 4 *fideicommissorum* — fr. 36. 1. 11. 2). Siccome non è giusto *damno adfici, qui rogatus* (1) *adit hereditatem*, così si provvide a che la *venditio bonorum* del defunto si facesse in nome di questo, come se l'eredità non fosse stata accettata. Alle parole del nostro testo: «*ut perinde testatoris bona venirent, atque si adita hereditas non fuisset*», rispondono perfettamente quelle del cit. fr. 11 § 2: «*perinde permittatur venumdari bona..., ac si heres ei non exstitisset*». Vuol dire che il rimedio praticamente consiste in ciò, che si procede come se adizione non vi sia stata. Io non voglio qui discutere se a ragione lo Ubbelohde (2) scorga in questo rimedio un'applica-

(1) *Coactus*? Cuiacio.

(2) *Arch. per la prat. civ.*, LXI, pag. 68.

zione della *restitutio in integrum*. Certo per esso si giunge allo stesso risultato che con questa si sarebbe ottenuto, come si giungerebbe nel caso eccezionalissimo di venia accordata ad uno maggiore di età da Adriano (1).

§ 575.

E fin qui il testo non ci parla di separazione. Ma l'ultima parte sembra che vi accenni. Non solo l'erede in questione, ma anche i suoi creditori possono domandare la stessa cosa: *hoc idem*, sebbene egli non l'abbia chiesta. Così che, secondo le parole finali, si ha quasi una separazione. È facile immaginare come queste parole e la decisione a favore dei creditori dell'erede abbiano posto in grave imbarazzo gli interpreti. Da' più si osserva trattarsi di un caso eccezionalissimo e che ad ogni modo non costituisce vera separazione (2). Il Solazzi (3) scorge nella decisione un'applicazione dei principii della revoca degli atti fraudolenti. Vi sarebbe il danno, in quanto da ciò che il debitore non fa uso della facoltà accordata dal rescritto e lascia confondere il suo patrimonio coll'eredità oberata, deriva l'impossibilità del sodisfacimento dei creditori. Vi sarebbe il *consilium fraudis*, dimostrato da ciò che l'erede, il quale *suspectam hereditatem dicens* non voleva accettarla e dovette essere costretto a ciò fare, sa benissimo che confondendosi i due patrimoni i suoi creditori ne soffriranno danno.

Non credo che si sia sulla buona via. Lascio da banda l'avviso di coloro che parlano di concessione eccezionale. Se la concessione vi fosse, sarebbe certo tale. Ma con ciò non si è fatto un passo innanzi. Nemmeno mi pare decisiva la congettura del Solazzi. Osservo in prima linea che avendo respinto nel § 5 la proponibilità di un mezzo di revoca della adizione a favore dei creditori dell'erede, Ulpiano non avrebbe poi ammesso qui questo caso speciale senza un accenno qualunque di spiegazione. Ma, ciò che più monta, non è nemmeno vero che per ciò solo che l'erede ha dichiarato sospetta la eredità e si è rifiutato all'accet-

(1) V. sopra § 397.

(2) Cfr. Baviera, *Commodum*, pag. 33 seg.; Oertmann, *Ann.*, pag. 92 seg.

(3) *Bull.*, XIII, pag. 8 e l'altro lavoro suo *Revoca degli atti fraudolenti*, pag. 8.

tazione tanto che lo si dovè costringere, egli sia in mala fede non chiedendo l'applicazione del rescritto *divi Pii* se il fedecommessario viene a mancare. Egli può frattanto essersi ricreduto, aver fatto un diverso apprezzamento delle forze ereditarie, essere stato anche per una ragione grave impedito dal far ricorso al rescritto. Tutto ciò prova che la scienza dell'insolvibilità non è assoluta. Quindi non si può parlare di revoca senza un accenno esplicativo. E ad ogni modo non mi pare possibile ritenere che Ulpiano, il quale così decisamente nega la possibilità della revoca nel caso di frode provata, voglia ammetterla qui dove la sicurezza della scienza manca.

§ 576.

È piuttosto anche qui da richiamare l'attenzione sulla maniera con cui i compilatori hanno trattato il testo. Il sospetto dell'interpolazione fu manifestato già dal Fabro (1) Il Baviera (2) ritiene interpolate le parole *et ipsi quidem... hoc.* Il Ferrini (3) vi aggiunge a ragione le precedenti parole *ex quibus casibus solet evenire,* che il Lenel (4) vorrebbe considerare come glossema. Ma sopra tutto l'illustre collega di Pavia considera come interpolata tutta la parte finale. In realtà tutto conduce a persuadere che i compilatori, come hanno rimaneggiato la prima parte del passo, così abbiano addirittura aggiunto la seconda. Lo *huiusmodi* è un indice molto noto, su cui non occorre insistere. Il *desiderantibus* e il *desideravit* diventano sospetti, già per ciò che è fattura tribonianea il *desideranti* della prima parte, se bene il *desiderare* per sè non dia luogo a dubbi (5). Inoltre non sono certo troppo classici nè l'*hoc idem,* nè il *quasi separatio quaedam.* Quest'ultima espressione, colla sua incertezza ed imprecisione, accenna decisamente all'opera de' compilatori. Non si tratta di una separazione vera e propria concessa a' creditori dell'erede, ma di

(1) *Conieclur.*, XVIII, 8.

(2) *Storia e teoria,* pag. 22.

(3) *Arch.*, pag. 544 seg.

(4) *Paling.*, II, pag. 745. Il Mommsen (*ad h. l.*), propone la cancellazione delle parole *ex quibus casibus.* Forse che il testo resta meno guasto?

(5) Cfr. Kalb, *Latino dei giurisli,* pag. 60.

qualche cosa di analogo, di carattere indefinito. Quell'istinto di equità che spinse così spesso Giustiniano a intervenire senza ponderare troppo se e quanto le sue riforme fossero in armonia colla logica del sistema, lo ha pur qui deciso a consentire quello che il diritto classico non avrebbe mai ammesso. Così che il nostro passo non prova affatto che la separazione sia stata accordata all'erede o a' suoi creditori.

§ 577.

A favore dell'erede pare che riconosca un diritto di separazione il fr. 6 § 1 h. t. (Iulianus l. 46 *digestorum*).

Si liberta heres instituta bonorum possessionem secundum tabulas petisset eius, qui solvendo non est, quaesitum est an bona eius separari ab hereditariis debent. respondit: non est iniquum succurri patrono, ne oneraretur aere alieno, quod liberta petendo bonorum possessionem secundum tabulas contraxerit.

Una liberta istituita erede da una persona, le cui condizioni finanziarie sono poco floride, chiede ed ottiene la *bonorum possessio secundum tabulas* e per tal modo naturalmente viene a deteriorare la propria condizione patrimoniale. Si domanda semplicemente se i beni di lei debbano essere separati da quelli che essa ha ereditato. Il giurista risponde, che non è contrario all'equità venire in soccorso del patrono a fin che non sia gravato dei debiti contratti dalla liberta col richiedere il possesso de' beni. È utile avvertire che i Basilici (1) rendono così la decisione: «καλῶς ὁ πάτρων μετὰ τελευτὴν αὐτῆς χωρίζει τά πράγματα αὐτῆς.» «*Recte patronus* post eius mortem *separat bona eius*». Ma la cosa s'intendeva già di per sè perchè il diritto del patrono di revocare gli atti del liberto si determina nel momento della morte di questo, se in quel momento vi sia lesione del suo diritto di legittima.

Completata così la specie del fatto si ha qui una figura molto singolare. Il patrono erede della liberta ha il diritto non già di chiedere la separazione de' propri beni da quelli della defunta, ma di sciudere il patrimonio di questa in due complessi: uno,

(1) IX, 7, 43, § 1 (HEIMBACH, I, pag. 474). La circostanza è rilevata dal BAVIERA, *Storia e teoria*, pag. 23, n. 1, *Commodum*, pag. 36, nota 1.

cioè, sarebbe il patrimonio che la liberta ha ereditato, l'altro quello che essa aveva per altro titolo. Così che qui non si viene nemmeno a riconoscere il diritto dell'erede di chiedere la separazione de' beni proprii da quelli del defunto, ma si giungerebbe a disapplicare il principio, da noi più sopra dimostrato (1) che chi accetta l'eredità di una persona con ciò stesso assume gli obblighi di tutti coloro cui questa persona è mediatamente o immediatamente succeduta.

§ 578.

Il testo ha fatto sempre difficoltà agli interpreti. Ma di solito si finisce per ritenere che, pur in via affatto eccezionale, la separazione può anche essere chiesta dall'erede. Ciò naturalmente, non è molto sodisfacente. Una spiegazione razionale fu recentemente proposta dal Solazzi (2). Egli parte dall'impossibilità della separazione a favore dell'erede in genere e congettura che una circostanza eccezionale deve spiegare qui il rimedio accordato al patrono. E a suo avviso due potrebbero essere queste circostanze, sebbene nulla se ne dica nel passo. La prima sarebbe quella di una adizione fatta dalla liberta in frode del patrono. Mentre i creditori non possono colla *Pauliana* ottenere la revoca di una adizione fatta in frode loro, come non possono ottenere quella delle obbligazioni assunte in frode loro, il patrono potrebbe coll'*a. Fabiana* far revocare le obbligazioni contratte dal liberto in frode di lui e quindi logicamente l'adizione dell'eredità passiva, per le obbligazioni che con essa il liberto verrebbe ad assumere. La seconda spiegazione parte dal supposto, che la liberta, di cui è parola nel passo, fosse minorenne e che per ciò il testo dovesse in origine cominciare colle parole: «*si minor liberta etc.*». Il Solazzi pone in relazione il nostro passo col fr. 4. 1. 6, e si fonda sulla congettura del Lenel (3), che le due citazioni di Giuliano nell'uno e nell'altro testo sieno sbagliate. Nel nostro si dovrebbe leggere *libro XLVII* invece di *XLVI*, nel fr. 6 cit. invece di *libro XVII* dovrebbe stare *libro XLVII*.

(1) V. sopra § 529 seg.
(2) *Bull.*, XIII, pag. 8 seg.
(3) *Paling.*, I, pag. 443, note 2, 7.

Così che le due decisioni di Ulpiano sopra riferite, apparterrebbero allo stesso libro dei digesti giulianei, anzi, come vuole il Solazzi (1), allo stesso trattato. Nel fr. 6 Giuliano direbbe, che nel caso in cui il liberto minorenne ingannato abbia accettato un'eredità dannosa e poi sia ricaduto in ischiavitù a cagione della sua ingratitudine, il patrono che gli viene a succedere *inter vivos* ha diritto di valersi della *restitutio in integrum*, che sarebbe spettata al minore se fosse rimasto libero. Nel frammento in esame si avrebbe un caso analogo di restituzione in intiero chiesta dal patrono per la liberta minorenne, alla quale egli succede come erede. La vicinanza dei due passi nell'opera di Giuliano conforterebbe la congettura.

§ 579.

La prima spiegazione non parmi foudata. Essa parte da un supposto che il Solazzi si riserba di spiegare in luogo più opportuno, ma che per ora resta senza dimostrazione : che cioè colla Fabiana si possano revocare le adizioni fatte in frode, perchè si possono revocare le obbligazioni assunte in frode. Il fr. 38. 5. 1. 18 non prova affatto che la revoca delle obbligazioni sia possibile. Vi si parla di una promessa di restituire denari mutuandi. Si capisce che qui non si tratta di obbligazione che abbia bisogno di revoca, ma di una stipulazione senza causa che ne' suoi effetti si parifica alla donazione. Del resto se il diritto comune della Fabiana avesse ammessa la possibilità d'una simile revoca, non si spiegherebbe che Giuliano presenti la decisione come un favore tutto particolare del patrono.

La seconda spiegazione è anche più arbitraria. Com'è possibile che si sia tolta quella menzione dell'età, la quale era stata la ragione decisiva ? Anche qui poi è da rilevare che pur essendo la *restitutio* un mezzo straordinario, non si spiegherebbe perchè Giuliano presenti la decisione come una cosa affatto eccezionale. In fondo non si tratterebbe d'altro che di applicare la regola per cui al successore, se i termini non sono decorsi, è data facoltà di proporre la *restitutio* spettante al suo autore. E nel fr. 4. 1. 6, per quanto la sua parte finale sia corrotta, non al-

(1) *L. c.*, pag. 11.

tro si dice che questo, senz'accenno alla straordinarietà della cosa. Senza contare che come in questo passo, così anche nel nostro Giuliano non avrebbe mancato di accennare alla *restitutio* se di essa si fosse trattato (1).

§ 580.

Per quanto il testo abbia finora dato filo da torcere agli interpreti, credo che non tutte le difficoltà che esso offre sieno state rilevate. Pongasi mente che trattasi di *liberta* e che nel momento in cui Giuliano scriveva la condizione giuridica della liberta era tale da non offrire pericolo per il patrono, in quanto l'accettazione della eredità non poteva essere fatta dalla liberta senza l'intervento del patrono come tutore (Gaio I, 177, Ulpiano XI, 22). L'istituto anzi della tutela femminile è appunto rivolto a salvaguardia dei diritti di successione degli agnati e del patrono: «*neque per testamentum excludantur ab hereditate neque alienatis pretiosioribus rebus* susceptoque aere alieno *minus locuples ad eos hereditas perveniat*» (Gaio I, 192; Ulp. XI, 27). Vi sono eccezionalmente casi in cui il patrono non interviene, ma nel testo non vi è ombra di accenno alla specialità del caso. Così che se la questione fosse stata presentata a Giuliano nei termini indicati nel testo, il giureconsulto non avrebbe mai potuto accordare una facoltà di separazione al patrono senza l'*auctoritas* del quale l'assunzione dello *aes alienum* non avrebbe potuto aver luogo. Egli non si può ribellare contro il fatto proprio. Tant'è che il patrono non può proporre l'*a. Fabiana* quando egli abbia dato l'assenso all'atto impugnato: «*non videtur patronus fraudari eo quod consentit*» (fr. 38. 5 11). Per completare la spiegazione del passo conviene non dimenticare che di fronte alla liberta il patrono ha un diritto di successione esclusivo, che non gli può essere tolto senza sua volontà. Testamento non poteva fare la liberta *sine auctoritate patroni*, epperò questo poteva im-

(1) Sulle correzioni delle iscrizioni proposte dal LENEL osservo, che se è accettabile quella relativa al fr. 42, 6, 1, 1 non lo è altrettanto quella riferentesi al fr. 4, 1, 6. Più che nella rubrica *si suus heres erit*, mi pare che quest'ultimo rientri nella rubrica *si heres non extabit*, come appare dal confronto col n. 634 (fr. 4, 4, 11, 5).

pedire ogni lesione della sua aspettativa. Un testamento fatto senza la sua *auctoritas* era nullo. In tal caso, come anche quando neppure di fatto vi era un testamento, il patrono aveva tutta l'eredità, perchè di fronte ad una donna non vi era ostacolo degli *heredes sui*, che sono preferiti al patrono (1). Il diritto pretorio non modificò nulla in proposito (Ulp. XXIX, 2). Però la *lex Papia Poppaea* in caso di liberta avente quattro figli, la liberò dalla *tutela patroni*, e al patrono riservò una quota eguale a quella de' figli, una virile (Ulp. XXIX, 3). Ma il passo non accenna a circostanze speciali, onde noi dobbiamo credere che il patrono qui fosse unico erede, e quasi certo erede legittimo (2).

§ 581.

Per poter dare una spiegazione del passo credo che si debba far capo alla circostanza, su cui con insolita frequenza si richiama l'attenzione, che la *liberta* istituita erede non ha accettato la eredità, ma domanda o la *bonorum possessio secundum tabulas*. Ora può congetturarsi che il pretore, che certamente non prendeva le mosse dalle idee che ispiravano l'antico diritto, non abbia richiesto l'*auctoritas patroni* per accordare la *bonorum possessio*. Noi abbiamo un punto di appoggio in un campo analogo. Più sopra (3) noi abbiamo visto come il diritto imperiale abbia accordato al pupillo la *b. possessio* senza l'*auctoritas tutoris*, e come i compilatori abbiano alterato alcuni testi per introdurvi questa novità, che però doveva già da molto sussistere a' loro tempi. Ora è facile ritenere, che già molto prima il pretore, previa *causae cognitio*, abbia accordato alla liberta la *b. possessio* senza l'intervento del patrono. Così si spiegherebbe anche che per analogia si sia poscia dagli imperatori fatto altrettanto per i pupilli. Ciò posto è facile intendere che per tal modo il patrono poteva venire oltremodo onerato di debiti contro sua volontà. Ora questo poteva sembrare ingiusto di fronte ad uno che *iure*

(1) Cfr. Leist, *Contin. di Glück*, V, pag. 323.

(2) Il che andrebbe decisamente contro l'opinione del Ferrini, di cui sarà parola fra poco, secondo cui la *separatio* si accorderebbe solo in caso di successione testamentaria. Ma si tratta qui di separazione?

(3) V. § 340, pag. 76 seg.

civili avrebbe potuto impedire questa iattura col non dare l'assenso all'accettazione dell'eredità. La possibilità di chiedere la *b. possessio* senza l'*auctoritas patroni* era rivolta a beneficio della liberta, ma non già a danno del patrono. L'accordare qualche cosa di analogo alla separazione risponde qui alle ragioni di giustizia e di equità. Il patrono non ha bisogno di dimostrare, come nella *Fabiana* e nella *Calvisiana*, che la richiesta della *b. possessio* fu fatta con dolo: basta l'elemento soggettivo, il danno suo.

Questa mia congettura non esclude che il testo abbia subìto alterazioni. Entro quali limiti e a quale scopo sieno state fatte è difficile poter determinare. Tracce dell'intervento tribonianeo non mancano oltre che in quelle piccole inesattezze, che gli editori sogliono correggere come errori d'amanuense (*respondit* per *respondi*, e *debent*), anche nello *oneraretur*. Se l'espressa menzione del *separari* sia emblematica è cosa che non è possibile stabilire.

§ 582.

La separazione poteva essere chiesta tanto di fronte agli eredi testamentari quanto di fronte a' legittimi. Il contrario è stato recentemente sostenuto dal Ferrini (1) pel diritto classico. A suo avviso la separazione non sarebbe stata concessa se non nel caso di eredità testamentaria. Egli muove da ciò, che nell'Editto vi erano due casi di separazione: uno a pro dello schiavo istituito nel testamento del *dominus*, l'altro a favore de' creditori del defunto, che si sarebbero ritenuti lesi dal testamento del loro debitore, il quale aveva nominato un erede sospetto. La correlazione del duplice editto deve, secondo il Ferrini, cercarsi appunto nell'esistenza di un testamento. Si fa richiamo in prima linea a ciò, che, pur trovandosi parola in qualche passo delle fonti giustinianee di «*creditores hereditarii*» senz'altro (c. 7. 72. 2), non si trova mai esplicita menzione di successione intestata; che d'altra parte, dei vari casi speciali contemplati nelle fonti nessuno presuppone una successione intestata, parecchi accennano esplicitamente alla testamentaria. Così si ricordano del titolo i fr. 1 § 4: «*adversus* municipes... *separatio*» (2); 1 § 6:

(1) *Bull.*, pag. 1 seg.

(2) I *municipes*, così si assume, non possono diventare eredi se non per testamento.

«testatoris *bona*»; 1 § 7 «substituti *bona*»; 1 § 8: «*heredem scripserit*»; fr. 6 pr.: «*creditores* testatoris»; fr. 6 § 1: «*liberta heres instituta*». Ma sopra tutto il Ferrini fa richiamo al fr. 1 § 17 h. t., di cui fra poco dovremo occuparci, nel quale Ulpiano, esponendo un principio generale, parla di «*bona* testatoris» e di «*creditores* testatoris», mentre nella seconda parte, che è fattura tribonianea, si sostituì «*bona* defuncti e «*creditores* defuncti». Ciò, dice il Ferrini, non può essere casuale. Proverebbe adunque che nel diritto classico la separazione era rivolta contro i testamenti, mentre il diritto giustinianeo l'avrebbe estesa a qualunque specie di eredità, A sussidio si osserva, che vi sono altre gravi differenze tra le due specie di successione e che nessun rimprovero può farsi a chi ha lasciato che la sua successione avesse il suo corso naturale, mentre può ravvisarsi riprovevole l'atto di chi ha, con pericolo de' propri creditori, ordinato che la successione propria fosse raccolta da persona sospetta. Vi sarebbe un provvedimento analogo, quanto alla tendenza, alla revoca degli atti fatti in frode dei creditori, sebbene il mezzo e i requisiti sieno diversi. Nè i creditori sarebbero senza tutela nel caso di successione intestata: a tal uopo varrebbe la *cautio suspecti heredis*, di cui abbiamo già parlato.

