***Le successioni***

**A)** Successione testamentaria:

Gai 2, 99. Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex condicio est: nam vel ex testamento vel ab intestato ad nos pertinent.[[1]](#footnote-1)

99. E prima parliamo delle eredità delle quali la distinzione è duplice: infatti ci concerne o per testamento o dal non disposto.

Se il tema successorio in generale è la necessità di salvaguardare il patrimonio di famiglia guardando ai figli e ai terzi, si capisce che la prima preoccupazione sia la prosecuzione dello *status quo ante*, cioè una *successio* nell’intero diritto che il defunto aveva.

Questo confligge con l’ulteriore necessità di salvaguardare la libera volontà dell’individuo di lasciare ciò che vuole a chi vuole.

Per esternare la volontà dopo la morte è necessario uno strumento tecnico particolare che si chiama testamento. Infatti Gaio spiega:

Gai 2, 100. Et prius est, ut de his dispiciamus, quae nobis ex testamento obveniunt.

100. E prima bisogna che parliamo di quelle cose che ci arrivano dal testamento.

Testamento[[2]](#footnote-2) classico:

Gai 2, 101-102 sono già noti. Ma in età classica, al tempo di Gaio, le cose sono cambiate:

Gai 2, 103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat: namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet. Nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.104. Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus ciuibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, **mancipat** alicui dicis gratia **familiam suam**; in qua re his verbis familiae emptor utitur: familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio, eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum lege publicam, hoc aere, et

103. Ma quei due tipi di testamento andarono in desuetudine; invece solo quello che si fa con bronzo e bilancia rimase un uso. Non di meno oggi è sistemato in un altro modo di quello che usava una volta: infatti una volta il *familiae emptor*, cioè quello che riceveva dal testatore la *familia* in mancipio, otteneva il posto di erede e per questo il testatore gli dava incarico di ciò che voleva fosse dato a chi dopo la sua morte. Ora invece uno è istituito erede col testamento, dal quale sono pretesi anche i legati; e uno è utilizzato a imitazione, per dire, del *familiae emptor* del vecchio diritto. 104. E queste cose si fanno così: quello che fa testamento, adibiti, come nelle altre mancipazioni, 5 testimoni cittadini romani puberi e un portatore di bilancia, dopo che ha scritto le tavole del testamento, mancipa a qualcuno per dire la sua *familia*, cosa in cui di queste parole il *familiae emptor* si serve: la tua *familia* e il tuo denaro per tuo mandato e mia custodia dico essere mia e questa, perché tu possa fare testamento legittimamente secondo la legge pubblica, con questo bronzo, e

ut quidam adiciunt, aeneaque libra, esto mihi empta; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor, itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibetote; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.

come alcuni aggiungono e questa bilancia di bronzo mi sia comprata; di poi picchia la bilancia col bronzo e quel bronzo lo dà al testatore come se fosse il prezzo; poi il testatore tenendo le tavole del testamento in mano dice: queste cose come in queste tavole e cere sono scritte, così [le] do così [le] lascio così [le] dispongo e così voi Quiriti datemi testimonianza; e questo è detto *nuncupatio*: *nuncupare* è infatti dire davanti a tutti, e come se quelle cose che il testatore specialmente nelle tavole del testamento ha scritto, quelle sembra con un discorso generale nominare e confermare.

Siamo arrivati alla consegna ad un esecutore testamentario, che prima era l’erede, di tavolette chiuse di cui nessuno conosce il contenuto. Cosa ci può essere dentro al testamento? Istituzione di erede e diseredazione.

Primo problema: non dimenticare nessuno perché il figlio ha diritto per legge:

Gai 2, 123. Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiam si vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio; sed diversae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si uero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.

123. Così chi ha un figlio in potestà deve badare che o lo istituisca erede o lo diseredi nominativamente; altrimenti se lo salta in silenzio, inutilmente avrà fatto testamento: pertanto come i nostri maestri ritengono, anche se vivo il padre il figlio sia morto, nessun erede da quel testamento può esistere, come se subito da principio non ci fosse stata istituzione; ma gli autori dell’altra scuola, se dunque il figlio viva al tempo della morte del padre, dicono apertamente che quello sia appunto impedimento per gli eredi scritti e che quello diventi erede *ab intestato*; se invece sia morto prima della morte del padre, pensano che l’eredità possa essere adìta per testamento, non costituendo il figlio alcun impedimento poiché ritengono come se non subito dall’inizio fosse stato fatto inutilmente testamento saltato [in silenzio] il figlio.

Secondo problema: istituire e diseredare:

Gai 2, 115. Non tamen, ut iure civili valeat testamentum, sufficit ea observatio, quam supra exposuimus de familiae venditione et de testibus et de nuncupatione. 116. Sed ante omnia requirendum est, an **institutio heredis** sollemni more facta sit; nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita venire testesque ita adhibere et ita nuncupare testamentum, ut supra diximus. 117. Sollemnis autem institutio haec est: Titius heres esto; sed et illa iam conprobata videtur: Titium heredem esse iubeo; at illa non est conprobata: Titium heredem esse volo; sed et illae a plerisque inprobatae sunt: Titium heredem instituto, item: heredem facio.

115. Non basta tuttavia, perché il testamento valga per il diritto civile, l’osservazione che abbiamo detto sopra circa la vendita della *familia* e circa i testimoni e circa la *nuncupatio*. 116. Ma prima di tutto è da vedere se l’istituzione di erede sia stata fatta in modo solenne; infatti fatta diversamente l’istituzione, a nulla serve che la *familia* del testatore sia stata venduta così e che i testi siano stati adibiti così e così declamato il testamento, come sopra abbiamo detto. 117. Istituzione solenne allora è questa: Tizio sia erede; ma sembra già accettata anche quella: Tizio ordino essere erede; invece non è comprovata quella: Tizio voglio che sia erede; ma da molti sono rigettate anche quelle: Tizio nomino erede, o anche: faccio erede.

Se ho più figli e se ho interesse a non frammentare il patrimonio, posso essere spinto a istituire un figlio (solo). Ma in tal caso devo inibire il diritto di legge degli altri:

Gai 2, 127. Sed si quidem filius a patre exheredetur, **nominatim exheredari** debet; alioquin non prodest eum exheredari. Nominatim autem exheredari videtur, sive ita exheredetur: Titivs filivs mevs exheres esto, sive ita: filivs mevs exheres esto, non adiecto proprio nomine. 128. Ceterae vero liberorum personae vel feminini sexus vel masculini satis inter ceteros exheredantur, id est his verbis: ceteri omnes exheredes sunto, quae verba statim post institutionem heredum adici solent. Sed hoc ita est iure civili.

127. Ma se qualche figlio sia diseredato dal padre, deve essere diseredato nominativamente; altrimenti non vale che sia diseredato. Nominativamente allora sembra essere diseredato o se sia diseredato così: Tizio figlio mio sia diseredato, o così: mio figlio sia diseredato non aggiunto il suo nome. 128. Le altre persone dei liberi invece o di sesso femminile o maschile in generale sono diseredati, ciò è con queste parole: tutti gli altri siano diseredati, parole che sogliono essere aggiunte dopo l’istituzione d’erede. Ma questo è così per il diritto civile.

Terzo problema: i tipi di eredi testamentari:

Gai 2, 152. Heredes autem **aut necessarii** dicuntur aut s**ui et necessarii** aut **extranei**. 153. **Necessarius heres** est seruus cum libertate heres institutus, ideo sic appellatus, quia sive velit sive nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est. 154. Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est, ut ignominia, quae accidit ex venditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium[[3]](#footnote-3) Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo vitio, sed necessitate iuris bonorum venditionem pateretur; sed alio iure utimur. […] 156. **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. 157. Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.

