



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

- + *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.
- + *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.
- + *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.
- + *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertarti di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da <http://books.google.com>

Libreria NARDECCHIA
ROMA



HARVARD LAW LIBRARY

Received SEP 20 1927

1751y



COMMENTARIO ALLE PANDETTE

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PHILOSOPHY DEPARTMENT

PHILOSOPHY 101

LECTURE NOTES

BY [Name]

DATE [Date]

CHAPTER 1

INTRODUCTION

1.1 THE SCOPE OF PHILOSOPHY

1.2 THE HISTORY OF PHILOSOPHY

1.3 THE PHILOSOPHER'S TOOLKIT

1.4 THE PHILOSOPHER'S MINDSET

1.5 THE PHILOSOPHER'S VOICE

1.6 THE PHILOSOPHER'S LEGACY

1.7 THE PHILOSOPHER'S FUTURE

1.8 THE PHILOSOPHER'S PRESENT

1.9 THE PHILOSOPHER'S PAST

FEDERICO GLÜCK

COMMENTARIO
ALLE PANDETTE

TRADOTTO ED ARRICCHITO DI COPIOSE NOTE E CONFRONTI
COL CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA

già sotto la direzione di

FILIPPO SERAFINI

DIRETTORI

PIETRO COGLIOLO E CARLO FADDA

LIBRO XXVIII

PARTI QUARTA

Continuazione di C. F. MÜHLENBRUCH

Tradotto ed annotato

dall'avvocato ALFREDO ASCOLI

Professore nell'Università di Pavia

MILANO

SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA

Via Kramer, 4 A - Gall. De Cristoforis 54

1904

SEP 20 1927

Lodi, 1904 - Tip. Ennio Wilman

LIBRO XXVIII

TITOLO VI.

De vulgari et pupillari substitutione *)

§ 1445.

Concetto e distinzioni.

Per sostituzione si intende non solo la disposizione con la quale il testatore determina che sotto certe circostanze un altro debba entrare al posto dell'erede istituito, ma anche quella per la quale un padre in forza della sua patria potestà nomina un erede ai suoi figli minori. Per tanto non è possibile ricondurre le diverse

*) Pei numerosi scritti sulle sostituzioni rimando a LIPENIO e a suoi continuatori: le citazioni più degne di nota saranno fatte ai singoli luoghi. Le dissertazioni generali su questa materia sono quasi tutte insignificanti, compresa quella del TURCO, *de iure substitutionis*, Lugduni Batavorum 1744, citata nelle mie *Pandette*, § 668 ^a).

^a) Aggiungansi fra gli scrittori moderni: ARNDTS, articolo *Substitution* nel *Rechtslexikon für Juristen*, ecc. (Dizionario giuridico per giuristi di tutti gli Stati tedeschi del WEISKE), vol. X, pag. 654 e segg., riprodotto poi in *Gesammelte cirilistische Schriften* (Scritti civili varii), vol. II, pag. 166 e segg.; MANNA, *Concetto giuridico della sostituzione pupillare in diritto romano*, Napoli 1885; COSTA, *Sopra la natura giuridica della sostituzione pupillare nel diritto romano* nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, vol. I, pag. 245 e in generale i trattati principali di *Pandette* di ARNDTS, WINDSCHEID, BARON, WAECHTER; FERRINI, *Manuale di Pandette*, nn. 620, 621.

Glück, *Comm. Pandette*. — Lib. XXVIII, Parte IV. — 1.

specie di sostituzione sotto un unico concetto senza aggiungere altre spiegazioni ⁷⁹⁾. Il HELLFELD definisce la sostituzione come *institutio heredis ulterioris in casum deficientis prioris* e comprende in questa definizione anche la pupillare osservando *cum prior heres deficere possit vel ipsi testatori, vel liberis, dum hi in eo non sint statu quo testamentum condere possunt substitutio in vulgarem et pupillarem diriditur*. Nel primo caso adunque *deficiens heres* è quello validamente nominato ma mancante, nel secondo il non nominato neppure. Ma come si possono unire questi due concetti in uno e conciliare colle regole della logica la designazione del sostituto pupillare come *heres ulterior* che entri nel luogo del *prior deficiens*? Se si dice invece che la sostituzione è la nomina di un erede eventuale ⁸⁰⁾, questo concetto abbraccia le due specie di sostituzione; qui però l'espressione è così generica che per essere intesi, o meglio per non essere fraintesi, è necessario aggiungere a spiegazione che erede eventuale è quello nominato sotto la condizione che manchi un altro erede o che un testatore non capace di testare per la sua impubert  muoia in questo stato. Forse si potrebbe anche dire che sostituzione   la disposizione colla quale si determina che alcuno debba per un certo caso entrare come erede nel luogo di un altro: ma bisognerebbe anche aggiungere che quest'altro pu  essere ora un successore nominato dal testatore, ora quello pel quale il testatore fa testamento.

Ma tralasciamo questo punto ed occupiamoci piuttosto della sostanza delle cose.

1.  Bisogna osservare in primo luogo che la sostituzione pu  essere ordinata non soltanto a riguardo di una successione universale, ma sotto certe condizioni anche a riguardo di un legato ⁸¹⁾. Tuttavia noi ci occuperemo qui soltanto della specie pi  importante

⁷⁹⁾ THIBAUT, *Pandette*, § 833, nota 5.

⁸⁰⁾ Cos    stato precisato il concetto nelle mie *Pandette*, § 668.

⁸¹⁾ L. un. § 7 in f. C. *de cad. toll.* (VI, 51): «... ut heredibus substitui potest, ita etiam legatariis. Videamus, an idem fieri possit et cum mortis causa donabitur, ut id promittat ille alteri, si ipse capere non poterit? Quod magis est, quia in posterioris quoque personam donatio confertur ».

di sostituzione che è quella nella quale il sostituto appare come successore universale.

2.° Bisogna però anche a riguardo di questa fare una distinzione di due specie di sostituzioni, la così detta diretta e la fedecommissaria, distinzione che non si applica però alla pupillare, ma solo a quella nella quale il testatore si nomina un erede ed a questo nomina un sostituto. Sebbene in questo titolo debba parlarsi soltanto della sostituzione diretta, occorre però dire qualche cosa in generale sulla differenza fra le due. Vi è differenza tanto riguardo agli effetti, quanto riguardo alle condizioni. Il sostituto diretto è erede immediato, diretto, vero e proprio del testatore, il fedecommissario è un semplice legatario in senso ampio, il suo diritto si acquista solo mediatamente per l'organo del vero *heres* ²²). Perciò sono anche necessariamente diverse le condizioni delle due specie di sostituzione. L'efficacia della sostituzione diretta dipende dal fatto che l'erede primo nominato sia venuto a mancare prima dell'acquisto dell'eredità; se egli sia già divenuto erede la sostituzione cade di per sè ²³). Al contrario nella sostituzione fedecommissaria si deve ammettere che l'erede istituito abbia acquistata l'eredità in base al testamento, perchè se ciò non fosse mancherebbe una persona la quale potesse adempiere i legati, quindi la sostituzione cade se l'erede istituito muoia o divenga incapace prima dell'acquisto oppure rinunci all'eredità ²⁴). Quando si tratti di espressioni indeterminate od incerte del testamento può dunque essere di grande importanza il conoscere quale specie di sostituzione abbia il testatore avuto di mira. Così, per es., nei casi citati dal LUDOLFF ²⁵),

²²) Vedi L. 57, § 2, D. *ad S. C. Treb.*, 36, 1, dove questa specie di sostituzione è detta anche *substitutio fideicommissi*.

²³) Confr. AVERANI, *Interpretationes iuris*, lib. IV, c. 6, n.° 2 e segg.: HOEPFNER, *Commentario*, § 601, 602.

²⁴) L. 181 D. *de reg. iuris*, 50, 17. Il principio che dove sottentra il fisco nel luogo dell'erede i fedecommissi e i legati debbano essere adempiti (L. 96, § 1, D. *de legatis*, I, 30; L. 3, § 4, D. *de iure faci*, 49, 14) e che talvolta anche l'eredità gravata di un fedecommissario s'intenda come accettata in contumacia, stando almeno all'interpretazione comune della L. 7 C. *ad S. C. Treb.*, è sempre un'eccezione.

²⁵) LUDOLFF, *Observationes forenses*, pars II, obs. 132, nota 1.

dal CARRACH ⁸⁶⁾ e da altri ⁸⁷⁾, dove la disposizione suonava presso a poco così: istituisco mio erede universale Tizio e dopo la sua morte i suoi figli, si potrebbe propendere a decidere che questa disposizione possa interpretarsi tanto come sostituzione diretta, quanto come sostituzione fedecommissaria e perciò interpretarla in ambo i modi anche per la regola che nel dubbio si deve sempre pronunciarsi per la validità ed efficacia di un negozio giuridico; massime quando si tratti di disposizioni di ultima volontà ⁸⁸⁾. Infatti l'espressione usata dal testatore non ha oggi più importanza; può tanto ordinarsi una istituzione diretta con *verba obliqua* quanto una disposizione fedecommissaria con *verba directa o imperativa* ⁸⁹⁾; nè si può in contrario invocare la regola per la quale *in ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat quod volumus* ⁹⁰⁾; perchè se il testatore ha veramente voluto che i figli sostituiti entrino in ogni caso nel luogo del padre, egli può benissimo aver dichiarato questa sua intenzione con una formula generale. I due casi, la sostituzione diretta e la fedecommissaria, non possono certamente coesistere, ma la disposizione che la sostituzione possa secondo le circostanze valere come l'una o come l'altra non è contraddittoria e conseguentemente non c'è nulla di contraddittorio nell'ammettere che il testatore abbia voluto dire ciò. La regola sopra citata deve riferirsi dunque soltanto a quei casi nei quali i diversi significati di una espressione equivoca non possono coesistere senza contraddizione ⁹¹⁾. Da ciò non segue tuttavia che in tutti i casi nei quali l'espressione si può riferire a due specie di sostituzione questo debba anche ammettersi.

⁸⁶⁾ CARRACH (resp. FREYBERG), *Diss. de substitutionis directae argumentis in formulâ dubia*, Halae 1831, § 3, 25, 27, 28.

⁸⁷⁾ Per esempio LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, spec. 362. m. 1, 2; HOEPFNER, *Comm.*, § 495, nota 3.

⁸⁸⁾ L. 24 (25) D. *de reb. dub.*, XXXIV, 5:

⁸⁹⁾ L. 15 C. *de testam.* — L. 2 C. *communis de legat. et fideic.*

⁹⁰⁾ L. 3 D. *de rebus dubiis*. Il CARRACH, *loc. cit.*, § 14 ne trae un argomento per la sua opinione contraria, che è anche la più giusta.

⁹¹⁾ C. G. HUERNER *ad Tit. de reb. dub. comment.*, c. II, n. 1. pagina 133 e segg.

Se la cosa deve decidersi secondo presunzioni in dubbio si deve presumere piuttosto una sostituzione diretta che una fedecommissaria. Non si può dubitare in alcun modo che le sostituzioni fedecommissarie possano avvenire anche tacitamente, così come è fuor di dubbio che nelle nostre fonti si trovano dichiarazioni che indicano uno speciale favore dei fedecommissari²²⁾, ma nel primo caso occorre che l'intenzione del testatore appaia chiara e nel secondo il favore dei fedecommissari non si può applicare se non in quanto sia accertato che un fedecommissario è stato ordinato; in tale ipotesi deve nel dubbio accordarglisi la più piena validità anche se si possono fare ad esso delle obiezioni secondo le regole più rigorose del diritto (vedi nota 92). Insomma qui si applica in sostanza la stessa regola che pel favore delle disposizioni di ultima volontà in generale: qualunque onorato in un testamento può invocarlo²³⁾, ma bisogna che sia provato innanzi tutto che il testatore voleva onorarlo. Invece non si presume nel dubbio che alcuno sia stato onerato e perciò non si può neppure presumere che un istituito sia stato gravato di un fedecommissario. Bisogna perciò guardare prima di tutto al significato delle parole e quando secondo questo la disposizione può essere considerata decisamente come una sostituzione diretta bisogna stare alla regola secondo la quale l'istituto esclude il sostituito, salvo che non appaia da particolari argomenti una diversa volontà del testatore. Oltre a ciò non è da dimenticare che nel diritto canonico è deciso che nel dubbio debba sempre presumersi la sostituzione diretta²⁴⁾. Nell'esempio da noi sopra citato deve poi ammettersi tanto più la sola sostituzione diretta perchè le espressioni usate, benchè possano riferirsi anche

²²⁾ L. 17, § 7 in f., D. *ad Set. Treb.*, 36, 1.

²³⁾ L. 24 (25) D. *de reb. dub.* — L. 13 (14) pr. *cod.*; L. 17, § 1, *de leg. I*, § 22 I. *de legat.*, 2, 20.

²⁴⁾ Cap. 1 *de testamentis* in VI, 3, 11. Il caso deciso riguardava una sostituzione pupillare e si trattava di sapere se gli eredi intestati del pupillo potessero trattenere la quarta Trebelliana, oppure dovessero dare al sostituito l'intero patrimonio; ma la *ratio decidendi* è generale; il papa dice che se ciò si ammette deve ritenersi *ut substitutio directa intellegatur potius quam obliqua*.

alla sostituzione fedecommissaria, non sono quelle che di solito si usano per questa; le parole: « istituisco mio erede universale » significano nel dubbio mio erede diretto, perchè non è, per lo meno, frequente che si indichi in questo modo il diritto di pretendere la restituzione di una eredità già acquistata⁹⁵⁾. Tuttavia se anche fosse stata usata una espressione per la quale la volontà di ordinare una sostituzione diretta apparisse meno chiara, dovrebbe sempre nel dubbio decidersi per questa, per le ragioni generali sopra esposte, e secondo il testo sopra citato del diritto canonico⁹⁶⁾. Se al contrario l'intenzione del testatore di sostituire a titolo di fedecommissario appaia dimostrata pienamente o anche, per le espressioni usate, con una grande probabilità, è indifferente se il testatore abbia o no detto ciò in modo espresso, in altre parole una disposizione fedecommissaria può essere ammessa anche

⁹⁵⁾ CARRACH, *Dirr. cit.*, §§ 13, 22, 24, 25, 26. — Il caso da lui riferito ai §§ 27 e 28 è in sostanza il seguente: *A* istituisce *B* e dopo la morte di lui i suoi figli, come unici eredi. *B* ha accettata l'eredità, ma dopo la morte di lui la moglie accampa delle pretese al suo patrimonio e quindi anche a quella eredità sulla base di una comunione di beni e di una disposizione testamentaria del marito e il genero del defunto pretende invece di far valere un fedecommissario in nome della sua moglie. L'autore ritiene, con ragione, che la sostituzione sia diretta e che i figli del primo erede siano esclusi pienamente dal fatto che questi aveva già acquistata l'eredità.

⁹⁶⁾ In questo senso la Facoltà giuridica di Helmstadt ha ammesso la sostituzione diretta nel caso seguente: il testatore aveva istituito erede la sorella, aggiungendo che in caso di morte di lei i figli dovessero esserne gli eredi e i successori in parti uguali e qualora uno o più di questi figli morissero senza divenire eredi, la loro parte dovesse andare ai fratelli o sorelle superstiti (LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, sp. 362, m. 1). Se il favore dei fedecommissari si dovesse intendere nel senso che non di rado gli si attribuisce l'espressione scelta sarebbe con esso pienamente conciliabile. Ugualmente dovrebbe essere deciso del resto anche il caso seguente: il testatore istituisce eredi universali i suoi figli coll'aggiunta che qualora uno di essi muoia prima del testatore i figli di lui sottentrino nel suo posto e succedano *in stirpes*, e se uno di essi muoia senza figli la porzione di lui vada ad altro figlio. La Facoltà giuridica di Wittenberg ha tuttavia considerata questa disposizione come un fedecommissario; il LEYSER (p. 362, m. 2) osserva però ch'egli era di opinione diversa, ma fu sopraffatto dalla maggioranza dei suoi avversari.

se il testatore si sia servito di espressioni diverse dá quelle che di solito si usano per i fedecommissi. Questo è ammesso nel testo citato del diritto canonico perchè il papa aggiunge alla sua decisione che nel dubbio si debba sempre ammettere la sostituzione diretta, *quamquam directa interdum ad fideicommissum ex causa trahatur*. Per conseguenza fu giustamente ammessa la sostituzione fedecommissaria nel caso seguente. Il testatore aveva disposto che le sue tre figlie dovessero avere dal suo erede 24,000 fiorini ed aveva poi aggiunto che questi 24,000 fiorini nel caso di premorienza di una dovessero andare alle altre e insieme ai figli superstiti di lei *in stirpes* ⁹¹⁾. In questa disposizione avrebbe dovuto ammettersi una sostituzione fedecommissaria universale anche se fosse stato detto: istituisco A mio erede, ma l'eredità deve dopo la sua morte andare o rimanere ai suoi figli. Qui però nascerebbe la questione se in un tal caso, nel quale deve ammettersi la sostituzione fedecommissaria, la disposizione non possa ritenersi valida anche come sostituzione diretta quando ciò non sia escluso dalle parole usate. Ciò deve ammettersi per la regola che qualunque negozio giuridico, e sopra tutti un testamento, debba essere interpretato in modo da considerarlo valido piuttosto che nullo. Se anche il testatore si è espresso in modo da mostrare che egli ha avuto di mira soltanto il caso, che ogni testatore augura nella istituzione di un erede e pensa quindi come il più probabile, quello cioè che l'erede acquisti effettivamente l'eredità, non per questo egli ha voluto escludere l'altro caso e perciò, quando non vi contrastino l'espressione usata od altri motivi, bisogna considerare come sua volontà che i sostituiti debbano in ogni caso ricevere l'eredità quando non vi sia più l'erede primo nominato.

3.º Oltre la sostituzione volgare e la pupillare vi è anche una sostituzione quasi pupillare della quale parleremo in questo stesso titolo al § 1456. L'accenno che si fa ad un sostituzione militare ⁹²⁾

⁹¹⁾ LEYSER, spec. 362, m. 2.

⁹²⁾ Fr. DUARENUS in *Disput. annivers.*, lib. II, c. 7 (*Opp.*, pag. 1062)

sulla base dei privilegi che competono ai soldati riguardo alla sostituzione testamentaria è invece una stranezza, come lo sarebbe il parlare di istituzione o diseredazione militare per la ragione che il soldato anche in questo riguardo è libero dall'osservanza delle regole del diritto comune.

§ 1446.

Sostituzione volgare e sostituzione pupillare.

Sostituzione volgare è la nomina di un erede pel caso che il primo nominato non divenga erede, vale a dire se egli non possa o non voglia⁹⁹). Il primo impedimento è designato dai moderni come *casus impotentiae*, il secondo come *casus voluntatis*¹⁰⁰). Il testatore può limitare la sostituzione a uno di questi due casi, ma nel dubbio tale limitazione non deve ammettersi e in ogni ipotesi l'espressione generale *si Titius heres non erit*, deve riferirsi ad ambedue i casi. Si disputa se anche quando sia espresso uno solo dei casi si debba sottintendere anche il secondo, salvo che la limitazione ad uno di essi appaia chiara; ma su ciò maggiori particolari si troveranno al § 1447. Ogni sostituzione contiene una istituzione condizionata¹); nella sostituzione volgare la condizione è che l'erede primo nominato non succeda, onde nelle nostre fonti essa è anche designata colla espressione *plures gradus*

e in *Comment. ad h. t.*, c. 7, 22, 23; THOMAS PAPILLONIUS, *De directis heredem substitutionibus*; in OTTONE, t. IV, p. 757 e segg.

⁹⁹) L. 3 C. *de heredib. instit.* (VI, 24).

¹⁰⁰) HOEFFNER, *Comm.*, § 500.

¹) L. 1, § 13; L. 11 § 5, D. *ad legem Falc.*, 35, 2; L. 41, § 6, D. *h. t.* Le dispute sul punto se le sostituzioni possano o meno chiamarsi istituzioni condizionate sono in sostanza questioni di parole. Le ragioni per l'opinione negativa sono esposte ampiamente da Fr. Ramos del MANZANO, *Praelectiones ad tit. de vulg. et pup. subst.*, cap. I, §§ 10-27 in MEERMANN, *Thesaurus*, t. VII, p. 325-333. L'opinione opposta ha avuto sempre per sè, oltre l'espressione letterale delle fonti, la maggior parte dei seguaci dalla GLOSSA in poi. Confr. DONELLO, *Comm. iuris civilis*, lib. VI, c. 23, § 14.

heredum facere vel scribere ²⁾. Il primo erede è dunque *primo gradu scriptus*, il sostituto è *heres secundo gradu scriptus* ³⁾, e poichè si può anche sostituire al sostituto, il secondo sostituto, è *tertio gradu scriptus*, il terzo *quarto gradu* e così via. Non è necessario che il primo istituito sia anche nominato pel primo e si avrebbe una valida sostituzione anche se fosse detto: *Titius heres esto si Merius heres non erit* ⁴⁾. Questa sostituzione è detta *vulgaris* perchè essa può esser fatta da qualunque testatore, in contrapposto alla *pupillaris* che spetta soltanto al padre di fare in forza della sua patria potestà ⁵⁾. La sostituzione pupillare è la nomina fatta dal padre o da un ascendente paterno di un erede pel figlio soggetto alla patria potestà del testatore per il caso che muoia durante l'impubertà ⁶⁾. Così è che la madre la quale istituisca erede il proprio figlio e chiunque in genere istituisca un impubere può fare una sostituzione diretta o fedecommissaria, diretta in quanto istituisca il

²⁾ Pr. I. *de vulg. substit.*; GAJI, *Inst.*, II, § 174; L. 1 pr. D. *h. t.*; L. 36 pr. D. *cod.*; ULP., *Fragm.*, tit. XXII, § 33; PAULLI, *Rec. sent.*, lib. III, tit. IV B, § 4.

³⁾ Vedi i testi citati alla nota precedente. Il primo erede è chiamato anche *primus*, il sostituto *secundus heres*. Vedi la relazione di SVETONIO, *Vita Octavii*, c. 101, sul testamento di Augusto: « *Heredes instituit primos Tiberium, ex parte dimidia et sextante, Liviam ex parte tertia — secundos, Drusum, Tiberii filium, ex triente, et, ex partibus reliquis, Germanicum — tertio gradu, propinquos amicosque plures* ». — TACITO, *Annales*, I, 8: « *Tiberium et Liviam heredes habuit. — In spem secundam nepotes pronepotesque, tertio gradu primores civitatis scripserat* ».

⁴⁾ L. 28 D. *de hered. inst.* « *Si ita quis institutus sit: Titius heres esto, si Secundus heres non erit; deinde: Secundus heres esto, placet, primo gradu Secundum esse institutum* ». Senza quest'ultima aggiunta il secondo erede non potrebbe, applicando rigorosamente la regola *in conditione positus non est positus in institutione*, considerarsi istituito. Vol. III, pag. 787.

⁵⁾ THEOPHILI, *Paraphr. inst. pr. de vulg. subst.*, 2, 15. — BRISSON, *de V. S.*, v. *vulgaris*. § 2: « *Vulgaris substitutio potest videri dicta, quae ex legibus XII Tabularum descendit, nisi cui magis placeat inde dicta, quod a quolibet testatore et cuicumque heredi scripto fieri possit. Nam et in vulgarem casum factam substitutionem dixit Modestinus, in L. 4, § 1, D. de vulg. et pup. subst.* ». — Vedi H. DONELLUS, *Comment. jur. civ.*, lib. VI, c. 23, § 18.