§ 583.

Che le fonti rendano verosimile la congettura del Ferrini non parmi che si possa concedere. Ben a ragione notava il Solazzi (1) che la più parte dei passi in cui si parla di successione testamentaria contemplano casi che appunto non ammettono si parli della legittima. Così là dove è questione di sostituzione e di legati, che implicano necessariamente una disposizione di ultima volontà. Il fr. 1 § 6, come vedemmo (2), non tratta del caso nostro. Il fr. 6 § 1 è anzi contrario al Ferrini, e la espressione, che egli cita, si riferisce non all'eredità della liberta, ma a quella dell'autore di essa. Ad ogni modo anche qui non si tratta di separazione a favore di creditori. Il fr, 1 § 17 offre bensì quella differenza di terminologia: ma essa si può ritorcere contro il

(1) *Bull.*, XIII, pag. 24.

(2) V. sopra § 574 seg., pag. 369 seg.

Ferrini. Se infatti proposito dei compilatori fosse stato quello di togliere ogni differenza fra le due specie di eredità perchè non avrebbero levato dal testo di Ulpiano quelle indicazioni che specificamente accennavano a testamento? So bene che sulla precisione e diligenza de' compilatori non si può fare troppo conto. Ma si tenga presente che essi furono ben solleciti di effettuare queste sostituzioni in altri casi, come nel sostituire *pignus* a *fiducia*, *constitutum* a *receptum*, *traditio* a *mancipatio* e così via. E d'altra parte si trattava qui di aggiunta ad un testo fatta, come vuole il Ferrini, allo scopo di levare la differenza accennata. Non era logico e naturale che oltre all'aggiunta vi fosse la sostituzione? Tanto più poi la diversa locuzione si spiega ove si ammetta col Solazzi che i compilatori qui riprodussero le espressioni usate da Paolo nel fr. 5 h. t. — La menzione dei *municipes* nel fr. 1 § 4 non ha valore di sorta. Se pure col Baviera (1) e col Solazzi (2) non si voglia ritenere che nel passo non si tratti di eredi istituiti, ma di creditori dell'erede contro cui la separazione è fatta, osservo che non si parla di soli *municipes*, ma anche del *fiscus*; che i *municipes* possono succedere *ab intestato* al loro liberto; che il *fiscus* può succedere quando manchi ogni altro erede e quindi anche mancando un testamento. Infine, con molta ragione il Solazzi richiama l'attenzione sul fr. 1 § 1 h. t., in cui si fa l'esposizione del caso tipico della *separatio*. Qui non vi è un accenno a distinzione e si parla in genere di *heres*. Si può supporre un'interpolazione, ma si ammetterà anche che qualche elemento deve stare a base della supposizione e che è poco solida quella congettura che si affida alla base di sole supposizioni. Del resto vedremo fra poco come lo stesso Ferrini abbia censurato il Baviera per ciò che pose come requisito della *separatio* la insolvenza dell'erede fondandosi su ciò che nelle fonti questa è spesso, anzi sempre, menzionata. Non pare che qui vi sia, se mai, lo stesso difetto?

§ 584.

Ma l'opinione del Ferrini non ci sembra fondata anche per altri riguardi. La correlazione delle due separazioni è fondata

(1) *Commodum*, pag. 93 seg.
(2) *L. c.*

dall'illustre collega di Pavia sull'esistenza in tuttedue i casi di un testamento di fronte al quale si dovrebbe provvedere. Ma io ho già notato che per il *necessarius* il concetto di separazione non è originario e che di separazione si parla in senso improprio ( ). Così che tra i due istituti non è possibile paragone. La riserva a favore del necessario segue la stessa tendenza della facoltà di astensione conceduta al *suus*, se bene diversa ne sia la portata. E del resto, osserva giustamente il Solazzi (2), che un erede necessario può aversi solo per testamento, mentre l'erede può essere sospe to tanto se chiamato per testamento quanto se per legge.

Che la separazione avesse la tendenza dell'editto contro le frodi a danno dei creditori non si può consentire. Non credo veramente decisive le obbiezioni che al riguardo fa il Solazzi: che, cioè, il testatore poteva non conoscere le condizioni economiche dell'erede; che un mutamento ad esse relativo poteva essere venuto dopo il testamento; che, insomma il testatore può in ipotesi essere senza rimprovero. In un istituto infatti la disciplina concreta può non coincidere collo scopo suo nel senso che quella non si limita agli estremi di fatto tenuti presente nell'introdurre il rimedio giuridico. Un istituto può benissimo mirare a colpire la frode senza esigere la prova della frode, e pur applicandosi quando frode non vi sia. Per colpire più sicuramente si può anzi troncare ogni indagine al riguardo. Per quanto l'esempio che ora adduco formi oggetto delle più vive dispute, ricordo al riguardo che il possesso, secondo lo Jhering è protetto nell'interesse della proprietà, e pure nel giudizio possessorio è recisamente esclusa la prova della proprietà. Nel caso nostro può benissimo concepirsi che la separazione sia rivolta contro i possibili abusi dei testatori senza che per ciò l'editto disconosca che non sempre i testatori abusano.

§ 585.

Però se non mi persuadono queste considerazioni astratte, sono per me decisive quelle tratte dalle fonti. Queste non accennano in modo alcuno a un rimedio contro i possibili abusi.

(1) V. sopra § 563 seg., pag. 358 seg.

(2) *Op. cit.*, pag. 19.

Tanto più incredibile è la supposizione del Ferrini in quanto si toccherebbe proprio all'arca santa della successione testamentaria così favorita, così privilegiata in Roma. E mi domando se proprio risponda al *favor testamenti* romano l'affermazione del Ferrini (1) «che nessun rimprovero può farsi a chi ha lasciato che la successione avesse il suo corso naturale» Si toccherebbe all'istituto preferito senza che una ragione decisiva a ciò persuadesse. Non si capisce infatti questa distinzione fra successione testamentaria e legittima. Come se l'ereditando, che ha per parente più prossimo uno scialacquatore indebitato, non possa moralmente essere responsabile verso i creditori per non aver provveduto ad assicurare il sodisfacimento delle loro ragioni, quanto lo è il testatore che nomina un erede insolvente.

Invano si fa ricorso alla *cautio suspecti heredis* per mostrare, che alle due specie di successione si provvide con mezzi diversi (2) Già mostrammo come questa *cautio* fosse applicabile ad ogni sorta di erede sospetto. Lo stesso Ferrini riconosce che non passava alcuna relazione fra i due istituti, adducendone persino la diversa collocazione nell'editto. Lo scopo dei due istituti è completamente diverso. La *separatio* mira a conservare come garanzia esclusiva il patrimonio del defunto a' creditori di questo. La *cautio* tende ad impedire la diminuzione di un tale patrimonio per via di alienazioni e cessa quando si sia assicurati, contro questo pericolo (3). La loro funzione è diversa e l'uno senza l'altro de' due rimedi non provvede allo scopo di assicurare i creditori. La cauzione non impedisce la confusione, la separazione non impedisce che intanto che la si ottiene l'erede alieni, dissipi o confonda irreparabilmente i beni ereditari (4).

In conclusione ci pare che la separazione, anche nel diritto classico, potrà essere chiesta sia contro l'erede legittimo che contro il testamentario.

§ 586.

Potranno i creditori del defunto chiedere la separazione in

(1) *Bull.*, pag. 4 seg.
(2) V. sopra, § 563, pag. 358.
(3) Cfr. Solazzi, *Bull.*, XIII, pag. 21.
(4) Cfr. Solazzi, *op. cit.*, pag. 20.

ogni caso, o si richiederà che vi sia pericolo per il soddisfacimento delle loro ragioni? Anche questo punto forma oggetto di viva controversia (1). È disputato se occorra la non solvenza dell'erede, se debba già essere iniziata la *venditio bonorum*, e se la *separatio* non sia appunto quasi un incidente nel giudizio esecutivo.

Le fonti parlano a ogni piè sospinto di *heres qui non est solvendo, qui patitur bonorum venditionem* (2). Fu però in proposito osservato, che qui si accenna più tosto a ciò che nella maggior parte dei casi suole avvenire che non ad un vero e proprio requisito giuridicamente indispensabile; che ad ogni modo la menzione della insolvenza si spiega perchè in quei passi o si tratta degli effetti della separazione e dell'insolvenza, o di rescritti imperiali in cui si fa menzione della circostanza concreta (3). Fu anche addotta in contrario la circostanza che nelle fonti si fa la questione se i creditori del defunto, non sodisfatti sul patrimonio di questo, possano rivolgersi contro l'erede dopo pagati i creditori di costui. Ciò mostrerebbe esservi stata una *separatio* appunto contro un erede il patrimonio del quale bastava al sodisfacimento dei suoi creditori lasciando ancora un avanzo.

Alla prima obbiezione fu risposto (4) che la insolvenza o la pendenza della *venditio bonorum* trovansi menzionate in tutti i passi. In particolare poi si è fatto richiamo alle c. 7. 72. 7; 4. 6. 6, nelle quali la insolvenza è posta come condizione per la concessione della *separatio*. Anzi si osserva, che nella seconda si esige espressamente la prova di tale requisito: « *si non solvendo constituti probentur* ». Di fronte a questi passi non sarebbe più lecito dire, che si tratta di accenno alle circostanze concrete nelle quali il rescritto fu pronunciato, perchè anzi si indica la insol-

(1) Richieggono sempre la insolvenza dell'erede Brinz, *Pand.*, 2ª ed., III, § 398, nota 1, pag. 206; Baviera, *Commodum*, pag. 37 seg. e gli scrittori che egli cita a pag. 47. Ne astraggono invece Windscheid, III, § 607, nota 3; Dernburg, III, § 170, nota 3; Oertmann, *Riv. di Grün.*, cit. pag. 273 seg.; Hofmann, *op. cit.*, pag. 570; Ferrini, *Arch. giur.*, pag. 545 seg. Va ancor più in là il Solazzi, *Bull.*, XIII, specialmente pag. 23, il quale ammette la *separatio* solo quando si sia per procedere alla vendita in odio di un debitore anche solvibile.

(2) V. ora un'accurata raccolta dei passi in Baviera, *l.* c.

(3) Ferrini, *Arch.*, pag. 546.

(4) Cfr. Baviera, *Commodum*, pag. 39 seg.

venza come eventuale e all'evento di essa si allega la conseguenza della separazione.

In quanto all'argomento tratto da' passi, che discutono dell'ammissibilità dei creditori separatisti a farsi pagare sul patrimonio dell'erede dopo sodisfatti i creditori propri di costui, si risponde, che l'avanzo è costituito da beni, che per avventura l'erede abbia acquistato dopo la *venditio bonorum*, caso espressamente contemplato da Gaio (II, 155) e da Modestino (fr. 42, 3. 7). I passi stessi relativi a tale questione proverebbero che essa praticamente è trattata per un tal caso. Infatti Paolo, nel fr. 5 h. t., parlerebbe bensì di *heres idoneus*, ma la *idoneitas* si sarebbe avverata, dopo la separazione, per via di acquisti non dipendenti dalla eredità. Il che sarebbe pur confermato dalle parole finali «... *personam, quae potest donec vivit adquirere*». Anche dal fr. 3 § 2 h. t. risulterebbe, che l'acquisto ha luogo in seguito alla *bonorum venditio*, parlandosi ivi di creditori dell'erede sodisfatti, *dimissi*.

Ad ogni modo si nota che, dovendo alla concessione della *separatio* precedere una inchiesta del Pretore, *causae cognitio*, questi non l'avrebbe accordata solo per sodisfare ad un capriccio dei creditori del defunto, ma unicamente quando vi era per costoro un serio pericolo di perdere in tutto o in parte il loro credito, pericolo che non vi sarebbe senza l'insolvenza attuale o potenziale.

§ 587.

Assai più radicale è l'avviso del Brinz (1), che è stato accolto recentemente, con modificazioni, anche dal Solazzi (2). Secondo il Brinz la separazione può chiedersi solo contro l'erede insolvente ed in odio del quale si sia aperta la procedura esecutiva concorsuale. Egli richiama l'attenzione su ciò che il Digesto tratta *de separationibus* (lib. XLII, tit. 6) appunto nel procedimento esecutivo e subito dopo il titolo «*de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis*». Il Solazzi insiste vivamente su ciò che la *separatio* è quasi un incidente della procedura di

(1) *L. c.*
(2) *Bull.*, XIII.

esecuzione e si chiede allora quando si è in procinto di addivenire alla vendita. Ma mentre il Brinz prende le mosse dalla insolvenza, il Solazzi reputa questa assolutamente indifferente. Se l'erede, solvente quanto si voglia, si rifiuta, per capriccio od altro, di pagare spontaneamente, i creditori hanno diritto di procedere alla vendita. In tale condizione di cose i creditori del defunto potranno chiedere in via preliminare, che i due patrimoni sieno separatamente venduti.

§ 588.

Sono anch'io d'avviso che la *separatio* sia intimamente legata col giudizio esecutivo. Ma sono d'opinione anche che l'insolvenza non sia così indifferente come assume il Solazzi. Infatti si deve riflettere, che se pure per capriccio l'erede non paghi i suoi creditori, questi avranno bensì il diritto di iniziare gli atti per la esecuzione, ma non per ciò solo i creditori del defunto avranno diritto di chiedere la separazione. Se appunto risulta che per solo capriccio, o ad ogni modo non per insolvenza, il debitore si è rifiutato al pagamento, il magistrato, cui dopo inchiesta spetta la decisione, tenuto conto che nel patrimonio confuso vi è tanto da pagare i creditori dell'erede e quelli del defunto, non accorderà affatto la separazione. Questa non avrebbe scopo alcuno e sarebbe strano che per far contrapposto al capriccio dell'erede si desse luogo e sfogo al capriccio de' creditori del defunto, facendo due vendite invece di una sola. Non si potrà negare che il Pretore avrà conceduto la separazione solo quando dall'esame dello stato delle cose appariva probabile il pericolo per le ragioni dei creditori del defunto. Certamente non si sarà richiesta la prova matematica dell'eccedenza del passivo sull'attivo, ma si sarà proceduto con criteri pratici di approssimazione. Per questo riguardo è sicuramente da affermare che male si insisterebbe sul *probentur* della c. 4. 6. 6, sopra citata. I separatisti sono bensì tenuti alla prova: ma ad una prova che ponga in chiaro solo la probabilità dell'incapienza per parte loro. Norme rigide in tema di misura conservativa non si possono ammettere senz'andare recisamente contro lo scopo loro. A questa stregua scompaiono anche le difficoltà sollevate a proposito della menzione di avanzi riscontrati dopo il sodisfacimento dei creditori

dell'erede. Con criteri di approssimazione la possibilità di eccedenze attive è ovvia. Ma in proposito ci sembra anche sicura l'opinione del Baviera, che i passi in questione, o qualcuno di essi, lascino luogo alla spiegazione di richiesta di sodisfacimento de' separatisti su nuovi cespiti acquistati all'erede dopo la separazione. Le critiche del Solazzi per tal riguardo si riducono in massima parte ad affermazioni non ispirate a quella serenità scientifica che non dovrebbe mai mancare in simili discussioni. Ad ogni modo nel chiudere questo esame non è inutile rammentare, che se pure in tesi astratta si può fare la questione del requisito della insolvenza, in pratica non vi sarà stata mai separazione senza di questa.

§ 589.

Nell'esame della precedente questione abbiamo già accennato al modo con cui praticamente si effettuava la separazione. Occorre ora precisar meglio questo punto così controverso.

L'autorità competente a concedere la separazione era il Pretore in Roma, il Preside nelle provincie.

fr. 1 § 14 h. t. — Ulpianus lib. 64 *ad edictum.*

de his autem omnibus, an admittenda separatio sit nec ne, praetoris erit vel praesidis notio, nullius alterius, hoc est eius, qui separationem indulturus est (1).

Poichè la separazione è un accessorio della *venditio bonorum* dovrà appunto esser chiesta al pretore o al preside secondo che la *venditio* ha luogo in Roma o nelle provincie.

Sull'istanza de' creditori provvede il pretore con speciale decreto: «decreto praetoris» (fr. 1 pr. h. t.). Ma, come abbiamo osservato poco fa, il pretore accorda la separazione solo quando ve ne sia motivo ragionevole: «*ex his causis*» (fr. 1 § 1 h. t.). Onde la necessità di una preliminare indagine.

c. 7. 72. 2 — Imp. Gordianus Aristoni.

---

(1) Il Baviera, *Commodum*, pag. 62 seg., nota 1 ritiene interpolate le parole finali, dopo *notio*. Esse si riferirebbero al divieto di delegare, limitando così la facoltà di delegazione conceduta da Diocleziano nella c. 3, 3, 2, del 294. A mio avviso il *nullius alterius* è genuino, il resto è glossema. Dal modo con cui il passo si esprime mi pare che si voglia escludere ogni altra competenza diretta, non già la delegata.

Est iurisdictionis tenor promptissimus indemnitatisque remedium edicto praetoris creditoribus hereditariis demonstratum, ut, quotiens separationem bonorum postulant, causa cognita impetrent(1).

Accordata la separazione si vengono a formare due masse patrimoniali sulle quali deve sperimentarsi la procedura esecutiva. Ma appunto qui sorgono gravi questioni. Si disputa se una sola vendita avesse luogo, accordando ai creditori del defunto un diritto di preferenza sul prezzo, ovvero se si avessero due distinte vendite, con due prezzi da distribuire a favore delle diverse masse di creditori. In quest'ultimo caso sorge anche la questione, se la vendita del patrimonio del defunto avesse luogo in nome di lui o in nome dell'erede.

Quanto alla prima questione la risposta per il diritto romano non mi pare dubbia. Già in prima linea mi pare decisiva la parola stessa, perchè *separare* e *separatio* importano appunto la formazione di due distiute masse. D'altra parte per me hanno una grande importanza i passi da noi esaminati in cui, in relazione alla separazione, si trattano i casi di colui che fu costretto ad accettare un'eredità sospetta (fr. 1 § 6 h. t.), e del patrono che ottiene la separazione della eredità accettata da una liberta, cui egli succede (fr. 6 § 1 h. t.), nonchè quello dello schiavo erede necessario (fr. 1 § 18 h. t.). Noi abbiamo, è vero, mostrato che non si tratta qui di vera e propria separazione. Ma non è possibile disconoscere che i giureconsulti non ne avrebbero trattato a proposito della separazione, non avrebbero paragonato quei casi al nostro istituto, non avrebbero riguardo ad essi parlato di *separari*, di *separatio*, o, sia pure, di *quasi separatio* se nella sostanza, nel risultato pratico non vi fosse stata coincidenza. A questa stregua non può esitarsi a dichiarare che fra i due patrimoni vi deve essere stata una effettiva separazione, una costituzione di due nuclei. Il fr. 1 § 6 ci dice che i beni del testatore si vendono «*atque si adita hereditas non fuisset*». La separazione a favore dello schiavo importa la vendita a parte del patrimonio del defunto. Com'è concepibile che si potesse stabilire un'analogia fra queste figure e la *separatio*, se questa avesse fatto capo ad un semplice *privilegium exigendi* in un patrimonio unico?

(1) Sul *decretum* e sulla *causae cognitio* v. ora PERNICE, *Riv. per la fond. Sav.*, XIV, pag. 144 seg., in ispecie in nota. — Le osservazioni del BAVIERA, *op. cit.*, pag. 63, 64 sul *postulare* e sull'*impetrare* non sono rigorosamente esatte.

§ 590.

Anche la descrizione della *separatio*, che Ulpiano ci dà nel fr. 1 § 1, viene a confermare il nostro modo di vedere.

Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis: ut puta debitorem quis Seium habuit: hic decessit: heres ei exstitit Titius: hic non est solvendo: patitur bonorum venditionem: creditores Seii dicunt bona Seii sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem fieri enim potest, ut Seius quidem solvendo fuerit potueritque satis (1) *creditoribus suis vel ita semel* (2), *etsi non in assem, in aliquid tamen satisfacere, admissis autem commixtisque creditoribus Titii* (3) *minus sint consecuturi, quia ille non est solvendo aut minus consequantur, quia plures sunt hic* (4) *est igitur aequissimum creditores Seii desiderantes separationem audiri impetrareque a praetore, ut separatim quantum* (5) *cuiusque creditoribus praestetur.*

Il giureconsulto comincia coll'indicare la posizione di fatto in cui suole presentarsi la necessità della separazione. Seio ha vari creditori: muore e gli succede Tizio, che è in disastrose condizioni finanziarie, tanto che i suoi creditori iniziano il procedimento esecutivo per ottenere il sodisfacimento delle loro ragioni. E allora che i creditori di Seio, del defunto, si presentano al pretore, notando come i beni del loro morto debitore bastino al loro sodisfacimento, mentre non basterebbero se la confusione col patrimonio dell'erede si avverasse: i creditori di Tizio, dell'erede, si debbono quindi tener paghi del patrimonio di costui, che essi ebbero presente nel contrattare, senza pretendere ad un altro pa-

(1) Il MOMMSEN, seguendo alcuni antichi (v. SCHULTING-SMALLENBURG), vuol cancellare il *satis*. Nel ms. fiorentino vi è aggiunta la correzione *facere*.