152. Gli eredi poi o sono detti necessari o *sui et necessarii* o estranei. 153. Erede necessario è il servo istituito erede con la libertà, pertanto così chiamato poiché, sia voglia sia non voglia, in ogni caso dopo la morte del testatore subito a seguire è libero ed erede. 154. Per cui quello che ha i suoi conti minati, suole istituire erede il suo servo in primo o in secondo o anche in ulteriore grado libero ed erede, di modo che se non ci sia abbastanza per i creditori, piuttosto si vendano i beni di quell’erede che non quelli dello stesso testatore, cioè perché l’ignominia che consegue alla vendita del patrimonio, questa tocchi più l’erede che lo stesso testatore; sebbene a Sabino piaccia, seguendo Fufidio, che quello debba essere esentato dall’ignominia poiché ha subito la vendita dei beni non per sua mancanza, ma per la necessità della legge; ma noi facciamo uso di un’altra disciplina. […] 156. Ancora: *sui et necessarii* sono gli eredi come il figlio o la figlia, il nipote o la nipote dal figlio e poi gli altri, solo se siano stati in potestà del morituro: ma per essere da nipote o nipote *suus heres* non basta che quello sia stato in potestà del nonno al tempo della morte, ma è necessario che anche il padre suo, vivo il di lui padre, abbia cessato di essere *heres suus* o perché mancato per morte, o per qualunque altra ragione liberato dalla potestà: infatti allora il nipote o la nipote succedono nel posto del proprio padre. 157. Ma poi sono chiamati *sui heredes* per il fatto che sono eredi di casa e vivo anche il padre in un qualche modo sono ritenuti essere padroni; di modo che anche se uno sia morto senza testamento, la prima chiamata è nella successione dei figli [in casa]. Invece sono detti *necessarii* perché in ogni caso, sia lo vogliano sia non lo vogliano, tanto *ab intestato* che *ex testamento* divengono eredi.

Questa distinzione dei tipi di eredi è spiegata anche da Paolo:

D. 28, 2 De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis, 11Paulus *l. 2 ad Sab.*: In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.

Negli eredi *sui* in modo più evidente si vede che la continuazione del dominio li porta a che sembri non ci sia stata alcuna eredità, come se una volta fossero stati proprietari quelli che anche vivo il padre in un qualche modo erano considerati proprietari. Per questo anche il figlio di famiglia è chiamato come *pater familias*, aggiunta solo questa considerazione per la quale si distingue il genitore da quello che sia generato. Così dopo la morte del padre sembrano non ricevere l’eredità, ma piuttosto conseguire la libera amministrazione dei beni. Per questa ragione anche se non siano istituiti eredi, sono proprietari: né osta che sia lecito diseredarli poiché era lecito anche uccider[li].

Ci sono poi gli *extranei*:

Gai 2, 161. Ceteri, qui testatoris iuri subiecti non sunt, **extranei heredes** appellantur: itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti sicut extranei videntur; qua de causa et qui a matre heredes instituuntur[[4]](#footnote-4), eodem numero sunt, quia feminae liberos in potestate non habent. Servi quoque, qui cum libertate heredes instituti sunt et postea a domino manumissi, eodem numero habentur.

161. Gli altri, che non sono soggetti alla potestà del testatore, sono chiamati eredi estranei: pertanto anche i nostri figli, che non sono [più] nella nostra potestà, istituiti eredi da noi sono considerati come estranei, ragione per cui anche quelli che sono stati istituiti eredi dalla madre sono nello stesso novero, poiché le donne non hanno figli in potestà. Anche i servi che sono istituiti eredi con la libertà e dopo sono manomessi dal proprietario, sono ritenuti nello stesso novero.

Il passo:

Gai 2, 162. Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est **de adeunda hereditate vel non adeunda**. 163. Sed sive is, cui abstinendi potestas est, inmiscuerit se bonis hereditariis, sive is, cui de adeunda deliberare licet, adierit, postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, nisi si minor sit annorum XXV: nam huius aetatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita etiam si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit. Scio quidem divum Hadrianum etiam maiori XXV annorum veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, apparuisset.

162. Agli eredi estranei è dato potere di decidere se adìre l’eredità o non adìre. 163. Ma se quello cui spetta il potere di astenersi si è immesso nei beni ereditari, o se quello cui spetta decidere se adìre ha adìto, dopo non ha [più] facoltà di abbandonare l’eredità, a meno che non sia minore di 25 anni: infatti alle persone di quell’età, come in tutte le altre occasioni caduti, così anche se hanno acquisito alla leggera una eredità dannosa, il pretore [li] soccorre. So peraltro che il divo Adriano ha dato una scusante anche ai maggiori di 25 anni, quando dopo adìta l’eredità sia apparso essere più grande il debito esterno che al tempo dell’eredità adìta era nascosto.

introduce il problema dell’accettazione e della astensione (rinunzia).

Modi dell’accettazione: *pro herede gestio* e *cretio*, che comporta il tema della sostituzione:

D. 29, 2 De adquirenda vel omittenda hereditate, 20 Ulpianus *l. 61 ad ed*., pr.: 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. Ceterum si quid pietatis causa fecit, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi alio iure dominus, apparet non videri pro herede gessisse.

pr. Sembra gestire al posto dell’erede quello che fa qualcosa come se fosse l’erede. E in generale Giuliano scrive che in sostanza gestisce al posto dell’erede colui che gestisce qualcosa come se fosse erede: allora gestire al posto dell’erede non è una cosa di fatto ma di intenzione. Infatti ci deve essere l’intenzione di voler essere erede. Peraltro se fece qualcosa per pietà, se fece qualcosa per conservare, se compì qualche atto come se non fosse erede, ma come se fosse titolare di un altro diritto, risulta che non sembra aver gestito al posto dell’erede.

Ma c’è anche l’accettazione espressa, dietro la quale si cela l’altro problema della sostituzione:

Gai 2, 164. Extraneis heredibus solet **cretio** dari, id est finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem vel, si non adeant, temporis fine summoveantur: ideo autem cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere. 165. Cum ergo ita scriptum sit: heres Titius esto, adicere debemus: cernitoque in centum diebus proxumis, quibus scies poterisque. quod ni ita creveris, exheres esto. 166. Et qui ita heres institutus est, si velit heres esse, debebit intra diem cretionis cernere, id est haec verba dicere: quod me Publius Mevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque. Quod si ita non creverit, finito tempore cretionis excluditur; nec quicquam proficit, si pro herede gerat, id est, si rebus hereditariis tamquam heres utatur.

164. Agli eredi estranei suole essere data la *cretio*, ciò è un termine per decidere che entro un certo tempo o adiscano l’eredità o, se non adiscano, siano rimossi per decorso del termine: pertanto allora è chiamata *cretio* poiché *cèrnere* è come se fosse decidere e stabilire. 165. Quando allora sia scritto così: Tizio sia erede dobbiamo aggiungere e decida in cento giorni a seguire da quando ha saputo o ha potuto sapere. Perché se non ha deciso così, sia diseredato. 166. E chi è istituito erede così, se vuole essere erede, dovrà decidere entro il termine della *cretio*, cioè pronunciare queste parole: poiché Publio Mevio mi ha istituito erede nel suo testamento, quell’eredità adisco e accetto. E se non avrà deciso questo, consumato il termine della decisione sarà escluso; né giova a niente se ha gestito come erede, cioè se abbia fatto uso dei beni ereditari come erede.