⁶⁾ Pr. I. *de pup. subst.*

figlio pel caso che raggiunga la pubertà e gli sostituisca altri pel caso di inadempimento di questa condizione⁷⁾ o fedecommissaria nel senso che istituisca l'impubere ed insieme disponga che dopo la sua morte durante l'impubertà l'eredità vada a un terzo⁸⁾, ma questa non sarà mai una sostituzione pupillare vera e propria⁹⁾. Il sostituto è qui erede immediato o mediato del testatore; nella sostituzione pupillare invece vi ha un testamento fatto pel pupillo¹⁰⁾ e il sostituto è erede del pupillo¹¹⁾. Di solito il padre istituisce erede anche il pupillo e da ciò si spiega che alla nomina di erede pel pupillo si sia dato il nome di sostituzione, perchè nei più antichi tempi un pupillo non aveva facilmente altro patrimonio che quello ereditato dal padre¹²⁾; ma il sostituto pupillare riceve anche il restante patrimonio del pupillo ed è anche possibile che il pupillo non erediti nulla dal padre, sia perchè si astenga dall'eredità paterna¹³⁾, sia perchè ne venga escluso¹⁴⁾, senza che per questo

⁷⁾ L. 33 D. h. t.

⁸⁾ § ult. I. de pup. subst.

⁹⁾ Su ciò torneremo in seguito al § 1451, n. 1.

¹⁰⁾ L. 2 pr. D. h. t. (« Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit »). Pr. 1. in f. de pup. subst., § 2 eod.

¹¹⁾ Pr. I. de pup. subst. — « si extiterit heres filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio sit heres substitutus ». — § 2 eod. — L. 10, § 5 D. h. t.

¹²⁾ Sembra che in origine anche i sostituti siano stati considerati come secondi eredi del padre, partendo quindi dal concetto che il padre potesse col suo testamento diminuire od escludere il diritto di acquisto del pupillo fino alla sua pubertà. La formula della sostituzione pupillare suonava infatti analogamente a quella della sostituzione volgare nel modo seguente: « si — filius — prius moritur (quam in sua tutela venit), tum ut mihi ille sit heres ». CICERONE, *de oratore*, II, 32 in fine. La stessa formula si trova anche nella L. 1, § 1, D. h. t. e nella L. 8, § 1, D. de bon. poss. sec. tab., 37, 11, coll'osservazione però, che il *mihi* non nuoce alla sostituzione. Confronta anche CICERONE, *de inventione*, II, 21, dove lo *status controversiae* riguardo ad un tale testamento è così espresso: « Possitne quisquam de filii pupilli re testari, an heredes secundi ipsius patris-familias, non filii quoque eius pupilli heredes sint? » Così si spiega completamente anche il nome. Vedi SCHRADER, *Not. ad pr. 1. de pup. subst.*, verba: *sit eis heres*.

¹³⁾ L. 42 pr. D. de acq. vel. om. hered., 29, 2.

¹⁴⁾ Pr. I. de pup. subst. Secondo il diritto nuovo la diseredazione di

la sostituzione pupillare perda la sua efficacia. Ma se anche oggetto della sostituzione pupillare sia semplicemente il patrimonio del padre, questo è sempre divenuto patrimonio del pupillo e perciò il sostituto pupillare è erede di questo a nome del padre. Perciò è del tutto inaccettabile l'opinione di alcuni moderni che la sostituzione pupillare non sia una sostituzione quando il figlio non erediti nulla dal padre e lo sia solo in parte quando questi abbia oltre l'eredità paterna un patrimonio proprio ¹⁵⁾. Se il presupposto da cui parte questa opinione fosse esatto, si dovrebbe respingere assolutamente il concetto di sostituzione pupillare, perchè il sostituto pupillare succede sempre nel patrimonio del figlio e quando la condizione della sua chiamata si avveri, è indifferente come e per qual motivo il patrimonio sia acquistato al pupillo ¹⁶⁾.

Il diritto a fare una sostituzione pupillare è dunque una estensione dei diritti della patria potestà, appunto come il diritto del padre di nominare un tutore al proprio figlio impubere. Quest'ultimo diritto fu, secondo testimonianze espresse delle fonti, introdotto dalle leggi delle dodici tavole ¹⁷⁾: si disputa se lo stesso sia stato per la sostituzione pupillare ¹⁸⁾. Secondo le testimonianze

un figlio vale solo se fatta *bona mente* (vedi sopra § 1425 e), perchè dopo che il diritto di successione necessaria ha cessato di essere semplicemente formale, la diseredazione di un figlio non può più valere come pena per avere egli meritato la esclusione.

¹⁵⁾ Vedi HOEFFNER, *Comm.*, § 504.

¹⁶⁾ Vedi la nota 11 e MADIHN (resp. A. G. CASTRING), *Diss. de vera indole substitutionis pupillaris tam jure veteri quam recentiori*, Halae 1759, ripubblicata nel 1769 sotto il titolo: *Diatriba iuris civilis vicissitudines substitutionum impuberum complexa*, § 8, n. IV, pag. 67 segg. Il concetto di una sostituzione pupillare non si può costruire però se non storicamente, onde ha pienamente ragione il HOEFFNER, *Comm.*, loc. cit., n. 1, di ritenere non romano il concetto generale di sostituzione, nel quale poi si vorrebbe fare entrare a forza anche quello della sostituzione pupillare: in questo errore è caduto anche il MADIHN, *Diss. cit.*, § 12.

¹⁷⁾ L. 1 pr. D. *de test. tut.*, 27, 2.

¹⁸⁾ Spesse volte si è sostenuto che essa abbia la sua origine in queste leggi, e in particolare nel principio *uti legasset super pecunia tutelare suae rei ita ius esto*. V. a COSTA e VINNIO, *Comm. ad pr. I. de pup. subst.*; MADIHN, *Diss. cit.*, § 6.

dei giureconsulti romani essa riposerebbe sul diritto consuetudinario¹⁹⁾ ed è certo che essa fu favorita dagli usi del popolo, non potendo i figli impuberi fare essi testamento e conseguentemente non potendo tenersi segreto chi fosse per essere il loro erede, ciò che doveva apparire in taluni casi pericoloso per la sicurezza personale del pupillo²⁰⁾. Colla sostituzione pupillare era facile tener segreto chi fosse il futuro erede del pupillo o facendo il padre uno speciale testamento pel figlio (vedi § 1450), o suggellando in modo particolare la parte del testamento nel quale era contenuta la sostituzione. Ciò avveniva difatti assai spesso²¹⁾, onde la conseguenza che, anche senza una espressa disposizione del padre, la pubblicazione di questa parte del testamento non si facesse se non quando l'impubere morisse prima della pubertà²²⁾.

¹⁹⁾ L. 2 pr. D. *h. t.* (« *Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quatuordecim annos perveniant, feminae ad duodecim* »); pr. I. *de pup. subst.* in f.

²⁰⁾ Confr. L. 1, § 1, D. *ubi pup. educ.*, 27, 2. COSTA, *ad verba fin. pr. I. de pup. subst.* Vedi pure le note seguenti e il testo relativo.

²¹⁾ GAJI, *Inst.*, lib. II, § 181: « *Ceterum ne post obitum parentis periculo insidiarum subiectus videatur pupillus, in usu est, vulgarem quidem substitutionem palam facere, i. e. eo loco, quo pupillum heredem instituimus; nam vulgaris substitutio ita vocat ad hereditatem substitutum, si omnino pupillus heres non extiterit — —, quo casu nullum substituti maleficium suspicari possumus, cum scilicet vivo parente omnia, quae in testamenta scripta sunt, ignorentur; illam autem substitutionem, per quam, etiamsi heres extiterit pupillus et intra pubertatem decesserit, substitutum vocamus, separatim in inferioribus tabulis scribimus, earque tabulas proprio lino propriaque cera consignamus et in prioribus tabulis cavemus, ne inferiores tabulae vivo filio et adhuc impubere aperiantur* ». Nelle *Istituzioni* di GIUSTINIANO questo testo è molto cambiato; § 3 I. *de pup. subst.* L'imperatore lascia intendere che questa sarebbe una soverchia paura del testatore: « *Si autem quis ita formidolosus sit, ut timeret, ne filius eius, pupillus adhuc, ex eo, quod palam substitutum accepit, post obitum eius periculo insidiarum subiiceretur* », colle quali parole però non concorda pienamente la fine del paragrafo: « *quamvis hoc* (nominare, cioè, nello stesso testamento un erede a sè ed al pupillo) *pupillo periculosum sit* ».

²²⁾ L. 8 D. *test. quemadmodum aperiantur*, 29, 3: « *Pupillares tabulas, etiamsi non fuerit superscriptum, ne aperirentur, attamen, si seorsum eas testator reliquerit. Praetor eas aperiri, nisi causa cognita, non patietur* ».

§ 1447.

Substitutio simplex, duplex, expressa, tacita.

È nell'arbitrio del testatore di nominare al proprio figlio impubere tanto un sostituto volgare quanto un pupillare, cioè un sostituto tanto pel caso che il figlio non divenga affatto erede, quanto pel caso che muoia dopo il padre durante la pubertà. La sostituzione è detta in tale ipotesi *duplex* in contrapposto alla *simplex*, la quale è la sostituzione per l'uno o l'altro di quei casi ²³⁾. La sostituzione volgare è anche detta *substitutio in casum vulgarem* ²⁴⁾ *vel primum*, la pupillare *substitutio in casum secundum* ²⁵⁾. Ma che cosa sarà da dire se il testatore abbia menzionato l'uno dei casi senza escludere espressamente l'altro? Per es. egli ha detto: istituisco erede il mio figlio impubere e pel caso che non divenga erede gli sostituisco Tizio. Posto che egli sia divenuto erede, ma sia morto prima della pubertà, sarà Tizio da considerare come sostituto anche pupillarmente? O viceversa se la formula usata dal testatore indica soltanto la sostituzione pupillare dovrà il sostituto ritenersi istituito anche pel caso che il pupillo non divenga erede del padre? Questa è la distinzione che i moderni fanno tra sostituzione espressa e sostituzione tacita. Già fra gli antichi e particolarmente fra i giureconsulti della Repubblica si discuteva se vi potesse essere una sostituzione tacita, cioè se il *casus primus* contenesse in sé il *casus secundus*. La più volte menzionata causa Curiana discussa

²³⁾ L. 1, § 1, D. *h. t.*: « Heredis substitutio aut *duplex* est, aut *simplex*; veluti Lucius Titius heres esto, si mihi Luc. Titius heres non erit, tunc Seius heres mihi esto; si heres non erit, sive erit, et intra pubertatem decesserit, tunc Caius Seius heres esto ». — La *substitutio duplex* è detta anche *substitutio in utrumque casum*; L. 4 D. *h. t.*

²⁴⁾ L. 4 D. *h. t.*

²⁵⁾ L. 8 C. *de impub. et al. subst.*, VI, 26: « — exprimere debueras, maritus quondam tuus, quem — proponis secundum heredem scripsisse. utrumne in *primum casum*, an in *secundum* filio suo — — substituerit », Vedi L. 45 pr. D: *h. t.*

dinanzi al tribunale centumvirale ce ne fornisce la prova ²⁶). Il testatore aveva istituito un figlio postumo non ancor nato e gli aveva sostituito Curio per il caso che il postumo non raggiungesse la pubertà ²⁷). Non essendo poi il postumo neppur nato, nacque lite fra l'erede intestato Coponio e il sostituto. Quello invocava le parole del testatore, questo l'intenzione secondo la quale il testatore aveva evidentemente preferito al sostituto soltanto il postumo e aveva voluto che gli eredi intestati fossero esclusi dal sostituto ²⁸). Quinto Mucio Scevola difendeva le ragioni dell'erede intestato, Crasso quelle del sostituto ed il tribunale decise a favore di questo ²⁹). La questione tuttavia rimase ancora lungo tempo dubbia, in ispecie circa l'ammissibilità di una sostituzione pupillare tacita, perchè era più facile supporre che il padre avesse voluto lasciare in ogni caso l'eredità ai sostituti pupillari quando il figlio non fosse loro di ostacolo, anzichè ammettere che egli avesse voluto escludere anche gli eredi del figlio a favore dei sostituti volgari. In seguito però si arrivò ad ammettere come regola anche la sostituzione pupillare tacita ³⁰) e questo principio

²⁶) Cic., *de orat.*, I, c. 39: « Quid vero? clarissima M. Curii causa. Marcique Coponii nuper apud Centumviros, quo concursu hominum, qua expectatione defensa est? » — Id., *de orat.*, II, c. 6 e 32. Vedi pure *or. pro Caecina*, cap. 18. — QUINCTILIANI, *Instit. or.*, l. 7, c. 6.

²⁷) Cic., *de or.*, II, 32: « Si mihi filius genitur isque prius moritur (quam in suam tutelam veniat), tum ut mihi ille (Curius) heres sit ».

²⁸) Cic., *de orat.*, I, 39: « — quum Scaevola — — ex scripto testamentorum iura defenderet, negaretque: nisi postumus et natus, et antequam in suam tutelam veniret, mortuus esset, heredem eum esse posse, qui esset secundum postumum, et natum, et mortuum, heres institutus: ego voluntatem defenderem: hac eum tum mente fuisse, qui testamentum fecisset, ut, si filius non esset, qui in tutelam veniret, M. Curius esset heres ».

²⁹) Cic., *Or. pro Caecina*, c. 18: « Ornate et copiose L. Crassus — — iudicio centumvirali hanc sententiam defendit, et facile — — probavit omnibus: M. Curium, qui heres institutus esset ita, mortuo postumo filio, eum filius non modo non mortuus, sed ne natus quidem esset, heredem esse oportere. Quid? verbis satis hoc cautum erat? minime. Quae res igitur valuit? voluntas », etc.

³⁰) L. 4 C. *de imp. et al. subat.*, e i testi nelle note seguenti.

è oggi riconosciuto generalmente ³¹⁾. Oggi si disputa invece per sapere se sia da ammettere una sostituzione volgare anche quando la formula usata dal testatore si riferisca alla sola pupillare ³²⁾. Dopo ciò che abbiamo detto fin qui, non dovrebbe parer dubbia la soluzione affermativa ³³⁾. Il caso era già stato risolto nel *iudicium Curianum* ³⁴⁾; non si capisce dunque come potrebbe essere stata ammessa in seguito diversa soluzione del caso stesso mentre pure

³¹⁾ MERENDA, *Controversiae iuris*, lib. III, c. 44. n. 25, è citato talvolta come uno dei seguaci dell'opinione che non ammette la sostituzione pupillare tacita. MADIHN, *Diss. cit.*, § 11, pag. 112. Vedi però più oltre nota. 88.

³²⁾ Fra i difensori dell'opinione affermativa, la quale può considerarsi come comune, nominiamo qui i seguenti: GL. ACC. ad L. 4 D. *h. t.*: DONELLUS in *Comm. iur. civ.*, lib. VI, c. 24, § 5, 6; *Ejusd.*, comm. ad L. 2 C. *de impub. et al. subst.*, n. 2, 3 (*Comment. ad quosd. libr. Cod. Frf.* 1699, p. 408); A. VISSIUS, *ad pr. I. de pup. subst.*, n. 5 e *sel. jur. quaest.*, lib. II, c. 24; MADIHN, *Diss. cit.*, § 11; *Dider.* SCHRADER, *Spec. ad L. 4 D. de vulg. et pup. subst.* (Francoforte 1764 e in *Gerh. OELRICH, Thes. nor. diss. jurid. in academ. Belg. habitat.*, vol. I, tom. 2, num. 8), cap. I, § 5; *Christ. Guil.* SCHWEITZER, *Pro substitutione vulgari*, Jenae 1814. Vedi anche la maggior parte dei moderni trattatisti, per esempio il MACKELDEY, *Istituzioni*, 11.^a edizione, § 669, nota n. Difendono l'opinione opposta: FABRO, *Errores pragmat.*, dec. XXXIII, tit. 1-6; PUTTMANN, *Probabilia iuris civilis*, lib. II, c. 14; WENING-INGENHEIM, *Beitraege zur Lehre*, ecc. [Contributi alla dottrina delle sostituzioni nelle disposizioni di ultima volontà] nella *Zeitschrift für Civilrecht* [Rivista di diritto e procedura civile], vol. III, n. 6, 7; vedi le mie osservazioni in contrario nelle *Pandette*, § 674, nota 3, 2.^a ediz. e nella 4.^a ediz. della *Doctrina Pandectarum*, § 674 ^{b)}.

³³⁾ Il DONELLO nel commento alla L. 2 C. *de imp. et al. subst.*, n. 3, così si esprime intorno all'opinione contraria: « Quo magis reprehendendi videntur quidam, qui in re aperta litem movent, et, cum admiserunt, vulgari substitutione expressa etiam contineri pupillarem, negant tamen, idem ius esse versa ».

³⁴⁾ Il CONNANUS, *Comm. iuris civilis*, lib. X, c. 8, n. 12, sostiene che nel giudizio Curiano non si tratta: « An pupillaris vulgarem contineret, utrum, quod in postumo mortuo cautum erat, valeret in postumo non

^{b)} Aggiungi ancora nel senso dell'ammissibilità della sostituzione volgare tacita, WINDSCHEID, *Pandette*, § 559, n. 3; VANGEROW, *Pandette*, § 451, nota 1; MÜNZINGER, *Causa Curiana vor dem römischen Centumviralgericht und die test. Substitution*. (La « Causa Curiana » dinanzi al tribunale centumvirale romano e la sostituzione testamentaria) e questa è ormai l'opinione comune.

era stata risolta in senso affermativo anche la questione più dubbia. Ciò potrebbe credersi solo se lo trovassimo dichiarato in modo esplicito e preciso, e anche allora non si capirebbe il motivo di tale diversità. Ma i difensori dell'opposta opinione per trovare un fondamento a questa si vedono costretti anche a limitare in modo contraddittorio il senso letterale di un testo che si riferisce al nostro caso, la L. 4 D. h. t. tratta del *Liber singularis de herematicis* di MODESTINO:

« Iam hoc iure utimur ex Divi Marci et Veri constitutione, ut quum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intellegatur, sive filius heres non extiterit, sive extiterit, et impubes decesserit. (§ 1) Quod ius ad tertium quoque genus substitutionis tractum esse videtur; nam si pater duos filios impuberes heredes instituat, eosque invicem substituat, in utrumque casum reciprocam substitutionem factam videri D. Pius constituit ³³). (§ 2) Sed si alter pubes, alter impubes, hoc communi

nato, cum hujus eadem sit, quae et mortui ratio ». Il WENING-INGENHEIM fonda su questa autorità la sua opinione che la causa Curiana si riferisce soltanto ad un caso di sostituzione volgare. Io confesso che non mi riesce conciliare questa opinione colle parole della legge, nè coi concetti giuridici generalmente riconosciuti, perchè se il padre sostituisce nel modo sopra espresso al proprio postumo pel caso che questi muoia nella impubertà deve supporre naturalmente che il postumo abbia anche acquistato l'eredità paterna come *suus heres*, onde è pienamente arbitrario il pensare qui ad una sostituzione volgare.

³³) È discusso che cosa s'intenda qui per *tertium genus substitutionis*. L'opinione accolta dai più ed anche la più giusta è che per essa non si intenda la sostituzione reciproca puramente e semplicemente, cioè non ogni specie di questa, ma soltanto la così detta *breviloqua* o *compendiosa* che MODESTINO poteva benissimo designare come una terza specie di sostituzione in contrapposto alle due indicate nel principio del testo. Il testatore sostituiva soltanto volgarmente o soltanto pupillarmente o sostituiva gli eredi istituiti l'uno all'altro mediante una espressione concisa (*eosque invicem substitutos*), sul significato della quale poteva nascer dubbio, se essa cioè si riferisse ad una sola delle indicate specie di sostituzione o ad ambedue. V. *Lud. CHARONDAS, Verisimil.*, lib. II, c. 13, ad L. 4 h. t. (in OTTO *Theo. jur. Rom.*, t. I, p. 761, 762); *Thom. PAPILLONIUS, de direct. hered. subst.*, cap. III (in OTTO, t. III, pag. 673); *SCHRADEK, Diss. cit.*, cap. II (loc. cit., p. 329-333).

verbo: *eosque invicem substituo*, sibi fuerint substituti, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem, Severus et Antoninus constituit, incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris. Hoc itaque casu singulis separatim pater substituere debebit, ut, si pubes heres non extiterit, impubes ei substituatur, si autem impubes heres extiterit, et intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem coheredis substituatur; quo casu in utrumque eventum substitutus videbitur, ne, si vulgari modo impuberi quoque substituatur, voluntatis quaestionem relinquat, utrum de una vulgari tantummodo substitutione in utriusque persona sensisse intelligatur. Ita enim in altero utraque substitutio intellegitur, si voluntas parentis non refragetur; vel certe evitandae quaestionis gratia specialiter in utrumque casum impuberi substituat fratrem: *sive heres non erit, sive erit, et intra pubertatis annos decesserit* ».

Deve far meraviglia che MODESTINO non citi le costituzioni imperiali, che erano senza dubbio semplici rescritti, in ordine cronologico e tuttavia si esprima come se la costituzione del DIVO PIO fosse un'applicazione della costituzione del posteriore imperatore ancora vivente che è citato nel principio, cosa questa che non si potrebbe ammettere neppure pel contenuto delle due costituzioni, purchè certamente è assai più facile ammettere che una dichiarazione generale possa riferirsi a due specie di sostituzioni anzichè ritenere che la formula che indica l'una possa riferirsi all'altra. Dobbiamo dunque ammettere che prima in un rescritto dell'imperatore ANTONINO sia stato riconosciuto che una sostituzione reciproca ordinata con frase generale per due eredi impuberi fosse da riferire ad ambedue i casi (§ 1), poi sulla base di questa decisione gli imperatori MARCO AURELIO e LUCIO VERO avrebbero argomentato dall'una all'altra specie di sostituzione. Sia che l'imperatore ANTONINO PIO si fosse espresso in modo troppo generale o che si fosse fatta poi un'applicazione inesatta della sua prima decisione ad un singolo caso, certo è che gli imperatori SETTIMIO SEVERO e CARACALLA si trovarono secondo il § 2 del nostro testo nell'occasione di dover decidere che essendo

istituiti puberi accanto ad impuberi, la sostituzione reciproca indicata con formula generica non potesse, anche per gli eredi impuberi, valere che come sostituzione volgare ²⁶⁾). Le parole del § 1 *quod ius ad tertium quoque genus substitutionis tractum esse videtur* devono intendersi in questo senso: sembra che riposi su un motivo identico anche la costituzione d'ANTONINO, secondo la quale la sostituzione reciproca deve nel dubbio riferirsi ad ambedue le specie ²⁷⁾).

Se ora cominciamo dall'esaminare le prime parole del nostro testo vedremo che esse contengono alla lettera la regola che quando alcuno sostituisce altri al proprio figlio anche per un solo caso, la sostituzione si riferisce ad ambo i casi ²⁸⁾). È quasi incredibile la leggerezza colla quale gli avversari della sostituzione volgare tacita trattano di solito questo importante argomento. ◊

²⁶⁾ Confr. SCHRADER, *Diss. cit.*, cap. II, § 2; WENING-INGENHEIM, *loc. cit.*, § 3, pag. 122 segg.

²⁷⁾ Alcuni ammettono che la costituzione di ANTONINO PIO abbia in certo senso una estensione maggiore di quella dei due imperatori prima nominati e che essa non sia stata riconosciuta, come diritto vigente, prima della costituzione di MARCO AURELIO e LUCIO VERO (v. SCHRADER, pag. 331 segg.), ma quest'opinione è originata evidentemente dallo sforzo di difendere il giureconsulto MODESTINO contro il rimprovero di anacronismo e di confusione. La costituzione di questi due imperatori deve infatti considerarsi piuttosto una spiegazione della disposizione di ANTONINO. L'esposizione di MODESTINO si fonda proprio su questo concetto: egli espone da principio il diritto più largo, come quello che abbraccia anche il precedente, e in esso poi interpola il diritto anteriore fondato sullo stesso motivo per collegarvi poi la limitazione contenuta nel § 2.