(2) Per le varianti relative a questo punto v. SCHULTING-SMALLENBURG, *l. c.* O che col HERALDUS e col MOMMSEN si legga *in assem*, o col POTHIER *in solidum*, il senso non soffre dubbi; si tratta del sodisfacimento totale in opposizione al parziale.

(3) Il MOMMSEN propone di inserire qui *ii*.

(4) Il ms. fiorentino ha la correzione *hi creditores*. Il MOMMSEN vorrebbe sostituire: *aut minus solvendo quam Seius*. Il LENEL, *Palingenesia*, II, pag. 795, nota 4 ritiene che le parole «*consequantur, quia plures sunt hic,*» sieno un glossema.

(5) *Quantumcunque* MOMMSEN. Sulla lezione, proposta da altri, *quantum cuiusque*, v. SCHULTING-SMALLENBURG, *ad h. l.*

trimonio, che aveva già i suoi oneri. Per tal modo i creditori di ciascuno dovrebbero essere collocati sul prezzo del relativo patrimonio; ad ogni massa di creditori corrisponderebbe un diverso nucleo di beni. Così che in sostanza le cose procedono come se, viventi le due persone, si fossero venduti i patrimoni rispettivi de' rispettivi creditori. Questo, senza dubbio, è il significato della espressione: «*et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem*». Gli è come se si vendessero due patrimoni di due persone: del defunto e dell'erede. Onde Paolo nel fr. 5 h. t. dice: «*quasi bona defuncti vendiderunt*». In realtà non vi sono più due persone, perchè coll'adizione il centro dei rapporti giuridici è uno: l'erede. Ma i due gruppi patrimoniali, appartenenti alla stessa persona, vengono trattati come se due fossero i titolari (1). Il *quasi* adoperato da Ulpiano e da Paolo sta appunto ad indicare, che sebbene uno solo sia il titolare del patrimonio in seguito all'adizione, tuttavia si procede come se fossero due. Ossia, si ha una duplice *venditio bonorum*. Come si potrebbe dire con Paolo che gli è come se si vendessero i beni del defunto, quando si facesse una sola vendita? Se una sola persona ha un duplice patrimonio, ad ognuno di questi dee corrispondere una vendita.

L'altra parte del passo, così malamente ridotta nella sua attuale lezione, è molto probabilmente un'appendice esplicativa dei compilatori. Essa in realtà non fa che ripetere quanto già era stato detto in precedenza, e lo ripete in una forma che non è certo un modello di chiarezza. Ad ogni modo anch'essa nota la possibilità dell'incapienza per parte de' creditori del defunto in seguito alla confusione e conchiude sulla opportunità di un separato sodisfacimento de' diversi gruppi dei creditori. Ora è facile intendere come questa distribuzione del valore dei due patrimonii non possa aver luogo se non quando la procedura dia per risultato due prezzi distinti: ossia attribuisca i due patrimonii per due diverse offerte di percentuale a favore delle singole masse. E se qui non si hanno due vendite, resta a chiedere quando si potranno avere.

§ 591.

In quanto abbiamo detto finora trovasi già indicata la so-

(1) Oertmann, *Riv.*, pag. 286, *Annali*, pag. 91.

luzione dell'altra questione : se i beni del defunto venissero venduti nel nome di lui. Per quanto la separazione vi sia stata, non sono cessati gli effetti della adizione : l'erede resta sempre tale e quindi è il titolare del patrimonio del defunto. Si hanno due vendite, due nuclei di beni : ma un solo titolare. Gli è perciò che Ulpiano e Paolo adoperano il *quasi* : perchè vi è la vendita non in odio di due, ma di una persona ; perchè si vendono i beni del defunto a parte, come se tuttora vivesse, ma in odio all'erede. L'anomalia è in ciò che una sola persona è centro di due diversi patrimonii. Essa lo è in quanto lo scopo lo esige e cessa ove lo scopo venga meno. Noi abbiamo già osservato ciò combattendo l'esagerata opinione di coloro che in genere fanno perdurare nel patrimonio dell'erede il patrimonio del defunto come gruppo a sè (1).

§ 592.

Io credo che la essenza processuale della *separatio* sia quale l'abbiamo tratteggiata. Il concetto che si oppone all'avviso da noi accettato è che i separatisti non abbiano se non un diritto di essere pagati con preferenza sopra quanto si ricava dalla vendita di due patrimonii. Questa opinione è stata recentemente sostenuta con molto calore dal Baviera (2). Però le ragioni da lui addotte, per quanto ingegnose, non scuotono il mio profondo convincimento. Non stanno certo a favore di un *privilegium exigendi* i §§ 7, 8, 9 del fr. 1 h. t., nei quali non si parla di poziorità di sodisfacimento delle varie masse di creditori in essi indicate, ma di separazione a favore di ciascuna di esse del relativo nucleo patrimoniale lasciato da colui che era loro debitore diretto. Il fr. 1 § 3, che afferma *potiorem esse* il creditore separatista di fronte a colui cui fu data in pegno dall'erede una cosa del defunto, prova solo che la disposizione dell'erede non vince il diritto del separatista se non quando vi sia un'effettiva separazione, alienazione della cosa ereditaria, e che quindi la semplice costituzione di pegno consente sempre che si chiegga la *separatio*.

(1) V. sopra § 533, pag. 347 seg.
(2) *Commodum*, pag. 65 seg.

Contro il Baviera, oltre a tutte le ragioni che abbiamo addotto a provare che vi è una effettiva separazione dei due patrimonii, sta la circostanza rilevata dal Solazzi (1), che non sarebbe possibile questo privilegio senza tenere distinte le due masse di beni e far corrispondere a ciascuna il relativo prezzo. Il che importa appunto la duplice vendita da noi sostenuta. Tant'è che anche coloro i quali parlano della possibilità di privilegi esperibili sopra certe parti del patrimonio, e che fanno rientrare sotto tale concetto la separazione, finiscono per dichiarare che in tal caso sopra quella parte si apre uno speciale procedimento di concorso (2). Ed io credo del resto che anche storicamente la *separatio* dei creditori abbia preceduto l'introduzione de' *privilegia exigendi*.

§ 593.

Vi son varie cagioni per cui vien meno nei creditori del defunto il diritto di chiedere che i beni di questo sieno separati da quelli dell'erede.

Il primo caso è quello dell'accettazione che i creditori abbiano fatto dell'erede come loro debitore. La ragione in tal caso è di tutta evidenza. Chi ha riconosciuto e voluto come debitore l'erede non può più dolersi se egli deve oramai trovare sodisfacimento nel patrimonio di questo come risulta dall'adizione. Non può più addurre a suo favore la ragione che, come vedemmo, sta a fondamento della separazione, che, cioè, non deve il creditore subire le conseguenze di fatto non suo, accettando un debitore in luogo di un altro e perdendo la garanzia esclusiva su quel patrimonio che egli tenne presente nel far credito.

Praticamente l'accettazione dell'erede come debitore può avvenire in più guise. Le fonti si occupano di alcuni casi importanti.

fr. 1 § 10 h. t.

Illud sciendum est eos demum creditores posse impetrare separationem, qui non novandi animo ab herede stipulati sunt. ceterum si eum hoc animo secuti sunt, amiserunt separationis com-

(1) *Bull.*, XIII, pag. 6 seg.

(2) Cfr. WINDSCHEID, *Pand.*, II, § 272, n. 2, nota 5, 6.

modum (quippe cum secuti sunt nomen heredis) nec possunt iam se ab eo separare, qui quodammodo eum elegerunt, sed et si usuras ab eo ea mente quasi eum eligendo exegerunt, idem erit probandum.

È un passo che recentemente ha dato luogo a gravi discussioni. Il Baviera (1) è d'avviso che esso contenga la distinzione fra il caso in cui la separazione doveva accordarsi e quello in cui doveva negarsi. Se il creditore del defunto stipula coll'erede un'obbligazione nuova e tutta diversa dall'antecedente contratta dal defunto, la *facultas separandi* rimarrebbe integra: se per contro nova l'obbligazione precedente stipulando dall'erede lo stesso debito, la separazione non si concederebbe. Per sceverare l'uno dall'altro caso Ulpiano consiglierebbe di ricercare l'*animus novandi* e i vari casi addotti in seguito servirebbero appunto a mostrare con quali criteri la ricerca dovesse farsi. Così se avesse il creditore ricevuto interessi dall'erede in seguito a nuova stipulazione (*sortis et usurarum*). Così nei casi di aggiunzione di garanzie personali o reali contemplati nei §§ 11. 15 dello stesso fr. 1. Ed il Baviera, a provare che in tutte queste ipotesi si tratta sempre di novazione, adduce la celebre c. 8, 41 [42], 8 nella quale si enunciano alcune pretese presunzioni di *animus novandi* poste da' *veteres*, fra le quali vi sarebbero appunto le circostanze indicate da Ulpiano in questi §§.

§ 594.

Giustamente la opinione del Baviera è stata censurata e respinta dal Ferrini (2) e dal Solazzi (3). Il Ferrini sostiene che il passo è interpolato e congettura che originariamente suonasse così:

Illud sciendum est eos demum creditores posse impetrare separationem, qui non ab herede stipulati sunt: ceterum si secuti sunt nomen heredis, non possunt iam ab eo separare qui quodammodo eum elegerunt.

Tutta la parte relativa all'*animus novandi* sarebbe fattura giustinianea, mentre nel diritto classico l'efficacia estintiva della *stipulatio* deriverebbe dalla costituzione e forma stessa del negozio.

(1) *Commodum*, pag. 48 seg.
(2) *Arch.*, pag. 547.
(3) *Bull.*, XI, pag. 249 seg.

Dal modo con cui era concepita la formola della stipulazione si desumerebbe se essa abbia o no efficacia consuntiva: e quelle che Giustiniano nella citata c. 8 chiama presunzioni di ***animus novandi*** non sarebbero state altro se non le ragioni formali che davano alla stipulazione il carattere e l'efficacia di novazione (1).

§ 595.

Credo che la questione dell'interpolazione si possa lasciare da banda (2) e che indipendentemente da essa risulta infondato l'avviso del Baviera. Infatti il testo contempla il caso della novazione, comunque accertata, e per esso esclude la possibilità della separazione non per altro che per non esservi più un creditore del defunto, ma dell'erede. Per il caso di stipulazione accessoria il testo così com'è non ritiene che siavi accettazione dell'erede come debitore. Se la stessa cosa dovuta dal defunto viene stipulata dall'erede senza però volere rinunziare alla prima obbligazione,

(1) Cfr. FERRINI, *Enciclopedia giuridica*, v. *Obbligazione*, XII, pag. 848 seg., *Manuale*, pag. 638.

(2) Il GRADENWITZ, *Interpolazioni*, pag. 218 seg. è quello che ha sollevato la questione della genuinità dell'espressione *animus novandi*. Ma egli non è troppo reciso nel sostenere la sua opinione riguardo a tutti i passi in cui l'espressione si trova. È forse più deciso il LENEL nella sua *Palingenesia*. Presso di noi il COSTA (*Scritti in onore di Fr. Schupfer*, parte romanistica - *Animus novandi*) ha valorosamente combattuto l'opinione del GRADENWITZ pur non negando la interpolazione in certi passi. A suo avviso anche i giuristi classici si preoccupavano dell'intenzione delle parti nel determinare se la stipulazione avesse o no efficacia novatoria. Lo segue il BAVIERA, *l. c.* Il FERRINI *ll. cc.* lo confuta. La dottrina della novazione ha formato oggetto di un mio primo studio giovanile, di cui io riconosco volentieri i fondamentali difetti, e desidererei potere quando che sia ritornare sull'argomento per tanti riguardi così interessante. Qui debbo dichiarare che propendo anch'io a ritenere che l'*animus novandi* non sia stato ignoto ai classici giuristi a partire dalla scuola papinianea. Che Gaio (III, 176 seg.) desuma la novazione da elementi formali non è da negare, ma non parmi che da ciò derivi la esclusione dell'elemento intenzionale per tutto il periodo classico. Non di meno credo anch'io che spesso i compilatori abbiano intruso l'*animus novandi* nei testi, e certamente per alcuni di questi l'intervento loro è rivelato da troppi indici caratteristici. Proprio nel passo nostro ritengo anch'io l'interpolazione, ma sono più radicale ancora del Ferrini perchè, escluso il *non novandi animo*, considero come aggiunta tribonianea tutto il resto chiuso fra *celerum* ed *elegerunt*. Il *quodammodo* in ispecie è un assurdo, perchè se vi è novazione non si può dire che in certo modo ha eletto l'erede, quando oramai per volontà del creditore questi è l'unico debitore.

non si ritiene che vi sia accettazione dell'erede come debitore. In ciò mi pare siavi contraddizione con quanto è detto appresso: che cioè l'accettare garenzie reali o personali dall'erede importa seguire la fede di questo. Che è mai infatti la stipulazione accessoria a carico dello erede se non una forma di garanzia, un modo di rafforzare l'antica obbligazione?

§ 596.

Sta nello stesso ordine di idee la parte finale del §, Non si tratta già, come suppone il Baviera, di esazione d'interessi in seguito a nuova stipulazione. Il testo non parla affatto di questa nuova stipulazione, ma semplicemente pone la circostanza dell'avere accettato interessi dall'erede. Non è possibile il considerare questa parte come una spiegazione della precedente nel senso che l'avere esatto interessi sia un criterio per desumere l'*animus novandi*. Vi osta il fatto che il testo ne parla come di un caso nuovo: « SED ET *si usuras et rell.* ». D'altra parte se l'accettare interessi fosse già per sè indizio di *animus novandi*, non si capirebbe che si dicesse ancora che occorre indagare con quale intenzione gli interessi furono pagati. Invece di un esempio per risolvere la questione dell'esistenza dell'*animus novandi* ci si darebbe un nuovo problema da risolvere (1). Invece non ritengo fondata l'obbiezione del Solazzi (2), che non si tratti qui di novazione perchè Giustiniano nella citata costituzione fra le antiche presunzioni di novazione non menziona l'aggiunzione dell'obbligo delle *usurae*. Infatti Giustiniano tanto poco fa una indicazione tassativa de' singoli casi di presunzione, che dopo di essa soggiunge testualmente: « *vel aliquid fecerit ex quo veteris iuris conditores introducebant novationem* ». E ritengo che appunto uno degli indici formali della novazione fosse appunto l'aggiunzione dell'obbligo degli interessi, che certo costituisce un *aliquid novi* nel senso delle fonti. In definitiva per me il caso contemplato in questa parte è quello di un creditore che accetta interessi dall'erede relativamente al debito del defunto. Con tale

(1) È questo un nuovo argonento che mi persuade non esservi stata stipulazione. Secondo Ulpiano la stipulazione sarebbe sempre bastata a togliere la facoltà di separazione.

(2) *L. c.*

fatto si ritiene che siasi accettato l'erede come debitore. Non mi pare inutile rammentare come nel diritto giustinianeo appunto il pagamento d'interessi costituisca ricognizione di debito interruttiva della prescrizione (c. 7, 39, 8, 4) (1). Allo stesso modo qui il pagamento d'interessi è indizio di riconoscimento dello erede quale debitore (2).

§ 597.

Altro caso analogo è esposto nel § 11 dello stesso fr. 1.

Item quaeritur, si satis acceperunt ab eo, an impetrent separationem, et non puto: hi enim secuti sunt eum, forte quem movebit: quid ergo, si satis non idoneum acceperunt? et sibi imputent, cur minus idoneos fideiussores accipiebant.

Non so perchè il Baviera (3) ritenga che la *satisdatio* sia qui data per via di stipulazioni pretorie. In realtà il passo parla di garanzia personale in genere. Il fatto che il creditore ha accettato questa *satisdatio* dall'erede importa pur esso ricognizione in costui della qualità di debitore. Vuol dire che esso non fa più conto sulla garanzia esclusiva spettantegli sul patrimonio del defunto, ma se ne procura una speciale dall'erede. Può ben dirsi che il fideiussore non sia solvente. E ad una obbiezione mossa in tal senso il testo (4) risponde: danno suo se non fu abbastanza oculato; oramai egli non può più tornare indietro e disconoscere quanto ha fatto.

Quel che si dice dell'accettazione di una garanzia personale, è ripetuto nel § 15 dello stesso fr. 1 a proposito della garanzia reale.

Si quis pignus ab herede acceperit, non est ei concedenda separatio, quasi eum secutus sit: neque enim ferendus est qui qualiterqualiter, eligentis tamen mente, heredis personam secutus est.

Anche qui nell'accettare un pegno dall'erede si viene a riconoscerlo come debitore. Il senso del passo non lascia luogo a

(1) Cfr. FADDA, *Filangieri*, 1895, pag. 82.

(2) Non nascondo il mio dubbio sulla genuinità delle parole *ea mente quasi eum eligendo*. Credo sia un'interpolazione analoga a quella dell'*animus novandi*.

(3) *Op. cit.*, pag. 51.

(4) Ulpiano?

dubbi, sebbene certamente la seconda parte di esso sia tutta creazione de' compilatori (1).

§ 598.

La sostanza di tutte queste decisioni delle fonti non lascia difficoltà di sorta. Ogni qual volta vi è un fatto volontario, da cui apparisca l'intenzione de' creditori del defunto di considerare come debitore l'erede, la separazione non si dee più concedere, perchè oramai manca la ragione fondamentale. Il creditore non può dire che viene ad avere un debitore non voluto: se questo sarà insolvente, deve darne colpa al fatto suo. Questo e non altro vogliono dire le espressioni: *sequi nomen heredis*, *eligere heredem*, e simili. Dopo quanto siamo venuti dicendo, queste espressioni non sono dovute a Ulpiano. Ciò toglierebbe decisamente ad esse quel profondo significato processuale, che vorrebbe il Ferrini (2). A suo avviso esse accennerebbero al fatto che la *bonorum venditio* si compieva nel nome dell'erede quando si trattava de' beni di questo, mentre si sarebbe fatta in nome del defunto pei beni separati: *quasi defuncti bona veneant*. Noi abbiamo cercato di mostrare come la separazione, pur costituendo due diverse masse di beni da vendere a parte, non tolga l'effetto dell'adizione e non faccia cessare la qualità di erede. La separazione è un fatto transeunte, rivolto a salvare le ragioni de' creditori del defunto e che esplica la sua efficacia in quanto ciò sia necessario. Non è possibile che vi fossero due vendite con due debiti diversi. Ammettendo ciò si renderebbero inesplicabili tutte quelle espressioni approssimative che noi esaminammo, rese caratteristiche dal *quasi*. La particella perderebbe la sua ragion d'essere se si vendessero i beni di due persone e i beni del defunto in nome suo. La verità è che quelle espressioni vogliono significare solo il fatto volontario dell'accettazione dell'erede come debitore.

Ma appunto perchè il fatto deve essere volontario, non importa accettazione la chiamata in giudizio dell'erede e la relativa

(1) Il LENEL (*Paling.*, II, 796, n. 2) considera come glossema le parole finali della prima parte: *quasi eum secutus sit*. Il MOMMSEN propone di cancellarle.

(2) *Arch.*, pag. 548.

contestazione della lite. In tal caso le fonti (fr. 7 h. t., c. 7, 72, 2 in f.) concedono la separazione appunto perchè si è agito *ex necessitate* dovendo tutelare il proprio diritto. E ciò pel noto principio che non può nuocere lo sperimentare in giudizio le proprie ragioni.

§ 599.

Il fr. 1 § 13 h. t. ci indica un termine entro cui deve essere richiesta la separazione.

Quod dicttur post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium post additionem numerandum separatio non postuletur.