In effetti l’obbligo di accettare entro un termine potrebbe essere un danno; ma il testatore, conscio del rischio che il chiamato non voglia o non possa accettare, mette il termine e pensa contemporaneamente ad una sostituzione:

Gai 2, 174. Interdum duos pluresue gradus heredum facimus, hoc modo: L. Titius heres esto cernitoque in diebus centum proximis, quibus scies poterisque. quod ni ita creveris, exheres esto. tum Mevius heres esto cernitoque in diebus centum et reliqua; et deinceps in quantum velimus, **substituere** possumus. 175. Et licet nobis vel unum in unius locum substituere pluresve, et contra in plurium locum vel unum vel plures substituere. 176. Primo itaque gradu scriptus heres hereditatem cernendo fit heres, et substitutus excluditur; non cernendo summovetur, etiamsi pro herede gerat, et in locum eius substitutus succedit; et deinceps si plures gradus sint, in singulis simili ratione idem contingit. 177.

174. Conseguentemente facciamo due o più gradi di eredi [cfr. 2, 154] in questo modo: L. Tizio sia erede e decida in cento giorni a seguire da quando ha saputo o ha potuto sapere. Perché se non ha deciso così, sia diseredato. Allora Mevio sia erede e decida in cento giorni e quel che segue: e di seguito in quanto vogliamo possiamo sostituire. 175. E ci è concesso o sostituire uno al posto di uno, o più; e al contrario al posto di più sostituire uno, o più. 176. Chi è scritto in primo grado diviene erede accettando l’eredità e il sostituto è escluso; non accettando è rimosso, anche se gestisca al posto dell’erede, e al suo posto succede il sostituto; e a seguire se ci siano più gradi, in ciascuno lo stesso accade per lo stesso criterio. 177.

177. Sed si cretio **sine exheredatione** sit data, id est in haec verba: si non creveris, tum Publius Mevius heres esto, illud diversum invenitur, quod si prior omissa cretione pro herede gerat, substitutum in partem admittit, et fiunt ambo aequis partibus heredes; quod si neque cernat neque pro herede gerat, tum sane in universum summovetur, et substitutus in totam hereditatem succedit. 178. Sed Sabino quidem placuit, quamdiu cernere et eo modo heres fieri possit prior, etiamsi pro herede gesserit, non tamen admitti substitutum. Cum uero cretio finita sit, tum pro herede gerentem admittere substitutum. Aliis vero placuit etiam superante cretione posse eum pro herede gerendo in partem substitutum admittere et amplius ad cretionem reverti non posse.

177. Ma se la *cretio* è stata data senza diseredazione, cioè con queste parole: se non decide allora Publio Mevio sia erede, c’è di diverso che se il primo senza la *cretio* gestisca come erede, ammette in parte il sostituto e divengono entrambi eredi in parti uguali; che se né accetti né gestisca come erede allora invece è rimosso dall’intero e il sostituto succede nell’intera eredità. 178. Ma a Sabino piacque per quanto sia il tempo per decidere anche in quel modo possa divenire erede il primo, anche se abbia gestito come rede, tuttavia non è ammesso il sostituto. Quando invece la *cretio* sia scaduta il gerente come erede deve ammettere il sostituto. Ad altri invece piacque che anche avanzando [tempo per] la *cretio*, possa egli, gestendo come erede, ammettere in parte il sostituto e non possa per di più tornare alla *cretio*.

Rimane il tema dell’astensione: *Ius abstinendi* e *beneficium separationis*:

Gai 2, 158. Sed his praetor permittit **abstinere** se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant. 159. Idem iuris est et in uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est, et in nuru, quae in manu filii est, quia neptis loco est. 160. Quin etiam similiter abstinendi potestatem facit praetor etiam ei, qui in causa [id est mancipato] mancipii est, si cum libertate heres institutus sit, cum necessarius, non etiam suus heres sit, tamquam servus.

158 Ma a questi [figli in potestà] il pretore permette di astenersi dall’eredità, perché piuttosto vendano i beni del genitore. 159. Stessa disciplina è nella persona della moglie che è nella mano, poiché è al posto di figlia; e nella nuora, che è nella mano del figlio, poiché è al posto di nipote. 160. Piuttosto anche similmente il potere di astenersi il pretore crea per colui che è *in causa mancipii* se sia costituito erede con la libertà, dal momento che è *necessarius*, e non anche *suus heres*, come se fosse servo.

Astenersi non significa che un erede non ci sia. In realtà un erede c’è (ci sarà) sempre. Però se siamo nel tempo in cui sembra che l’erede manchi, perché siamo in attesa che accetti, o che si manifesti, abbiamo la eredità giacente:

D. 1, 8 De divisione rerum et qualitate, 1 Gaius *l. 2 institutionum*, pr.: […] 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.

pr. […] Ciò che è di diritto divino questo è nei beni di nessuno; quello invece che è di diritto umano perlopiù è nei beni di qualcuno, e può anche essere nei beni di nessuno: infatti i beni ereditari prima che esista un qualche erede, sono nei beni di nessuno.

Impugnazione del testamento: prendiamo la nozione dalle *Institutiones* di Giustiniano:

I. 2, 18 De inofficioso testamento, pr.: Quia plerumque parentes sine causa liberos suos vel exheredant vel omittunt, inductum est **ut de inofficioso testamento** agere possint liberi, qui queruntur, aut inique se exheredatos aut inique praeteritos, hoc colore, quasi non sanae mentis fuerunt, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecit testamentum, non autem **ex officio pietatis**: nam si vere furiosus est, nullum est testamentum.

pr. Poiché perlopiù senza ragione i genitori i propri figli o diseredano o omettono, fu introdotto che i figli potessero agire riguardo al testamento inofficioso, i quali si lamentano o che iniquamente sono stati diseredati o iniquamente saltati, con questa coloritura come se [i genitori] siano stati non di mente sana quando hanno predisposto il testamento. Ma questo è detto non come se veramente fosse pazzo, ma correttamente fece testamento però non proprio secondo il dovere dell’affetto: infatti se è veramente pazzo non c’è nessun testamento.

Il brano è tratto da Marciano: anche qui vediamo un esempio del modo compilatorio:

D. 5, 2 De inofficioso testamento, 2 Marcianus, *l. 4 institutionum*: Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.

Si tratta di testamento inofficioso per questa motivazione, come se non siano stati di mente sana per predisporre un testamento. E questo si dice non come se veramente pazzo o demente abbia fatto testamento, ma giustamente peraltro fece testamento ma non secondo il dovere dell’affetto: infatti se fosse veramente pazzo o demente non c’è nessun testamento.

Semmai un po’ più complesso è il caso prospettato in:

D. 28, 2 De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis, 32 Marcianus, *l. 2 regularum*: Si filio emancipato exheredato is qui in potestate est praeteritus sit, ipse quidem emancipatus si contra tabulas petat, nihil agit, ab intestato autem et suus et emancipatus venient.

Se un figlio emancipato [è] diseredato [e] quello che è in potestà sia saltato, lo stesso emancipato se chieda [l’eredità] contro le tavole [del testamento], non fa nulla, [perché] peraltro *ab intestato* sia il *suus* sia l’emancipato vengono [in rilevanza].