²⁸⁾ Se si volesse dar peso al fatto che *alter* indica spesso soltanto uno fra due casi, escludendo così l'altro, bisognerebbe dichiarare quest'espressione come equivalente all'altra *casus secundus*, e quindi intendere il testo proprio nel senso opposto, che il padre cioè avesse espresso soltanto la sostituzione pupillare. Tuttavia una tale interpretazione sarebbe arbitraria quanto l'opposta che riferisse il testo soltanto alla sostituzione volgare. Quando la parola è usata in senso indeterminato, come qua, nel dubbio essa deve riferirsi all'uno come all'altro soggetto e quindi nel nostro caso essa significa: se il padre abbia espresso la sostituzione per uno soltanto dei due casi. Vedi CUIACIO, *Comm. ad h. l.*; POTHIER, *ad h. l.*, num. 26 e gli scritti citati alla nota 41.

non se ne danno per intesi ³⁹⁾, o si contentano di dire che dall'esempio addotto appare che per *alter casus* s'intende la sola sostituzione volgare ⁴⁰⁾. Ma l'esempio addotto da MODESTINO è questo: *sive filius heres non extiterit, sive extiterit, et impubes decesserit*: ora non è questo altrettanto generale ed indeterminato quanto la regola che precede? Il giureconsulto insegna che si può sostituire al proprio figlio impubere volgarmente o pupillarmente e che per regola un caso esclude l'altro, sia cioè che il pupillo non divenga erede del padre, sia che lo sia divenuto ma venga a morire prima della pubertà. MODESTINO indica così brevemente i casi nei quali la sostituzione può avere efficacia, ma nulla dice circa il modo come essa sia ordinata. Con qual diritto si vuole argomentare da ciò che egli consideri innanzi tutto il caso che la sostituzione manifesti la sua efficacia come sostituzione volgare e che egli abbia questa sola davanti agli occhi e dia a conoscere così di respingere la sostituzione volgare tacita? Per dimostrare quanto artificiosa sia l'argomentazione degli avversari ammettiamo per un momento che la regola sopra enunciata fosse indicata così seccamente: « se anche sia espressa la sola sostituzione pupillare, essa deve valere anche come sostituzione volgare » e che poi fosse aggiunto: « quindi la sostituzione è sempre efficace sia che il pupillo non divenga erede o che muoia prima della pubertà ». Chi potrebbe affermare che quest'aggiunta non convenga alla regola precedente o che anzi non vi corrisponda perfettamente? Se questo si deve ammettere non vi è infatti alcun motivo per ritenere che dall'aggiunta sia limitata in alcun modo la di-

³⁹⁾ Nella traduzione tedesca del *Corpus iuris* (vol. III, pag. 85, trad. da HUNGER) il testo è parafrasato così: « se un padre sostituisca volgarmente al suo figlio impubere è da credere che egli abbia sostituito per ambedue i casi ». Una spiegazione così arbitraria appare tanto più strana quando si pensi che la prefazione (vol. I, pag. XIX) promette una traduzione letteralmente fedele.

⁴⁰⁾ A. FABER, *Error. pragmat.*, dec. XXXII, err. 9, p. m. 381; A. MERENDA, *Controv.*, lib. III, c. 43, n. 15; WENING-INGENHEIM, *loc. cit.*, p. 160.

chiarazione generale precedente ¹⁾). D'altronde che il giureconsulto intendesse la sua regola in modo generale è cosa provata dal fatto che nel § 1 la applica ancora al cosiddetto terzo caso ²⁾).

Ogni dubbio sull'opinione di MODESTINO è tolto però dal contenuto del § 2. — Poco prima era detto che una sostituzione reciproca ordinata in termini generali dovesse riferirsi ad ambedue i casi; ora è aggiunta la limitazione che il riferimento ad ambedue i casi sia possibile per i due coeredi e perciò se un pubere ed un impubere siano sostituiti in tal modo la sostituzione vale soltanto come volgare: se il padre voleva ottenere diverso risultato doveva sostituire ciascun in modo speciale all'altro (*singulis separatim pater substituere debet*), per es. in questo modo: *si pubes heres non extiterit impubes ei substituatur* e riguardo all'impubere: *si impubes heres extiterit et intra pubertatem decesserit, pubes in portionem coheredis substituatur; quo casu in utrumque eventum substitutus videbitur*. Con queste parole si riconosce però assai chiaramente che la espressione della sostituzione pupillare contenga tacitamente anche la sostituzione volgare. Il giureconsulto dice che una sostituzione reciproca vale come sostituzione volgare quando non possa avere la qualità di pupillare che di fronte ad uno degli eredi, poi aggiunge che se il testatore abbia una diversa volontà deve sostituire ciascuno specialmente all'altro. Egli non richiede perciò che i due casi sicuri indicati espressamente per il sostituto pubere, gli basta che il testatore indichi chiaramente la sua volontà di sostituire pupillarmente all'impubere, affinché la sostituzione valga anche come volgare. Può esser dubbio però quando

¹⁾ VINNIUS, *Sel. jur. quaest.*, lib. II, c. 44, p. 530; SCHRADER, *Diss. cit.*, c. 1, § 5, p. 323; SCHWEITZER, *Diss. cit.*, p. 6, 7.

²⁾ Vedi SCHRADER, pag. 324; SCHWEITZER, *Diss. cit.*, pag. 7. Il WENING-INGENHEIM, *loc. cit.*, pag. 160, crede di poter superare la difficoltà, osservando che avrebbe potuto benissimo dirsi di un principio che esso si applicava ad una terza specie di sostituzione, anche se si applicasse ad una sola delle due. Ognuno però vede facilmente quanto questa spiegazione sia artificiosa. Come avrebbe potuto MODESTINO parlare di un *tertium genus substitutionis* se non avesse pensato ad un terzo caso di applicazione della sua regola?

il testatore abbia avuto di mira soltanto una sostituzione volgare a riguardo dell'erede pubere perchè in tal caso potrebbe facilmente nascere il dubbio se anche la sostituzione di lui non debba limitarsi al caso della volgare, non potendo la sostituzione dell'impubere aver luogo che come volgare, di guisa che la regola che si possa argomentare da una sostituzione all'altra deve sempre intendersi colla limitazione, purchè il testatore l'abbia voluto ⁴²). Perciò, egli conclude, in un caso di questa specie è consigliabile di indicare espressamente ambedue i casi di sostituzione ⁴³). Infatti il ragionamento di MODESTINO è così chiaro e ben collegato che non sembra neppure possibile un equivoco. Ogni giureconsulto intelligente darebbe anche oggi un tal consiglio, e certamente nessuno troverebbe una sconcordanza in questo insegnamento: se la sostituzione può essere pupillare per uno solo dei coeredi, la *compendiosa substitutio* deve valere per tutte e due soltanto come volgare. Occorre in tal caso che a ciascuno sia fatta una sostituzione speciale e in ogni modo sia indicato espressamente il *secundus casus* ad evitare dubbi e controversie sull'intenzione del testatore; anzi il meglio è di indicare i due casi alla lettera. Non si capisce perciò come il FABRO possa domandarsi qui qual dubbio potrebbe nascere se veramente valesse la regola che la sostituzione pupillare si debba interpretare anche come volgare ⁴⁴).

⁴²) Questo è il senso del principio: « ne, si vulgari modo impuberi quoque substituatur, voluntatis quaestionem relinquat, utrum de una vulgari tantummodo substitutione in utriusque persona sensisse intelligatur; ita enim in altero utraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur ». Il giureconsulto spiega dunque il principio precedente, nel senso che il padre non possa fare una *compendiosa substitutio*, ma debba sostituire *singulis separatim*, soltanto sarebbe consigliabile di esprimere la seconda sostituzione anche come pupillare. Che MODESTINO non si allontani dall'opinione degli imperatori SETTIMIO SEVERO e ANTONINO è stato dimostrato assai bene contro il BRENNMANN, *De euvematicis*, cap. 7, § 25 segg., dallo SCHRADER, *Diss. cit.*, cap. 3, § 2 e segg.

⁴³) MERENDA, *Controversiae juris*, lib. 3, cap. 43, n. 28 e in particolare SCHRADER, cap. III, § 1.

⁴⁴) A. FABRO, *Errores pragmaticorum*, dec. XXXII, err. 10. Egli stesso del resto sente lo scarso significato di questo rimprovero e si aiuta, come

La risposta c'è data assai chiaramente dal giureconsulto perchè l'argomentazione da una ad altra sostituzione ha luogo soltanto quando non si possa provare una diversa intenzione del testatore, onde sembra più consigliabile che la disposizione sia fatta in modo da non poter dar luogo a dubbi. Più in là del FABRO va il WENING il quale trova senza senso la conclusione di MODESTINO qualora non si ammetta che il giureconsulto abbia voluto spiegare soltanto come debba intendersi la sua prima affermazione *quo casu in utrumque eventum substitutus videbitur*, dicendo essere necessaria la espressa indicazione della *vulgaris substitutio* ⁴⁶). Ma dov'è che si parla di una tale necessità? Egli dice soltanto che per evitare dubbi (*vel certe evitandae quaestionis gratia*) è opportuno indicare i due casi in modo speciale (*specialiter in utrumque casum impuberi substituat fratrem*): se MODESTINO avesse voluto indicare veramente essere necessaria la speciale indicazione di ambedue i casi, la sua esposizione sarebbe difatti tanto contorta, arbitraria e sconnessa quanto è invece chiara e concordante.

Se ora esaminiamo i motivi pei quali gli avversari della sostituzione volgare tacita si ritengono autorizzati a sottintendere nella dichiarazione così precisa della L. 4 citata arbitrarie condizioni o ad interpretare quella dichiarazione in un senso contrario al significato delle parole, in primo luogo essi ritengono che sia più facile argomentare dalla sostituzione volgare alla pupillare che viceversa. Noi invece abbiamo ritenuto poco fa proprio il contrario ed anche da tutti i difensori della sostituzione volgare e tacita si sostiene che per questa valgano maggiori argomenti che per la pupillare tacita ⁴⁷). Infatti il sostituto pupillare entra nel luogo dell'istituto dopo che già questi è divenuto erede; per ammettere una sostituzione pupillare tacita bisogna dunque fare

al solito, colla congettura di un interpolazione alla quale sarebbero dovute le parole *quo casu in utrumque eventum substitutus videbitur*. Ma, se TRIBONIANO avesse effettivamente mutato il testo in tal senso avrebbe almeno espresso così chiaramente la sua opinione sulla sostituzione volgare.

⁴⁶) *Loc. cit.*, pag. 161 segg.

⁴⁷) SCHRADER *loc. cit.*, pag. 323; SCHWEITZER, *Diss. cit.*, pag. 9.

un'eccezione alla regola che l'istituito coll'acquisto dell'eredità esclude il sostituto. Chi al contrario sostituisce pupillarmente all'erede istituito dà a conoscere che gli eredi intestati successivi al pupillo debbono essere esclusi anche se questi divenga erede. A maggior ragione pertanto deve essere ammesso che il testatore abbia voluto preferire il sostituto anche per il caso che il pupillo non divenga erede. Che questo non sia espresso si spiega facilmente perchè il testatore riguarderà il più delle volte come cosa certa che il suo figlio gli divenga erede e non rinunci all'eredità: invece è già più dubbio se egli raggiungerà la pubertà.

Gli avversari della sostituzione volgare tacita *) dicono inoltre in primo luogo che essendo la sostituzione un'istituzione d'erede e l'istituzione non potendo essere tacitamente supplita al testatore non può darsi per semplice presunzione un erede che egli non abbia nominato. Ma chi non vede che quando simili argomentazioni potessero valere contro decisioni chiare della legge non potrebbe neppure ammettersi la sostituzione pupillare tacita? In secondo luogo osservano che le sostituzioni pupillari sono a favore di coloro che non possono nominare a sè stessi un erede, e per questo motivo, non perchè il padre si ritenga averla voluta, si ammette la sostituzione pupillare tacita; una sostituzione volgare tacita invece non si può spiegare che come favore pel testatore e il testatore che non abbia saputo premunirsi non merita un simile favore. Se si potesse accettare il primo di questi argomenti nella sua generalità e ammettere che la legge si preoccupi soltanto del pupillo ne seguirebbe che la volontà del padre non dovesse esser presa affatto in considerazione: ora come si concilia ciò coi principii generali del diritto e colla dichiarazione espressa di MODESTINO che l'argomentazione dall'una all'altra specie di sostituzione debba intendersi sempre sotto la condizione *si voluntas parentis non refragatur*? Un argomento che prova troppo non prova nulla. Si osserva in terzo luogo che la sostituzione pupillare con-

*) I vari argomenti per questa opinione sono, dopo il FABRO, stati raccolti nel modo più completo dal WENING, *loc. cit.*, § 10, pag. 154 e segg.

tiene la nomina di un erede per il pupillo; ora se esso si consideri anche erede del padre ne verrà la stranezza che il figlio nomini un erede al proprio padre ⁴⁹⁾. Ma che razza di argomento è questo? Il padre stesso nomina il sostituto e la sostituzione pupillare è in riguardi molto essenziali considerata parte del testamento paterno ⁵⁰⁾: e non è probabile al massimo grado che egli abbia voluto nominare per proprio erede, a preferenza di eredi intestati, quello stesso che ha chiamato erede del proprio figlio? Ciò è ammesso anche dagli avversari e se ne argomenta a ragione che se debba ammettersi una sostituzione volgare tacita, questa non possa essere esclusa dal fatto che il testatore abbia eretto due testamenti, uno per sè e l'altro per il pupillo ⁵¹⁾. Si osserva infine che i difensori della sostituzione volgare tacita debbono trovarsi assai impacciati colla loro teoria nel caso che il testatore abbia per previdenza aggiunto la sostituzione pupillare in piego chiuso a parte, o in generale quando l'apertura di questo non è possibile prima della morte del pupillo. Ma la nostra teoria non corre alcun pericolo per ciò, non essendo affatto essenziale che la sostituzione pupillare resti chiusa fino alla morte del pupillo. Se questo però deve avvenire per disposizione del padre, il padre ha dato chiaramente a conoscere che egli voleva nominare un erede per il suo pupillo e non anche per sè; ora noi sappiamo che si può argomentare da un caso di sostituzione all'altro solo quando non vi sia nulla in contrario nella disposizione.

L'opinione opposta si fonda anche su alcune dichiarazioni delle fonti, il contenuto delle quali dobbiamo esaminare qui. In primo luogo si fonda su un testo di GIAVOLENO ⁵²⁾ nel quale si ricerca

⁴⁹⁾ FABRO, *Errores*, dec. XXXII, err. 9, p. m. 385. Il WENING, *loc. cit.*, pag. 158, n. 4, confronta in quest'occasione la sostituzione pupillare coi codicilli perchè nè da questi, nè da quella il testamento principale deriva la sua validità!

⁵⁰⁾ « Pupillare testamentum est pars et sequela paterni testamenti, adeo, ut si patris testamentum non valebit, nec filii quidem valebit ». § 5 I. *de pup. subst.*

⁵¹⁾ WENING, *loc. cit.*, pag. 156 segg., n. 3.

⁵²⁾ L. 28 D. *de rebus auct. iud. possid.*, 42, 5. Sul contenuto più pre-

se il sostituto pupillare sia tenuto per i debiti del padre quando il pupillo si astenga. I nostri avversari argomentano così: se nella sostituzione pupillare fosse compresa la volgare, il sostituto sarebbe dopo l'astensione dell'impubere divenuto, lui vivente ancora, erede del padre e potrebbe esser convenuto dai creditori di questo ³³). Essi ne concludono che quella questione non avrebbe potuto proporsi se gli antichi avessero riconosciuto una sostituzione volgare tacita. Ma questo è veramente troppo forte. L'ammissione del sostituto all'eredità del padre non si discute qui. L'eredità del padre è sovraccarica di debiti e perciò il figlio si astiene da essa e si fa luogo al concorso: più tardi si attua la sostituzione pupillare e nasce la questione se il sostituto debba pagare i debiti del padre con l'eredità del pupillo. È dubbio come (GIAVOLENO abbia risolta la questione. Noi però vogliamo ammettere che l'abbia risolta in senso negativo (cioè non c'interessa affatto); che cosa può conseguire da ciò contro la sostituzione volgare tacita? Anche se il testatore avesse ordinata espressamente la sostituzione volgare, la questione stessa potrebbe risolversi in senso negativo, perchè il sostituto non è come il pupillo erede *ipso iure* dell'eredità paterna e il dubbio è perciò sufficientemente fondato sul fatto che egli non sia divenuto erede del padre ³⁴).

Tre altri testi sono in particolare dal WENCK ³⁵) citati contro la sostituzione volgare tacita, la L. 41 § 7 D. *h. t.*, la L. 4 e la L. 8 C. *h. t.*, 6, 26, ma in nessuno di questi si trova nulla che possa anche lontanamente far dubitare della bontà dell'opinione qui difesa ³⁶). La prima contiene il caso seguente: un padre con due

ciso di questo testo e sulla questione come si concilia esso colla L. 42 D. *de acq. vel. omitt. her.*, 29, 2, vedi *infra*, § 1455.

³³) FABRO, *Errores pragmaticorum*, dec. XXXII, EFF. 10; WENING-INGENHEIM, *loc. cit.*, pag. 163-65, § 13.

³⁴) Confr. VINNIO, *Selectae iuris quaestiones*, *loc. cit.*, pag. 552: SCHRADER, *Diss. cit.*, pag. 328 e segg.

³⁵) F. C. WENCK, *Prima iud. corporis iuris civilis suppl.*, Lipsiae 1811, pag. 11 e negli *Opuscula academica* editi dallo STIEBER, Lipsia 1834, n. IV, p. 196.

³⁶) L'HUGO nella sua recensione del *Supplementum* del WENCK si esprime molto nettamente nel seguente modo: « L'affermazione più strana

figlie impuberi sostituisce alcuno pupillarmente a quella che morirà impubere per ultima: una muore impubere, l'altra invece dopo che ha raggiunta la pubertà: si decide che la sostituzione non abbia effetto perchè è mancata la condizione ⁵⁷⁾). Come avrebbe potuto decidersi diversamente in tal caso anche se la sostituzione volgare fosse stata fatta espressamente? Le figlie sono divenute ambedue eredi, quindi era necessariamente priva di effetti la sostituzione volgare; l'ultima figlia è morta dopo la pubertà, la sostituzione pupillare cade dunque per necessità ⁵⁸⁾). Il secondo testo ⁵⁹⁾ è stato occasionato da un dubbio sulla questione se in un certo caso potesse ammettersi la tacita sostituzione pupillare. Qualunque possa essere stata la decisione non si vede quale influenza potesse essa avere sulla nostra questione ⁶⁰⁾). Il terzo testo ⁶¹⁾ decide il caso seguente: la moglie di un soldato defunto espone che il proprio marito ha istituito erede il figlio avuto con lei e dopo di questo un secondo erede: essendo dopo la morte del marito morto anche il figlio, essa vuole sapere se l'eredità spetta a lei come erede del figlio o al sostituto. L'imperatore risponde che occorre che essa si spieghi in modo più chiaro sul fatto ed in

è quella che i glossatori, CUIACIO e quasi tutti i moderni, avrebbero torto se intendessero il fr. 5 pr. 28, 6 come se nella sostituzione pupillare fosse di regola compresa anche la volgare; il contrario sarebbe provato *plenissime* da due testi che secondo il recensente sono invece conciliabilissimi coll'opinione comune » (nei *Contributi alla conoscenza dei libri di diritto civile*, vol. II, p. 167).

⁵⁷⁾ «... irritam esse factam substitutionem placuit; in persona quidem prioris, quia non novissima decessit, in alterius vero, quia puberem aetatem complevit ».

⁵⁸⁾ SCHWEITZER, *Diss. cit.*, pag. 12-14.

⁵⁹⁾ L. 4 Cod. *h. t.*, della quale parleremo più oltre sotto altro riguardo.

⁶⁰⁾ Confr. SCHRADER, *loc. cit.*, pag. 341; SCHWEITZER, *Diss. cit.*, pagine 14-16.

⁶¹⁾ Il WENCK dà un gran peso a questo testo, perchè in esso sono distinti il *casus primus* e il *secundus* nel modo stesso che nella L. 4 D. cit. Ma nella L. 4 non si fa cenno di tale distinzione e meno che mai poi dal testo si può in alcun modo desumere che l'*alter casus* della L. 4 cit. sia il *casus vulgaris* e non altro.

particolare sul punto se il sostituto sia stato sostituito al figlio in *casum primum*, cioè *vulgariter*, o in *casum secundum*, cioè *pupillariter*, o infine anche per un tempo più lungo ⁶²). Nella prima ipotesi il sostituto sarebbe escluso dagli eredi intestati perchè la sostituzione volgare si estingue con l'acquisto dell'eredità per parte dell'istituito; il patrimonio perciò spetterebbe alla postulante come alla più prossima erede legittima: nel secondo caso, sia che il testatore lo abbia espresso letteralmente o che abbia con una formula generale abbracciato ambedue i casi ⁶³), l'eredità va ai sostituti, purchè il figlio sia morto prima della pubertà o dentro il maggior termine eventualmente indicato dal padre ⁶⁴). Non ci occupiamo qui della circostanza che la sostituzione sia stata ordinata nel testamento di un soldato, nel quale, almeno secondo l'opinione comune ⁶⁵), di regola non si può argomentare dal caso espresso al non espresso. Questa circostanza non c'importa qui perchè, salva la concessione della sostituzione oltre l'anno della pubertà, tutto ciò che è detto in questo testo si potrebbe applicare anche al testamento di un soldato. In questo testo però non si parla di sostituzione volgare tacita, bensì l'im-

⁶²) « — utrumne in primum casum, an in secundum filio, quem habuit in potestate mortis tempore, si intra decimum quartum suae aetatis annum aut postea decesserit, substituerit ». I soldati hanno il privilegio di poter nominare un sostituto ai proprii figli anche oltre la pubertà, solo però nei limiti del patrimonio che essi acquistano da loro. L. 15 D. *h. t.*

⁶³) « Si vero substitutio in secundum casum vel expressa, vel *compensatio* — facta reperitur — ».

⁶⁴) Le parole finali della costituzione dispongono pel caso di sostituzione oltre l'anno dalla pubertà a riguardo della madre che abbia acquistata l'eredità del figlio morto: « tunc eius (filii) te successionem (i. e. hereditatem) obtinente, veluti ex causa fideicommissi, bona quae cum moreretur patris eius fuerint a te peti possunt ». — La madre dunque deve restituire come fedecommesso al sostituto la parte dell'eredità del proprio figlio che derivava dal patrimonio paterno. Secondo questa costituzione pertanto la sostituzione fatta dal soldato *ultra pubertatem* non valeva già come sostituzione diretta, ma semplicemente come fedecommessaria. Su ciò si disputa del resto, ma la disputa non ci riguarda ora.

⁶⁵) Opinione contrastata anche dallo SCHWEITZER, pag. 10 e segg. Vedi più oltre nota 83.

peratore si limita a dichiarare che nel caso di semplice sostituzione volgare, questa si estingue pel solo fatto che il figlio divenga erede del padre. Si può dunque capire che questo possa sembrare un argomento contro la sostituzione pupillare tacita, non mai contro la volgare tacita ⁶⁶⁾.

Nulla però è più affaticante che combattere un'opinione così priva di ogni fondamento in guisa che la maggiore e di solito inutile fatica deve farsi per scoprire che cosa abbiano pensato i difensori di essa e quale sia il nesso fra gli argomenti da questi adottati e la tesi che si propongono. Se occorressero ancora altri argomenti per l'opinione qui difesa si potrebbe invocare l'insegnamento di GAIO il quale così comincia la sua esposizione della dottrina della sostituzione pupillare: si può sostituire alcuno ai propri figli non soltanto nel modo sopra descritto, cioè *vulgariter*, ma anche in altra guisa, nel senso ciò che se anche essi divengono eredi, ma muoiono impuberi, un altro sia erede. Segue poi la formula della sostituzione pupillare ed infine il giureconsulto continua nel paragrafo seguente: « *Quo casu, siquidem non extiterit heres filius, substitutus patris fit heres, si vero heres extiterit filius, et ante pubertatem decesserit, ipsi filio sit heres substitutus, quamobrem duo quodammodo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii* » ⁶⁷⁾.