L'interpolazione del termine fisso di cinque anni, sospettata già dal Bonfante (1), fu dimostrata in modo irrefutabile dal Ferrini (2) ed è oramai ammessa da coloro che si sono occupati *ex professo* del nostro istituto (3). Il passo stesso dimostra che la norma effettiva era, che la separazione non si potesse richiedere quando fosse trascorso molto tempo dalla adizione. Il fatto di avere per lungo spazio lasciato che i due patrimoni stessero nella stessa persona, implica una specie di riconoscimento dell'erede come debitore (4). E poi non è prudente sconvolgere i rapporti di fatto esistenti da lungo tempo, perchè verrebbe a mancare la sicurezza di essi. Ma, come soleva avvenire in simili contingenze, il Pretore, nella *causae cognitio* che precedeva sempre la separazione, teneva presenti le circostanze del singolo caso, e da esse giudicava se più o meno il tempo trascorso poteva considerarsi quale accettazione dell'erede per debitore, e se i danni derivanti dalla separazione, appunto per essere stata chiesta così in ritardo, erano tali da sconsigliarla. Come al solito nel diritto ultimo si preferì porre un termine preciso là dove prima era fatto luogo all'apprezzamento del singolo caso.

Gli indici di interpolazione rilevati dal Ferrini sono molteplici. Poichè il giureconsulto non aveva potere di stabilire termini di decadenza, ma questi potevano derivare solo da disposizione

(1) *Digesto italiano*, art. cit., pag. 505, nota 1.

(2) *Arch.*, pag. 546 seg.

(3) Baviera, *Commodum*, pag. 47 seg.; Solazzi, *Bull.*, XIII, pag. 14.

(4) V. un caso analogo nel fr. 42, 8, 10, 10 sovr'esso Solazzi *l. c.*

edittale o imperiale, invece della espressione *ita erit accipiendum* egli avrebbe scritto *constitutum est* o altra simile locuzione. Risponde alla terminologia giustinianea il *quinquennium post aditionem numerandum*. Sarebbe una vera stranezza il dire *post quinquennium separatio non postuletur*, perchè il legislatore può impedire che una domanda fuori termine abbia effetto, non però che la si faccia. Su questo punto veramente non sarei troppo d'accordo, perchè, per quanto possa parere inesatta, è pur sempre maniera comune di esprimersi il dire che una domanda non può essere fatta dopo un certo termine. Ma ciò non toglie che il testo sia interpolato.

§ 600.

Altra causa che impedisce la separazione è la confusione delle cose dell'erede con quelle del defunto a modo da rendere impossibile in fatto la ricostituzione della loro individualità.

fr. 1 § 12 h. t.

Praeterea sciendum est, posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt, non posse impetrari separationem: confusis enim bonis et unitis separatio impetrari non poterit. quid ergo si praedia exstent vel mancipia vel pecora vel aliud quod separari potest? hic utique poterit impetrari separatio nec ferendus est, qui causatur bona contributa, cum praedia contribui non possint, nisi ita coniunctae possessiones et permixtae propriis, ut impossibilem separationem effecerint: quod quidem perraro contingere potest.

L'affermazione generale, che sta in principio del passo, non soffre dubbi. Noto solo che le parole *confusis enim* fino a *non poterit* costituiscono una mera ripetizione delle precedenti e lasciano sospettare più tosto un glossema che una vera interpolazione. E certamente se le cose ereditarie e le cose dell'erede sieno mescolate per tal modo da riescire impossibile lo sceverarle, non si può parlare di separazione, perchè una impossibilità di fatto vi osta. Il Pretore, nella disamina preliminare, terrà conto delle circostanze del singolo caso per determinare se esista o meno confusione inseparabile. Al qual riguardo ritengo che, appunto per la libertà di apprezzamento che egli aveva, avrà negato la separazione anche nel caso di grave difficoltà nel distinguere le cose. Quando da una separazione materiale delle cose, sebbene possibile,

fosse per derivare grave danno, deterioramento delle cose stesse non credo che il pretore accordasse la separazione.

§ 601.

Il passo però discende ad esempi pratici, nei quali già di prima veduta appare che confusione inscindibile non possa esservi. Come è possibile parlare di confusione fra predi? Anche fra schiavi non è il caso di aspettarla. Può sembrare che lo stesso non si possa dire per riguardo ai *pecora*, perchè, salvo il caso di animali di razze diverse o differentemente segnati o simili, è ben difficile sceverare i diversi capi di bestiame. Il Baviera (1) intende questo punto nel senso, che si separino pecore in ragione del numero che si provi avere appartenuto al defunto, non già singole pecore individualmente considerate. Non è discutibile in tesi astratta che se il defunto e l'erede avevano 500 pecore della stessa qualità la separazione si possa effettuare per numero, indipendentemente dalla individualità de' capi. Ma non è meno indiscutibile che qui non si tratta di ciò. Si ponga mente che riguardo a' *praedia* e a' *mancipia* ciò non è. E se i *pecora* sono qui addotti, come esemplificazione di una stessa regola, in una a' *praedia* e a' *mancipia*, come può credersi che per questi si tratti di separazione delle singole cose individualmente determinate, per i *pecora* di separazione in ragione di numero? Vuol dire dunque che il passo qui parla di possibilità di riconoscere i singoli capi di bestiame, come si riconoscono i fondi, come si riconoscono gli schiavi, per la loro individualità.

In questi casi non si può ammettere che l'erede eviti la separazione sotto pretesto che i beni sono confusi e commisti, perchè si tratta di cose che per regola non soffrono confusione. Solo eccezionalmente questa può avverarsi, quando, cioè, gli stabili sieno talmente confusi da non potersi trovare più i confini.

Del resto tutta la parte esemplificativa mi riesce sospetta. Troppo chiari ritengo sieno i tribonianismi. Così il *nec ferendus*, il *nisi ita* eccettuativo e del resto l'insieme del ragionamento non chiaro.

La separazione naturalmente è impossibile solo per le cose

(1) *Commodum*, pag. 57.

confuse. Tutto il resto può benissimo formare oggetto di separazione e quindi di vendita a parte pel sodisfacinento de' creditori del defunto.

§ 602.

La separazione vien meno riguardo alle cose che l'erede abbia in buona fede alienate.

fr. 2 h. t. — Papinianus l. 21 *quaestionum.*

Ab herede vendita hereditate separatio frustra desiderabitur, utique si nulla fraudis incurrat suspicio: nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent.

Il principio generale è posto nella parte ultima. Gli atti di disposizione compiuti in buona fede dall'erede nel tempo intermedio restano fermi. Ciò vuol dire che il diritto di separazione non si può di regola sperimentare di fronte al terzo. Egli ha comprato dal vero erede e fin che non si provi, che l'atto di disposizione fu posto in essere per frodare le ragioni dei creditori, l'alienazione dovrà essere rispettata. È lo stesso principio per cui nel fr. 42, 5, 6, 1 Paolo (l. 58 *ad edictum*) dichiara efficaci gli atti di disposizione compiuti in buona fede dal pupillo sull'eredità paterna, dalla quale poscia si astiene.

La decisione speciale contenuta in principio non è che una conseguenza di questa massima. Se invece di disporre di una o più cose ereditarie, l'erede abbia venduto l'eredità, contro il terzo non sarà possibile proporre la separazione, perchè il terzo ha ben comprato da chi aveva tutto il diritto di vendere. Solo coll'accusare di frode la disposizione si può aprire la via alla revoca, epperò alla conseguente separazione (1).

§ 603.

Si suol discutere se quanto meno i separatisti possono far valere le loro ragioni sul prezzo, che l'erede abbia tuttora presso di sè, ricavato dalle cose ereditarie o dall'intiera eredità. Se si dovesse seguire il criterio comunemente insegnato, che, cioè, la sur-

(1) Completamente errata è la interpretazione che lo OERTMANN, *Ann.*, pag. 86 seg., dà del passo in via preliminare. Della infondatezza si accorge lo stesso OERTMANN, che si affretta a dichiarare preferibile la interpretazione da noi accolta.

rogazione reale ha luogo riguardo alle universalità di diritto, non già rispetto a quelle di cose o a cose singole, la risposta dovrebbe essere affermativa, perchè il patrimonio del defunto, agli effetti della garanzia dei creditori, è separato come *universitas* e si vende come tale (1). Io ho altra volta (2) cercato di dimostrare l'erroneità di tale criterio. Occorre procedere per ogni singolo caso ad un esame speciale. I principii della rappresentanza e quello dell'indebito arricchimento, ora congiunti ora separati, sono decisivi in proposito. Nel caso nostro lo Oertmann (3) ha cercato nelle fonti alcuni indizi accennanti all'applicazione del principio della surrogazione reale. Egli si richiama al fr. 5 h. t., in cui si dice che i creditori del defunto hanno diritto a separare ciò che l'erede acquista *ex hereditate* dopo la separazione. *Ex hereditate* comprenderebbe anche tutto ciò che è acquistato a mezzo delle cose ereditarie, epperò il prezzo. Noto subito che qui si tratta di acquisti avvenuti dopo la separazione, mentre la nostra questione si riferisce a quanto è alienato prima di essa. Ad ogni modo, acquisto *ex hereditate* significa acquisto *ex causa hereditaria*, come lo prova l'antitesi ivi fatta coll'acquisto *ex alia causa*. Quindi si riferisce a ciò che l'erede acquista per titolo ereditario, per una causa di acquisto compresa nell'eredità. La vendita che l'erede faccia di cose ereditarie, non è *ex hereditate*, perchè *pretium non ex re sed ex negotiatione percipitur*. È un titolo non ereditario quello che fa acquistare il prezzo. Non è neppure calzante l'argomento tratto dal fr. 1 § 12, da noi or ora esaminato. Se, dice l'Oertmann, i *mancipia* e i *pecora* vengono indicati come possibili oggetti di separazione, non è certamente da addossare ai creditori la prova, che al momento dell'azione esistevano nell'eredità gl'individui in questione, quei determinati schiavi, quei determinati animali. Certamente formeranno oggetto della separazione anche i parti degli animali. Ma noi già abbiam visto il senso del passo. Per questi come per gli altri elementi in contestazione, il creditore deve provare che facevano parte dell'eredità o che furono acquistati *ex causa hereditaria*. Che ha da vedere ciò colla surrogazione?

(1) Il principio è stato vivamente contrastato. V. per l'opinione sostenuta nel testo OERTMANN, *op. cit.*, pag. 82 seg.

(2) Insieme al collega prof. BENSA nelle note alla traduzione italiana del WINDSHEID, I, 2, pag. 500 seg.

(3) *Op. cit.*, pag. 88 seg.

Con ciò non vogliamo senz'altro negare che i creditori possano pretendere la sostituzione del prezzo alla cosa alienata. In sostanza, come dicemmo, il principio della l. 2 h. t. è rivolto a tutela delle ragioni dei terzi, non a vantaggio dell'erede. Ma nel senso negativo sta la circostanza che il fr. 2 nega in modo assoluto e senza distinzione la *separatio* in caso di alienazione. Se fosse stato possibile a' creditori del defunto rivalersi sul prezzo, lo si sarebbe detto. E se l'impossibilità fosse derivata da ciò che il prezzo era stato consumato, anche ciò si sarebbe rilevato. È ben vero che, dato il carattere da noi attribuito alla *separatio*, può obbiettarsi che trattandosi di somma di danaro non occorreva procedere ad una *venditio*, epperò non vi era necessità di chiedere che invece di una sola si facessero due vendite. Ma i creditori del defunto, quando il procedimento esecutivo è in corso contro l'erede, debbono ben poter far separare le somme di spettanza dell'eredità, anche quando non vi sia altro che danaro. Vuol dire che invece della *venditio* si avrà solo la distribuzione tra i creditori.

§ 604.

La separazione non cessa per ciò che l'erede venga a morire. In tal caso i creditori del primo defunto faranno valere la separazione di fronte a quelli dell'erede, e alla lor volta questi potranno ancora domandare che i beni del loro debitore sieno separati da quelli di colui che gli succede. Per tal modo è possibile una serie di nuclei patrimoniali riservati alle masse de' creditori delle persone di cui il singolo nucleo costituiva il patrimonio. Ciò è chiaramente spiegato da Ulpiano nel fr. 1 § 8 h. t.

Secundum haec videamus, si Primus Secundum heredem scripserit, Secundus Tertium et Tertii bona veneant, qui creditores possint separationem impetrare. et putem, si quidem Primi creditores petant, utique audiendos et adversus Secundi et adversus Tertii creditores: si vero Secundi creditores petant, adversus Tertii utique eos impetrare posse, adversus Primi autem non posse. in summa Primi quidem creditores adversus omnes impetrare possunt separationem, Secundi creditores adversus Primi non possunt, adversus Tertii possunt.

§ 605.

Si suole affermare che la separazione giova soltanto a coloro che l'hanno domandata e si cita in proposito il fr. 1 § 16 h. t. *Quaesitum est, si forte sint plures creditores, quidam secuti heredem, quidam non secuti, et hi, qui heredem secuti non sunt, impetraverint separationem, an eos secum admittant, qui secuti sunt. et putem nihil eis prodesse: hos enim cum creditoribus heredis numerandos.*

Il Baviera (1), facendo sua l'opinione isolata di alcuni scrittori, ritiene che in questo passo sotto l'espressione *qui heredem secuti sunt* s'intendano i creditori che hanno novato il loro credito e accettato l'erede come debitore. Ulpiano escluderebbe questi soltanto. I creditori che hanno chiesto la separazione non dovrebbero percepire sul prezzo ricavato dalla *venditio* se non la quota proporzionale al loro credito computati tutti i creditori del defunto. Ma quelli fra costoro che non hanno chiesto la separazione debbono tollerare che sulla parte non attribuita a' separatisti entrino anche i creditori dell'erede.

Non credo che questa interpretazione possa ammettersi. Se il *sequi heredem* significar dovesse quanto abbiamo già visto pei creditori che hanno accettato l'erede come debitore, la domanda di Ulpiano sarebbe stata inutile. Non fu forse già detto che chi accetta l'erede come debitore non può domandare la separazione? E non fu detto così, perchè si ritenne che fosse diventato creditore dell'erede? Che bisogno aveva Ulpiano di dire di nuovo che quelli che accettano l'erede come debitore entrano solo come creditori di costui? Perchè poteva sorger dubbio che vi fosse differenza tra la facoltà di domandare la separazione e il diritto di profittarne?

Tutto ciò mi persuade che a ragione la comune opinione intende il passo in questione nel senso che della separazione profittano solo quelli che hanno diritto di domandarla e l'hanno domandata. È iniziato un procedimento di vendita a carico dell'erede. Alcuni creditori del defunto domandano la separazione. Gli altri pur presenti alla procedura non si muovono. Vuol dire

(1) *Commodum*, pag. 91 seg.

che intendono restare nella massa dei creditori dell'erede. Vi è una rinunzia implicita, ma sicura alla separazione. Se sono creditori dell'erede devono sodisfarsi sulla rispettiva massa di beni. Il patrimonio del defunto resta a disposizione dei creditori di costui, ed essendovi una vendita a parte non si sa scorgere perchè dovrebbero veder limitati i propri diritti da persone che non avrebbero potuto farne parte se avessero voluto.

§ 606.

I creditori separatisti hanno fatta la distribuzione del prezzo e sono rimasti incapienti. E tuttavia, sodisfatti i creditori dell'erede, questi per avventura ha ancora qualche cespite patrimoniale. Possono i separatisti chiedere di pagarsi anche su questo? Possono in somma, conservare ancora il diritto di rivolgersi contro l'erede, che essi dichiararono da prima tale persona da non offrire garanzia di sodisfacimento come debitore personale? Vi sono tre celebri passi delle fonti, che trattano dell'interessantissima questione e che per le risultanze cui giungono hanno formato sempre oggetto di disputa, ma specialmente in questi ultimi tempi furono attentamente studiati in Italia.

Papinianus l. 27 *quaestionum* — fr. 3 § 2 h. t.

Sed in quolibet alio creditore, qui separationem impetravit, probari commodius est, ut, si solidum ex hereditate servari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores heredis fuerint dimissi. quod sine dubio admittendum est circa creditores heredis dimissis hereditariis.

Ulpianus l. 64 *ad edictum* — fr. 1 § 17 h. t.

Item sciendum est vulgo placere creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum, creditores vero testatoris ex bonis heredis nihil. cuius rei ratio illa est, quod qui impetravit separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si cum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari, heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. at si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi: separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit. si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, iustissima scilicet ignorantiae causa allegata.

Paulus l. 13 *quaestionum* — fr. 5 h. t.

Si creditores hereditarii separationem bonorum impetraverunt et inveniatur non idonea hereditas, heres autem idoneus: non poterunt reverti ad heredem, sed eo, quod semel postulaverunt, stare debent. sed si post impetratam separationem aliquid heres adquisierit, si quidem ex hereditate, admitti debebunt ad id quod adquisitum est illi qui separationem impetraverunt: sed si illis satisfactum fuerit, quod superest tribuetur propriis heredis creditoribus. at si ex alia causa heres adquisierit, non admittentur hereditarii creditores. quod si proprii ad solidum pervenerunt, id quod supererit tribuendum hereditariis quidam putant: mihi autem id non videtur: cum enim separationem petierunt, recesserunt a persona heredis et bona secuti sunt et quasi defuncti bona vendiderunt, quae augmenta non possunt recipere. idem existimo dicendum, etiamsi circa separationem bonorum decepti minus consecuti sunt quam proprii heredis creditores. proprii autem heredis creditores habent, propria eius bona et personam, quae potest donec vivit adquirere.

§ 607.

Tutto il lavorio degli antichi interpreti per giungere ad una soluzione, che ponga d'accordo i tre passi, è caduto nel vuoto. È inutile nascondersi che i testi, così come sono attualmente, non sono fra loro in armonia: cosa che del resto era stata affermata anche da antichi scrittori, persino dalla Glossa, come giustamente ha notato il Solazzi (1). Che per l'applicazione pratica del diritto romano dovesse tentarsi una conciliazione qualunque là dove esso era diritto vigente, è certo. Ma anche qui i tentativi furono diversi. La decisione papinianea, espressa con quella così evidente esitanza, dovrebbe secondo alcuni riferirsi al caso di domanda fatta inconsideratamente e per errore, nel quale secondo il fr. 1 § 17 i. f. si potrebbe essere soccorsi contro gli effetti della separazione (2). I più, riconosciuta la divergenza fra i giureconsulti, dànno la preferenza all'una od all'altra opinione. La grande maggioranza stà per l'avviso di Paolo e di Ulpiano, sia perchè esso

(1) *Bull.*, XI, pag. 248, n. 1.

(2) Alquanto oscuramente questo ripiego è nel Sintenis, *Dir. civ. comune pratico*, § 186, nota 6, pag. 531; è posto in evidenza dal Solazzi, *op. cit.*, pag. 264. Cfr. anche Brinz, *Pand.*, III, § 498, pag. 208, nota 15.

è espresso in modo reciso, mentre Papiniano accenna dubbiosamente a ragioni di opportunità, sia perchè il fr. 1 è destinato all'esposizione fondamentale dell'istituto e nel § 17 si trova appunto la soluzione contraria a' creditori del defunto. Il Windscheid per contro (1) dà la preferenza alla decisione di Papiniano, fondandosi su ciò che malgrado della separazione l'erede non cessa di esser tale e come tale è sempre tenuto verso i creditori del defunto. Anche dal punto di vista storico i tentativi sono molteplici, nè credo utile farne un'esposizione (2).

§ 608.

Gli sforzi dei più recenti scrittori nostri si sono rivolti a determinare se e quanto i frammenti de' tre giureconsulti nel loro stato attuale abbiano sofferto mutamenti ed aggiunte da parte dei compilatori. In realtà l'indagine sulle interpolazioni qui è complicata da gravi ostacoli. Sopra tutto fa difficoltà la circostanza che si tratta di tre passi contenuti in un titolo composto di soli sette frammenti, de' quali uno solo, il primo, ha grande estensione. Per di più i tre passi sono a poca distanza, l'uno dall'altro. Se i compilatori hanno alterato i passi, certamente lo hanno fatto per porli d'accordo e per metterli in armonia col diritto dei loro tempi. Come è concepibile che essi abbiano posto mano ai testi per creare una antinomia così stridente, o per lasciarla se sussisteva? Nè può trovarsi una scusa nella diversità delle persone incaricate di raccogliere i passi togliendoli alle note tre masse, sabiniana, edittale, papinianea. Il passo di Paolo e quel di Papiniano appartengono tuttedue alla stessa massa. E d'altra parte i passi dovevano ben venire coordinati. È facile intendere una svista o una dimenticanza in un titolo lungo come quello *de solutionibus* o *de verborum obligationibus*. È per contro quasi impossibile immaginarla in un titolo esiguo e di fronte a passi che si pretendono ritoccati da' compilatori. Ciò non toglie che la indagine sugli emblemi tribonianei debba farsi, perchè in questi casi c'è sempre da aspettarsi ogni sorpresa da parte dei compilatori.