Il figlio emancipato facilmente è diseredato poiché ha avuto il suo all’atto dell’emancipazione, come forse la figlia con la dote. Se questi due volessero partecipare all’eredità paterna, in concorso con gli altri eredi, si apre il problema della collazione:

D. 37, 7 De dotis collatione, 1, Ulpianus, *l. 40 ad ed.*: pr. Quamquam ita demum ad **collationem dotis** praetor cogat filiam, si petat bonorum possessionem, attamen etsi non petat, conferre debebit, si modo se bonis paternis misceat. Et hoc divus Pius Ulpio Adriano rescripsit etiam eam, quae non petierit bonorum possessionem, ad collationem dotis per arbitrum familiae herciscundae posse compelli.

pr. Sebbene infondo il pretore costringa la figlia alla collazione della dote, se chieda la *bonorum possessio*, nondimeno anche se non chieda deve conferire solo se si confonda nei beni paterni. E questo il divo Pio ha riscritto a Ulpio Adriano che anche quella che non abbia chiesto la *bonorum possessio* possa essere chiamata alla collazione della dote nel giudizio della divisione familiare.

C. 6, 20 De collationibus, 9, Impp. Diocletianus, Maximianus Onesimo: Si **emancipati** utrique fuistis a patre, **collatio** cessat. Si autem frater tuus in potestate mortis tempore fuerat nec ullum testamentum relictum vel novissimum iudicium communis patris teque emancipatum probatum fuerit, ab intestato te ad successionem paternam venientem ad collationem forma edicti perpetui certo iure provocat. <s. VI k. Mai. Heracliae. Diocl. et Maxim. aa. et cc.>

Se foste emancipati entrambi dal padre, la collazione non c’è. Ma se tuo fratello sia stato *in potestate* al tempo della morte né [è stato] lasciato alcun testamento o tu sia stato dimostrato emancipato del comune genitore con giudizio recentissimo, il testo dell’editto perpetuo con certezza costringe te, che [volessi] venire *ab intestato* alla successione paterna, alla collazione. (293).

**A1)** Successione legittima (*ab intestato*):

E’ già nota la disciplina della successione secondo la legge. Ma ora vengono in rilevanza altri problemi: la s*uccessio graduum* e la *usucapio pro herede*:

Gai 3, 7. Igitur cum filius filiaue et ex altero filio nepotes neptesue extant, pariter ad hereditatem vocantur; nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Aequum enim videbatur nepotes neptesve in patris sui locum portionemque succedere. Pari ratione et si nepos neptisve sit ex filio et ex nepote pronepos proneptisve, simul omnes vocantur ad hereditatem.

7. Allora quando ci sono un figlio o una figlia e i nipoti e le nipoti da un altro figlio [morto], in parti uguali sono chiamati all’eredità; né chi è di grado più prossimo esclude l’ulteriore. Equo infatti appariva che i nipoti e le nipoti succedessero nel posto e nella quota del proprio padre [morto]. Uguale ragione anche se ci sia il nipote o la nipote da un figlio [morto] e da un nipote [morto] un pronipote o una pronipote, insieme vengono chiamati all’eredità.

Qual è il criterio adottato, cioè la rappresentazione:

Gai 3, 8. Et quia placebat nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi, ita ut filius partem dimidiam hereditatis ferat et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam, item si ex duobus filiis nepotes extent et ex altero filio unus forte vel duo, ex altero tres aut quattuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertineat et ad tres aut quattuor altera dimidia.

8. E poiché si faceva sì che i nipoti o le nipoti, lo stesso i pronipoti o le pronipoti succedessero in luogo del genitore, sembrò essere conveniente che non sulle teste ma sulle stirpi fosse divisa l’eredità, così che il figlio portasse la metà dell’eredità e dall’altro figlio [morto] due o più nipoti l’altra metà, e così se da due figli [morti] sopravvivessero nipoti e da un figlio mettiamo uno o due, e dall’altro tre o quattro, a uno o a due spetti una metà e a tre o a quattro l’altra metà.

Un problema sorge con la successione agnatizia, qualora non ci fossero *sui* o comunque *liberi in potestate*. Gaio infatti deve spiegare una parentela complessa. Cominciamo da qui:

9. Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabularum **ad adgnatos**. 10. Vocantur autem adgnati, qui legitima cognatione iuncti sunt. Legitima autem cognatio est ea, quae per virilis sexus personas coniungitur. Itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei vocantur, nec requiritur, an etiam matrem eandem habuerint. Item patruus fratris filio et invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles inter se, id est qui ex duobus fratribus progenerati sunt, quos plerique etiam consobrinos vocant; qua ratione scilicet etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus.

9. Se non ci siano eredi *sui*, allora l’eredità spetta agli agnati per la stessa legge delle 12 tavole. 10. Sono chiamati agnati coloro che sono legati da legittima parentela. Legittima parentela è quella che unisce persone tramite discendenza virile. Cosicché i fratelli nati dallo stesso padre sono agnati fra loro, i quali sono anche detti consanguinei, né si va a guardare se anche abbiano la stessa madre. E così lo zio paterno per il figlio del fratello e viceversa uno all’altro è agnato. Nello stesso novero sono i fratelli degli zii paterni fra di loro, cioè quelli che sono stati generati da due fratelli, i quali sovente sono anche chiamati cugini, ragion per cui anche a più gradi di agnazione potremmo pervenire

Sennonché tra di loro non vi è *successio graduum*:

11. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex XII tabularum hereditatem, sed his, qui tum, cum certum est aliquem intestatum decessisse, proximo gradu sunt. 12. Nec in eo iure successio est. Ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit vel, antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege competit.

11. Tuttavia la legge delle 12 tavole non dà a tutti insieme gli agnati l’eredità, ma a quelli che allora, quando è certo che qualcuno è morto intestato, sono di grado più vicino. 12. Né in questo diritto c’è successione. E perciò se l’agnato prossimo abbia rifiutato l’eredità o, prima che accettasse, sia morto, a chi segue per legge non spetta niene di diritto.

Poi c’è il caso della divisione fra cugini:

15. Si ei, qui defunctus erit, sit frater et alterius fratris filius, sicut ex superioribus intellegitur, frater prior est, quia gradu praecedit. Sed alia facta est iuris interpretatio inter suos heredes. 16. Quod si defuncti nullus frater extet, sed sint liberi fratrum, ad omnes quidem hereditas pertinet; sed quaesitum est, si dispari forte numero sint nati, velut ex uno unus vel duo, ex altero tres vel quattuor, utrum in stirpes dividenda sit hereditas, sicut inter suos heredes iuris est, an potius in capita. Iam dudum tamen placuit in capita dividendam esse hereditatem. Itaque quotquot erunt ab utraque parte personae, in tot portiones hereditas dividetur, ita ut singuli singulas portiones ferant.

15. Se quello che è morto ha un fratello e il figlio dell’altro fratello [morto], come da più sopra si capisce, il fratello viene prima, poiché precede di grado. Ma è stata fatta un’altra interpetazione di diritto fra gli eredi *sui*. 16 Perché se non c’è fratello del defunto, ma ci sono i figli dei fratelli, a tutti dunque spetta l’eredità; ma ci si è chiesti se per caso siano nati in più, come da uno uno o due, e dall’altro tre o quattro, se sia l’eredità da dividere in stirpi, come è la regola tra i *sui heredes*, o non piuttosto in teste. Tuttavia già da tempo piacque che l’eredità andasse divisa per teste. Pertanto quanti saranno le persone dall’una e dall’altra parte, in tante porzioni verrà divisa l’eredità, così come i singoli porteranno ciascuna porzione

Vi è poi il tema dell’*usucapio pro herede*, di cui Gaio parla in due luoghi differenti:

Gai 2, 52-56: 52. Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, velut si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem. Quae species possessionis et usucapionis pro herede uocatur. 53. Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res, quae solo continentur, anno usucapiantur. 54. Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno: lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras uero anno: ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est [**quia neque corporalis est**]; et quamuis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit. 55. Quare autem omnino tam inproba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa obseruatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur.