Dall'insieme del discorso e dalle parole del testo segnate in corsivo, appare chiaro che GAIO non vuole qui limitare gli effetti della sostituzione volgare espressa, ma solo spiegare il significato della formula della sostituzione pupillare da lui poco prima riferita. Egli è perciò molto artificioso l'ammettere, pel motivo che il paragrafo precedente fa cenno di ambedue le specie di sostituzione, che il giureconsulto abbia avuto dinanzi agli occhi il caso di concorso delle due sostituzioni volgare e pupillare espresse ⁶⁸⁾. Piuttosto si potrebbe argomentare dal fatto che nelle *Istituzioni* di GIUSTINIANO i due casi sono espressi insieme nella formula

⁶⁶⁾ SCHWEITZER, *Diss. cit.*, pagg. 17, 18.

⁶⁷⁾ GAIO, II, 179, 180.

⁶⁸⁾ WENING-INGENHEIM, *loc. cit.*, p. 167.

di sostituzione ⁶⁹⁾); ma solo se alla sostituzione volgare tacita si opponessero altre maggiori obiezioni si potrebbe invocare questo argomento. Qui però ci limitiamo a domandare: forse dal fatto che gli autori delle *Istituzioni*, probabilmente solo per rendere più chiari i concetti per i principianti, hanno indicato le due formule, segue che essi abbian voluto dire che non hanno luogo gli stessi effetti anche quando sia stata usata una formula sola? Chi crede ciò non potrà neppure riconoscere la sostituzione pupillare.

Come regola sta dunque il principio che la sostituzione semplice deve interpretarsi come *duplex* tanto se l'espressione si riferisce alla sola pupillare quanto se alla sola volgare. Questa regola però soffre alcune eccezioni le quali si possono tutte ricondurre in generale ad una volontà diversa, vera o probabile, del testatore ⁷⁰⁾. Così non è da ammettere sostituzione pupillare tacita quando i coeredi siano stati sostituiti volgarmente reciprocamente, ma la sostituzione pupillare sia possibile soltanto per uno di essi, se cioè uno solo sia impubere ⁷¹⁾ od uno solo sia in rapporti tali col testatore che questi possa ordinare la sostituzione pupillare ⁷²⁾. A questo caso si riferisce il testo seguente:

« Lucius Titius legitimum filium et alterum naturalem ⁷³⁾ heredes instituit, eosque invicem substituit. Titianus legitimus filius, quem pater anniculum reliquit, post patris mortem impubes decessit superstitite matre et fratre naturali, quem etiam coheredem habebat; quaero, an hereditas eius ad Titium naturalem fratrem ex causa substitutionis pertineat, an vero ad matrem? Respondi, ad primum casum non existentium heredum substitutionem, de qua quaeritur, pertinere, non ad sequentem: si quis eorum postea decessisset intra

⁶⁹⁾ Pr. I. *de pup. subst.*, 2, 16.

⁷⁰⁾ « ita enim in altero utraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur »; L. 4 § 2 D. *h. t.* o « si modo non contrariam voluntatem extitisse probetur »; L. 4 C. *h. t.* Cfr. nota 88, e il testo ivi.

⁷¹⁾ L. 4, § 2, D. *h. t.*

⁷²⁾ L. 2 C. *h. t.*

⁷³⁾ Secondo il diritto delle *Pandette* l'istituzione dei *naturalis liberi* era lecita. Vedi pag. 535 del volume precedente.

pubertatem, cum in naturalis filii persona duplex substitutio locum habere non poterit; et ideo ad matrem legitimi filii hereditas ad intestato pertinet » ¹⁴⁾).

Non può presumersi la sostituzione pupillare tacita quando un terzo sia sostituito colla formula della volgare a due eredi, l'uno dei quali non possa avere un sostituto pupillare. Così rescrive l'imperatore ALESSANDRO SEVERO in un caso in cui la disposizione testamentaria suonava: *si mihi Firmianus filius et Aelia uxor mea — heredes non erunt, in locum eorum P. Firmianus heres esto*; secondo l'imperatore è chiaro che la sostituzione non può essere considerata come pupillare, e per conseguenza la madre esclude il sostituto come erede intestato del figlio morto prima della pubertà ¹⁵⁾. È infondato il volere considerare questa disposizione come un favore speciale per la madre ¹⁶⁾; ciò fu osservato da vari autori ¹⁷⁾ e anzi se si ammettesse l'esistenza di un tale favore

¹⁴⁾ L. 45 pr. D. *h. t.* In ALOANDRO e in altri editori si trova ancora l'aggiunta: « aliter si ejusdem aetatis liberi instituti, invicemque substituti fuissent; tunc enim altero defuncto intra pubertatem ejus, successio non ad matrem, sed ad substitutum fratrem ejus devolvitur ». Ma così si aggiunge un motivo falso alla decisione, perocchè qui non ha importanza alcuna l'uguaglianza o differenza di età, bensì il fatto che l'uno sia soggetto alla patria potestà e l'altro no. Egli è per ciò che i più respingono questa aggiunta. Vedi le ultime edizioni del *Corpus iuris* e AUGUSTINUS, *Emendationes et opiniones*, lib. III. c. 1, in OTTONE, *Thesaurus*, IV, p. 1497; CUIACIO, *Observationes*, lib. XVII, cap. 26. Spesso si afferma che il CUIACIO si limiti ad emendare questa aggiunta perchè egli interpola la parola *conditionis* (« aliter si ejusdem conditionis et aetatis liberi essent »), vedi GEBAUER, nota ad *h. l.*; ma CUIACIO dice semplicemente che l'aggiunta potrebbe ammettersi se suonasse così. E. MERILLIO, *Variant. ex Cuiacio interpr.*, lib. I, c. 37, si affatica a dimostrare che il CUIACIO in un'altro luogo accetta l'aggiunta, come fa egli stesso, colla correzione però. Ma lo SCHULTING, *Notae ad h. l.*, V, pag. 95, osserva con ragione: « CUIACIUS haec constanter reiecit, quicquid dicat MERILLIUS ». Contro questo vedi anche AURELIUS, *Dispunctiones ad Merrill.*, disp. 38, in OTTONE, III, 784 e segg.

¹⁵⁾ L. 4 C. *h. t.*

¹⁶⁾ Vedi G. de GAST, *Comm. ad h. l.* nel *Thesaurus* del MEERMANN, VI, pag. 755 e segg.

¹⁷⁾ CONNANUS, *Comment. jur. civ.*, lib. X, c. VIII, n. 13; PAPIL-

per la madre non si potrebbe spiegare in modo soddisfacente la seguente costituzione di GIUSTINIANO ¹⁹⁾).

« Cum quidam praegnantem habens coniugem, scripsit heredem ipsam quidem suam uxorem ex parte, ventrem vero ex alia parte, et adiecit: *si non postumus natus fuerit alium sibi heredem esse*; postumus autem natus impubes decessit, dubitabatur, quid iuris sit, tam ULPIANO quam PAPINIANO viris disertissimis voluntatis esse quaestionem scribentibus, cum opinabatur PAPINIANUS, eundem testatorem voluisse postumo nato et impubere defuncto matrem magis ad eius venire successionem, quam substitutum; *si enim suae substantiae partem uxori dereliquit, multo magis et luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit*. Nos itaque in hac specie PAPINIANI (dubitationem resecantes ²⁰⁾), substitutionem quidem in huiusmodi casu, ubi postumus natus adhuc impubes viva matre decesserit, respuendam esse censemus. Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus cum postumus minime editus fuerit, vel post eius partum mater prior decesserit ».

Fra il caso qui deciso ed il precedente c'è la differenza che il terzo qui non è sostituito a tutti e due gli eredi, ma soltanto all'impubere. Difficilmente però avrebbe potuto nascere il dubbio accennato da GIUSTINIANO se fosse stato principio riconosciuto che la sostituzione volgare di un terzo non deve considerarsi anche come pupillare ogni qual volta ciò giovi alla madre, vale a dire ogni qual volta l'interesse di lei si trovi in collisione con quello del sostituto. Il caso di GIUSTINIANO dovrebbe pure ricondursi sotto questa regola. Ma è una ben diversa questione quella se la disposizione di GIUSTINIANO debba limitarsi alla sola madre. Se noi rispondiamo di no, il principio astratto che si potrebbe desu-

LONIUS, *de subst. dir.*, c. 8 (OTTO, vol. III, p. 709); A. MERENDA, *Contr. jur.*, lib. III, c. 40, n. 10.

¹⁹⁾ L. ult. C. *de instit. et substit.*, 6, 25.

²⁰⁾ Queste parole si potrebbero interpretare come contrarie all'opinione di PAPINIANO, ma il complesso dell'esposizione prova invece che qui si vuol semplicemente escludere il suo dubbio e quindi si aderisce invece alla sua opinione. Vedi le osservazioni del JUNGMEISTER su questo testo nella traduzione tedesca del *Corpus iuris*, vol. V, pag. 969.

mere dalla costituzione sarebbe il seguente: quando pure alcuno non sia sostituito volgarmente ad ambedue gli eredi, ma al solo impubere, ed il coerede di questo ne sia anche il prossimo erede intestato, la sostituzione non deve valere come pupillare, salvo che il coerede muoia prima dell'impubere o questi non nasca neppure. Qui però si potrebbe ammettere che il sostituto debba essere escluso soltanto sotto le condizioni enunciate dall'imperatore; perchè sebbene PAPINIANO ed ULPIANO avessero di mira un caso concreto la decisione si fondava principalmente sul principio che il testatore, il quale avesse istituito insieme la madre ed il figlio, avesse voluto di preferenza attribuire l'eredità del figlio alla madre anzichè al sostituto. Ma sopra tutto qui è da considerare il fatto che GIUSTINIANO, il quale evidentemente voleva stabilire un principio sicuro di diritto, dichiara che in un caso simile, quando il postumo muoia impubere vivente ancora la madre, il sostituto debba essere escluso e anche nella limitazione aggiunta alla fine del testo egli parla nuovamente della madre ¹⁰⁾). Ma dobbiamo noi ritenerci vincolati anche a tutte le altre particolarità del caso deciso e quindi dichiarare inapplicabile la legge quando sia istituito erede un figlio impubere già nato? Questo si è sostenuto comunemente ¹¹⁾, ma senza buone ragioni. Nel caso riferito bisognava esporre le circostanze particolari come esse erano state addotte dalle parti, ma la *ratio decidendi* si applica tanto al caso di un figlio già nato quanto al caso di un postumo. Egli è precisamente l'istessa cosa se il figlio non sia mai nato o se muoia prima del padre; in ambedue i casi la sostituzione volgare ha effetto. Ma difficilmente si può comprendere come dall'esser questo espresso nella legge per il primo caso si possa argomentare che anche nel secondo caso la sostituzione debba valere anche come pupillare. Il principio giuridico dunque si può formulare così: se la madre è istituita erede insieme col figlio l'effetto della sostitu-

¹⁰⁾ AVERANI, *Interpretationes iuris*, III, c. 17, n. 9; WENING-INGENHEIM, *loc. cit.*, pag. 140 e seg.

¹¹⁾ AVERANI, *loc. cit.*; WESTPHAL, *Testamenti*, § 722. pag. 556.

zione pupillare tacita si limita al caso che la madre non sia più viva quando muore il figlio impubere ⁵²⁾).

Per le sostituzioni ordinate nel testamento di un soldato è lecito argomentare da un caso di sostituzione espresso ad uno non espresso solo quando possa provarsi che tale era l'intenzione del testatore ⁵³⁾; non si può invece invocare come nel testamento del non militare il principio che nella sostituzione reciproca di coeredi espressa con formula generale debba ammettersi soltanto la sostituzione volgare per ambedue quando uno soltanto possa avere un sostituto pupillare. I soldati infatti hanno facoltà di sostituire a ciascuno dei propri eredi in egual modo ⁵⁴⁾; qui dunque avviene come se il soldato avesse ordinato una sostituzione senza indicare espressamente i due casi, è ammessa cioè la prova del significato che il testatore abbia dato alla sua disposizione. Questo principio è contenuto in un rescritto dell'imperatore ALESSANDRO SEVERO ⁵⁵⁾ il quale pone come regola generale che nella *compensatio substitutio* di coeredi, dei quali uno soltanto possa avere un sostituto pupillare, non può ammettersi che una sostituzione volgare ⁵⁶⁾:

⁵²⁾ Cfr. WENING, *loc. cit.*, pag. 141 e segg. e WESTPHAL, *loc. cit.*

⁵³⁾ L. 6 C. *de test. mil.* 6, 21; L. 8 C. *h. t.* Che esista una differenza in questo riguardo fra il testamento di un soldato e quello di un non soldato è cosa troppo chiaramente espressa in ambo i casi perchè se ne possa dubitare. L'opposta opinione (vedi sopra nota 65) si fonda sul motivo generale che nella tacita ammissione di una *duplex substitutio* sia un favore del testamento e che il testamento del soldato sia da favorire più di qualunque altro. Ma è ammesso anche che nell'interpretazione del testamento militare si debba guardare sempre alle espressioni usate dal testatore (L. 6, 37 D. *de test. mil.*, 29, 1); ora con ciò non si concilia quel principio, dovendo esso considerarsi più come una presunzione di legge che come una conseguenza derivante da premesse logiche. Vedi la trattazione seguente alla nota 88.

⁵⁴⁾ L. 15 D. *h. t.*; L. 41, § 4, D. *de test. milit.*

⁵⁵⁾ L. 6 C. *de test. milit.*

⁵⁶⁾ « In testamento quidem eius, qui non miles fuit, si duobus heredibus institutis, altero, cui potuit usque ad tempus pubertatis parens facere testamentum, altero, cui postea, quam heres extitit, substitutae non potuit, invicem substitutio iisdem verbis facta est, in eum solum casum eam locum habere sententiae prudentium virorum et constitutio-

« Sed cum ex testamento militis controversiam esse proponas, defuncta parvula eius filia postea, quam heres extitutus patri, cum qua simul aequis partibus heres institutus eras, substitutione invicem facta, et mater quidem intestatae filiae sibi successionem defendat, tu autem ex substitutione ad te pertinere contendas, iuris quidem ratio manifesta est, licere militibus proprio privilegio etiam heredibus extraneis, posteaquam heredes extiterint, mortuis substituere, *sed tibi probandum est, an ita frater tuus senserit* ».

Il testatore che era un soldato aveva dunque istituito insieme la sua figlia ed il suo fratello sostituendo l'una all'altro. La figlia era venuta a morte nell'impubertà dopo essere divenuta erede del padre; alla sua eredità pretendevano la madre come erede intestata prossima e lo zio come sostituto pupillare tacito. L'imperatore decide che sebbene nel testamento di un soldato si possa ordinare la sostituzione anche ad un pubere per il caso che egli sia divenuto erede e perciò il motivo che impediva nei testamenti dei non soldati di argomentare dalla sostituzione semplice alla *duplex* non abbia qui luogo, il fratello istituito erede debba tuttavia provare che il testatore suo fratello abbia veramente voluto preferire lui agli eredi intestati della figlia impubere¹⁾.

Secondo i principii fin qui espressi si possono decidere senza grave difficoltà gli eventuali casi dubbii anche se non risolti espressamente nel diritto romano. La regola è che la sostituzione semplice vale come doppia ogni qualvolta le circostanze o le parole delle disposizioni non indichino che il testatore abbia secondo ogni probabilità voluto sostituire per un caso solo. **MODESTINO** dice bensì *in altero utroque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur* (L. 4, § 2, D. h. t.), ma ciò non significa che la volontà opposta del testatore debba apparire in modo non dubbio e ce lo prova la limitazione indicata nello stesso testo pel caso che ad uno dei più coeredi sia nominato un sostituto *in utrumque*

nibus divorum parentum meorum placet, quo utrique pari ratione potuit substitui». Vedi **WENING**, *loc. cit.*, pag. 143 e segg.

¹⁾ (Cfr. **DONELLO**, *Comm. ad L. 6 C. de test. mil.*, n. 8; **WENING**, *loc. cit.*, pag. 138 e segg.)

casum, non meno che la decisione che in altri casi si accetta contro la sostituzione doppia per semplice probabilità. Se poi si ammette che la regola oltrepassi i limiti della verità logica in maniera che essa non sia una conseguenza, ma una presunzione di legge^{**}), certo si deve propendere a dare il valore di una probabilità in senso contrario a qualunque circostanza ed a qualunque espressione del testatore, la quale possa far sorgere dei dubbi contro la conseguenza. Se pertanto il testatore abbia per esempio sostituito soltanto per il così detto *casus voluntatis* (es. istituisco mio figlio e pel caso che egli non voglia divenire mio erede gli sostituisco A), difficilmente potrà pronunciarsi per la sostituzione *duplex*, dovendo prima ammettersi per conseguenza la sostituzione volgare anche per l'altro caso e poi argomentare da questa la pupillare^{**}).

Ma si potrà in modo analogo argomentare, anche quando vi sia stata effettivamente la sola sostituzione volgare, dall'un caso all'altro; per esempio dal *casus voluntatis* al *casus impotentiae*? Di

^{**}) Questa è anche presso a poco l'opinione del MERENDA, che suol designarsi come un'opinione speciale intermedia. Egli dice che, sebbene gl'imperatori romani nella loro disposizione che la sostituzione *simplex* debba riferirsi per regola ad ambo i casi sian partiti dal concetto che ciò risponda all'intenzione probabile del testatore, la esattezza di questa conseguenza non è punto evidente (MERENDA, *Controversiae iuris*, lib. III, c. 43). Accettando questa opinione (e mi pare che non si dovrebbe dubitarne) ne deriva che la conseguenza in discorso ha la natura di una presunzione, quindi di un diritto singolare da applicarsi nel modo più ristretto.

^{**}) Il WENING, *loc. cit.*, pag. 133, n. 1, ammette anche in questo caso una *duplex substitutio* perchè nelle espressioni del testatore non c'è alcun indizio che egli avrebbe respinto la sostituzione pupillare tacita. Ma dove è parola della necessità di una tale dichiarazione? Anche nei casi pei quali sono riconosciuti espressamente limiti e conseguenze si parte soltanto dal fatto che dalle circostanze appaiono dubbi speciali contro l'ammissione di quella presunta volontà del testatore. Lo stesso W. non ha il coraggio, e con ragione, di decidersi, come pur dovrebbe, per la *duplex substitutio* nel caso di sostituzione diversamente fatta per due figli imputeri (all'uno *vulgariter*, all'altro *pupillariter*). Vedi pag. 134, n. 4. Confr. il testo qui sopra.

solito ciò è ammesso ⁹⁰⁾, ma senza sufficienti motivi. L'opinione si fonda principalmente sull'analogia della disposizione per la quale la sostituzione semplice s'interpreta di regola come doppia. Le analogie di questa specie però sono sempre un po' incerte, perchè se la decisione della legge riposa sopra argomenti di probabilità, è necessario che vi sia uguaglianza delle premesse per applicare la legge ad un caso non contemplato ed evidentemente le premesse di fatto dalle quali si argomenterebbe qui la volontà probabile del testatore sono molto diverse da quelle sulle quali riposa l'argomentazione della sostituzione doppia dalla semplice ⁹¹⁾. Ma quando pure si ammetta che la probabilità della volontà del testatore riposi qui su motivi altrettanto buoni quanto l'argomentazione della sostituzione doppia dalla semplice, l'applicazione analogica deve sempre ritenersi inammissibile perchè in quella conclusione sono superati i limiti della ordinaria argomentazione consequenziale, e noi abbiamo qui a che fare propriamente con una presunzione di legge dalla quale è esclusa l'interpretazione analogica ⁹²⁾. Si può dunque domandare soltanto se vi siano motivi che giustifichino tali argomentazioni, in altre parole se si possa dire che secondo una grande probabilità il testatore abbia, pur menzionando un caso solo, avuto di mira l'esclusione degli eredi intestati a favore dei sostituti in tutti i casi. Questo certamente è assai dubbio. Nell'interpretazione delle leggi e di ogni scritto in generale si deve partire dalla regola che chi scrisse non si sia

⁹⁰⁾ Vedi per es. VOET, *ad Pandectas, h. t.*, § 12; HOEPFNER, *Comm.*, § 500 e gli scrittori ivi citati. Anche il HELLFELD, *h. l.*, difende questa opinione, come quasi tutti gli scrittori antichi c).

⁹¹⁾ Confr. VINNIO, *ad pr. I. de. vulg. subst.* n. 3; HUBERO, *ad Pandectas h. t.*, § 1.

⁹²⁾ WEBER, *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung*, ecc. [Sull'obbligo della prova nel processo civile], p. V, § 3, ediz. HEFFTER, p. 84.

c) Vedi fra i moderni nello stesso senso anche WINDSCHEID, *Pandette*, § 557; DERNBURG, *Pandette*, III, § 88. Analogamente dispone il nostro Codice civile all'art. 896, e il Codice civile germanico, § 2097.

servito delle parole da lui scelte senza un motivo, e solo quando la volontà diversa sia chiara è permesso allontanarsi dal significato delle parole. Ora quando un testatore avesse voluto escludere veramente tutti gli eredi intestati a favore del sostituto, egli lo avrebbe certamente fatto conoscere con un'espressione generale, come per esempio: « se *A* non sia mio erede, lo sia *B* », anzichè colla indicazione speciale di un caso dalla quale avrebbe potuto sorgere il concetto che vi fossero anche altre eventualità per le quali fosse impedito l'acquisto dell'eredità per parte dell'erede istituito. Si può forse ammettere con grande probabilità che sia sempre stata intenzione del testatore di escludere la successione intestata a favore dei sostituti, benchè nella espressione generale *si A heres non erit* egli dovesse naturalmente avere di mira soltanto uno dei due casi d'impedimento, vale a dire non è forse da escludere che, richiamata la sua attenzione anche sull'altro caso possibile, egli avrebbe dichiarato di voler includere anche quello. Ma se egli esprime letteralmente soltanto un caso, per esempio: se *A* non vorrà diventare mio erede, l'altro caso possibile, quello che egli non possa, è così vicino al suo ordine d'idee che non si può credere che egli abbia dimenticato questo. Quanto sia pericoloso l'argomentare dal non volere al non potere e viceversa, è riconosciuto in un caso che si deve considerare come analogo al nostro ²³⁾, benchè certamente esso non valga a risolverlo, anzi neppur si questioni in esso circa l'argomentazione da un caso espresso ad uno non espresso ²⁴⁾. Un testatore, che avea destinato la sua figlia in sposa ad un giovane Filippo, legava alla figlia un fondo pel caso che sposasse Filippo, lasciando invece il fondo a quest'ultimo pel caso che non lo sposasse. La figlia muore impubere: secondo PAPINIANO il legato a favore di Filippo deve ritenersi estinto. Il padre infatti, si argomenta, pensava solo alla possibilità che la figlia rifiutasse di sposare Filippo; ora poichè il matrimonio è stato reso impossibile da un impedimento

²³⁾ VINNIO, *h. l.*, n. 3 in fine.

²⁴⁾ L. 101 pr. D. *de cond. et dem.* : 35, 1.

indipendente dalla volontà della fanciulla, la condizione del fedecommesso è mancata. Il padre aveva pensato soltanto a quel caso; nè con ciò è detto che egli volesse escludere il fedecommesso nell'altro caso, tuttavia la disposizione cade. È chiaro che una applicazione analogica di questo testo al caso nostro è pienamente giustificata⁹³⁾. Anche altrove è riconosciuto che le istituzioni di erede debbono per regola interpretarsi alla lettera quando il testatore invece di scegliere una espressione generale si sia limitato alla indicazione di un caso determinato⁹⁴⁾. A maggior ragione deve ritenersi una singolarità l'argomentazione dalla sostituzione semplice alla doppia e in particolare dalla volgare alla pupillare e non deve ammettersi perciò una interpretazione estensiva ad altri casi. In tutti i casi di questa specie però non è vietata la ricerca della volontà del testatore e se è anche soltanto probabile che questi non abbia voluto escludere il caso che non ha menzionato, secondo il principio che nel dubbio si deve pronunziarsi per la maggiore validità possibile delle disposizioni di ultima volontà, si dovrà ritenere come espresso anche il caso non espresso. Gli avversari possono richiamarsi ad alcuni testi nei quali è ammessa una estensione del significato letterale sulla base di una probabile volontà del testatore⁹⁵⁾, quali la L. 22 pr. D. *ad S. C. Treb.*, 36, 1, dove una sostituzione fedecommessaria ordinata pel solo caso che il padre del sostituto non fosse più in vita è estesa al caso di emancipazione del figlio di questo⁹⁶⁾ e la L. 20, § 5, D. *de liberis et postumis*,

⁹³⁾ Anche BALDO trovava in ciò un argomento contro l'ammissibilità della deduzione da un caso all'altro, sebbene egli fosse per la questione presente dell'opinione contraria. Vedi REGII, *Enant. iuris civilis lib.*, c. 22, in OTTONE, II, p. 1491.