(1) *Pand.*, III, § 607, nota 10.

(2) Rimandiamo in proposito agli scrittori nostri sovra citati.

§ 609.

Il passo di Papiniano è stato sotto questo punto di vista esaminato per primo dal Costa (1). Egli muove dalla specie contemplata da Papiniano nel frammento stesso al principio ed al § 1. Il debitore diventa erede del suo fideiussore. Il creditore fa istanza per la separazione e nel concorso sull'eredità del fideiussore resta incapiente. Ma poichè è pure creditore dell'erede, verrà collocato pel residuo in una agli altri creditori di costui. Insomma si fa verificare quanto sarebbe avvenuto se confusione non vi fosse stata. E appunto si fa questo, perchè la *separatio* impedisce la confusione. Da ciò il passo prende occasione per generalizzare affermando che quel che è vero per il creditore di fronte alla eredità, in cui autore ed erede erano suoi debitori, uno principale ed uno accessorio, lo è anche per qualunque creditore di fronte all'eredità del suo debitore. Secondo il Costa questa decisione estensiva sarebbe dovuta esclusivamente a' compilatori.

Corrobora l'opinione del Costa il Ferrini (2) osservando che basterebbe il *probari commodius est* per dimostrare che non si tratta di un passo di Papiniano, della cui precisione sarebbe anche indegna la frase: *ut aliquid ex bonis heredis ferat.*

§ 610.

Contro l'interpolazione si è pronunciato il Solazzi (3). Egli comincia col rilevare che, guardando esattamente, non vi è una estensione completa della decisione relativa all'erede fideiussore a qualunque erede, perchè là il creditore entra in concorso a parità di condizioni cogli altri creditori del fideiussore, mentre qui il creditore non è ammesso a far valere le sue ragioni sul patrimonio dell'erede se non dopo sodisfatti i creditori personali di questo. Il Solazzi censura come illogica questa soluzione ponendo questo dilemma. O la separazione toglie ogni effetto all'adizione e allora il creditore non può avere alcun diritto di sodisfarsi sul

(1) *Papiniano*, III, pag. 195 seg.
(2) *Arch.*, pag. 549.
(3) *Bull.*, XI, pag. 258 segg.

patrimonio dell'erede, o l'effetto dell'adizione resta, ed in tal caso egli deve poter concorrere a parità di condizioni cogli altri creditori dell'erede sul patrimonio proprio di questo. Dato questo risultato il Solazzi trova che si potrebbe con fondamento negare che la decisione sia di Papiniano. Ma a tale negazione osterebbe il ricordo così preciso nel testo di Paolo sulla disputa fra i giuristi al riguardo. Anche gli indici formali di interpolazione sarebbero insufficienti. Il *commodius est* sarebbe tutt'altro che sospetto. Il *probari* si troverebbe frequentemente ed in ispecie in Papiniano. Il *commodius est* sarebbe locuzione più che mai acconcia per significare una soluzione dubbia, dettata da considerazioni di opportunità e di equità, nè differirebbe sostanzialmente da quelle altre locuzioni in cui si dice *facilius est, facilior est, difficilius est, fortius probabitur*. E del resto è frequente il *commodissimum est*, e si trova il *commodius* in fr. 33. 5. 9. 1; 40. 12. 30 (se bene in quest'ultimo sia dal Riccobono ritenuto interpolato) e anche in altri passi.

Anche il Baviera (1) si dimostra contrario a ritenere interpolato il passo. Egli si fonda sul modo punto generale e reciso con cui è data la soluzione, modo che giammai sarebbe stato adoperato da' compilatori, specie in presenza de' testi di Ulpiano e di Paolo, così decisi e recisi in senso opposto. Sarebbe stata una generalizzazione espressa così timidamente che il giudice non avrebbe potuto tenerne conto in presenza delle citate decisioni opposte: onde la interpolazione sarebbe stata senza scopo.

§ 611.

Il Ferrini (2) insiste ancora nel suo primo avviso. Dopo avere sostenuto che interpolato è anche il § 1 del fr. 3, egli nega che il *quidam* di Paolo possa riferirsi a Papiniano, che certamente non era un giurista da citare con una tal forma. Persiste nel ritenere impossibile che Papiniano abbia detto «portar via qualche cosa de' beni dell'erede» per indicare la facoltà di esigere il residuo debito sui rimanenti beni propri dell'erede. Sarebbe inammessibile che lo ammetter questo si fosse detto «più comodo» che è

(1) *Commodum*, pag. 89 seg.
(2) *Bull.*, pag. 9.

ben diverso dal dire che è più facile o più difficile, più elegante, più forte. Si intenderebbe che si parli di opportunità di distinguere, di compilare una stipulazione in un modo più tosto che in un altro, di fare il calcolo in una maniera più tosto che in un'altra, che il pretore dia alla sua ordinanza questa o quella portata o regoli in questa o in quest'altra guisa la *missio in possessionem*, non già che, per bocca di un interprete, si conceda o si tolga un diritto soltanto perchè ciò è più comodo (come, del resto, e per chi ?). Ciò potevano fare i compilatori, che avevano un mandato legislativo. E in fine torna a mostrare l'interpolazione del *commodius* nel cit. fr. 40. 12. 30.

§ 612.

Anche il Solazzi (1) ritorna sulla questione sostenendo la genuinità del passo papinianeo. Riguardo all'essere Papiniano compreso nei *quidam* citati da Paolo — circostanza che conforterebbe la genuinità — egli confessa che bisognerebbe sapere con certezza che Paolo quando scriveva conosceva già il libro XIII delle questioni di Papiniano. Ma egli non crede fondata l'osservazione del Ferrini sull'impossibilità che un giurista come Papiniano fosse designato fra i *quidam*. Paolo, poco più giovane di Papiniano, non doveva averne quella stima che ne abbiamo noi dopo tanti secoli. È prudente, scrive il Solazzi, prendere atto solamente di ciò, che nell'epoca classica v'erano alcuni giuristi che ammettevano i creditori del defunto a rivalersi del residuo contro l'erede, sodisfatti i creditori proprii di costui. Perchè non avrebbe potuto pensare così anche Papiniano? Il Solazzi ammette che sia interpolato il § 1, non il 2. Non trova strano lo « *aliquid ex bonis heredis ferat* », quando nella parte genuina di un passo di Valente (fr. 36. 1. 69. 2) leggesi qualche cosa di analogo: « *ex ea hereditate nihil ferre* ». Riconosce che altre volte il *commodius* si trova in brani interpolati, ma nega che sia indizio sicuro d'interpolazione. Soggiunge che, ignorandosi se la connessione originaria fra il § 1 e il § 2 fosse l'attuale, data l'interpolazione di quello si può pur pensare che il *commodius* sia giustinianeo, e che la frase iniziale sia tutta raffazzonata dai compilatori per la

(1) *Bull.*, XIII, pag. 27 seg.

necessità di cucire il discorso, ma che resterebbe sempre a provare che la sostanza del § 2 è interpolata. All'altra obbiezione del Ferrini risponde, che anche i *quidam* erano interpreti e tuttavia davano quella soluzione che il Ferrini chiama opera di legislatore. L'espressione sarebbe affatto indifferente.

§ 613.

Il passo di Paolo fu anch'esso per più versi considerato come interpolato. Il Bonfante (1) attribuisce a' compilatori i periodi: « *sed si post impetratam... impetraverunt* » e « *at si ex alia causa... creditores* ». Secondo lui questi periodi interrompono la questione essenziale con una insignificante ipotesi circa gli acquisti successivi in istile pesante e caratteristico per le interpolazioni. Anche il Solazzi (2) assume che quasi certamente i compilatori ebbero a metter mano sul frammento in questione, ma non specifica di più la sua opinione. In generale però sulla genuinità del passo non si sollevano dubbi e tutt'al più si considera la soluzione come una opinione personale del giurista (3).

§ 614.

Ben più largamente si suole ritenere interpolato il passo di Ulpiano; tal che si può dire che, pur professando diverse opinioni sullo scopo concreto per cui i compilatori avrebbero introdotto i mutamenti, tutti gli scrittori considerano il passo come rimaneggiato da essi.

Il Baviera (4) dichiara senz'altro interpolato l'intero § 17. Egli trova pomposa la frase « *item sciendum est vulgo placere* », la quale tenderebbe appunto a sostituire un'opinione ad un'altra, dando alla prima l'autorità non posseduta di un consentimento universale. Rivela che al singolare *qui impetravit separationem* succede immediatamente il plurale *illi maluerint*. Trova strano il *separari* al passivo con un *sibi*. Un'altra prova si avrebbe

(1) *Op. cit.*, pag. 503, nota 1.
(2) *Bull.*, XIII, pag. 27.
(3) Baviera, *Commodum*, pag. 89.
(4) *Commodum*, pag. 88 seg.

nella restituzione accordata a chi temerariamente chiese la *separatio*, che rappresenterebbe un correttivo per cui di punto in bianco si sarebbe mutato il diritto in proposito. La « *iustissima causa* » sarebbe altro indice formale dell' intervento tribonianeo.

Il Ferrini (1) ritiene che il passo sia interpolato solo nell'ultima parte, che in via eccezionale concede a' creditori del defunto di affermare le proprie ragioni sui beni dell'erede. In particolare egli considera come tribonianeo lo *impetrare veniam*. Il magistrato, cui solo ciò si può riferire, non fa grazia a nessuno : tutt'al più restituisce in intiero. Oltre al caratteristico ablativo assoluto, egli nota l'enfatico superlativo « *iustissima causa* », e osserva che se la causa è giustissima, non si può considerare come temeraria la domanda de' creditori.

Altrove (2) egli concede che l'interpolazione è ben più grave di quanto prima aveva ammesso ed attribuisce a' compilatori tutta la parte compresa fra *si, cum essent bona idonea heredis* e *eos ab istis bonis separavit*. Lo persuadono il passaggio improvviso al congiuntivo, il salto dal singolare al plurale, la ripetizione del già detto (*at si creditores...*), le frasi caratteristiche *maluerint... potius, in bonis substitui, separatis... eos separavit*. La ragione dell'interpolazione sarebbe, come sopra riferimmo, che essendo oramai concessa la separazione anche per l'eredità non potevano più accogliersi le giustificazioni di Ulpiano speciali alla testamentaria. Lasciando sussistere qualche cosa dell'antico, i compilatori avrebbero fatto ricorso a ragioni di convenienza : i separatisti hanno fatto all'erede il torto di non fidarsi di lui, peggio per loro se hanno fatto male i calcoli. Con che si preparerebbe anche l'eccezione ammessa nella chiusa.

Il Solazzi (3) è anch'egli d'accordo col Baviera e col Ferrini sulla interpolazione dell'ultima parte, relativamente alle parole *iustissima scilicet ignorantiae causa allegata*, mentre, se bene non risolutamente, ritiene che il resto sia genuino (4). Quanto al testo, egli sostiene, che i compilatori hanno certamente alterato il passo di Ulpiano, ma non per apportare un mutamento nelle conclu-

(1) *Arch.*, pag. 548.

(2) *Bull.*, XI, pag, 4 seg.

(3) *Bull.* XI, pag. 255 seg.

(4) Ora però (*Bull.*, XIII, pag. 29) ammette interpolazione di tutta la parte finale.

sioni, sì bene per aggiungervi altra motivazione parafrasando il fr. 5 di Paolo. Tutta la parte da *si cum essent* ad *eos ab istis bonis separavit* sarebbe per tal modo stata introdotta dal ragionamento di Ulpiano.

§ 615.

Credo in prima linea di dover rilevare che non si può per alcun verso consentire un mutamento nel carattere del nostro istituto nel diritto ultimo. Non la sua estensione alla eredità legittima, perchè, come vedemmo, esso si è sempre riferito anche a questa. Non la trasformazione in semplice causa di prelazione, perchè di ciò non vi è traccia nelle fonti. Al qual riguardo ha piena ragione il Solazzi (1) quando sostiene che lo stato delle cose non ebbe a mutare quando alla *venditio bonorum*, che appunto avea luogo in blocco, *per universitatem*, fu sostituita la *distractio bonorum*, per cui venivano mano a mano alienate le singole cose.

Aggiungo che neppure l'introduzione del *beneficium inventarii* può avere influito nel senso voluto dal Ferrini (2). L'illustre collega di Pavia fa questo dilemma. O l'erede aveva compilato l'inventario e adempiuto ai relativi obblighi e nulla potevano pretendere sul suo patrimonio i creditori del defunto, o per contro aveva trascurato tale beneficio ed allora doveva inesorabilmente rispondere col proprio dei debiti del defunto. Il concetto evidente della riforma sarebbe che mancando l'inventario vien meno la giuridica certezza del vero ammontare del patrimonio del defunto, epperò dovrà l'erede rispondere anche verso i separatisti. A parte l'osservazione che anche prima di Giustiniano la responsabilità dell'erede era illimitata, resta a chiedersi donde mai risulti che di fronte al nuovo beneficio fu tolta efficacia alla dichiarazione fatta dai creditori del defunto di volere essere sodisfatti sul patrimonio di questo, e di *sufficere sibi bona defuncti*.

Invece consento pienamente col Ferrini (3) riguardo alla riluttanza del nuovo diritto a privare di ulteriori rimedi il creditore solo in parte sodisfatto, riluttanza attestata dalle innovazioni

(1) *Bull.*, XIII, pag. 17.
(2) *Bull.*, pag. 8.
(3) *Op. cit.*, pag. 9, nota 1.

apportate nei rapporti fra debitore principale e fideiussore, fra coobligati in solido, fra quelli che debbono rispondere *de peculio*.

§ 616.

Che la soluzione di Paolo e di Ulpiano risponda al concetto originario della *separatio* è cosa che non si sarebbe dovuta contestare. Come attestazione formale basterebbe l'antitesi fra il *vulgo placere* di Ulpiano — di cui è impossibile negare l'autenticità — e il *commodius est*, sia esso di Papiniano, sia de' compilatori. È poi rispondente al concetto di *separatio*, com'è inteso anche negli altri casi, che chi l'ha provocata non può tornare sui suoi passi. Il ripiego del fr. 3 § 2 è troppo artificioso per poter appartenere a' primordii dell'istituto. Allora non vi debbono essere stati mezzi termini. O la *separatio* segna per coloro che la chieggono un definitivo distacco dell'erede e allora, dopo escusso il patrimonio del defunto, non vi è più la possibilità di avere un ricorso all'erede. O è una semplice ragione di preferenza, che in prima linea lascia il patrimonio del defunto a' creditori di costui, e allora, dopo l'incapienza sul patrimonio privilegiato, dovrà tornarsi al diritto comune sul patrimonio dell'erede e i creditori del defunto concorreranno con quelli dell'erede sul patrimonio di costui. E poichè questa soluzione non è possibile, non resta se non la prima. Avendo i creditori del defunto preferito i *bona defuncti* si trovano di fronte ad una cerchia chiusa. Mentre in generale un creditore incapiente può ripetere sempre la *venditio bonorum* per nuovi acquisti, qui si ha un nucleo patrimoniale senza titolare, che può avere *accessionem et decessionem* per forza propria, a cagione degli elementi in esso contenuti, come abbiamo esposto a proposito dell'eredità giacente, ma non *extrinsecus*, nè per l'attività produttiva del titolare. Onde Paolo dice giustamente che questi beni *augmenta non possunt recipere*. Invece i creditori dell'erede non solo sono garantiti sui beni proprii di lui, ma su tutto ciò che la sua attività acquisitiva potrà aggiungere, e quindi anche sull'avanzo che resti del patrimonio del defunto dopo pagati i creditori di costui. A ragione tanto lo Oertmann (1), quanto il Bonfante (2), pongono in

(1) *Ann.*, pag. 94.
(2) *Op. cit.*, pag. 504.

evidenza l'antitesi fra *bona* e *persona*, sebbene in senso differente. Per me ha colpito giusto il Bonfante quando ha osservato che colla *separatio* non si rescinde l'adizione, ma si esonera l'erede dalla responsabilità personale pei debiti.

Che già nel diritto classico vi sieno state voci discordanti nel senso del fr. 3 § 2 dubito assai. Il passo di Papiniano è certamente adulterato. I *quidam*, che vengono incidentalmente citati nel passo di Paolo, possono ben rappresentare una creazione dei compilatori per legittimare la manipolazione del passo papinianeo. Appunto il carattere stesso della soluzione ha tutta l'impronta della sottigliezza bizantina e della equità così come i compilatori l'hanno concepita.

§ 617.

Resta a spiegare perchè, volendo accogliere una tale soluzione, si sieno messi insieme i tre passi così poco armonici. Il problema rimane lo stesso per tutte le varie congetture proposte e non per la nostra soltanto. Anche se la sua risoluzione non fosse possibile non ne discenderebbe la inattendibilità della congettura. La suprema inettitudine de' compilatori, che in breve titolo hanno messo insieme le opinioni più cozzanti, mette nell'imbarazzo tutti. Ma ciò non toglie che la risoluzione giustinianea sia quella del fr. 3 § 2. Non è forse pur vero che mentre Ulpiano ammette una specie di restituzione contro la *separatio* in caso di imprudente richiesta, Paolo la nega anche se i creditori del defunto si sieno ingannati o sieno stati ingannati? Eppure nessuno può dubitare che la pretesa soluzione ulpianea è de' compilatori e lo consente ora persino il Solazzi. In tal caso non è dubbio che dee trionfare la decisione voluta da' compilatori. I creditori del defunto dovranno allora considerarsi come posti a paro di quelli dell'erede. Allo stesso modo, accertato che il fr. 3 § 2 è opera de' compilatori, o, sia pure, fu da loro accolto come più rispondente all'equità, la soluzione in esso contenuta deve ritenersi quella decisiva per il diritto giustinianeo.

β. *Beneficio d'inventario.*

§ 618.

Se il pretore pensò a salvaguardare le ragioni de' creditori del defunto, non vi fu una disposizione che in via di principio

provvedesse direttamente a tutelare l'erede contro le possibili sorprese. Il *tempus ad deliberandum*, che pur formava un'appendice delle *interrogationes in iure* nell'interesse precipuo de' creditori, non bastava a scongiurare ogni pericolo, perchè potevano sempre rimanere ignorate certe passività, non vi essendo mezzo di costringere i creditori a presentarsi entro un certo termine.

Giustiniano ci riferisce (c. 6. 30. 22 pr.: 1. 2. 19. 6) che Gordiano stabilì con una sua costituzione dovere i soldati rispondere pei debiti ereditarii col patrimonio del defunto, rimanendo esclusa ogni persecuzione sui loro beni personali. Era questo uno dei tanti favori con cui gli imperatori si sforzavano di rendersi propizio l'elemento militare, di cui erano schiavi. Giustiniano lo giustifica, al solito, coll'ignoranza giuridica de' militi.

Del resto qualunque sorpresa posteriore non infirmava l'accettazione. Sul caso eccezionale di intervento dell'imperatore per scoperta di rilevanti debiti ci siamo a suo luogo pronunciati (1).

§ 619.

Gli eredi non protetti a sufficienza dalla legge provvedevano spesso a tutelarsi per via di patti coi creditori. Così si poteva, dopo esaminate le condizioni della eredità, porre a' creditori l'alternativa o di rinunziare ad una parte del loro credito o di vedere rifiutata l'eredità. Ciò poteva riuscir loro dannoso, onde le fonti ci riferiscono esempi di accordo fra essi e l'erede.

Ulpianus l. 4 *ad edictum* — fr. 2. 14. 7. 17.

Si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus ut minus solvatur, pactum valiturum est.

Si ponga mente che se si trattasse del solito patto con ciascuno dei creditori non sarebbe requisito per la validità di questo patto di rimessione che esso avvenga prima dell'adizione, come può sembrare dal modo di esprimersi del giurista. Il patto sarebbe valido anche se conchiuso dopo, com'è efficace in genere fra qualunque creditore e qualunque debitore. Questa circostanza di tempo si addurrebbe perchè è proprio allora il momento per addivenire a trattative co' creditori, i quali hanno interesse che l'accettazione abbia luogo. Quando questa sia avvenuta non vi

(1) V. sopra § 397, pag. 154 seg.

è più in genere ragione per che essi facciano una riduzione del loro credito.