52. Di nuovo per contro accade che chi sappia di possedere una cosa altrui, la usucapisca, come nel caso se un bene ereditario, il cui possesso l’erede non ancora ha ricevuto, qualcuno abbia posseduto; infatti gli è concesso di usucapire solo se quel bene è di quelli che ammettono l’usucapione. Specie di possesso e di usucapione che è chiamata *pro herede*. 53. E in ciò questa usucapione è concessa che anche i beni, che consistano in un suolo, siano usucapiti in un anno. 54. Per quale poi ragione in questo caso sia ammessa una usucapione annuale di beni di suolo, la ragione è che una volta si credeva che col possesso dei beni ereditari si usucapissero le stesse eredità, cioè in un anno: la legge delle 12 tavole ordinò che i suoli si usucapissero in un biennio, le altre cose in un anno; pertanto l’eredità era ritenuta consistere nelle altre cose, poiché non è suoli […] e sebbene dopo si sia creduto che le stesse eredità non possano essere usucapite, tuttavia in tutti i beni ereditari, anche quelli che sono ritenuti suolo, rimase l’usucapione annuale. 55. Perché dunque sia stato concesso un sì improbo possesso e usucapione, il criterio è che vollero gli antichi che le eredità fossero adìte più ponderatamente, perché ci fossero quelli che si dovevano occupare dei culti domestici, di cui a quei tempi ci fu una grande osservanza, e perché anche i creditori avessere da chi riottenere il loro [credito].

Gai 3, 201: 201. Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est nec creditur furtum fieri, velut res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse.

201. Ancora al contratio è concesso i beni altrui occupare ed usucapire, né si ritiene ci sia furto, come i beni ereditari dei quali l’erede non ha ancora acquisito il possesso, se non ci sia l’erede necessario; infatti stante l’erede necessario si ritenne che nulla *pro herede* potesse essere usucapito.

Tutto questo introduce l’altro grande problema costituito da una diversa disciplina per la successione ereditaria, tutelata dal pretore, cioè la

**B)** *Bonorum possessio* ereditaria

Il tema, in parte, è già noto:

Gai, 4, 34:Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, velut cum is, qui **ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede** agit. Cum enim praetorio iure is, non legitimo, succedat in locum defuncti, non habet directas actiones et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse neque id, quod ei debebatur, potest intendere dari sibi oportere; itaque ficto se herede intendit, velut hoc modo: iudex esto. si Aulus Agerius, id est si ipse actor, Lucio Titio heres esset, tum si fundum, de quo agitur, ex iure quiritium eius esse oporteret; et si […] praeposita simili fictione heredis ita subicitur: tum si Numerium Negidium Aulo agerio sestertium X milia dare oporteret.

34. Abbiamo ora finzioni di altro genere in certe formule, come quando quello che chiede la *bonorum possessio* per l’editto, agisce fintosi erede. Poiché infatti per diritto pretorio egli, [che] non [è] legittimo [erede], succede al posto del defunto, non ha azioni dirette né quello, che fu del defunto, può pretendere sia suo né quello, che a lui [defunto] era dovuto, può pretendere che gli sia dato; pertanto fintosi erede pretende ad esempio in questo modo: sia giudice. Se Aulo Agerio, ciò è se lo stesso attore, fosse erede di Lucio Tizio, allora se il fondo di cui si tratta dovesse essere suo per diritto dei Quiriti; e se […] proposta simile finzione dell’erede così proponesse: allora se Numerio Negidio ad Aulo Agerio dovesse obbligatoriamente dare Xmila sesterzi.

Si dovrebbe intuire che **il tema più rilevante** nelle successioni è: evitare la giacenza dell’eredità. Solo così si tutelano: 1) il patrimonio per gli eredi; 2) i diritti dei terzi (dei creditori [del morto, di legatari e di fidecommissari], dei manomettendi, dei tutelandi); 3) la circolazione dei beni.

Per cui il pretore, là dove è difficile l’individuazione dell’erede secondo il testamento o la legge, o per superare la sua inerzia, consolida nel possesso dei beni ereditari coloro che vi si trovano, in attesa di eventuali rivendicazioni di *status*.

Si origina da quella assegnazione provvisoria dei beni che si operava nella *l.a. sacramenti in rem* (possesso interinale dopo il *mittite ambo rem*). Ora lo si fa con i beni ereditari delle cause ereditarie.

Perciò nella formula petitoria dell’*hereditatis petitio* – che è un tipo di *vindicatio* – il pretore assegnava il possesso a chi gli appariva più probabile vincitore, così dando al più debole la posizione di attore rivendicante.

Ovviamente: se il richiedente era l’erede, non seguiva un contenzioso. Se il richiedente non era l’erede, poteva esserci un contenzioso.

Come si svolge il processo (dovrebbe essere noto):

D. 5, 1De iudiciis: ubi quisque agere vel conveniri debeat, 62 Ulpianus, *l. 39 ad ed*.: Inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debet qui onera petitoris sustineat et qui commodo possessoris fungatur.

62. Fra i litiganti non altrimenti la lite può andare avanti se non uno chieda e l’altro sia possessore: ci deve essere infatti chi sostenga gli oneri del richiedente e chi funga l’agio del possessore.

ma con imposizione di *satisdationes*[[5]](#footnote-5):

Gai 4, 89. Igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes: aequum enim visum est te ideo, quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere, ut si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis.

89. Pertanto se per esempio io agisca *in rem* contro di te, mi devi dare garanzia: è parso equo infatti che tu, proprio perché frattanto il bene che se ti spetti è dubbio ti è concesso di possedere, mi garantisca con una *satisdatio* di modo che se tu fossi battuto né la cosa stessa restituissi né sopportassi il valore della lite, mi sia dato potere o di agire contro di te o contro i tuoi garanti.

In più già sappiamo che:

D. 43, 2 Quorum bonorum**,** 1 Ulpianus *l. 67 ad ed.*, pr.-1: pr. Ait praetor: Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas. 1. Hoc interdictum restitutorium est et ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet et appellatur quorum bonorum et est adipiscendae possessionis universorum bonorum.

pr. Asserisce il pretore: Di quei beni per il mio editto il possesso è dato a quello, ciò che tu da questi beni [che] come erede o come possessore possiedi o possiederesti, se niente sia stato usucapito, o che peraltro facesti con dolo malvagio perché smettessi di possedere, quello a lui tu restituisca. Questo interdetto è restitutorio e concerne l’intero complesso dei beni, non una cosa singola, ed è chiamato quorum bonorum e dice dell’acquisto del possesso dell’intero complesso dei beni.

Il richiedente ha la *possessio ad usucapionem* e gli spettano *actiones ficticiae utiles ad exemplum Publicianae* per difendersi nel caso di perdita del possesso prima del compimento dell’usucapione.

Perché l’*heres* non è nel possesso? Perché non l’ha chiesto a tempo debito: ed allora sta agendo *dolo malo* contro il possessore [cioè contro un successivo chiamato che ha chiesto il possesso], cui il pretore concede una *exceptio doli* (contro l’*heres* attore in una sua eventuale *hereditatis petitio*).