⁹⁴⁾ Così, per es., nella L. 10 D. *de liberis et post.*, 28, 2, dove l'istituzione di un postumo pel caso « che dopo la mia morte mi nasca un figlio » non vale se il figlio nasce vivente il testatore, e viceversa.

⁹⁵⁾ VOER, *ad Pand.*, loc. cit.; STRYK, *Caut. test.*, c. XVIII, membr. I, § 9; PUFENDORF, *Observ. iur. univ.*, t. II, obs. 98.

⁹⁶⁾ « — intellecta matris (la testatrice) voluntate, quae, quia non crediderat, patrem eos emancipaturum, distulerat in mortem eius fideicommissum, non dilatura id in mortalitatem, si eum emancipaturum sperasset ».

28, 2, nella quale l'istituzione di un postumo nipote pel caso che egli sottentri per la morte del padre nel posto di lui come *suus heres* è dichiarata valida anche pel caso che il padre esca dalla famiglia per *capitis deminutio* ⁹⁹⁾). Di questi principii può farsi senza dubbio applicazione anche al nostro caso. Se, per esempio, l'istituzione sia fatta in questa forma: se l'erede istituito muoia prima di me o prima dell'acquisto dell'eredità io gli sostituisco Tizio, dovrà senza dubbio estendersi la sostituzione ad ogni altro caso in cui per qualsiasi motivo l'erede diventi incapace. Qui deve ammettersi secondo ogni maggiore probabilità che il testatore si sia limitato ad enunciare il caso più comune, senza volere per ciò escludere gli altri casi ¹⁰⁰⁾).

§ 1448.

Soggetto della sostituzione ¹⁾).

Poichè la sostituzione è l'istituzione di un erede eventuale (§ 1445), così è chiaro che la capacità di essere sostituito dipende da quella di esser istituito erede ²⁾). Una condizione aggiunta

⁹⁹⁾ « ut ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint ». — G. A. STRUVE, *Synt. iuris civilis*, exerc. XXXIII, th. 13, invoca anche la L. 3 Cod. de hered. inst., 6, 24, dove però la sostituzione è ordinata espressamente pei due casi (« quodsi ex aliqua causa primus heres hereditatem meam adire noluerit vel non potuerit, etc. »). Sul dubbio che sorgeva tuttavia in tal caso vedi più oltre § 1449.

¹⁰⁰⁾ Il THOMASIO, *ad Huberum*, p. 1294, cita alcuni altri casi nei quali si può con probabilità argomentare dal *casus voluntatis* al *casus impotentiae*: per es. un uomo vecchio e debole istituisce erede un giovane e gli nomina un sostituto *si heres esse nolit*, o, viceversa, un uomo povero di età avanzata è istituito da un giovane molto ricco e gli è sostituito un altro pel caso che « egli muoia prima di me ». Ma da questi casi non si può desumere come regola generale che sia lecita l'argomentazione da un caso all'altro ogni qual volta non sia espresso il contrario. Vedi anche SCHWEPPE, *Das Roem. Privatrecht* [Diritto privato romano], edito dal MEYER, vol. V, § 811, pag. 103, nota 2.

¹⁾ Nel HELLFELD sono espressi al § 1447, n. 3 e 4, due altri principii, che evidentemente non hanno alcun nesso colla presente trattazione, ma toccano piuttosto l'argomento del § 1449.

²⁾ Il HELLFELD cita la L. 10, § 1, D. h. t., la quale però contiene solo il principio che il padre il quale istituisce come sostituti pupillari i propri

all'istituzione di erede non è da ritenersi senz'altro aggiunta anche alla sostituzione perchè deve ammettersi come regola che il testatore abbia avuto di mira di escludere il più possibile la successione intestata mediante la sostituzione ³⁾. Anche il rapporto fra la sostituzione e l'istituzione è determinato dall'arbitrio del testatore ⁴⁾. Egli può dunque: a) sostituire ad un erede più eredi, per esempio se *A* non sarà erede gli sostituisco *B*, *C* e *D*; b) a più eredi uno solo, per esempio *A*, *B* e *C* siano miei eredi e se non lo siano sostituisco loro *D*; c) alcuni singoli eredi al posto di altri singoli, per esempio: *A*, *B* e *C* siano miei eredi e pel caso che non lo siano sostituisco ad *A D*, a *B E* ed a *C F*.

In particolare per ciò che riguarda il secondo caso il sostituto entra soltanto dopo che tutti i primi istituiti siano venuti a mancare, il diritto di accrescimento dei coeredi prevale sul diritto dei sostituti ^{5 a)}. Ma può essere disposto il contrario: o può la disposizione esser fatta in modo da togliere o limitare il *ius accrescendi* a favore del sostituto, per esempio: se il testatore disponga che nel caso di mancanza di uno dei coeredi una parte della quota di questo vada al sostituto, in modo che per il resto abbia luogo il *ius accrescendi*. Nel terzo caso si applica la regola inversa, cioè il *ius accrescendi* è escluso dai sostituti quando non sia determinato espressamente il contrario ^{5 b)}.

I coeredi possono essere sostituiti agli altri coeredi mancanti: la sostituzione vicendevole di tutti i coeredi si chiama *substitutio*

eredi necessari, eredi cioè che divengono tali *ipso iure*, attribuisce loro questa qualità anche nel riguardo della eredità pupillare (§ 1451).

³⁾ L. 73 D. *de heredib. inst.*: « Sub conditione heredi instituto si substituanus, nisi eandem conditionem repetemus, pure eum heredem substituire intelligimus ». — HEINECCIUS, *ad Leg. Jul. et Pap. Popp.*, p. 413.

⁴⁾ L. 36 § 1 D. *h. t.*; § 1 I. *de vulg. subst.*

^{5 a)} Arg. I. 10 C. *h. t.* — VINNIO, *ad § 1 I. de vulg. subst.*

^{5 b)} PAULLI, *Rec. sent.*, lib. IV, tit. 8, § 26 in f.; L. 2 § 8 D. *de bon. poss. sec. tab.* 37, 11; L. un. §§ 3, 4, 7 C. *de cad. toll.*, 6, 51; BAUMEISTER, *Das Anwachsungsrecht unter Miterben nach R. R.* [Il diritto di accrescimento fra coeredi per diritto romano], Tubinga 1829, p. 140-143.

reciproca ⁴⁾ e se sia ordinata con una espressione generale (*eosque invicem substituo*) essa è chiamata *compendiosa* o *breviloqua substitutio* ⁵⁾.

Nella sostituzione fra coeredi vale lo stesso principio che nel *ius accrescendi*, cioè che la quota degli eredi sostituiti costituisce la norma per la divisione della parte mancante quando il testatore non ne abbia indicata altra ⁶⁾. Si intende da sè che i prelegati che l'erede riceve dai propri coeredi non sono computati nella sua quota ⁷⁾. Si computa invece ciò che l'erede riceve per diritto di accrescimento o per altro modo di ingrandimento della sua quota. Appartiene a questo punto il seguente testo di GAIO tratto dal libro III del commentario alla legge Giulia e Papia:

« Si in testamento heredes scripti ita alicui substituti fuerint, ut si is heres non esset, quisquis sibi heres esset, is in parte quoque

⁴⁾ L. 4 § 1 D. *h. t.* Confr. le due dissertazioni di REUTER e CLEEMANN citate più oltre alla nota 26.

⁵⁾ Queste designazioni sono state foggiate sulle seguenti espressioni delle fonti: « Si vero substitutio in secundum casum, vel expressa vel compendio — reperitur » (L. 8 C. *h. t.*). « Haec verba: *Publius, Marcus, Cajus invicem substituti heredes mihi sunt*, sic interpretanda sunt, ut breviter videatur testator tres instituisse heredes, et invicem eos substituisse ». La *breviloqua substitutio* adunque può essere immediatamente congiunta colla prima istituzione; per es. *A, B e C* siano miei eredi e siano sostituiti reciprocamente l'uno all'altro.

⁶⁾ § 2 I. *de vulg. subst.*; L. 24, L. 41 § 1 D. *h. t.*; L. 1 C. *h. t.*

⁷⁾ Arg. L. 59 § 3 D. *de hered. inst.*, 28, 5; L. 75 § 1 D. *de legatis*, II, 31; L. 1 C. *si certum petatur*, 4, 2; ROSSHIRT, *Die Lehre von den Vermaechtnissen* [La dottrina dei legati], vol. I, pag. 273, n. 3. Di opinione diversa sembra essere SCHNEIDER, *Das altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht* [Il diritto di accrescimento nei legati secondo l'antico diritto civile e il diritto giustiniano e le disposizioni caducarie della legge Giulia e Papia], Berlino 1837, pag. 196 seg. Il principio che il coerede possa far valere il suo diritto al prelegato mediante l'*actio familiae exercundae* (L. 17 § 2 D. *de leg.*, I, 30) è però una semplice conseguenza dei rapporti obbligatori che esistono fra coeredi soltanto perchè tali, di maniera che tutto ciò che essi si debbano reciprocamente si richieda con una sola e stessa azione; ma da ciò non segue che essi abbiano anche in tal riguardo qualità di eredi, le fonti dicono anzi in modo assai esplicito il contrario.

deficiente esset heres; pro qua parte quisque heres extitisset, pro ea parte enim in portione quoque deficientis vocari placet, neque interesse, iure institutionis quisque ex maiore parte heres factus esset, an quod per legem alteram partem alicujus vindicasset »¹¹⁾.

Qui non è presupposta una sostituzione reciproca, ma vi ha sostituzione degli altri coeredi ad uno di essi; il testatore ha per riguardo a questo lasciato in vigore il normale *ius accrescendi*. Se uno o l'altro di questi manchi prima dell'acquisto della sua quota e perciò venga ad aumentarsi la quota dei coeredi, questo aumento non è computato per determinare quanto ciascuno riceve della quota vacante di colui al quale gli eredi sono stati sostituiti. I compilatori devono aver pensato a questa applicazione e anche gli antichi interpreti infatti così intendono il testo¹¹⁾. Non si vede però come avrebbe questo potuto intendersi diversamente secondo i principii di diritto generalmente ammessi. Se infatti la parte che si aggiunge alla quota di alcuno sul diritto di accrescimento non deve essere computata come un aumento della quota, essa non deve essere neppure computata all'altro e in tal caso resterebbe necessariamente qualche cosa della quota vacante, ciò che non si concilia colla regola *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Questo conduce ad ammettere che il testo avesse originariamente un altro senso, cosa ormai riconosciuta fino da quando si è incominciato a studiare il diritto civile storicamente. Il testo cioè si riferiva alla disposizione della legge Papia sulla *caducorum vindicatio* per parte di coloro che erano preferiti all'erario¹²⁾ e si deve ammettere che sulla fine siano interpolate alcune parole; le parole *per legem* si riferiscono alla

¹¹⁾ L. 5 D. h. t.

¹¹⁾ Vedi per es. la *Glossa* di ACCURSIO, BALDO ed altri ad h. l.

¹²⁾ Fr. BALDUINUS, *de iure novo*, lib. IV (*Jurisprud. Rom. et Att.*, vol. I, pag. 1186); Jac. GOTHOFREDUS, *ad capita legis Jul. de maritand. ordinib.*, in nota ad c. XI (OTTO, *Thes. jur. Rom.*, vol. III, pag. 220); Thom. PAPILLONIUS, *de jure accrescendi* (OTTO, *Thes.*, vol. IV, pag. 767); HEINRECIUS, *ad leg. Jul. et Pap. Popp.*, p. 286 e seg. Vedi nota seguente.

legge Papia e invece di *alteram partem* il testo diceva in origine *caducam partem* ¹³⁾.

GIUSTINIANO stesso ci attesta come i testatori fossero indotti da questa legge a fare delle sostituzioni allo scopo di evitare la caducità ¹⁴⁾. S'intende da sè come per ciò uno che non avesse il *ius capiendi* non potesse neppure essere sostituito validamente. Si disputava soltanto se nei casi di semplice mancanza relativa della capacità fosse possibile una sostituzione pupillare. Un coniuge, per esempio, non poteva ricevere l'intero lascito dal testamento dell'altro coniuge se non quando avesse almeno un figlio nato da quello ¹⁵⁾: posto ora che il marito istituisse erede il figlio natogli dal primo matrimonio e sostituisse a questo la sua seconda moglie dalla quale non aveva avuto figli, la quale però poichè aveva avuto figli nel primo matrimonio aveva la capacità di ricevere da terzi, si domandava se essa potesse come sostituta pupillare ricevere anche quella parte di patrimonio del figlio che a questo veniva dal padre. GIULIANO era di opinione che a lei non spettasse altro che quanto poteva ricevere per legge; TERENCE CLEMENTE, il quale riferisce l'opinione di GIULIANO, sembra invece ritenere che essa possa ricevere insieme colla eredità del pupillo anche il patrimonio del padre, perchè questo è divenuto per eredità patrimonio del pupillo: *solidum ex ea causa capiet quasi a pupillo capiat* ¹⁶⁾. In ogni caso è riconosciuto così che il sostituto dovrebbe come erede del testatore avere la piena *capacitas capiendi*. Difficilmente anche le dichiarazioni di GIUSTINIANO circa le sostituzioni occasionate dalla legge Papia possono riferirsi a casi di questa specie, perchè la caducità non può più aver luogo,

¹³⁾ RUDORFF, *Ueber die caducorum vindicatio* [Sulla *caducorum vindicatio*] nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* [Rivista di giurisprudenza storica], vol. VI, n. 6, p. 405; SCHNEIDER, *Anwachsungsrecht* [Diritto di accrescimento], pag. 240, nota 98.

¹⁴⁾ L. 1 pr. C. *de cad. toll.*, 6, 51. (fr. HUGO, *Rechtsgeschichte* [Storia del diritto romano], pag. 934, 11.^a edizione.

¹⁵⁾ ULPIANO, XVI, ove sono enumerate anche le altre eccezioni. Vedi anche il testo alla nota 21.

¹⁶⁾ L. 6 D. *h. t.*; HEINECCIUS, p. 286.

neppure senza la sostituzione pupillare. In ogni caso però è fuori di dubbio che il testo di GAIO si deve riferire ad una sostituzione volgare. EINECCIO lo spiega in questo modo: se ad un coerede è lasciato per legato più di quanto egli possa ricevere per legge, questo di più cadrebbe all'erario e per evitare ciò fu immaginata la formula di sostituzione riferitaci da GAIO ¹¹⁾. Per ammettere questa spiegazione bisognerebbe ritenere che all'erario cadessero soltanto i legati e non anche le quote di eredità caduche e che viceversa la *caducorum vindicatio* dei coeredi non spettasse pei legati. Certamente EINECCIO non voleva fiire nessuna di queste due cose, benchè sia vero che non tutti i coeredi i quali potessero ricevere per intero il lascito, o in altre parole avessero la *solidi capacitas*, fossero per ciò solo autorizzati alla *caducorum vindicatio*. In generale poi il diritto degli eredi capaci a riguardo delle parti mancanti non era così pieno come talvolta si è ammesso e difficilmente si potrebbe porre in dubbio che appunto da ciò sia stata occasionata la formula di sostituzione riferitaci da GAIO. In primo luogo infatti vi erano varie specie di diritti per gli eredi aventi la *solidi capacitas*, e cioè il *ius antiquum in caducis*, per i discendenti ed ascendenti fino al terzo grado, la *caducorum vindicatio* e la *solidi capacitas* ¹²⁾. Il primo comprendeva: a) l'ordinario diritto d'accrescimento per gli eredi, onde le persone privilegiate sopra nominate dovevano essere istituiti eredi per poterne far uso ¹³⁾ e questo diritto non si estendeva poi che alla quota di eredità accresciuta; b) la liberazione dall'obbligo di pagare i legati caducati. La *caducorum vindicatio* costituiva dunque un privilegio delle persone cui spettava di fronte all'erario per tutto ciò che poteva essere considerato caduco. Queste persone erano *heredes* e legatarii *patres*, cioè soltanto uomini che avessero almeno un figlio e fossero stati

¹¹⁾ HEINECCIUS, p. 287.

¹²⁾ Di ambedue si occupa il testo di ULPIANO, I, 21. Vedi SCHILLING, *Animadversionum criticarum ad Ulp. fragm.*, sp. I, Lipsiae 1830, pag. 49 e segg.

¹³⁾ ULPIANO, XVIII; L. 1 pr. in fine C. de cad. tollendis; RUDORFF, loc. cit., pag. 402; SCHNEIDER, loc. cit., pag. 196.

onorati nel testamento ²⁰). Oltre le persone aventi il *ius antiquum* e la *caducorum vindicatio* ve ne erano altre alle quali spettava la *solidi capacitas* senza quel diritto ed erano le donne che avevano il numero prescritto di figli e il coniuge per ciò che gli era stato lasciato nel testamento dell'altro coniuge purchè il marito non avesse più di 25 nè la moglie più di 20 anni ²¹). Poteva perciò avvenire spesso che anche esistendo subietti capaci di ereditare, qualche cosa dell'eredità andasse all'erario contro la volontà del testatore ²²). In tutti questi casi però la sostituzione aiutava, vale a dire che se era sostituito un capace egli aveva diritto come tale alle parti caduche anche se non gli spettava il *ius antiquum* nè la *caducorum vindicatio*. Così si spiega facilmente come GIUSTINIANO potesse dire: *Testamentorum conditoribus gravissimi caducorum observatio visa est ut et substitutiones introducerent ne fiant caduca* ²³). Lo scopo si otteneva nel modo il più semplice, almeno per le quote mancanti, con una sostituzione vicendevoles dei coeredi, purchè fra essi si trovassero dei subietti capaci; per riguardo ai legati caduchi si avevano anche regole speciali, ma bastava che uno solo degli eredi avesse la *caducorum vindicatio*. Nel caso deciso da GAIO non si parla di sostituzione reciproca, ma è ammesso che ad un coerede fossero sostituiti gli altri mediante la formula generale *quisquis mihi heres erit*; se si avvera il caso di sostituzione, la quota mancante si divide fra i coeredi sostituiti in proporzione della quota di

²⁰) GAIO, II, §§ 206, 207, 208; *Fragm. de iure fisci*, § 3; SCHNEIDER, *loc. cit.*, p. 168-170.

²¹) ULPIANO, XVI. Altri casi vedi in SCHNEIDER, *loc. cit.*, pag. 223 e segg.

²²) Secondo lo SCHNEIDER, *loc. cit.*, pag. 122-131 e pag. 153, la parte non acquistata per mancanza di figli non era caduca ma vacante, quindi si acquistava tosto all'erario senza preferenza alcuna per quelli che avevano secondo il *ius antiquum* la *caducorum vindicatio*. Ma quest'idea è troppo artificiosa per poter ispirare una solida fiducia nella sua verità. Vedi in contrario HUSCHKE, recensione dello scritto dello SCHNEIDER negli *Annali della giurisprudenza tedesca* [Jahrbücher für die deutsche Rechtswissenschaft] del RICHTER, anno 1838, fasc. IV, pag. 317.

²³) L. 1 pr. C. de cad. toll.

ciascuno, computando in questa anche i *caduca* da ciascuno rivendicati. Ma poichè la caducità non esiste più nel diritto giustiniano, noi dobbiamo interpretare alla lettera le parole finali del testo e riferirle a tutto ciò che l'erede acquista per disposizione di legge. Deve perciò ritenersi indubbiamente che il principio ammesso da GAIO si riferisca non solo al diritto di accrescimento, ma anche a ciò che il coerede acquista come *erepticium* ²⁴⁾.

Le sostituzioni servivano dunque ad impedire che le quote di eredità ed i legati caducati andassero al fisco ed esse erano anche un mezzo per escludere la *caducorum vindicatio*, sostituendo terzi o coeredi che non avessero quel diritto o che in ogni caso fossero per esercitarlo insieme con altri. In questo modo la sostituzione dei coeredi può giovare ancora per ottenere un risultato diverso da quello del diritto di accrescimento legale; il testatore, per es., vuole che mancando uno degli eredi sia aumentata soltanto la quota di un altro singolo e non di tutti, oppure vuole attribuire più a uno che ad un altro ²⁵⁾. E chi non vede la differenza fra la sostituzione reciproca dei coeredi ed il *ius accrescendi* quando non siano stabilite differenze riguardo alla entità della parte che si accresce, quindi in particolare quando la sostituzione sia fatta con una espressione generale, *compendiosa* o *breviloqua*? ²⁶⁾. Il TOMASIO ha sostenuto contro ULRICO UBERO che non vi fosse differenza essenziale e che, dopo l'abolizione delle leggi caducarie, questa sostituzione sia divenuta inutile ²⁷⁾. Certamente deve ammettersi che senza le leggi caducarie difficilmente si parlerebbe

²⁴⁾ Intorno ai casi nei quali gli *erepticia* non spettano al fisco, vedi il mio *Trattato di Pandette*, § 791, 7.^a ediz., n. II.

²⁵⁾ § 2 I. *de vulg. subst.*; L. 24 in fine D. *h. t.* Cfr. VINNIO, *ad* § 2 I. *de vulg. subst.*, n. 2.

²⁶⁾ Infatti: « *ex his verbis, eosque invicem substituo, non adeuntis portio scriptis heredibus pro modo sibi... quaesitae portionis defertur* ». L. 41 § 1 D. *h. t.* Cfr. in generale sulla questione REUTER (resp. Sutorius), *de substitutione reciproca eiusque a iure accrescendi discrimine*, Halae 1750; CLEEMANN, *de reciproca cohaeredum substitutione*, Lipsiae 1750.

²⁷⁾ THOMASIIUS, *nova additio ad Huberi praelectiones*, vol. I, ovvero *ad I. tit. de vulg. subst.*, § 2, pag. 197.

nelle fonti di questa sostituzione, essa non sarebbe stata certo occasionata dalle poche differenze che, esistendo essa ancora, debbono logicamente e giuridicamente ammettersi. Questo però non è un motivo per negare assolutamente la differenza vera e pratica ²⁸⁾). Gli scrittori che hanno trattato *ex professo* questa materia si sono però sforzati di fare apparire la differenza come più importante che non sia ed hanno enumerato una quantità di diversità particolari le quali o non esistono, o riposano sopra la dichiarazione espressa del testamento, o sono semplicemente modi diversi di esprimere la stessa cosa ²⁹⁾). Le diversità vere si riconducono tutte ad un principio solo: nella sostituzione dei coeredi esiste una doppia istituzione di erede per cui l'erede può divenire erede per un motivo e rifiutare la quota deferitagli per un altro motivo ³⁰⁾); invece il diritto di accrescimento riposa sul fatto che i coeredi limitano reciprocamente il loro diritto per la propria esistenza, ma in sè ciascuno ha un diritto al tutto che diviene *ipso iure* efficace quando l'altro coerede manchi. Da ciò segue che il diritto di accrescimento opera necessariamente e quindi nessuno può rinunciare alla parte accresciuta, e se anche il caso di mancanza avviene dopo la morte dell'erede che ha già acquistato la sua parte, non di meno la parte del mancante va *ipso iure* ai suoi eredi ³¹⁾). Diversamente vanno le cose nella sostituzione, perocchè qui vi ha una seconda istituzione e il diritto non si può considerare come deferito finchè il primo istituito non sia mancato ³²⁾), di guisa che, almeno a rigore di diritto, il sostituto come tale non acquista *ipso iure* e non può quindi trasmettere tale diritto

²⁸⁾ REUTER, *Diss. cit.*, pag. 37 e segg.