Il patto in questione ha una ben diversa natura ed una diversa funzione. Si tratta di una specie di concordato, in cui da una parte sta la massa dei creditori e dall'altra l'erede. Se tutti i creditori sono d'accordo, non vi è difficoltà, nè il patto si dispaia per tal riguardo dal solito patto remissivo. Se per contro vi è dissenso, esaminate le circostanze del singolo caso, il pretore provvede con suo decreto, dando efficacia alla riduzione deliberata dalla maggioranza ed imponendone le conseguenze anche a' dissenzienti. La maggioranza non si determina in base al numero de' creditori, ma all'entità de' crediti (1). Naturalmente questa figura tutta speciale non ha luogo quando l'accordo della maggioranza sia posteriore all'adizione.

§ 620.

La pratica romana, appunto per la mancanza di norme legali a tutela dell'interesse degli eredi, abbonda di forme convenzionali di esonero della responsabilità di costoro. I creditori, per decidere l'erede ad accettare, assumevano a loro carico il rischio delle conseguenze prodotte dall'accettazione, e gli davano l'incarico di adire l'eredità a totale o parziale loro pericolo. Si ha qui quel che i moderni civilisti hanno denominato contratto di garanzia, per cui una persona determina un'altra ad intraprendere un dato fatto promettendole di assumere il rischio in tutto o in parte (2).

Le fonti ci dànno ripetuti esempi di accordi di tal genere (3). La forma adoperata in proposito è quella del mandato. Non essendo il contratto di garanzia riconosciuto come contratto a sè, si faceva capo alla figura del mandato, che per la sua elasticità

(1) Cfr. fr. 2, 14, 7, 19 — 10; fr. 17, 1, 58, 1; fr. 42, 8, 23.

(2) Il miglior lavoro sull'argomento è quello dello STAMMLER, *Arch. per la prat. civ.*, LXIX, pag. 1 seg. Per la garanzia dell'accettazione della eredità v. pag. 64 seg.

(3) Cfr. fr. 17, 1, 32 (certamente interpolato nella parte finale); fr. 16, 1, 19 seg. V. pure fr. 44, 4, 4 pr. dove si accorda l'*exceptio doli* persino contro il creditore che non ha dato incarico di accettare, come l'han dato gli altri, all'unico scopo di farsi pagare integralmente. Mi pare che la decisione sia sufficientemente strana.

vi si prestava. Il che naturalmente non esclude che potessero i creditori assumere il rischio per via di contratto verbale, colla solita *promissio indemnitatis*. In ogni caso nessuno dei creditori che assumevano il rischio poteva chiedere più di quanto le forze ereditarie comportavano. Anzi i mandanti erano responsabili delle perdite che l'erede avesse per avventura sopportato, p. e., dovendo pagare creditori che non erano addivenuti ad accordo.

§ 621.

Un rimedio legale diretto gli eredi lo ebbero solo da Giustiniano. Ci è solo conservata la sua costituzione del 531 rivolta al Senato (c. 6. 30. 22) e la Nov. 1, che conferma con qualche modifica la disciplina nuova. Ma in questa costituzione egli parla di due altre precedenti nell'interesse degli eredi. Una è quella del 539 sulla trasmissione entro l'anno (c. 6. 30, 19) (1). L'altra non ci è conservata. Giustiniano ne indica fugacemente il contenuto con queste parole:

Aliam autem de improvisis debitis et incerto exitu per diversas species eis imposito.

E più appresso, nell'esporre il suo concetto di riunire tutte le facilitazioni precedenti, completandole, egli soggiunge:

Non tantum si improvisum emerserit debitum, sed etiam si onerosam quis inveniat esse quam adierit hereditatem.

Lo Zachariae von Lingenthal (2) mette innanzi la congettura che i tre §§ 8-10 del tit. VI dell'Ecloga sulla successione intestata racchiudano un riassunto di questa costituzione smarrita. A stregua di questi paragrafi l'erede dovrebbe compilare un inventario del patrimonio ereditario davanti a testimoni fededegni. Accertata così la consistenza patrimoniale, si pagherebbero prima i creditori ed il resto andrebbe all'erede. Se questi non fa l'inventario e paga qualche creditore, li deve pagare poi tutti. Se però i debiti crescono a dismisura, mentre l'erede non ne era a conoscenza, egli può con testimoni o col suo giuramento accertare quanto ha trovato e solo entro tali limiti è tenuto.

A me pare fondata la congettura. Che l'Ecloga non riferisca

(1) V. sopra § 378 seg.

(2) *Storia del diritto greco romano* (3ª ed.), pag. 191, nota 608.

il diritto della costituzione definitiva del 531 è provato dalla parte ultima che non corrisponde affatto ad esso, mentre collima colla ripetuta menzione di Giustiniano sul contenuto dell'altra costituzione, cioè, sul soccorso all'erede in caso di debiti impreveduti. Si rammenti del resto che questo caso, sia pure eccezionalmente, fu tenuto presente anche nel diritto classico. E dall'altra parte lo Zachariae osserva, che nei libri giuridici bizantini si trovano tracce di un antico compendio delle Istituzioni non contenente il diritto giustinianeo nuovissimo, e che forse anche nell'Ecloga si ha qui una traccia del diritto anteriore alla costituzione del 531, ossia di quello della costituzione che andò perduta.

Se questa congettura rispondesse alla realtà, noi avremmo la prova che l'inventario era già stato introdotto in antecedenza da Giustiniano e che la c. 22 non è che un complemento di anteriore riforma. Comunque sia passiamo ad esporre brevemente la disciplina legislativa creata da Giustiniano.

§ 622.

Il concetto fondamentale della riforma è che quando l'erede accerti in modo legale, per via di formazione dell'inventario, la consistenza patrimoniale dell'eredità, egli non è tenuto a rispondere verso i creditori al di là di tale consistenza. Giustiniano ha per questa sua riforma una predilezione, che non solo non si cura di dissimulare, ma che lo spinge a favorire l'erede con inventario ben al di là del bisogno ed a gravare oltre misura la condizione di colui che, non persuaso della bontà indefettibile della riforma, si permette di valersi dell'antico diritto. Comunemente si suol parlare di beneficio d'inventario, di accettazione con beneficio d'inventario.

L'erede non ha bisogno di fare alcuna speciale dichiarazione. È necessario e sufficiente che egli dia principio e fine all'inventario nei termini a tal uopo fissati. Ossia, si deve cominciare l'inventario nei trenta giorni dall'apertura delle tavole testamentarie o dalla notizia dell'apertura, se si tratti di eredità testata, o dalla notizia della delazione nel caso di eredità intestata, e si deve dar compimento ad esso entro altri sessanta giorni (c. 22 §§ 2. 2*a*). Se tutti o parte dei beni ereditarii sieno posti in luoghi

distanti da quelli in cui si trova l'erede, si dee compiere in un anno (c. cit. § 3).

L'inventario deve essere compilato da un notaio ed in presenza di testimoni (c. 22 § 2*a*). Occorre sieno convocati tutti gli interessati, ossia, creditori e legatari, se si trovino nel luogo in cui si redige l'inventario. Altrimenti, a tutela delle loro ragioni, debbono essere chiamati tre testimoni « *fide dignos et substantiam possidentes, et optimae opinionis* » (Nov. 1 c. 2, § 1).

L'inventario deve contenere la esatta indicazione di tutte le cose trovate nella eredità e la formale dichiarazione, sottoscritta dall'erede, che tutto è proceduto lealmente ed in piena buona fede. Ove l'erede non sappia scrivere, si dee chiamare anche un altro notaio appositamente perchè firmi a nome di lui, dopo che egli avrà apposto il segno della croce e avrà dato incarico al notaio in presenza de' testimoni di apporre la firma (c. 22 § 2*b*).

Però è data facoltà a qualunque interessato — sia creditore, sia legatario, sia fedecommessario — di provare *quibus voluerint legitimis modis*, che vi sono nel compendio ereditario altre cose oltre quelle descritte nell'inventario. Si può, secondo le norme antiche, ricorrere persino alla tortura degli schiavi, e, quando ogni altro mezzo manchi, al giuramento dell'erede. Se l'erede abbia celato o sottratto oggetti ereditari dee restituire il doppio del loro valore (c. 22 § 10).

§ 623.

Finchè l'inventario è in via di formazione, nei termini sopra indicati, è preclusa ogni azione de' creditori, de' legatari, de' fedecommessari contro lo erede. Solo si ammette che il proprietario rivendichi le cose proprie anche durante tal periodo, se per caso si trovino nell'eredità (c. 22 § 11).

Formato l'inventario, la responsabilità dell'erede è strettamente limitata alle forze ereditarie. Il § 4 della costituzione così delinea tale responsabilità e il relativo diritto verso i legatarii.

Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, et hereditatem sine periculo habeant et legis Falcidiae adversus legatarios utantur beneficio, ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant.

Più in là, nel § 4*a*, si insiste dicendo : « ... *et nihil ex sua sub-*

stantia penitus amittant ». E in tutta la legge campeggia sempre questo concetto della responsabilità limitata.

Però è controverso se la responsabilità dell'erede beneficiato sia *secundum vires, pro viribus* o invece solo *cum viribus hereditatis*. Ossia, si chiede se, pur rispondendo entro i limiti del valore del patrimonio ereditario, possa l'erede essere vincolato al sodisfacimento colle cose del proprio patrimonio, o se più tosto egli sia tenuto solo a sodisfare i creditori col patrimonio ereditario, mai col proprio quantunque limitatamente. Il fondarsi sulle parole della costituzione non mi pare in proposito un mezzo troppo sicuro di indagine. Chi conosce l'enfasi e la poca tecnicità del linguaggio giustinianeo non può di ciò dubitare. Ad ogni modo non mi pare esatto lo intendere il *valeant* del citato § 4 nel senso di valere. Il *res substantiae valeant* accenna alla podestà che hanno quelle cose di sodisfare i debiti, alla loro sufficienza. E per me il pensiero di Giustiniano è evidentemente scolpito nelle altre parole citate nel § 4*a*, in cui si dice che l'erede nulla affatto perderà della sua sostanza. Io ritengo che Giustiniano, che tanto ha favorito la posizione dell'erede beneficiato, non abbia inteso sottoporre il patrimonio all'esecuzione per parte de' creditori ereditari. In definitiva egli ha tenuto distinte le due masse, come lo prova lo avere egli riserbato all'erede il diritto di esigere i suoi crediti verso il defunto (c. 22 § 9). Il che importa che alla sua volta egli debba computare nell'attivo ereditario quanto egli deve all'eredità. Ciò implica naturalmente l'esclusione della confusione, da cui soltanto può derivare ne' creditori del defunto la facoltà di sodisfarsi sulle cose dell'erede.

L'erede beneficiato paga i creditori a misura che si presentano, nè deve preoccuparsi della loro poziorità, e lo stesso è anche per i legatari. Se per avventura un creditore ipotecario resti incapiente avrà regresso contro i creditori sodisfatti, e così avverrà pei creditori in genere a danno dei quali sieno stati sodisfatti legatari. Per pagare i debiti l'erede può vendere anche le cose ereditarie, persino quelle soggette a pegno o ipoteca (c. 22 § 4. 6. 8).

Per determinare l'attivo del patrimonio si deducono in prima linea le spese per il seppellimento dell'ereditando, per l'insinuazione del testamento, per la confezione dell'inventario e tutte le altre necessarie per l'eredità (c. 22 § 9).

§ 624.

Giustiniano guarda con disfavore coloro che ricorrono all'antico rimedio del *tempus ad deliberandum*, che egli non abolì, ma rese pericoloso, perchè chi vi fa capo perde ogni beneficio, malgrado compili poi l'inventario, e dee pagare integralmente i debiti. Anzi se non fa l'inventario deve pagare integralmente, senza deduzione di Falcidia, anche del suo, perfino i legatari (c. 22 § 14 Nov. 1 c. 2). Che se ripudia, risponderà verso i creditori, o verso coloro cui dee restituire l'credità, di quell'ammontare che essi determineranno col loro giuramento.

INDICE DELLE FONTI [1]

I passi contrassegnati da un asterisco non sono riportati, ma semplicemente citati

CORPUS IURIS

A) Istituzioni

	Insl.	Pagina
	II, 4, 1	187
	» 4, 3	185
	» 6, 12	296
*	» 14, 2	8
*	» 19, 2	33
*	» 19, 2 *in f.*	35
*	» 19, 5	154
*	» 19, 6	155 n., 415
	» 19, 7	55, 56, 148
*	» 20, 14	313
*	III, 9, 12	68
*	» 15, 3	196
	» 15, 4	273
	» 17, pr.	8
	» 19, 25	273
*	» 24, 6	267
*	» 26, 10	197
	» 27, 5	338
*	IV, 2, pr.	253 n.
	» 6, 16	249
	» 12, 1	259 n., 260

B) Digesto

	Dig.	Pagina
	1, 8, 1, pr.	3, 12, 24, 26
*	» 3, 16	216
	» 19, 1, 2	95, 97
*	» 19, 2	*ivi*
*	2, 4, 24	202
*	» 10, 1, 4	253
*	» 10, 1, 6	256
*	» 10, 3, pr.	253
	» 14, 7, 17	415
*	» 14, 7, 19	416 n.
	» 14, 27, 10	16
	3, 5, 3, pr.	14
	» 5, 3, 6	14, 15
*	» 5, 21 (22)	3, 4
	» 6, 1, pr.	202
	» 6, 4	*ivi*
	» 6, 5, pr.	253, 256, 257
*	» 6, 5, 1	257
	4, 1, 6	118, 374, 375, 376 n.
	» 2, 16, 2	254
	» 2, 17	259
*	» 2, 19	255
	» 2, 21, 5	156
	» 3, 13, 1	255 n.
	» 3, 17, 1	254, 257
	» 3, 26	254, 257
	» 3, 29	255
	» 3, 40	156
*	» 4, 7, 5	361
*	» 4, 11, 5	376
	» 4, 24, 2	118
	» 6, 30, pr.	216
*	» 8, 49, 2	198
*	» 9, 3, 4	250 n.
	5, 1, 11	313

	Dig.	Pagina
*	5, 5, 2, 4	204
	» 2, 5	*ivi*
	» 2, 6, 2	*ivi*
*	» 2, 7	206
*	» 2, 8, pr.	204
	» 2, 8, 10	182 n.
	» 2, 15, 1	205
*	» 2, 22, pr.	*ivi*
	» 3, 3	324
	» 3, 20, 3	13
	» 3, 25, 20	*ivi*
	» 3, 29	16
	» 4, 1, 5	143
	» 4, 3, 1	142
	» 4, 5, 1	141, 143, 144
	6, 1, 37	298
*	» 1, 52	258
*	» 2, 11, 3	298
*	» 31, 6	40
	7, 1, 3, 1	190
	» 1, 3, 2	187, 189
	» 1, 56	22, 187, 189
*	» 3, 1, pr.	20
	» 3, 1, 2	*ivi*
	» 4, 2, 1	191
	» 4, 3, 3	185
	» 4, 5, pr.	191
	» 8, 21	186
*	8, 1, 4, pr.	195
	» 1, 18	321
	» 1, 56	190
*	» 3, 11	285 n.
*	» 3, 37	186 n.
	» 4, 9	322
	» 4, 18	284, 288, 310 n.
	» 6, 1	314
	9, 2, 13, 2	4, 5, 12
*	» 2, 23, 8	259
*	» 3, 1	202
	» 3, 5, 5	202, 203
*	» 4, 40	4
	10, 2, 3, pr.	351
	» 2, 3	347
*	» 2, 4, pr.	*ivi*
*	» 2, 18	231
*	» 2, 20	*ivi*

	Dig.	Pagina
*	10, 2, 25, 1	347
	» 2, 25, 13	346
*	» 2, 30, *in f.*	231
	» 2, 46	235
*	» 3, 10, pr.	258
*	11, 1	173 n.
	» 1, 6, pr.	174
*	» 1, 12, pr.	38
*	» 1, 15, pr.	6
*	» 7, 1	8
	» 7, 6, pr.	39, 231
	» 7, 9	201
	» 7, 12, 3	341
*	» 7, 12, 4	342
	» 7, 14, 1	341
*	» 7, 14, 2	342
*	» 7, 14, 3	*ivi*
	» 7, 14, 6	341
*	» 7, 14, 7	343
*	» 7, 14, 12	342
	» 7, 14, 13	341, 342
	» 7, 16	341
*	» 7, 18, 19	*ivi*
*	» 7, 22, 23	341
*	» 7, 28	233
	» 7, 33	234
*	» 7, 39, 1	341
*	» 7, 45	342
*	12, 4, 1, 1	64
*	» 6, 2, 1	155
	» 6, 26, 12	270
*	13, 1, 7, 2	250 n.
*	» 5, 11, pr.	4, 29
*	» 5, 18, 2	250 n.
	» 7, 41	306
*	15, 1, 3, pr., 1	3
	» 1, 27, 8	351
*	16, 1, 19	416 n.
*	» 3, 1, 29	16
*	17, 1, 32	416 n.
*	» 1, 58, 1	*ivi*
	» 2, 35	266
	» 2, 40	267
*	» 2, 59, pr.	197
*	18, 1, 43, 2	159
*	» 2, 15, pr.	18

	Dig.	Pagina
	18, 4, 2, 18, 19	322
	19, 2, 60, 1	267
*	20, 1, 1, pr.	307
	» 1, 22	306
	21, 2, 17	302
*	» 2, 41, 2	314, 317
	» 2, 73	303
	» 3, 1, pr.	302
	» 3, 1, 1	303
*	22, 1, 25, 2	298, 300
*	» 2, 9	4
*	» 5, 12	44 n.
*	» 6, 1, 4	125
	23, 2, 48, 2	238
	» 3, 7, 3	275
	» 3, 9, 1	273, 279
	» 3, 56, 2	236
	24, 1, 1	233
	» 1, 5, 8	232
	» 1, 5, 11	233
	» 1, 11, 2	282
	» 1, 11, 7	283
	» 3, 15, 1	203
	26, 1, 16, 1	236
	» 4, 3, 9	*ivi*
	» 7, 42	210
	» 8, 1, pr.	334
	» 8, 9, 3	75
*	» 10, 5, 6	358
	27, 10, 3	23
	28, 1, 18, pr.	87
	» 2, 11	33
*	» 2, 18	204
*	» 2, 36	233
*	» 5, 3, 3	42 n.
*	» 5, 9	180
	» 5, 23, 1	177, 178, 179
	» 5, 23, 2	178, 179
	» 5, 31, 1	7, 27
	» 5, 60 (50), 6 *in f.*	272
*	» 5, 65 (64) *in f.*	4, 7
	» 5, 70 (69)	35
*	» 5, 87 (86)	35 n.
	» 6, 10, 2	325
*	» 6, 12	38
*	» 6, 43, 3	234

	Dig.	Pagina
	28, 7, 12	35, 42 n.
	» 7, 13	64
*	» 7, 16	171 n.
*	» 7, 20, 1	11
	» 8, 1, 1	173
*	» 8, 1, 2	*ivi*
*	» 8, 2	*ivi*
*	» 8, 5, pr.	180
*	» 8, 5, 1	*ivi*
*	» 8, 6	*ivi*
*	» 8, 7	*ivi*
*	» 8, 10	173
	29, 2, 1	162
	» 2, 2	*ivi*
	» 2, 5, 1	81, 82, 83, 84, 85, 88
	» 2, 6, pr.	89
*	» 2, 6, 1	90
*	» 2, 6, 2	91
*	» 2, 6, 3	*ivi*
	» 2, 6, 4	145, 146
	» 2, 6, 5-6	34
	» 2, 6, 7	157
	» 2, 7, 1	117
	» 2, 7, 2	325
	» 2, 8	75
	» 2, 8, pr.	331
	» 2, 8, 1	91
	» 2, 9	71, 73
	» 2, 10	54, 166
	» 2, 11	40
	» 2, 12	37
	» 2, 13, pr.	132
	» 2, 13, 1	137
*	» 2, 13, 3	90
	» 2, 15	41 n., 137
*	» 2, 16	137
*	» 2, 71, 1	42
	» 2, 17, pr.	137
	» 2, 18	131
	» 2, 19	137
	» 2, 20, pr.	59, 62
	» 2, 20, 1	63
	» 2, 20, 2	59, 240
	» 2, 20, 4	59, 61, 65
	» 2, 20, 5	199
	» 2, 21, 1	59