Chi contempla il pretore[[6]](#footnote-6) nell’editto:

con l’editto giulianeo [135 d.C. circa] la *b.p.* è divenuta l’elenco di posizioni alle quali nel tempo è stato concesso il beneficio di essere successore universale *iure praetorio*, di acquistare i beni ereditari non con l’*hereditatis petitio*, che spetta all’*heres ex iure civili*, ma con l’*interdictum quorum bonorum*. Per cui prevede:

a) innanzi tutto l’*heres ex iure civili* (si fa prima ad ottenere i beni con l’*interdictum quorum bonorum* che non con la *petitio hered*.) [= *adiuvandi iuris civilis gratia*];

b) poi altri, se manca l’*heres* [= *supplendi iuris civilis gratia*];

c) e anche contro l’*heres* che non è nel possesso dei beni ereditari, e che esperisce tardivamente e malamente l’*hereditatis petitio* [= *corrigendi iuris civilis gratia*].

Successore universale *iure praetorio* significa: colui cui spettano le azioni a favore, e contro, che spetterebbero all’erede.

La delazione è sempre *ex testamento* o *ab intestato*, anche nel caso di *b.p.* Per cui si ha:

a) una *b.p. secundum tabulas*

b) una *b.p. sine tabulis*, oppure

c) una *b.p. contra tabulas* se il testamento è impugnato.

La delazione nella *b.p.* è per categorie, ma c’è una durata di tempo limitata per accettare. Se non si è accettato nel termine, si passa alla categoria successiva.

Per cui: se c’è il testamento, si chiamano subito gli eredi testamentari (figli e genitori, concedendo per accettare un anno; poi 100 gg.); poi, se il termine scade, si passa ai successibili *ab intestato*, ma ora secondo l’editto, cioè i *liberi*, i *legitimi*, i cognati, etc.

I *bonorum possessores iure praetorio* sono tutti successori *voluntarii.*

**C)** Legati e fedecommessi (successione a titolo particolare[[7]](#footnote-7))

Gai 2, 191. Post haec videamus **de legatis**. Quae pars iuris extra propositam quidem materiam videtur: nam loquimur de his iuris figuris, quibus per universitatem res nobis adquiruntur. Sed cum omni modo de testamentis deque heredibus, qui testamento instituuntur, locuti simus, non sine causa sequenti loco poterit haec iuris materia tractari. 192. Legatorum itaque genera sunt quattuor: aut enim per **vindicationem** legamus aut per **damnationem** aut **sinendi modo** aut per **praeceptionem**.

191. Dopo di ciò vediamo dei legati. La quale parte del diritto sembra fuori della materia proposta: infatti parliamo di quelle figure di diritto con le quali facciamo acquisizioni per universalità dicose. Ma dal momento che abbiamo parlato sui testamenti e sulle eredità che sono lasciate per testamento, non senza ragione nel luogo a seguire questa materia di diritto potrà essere trattata. 192. I generi dei legati allora sono quattro: o infatti lasciamo in legato per rivindica, o per condanna, o solo per lasciare o per prepresa.

193. **Per vindicationem** hoc modo legamus: Titio verbi gratia hominem Stichum do lego; sed et si alterum verbum positum sit, veluti do aut lego, aeque per vindicationem legatum est; item, ut magis visum est, et si ita legatum fuerit: sumito vel ita: sibi habeto vel ita: capito, aeque per vindicationem legatum est. 194. Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede uel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, vindicare debet, id est intendere suam rem ex iure Quiritium esse.

201. **Per damnationem** hoc modo legamus: heres meus stichum servum meum dare damnas esto; sed et si dato scriptum fuerit, per damnationem legatum est. 202. Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres rem redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat. 203. Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, velut fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.

193. Lasciamo in legato *per vindicationem* in questo modo: a Tizio per esempio il servo Stico do e lascio; ma anche se sia posto un [solo] altro verbo, come do o lascio, ugualmente il legato resta *per vindicationem*; di modo che, come per lo più si ritiene, anche se si sia lasciato in legato così: incameri, o così: tenga per sé, o così: prenda, parimenti il legato è *per vindicationem*. 194. D’onde allora *per vindicationem* il legato è chiamato poiché dopo adìta l’eredità subito per diritto dei Quiriti la cosa diviene del legatario; e se qualla cosa il legatario o dall’erede o da un qualunque altro, che la possieda, la chieda, la deve rivendicare, cioè deve pretendere che la cosa sia sua per diritto dei Quiriti.

201. Lasciamo in legato *per damnationem* in questo modo: l’erede mio è obbligato a dare il servo Stico; ma se anche sia dato sarà stato scritto, il legato è [sempre] *per damnationem*. 202. Con questo genere di legato può essere lasciata in legato anche la cosa altrui, così che l’erede debba recuperare la cosa e fornirla o dargli il suo valore. 203. Anche quella cosa che non esiste ancora, solo se verrà ad esistere, può essere lasciata in legato *per damnationem*, come per esempio i frutti che saranno nati in quel fondo, o ciò che nascerà da quella serva.

209. **Sinendi modo** ita legamus: HERES MEVS DAMNAS ESTO SINERE LVCIVM TITIVM HOMINEM STICHVM SVMERE SIBIQVE HABERE. 210. Quod genus legati plus quidem habet quam per vindicationem legatum, minus autem quam per damnationem: nam eo modo non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui, cum alioquin per vindicationem nisi suam rem legare non potest, per damnationem autem cuiuslibet extranei rem legare potest.

216. **Per praeceptionem** hoc modo legamus: Lvcivs Titius hominem Stichum praecipito. 217. Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant nisi ei, qui aliqua ex parte heres scriptus esset. Praecipere enim esse praecipuum sumere; quod tantum in eius persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit.

209. Lasciamo in legato *sinendi modo* così: l’erede mio sia obbligato a lasciare che Lucio Tizio prenda e ritenga suo il servo Stico. 210 Questo genere di legato ha qualcosa in più che il legato *per vindicationem*, e in meno che *per damnationem*: infatti in questo modo il testatore può utilmente lasciare in legato non solo una cosa sua, ma anche del suo erede, mentre invece *per vindicationem* non può lasciare in legato se non la cosa sua, e *per damnationem* può lasciare in legato la cosa di qualsivoglia estraneo.

216. Lasciamo in legato *per praeceptionem* in questo modo: Lucio Tizio prenda prima il servo Stico. 217. Ma i nostri maestri ritengono che in questo modo si possa lasciare in legato a nessun altro se non a quello che è nominato erede in una qualche porzione. *Praecipere* infatti significa prendere il primo; ciò che soltanto accade nella persona di chi per una qualche porzione è istituito erede, poiché egli andrà a prendere il legato primo al di fuori della porzione dell’eredità.

Quattro temi: 1) cosa è la successione a titolo particolare; 2) natura dei quattro tipi di legato; 3) cosa è il prelegato [art. 661 C.c.]; 4) rapporto tra valore dell’asse e valore dei legati. Onde nasce il problema del

**C1)** Ammontare dei legati:

224. Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere uidebatur, qua cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his uerbis: uti legassit suae rei, ita ius esto. Qua de causa, qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur.

24. Ma una volta era lecito erogare tutto il patrimonio con legati e liberalità e non lasciare alcunché all’erede se non l’inutile titolo di erede; e questo sembrava che la legge delle 12 tavole permettesse, dalla quale era stabilito che tutto ciò che fosse stato testato del suo patrimonio, quello si dovesse ritenere stabilito con queste parole: come ha lasciato del suo patrimonio così sia giusto. Motivo per il quale quelli che erano scritti eredi si astenevano dall’eredità e per conseguenza i più morivano senza fare testamento.