²⁹⁾ Vedi specialmente REUTER, *Diss. cit.*, § 30.

³⁰⁾ L. 76 § 1 D. *de acq. vel om. her.*, 29, 2.

³¹⁾ L. 9 D. *de suis et legit.*, 38, 16; L. 31, L. 53 § 1 D. *de adq. vel om. her.*, 29, 2. Questa conseguenza si trova mitigata nelle L. 55, 61 D. *eod.* Confr. MAYER, *Das Recht der Anwachsung* [Il diritto di accrescimento], Tubinga 1835, § 10 e le mie *Pandette*, § 787.

³²⁾ Confr. SCHNEIDER, *Anwachsungsrecht* [Diritto di accrescimento], pagina 48.

agli eredi³³⁾. Questa differenza fra il diritto di accrescimento e la sostituzione è riconosciuta in generale nel testo seguente:

« Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem, vel morte, vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio, et licet decesserint antequam accresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet. *Alia causa est instituti heredis et coheredis substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur* »³⁴⁾.

S'intende da sè che il diritto di accrescimento non perde ogni sua efficacia pel solo fatto dell'esistenza della sostituzione reciproca dei coeredi, ma esso resta come dormiente finchè la sostituzione ha efficacia; perciò se il coerede rinunci alla propria parte di sostituto egli non può rinunciare al *ius accrescendi* quando questo sia giuridicamente necessario^{35 a)}. Questo sarebbe il caso se per es. la condizione aggiunta alla sostituzione non si avverasse^{35 b)} o se

³³⁾ L. 10 pr. L. 45 § 1 D. *h. t.*; L. 81 D. *de acq. her.*, 29, 2; BAUMEISTER, *Anwachsungsrecht* [Diritto di accrescimento], pag. 145 e segg.

³⁴⁾ L. 9 D. *de suis et legit.* 38, 16. — Em. MERILLIUS, *De iure accrescendi*, c. IV (Otto, *Thea.*, vol. IV, p. 1759. — Jan. a COSTA, ad § 4 I. *de Senatusconsulto Orphit.*

^{35 a)} L. 2, § 8, D. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11: « Si duo sint heredes instituti, Primus et Secundus, Secundo Tertius substitutus: omittente Secundo bonorum possessionem Tertius succedit, quodsi Tertius voluerit hereditatem adire vel bonorum possessionem accipere, recidit bonorum possessio ad Primum, nec erit ei necesse petere bonorum possessionem, sed ipso iure ei accrescet ». — Se pertanto nè il primo istituito nè il sostituito vogliono acquistare, il coerede, che ha accettato la sua parte, deve ricevere il tutto.

^{35 b)} Arg. L. 59 § 5 D. *de heredib. inst.* — Confr. pure L. 8 pr. D. *de bon. poss. sec. tab.* — « Si ita scriptum sit: *Sempronius ex parte dimidia heres esto, Titius, si navis ex Asia venerit, ex parte tertia heres esto, idem Titius, si navis ex Asia non venerit, ex parte sexta heres esto*: Titius non ex duabus partibus heres scriptus, sed ipse sibi substitutus intelligi debet, ideoque non ex maiore parte, quam tertia, scriptus videtur. Secundum hanc rationem, cum sextans vacuus reliquatur, bonorum possessionem Titius accipiet non solum tertiae partis, sed eius quoque, quae ex sextante eidem accrescit ». — Il testo non appartiene propriamente al caso. È solo degno di nota che il giureconsulto derivi

tutti si rifiutassero di succedere come sostituti, o se vi fossero due coeredi soli sostituiti reciprocamente, perchè in tal caso avrebbe luogo lo stesso risultato che se si ammettesse il *ius accrescendi*. Le fonti dicono in tal caso:

« Si quis heres institutus ex parte mox Titio substitutus, antequam ex causa substitutionis ei deferatur hereditas, pro herede gesserit, erit heres ex causa quoque substitutionis, *quoniam invito quoque ei accrescit portio* » ¹⁶⁾.

La pratica però non è rimasta sempre attaccata a questo principio e alle sue conseguenze. Si ammise infatti che nella dichiarazione del coerede sostituito di volere accettare la sua quota fosse compresa anche quella di essere pronto ad accettare la quota di sostituzione ed egli non potesse quindi più rifiutarla quando fosse ancor vivo a quel momento: che se invece il momento della scadenza di essa si avverasse dopo la sua morte, i suoi eredi sarebbero esclusi. ULPIANO ¹⁷⁾ dice:

« Toties — videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adisse, quoties acquirere sibi possit; *nam si mortuus esset, ad heredem non transferret substitutionem* ».

Le parole *videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adisse* provano che non è proprio corrispondente al concetto dei giureconsulti romani l'affermazione che la parte della sostituzione vada *ipso iure* al coerede come accessorio della sua quota di istituzione ¹⁸⁾: invece è supposto semplicemente che il sostituito abbia

qui il *ius accrescendi* da una specie di sostituzione tacita. Tizio non era già istituito in più parti, ma, com'è anche indicato espressamente, alternativamente in una o in un'altra, secondo che si avverasse o meno una data condizione, ma nulla era disposto pel caso di vacanza. Poichè la condizione si è avverata e Tizio è divenuto erede per un terzo, la sesta parte va per diritto d'accrescimento a lui e al coerede Sempronio in proporzione delle rispettive quote. Confr. MAYER, *Anwachsungsrecht* [Diritto di accrescimento], pag. 40.

¹⁶⁾ L. 35 D. *de acq. vel. om. her.* 29, 2. Vedi il volume precedente pag. 458.

¹⁷⁾ L. 81 D. *de acq. vel. om. her.* 29, 2 (ULPIANO, *ad legem Iuliam et Papiam*). EINECCIO, *Comm. ad legem Iuliam et Papiam*, pag. 406.

¹⁸⁾ SCHNEIDER, *Anwachsungsrecht* [Diritto di accrescimento], pag. 106.

coll'accettare la parte di eredità seguito completamente la volontà del testatore e dimostrato così di voler acquistare anche la parte nella quale fu sostituito quando si avveri il caso. Certo questo effetto non può essere annullato colla semplice sua dichiarazione contraria, nè egli ha bisogno di fare una nuova dichiarazione, che sarebbe superflua, essendo già compresa nella prima ³⁹⁾, per acquistare la parte deficiente. È a questa uguaglianza di effetti pratici tra il *ius accrescendi* e la sostituzione reciproca che alludono gli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO quando dicono:

« Testamento jure facto, multis institutis heredibus et invicem substitutis, *adeuntibus suam portionem etiam invitis coheredum repudiantium accrescit portio* » ⁴⁰⁾.

I giureconsulti romani evitano però ogni espressione che possa dar luogo ad equivoci e far credere che non vi sia differenza di

³⁹⁾ L. 76 pr. D. *de acq. r. om. her.* « Si tu ex parte sexta sub conditione institutus fuisses heres, et omittente partem suam Titio, cui substitutus eras, ex substitutione adiiasses, deinde conditio inre sextantis (in relazione alla sesta parte) extitisset, quaero: an adire necesse habueris, ne sextans tuus intreat? Respondit, nihil interest, utrum ex substitutione prius adierit (adieris), an ex prima institutione, *cum ab utraque causa una aditio sufficiat*; sextans itaque, qui sub conditione datus mihi est, *ad me solum pertinet* ». Nella GLOSSA di ACCURSIO è espressa fra le altre l'opinione che il testo debba intendersi del caso che vi fossero due soli eredi (GLOSSA, *partem ad h. l. § 1*): ma ciò è contraddetto a sufficienza dalle parole finali *ad me solum pertinet*. — MAYER, *Anwachsungsrecht* [Diritto di accrescimento], pag. 46. — Qui veramente si parla soltanto del diritto di Tizio di acquistare la parte lasciategli sotto condizione, non ostante che egli abbia adito soltanto come erede di secondo grado. Ma il motivo della decisione è generale e deve per ciò riferirsi ugualmente al caso inverso, quando cioè l'adizione sia stata fatta in base all'istituzione di primo grado, non meno che all'obbligo di accettare la parte non ancora acquistata. Le parole che seguono al § 1 non possono, del resto, interpretarsi altrimenti che sia lecito di rinunciare ad una parte solo fin che non si sia accettata l'altra. « 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 ». — POTIER, *Pand. Justin.* in nota ad *h. l. tit. de acq. hered.*, n. 82.

⁴⁰⁾ L. 6 C. *h. t.*

principio fra le due cose ⁴¹⁾, e intendersi nel senso che la quota di sostituzione spetti agli eredi del coerede sostituito, alla pari della quota di accrescimento. Non mancano scrittori i quali sostengono questa opinione ⁴²⁾, e il MAYER anzi cerca di togliere l'ostacolo della dichiarazione contraria espressa di ULPIANO nella L. 81, D. *de acquirenda her.* 29, 2, interpretando questo testo dal punto di vista della legge Papia da un commento alla quale il testo è tratto; ULPIANO avrebbe detto che l'erede morto prima del caso di sostituzione non poteva acquistare, stando alle disposizioni della legge Papia, perchè un tale acquisto non avrebbe potuto come caduco esser trasmesso agli eredi ⁴³⁾. È già stato da altri osservato però che troppo spesso, specialmente nei tempi moderni, si è abusato di ricorrere alle iscrizioni per spiegare i testi delle *Pandette* e che non sempre invece si può argomentare dall'iscrizione il contenuto del testo, posto che negli scritti dei giureconsulti romani, e si può dire senza esitanza anche in quelli dei moderni, vi sono parecchie cose che non hanno nulla a che fare o hanno un legame molto tenue col titolo dello scritto ⁴⁴⁾. Ma l'interpretazione del MAYER non richiama soltanto questa osservazione. Secondo l'opinione di questo scrittore la *caducorum vindictio* deve aver luogo *ipso iure* e necessariamente come l'accrescimento e tornar quindi a vantaggio anche dell'erede ⁴⁵⁾. Ma

⁴¹⁾ La L. 53 § 1 D. *de acq. vel om. hered.* (« Qui semel aliqua ex parte heres extiterit, deficientium partes etiam invitus excipit, i. e. tacite ei deficientium partes etiam invito accrescunt ») non è a riferirsi nè alla *caducorum vindictio*, come vorrebbe il RUDORFF, *Zeitschrift*, ecc. [Rivista di giurisprudenza storica], VI, p. 407, 408 (contro SCHNEIDER, *loc. cit.*, pag. 173 e segg.), nè alla sostituzione reciproca, benchè possa concedersi che le parole stampate in corsivo e tralasciate dall'ALOANDRO siano un semplice glossema. — Confr. SCHULTING, *ad Ulp.*, XXVI, § 5, nota 19.

⁴²⁾ MAYER, *Anwachsungsrecht* [Diritto di accrescimento], pag. 46 e segg.

⁴³⁾ MAYER, *loc. cit.*, pag. 47 e segg.

⁴⁴⁾ SCHNEIDER, *Anwachsungsrecht* [Diritto di accrescimento], p. 175, nota 61.

⁴⁵⁾ MAYER, *loc. cit.*, p. 44. Lo stesso afferma anche il RUDORFF, *loc. cit.*, pag. 408. Vedi in senso contrario SCHNEIDER, *loc. cit.*, pag. 173 e segg. HUSCHKE, Recensione dello scritto dello SCHNEIDER, negli *Jahrbücher* [Annali] del RICHTER, 1838, p. 321.

perchè allora ciò non avveniva anche quando vi era caducità riguardo ad una quota di sostituzione? Ma lasciamo andare queste osservazioni e limitiamoci ad esaminare i risultati che derivano dall'interpretazione di questo autore. Egli non può negare che il testo di ULPIANO sia in contraddizione colla sua teoria sull'accrescimento della quota di sostituzione e perciò vuole spiegarlo dal punto di vista della legge Papia: ma poichè questa legge non è più applicabile non resta che cancellare il testo, come privo assolutamente di significato, dalle disposizioni di diritto vigente; e contro un tale abuso dell'interpretazione storica ha già protestato espressamente NERAZIO dicendo: *rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet, alioquin multa ex his, quae certa sunt subvertuntur* ⁴⁶⁾.

La verità dell'opinione comune appare però anche da altri testi:

« ULPIANUS, lib. IV *ad Sabinum* ⁴⁷⁾: Sed si plures sint ita substituti: *quisquis mihi ex superscriptis heres erit, deinde quidam ex illis, posteaquam heredes extiterint patri, obierunt, soli superstites ex substitutione heredes existent pro rata partium, ex quibus instituti sunt, nec quicquam valebit ex persona defunctorum* ».

E con altrettanta precisione e chiarezza PAOLO:

« Si omnes instituti heredes omnibus invicem substituti essent, *eius portionem, qui quibusdam defunctis postea portionem suam repudiavit, ad eum solum, qui eo tempore supervixit, ex substitutione pertinere* » ⁴⁸⁾.

S'invocano però dichiarazioni delle fonti le quali proverebbero il contrario, in particolare quelle che parlano della istituzione di erede parte condizionata e parte pura. Poichè le sostituzioni sono

⁴⁶⁾ L. 21 D. *de legibus*, 1, 3.

⁴⁷⁾ L. 10 D. *h. t.*

⁴⁸⁾ L. 45 § 1 D. *h. t.* Secondo una interpretazione comune di questo testo (vedi WESTPHAL, *Testamenti*, § 616; HOEPFNER, *Comm.*, § 501. nota 1, n. 2 ^{b)}) il coerede non deve essere autorizzato ad adire come sostituto quando non abbia accettato anche come istituito. Ma l'opposto risulta dalla L. 76 § 1 D. *de acq. vel om. her.*, 29, 2.

designate come istituzioni d'erede condizionate ⁴⁹⁾ sembra che tutto ciò che si dice di queste si possa dire di quelle.

« GAIUS, Lib. II *de testamentis* ⁵⁰⁾. Si quis ita scripserit: *Titius ex parte dimidia heres esto, idem Titius ex altera parte dimidia si navis ex Asia venerit heres esto: cum ex pura institutione adierit heres, quamvis conditio alterius institutionis pendeat, ex asse fit heres, scil. etiam conditione deficiente, cum non prosit ei conditio quicquam existens, quippe cum non dubitetur, quin, si quis ex parte dimidia heres institutus sit, nec praeterea quisquam alius ipse ex asse heres institui videatur* ».

Questo testo però parla soltanto del caso di istituzione di un solo erede. Questo risultato deve avvenire necessariamente ⁵¹⁾ e perciò anche l'erede dell'erede deve acquistare tutto quando pure la condizione si avveri dopo la morte dell'ultimo, precisamente come se siano istituiti due eredi e ciascuno sia sostituito all'altro ⁵²⁾. Il testo seguente invece non si può riferire che al caso in cui accanto ad un erede istituito parte condizionatamente e parte puramente vi sia almeno un altro erede:

« Qui ex duabus partibus institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione, et ex pura institutione adierit et decesserit, posteaque conditio extiterit: *ea quoque pars ad heredem eius pertinet* » ⁵³⁾.

Le espressioni del testo indicano già chiaramente che qui le *duae partes* non significano due metà dell'eredità, ma ciò poi ap-

⁴⁹⁾ L. 1 § 13 D. *ad legem Falcid.*, 35, 2.

⁵⁰⁾ L. 33 D. *de hered. inst.*, 28, 5.

⁵¹⁾ L. 52 § 1 D. *de acq. vel om. her.*, 29, 2: « — quia solus heres futurus est omnimodo ».

⁵²⁾ L. 35 pr. D. *de acq. vel om. her.*, 29, 2.

⁵³⁾ L. 53 pr. D. *eod.*; il BUCHHOLTZ, *Juristische Abhandlungen* (Dissertazioni giuridiche), pag. 36, non ammette che questo diritto degli eredi sia un *beneficium iuris*, cioè un diritto di trasmissione straordinaria, perchè a quelli non si trasmette una libera scelta di accettare o rifiutare l'eredità, ma è un obbligo ch'essi hanno di accettare anche questa parte dell'eredità. Questo caso però è ben diverso da quello di istituzione di un solo erede nel quale necessariamente tutto va a questo o agli eredi di lui.

pare in modo più sicuro dal fatto che il diritto dell'erede di acquistare la parte condizionata si fa dipendere dall'avverarsi della condizione, mentre nel caso in cui è nominato un solo erede questo non ha importanza ⁵⁴⁾. Ma non vi è poi una differenza essenziale fra la sostituzione e una qualunque istituzione condizionata di guisa che debba ammettersi una differenza di effetti giuridici? Questo deve ritenersi. Chi è istituito in parte sotto condizione e in parte puramente è sempre istituito nel medesimo grado, onde anche l'istituito sotto condizione può sempre domandare una *bonorum possessio secundum tabulas* prima ancora dell'avverarsi della condizione ⁵⁵⁾; il sostituito invece è istituito in secondo grado e prima della mancanza dell'erede nessun diritto si è deferito a suo favore nè egli può trasmetterne ai propri eredi ⁵⁶⁾. Si è invocato anche un testo il quale riguarda soltanto il diritto della sostituzione ⁵⁷⁾:

« Qui plures heredes instituit, ita scripsit: *eosque omnes invicem substituo*; post aditam a quibusdam ex bis hereditatem, uno eorum defuncto, si conditio substitutionis extitit, alio herede partem suam repudiante, ad superstites tota portio pertinebit, quoniam invicem in omnem causam singuli substituti videbuntur; ubi enim quis heredes instituit, et ita scribit: *eosque invicem substituo*, hi substituti videbuntur, qui heredes extiterunt ».

Soltanto le parole finali potrebbero qui essere intese nel significato che la parte mancante giovi a tutti coloro che sono divenuti eredi e quindi anche all'erede dell'erede. Le parole precedenti però dicono chiaramente il contrario, che cioè quando uno fra più coeredi reciprocamente sostituiti muoia dopo avere acquistato la sua parte e poi un altro rinunci alla propria, questa va soltanto ai

⁵⁴⁾ Cfr. MAYER, *loc. cit.*, pag. 40-42.

⁵⁵⁾ L. 5 pr., L. 6 D. *de bon. poss. sec. tab.* 37, 11. Cfr. anche L. 59 § 5 D. *de her. inst.*: « nec erit ei necesse pro herede gerere (quando si avveri la condizione) quippe iam heredi ».

⁵⁶⁾ Arg. L. 3, L. 80 § 2 D. *de acq. vel om. her.* 29, 2; BUCHHOLTZ, *Juristische Abhandlungen* (Dissertazioni giuridiche), pag. 74.

⁵⁷⁾ L. 23 D. *h. t.*

superstiti (*ad superstites tota portio pertinebit*). Che cosa ci autorizza dunque a considerare le parole finali come una proposizione isolata dall'insieme del testo? PAPIANO dice che tutta la parte mancante, quindi anche quella che sarebbe spettata all'erede premorto, va ai sopravviventi; egli conferma questa decisione affermando che tutti sono veramente istituiti nell'intero (*in vicem in omnem causam singuli substituti videbuntur*), ma ciò s'intende sotto la condizione che essi divengano veramente eredi (*qui heredes extiterunt*). Or poichè già precedentemente è dichiarato in modo esplicito come ciò sia inteso, nel senso cioè che gli eredi del coerede morto siano esclusi, non si può attribuire alle parole finali alcun senso contrario a questa decisione evidente ²⁸).

Dalla distinzione fondamentale fin qui esposta fra diritto di accrescimento e sostituzione reciproca dei coeredi, modificata forse, ma non abolita, dipende anche la conseguenza che, quando in seguito alla sostituzione la parte di un mancante va ad un altro coerede, la Falcidia si toglie dall'intero anche se i singoli eredi siano gravati particolarmente di legati, mentre invece per la parte acquistata per diritto di accrescimento vale il principio che *portione gravata accrescente portioni non gravatae quarta deducitur*, vale a dire che non basta che resti libera la quarta dell'intero, ma se la porzione accresciuta è troppo gravata la quarta Falcidia si detrae particolarmente da questa ²⁹). Sinchè infatti l'istituzione d'erede rimane nello stesso grado è logico che i coeredi vengano al posto del mancante nello stesso modo che se questo fosse ancor vivo o, come dice GAIO: « si defecta (deficiens) pars fueri exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiaae, atque si ad eum

²⁸) Il LANGEBECK in *Leges perdifficiles annot.*, cap. 7 (OTTONE, *Thes.*, I, § 551) vuol riferire il testo alla questione se colui che abbia rinunciato alla sua parte abbia ancora diritto di pretendere la parte vacante; ma il giureconsulto non alludeva certo a tal caso.

²⁹) Ciò era discusso fra i giureconsulti romani e si cita anche una decisione imperiale in senso contrario. L. 1 § 14 D. *ad legem Falc.*, 35, 2. Ma in questo testo e più ancora nelle L. 21 e 78 D. *eod.* è accettata molto chiaramente l'opinione da me sopra espressa.

ipsum pertineret, a quo defecta fieret »⁶⁰). Quando invece si tratti di parte di sostituzione il coerede acquista invece una nuova istituzione propria a lui, l'acquista dalla propria persona e non dalla persona del coerede e perciò riguardo alla Falcidia egli è come se una parte fosse stata lasciata all'erede sotto condizione, un'altra puramente, basta cioè che egli abbia libero il quarto del tutto⁶¹).

Altre differenze difficilmente potrebbero trovarsi, così per es. un altro punto di contatto fra il diritto di accrescimento e la sostituzione reciproca è ammesso espressamente nel fatto che quando manchi uno fra più coeredi congiunti, la parte di questo va agli altri congiunti⁶²):

« Qui discretas portiones coniunctis pluribus separatim dedit. ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit: *quos heredes meos invicem substituo, coniunctos primo loco vice mutua substituere videtur*, quibus institutionum partes non agnoscentibus ceteros omnes coheredes admitti »⁶³).

Del resto la sostituzione reciproca di tutti i coeredi non è da ammettersi nel dubbio quando vi sia la sostituzione speciale di alcuni coeredi fra loro:

⁶⁰) L. 78 in fine D. *ad legem Falc.*, 35, 2. Il favore dell'ultima volontà conduce qui del resto a una limitazione del principio pel caso opposto, quando cioè sia sopraggravata soltanto la porzione di quello a cui favore ha luogo l'accrescimento. E la limitazione è fondata sul motivo particolare che anche in altre ipotesi, quando egli creda resti qualche cosa che loro non sarebbe attribuito, come i legati che non debbono esser pagati, ciò deve andare a vantaggio dei legatarii.

⁶¹) L. 1 § 13 D. *ad leg. Falc.*: « Id, quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit, prodest legatariis: *is enim similis est heres ex parte sub conditione heredi instituto* »; CLEEMANN, *Disp. de reciproca cohaerede subst.*, § 12; *Mich. God. WERNHER, Lectiss. comment. in Pand.*, vol. II, pag. 638 e segg.

⁶²) L. 41 § 4 D. *h. t.*

⁶³) AVERANI, *Interpretationes iuris*, lib. III, cap. XVI, n. 10. Si deve perciò ammettere anche che un *coniunctus* sia preferito al *disiunctus* così nella sostituzione come nell'accrescimento. Alcuni tuttavia lo negano. THOMASIIUS, *ad Huberi Praelectiones*, vol. I, pag. 197 e WERNHER, *loc. cit.*, pag. 378.

« Qui patrem et filium pro parte heredes instituerat, et invicem substituerat, reliquis coheredibus datis, post completum assem ita scripsit: *hos omnes invicem substituo*; voluntatis fit quaestio, commemoratione *omnium* patrem et filium substitutioni coheredum miscuisset, an eam scripturam ad ceteros omnes transtulisset? Quod magis verisimile videtur propter specialem inter patrem et filium substitutionem » ⁶¹).