	Dig.	Pagina
	29, 2, 21, 2	132
	» 2, 21, 3	140, 144
	» 2, 22	62, 137
	» 2, 24, pr.	114
*	» 2, 25, 4	90
	» 2, 25, 5	90, 104
	» 2, 25, 9	104, 159
*	» 2, 25, 10	104
	» 2, 25, 11	138
*	» 2, 25, 14	90
	» 2, 27	132
*	» 2, 30	121
	» 2, 30, pr.	120, 121
	» 2, 32, pr.	137
*	» 2, 32, 1	*ivi*
*	» 2, 32, 2	*ivi*
	» 2, 33	148
	» 2, 34, pr.	137, 145
*	» 2, 34, 1	137 n.
	» 2, 35, pr.	140
*	» 2, 42, pr.	38
*	» 2, 46	137, 140
*	» 2, 47	90
	» 2, 48	99, 101, 104
*	» 2, 51, pr.	148
	» 2, 51, 2	160, 161
*	» 2, 52	91
	» 2, 54	11, 12
*	» 2, 57, pr.	38
*	» 2, 57, 1	40
	» 2, 62	64
	» 2, 63	69
	» 2, 69	56, 176
	» 2, 70, 1	132
	» 2, 70, 2	168
	» 2, 74, 2-4	146, 147
	» 2, 75	139, 144
	» 2, 76, pr., 1	163
	» 2, 79	90
	» 2, 80, pr.	162, 166
	» 2, 80, 1	162
*	» 2, 80, 3	165
*	» 2, 84	148
	» 2, 85	157
*	» 2, 86	100
	» 2, 86, pr.	98, 120, 121

	Dig.	Pagina
	29, 2, 87, 1	38, 320
	» 2, 88	223
*	» 2, 90	103
	» 2, 90, pr.	95
	» 2, 93, pr.	138, 148
	» 2, 95	69
	» 2, 96	145
*	» 2, 99	38
*	» 4, 1, 5	165
	» 4, 2	114
	» 4, 21	91
*	30, 38, pr.	163
*	» 54, 3	349 n.
*	» 71, 1	339
*	» 81, 1	350
	» 82	339
	» 84	*ivi*
	» 84, 4	321
	» 86	339
*	» 86, 1	349 n.
	» 89	37
	» 116, 3	8
	» 116, 4	321
*	» 124	349 n.
	31, 33, pr.	348, 351
*	» 45, 1	292
	» 55, 1	28
*	» 66, 5	349 n.
*	» 66, 7	188
	» 82, pr.	313
	33, 1, 7	339
	» 2, 8	187, 189, 190
*	» 5, 9, 1	408
*	» 5, 13, pr.	42 n.
*	34, 1, 3	352
	» 1, 22, 1	339
	» 3, 21, 1	314
*	35, 1, 17	137
	» 1, 19, pr.	171
	» 1, 21	125, 145, 147
*	» 1, 29	178
	» 2, 11, 5	335
	» 2, 32, pr.	195
	» 2, 32	200
	» 2, 66, 1	335
*	» 2, 88, pr.	171

	Dig.	Pagina
	35, 3, 1, 12	336
	36, 1, 1, 17	336 n.
	» 1, 11, 2	370
	» 1, 57, 3	234
	» 1, 67 (65), pr.	17, 91, 99, 101
	» 1, 67 (65), 3	72
	» 1, 69, 2	409
*	» 2, 5, pr.	272
*	» 2, 5, 2	*ivi*
*	» 3, 1, 14	*ivi*
	» 3, 10	29
*	» 4, 1, 4	39
	» 4, 5, 4	367
	» 4, 5, 16-21	*ivi*
	» 4, 5, 20	2
	37, 1, 3, 3	66
	» 1, 3, 7	99, 120
*	» 1, 3, 8	67
	» 1, 7, 1	76
*	» 1, 7, 2	92
	» 1, 15	77
*	» 3, 1	2, 70, 92
*	» 4, 4, 3	148
*	» 4, 5	*ivi*
	» 4, 13, pr.	233
	» 6, 2, 3	291
	» 6, 2, 4	199, 200
*	» 7, 8	38
*	» 7, 9	*ivi*
*	» 14, 9	39
	38, 1, 4	242
	» 1, 6	239
	» 1, 8, pr.	*ivi*
	» 1, 9, 1	239, 241
*	» 1, 22	239
	» 1, 22, 1	240
*	» 1, 24	239
	» 1, 29	240, 243
	» 1, 51	240, 243
*	» 2, 6, 2	38
*	» 2, 13	34
	» 2, 42, 2	134
*	» 5, 1, 8	204
*	» 5, 1, 18	375
	» 5, 11	376
*	» 9, 1, pr.	2

	Dig.	Pagina
	38, 9, 1, 4	76
	» 15, 2, pr.	172
*	» 16, 9	19, 272 n.
	» 17, 1, 1	137
*	» 17, 2, 8	38, 39
*	» 17, 2, 10	38
	39, 5, 2, 5	273, 276
	» 5, 2, 6	276
*	» 5, 6	310
	» 5, 9, pr.	232
	» 6, 2	281
	» 6, 17	335
	» 6, 29	281
	» 6, 40	*ivi*
*	40, 5, 4, 17	2
*	» 5, 4, 21	233
*	» 5, 30, 10	39
	» 7, 9, 3	287
*	» 9, 27, pr.	291
*	» 10, 17, 22	39
*	» 12, 30	408, 409
*	41, 1, 9, 8	6 n.
	» 1, 23, 1	298
*	» 1, 33, 1	6 n.
*	» 1, 33, 2	8, 9
	» 1, 34	8
	» 1, 40	299
	» 1, 48, 1	298
	» 1, 54, pr.	98
	» 1, 61, pr.	7, 15, 16
	» 1, 61, 1	16
	» 2, 13, 4	219
*	» 2, 13, 5	221
*	» 2, 13, 12	220
*	» 2, 23, pr.	212
	» 2, 25, 1	268
	» 2, 30, 5	213
*	» 3, 2	222
*	» 3, 5	*ivi*
	» 3, 15, pr.	6
*	» 3, 20	218
*	» 3, 22	223
	» 3, 25	222
*	» 3, 31, 5	218
	» 3, 40	216
	» 3, 43	296

	Dig.	Pagina
	» 3, 44, 3	221
*	41, 3, 45, 1	222
	» 4, 2, 19	296
	» 4, 6, 2	218
*	» 4, 7, 5	356
*	» 5, 3	297 n.
*	42, 1, 23	211
*	» 1, 24	*ivi*
	» 1, 25	*ivi*
*	» 1, 44	38
*	» 3, 7	384
*	» 4, 3, 3, 4	340
	» 4, 6, pr.	365
*	» 4, 8, 9	23
*	» 4, 14, 2	365
*	» 5, 6, 1	400
	» 5, 9, 8	254
	» 5, 10	*ivi*
*	» 5, 31	354, 359
*	» 5, 31, 1	355
	» 5, 31, 2	*ivi*
	» 5, 31, 3	355 n.
	» 5, 31, 4	355
	» 6	384
*	» 6, 1, pr.	386
	» 6, 1, 1	376 n., 380, 388
	» 6, 1, 2	367, 368, 369
*	» 6, 1, 3	390
	» 6, 1, 4	378, 380
	» 6, 1, 5	367, 368, 369, 371
	» 6, 1, 6	369, 378, 379, 387
	» 6, 1, 7	379, 390
	» 6, 1, 8	379, 390, 402
*	» 6, 1, 9	390
	» 6, 1, 10	360, 391
*	» 6, 1, 11	392, 395
*	» 6, 1, 12	398, 401
	» 6, 1, 13	397
	» 6, 1, 14	386
	» 6, 1, 15	392, 395
	» 6, 1, 16	403
	» 6, 1, 17	379, 404, 405, 410
*	» 6, 1, 18	41, 361, 362, 364, 387
	» 6, 2	400, 402
*	» 6, 3, pr.	407
*	» 6, 3, 1	407, 408, 409

	Dig.	Pagina
	42, 6, 3, 2	384, 404, 409, 410, 413, 414
	» 6, 4, 1	306
	» 6, 5	380, 384, 389, 401, 405, 412
	» 6, 6, pr.	366, 379
	» 6, 6, 1	373, 379
*	» 6, 7, 8, 9	390
	» 7, 1	179
*	» 8, 1, 1	365
	» 8, 4	*ivi*
*	» 8, 10, 10	364, 397 n.
	» 8, 11	253, 256
*	» 8, 23	416
*	43, 1, 1, pr.	25
*	» 20, 1, 43	186 n.
*	» 24, 13, 5	2, 4, 6, 12, 26
*	44, 4, 4	416 n.
	» 4, 4, 27	113
	» 4, 4, 28	111, 113, 115
*	» 4, 4, 29	113
	» 7, 1, 12	69
	» 7, 1, 13	71
	» 7, 5, 2	338
	» 7, 35	253, 255, 256, 259
	» 7, 42, pr.	291
	» 7, 44, 1	196
*	» 7, 58	260
	45, 1, 6	81, 87
	» 1, 38, 10-12	191
	» 1, 56, 4	195
	» 1, 57	273
*	» 1, 77	18
*	» 1, 98, pr.	313 n.
*	» 1, 121, 3	258
	» 1, 140, 2	313
*	» 2, 13	319 n.
*	» 2, 17	349 n., 350 n.
*	» 3, 16	11
	» 3, 26	20
	» 3, 28, 4	10
*	» 3, 36	13, 25
	46, 1, 4, 1	261
	» 1, 5	318
	» 1, 21, 2	317, 319
	» 1, 22	7, 12, 27

	Dig.	Pagina
	46, 1, 50	314, 318
	» 1, 71, pr.	316, 317
	» 2, 3	81, 89
	» 2, 24	9, 18
	» 3, 31	270
*	» 3, 36	142
	» 3, 47, 1	232
	» 3, 80	315
*	» 3, 93, pr.-1	318 n.
	» 3, 93, 2	314, 318, 319
	» 3, 95, 2	314
	» 3, 95, 3	319
	» 3, 107	314, 316
*	» 4, 11, 2	16
	» 6, 6	71
	» 8, 7	100, 120
*	» 8, 24, pr.	100
	47, 1, 1, pr.	251
	» 2, 41, pr.-3	4 n.
*	» 2, 43, 5	5
	» 2, 43, 11	*ivi*
	» 2, 69 (68)	4
	» 4, 1, 15	4 n., 214
	» 8, 2, 27	257
*	» 10, 1, 6	14
*	» 10, 1, 7	*ivi*
	» 10, 28	200
*	» 12, 3, 8	201
	» 12, 6	199
	» 12, 10	199, 200
	» 19, 2, 1	215
*	» 19, 6	4
	» 23, 3, 1	247
	48, 19, 20	251
*	» 20, 7, pr.	32
	» 22, 3	238
	49, 14, 29, 1	314
	» 17, 5	92
*	» 17, 19, 1	*ivi*
*	50, 4, 1, 4	23
	» 12, 2, 2	262
	» 15, 3, 1	210
*	» 16, 51	36 n.
	» 16, 65	192
	» 16, 70	193
	» 16, 77	288

	Dig.	Pagina
	50, 16, 119, pr.	331
	» 16, 151	19
*	» 16, 178, 1	13
	» 17, 5	69
	» 17, 6	113, 114, 115
*	» 17, 19, pr.	340
	» 17, 38	253, 255
	» 17, 40	69, 81
	» 17, 45	317
	» 17, 53, pr.	109
	» 17, 68	210
	» 17, 76	149
	» 17, 77	160, 161
	» 17, 85, 1	313
*	» 17, 87	260
	» 17, 111, 1	251
	» 17, 123	94
	» 17, 138	11
	» 17, 139 pr.	209
	» 17, 151	84
*	» 17, 157, 2	258
*	» 17, 174, pr.	178
*	» 17, 193	11
	» 17, 194	323
	» 17, 196	210

C) Codice

	Cod.	Pagina
	1, 2, 23, 2	189
	» 3, 48 (49) 4	334
	2, 3, 26	346
	» 11 (12), 7	36
*	» 21 (22), 3	80, 87
*	» 38 (39), 1	37
*	» 38 (39), 12	*ivi*
	» 50 (51), 1	118
*	3, 9, 8	68
*	» 28, 8, 1	63, n.
*	» 28, 34	206
	» 28, 36, 2	182
	» 31, 10	91
*	» 32, 14	305
	» 33, 10	186
	» 33, 14	187, 190, 192, 193
*	» 44, 4	231
*	» 44, 8	230

	Cod.	Pagina
*	3, 44, 13	230, 231
*	4, 6, 6	383, 385
*	» 11, 1	290
	» 16, 7	332
*	» 17, 1	256, 260
*	» 51, 3	305
*	» 51, 5	*ivi*
*	» 65, 6	268
	5, 37, 26	78, 80
*	» 42, 5, 1	76 n.
	» 70, 6	70
	» 70, 7, 3	67 n. 70
	6, 9, 6	134
	» 9, 7	76, 77
	» 9, 9	67
	» 24, 14	287
	» 30, 2	63
	» 30, 4	91
	» 30, 5	76
	» 30, 7	54
*	» 30, 9	173
	» 30, 12	78, 79, 80, 100
*	» 30, 17	51
	» 30, 18, pr	92
*	» 30, 18, 1-3	125
	» 30, 18, 2	74
*	» 30, 18, 4	74, 77
*	» 30, 19	127, 130, 131, 183, 417
	» 30, 19, 1	56, 131
	» 30, 22	181, 417, 418
	» 30, 22, pr.	155, 415
*	» 30, 22, 1	183
*	» 30, 22, 2	418
*	» 30, 22, 2*a*	418, 419
*	» 30, 22, 2*b*	419
*	» 30, 22, 3	*ivi*
	» 30, 22, 4	420
	» 30, 22, 4*a*	419, 420
*	» 20, 22, 4, 6, 8	420
*	» 30, 22, 8	*ivi*
*	» 30, 22, 9	345, 420
*	» 30, 22, 10	419
*	» 30, 22, 11	*ivi*
	» 30, 22, 14	331, 421
	» 30, 22, 14*a*	332
	» 30, 23, 14*b*	56

	Cod.	Pagina
	6, 31, 6	40
	» 51, 1, 5	116, 125, 126, 143
	» 52, 1,	125
	» 59, 1, 2	66
*	» 61, 8, pr. 1	93
*	» 61, 8, pr. 2	125
	» 70, 7, 2	70
*	» 81, 5	76
*	7, 29, 4	297 n.
*	» 39, 8, 4	395
	» 72, 2,	370, 378, 386
*	» 72, 7	383
*	» 75, 1	115
	8, 15 (16), 5	306
*	» 37, 1	290
*	» 37 (38), 13	270
*	» 41 (42), 8	392, 393
	» 44 (45), 11	308
*	» 44 (45), 14	304
	» 44 (45), 31	307
*	» 53 (54), 24	305
*	» 55 (56), 1	207
	» 55 (56), 1, 3	*ivi*
	» 55 (56), 7	207, 209
	» 55 (56), 7, 3	207, 208
	» 55 (56), 10	207, 209
	» 55 (56), 10, 2	207
*	9, 19, 6-4	201

D) Novelle

	Nov.	Pagina
*	1	68, 417
	» 2	337, 421
	» 2, 1	419
	9	189
*	158	130, 131
	» proem.	130
	» 1	*ivi*

Istituzioni di Gaio

	Gai Inst.	Pagina
*	I 165	238
*	» 168	109
*	» 172	*ivi*
*	» 177	376
*	» 192	*ivi*

	Gai Inst.	Pagina
	II, 9	3
	» 34, 37	106
*	» 35-36	359
	» 87	89
	» 153	41
*	» 154	41. 364
	» 155	41, 360, 384
	» 156 sg.	31
	» 158	35, 290
*	» 160	41
	» 163	154
	» 164	45
*	» 165	46
	» 166	42
	» 167	53, 55, 56, 168, 172
*	» 168	49
*	» 168 sg.	69
	» 170	45, 47
*	» 171	46
	» 173	*ivi*
*	» 174-178	48
*	» 176-178	53
	» 177	48, 53
	» 178	49
*	» 188-189	90
	» 213	339
	» 224	336
	» 251	334
	III, 78	149
*	» 82	111
	» 84	335, 334
	» 85	106, 334
*	» 87	107
	» 100	290
	» 106	69
	» 109	70, 71
*	» 111	198
	» 114	197
	» 120	260, 262
	» 124	291 n.
*	» 152	197
	III, 158	290
*	» 176 sg.	393 n.
*	» 201	5 n.
	IV, 6	249
*	» 8	253 n.
	IV, 78	313
*	» 102	354
*	» 112	206
	» 113	196. 260, 262, 264
	» 121	250
	» 151	220

FRAMMENTI D'AUTUN

	Gai Augstod.	Pagina
	I, 26 sg.	79
*	» 27	80
	» 28-33	155
	» 32	155 n.
*	» 33	80
*	» 35	46 n.
	» 36	45
*	» 37	43 n.
	» 38	42 n., 43 n.
*	» 39	43 n.
	» 40	47
	» 41	*ivi*
	» 42	42 n., 43
	» 44	56 n., 57
	» 45	50, 56 n.
*	» 49	49
*	» 50	*ivi*
	» 51	56 n.
	» 52-54	168
	» 54	172 n., 181
*	» 55	173 n.
	» 58	47
	» 59	45

REGOLE DI ULPIANO

	Ulp. Reg.	Pagina
	II, 4	289
*	VI, 7	198
*	XI, 22	376
*	» 27	75, 88, 376
	XVII, 1	125
	» 2	*ivi*
	XIX, 12	107
	» 13	*ivi*
	» 14	*ivi*
	» 15	*ivi*
	» 17	340

	Ulp. Reg.	Pagina
	XIX 19	89
	XX, 13	80, 87
*	XXII, 24	35
	» 25	53
	» 26	45, 59
	» 27	46 n., 47 n.
	» 28	42
*	» 31	47
*	» 33	48
*	» 34	*ivi*
	» 34 *in f.*	49 n.
*	XXIX, 2	377
*	» 3	*ivi*

SENTENZE DI PAOLO

	Paul. Sent.	Pagina
	I 13 B, 4	205
*	IV, 8, 6	33

BASILICI

	Bas.	Pagina
	IX. 7, 41	366 n.
	» 7, 43, 1	373 n.
	X, 35, 30	217
*	XXVI, 4, 24	9 n.
*	XXX, 14, 6	159 n.
*	XXXV, 14, 81	95
	XXXIX, 1, 58	182
	XL, 1, 25	134 n.
	» 3, 13	6
*	XLIX, 3, 28	243 n.
*	L, 1, 53	98 n.
	» 2, 22	213
	» 4, 5 sch. 25	246
	Suppl. Ferrini-Mercati p. 61	122 n.