225. Itaque lata est **lex Furia**, qua exceptis personis quibusdam ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisue causa capere permissum non est. Sed [et] haec lex non perfecit, quod voluit: qui enim verbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare.

225. E così fu presentata la *lex Furia* con la quale eccettuate alcune persone, alle altre più di mille assi a titolo di legati e per causa di morte non è permesso prendere. Ma anche questa legge non perfezionò quello che volle: chi infatti aveva per esempio patrimonio di cinquemila monete poteva, a cinque persone singole legando mille assi, consumare tutto il patrimonio

Questa è la *lex Furia* di cui si parla a proposito di *manus iniectio pura* [vedi la scheda *Legis actio per manus iniectionem*].

Per rimediare a questo difetto fu promulgata la *lex Voconia*:

226. Ideo postea lata est **lex Voconia**, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur; sed tamen fere vitium simile nascebatur. Nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat testator adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.

26. Per questo fu promulgata la *lex Voconia* con la quale fu stabilito che non fosse lecito ricevere a titolo di legati e per causa di morte più di quando percepissero gli eredi. Dalla quale legge chiaramente dunque qualcosa come eredi sembrava che avessero, ma tuttavia nasceva un difetto quasi uguale. Infatti, distribuito in molte persone di legatari il patrimonio, poteva allora il testatore lasciare all’erede così poco che non era possibile per l’erede in forza di questo [misero] guadagno sostenere i passivi dell’eredità.

Finché si arrivò alla *lex Falcidia*:

227. Lata est itaque **lex Falcidia**, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem: itaque **necesse est**, ut heres quartam partem hereditatis habeat: et hoc nunc iure utimur.

227. Fu approvata allora la *lex Falcidia*, con la quale fu stabilito che non gli fosse lecito lasciare in legato più dei tre quarti: e pertanto è abbligatorio che l’erede abbia la quarta parte dell’eredità: e ora usiamo questa disciplina.

La *lex Furia* si fa risalire alla fine del III sec. a.C., mentre la *lex Voconia* è verosimilmente del 169 a.C. e la *lex Falcidia* è del 40 a.C.

**C2)** Fedecommessi

Ulp., *Tit*., 24 De legatis**,** 1. Legatum est, quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur. Nam ea, quae **precativo modo** relinquuntur, **fideicommissa** vocantur.

1. Il legato è ciò che secondo legge, vale a dire in modo imperativo, è lasciato col testamento. Infatti quelle cose che sono lasciate in modo di preghiera, sono chiamate fedecommessi.

Ulp., *Tit*., 25 De fideicommissis,4. Fideicommissum relinquere possunt, qui testamentum facere possunt, licet non fecerint: nam intestatus quis moriturus fideicommissum relinquere potest.

4. Possono lasciare un fedecommesso quelli che possono fare testamento, anche se non lo fecero: infatti chi morirà senza testamento può lasciare un fedecommesso.

Gai 2, 246. Nunc transeamus ad fideicommissa. 247. Et prius de hereditatibus videamus. 248. Inprimis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres recto iure instituatur **eiusque fidei committatur**, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur. 249. Verba autem utilia fideicommissorum haec [recte] maxime in usu esse videntur: peto, rogo, volo, fidei committo, quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint. 250. Cum igitur scripserimus: Lucius titius heres esto, possumus adicere: rogo te, Luci Titi, petoque a te, ut cum primum possis hereditatem meam adire, Gaio Seio reddas restituas. Possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est vel sub condicione vel pure relinquere fideicommissa vel ex die certa.

246. Ora passiamo ai fedecommessi. 247. E prima vediamo delle eredità. 248. Innanzi tutto bisogna sapere che occorre che qualcuno sia stato istituito erede correttamente e sia affidato alla sua fiducia che restituisca ad un'altra quella eredità; altrimenti è inutile il testamento nel quale nessuno è istituito erede nel giusto modo. 249. Le parole utili dei fedecommessi sembrano essere queste più in uso: chiedo, prego, voglio, affido alla fiducia, che ugualmente sono valide da sole, e anche se siano dette tutte insieme. 250. Quando allora avremo scritto: Lucio Tizio sia erede possiamo aggiungere: prego te o Lucio Tizio e chiedo da te che quando appena possa adire la mia eredità ridia e restituisca a Gaio Seio. Possiamo poi anche pregare circa la [sola] parte da restituire; ed è libero lasciare o sotto condizione o semplicemente i fedecommessi, ovvero con data certa.

Due problemi: 1) perché ricorrere al fedecommesso; 2) dove scrivere il fedecommesso.

**C3)** Codicilli:

Nel libro [pp. 374-5] è riportato il brano delle Istituzioni di Giustiniano (I. 2, 25, pr.) in cui si spiega l’ammissione dei codicilli ed il valore giuridico dei fedecommessi.

Ma Gaio e Paolo (e Giustiniano) dicono che si possono fare lasciti fidecommissari anche senza aver fatto testamento:

Gai 2, 268. Multum autem differunt ea, quae per fideicommissum relinquuntur, ab his, quae directo iure legantur. 269. Nam ecce per fideicommissum etiam ab herede heredis relinqui potest: cum alioquin legatum ita relictum inutile sit. 270. Item intestatus moriturus potest ab eo, ad quem bona eius pertinent, fideicommissum alicui relinquere; cum alioquin ab eo legari non possit. 270a. Item legatum codicillis relictum non aliter valet, quam si a testatore confirmati fuerint, id est, nisi in testamento caverit testator, ut quidquid in codicillis scripserit, id ratum sit; fideicommissum vero etiam non confirmatis codicillis relinqui potest. 271. Item a legatario legari non potest, sed fideicommissum relinqui potest. Quin etiam ab eo quoque, cui per fideicommissum relinquimus, rursus alii per fideicommissum relinquere possumus.

268. Sono molto differenti i lasciti che sono disposti per fedecommesso da quelli che sono lasciati per diritto diretto. 269. Infatti ecco che per fedecommesso anche dall’erede dell’erede può essere lasciato: mentre invece il legato lasciato così è inefficace. 270 Parimenti chi va a morire intestato può per mezzo di quello, al quale i suoi beni concernono, lasciare il fedecommesso a qualcuno; mentre invece da quello non possa essere lasciato. 270a. Ancora il legato lasciato nei codicilli altro non vale che se dal testatore siano stati confermati, cio è se nel testamento il testatore non abbia avvertito che quello che aveva scritto nei codicilli, quello fosse confermato; al contrario il fedecommesso può essere lasciato anche con codicilli non confermati. 271. Ancora dal legatario non può essere lasciato, ma il fedecommesso può essere lasciato [trasmesso]. Che anche da quello stesso, cui lasciamo per mezzo del fedecommesso, di nuovo ad un altro possiamo lasciare per mezzo del fedecommesso.

I. 2, 25 De codicillis, 1. Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed et intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere quam si speciali postea voluntate confirmentur. Sed divi Severus et Antoninus rescripserunt, ex his codicillis qui testamentum praecedunt posse fideicommissum peti, si appareat eum qui postea testamentum fecerat a voluntate quam codicillis expresserat non recessisse. Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur ius testamentorum et codicillorum, et ideo nec exheredatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest: nam per fideicommissum hereditas codicillis iure relinquitur. Nec condicionem heredi instituto codicillis adicere neque substituere directo potest. Codicillos autem etiam plures quis facere potest: et nullam sollemnitatem ordinationis desiderant.