Le due sostituzioni sono dunque da distinguere l'una dall'altra; la prima si riferisce soltanto al padre ed al figlio, l'altra a tutti gli altri coeredi. Soltanto quando questi siano tutti mancati ha luogo il diritto di accrescimento per quei due primi e viceversa ha luogo per questi solo quando nè il padre nè il figlio siano divenuti eredi ⁶²).

§ 1449.

Effetti della sostituzione volgare e mancanza di essa.

Se il caso di sostituzione si avvera, il sostituto riceve di regola la quota dell'istituito ⁶³), salvo che sia espressamente determinato che debba ricevere meno; per es.: *A* e *B* siano miei eredi ciascuno per metà, se *B* non diverrà mio erede gli sostituisco *C* ma solo per la metà della sua quota, cioè per un quarto del tutto. In questo caso l'altro quarto va a *B* per diritto di accrescimento. Del resto abbiamo già nel paragrafo precedente esposto in quali limiti la sostituzione escluda o modifichi il diritto di accrescimento. In nessun caso però la sostituzione ha effetto se sia possibile ancora l'acquisto in base all'istituzione ⁶⁴). Da ciò segue che la sostituzione può essere impedita anche dalla trasmissione agli eredi. Questo punto però è molto disputato ⁶⁵). Come è noto s'intende per tras-

⁶¹) L. 41 § 5 D. *h. t.*

⁶²) AVERANI, *Interpretationes*, III, c. XXII. n. 2.

⁶³) L. 59 § 3 D. *de her. inst.*, 28, 5.

⁶⁴) L. 69 D. *de acq. vel om. her.*, 29, 2.

⁶⁵) Il contrario è sostenuto, benchè non per tutti i casi di trasmissione. da CRELL, *Diss. utrum heredi instituto intra annum deliberandi mortuo substitutus admittatur?* Viteb. 1734 (*Diss. et Progr. Crellian.*, fasc. III,

missione la facoltà degli eredi dell'erede di adire l'eredità non ancora acquistata dal loro autore, una eccezione dunque alla regola *hereditas nondum adita* (acquisita) *non transmittitur ad heredis heredes* ⁶⁹). Non sembra dubbio che alla sostituzione sia preferita la così detta *transmissio ex iure suitatis* perchè la trasmissione dei diritti dell'*heres suus* agli eredi anche prima della sua dichiarazione di voler acquistare non è una particolarità, avendo egli effettivamente acquistato l'eredità senza tale dichiarazione ⁷⁰). Vero è che le fonti dicono *hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur* ⁷¹); ma se queste parole fossero una prova decisiva ne conseguirebbe che neppure il *suus heres* potrebbe trasmettere il suo diritto agli eredi altrimenti che dopo l'adizione effettiva; ora una tale interpretazione sarebbe in opposizione colle regole di diritto più riconosciute, onde è chiaro che con quelle parole si allude soltanto al modo normale di acquistare l'eredità, e i pratici infatti espongono la regola in questa forma: *hereditas non adita non transmittitur*, senza voler dire altro che una eredità non può essere trasmessa prima del suo acquisto. Piuttosto si può argomentare dal fatto che l'ascendente istituendo il *suus heres* sotto condizione potestativa gli dà la qualità di erede volontario e conseguentemente fa sì che anche da lui l'eredità venga acquistata soltanto con l'adizione ⁷²): onde si potrebbe dire che colla nomina di un sostituto per il caso che l'*heres suus* non divenga erede si aggiunge tacitamente la condizione che il *suus* debba dichiarare se accetta, e ove ciò non faccia il sostituto debba essere preferito agli eredi di lui ⁷³). Ma anche a tacere del fatto

n. 19); REUTER, s. Sutorius, *Diss. de subst. reciproca ejusq. a jure accer. discrim.*, § 8 in nota, pag. 9 e segg.; CLEEMANN, *de eod. arg.*, § 10. — Vedi però THIBAUT, *Versuche* [Saggi], I, n. XIII, la cui opinione è accolta ora comunemente. BUCHHOLTZ, *Zeitschrift.*, ecc. [Rivista di diritto e procedura civile], X, pag. 443.

⁶⁹) La regola è accolta in parecchi testi. Vedi per es. la L. 7 Cod. *de iure delib.*, 6, 30; L. un. § 5, 13, Cod. *de cad. toll.*, 6, 51.

⁷⁰) L. 3 C. *de iure delib.*, 6, 30.

⁷¹) L. un. § 5 C. *de cad. toll.*, 6, 51.

⁷²) L. 86 § 1, D. *de heredib. inst.*; L. 12 D. *de condic. inst.*, 28, 7.

⁷³) REUTER, *Diss. cit.*, p. 10, 11.

che le nostre fonti stesse richiedono che il testatore esprima apertamente la condizione *si voluerit heres esse* od altra condizione potestativa (vedi nota 72), è tuttavia conciliabissimo che alcuno acquisti *ipso iure* l'eredità e che gli sia sostituito un altro per il caso che non divenga erede. Il sostituto entra dunque se il *suus* istituito manchi prima della delazione dell'eredità ¹⁴⁾, o se faccia uso del *beneficium abstinendi*, perchè in tal caso tutto ritorna nella condizione stessa che se egli non fosse stato mai erede ¹⁵⁾. Perciò non si deve ritenere espressa la condizione *si voluerit heres* se il *suus heres* sia istituito e alcuno gli sia sostituito per il così detto *casus voluntatis*, perchè in tal caso è la volontà personale dell'erede che si deve prendere in considerazione non ostante che l'acquisto sia già avvenuto per legge ¹⁶⁾. Del resto la sostituzione può essere efficace anche dopo la morte del *suus heres*, essendo il diritto di astenersi trasmesso anche agli eredi di questo ¹⁷⁾, e ancora la preferenza al sostituto deve darsi quando il *suus heres* sia impubere. Se il testatore ha ordinata una sostituzione pupillare, ma il pupillo ha acquistato l'eredità paterna e muore prima dell'anno dalla pubertà, la sostituzione ha effetto; se egli non acquista niente o si astiene, il sostituto acquista in forza della sostituzione volgare tacita. Lo stesso vale se abbia avuto luogo soltanto una sostituzione volgare, ma questa possa valere come duplice (§ 1447). Da ciò segue che la preferenza degli eredi dell'erede al sostituto si

¹⁴⁾ Confr. L. 16 D. *de lib. et post.*, 28, 2. Qui si trova un'applicazione del noto principio che allo stesso *suus heres* l'eredità non è sempre deferita alla morte del testatore; ciò non avviene, per es., quando si aspetta un postumo (L. 84 D. *de adq. vel om. her.*, 29, 2); in tal caso se il *suus* muore prima che abbia potuto sapersi se il postumo verrà o no e poi effettivamente non venga, sottomette da quel momento il sostituto. Vedi POTHIER, *Pand. Justin.*, tit. *de adq. her.*, n. 50.

¹⁵⁾ L. 20 § 4; L. 87 § 1 D. *de adq. vel om. her.*, 29, 2; L. 41 D. *eodem*.

¹⁶⁾ VINNIO, *ad pr. I. de vulg. subst.*, n. 4, 5, 6, *ad § ult. eod.*; STRUVIO, *Syntagma iuris civilis*, exerc. XXXIII, th. 17.

¹⁷⁾ L. 7 D. *de acq. her.* 29, 2. MAREZOLL, *Zeitschrift*, ecc. [Rivista di diritto e procedura civile], II, pag. 83.

deve limitare al caso che al *suus heres* sia sostituito alcuno soltanto volgarmente e non anche pupillarmente ⁷⁸⁾.

Per ciò che riguarda gli altri casi di trasmissione, o meglio i casi di trasmissione vera e propria, s'invoca per la preferenza del sostituto al trasmissario in generale la presunta volontà del testatore di preferire a quello il solo istituito e non anche gli eredi dell'erede, che egli il più spesso non conosce e che gli sono indifferenti ⁷⁹⁾; se il testatore non ha questa volontà può facilmente dichiararlo, come appunto in alcuni casi che si citano ⁸⁰⁾. Si può concedere quest'ultima affermazione senza che per questo ne derivi nulla a favore della tesi avversaria. Se l'istituito ha acquistata l'eredità, il diritto della sostituzione cade; nel caso opposto invece sono di regola esclusi anche gli eredi dell'erede, e se il testatore preferisce questi al sostituto deve dichiararlo. Solo eccezionalmente può l'erede dell'erede acquistare in luogo di questo; resta sempre la regola però che il sostituto gli è preferito. La questione può essere dunque soltanto questa: se anche le eccezioni si estendono nel medesimo modo che la regola, cioè solo quando il testatore abbia espressamente accordato la preferenza agli eredi dell'erede di fronte al sostituto, la presunzione generale di volontà probabile del testatore non può però avere qui forza contro la conseguenza giuridica e le dichiarazioni espresse della legge. La preferenza del trasmissario al sostituto si fonda dunque in primo luogo sulla conseguenza giuridica, perchè un diritto trasmesso è appunto un diritto dell'erede e finchè il diritto dell'erede istituito esiste, il sostituto non può accampare alcuna pretesa all'eredità ⁸¹⁾; in secondo luogo essa è riconosciuta e dichiarata in modo espresso da GIUSTINIANO:

⁷⁸⁾ HUBER, *Prael. ad tit. Dig. de vulg. et pup. subst.*, n. 3.

⁷⁹⁾ CRELL, *loc. cit.*, § 4, fasc. III, pag. 535 e segg.; REUTER, *loc. cit.*

⁸⁰⁾ L. 85 D. *de heredib. inst.*, 28, 5. Confr. su questo testo quanto fu detto a pag. 789 del volume precedente.

⁸¹⁾ Arg. L. 40 D. *de heredib. inst.* « — si heres non erit, nihil aliud intelligitur significare, quam: si hereditatem vel sibi (non) adquisierit, vel mutata conditione alium heredem non fecerit ». Confr. BUCHHOLTZ. *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess* [Rivista di diritto e procedura civile], vol. X, pag. 443; THIBAUT in fine della *Diss. cit.*

« Quum autem in superiore parte legis, non aditam hereditatem minime, nisi quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti, di sposuimus; necesse est, si quis solidam hereditatem non adierit, hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit et potuerit, pervenire. Quod si hoc non sit, vel ab intestato successores eam suscipiant, vel si nulli sint, vel accipere nolint, vel aliquo modo non capiant, tunc ad nostrum aerarium devolvatur » ²⁾).

L'imperatore determina qui l'ordine nel quale l'eredità è offerta a più persone l'una dopo l'altra pel caso che l'erede istituito non accetti e dice che in tal caso essa spetti ai sostituti, solo in pochi casi avendo luogo la trasmissione del diritto agli eredi dell'erede; ora queste parole non si possono intendere altrimenti che nel senso che avverandosi uno di tali casi il trasmissario sia preferito ai sostituti ³⁾).

Gli argomenti sin qui adottati valgono anche per la preferenza della così detta trasmissione giustiniana per la quale s'intende, com'è noto, la facoltà dell'erede dell'erede di acquistare l'eredità durante il termine per deliberare che sarebbe spettato al proprio autore ⁴⁾. Chi muore durante il termine per deliberare senza aver dichiarato se accetti o no l'eredità, non può dirsi abbia rinunciato e la sostituzione può aver effetto soltanto per la impossibilità di una dichiarazione ulteriore; ma quando la legge attribuisce agli eredi di lui la facoltà di accettare, il diritto del primo erede viene a considerarsi come persistente e perciò non si può dire che si sia avverato il caso di sostituzione ⁵⁾. Così vengono confutati senz'altro gli argomenti degli avversari, i quali dicono che è sempre certo però che l'istituito non è divenuto erede e così si è avve-

²⁾ L. un. § 13 C. de cad. toll., 6, 51.

³⁾ La forza di questo argomento è riconosciuta anche dal REUTER, loc. cit., pag. 11 segg.: ma egli crede di poterla distruggere osservando che l'eccezione non è indicata nella parte dispositiva. Come se ciò potesse significare qualche cosa contro una conclusione logicamente necessaria!

⁴⁾ L. 19 C. de iure delib., 6, 30.

⁵⁾ STRUYE, *Synt. jur. civ.*, loc. cit., p. 254; THOMASIIUS, in *Schol. et addit. ad Utr. HUBERI, Prael. in tit. de vulg. et pup. subst.*, n. 5.

rato il caso di sostituzione ⁸⁶⁾). Gli avversari però invocano anche un testo delle *Pandette* il quale, secondo essi, riconosce espressamente la preferenza del sostituto al trasmissario e che deve come legge speciale essere preferito alla disposizione di GIUSTINIANO sulla trasmissione dello *spatium deliberandi* ⁸⁷⁾). Esso suona:

« PAULUS, lib. I *ad Plautium*. Si quis heres ita scriptus fuerit, ut intra certum tempus adeat hereditatem, et si non ita adierit, alius ei substituatur, prior autem heres, antequam adiret, decesserit: *nemo dubitat, quin substitutus ultimum diem aditionis expectare non soleat* ⁸⁸⁾).

Il testo è chiaro: quand'anche non sia trascorso il termine prescritto all'erede per l'adizione, il sostituto può adire subito dopo la morte di questo senza necessità di aspettare che sia trascorso il termine intero. Contro la forza probante di questo testo il THIBAUT osserva che al tempo dei giureconsulti delle *Pandette* non esisteva ancora il diritto di trasmissione *ex persona deliberantis* e la decisione di PAOLO era perciò pienamente conforme ai principii di diritto allora vigenti nè occorre considerarla come fondata su motivi speciali: quando però GIUSTINIANO trasferì il diritto di deliberare anche agli eredi dell'erede la nuova legge dovette colpire anche i casi che erano già stati decisi secondo i diversi principii dell'antico diritto ⁸⁹⁾). Ma contro questa interpretazione sta la circostanza che la legge di GIUSTINIANO è dell'anno 529, quindi anteriore alla compilazione delle *Pandette*. Secondo gli insegnamenti dello stesso THIBAUT non si potrebbe in tal caso appli-

⁸⁶⁾ HUBER, *ad h. t.*, n. 5. Anche il VINNIO, ad § ult. I. *de vulg. subst.*, n. 2, sta cogli oppositori e adduce per la sua opinione il seguente argomento: « neque enim nova et exorbitans constitutio facile extendi debet cum iniuria tertii, qui pro se habet et provisionem hominis et simul provisionem legis ». Ma questo argomento dovrebbe, se esatto, opporsi alla trasmissione in generale, perchè ogni trasmissione è un *ius singulare*, e il VINNIO è per ciò inconsequente accordando negli altri casi la preferenza al trasmissario.

⁸⁷⁾ Vedi in specie CRELL, *Diss. cit.*, § 5.

⁸⁸⁾ L. 72 D. *de adq. her.*, 29, 2.

⁸⁹⁾ THIBAUT, *Versuche* [Saggi], vol. I, pag. 251-261; 1.^a ediz.

care la regola che il Codice debba essere preferito alle *Pandette* e dovrebbe dunque ammettersi una svista dei compilatori, cosa che nel dubbio non deve ammettersi. Occorre dunque cercare, se è possibile, una conciliazione, ed in particolare non si deve dimenticare la regola che *species derogat generi*, di maniera che le decisioni speciali contenute nelle *Pandette* restano in vigore anche accanto ad una regola diversa del Codice quando non sia assolutamente necessario far rientrare anche quelle sotto la nuova regola⁹⁰). Se questi principii, come non è dubbio, sono esatti, non importa neppure che la decisione speciale derivi da un principio prima ammesso generalmente, basta che essa riposi sopra un motivo speciale e tale che possa esistere senza vera contraddizione accanto alla nuova regola⁹¹). Si potrebbe così battere una duplice via per conciliare la L. 72 D. *de acquirenda her.*, 29, 2 colla L. 10 Cod. *de iure deliberandi*, e ritenere che la preferenza del trasmissario sia riconosciuta per regola, ma esclusa per eccezione in questo caso, oppure separare dalla così detta trasmissione giustiniana il caso in cui il testatore abbia imposto all'erede un termine per accettare. La prima cosa però non si può sostenere fino al punto di ritenere che il trasmissario giustiniano debba sempre essere posposto ai sostituti perchè GIUSTINIANO nella L. un. § 13 Cod. *de caducis tollendis* accorda in generale la preferenza al trasmissario. Se dunque si vuol tentare una conciliazione su questa via altro non resta che trovare il motivo della decisione nella forma speciale della disposizione testamentaria, cioè nel fatto che sia espressa la condizione che l'erede debba accettare entro un tempo determinato. È noto poi che le condizioni sottintese (*iuris* o *tacitae condiciones*) hanno la forza delle condizioni vere e proprie quando il testatore lo dichiara espressamente⁹²), perciò si deve anche ammettere che se il testatore dice: istituisco erede A sotto

⁹⁰) THIBAUT, *Civilistische Abhandlungen* [Dissertazioni di diritto civile], n. VI, pag. 82-90.

⁹¹) Confr. THIBAUT, *Diss. cit.*, n. VII, pag. 119 e segg.

⁹²) L. 12 D. *de cond. inst.*, 28, 7.

la condizione che egli entro i cento giorni dalla mia morte dichiarasse se accetta, e l'erede muoia prima del termine senza fare alcuna dichiarazione, la condizione si ritiene per non avverata e l'erede dell'erede è escluso dal sostituto⁹³⁾. Ora le espressioni della L. 72 sono certamente conciliabili con questa interpretazione⁹⁴⁾, nè sarebbe possibile interpretare diversamente il testo come legge speciale. Difatti l'imperatore ordina molto generalmente che ogni erede, abbia o no un termine per deliberare, si debba considerare come deliberante finchè non abbia dichiarato di accettare e trasmesso così agli eredi il diritto di accettare⁹⁵⁾; deve perciò ritenersi indifferente se il termine per accettare sia stato imposto dal testatore, dal magistrato o dalla legge. In antico l'aggiunta nel testamento di un termine per accettare offriva alcune particolarità, specialmente nel caso che fosse nominato un sostituto all'erede; queste particolarità però in parte sono sparite nel diritto giustiniano, in parte sono tali che il risultato qui esposto non può esserne toccato. Prima di GIUSTINIANO si poteva parlare di termini legali soltanto a riguardo della *agnitio bonorum possessionis*; chi non osservava il termine era escluso dal diritto di eredità almeno pretoria, a favore dei coeredi o degli eredi seguenti nell'ordine della *bonorum possessio* o dei sostituti⁹⁶⁾. Un termine per accettare di almeno cento giorni prorogabile per giusti motivi

⁹³⁾ § 2 I. *quibus modis test. infir.*, 2, 17; L. 52 § 1 D. *de adq. vel om. her.*, 29, 2.

⁹⁴⁾ In simil modo è interpretato il testo nella *Glossa* di ACCURSIO. Vedi CULACIO, *Tractatus ad Africanum*, I, ad h. l.

⁹⁵⁾ L. 19 C. *de iure delib.* « Sancimus, si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit, vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa ». La questione se questa legge conceda all'erede uno *spatium deliberandi* di un anno e l'altra se la disposizione di questa L. 19 sia stata modificata dalla L. ult. C. *eod.* debbono qui essere lasciate da parte. Vedi infra § 1467.

⁹⁶⁾ L. 4 D. *de bon. poss.*, 37, 1; L. 2 § 4 D. *de bon. poss. sec. tab.* 37, 11.

poteva anche essere imposto all'erede dal magistrato su domanda degli interessati all'eredità, quali i creditori, i legatari, i sostituti; trascorso inutilmente questo termine l'erede perdeva il suo diritto⁹⁷⁾. Ciò supponeva però che un tale termine non fosse stato già imposto dal testatore. Se ciò fosse avvenuto, il decorso di esso aveva, alla pari della morte dell'erede prima di avere accettato, lo stesso effetto⁹⁸⁾. Le distinzioni della *cretio*⁹⁹⁾ che sono contenute nelle fonti antegiustiniane permettono di concludere per l'uso frequente di tali disposizioni. Il modo più frequente era quello di imporre il termine della *cretio* come *tempus utile* onde essa era detta anche *cretio vulgaris*¹⁰⁰⁾ in contrapposto alla continua, nella quale i giorni si computavano nell'ordine naturale senza interruzione. Inoltre la *cretio* era perfetta o imperfetta secondo che le parole *quod ni ita creveris exheres esto* fossero o no contenute nella disposizione¹⁾. Questa distinzione si applicava perciò soltanto ai casi di sostituzione ed a questi solo alludono

⁹⁷⁾ L. 1 § 1; L. 2; L. 3 D. *de iure delib.*, 27, 8; L. 69 D. *de acq. vel om. her.*, 29, 2; GAIO, II, 167. Cfr. nota 6 più oltre.

⁹⁸⁾ Una proroga del termine per opera del magistrato non potea avvenire, ma potea invece abbreviarsi nell'interesse dei creditori un termine troppo lungo. GAIO, II, 170.

⁹⁹⁾ Cioè, la dichiarazione di voler divenire erede, la quale dovea farsi nel modo prescritto o con parole solenni, sempre quindi dalla persona stessa dell'erede. ULPIANUS, *Fragm.*, XXVII, § 28: « Cernere est, verba cretionis dicere ad hunc modum: cum me Maevius heredem instituerit, eam hereditatem adeo cernoque ». Cfr. *ibid.*, § 27; GAIO, II, § 164; SCHILLING, *Bemerkungen* (Osservazioni sulla storia del diritto romano), pag. 78 e segg.

¹⁰⁰⁾ GAIO, *Inst.*, II, §§ 171-173: « — alia *cretio vulgaris* vocatur, alia *certorum dierum*; *vulgaris* — in qua dicuntur haec verba: *quibus sciet poteritque*; *certorum dierum* in qua detractis his verbis cetera scribuntur. — — *Certorum dierum cretione* data etiam nescienti, se heredem institutum esse, numerantur dies continui; item ei quoque, qui aliqua ex causa cernere prohibetur, et eo amplius ei, qui sub conditione heres institutus est, tempus numeratur. — Continua haec *cretio* vocatur, quia continui dies numerantur; sed quia tam dura est haec *cretio*, altera magis in usu habetur; unde etiam *vulgaris* dicta est ». ULPIANI, *Fragm.*, §§ 33 e 34.

¹⁾ ULP., *loc. cit.*, §§ 33 e 34.

infatti le fonti ²⁾. Nella *cretio* perfetta il sostituto escludeva in modo assoluto l'erede istituito in primo grado quando questi non avesse accettato nel termine prescritto; una adizione non formale (*pro herede gestio*) sarebbe stata priva di ogni efficacia. Nel caso della *cretio* imperfetta invece l'adizione non formale procurava all'erede che avesse accettato in modo non formale la metà, in modo che egli concorresse col sostituto come se questo fosse un suo coerede ³⁾. Da principio questo aveva luogo sempre quand'anche il termine della *cretio* non fosse trascorso per intero, cioè l'erede non poteva escludere neppur colla *cretio* il sostituto dal diritto alla metà, ma questo si cambiò ben presto, e venne ammesso che anche dopo la *pro herede gestio* il sostituto fosse escluso completamente dalla *cretio* dell'erede quando questa fosse avvenuta nel termine prescritto ⁴⁾. Dopo una costituzione dell'imperatore MARCO AURELIO non fu più necessaria nella *cretio* imperfetta alcuna dichiarazione formale per escludere completamente il sostituto, ma ciò avvenne per ogni accettazione dell'eredità fatta in qualsiasi forma dentro il termine prescritto dal testatore ⁵⁾.

Nelle fonti del diritto giustiniano questa distinzione fra *cretio* perfetta ed imperfetta non si trova più naturalmente; qualunque dichiarazione di volere accettare l'eredità fatta nel termine prescritto esclude il sostituto; dopo il decorso del termine questi invece sottentra, ma può essere ancora escluso nuovamente dal diritto di trasmissione dopo la morte dell'erede, salvo che il testatore non abbia posto come condizione vera e propria il termine dell'adizione. Astrazione fatta da questo caso, il trasmissario o

²⁾ GAIO, *Inst.*, II, § 174, §§ 176-178; ULP., §§ 33 e 34.