Pagina

FONTI DIVERSE

A) GIURIDICHE

Cod. Theod.	*	4, 1	172
» »	*	» 1, 1	52 n.
» »	*	8, 18, 3	71
» »	*	» 18, 5 *in f.*	42
» »		» 18, 8	51, 92
Interpr. ad C. Th.		4, 1, 1	68
Paraphr. Inst.		I, 3, 9, 10	66
Vat. Fragm.		55	20
»		59	*ivi*
»		60	*ivi*
»	*	272	207
»		294	278
»	*	312	*ivi*
»	*	329	160
* *Vet. cuius. Iurisc. Consult.*			54
* *Testam. Dasumii*			47, 345

B) NON GIURIDICHE

CIC. *Ad Att.* XIII, 46			43
» » »	*	» 46, 3; 47, 1	45
» *Phtlos*	*	2, 16	36
» *Pro Caecina*		12 *in f.*	200
» » »		32, 94	213
COLUMELLA		II, 7	267
ISID. *Orig.*		V, 24, 9	42
» »		24, 15	45
QUINTIL. *Inst. Orat.*		8, 6, 7	32
Rhet. ad Herenntum		2, 13, 19	266
VARRONIS *De ling. lat.*		VI, 81	43
Corpus Inscrip. Latin.	*	VI, 8861	230 n.
	*	» 8862	*ivi*
	*	» 10525	*ivi*
	*	» 12133	*ivi*
	*	» 13441	*ivi*

INDICE

CAPO V

L'EREDITÀ GIACENTE

§ 281. Quanto vi sia giacenza. Terminologia delle fonti. Difficoltà dell'argomento . . . . . Pag. 1
§ 282. L'antico concetto che le cose della eredità giacente sono *nullius* . » 3
§ 283. Il concetto che l'eredità giacente è una persona . . . . » 5
§ 284. Continua . . . . . » 6
§ 285. Continua . . . . . » 7
§ 286. Continua . . . . . » 8
§ 287. Il concetto dell'immediata successione dell'erede al defunto . . » 10
§ 288. Continua . . . . . » 11
§ 289. Contemporanea affermazione di alcuni fra questi concetti negli stessi giureconsulti . . . . . » 12
§ 290. Nostra opinione — Persistenza della unità patrimoniale e suo svolgimento . . . . . » *ivi*
§ 291. Acquisto di frutti — Accessioni — Acquisti *re ipsa* . . . » 13
§ 292. Acquisto per via di gestione d'affari . . . . . » 14
§ 293. Acquisto per via di schiavi ereditari . . . . . » 15
§ 294. Atti che l'eredità giacente non può compiere neppure per via di schiavi propri — Distinzioni . . . . . » 16
§ 295. Adizione d'eredità . . . . . » 19
§ 296. Usufrutto . . . . . » 20
§ 297. Curatore all'eredità giacente . . . . . » 23
§ 298. Discussione sui risultati dell'indagine . . . . . » *ivi*
§ 299. Continua . . . . . » 25
§ 300. Continua . . . . . » 27
§ 301. Continua . . . . . » 28
§ 302. Continua . . . . . » *ivi*
§ 303. Diritto moderno . . . . . » 29

CAPO VI

L'ACQUISTO DELL'EREDITÀ

a) *acquisto « ipso iure »*

§ 304. Distinzione degli eredi — *heres suus* . . . . . Pag. 31
§ 305. Perchè l'*heres suus* è anche *necessarius*. Gli altri discendenti in podestà . . . . . » 33
§ 306. Il *paterfamilias* può rimettere l'accettazione alla volontà del discendente. . . . . » 34
§ 307. *Beneficium abstinendi* — Introduzione . . . . . » 35
§ 308. Come si possa goderne . . . . . » 36
§ 309. Effetti del beneficio . . . . . » 37
§ 310. Continua . . . . . » 39
§ 311. Come si perde il beneficio. . . . . » 40
§ 312. Erede necessario . . . . . » *ivi*

b) *acquisto per mezzo di dichiarazione*

§ 313. *Cretio* . . . . . » 41
§ 314. Continua . . . . . » 43
§ 315. Continua . . . . . » 44
§ 316. Continua . . . . . » 45
§ 317. Continua . . . . . » 46
§ 318. Continua . . . . . » 47
§ 319. Continua . . . . . » 49
§ 320. Continua . . . . . » 51
§ 321. Modi non solenni — Terminologia — Storia . . . » 52
§ 322. Continua . . . . . » 54
§ 323. Continua . . . . . » 55
§ 324. Continua . . . . . » 56
§ 325. Dichiarazione espressa e tacita. . . . . » 57
§ 326. *Pro herede gestio* — Concetto primitivo . . . . » 58
§ 327. Univocità logica e univocità pratica. . . . . » 60
§ 328. Applicazioni . . . . . » 61
§ 329. Continua . . . . . » 63
§ 330. Continua . . . . . » *ivi*
§ 331. Diritto moderno . . . . . » 65
§ 332. Acquisto della *bonorum possessio* . . . . . » 66
§ 333. Continua . . . . . » 67
§ 334. Rinuncia all'eredità . . . . . » 68

§ 335. Norme relative all'accettazione ed alla rinuncia — Capacità di agire — Furioso . . . . . Pag. 69
§ 336. *Infanies* . . . . . » 70
§ 337. Continua . . . . . » 72
§ 338. Continua . . . . . » 73
§ 339. *Impuberes* . . . . . » 74
§ 340. Continua . . . . . » 76
§ 341. *Minores XXV annis* . . . . . » 78
§ 342. Continua . . . . . » 79
§ 343. Prodigo . . . . . » 80
§ 344. Continua . . . . . » 84
§ 345. Continua . . . . . » 85
§ 346. Continua . . . . . » 87
§ 347. Persone *alieni iuris* — Diritto antico . . . . . » 89
§ 348. Modificazioni . . . . . » 90
§ 349. Continua . . . . . » 92
§ 350. Persone giuridiche . . . . . » 93
§ 351. Personalità del diritto di accettare — Esclusione della rappresentanza » 94
§ 352. Continua . . . . . » 95
§ 353. Continua . . . . . » 96
§ 354. Continua . . . . . » 98
§ 355. Rappresentanza quanto all'*agnitio bon. possessionis* . . . . . » 99
§ 356. Continua . . . . . » 100
§ 357. *Nuntius* . . . . . » 101
§ 358. Deroghe all'esclusione della rappresentanza nel diritto civile . . » 103
§ 359. Se il carattere personale sia di essenza anche pel diritto moderno » *ivi*
§ 360. Se un gestore d'affari possa per il diritto moderno accettare validamente un'eredità . . . . . » 105
§ 361. Intrasmissibilità del diritto di accettare — *In iure cessio hereditatis* » 106
§ 362. Continua . . . . . » 108
§ 363. Continua . . . . . » 110
§ 364. Continua . . . . . » *ivi*
§ 365. Continua . . . . . » 111
§ 366. Continua . . . . . » 112
§ 367. Continua . . . . . » 115
§ 368. Diritto giustinianeo . . . . . » *ivi*
§ 369. Trasmissibilità dell'credità deferita ad uno schiavo. . . . . » 116
§ 370. Intrasmissibilità dell'eredità negli eredi del chiamato — Principio generale . . . . . » *ivi*
§ 371. C. d. *Transmissio ex iure suitatis* . . . . . » 117
§ 372. C. d. *Transmissio ex capite in integrum restitutionis* . . » 118
§ 373. Continua . . . . . » 119
§ 374. Continua . . . . . » 120
§ 375. Continua . . . . . » 123
§ 376. C. d. *transmissio ex capite infantiae ex iure patrio* . . » 124
§ 377. *Transmissio Theodosiana* . . . . . » 125

§ 378. *Transmissio Iustinianea* . . . . . Pag. 127
§ 379. Continua . . . . . » 128
§ 380. L'accettazione dev'essere posteriore alla delazione . . . . » 131
§ 381. *Cautio Muciana* . . . . . » 133
§ 382. La *b. possessio intra alienam vicem* . . . . . » 134
§ 383. Continua . . . . . » 135
§ 384. Continua . . . . . » 136
§ 385. Certezza sugli elementi essenziali della delazione . . . . » 137
§ 386. Errore ed incertezza sulla quota . . . . . » 138
§ 387. Continua . . . . . » *ivi*
§ 388. Continua . . . . . » 139
§ 389. Continua . . . . . » 141
§ 390. Conclusione . . . . . » 143
§ 391. Certezza sulla capacità del chiamato. . . . . » 145
§ 392. Continua . . . . . » 146
§ 393. Il diritto pretorio e la certezza sulla causa della delazione . . » 148
§ 394. Il principio romano sulla certezza intorno alla delazione e suo esame » 149
§ 395. Legislazioni moderne . . . . . » 151
§ 396. Continua . . . . . » 153
§ 397. Errore o incertezza sui punti non essenziali . . . . . » 154
§ 398. Errore cagionato da dolo altrui . . . . . » 155
§ 399. Violenza . . . . . » 156
§ 400. Continua . . . . . » 157
§ 401. Continua . . . . . » 158
§ 402. La dichiarazione dev'essere pura e semplice . . . . . » 160
§ 403. Accettazione integrale . . . . . » 162
§ 404. Continua . . . . . » 163
§ 405. Continua . . . . . » 164
§ 406. Continua . . . . . » 166
§ 407. Non vi è termine per accettare. . . . . » 167
§ 408. *Cretio* — Condizione . . . . . » 168
§ 409. Continua . . . . . » 169
§ 410. Continua . . . . . » 170
§ 411. Limitazione di tempo per la *b. possessio* . . . . . » 171
§ 412. *Interrogationes in iure* — *tempus ad deliberandum* . . . . » 172
§ 413. Continua . . . . . » 173
§ 414. Continua . . . . . » 174
§ 415. Continua . . . . . » 175
§ 416. Continua . . . . . » 176
§ 417. Continua . . . . . » 177
§ 418. Continua . . . . . » 178
§ 419. Effetti durante il decorso del termine . . . . . » 180
§ 420. Modificazioni . . . . . » *ivi*
§ 421. Continua . . . . . » 181
§ 422. Termine speciale per l'istituito in un testamento soggetto alla *querella inofficiosi*. . . . . » 182

CAPO VII

EFFETTI DELL'ACQUISTO DELL'EREDITÀ

1) *La posizione dell'erede in generale*

§ 423. Rapporti che si trasmettono all'erede — Rapporti patrimoniali — Diritti reali intrasmissibili — Usufrutto . . . . . Pag. 185
§ 424. Carattere originario dell'usufrutto — Riflesso economico. . . » 186
§ 425. L'usufrutto delle persone giuridiche . . . . . » 188
§ 426. L'esclusione dell'usufrutto perpetuo è giustinianea . . . . » 189
§ 427. Se l'usufrutto possa stabilirsi anche a favore degli eredi . . » 190
§ 428. A quali eredi? . . . . . » 192
§ 429. La dottrina classica . . . . . » 193
§ 430. Limite alla trasmissibilità de' diritti reali per disposizione delle parti » 195
§ 431. Diritti di credito intrasmissibili — Per volontà delle parti . . » 195
§ 432. Per legge — In base alla tacita volontà — Mandato — Società . » 196
§ 433. *Adstipulatio* — Compromesso . . . . . » 197
§ 434. Azione di restituzione della dote . . . . . » 198
§ 435. *Actiones vindictam spirantes* — In genere . . . . . » 199
§ 436. 1) *a. iniuriarum* — 2) *a. sepulcri violati* — 3) *a. in factum* per ostacoli al seppellimento — 4) azione contro i figli o liberti che citavano il padre o patrono senza permesso del pretore — 5) *a. in factum* contro chi riceveva denaro *calumniae causa* . . » 200
§ 437. 6) *a. de effusis* — 7) *retentiones propter mores* . . . . » 202
§ 438. 8) *querella inofficiosi testamenti* . . . . . » 203
§ 439. Continua . . . . . » 204
§ 440. Continua . . . . . » 206
§ 441. 9) Revoca della donazione per ingratitudine . . . . . » 207
§ 442. Effetto della *litis contestatio* sulle *aa. vind. spirantes* . . . » 208
§ 443. Privilegi . . . . . » 210
§ 444. Diritto di accettare una eredità . . . . . » 211
§ 445. Possesso . . . . . » *ivi*
§ 446. Continua . . . . . » 213
§ 447. Continua . . . . . » 214
§ 448. Continua . . . . . » 215
§ 449. Continua . . . . . » *ivi*
§ 450. Continua . . . . . » 216
§ 451. Continua . . . . . » 218
§ 452. Continua . . . . . » 219
§ 453. Continua . . . . . » 221
§ 454. Continua . . . . . » 222
§ 455. Continua . . . . . » 223

§ 456. Continua . . . . . Pag. 225
§ 457. Continua . . . . . » 227
§ 458. Diritto moderno. . . . . » 229
§ 459. Trapasso di diritti non patrimoniali — *Sacra* — *iura sepulcrorum* . » *ivi*
§ 460. Continua . . . . . » 231
§ 461. Continua . . . . . » 233
§ 462. Diritto di famiglia . . . . . » 235
§ 463. Diritto di patronato . . . . . » 237
§ 464. Continua . . . . . » 238
§ 465. Continua . . . . . » 239
§ 466. Continua . . . . . » 240
§ 467. Continua . . . . . » *ivi*
§ 468. Continua . . . . . » 242
§ 469. Continua . . . . . » 243
§ 470. Diritti pubblici . . . . . » 245
§ 471. *Actiones populares* . . . . . » 246
§ 472. Successione nel lato passivo del rapporto — Diritto antico — *Sacra* . . . . . » 248
§ 473. Il principio generale — Eccezioni — Obblighi derivanti da delitto . . . . . » 249
§ 474. Continua . . . . . » 250
§ 475. Continua . . . . . » 252
§ 476. Continua . . . . . » 253
§ 477. Continua . . . . . » 255
§ 478. Continua . . . . . » 256
§ 479. Continua . . . . . » 258
§ 480. Obblighi di stretto carattere personale — *Sponsio* e *fidepromissio*. » 260
§ 481. Continua . . . . . » 261
§ 482. Continua . . . . . » 262
§ 483. Continua . . . . . » 263
§ 484. Società, mandato, compromesso . . . . . » 266
§ 485. La locazione di cose nell'antico diritto . . . » *ivi*
§ 486. Locazione d'opera . . . . . » 269
§ 487. Diritto moderno. . . . . » 271
§ 488. Successione ne' rapporti imperfetti — Rapporti condizionali — Atti a causa di morte . . . . . » 272
§ 489. Atti fra vivi produttivi di obbligazioni . . . . . » *ivi*
§ 490. Produttivi di diritti reali . . . . . » 273
§ 491. Continua . . . . . » 274
§ 492. Continua . . . . . » 275
§ 493. Continua . . . . . » 276
§ 494. Continua . . . . . » 277
§ 495. Continua . . . . . » *ivi*
§ 496. Continua . . . . . » 279
§ 497. Continua . . . . . » 280
§ 498. Continua . . . . . » 281

§ 499. Continua . . . . . Pag. 283
§ 500. Continua . . . . . » 284
§ 501. Riassunto . . . . . » 286
§ 502. Ragioni della diversità di trattamento tra i varii atti . . . » 287
§ 503 Continua . . . . . » 288
§ 504. Continua . . . . . » 290
§ 505. Continua . . . . . » 292
§ 506. Diritto moderno. . . . . » 293
§ 507. *Pacta de contrahendo* . . . . . » 294
§ 508. Offerte o promesse non accettate . . . . . » 295
§ 509. *Condicio usucapiendi* — Successione nella buona e nella mala fede » 296
§ 510. Acquisto dei frutti — Successione nella *b. fides* . . . . » 297
§ 511. Continua . . . . . » 299
§ 512. L'erede è vincolato dalle dichiarazioni di volontà del defunto — Alienazione di cose dell'erede. . . . . » 301
§ 513. Continua . . . . . » 302
§ 514. Continua . . . . . » 305
§ 515. Costituzione di pegno su cose dell'erede . . . . . » *ivi*
§ 516. L'erede del fideiussore del venditore è proprietario della cosa venduta . . . . . » 307
§ 517. L'evoluzione della responsabilità pel patto dell'creditando . . » 309
§ 518. Continua . . . . . » *ivi*
§ 519. Continua . . . . . » 311
§ 520. Continua — Confusione de' patrimoni . . . . . » 312
§ 521. Origine del principio — Incompatibilità delle qualità . . . » 313
§ 522. Come si spiegano gli accenni ad altri concetti. . . . . » *ivi*
§ 523. Continua . . . . . » 316
§ 524. Conseguenze speciali del principio . . . . . » 317
§ 525. Continua . . . . . » *ivi*
§ 526. Se cessi la confusione per lo scindersi delle qualità incompatibili . » 319
§ 527. Continua . . . . . » 320
§ 528. Continua . . . . . » 322
§ 529. La confusione esclude la persistenza di più patrimonii . . . » 323
§ 530. Continua . . . . . » 324
§ 531. Continua . . . . . » 325
§ 532. Continua . . . . . » 326
§ 533. Continua . . . . . » 327
§ 534. Conclusione sulla posizione dell'erede . . . . . » 328

2) *dell'obbligo dell'erede di pagare i debiti*

a) *In generale*

§ 535. Varie categorie di obblighi — debiti e pesi . . . . . » 329
§ 536. Debiti ereditari veri e propri — Pesi . . . . . » 330
§ 537. Obbligo dei pagamenti dei debiti . . . . . » 331
§ 538. Origine storica di esso . . . . . » 332

§ 539. Pretesa intrasmissibilità originaria . . . . . Pag. 333
§ 540. La connessione dell'obbligo colla qualità ereditaria . . » 334
§ 541. Responsabilità per i pesi — Legati legittimi . . . » *ivi*
§ 542. Legati — Congetture del BAVIERA e dello HUSCHKE . » 335
§ 543. Confutazione . . . . . » 336
§ 544. Diritto giustinianeo — Diritto moderno . . . . » 337
§ 545. Fondamento dell'obbligo dell'erede per i legati . . » *ivi*
§ 546. Continua . . . . . » 339
§ 547. Spese funebri . . . . . » 340
§ 548. Continua . . . . . » 341
§ 549. Continua . . . . . » 342
§ 550. *Vicesima hereditatium* . . . . . » 344
§ 551. Riassunto . . . . . » 345

b) *nel caso di più eredi*

§ 552. Ripartizione di diritto in proporzione delle quote . . » 346
§ 553. Accordi fra le parti o disposizione del giudice. . . » 347
§ 554. Responsabilità pei legati . . . . . » 348
§ 555. Continua . . . . . » 348
§ 556. Gli inconvenienti del sistema romano . . . » 351
§ 557. Critiche — Altri sistemi . . . . . » 352

c) *modificazioni alla responsabilità normale pei debiti*

§ 558. Introduzione . . » 353

a) *La «satisdatio suspecti heredis» e la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede*

§ 559. L'editto *de supecto herede* — Relazione di Gaio e relazione di Ulpiano . . . . . » 353
§ 560. Raffronto . . . . . » 354
§ 561. Congetture del PERNICE e del LENEL . . . . . » 356
§ 562. Considerazioni in proposito . . . . . » 357
§ 563. Congettura del FERRINI — Ragioni in contrario . . . . » 358
§ 564. La separazione — Fondamento . . . . . » 359
§ 565. Osservazioni sulla terminologia . . . . . » 360
§ 566. Rapporto della separazione a favore dei creditori con quella a favore dell'erede necessario . . . . . » 362
§ 567. Continua . . . . . » 363
§ 568. Continua . . . . . » *ivi*
§ 569. Considerazioni sull'epoca in cui sorsero . . . . . » 364
§ 570. La separazione ha luogo a favore di tutti i creditori . . . » 365
§ 571. Spetta ai legatari . . . . . » 366

§ 572. Ai creditori dell'erede ? . . . . . Pag. 367
§ 573. Continua . . . . . » 368
§ 574. All'erede ? . . . . . » 369
§ 575. Continua . . . . . » 371
§ 576. Continua . . . . . » 372
§ 577. Continua . . . . . » 373
§ 578. Continua . . . . . » 374
§ 579. Continua . . . . . » 375
§ 580. Continua . . . . . » 376
§ 581. Continua . . . . . » 377
§ 582. La separazione ha luogo sia di fronte agli eredi testamentari che ai legittimi . . . . . » 378
§ 583. Continua . . . . . » 379
§ 584. Continua . . . . . » 380
§ 585. Continua . . . . . » 381
§ 586. Se occorre l'insolvenza dell'erede . . . » 382
§ 587. Opinioni del Brinz e del Solazzi . . . . » 384
§ 588. Nostro avviso . . . . . » 385
§ 589. Procedimento . . . . . » 386
§ 590. Continua . . . . . » 388
§ 591. I beni si vendono in nome dell'erede . . . . » 389
§ 592. La separazione non dà un semplice diritto di preferenza . . » 390
§ 593. Come vien meno il diritto di chiedere la separazione — Accettazione dell'erede come debitore . . . . . » 391
§ 594. Continua . . . . . » 392
§ 595. Continua . . . . . » 393
§ 596. Continua . . . . . » 394
§ 597. Continua . . . . . » 395
§ 598. Conclusione. . . . . » 396
§ 599. Decorso del tempo . . . . . » 397
§ 600. Confusione inscindibile di cose del defunto con quelle dell'erede . » 398
§ 601. Continua . . . . . » 399
§ 602. Alienazione fatta dall'erede in buona fede . . . . . » 400
§ 603. Continua . . . . . » *ivi*
§ 604. La separazione non cessa per la morte dell'erede . . . . » 402
§ 605. A chi giovi la separazione . . . . . » 403
§ 606. Se i seperatisti incapienti possano rivolgersi contro l'erede . . » 404
§ 607. Continua . . . . . » 405
§ 608. Continua . . . . . » 406
§ 609. Continua . . . . . » 407
§ 610. Continua . . . . . » *ivi*
§ 611. Continua . . . . . » 408
§ 612. Continua . . . . . » 409
§ 613. Continua . . . . . » 410
§ 614. Continua . . . . . » *ivi*
§ 615. Continua . . . . . » 412

§ 616. Continua . . Pag. 413
§ 617. Conclusione . » 414

β) *Beneficio d'inventario*

§ 618. Rimedi a favore degli eredi militari. . . . » *ivi*
§ 619. Concordato coi creditori . . . . . » 415
§ 620. Mandato dei creditori . . . . . » 416
§ 621. Le riforme di Giustiniano. . . . . » 417
§ 622. Concetto — Come si acquisti il beneficio . . » 418
§ 623. Effetti durante e dopo l'inventario . . . . » 419
§ 624. Rapporti col *tempus ad deliberandum* . . . » 421
Indice delle fonti. . . . . » 423