1. Non soltanto allora fatto il testamento uno può fare dei codicilli, ma anche chi muore intestato può fedecommettere mediante codicilli. Ma se i codicilli erano fatti prima che fosse fatto il testamento, Papiniano dice che non hanno altrimenti valore se dopo con speciale volontà [non] siano confermati. Ma i divi Severo e Antonino disposero con rescritto che da quei codicilli che precedono il testamento può essere chiesto il fedecommesso se si vede che quello che ha fatto testamento dopo non sia receduto dalla volontà che aveva espresso coi codicilli. Coi codicilli peraltro l’eredità né puo essere data né può essere tolta, perché non si confonda il diritto dei testamenti e dei codicilli, e così nemmeno la diseredazione [può] essere [lì] scritta. Addirittura l’eredità coi codicilli né può essere data né può essere tolta: infatti l’eredità è lasciata per fedecommesso come disposto nei codicilli. Né all’erede istituito può essere aggiunta coi codicilli una condizione, tantomeno una sostituzione. Di poi uno può fare anche più codicilli: e non è richiesta alcuna formalità di regolamentazione.

D. 29, 7 De iure codicillorum, 8 Paulus *l. s. de iure codicillorum*, pr.: Conficiuntur codicilli quattuor modis: aut enim in futurum confirmantur aut in praeteritum aut per fideicommissum testamento facto aut sine testamento. 1. Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur pater familias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem. 2. Codicilli totiens valent, quotiens quis testamentum quoque facere possit. Non tamen hoc ita intellegemus, ut exigamus potuisse eum eo tempore, quo scribit eos codicillos, testamentum facere: quid enim, si sufficientium testium facultatem non habuit? Sed si iure testamenti factionem habuit.

pr. I codicilli sono confezionati in quattro modi: infatti o sono confermati dopo, o prima, o per fedecommesso fatto col testamento, o senza testamento. 1. Ma allora i fedecommessi possono essere diretti ai successori *ab intestato*, dal momento che si ritiene che il *pater familias* di sua spontanea volontà lasci loro una eredità legittima. 2. I codicilli valgono tante volte quante uno possa fare anche testamento. Tuttavia non si intende così che pretendiamo che quello possa fare testamento nel tempo in cui scrive quei codicilli: che si farebbe infatti se non avesse possibilità [di avere] testi sufficienti? Ma [che li fa solo] se abbia diritto di fare testamento.

E’ ovvio che le problematiche *de iure codicillorum* dovevano essere molto estese, dedicate ad una serie di ipotesi pratiche molto frequenti.

**D)** ***La donazione***

Argomento ostico in diritto romano, risolto nel 1942 dopo i travagli del 1865:

Art. 1050 C.c. 1865: La donazione è un **atto di spontanea liberalità**, col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta.

Art. 769 C.c. 1942: La donazione è il [**contratto**](https://www.brocardi.it/dizionario/1690.html) col quale, per spirito di [liberalità](https://www.brocardi.it/dizionario/1101.html), una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione.

Come si vede, si è passati dalla necessità dell’accettazione all’esplicitazione della necessità di un accordo, base della concezione contrattuale del 1942.

I. 2, 7 De donationibus, pr. Est etiam aliud genus adquisitionis, donatio. Donationum autem duo genera sunt: mortis causa et non mortis causa. 1. **Mortis causa donatio est** quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accepit; sin autem supervixisset qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia et alii ad aliud genus eam retrahebant, a nobis constitutum est [C. 8, 56, 4], ut **per omnia fere legatis** connumeretur […].

pr. C’è anche un altro genere di acquisti: la donazione. Ci sono allora due generi di donazioni: a causa di morte e non a causa di morte. 1. E’ donazione a causa di morte quella che è fatta per sospetto di morte, quando qualcuno così dona perché se gli capitasse qualcosa [secondo la vita] umana, avesse quello che riceve; se invece sopravvivesse quello che donò, lo trattenesse, o se quello si fosse pentito della donazione, o se fosse morto prima quello cui fosse stato donato. Queste donazioni a causa di morte sono in tutto redatte ad imitazione dei legati. Infatti poiché per i *prudentes* era rimasto incerto se bisognasse dare l’immagine della donazione o del legato, e dell’una e dell’altra ragione aveva una qualche traccia mentre altri ad un altro genere la riferivano, da noi fu stabilito che in tutto e per tutto fossero accumunate ai legati […].

2. Aliae autem **donationes** sunt quae sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas **inter vivos** appellamus, quae omnino non comparantur legatis: quae si fuerint perfectae, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit: et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, et si non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur et traditionis necessitas incumbat donatori. […]

3. Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a iunioribus divis principibus introductum est, quod **ante nuptias** vocabatur et tacitam in se condicionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium fuerit insecutum: ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur et nunquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat.

2. Altre donazioni sono quelle che sono poste in essere senza alcuna idea della morte, le quali chiamiamo tra vivi, e che non sono assolutamente comparate ai legati: che se furono perfezionate, non possono essere revocate senza ragione. Sono perfezionate allora quando il donante ha manifestato con scritti o senza scritti la propria volontà: e sull’esempio della vendita, una nostra costituzione volle che queste avessero in sé anche la necessità della consegna perché, anche se non siano consegnate, abbiano forza completa e perfetta e la necessità della consegna incomba al donante. […]

3. C’è anche un altro genere di donazioni tra vivi, che ai vecchi *prudentes* era pressoché sconosciuto, poi introdotto invece dai più giovani divi principi, che era chiamato *ante nuptias* e aveva in sé la condizione tacita che allora fosse ratificata quando fosse seguito il matrimonio: e pertanto era chiamata *ante nuptias* perché era fatta prima del matrimonio e mai dopo celebrate le nozze si faceva una tale donazione.

D. 24, 1 De donationibus inter virum et uxorem, 11 Ulpianus *l. 32 ad Sabinum*, pr. Sed interim res non statim fiunt eius cui donatae sunt, sed tunc demum, cum mors insecuta est: medio igitur tempore dominium remanet apud eum qui donavit.

pr. Ma nel frattempo i beni non divengono subito di colui cui sono stati donati, ma solo allora quando è seguita la morte: nel tempo mediano la proprietà rimane presso colui che donò.

L’atto di liberalità di Giustiniano è (sempre) valido, sebbene ci sia il problema della consegna.

L’atto di liberalità del C.c. del 1865 è valido solo se è accettato, dunque può essere fatto all’insaputa del donatario.

L’atto di liberalità del C.c. del 1942 è un contratto valido solo se c’è l’accordo fra donante e donatario.

1. Vedi D. 50, 17, 62 a p. 337 del libro. [↑](#footnote-ref-1)
2. In latino il documento “testamento” è per lo più indicato come: *tabulae -arum* (*pl. tantum*) per il modo in cui è confezionato. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fufidio è citato solo qui e in Cecilio Africano (metà II sec. d.C.) in D. 34, 2, 5: *Apud Fufidium quaestionum libro secundo ita scriptum …* [↑](#footnote-ref-3)
4. Se Gaio può dire questo, significa che la donna ha acquistato la facoltà di fare un suo testamento. [↑](#footnote-ref-4)
5. Notare che *satisdatio* vorrebbe dire: *datio* *satis*, cioè dazione del sufficiente. Il che è molto importante dal punto di vista dell’interesse all’esecuzione quale effettivo raggiungimento dello scopo. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ricordare D. 1, 1 De iustitia et iure, 7 Papinianus, *l. 2 definitionum*, 1: *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*. [↑](#footnote-ref-6)
7. Distinguere la successione fra: universale e a titolo particolare, al fine di trattatre il problema dell’interesse dei terzi all’accettazione. [↑](#footnote-ref-7)