³⁾ GAIO, *loc. cit.*, §§ 176 e 177: « — — — si *cretio sine exheredatione sit data*, — — — si prior omitta *cretionem pro herede gerat, substitutus in partem admittitur, et fiunt ambo aequis partibus heredes* »; ULPIANUS, § 34.

⁴⁾ GAIO, I, § 178.

⁵⁾ ULPIANO, XXII, 34; HUGO, *Rechtsgeschichte* [Storia del diritto romano], pag. 934, 11.^a ediz.; GANS, *Scholien zum Gaius* [Scolii a GAIO], pag. 289, 367.

l'erede dell'erede è sempre preferito al sostituto anche quando sia sopra sua domanda imposto all'erede un termine per accettare ⁶⁾.

La mancanza del diritto della sostituzione può dipendere da un motivo che stia nella persona del primo erede o da un motivo che stia nella persona del secondo erede, cioè del sostituto.

a) Il motivo sta nella persona del primo erede quando questi acquista l'eredità per sè o per altri e nel caso della trasmissione al proprio erede ⁷⁾. L'acquisto per un altro si riferisce ai casi in cui siano istituiti gli schiavi o i figli di famiglia, i quali acquistano per il padre, esso perciò non è più applicabile perchè nel diritto moderno i figli acquistano per sè ⁸⁾. Bisogna però collegare a questo punto alcune particolari trattazioni, benchè il loro oggetto abbia un'importanza pratica soltanto parziale.

1.^o Quando un non libero che il testatore riteneva libero sia stato istituito erede e per il caso che non divenga erede gli sia sostituito un altro, il sostituto deve dividere l'eredità col padrone dell'erede istituito ⁹⁾. POMPONIO fonda questo diritto sopra una decisione dell'imperatore TIBERIO al quale pure la cosa giovava perchè il suo schiavo Partenio era stato istituito erede dal testatore che lo riteneva libero ¹⁰⁾. GIULIANO adduce anche un altro motivo ¹¹⁾, il quale propriamente non può provare se non

⁶⁾ Cfr. BUCHHOLTZ, *Zeitschrift für Civilrecht und Process* [Rivista di diritto e procedura civile], vol. X, pag. 443 e segg. La questione trattata propriamente da questi scrittori, se il sostituto sia preferito all'erede quando questi lasci trascorrere il termine di deliberazione senza fare alcuna dichiarazione, o se invece questi sia per diritto giustiniano considerato erede, non deve trattarsi qui, ma al titolo *de iure deliberandi*.

⁷⁾ L. 5 C. h. t.; L. 7 D. de acq. vel om. her., 29, 2.

⁸⁾ Vedi § 1437 di questo *Commentario* a pag. 453 seg. del precedente volume.

⁹⁾ L. 40 (GIULIANO) e L. 41 (POMPONIO), D. de her. inst., 28, 5; § 4 I. de vulg. subst., 2, 15.

¹⁰⁾ L. 41 cit.: « Et hoc Tiberius Caesar constituit in persona Parthenii, qui tamquam ingenuus heres scriptus adierat hereditatem, cum esset Caesaris servus: nam divisa hereditas est inter Tiberium et eum, qui Parthenio substitutus erat ».

¹¹⁾ Nel testo delle *Istituzioni*, che è formato coi due testi delle *Pandette*, si trovano enunciati ambedue i motivi.

il motivo pel quale il sostituto non doveva essere escluso, non anche che il padrone dello schiavo potesse accampare una pretesa alla metà dell'eredità.

« Nam qui scit, aliquem servum esse, et eum heredem scribit, et ita substituit: *si Stichus heres non erit, Sempronius heres esto*, intelligitur tale quid dicere: si Stichus neque ipse heres erit, neque alium fecerit. At qui eum, quem liberum putat esse, heredem scripserit hoc sermone: *si heres non erit, nihil aliud intelligitur significare, quam si hereditatem vel sibi (non) adquisierit vel mutata conditione alium heredem non fecerit: quae adiectio ad eos pertinet, qui patresfamilias heredes scripti postea in servitatem deducti fuerint. Igitur in hoc casu semisses fient, ita ut alter semis inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit, et substitutum aequis portionibus dividatur » ¹²⁾.*

GIULIANO vuol dire dunque che questo caso non doveva essere deciso nello stesso modo di quello della istituzione di un uomo libero il quale poi fosse divenuto schiavo. In ogni istituzione d'erede il testatore deve sempre avere dinnanzi agli occhi la possibilità di un cambiamento nello stato personale dell'erede mediante *capitis deminutio* e perciò l'istituzione deve sempre interpretarsi in questo modo, se l'erede istituito nè divenga erede egli stesso, nè acquisti l'eredità per altri. Se pertanto il testatore abbia considerato l'erede come un uomo libero, la disposizione include anche il caso che questo abbia cessato di esser tale prima della delazione dell'eredità, ma non può valere anche pel caso che la condizione dell'erede presupposta nell'istituzione non sia mai esistita. Il giureconsulto fa dipendere da ciò la conseguenza che il sostituto non sia escluso del tutto, come sarebbe il caso se il testatore non avesse errato sullo *status* dell'erede, ma questo si fosse mutato in seguito ¹³⁾.

¹²⁾ Ben pochi testi han dato da fare agli interpreti come questo. Vedi la nota dello SCHULTING ad L. 40 D. *de her. inst.*, vol. V, p. 59 e segg. ediz. SMALLENBERG.

¹³⁾ Fra tutti gli interpreti il solo TEOFILO, § 4 L. *de vulg. subst.*, riproduce nel modo più chiaro il nesso dell'argomentazione di GIULIANO, perocchè egli solleva almeno il dubbio, pur non risolvendolo, per qual motivo il sostituto non riceva l'intero.

Da ciò però non appare perchè il sostituto non escluda del tutto il padrone dello schiavo istituito. Per spiegare ciò i moderni hanno battuto vie diverse. Alcuni lo spiegano come una applicazione del diritto sopra espresso della *cretio imperfecta*, secondo il quale la *pro herede gestio* avrebbe per effetto una divisione dell'eredità fra l'istituito ed il sostituto ¹⁴⁾. Ma, anche astraendo dal fatto che i compilatori si meriterebbero per ciò almeno il rimprovero di aver dato efficacia pratica ad un concetto non più applicabile ¹⁵⁾, non è possibile trovare un nesso qualunque fra il diritto della *cretio imperfecta* e il caso deciso da GIULIANO ¹⁶⁾. Perciò merita senza dubbio di essere preferita l'opinione che segue. Poichè secondo la volontà presumibile del testatore la disposizione vale sempre quando l'erede istituito cessa per una qualunque *deminutio capitis* di essere *sui iuris*, così è per lo meno dubbio se egli non avrebbe istituito quell'erede egualmente anche conoscendone lo stato di schiavitù. Perciò qui, come anche in altri casi dubbi nei quali l'oggetto sia divisibile, si fa luogo ad una divisione ¹⁷⁾. Si chiami pure questo con ACCURSIO un *iudicium rusticorum* o con altri un giudizio di Salomone ¹⁸⁾, vero è sempre che si poteva per esso invocare una autorità imperiale e ciò si è ritenuto sufficiente anche in altri casi nei quali l'intenzione del disponente appariva dub-

¹⁴⁾ CUIACIUS, in *Not. ad inst. h. l.*; Edm. MERILLIUS, *Variant. ex Cuiacio*, lib. I, c. 36, lib. III, c. 4, e *Obserrat.*, lib. IV, cap. 34; Jac. GOTHOFREDUS in *Animadv. iur. civil.*, cap. 16; OTTO, *Thest.*, vol. III, pag. 310 e segg.; LÖHR, *Parthenius* nel *Magazin* [Magazzino di filosofia e storia del diritto, ecc. di LÖHR e GROLMAN], vol. III, diss. V, pag. 139 e segg.

¹⁵⁾ Ciò ammette anche il LÖHR, *loc. cit.*, pag. 143.

¹⁶⁾ Ma tutto ciò che gli autori citati poco sopra alla nota 14 adducono per questo concetto consiste nel notare che anche qui l'adizione dell'eredità non segue nel modo desiderato dal testatore. L'insufficienza di questo argomento è ammessa dallo stesso LÖHR, *Osservazioni*, ecc., p. 13 e segg. (Cfr. anche AURELIO, *de variant. Cuiacii interpr.*, disp. 37, nel *Thesaurus* di OTTONE, III, pag. 783.

¹⁷⁾ CUIACIO, *Observationes*, lib. XVII, c. 21.

¹⁸⁾ GLOSSA ACCURSII, *videantur*, ad L. 34 D. *de neg. gestis*.

¹⁹⁾ HOEPFNER, *Commentario delle Istituzioni*, § 503, nota 1. Il FREHER, *Verisimilia*, lib. I, c. 7, lo chiama un *anilepidicium*.

bia²⁰⁾ 21). GIULIANO non cerca neppure di giustificare la decisione imperiale con motivi giuridici, ma egli tende soltanto a far notare i dubbii che in tali casi dovevano nascere circa l'intenzione del testatore e così sono spiegate in qualche modo le parole *igitur*, ecc.

Una difficoltà particolare per la spiegazione di questo testo nasce però anche dalle parole finali perchè per esse una metà appartiene tutta ad uno e soltanto l'altra metà deve dividersi fra il sostituto ed il padrone dell'erede. Non si può certo sostenere, secondo le regole della grammatica, che le parole, quali ci sono tramandate dalla Fiorentina, possano intendersi di una divisione dell'intero asse in parti uguali²²⁾: piuttosto è da accettare l'emendazione del CUIACIO, il quale crede che le parole *alter semis* siano derivate dalla parola *as*, la quale fu erroneamente presa per la sigla *A. S.* e sciolta appunto in *alter semis*²³⁾. Questa congettura ha trovato molti seguaci²⁴⁾, ed è da preferirsi in ogni caso a quella

²⁰⁾ Vedi per es. L. 28 D. *de inoff. testam.*, 5, 2; L. 29 D. *de her. inst.*, 28, 5.

²¹⁾ DUARENUS, in *Comment. ad tit. de vulg. et pup. subst.*, c. X (*Opp.*, pag. 382 e segg.); FR. CONNANUS, *Comment. iur. cir.*, lib. X, c. 7, n. 5; II. DONELLUS, *Comment. iur. cir.*, lib. VI, c. 24, § 16; ER. OTTO, ad § 4 I. *de vulg. subst.*, n. 1; POTHIER, *Pand. Justin. ad h. l.*, n. 19, nota 2. — Una spiegazione tutta particolare si ha in DOVIATIUS, *ad Theophili Paraphr. h. l.* Vedi in senso contrario, OTTONE, *loc. cit.*

²²⁾ Ciò è sostenuto in specie da VIGLIO ZUCHEM, *Comm. ad § 4 I. de vulg. subst.*, il quale crede che *alter* possa avere qui il significato di *uterque*, e dal BYNKERSHOECK, *Observationes iuris Romani*, lib. IV, c. 19, il quale è d'opinione che GIULIANO abbia solo peccato di poca chiarezza. Analoga era già l'opinione del CONNANO, *loc. cit.*, n. 5. Ma senza interpretare il testo contro la sua stessa lettera non è possibile intendere il principio diversamente che nel senso che una metà dovesse dividersi in parti uguali. Cfr. anche la nota 9 dello SMALENBURG ad *h. l.*

²³⁾ CUIACIO, *Observationes*, lib. XVII, c. 21.

²⁴⁾ CONTIUS, *Notae ad § ult. I. de vulg. subst.*; SCHULTING, nota 92 in f. ad *Ulpiani fragm.*, XXII, 34; VOET, *Comm. ad Pandectas h. l.*, § 7. HUNGER, traduzione tedesca del *Corpus iuris*, III, p. 64, nota 121; HUBERO, *ad tit. Inst. de vulg. subst.*, n. 2 dice di questa congettura: « *sensu quidem optimo, sed audacius* ». In senso contrario MERILLIUS, *Variant. ex Cuiacio*, III, c. 4; GOTOFREDO, *Animadversiones*, cap. 16 in

del CRUSIO secondo il quale si dovrebbe leggere: *ita ut alter sem. (idest SEMPRONII sc. sit). as inter eum . . . dividatur*²⁵). Pienamente errato anche è da ritenersi il tentativo di provare che la divisione dovesse farsi in modo che al sostituto toccasse soltanto un quarto²⁶). EINECCIO crede che le parole *igitur in hoc casu* siano da riferire al caso ultimo nominato, che cioè l'istituito fosse libero, poi divenuto schiavo e in questo caso il padrone dell'istituito dovrebbe avere la metà da solo, e dividere l'altra metà col sostituto²⁷). Questa interpretazione però giunge ad un risultato contrario a tutti i principii di diritto, perchè se il testatore non aveva errato sullo stato dell'istituito doveva sempre applicarsi la regola che il sostituto fosse escluso quando il primo erede avesse acquistato l'eredità per sè o per altri. Questa parte della decisione si spiegherebbe nel modo più facile ammettendo che Tizio non fosse istituito solo, ma per metà accanto ad un altro: anzi secondo l'ALCIATO un vecchio manoscritto leggerebbe: *eique si heres non esset SEMPRONIUM coheredum substituerit*²⁸). A questa interpretazione però non si adattano le parole *potest dici SEMPRONIUM in partem hereditatis admitti*, perchè era fuor di dubbio che egli avrebbe potuto sempre pretendere come coerede una metà, ma la parte attribuita a Tizio non può essere intesa come *pars hereditatis*²⁹). Bisogna

OTTONE, *Thesaurus*, III, 307 in f.; *Giano da COSTA ad § 4 I. de vulg. subst.*; MARCILIUS *ad eundem locum*; STRYKIO, *Vindictio legum anticritica*, c. 16 in OTTONE, *Thes.*, I, B, p. 536; BYNKERSHOECK, *loc. cit.*, ed altri.

²⁵) *Ge. Conr. CRUSIUS, Diatr. de restitutione*, cap. 40 *D. de heredib. inst.* (OTTO, *Thes.*, t. I, B, p. 667 segg.). Contro OTTO, *ad Instit.*, *loc. cit.*, n. 3 β.

²⁶) *Henr. a SUERIN, Repetitar. lection. jur. civ.*, c. 37 (OTTO, *Thes.*, t. IV, p. 60 segg.). — Similmente *Chr. THOMASIUS in nov. addit. ad HUBERI, Prael. in instit. tit. de vulg. subst.*, n. 2.

²⁷) HEINECCIUS, *Additiones ad Vinnium, h. l.* Quest'opinione è accolta anche da *G. Go. SAMMET, Lectiones iuris civilis*, cap. 15, *Opusc.*, p. 153 ed è difesa in sostanza anche dal MARCILIUS *ad h. l. Inst.*

²⁸) ALCIATO, *Dispunctiones*, lib. I, c. 2. Questa lezione è accolta fra gli altri dal DUARENUS, *loc. cit.*, p. 383 e dal DONELLO, *loc. cit.*, § 18.

²⁹) *Iac. GOTHOFREDI, Animadv.*, cap. 15 in f. (OTTO, t. III, p. 306); *STEK, loc. cit.*, cap. 15 (OTTO, t. I, B, p. 535); *CRUSIUS, loc. cit.*, c. 6 (OTTO, t. I, p. 672).

dunque contentarsi di ammettere che le parole della frase finale sul modo di divisione o contengano un errore o siano fondate sopra una particolarità di fatto non enunciata nel testo: lo stesso principio è espresso abbastanza chiaramente del resto nel testo delle *Istituzioni* come nella L. 41 D. *h. t.* ed ambedue ripetono che nei casi di questa specie il sostituto riceve la metà di ciò che spettava all'istituito³⁰).

S'intende da sè però che i principii esposti da GIULIANO nella L. 41 non si applicano quando appaia che il testatore non volle il risultato al quale essi conducono. Se pertanto egli abbia dichiarato di volere che l'erede istituito acquisti per sè e non per un terzo avrà luogo la sostituzione quando l'erede perda la libertà. Parimente è anche una questione di volontà quella se un errore del testatore sullo *status* abbia per effetto la divisione dell'eredità fra il sostituto ed il padrone dell'erede o se il primo non escluda del tutto l'altro. Così decise l'imperatore ALESSANDRO SEVERO per un caso in cui un soldato aveva istituito erede uno schiavo comune a sè ed a suo fratello sostituendogli poi un terzo³¹). Il WESTPHAL trova una contraddizione fra questo testo e la decisione contenuta nelle *Istituzioni* e nelle *Pandette* e crede che i compilatori abbiano in queste dimenticato che il diritto ivi accolto era stato mutato da una costituzione posteriore³²). Ma nella costituzione non si trova alcuna traccia dell'intenzione di mutare il diritto esistente e tutto invece fa credere che la decisione dipenda

³⁰) Vedi ancora VINNIUS, ad § 4 I. cit., n. 3; OTTO in *praefat. ad thes. jur. Rom.*, t. V, p. 30 segg. e in *f. notar.* ad § 4 I. cit.; POTHIER, *Pand. Justin. ad h. t.*, n. XIX, nota 1. — Il PUETTMANN, *Probabilia*, lib. I, c. 16, p. 145 e segg. crede, come l'EINECCIO, che GIULIANO colle parole *igitur in hoc casu*, ecc. non avesse più in mira il caso considerato nel principio del testo, ma quello immediatamente precedente e così ricostruisce il caso risolto: furono istituite due persone divenute più tardi servi, ma all'una di esse il testatore aveva sostituito Sempronio. Contro questa interpretazione però possono farsi le stesse osservazioni, che furono fatte sopra contro quella dell'EINECCIO.

³¹) L. 3 Cod. *de her. inst.*, 6, 24.

³²) WESTPHAL, *Teorie des R. R. von Testamenten* [Teoria dei testamenti secondo il diritto romano], § 639.

da quella che appaia essere stata volontà del testatore. Se questi credeva veramente, dice l'imperatore, che l'erede fosse il suo liberto ed ha anche mostrato di volere che questi acquistasse l'eredità per sè (*nec per eum ad alium quemquam hereditatem pertinere voluit*) si fa luogo alla sostituzione. Se invece egli designò l'erede come suo liberto, forse perchè ritenne questa dichiarazione sufficiente per accordargli la libertà, senza dimostrare col modo come la sostituzione è ordinata o con l'aggiunta di una condizione di voler mutare per nulla il diritto ereditario della legge ³³), il comproprietario dello schiavo acquista l'eredità per mezzo di questo e il sostituto è escluso ³⁴).

2.° Il figlio di famiglia in origine acquistava l'eredità pel padre alla pari dello schiavo e la stessa rinuncia che egli avesse fatto non poteva tornare a danno del padre ³⁵). Secondo il diritto nuovo il figlio acquista l'eredità per sè, ma il padre può acquistarla in vece sua se egli vi rinuncia ³⁶), di maniera che il principio accolto nelle *Pandette: filius familias repudiando sine patre non nocet patri* ha ancora un significato pratico. Ma se al figlio di famiglia istituito erede sia nominato un sostituto, rinunciando poi il figlio, sarà preferito il padre od il sostituto? Sembra che per il padre stia la regola testè enunciata, che la rinuncia del figlio non gli nuoce, onde alcuni danno la preferenza al padre ³⁷). Gli argomenti pre-

³³) Così io interpreto le parole « *quod si verba substitutionis ad ius retulit* ». Prima di GIUSTINIANO il comproprietario dello schiavo, al quale l'altro aveva data la libertà, ne acquistava per ciò la proprietà solitaria. Ciò fu abolito da GIUSTINIANO, ma egli non abolì anche il diritto del socio di acquistare per mezzo del servo comune l'eredità dell'altro socio, quando questi avesse istituito lo schiavo senza dargli la libertà. Vedi su tutto ciò il § 1437 del *Commentario* nel precedente volume a pag. 446. Ma l'istituzione qui accennata non può valere come una istituzione *cum libertate*, posto anche che il testatore volesse esprimere ciò colla forma dell'istituzione da lui scelta.

³⁴) DUARENUS ad tit. *Dig. de vulg. et pup. subst.*, loc. cit., pag. 583. CONNANUS, *Comment. jur. civ.*, lib. X, cap. 7, n. 4; CUIACIUS, *Observ.*, lib. XVII, c. 21; VINNIUS ad § 4 in f. *D. de vulg. subst.*

³⁵) L. 13, § 4, *D. de acq. her.*, 29, 2.

³⁶) L. 8 pr. § 1, 2 *C. de bonis quae liberis*, 6, 61. Cfr. pag. 467 seg. volume precedente.

³⁷) Per es. il DUARENUS ad *h. t. Cod.*, c. 10, p. 583 è il MERENDA, *Grück. Comm. Pandette.* — Lib. XXVIII, Parte IV. — 10.

valenti però stanno per l'opposta opinione. Il principio che anche dopo l'abolizione dell'acquisto diretto del padre per mezzo del figlio, il padre possa tuttavia acquistare per sè è un principio di diritto singolare che deve interpretarsi restrittivamente ed il meno possibile contro la probabile volontà del testatore. Quando pertanto alcuno è sostituito al figlio di famiglia per il caso che non possa o non voglia divenire erede è da ammettere come probabile che il testatore voglia preferire il sostituto al padre, cioè far avverare la sostituzione quando il figlio non acquisti l'eredità per sè stesso. La regola che il sostituto sottentri quando l'erede non acquista nè per sè nè per altri è applicata nella compilazione ancora soltanto agli schiavi³⁸⁾, non potendo più applicarsi ai figli di famiglia dopo che questi possono acquistare per sè³⁹⁾.

3.° L'istituzione di un incapace si ha per non scritta⁴⁰⁾: se dunque il primo erede sia incapace, la validità della istituzione comincia dal secondo, cioè colla sostituzione⁴¹⁾. Ma che cosa dovrà dirsi quando il primo erede sia capace, ma per la sua indegnità avrebbe luogo una *creptio* a favore del fisco? Si potrebbe credere che anche in tal caso fosse da seguire la probabile volontà del testatore a favore del sostituto, lasciando così al testatore piena libertà di evitare colla nomina di un sostituto questo diritto del fisco e la caducità. Tuttavia non solo è deciso espressamente che sebbene l'istituzione non valga il fisco sia preferito a tutti coloro

Controversiae iuris, lib. IV, cap. 8. Egli è accertato che questa fu già l'opinione comune. Vedi M. G. WERNHER, *Lectiss. commentationes ad h. t.* § 9 e gli scrittori ivi citati. Fra i moderni si pronunciano per essa il WENING, *Lehrbuch* [Trattato], § 463, nota n, e SCHWEPPE-MEYER, *Römisches Privatrecht* [Diritto privato romano], § 811, pag. 105, nota 6.

³⁸⁾ L. 40 D. *de hered. inst.* L. 3, C. *cod.*

³⁹⁾ H. DONELLUS, *Comment. jur. civ.*, lib. 6, c. 24, § 25-27; VINNIUS, ad § 4 I. cit., n. 1; STRUVE, *Synt. jur. civ.*, exerc. XXXIII, § 14.

⁴⁰⁾ L. 1 C. *de heredib. inst.*

⁴¹⁾ Precisamente come nel caso che la diseredazione sia espressa soltanto riguardo al secondo, non anche riguardo al primo grado. — L. 3, § 6, D. *de liberis et postumis*, 28, 2. Vedi pag. 607 del vol. II di questo libro XXVIII.

che sottentrerebbero nel caso di mancata istituzione ⁴²⁾, ma anche a proposito di un caso di indegnità è dichiarato che il fisco non possa essere escluso dal sostituto neppure se questo abbia compiuto quell'atto per la omissione del quale il primo erede sia stato dichiarato indegno ⁴³⁾. L'opinione comune si è sempre pronunciata per la preferenza del fisco ⁴⁴⁾.

4.º In certi casi il sostituto può entrare anche dopo che l'erede abbia già acquistato l'eredità, e questo avviene

a) quando un *suus heres* si astenga. Il *suus heres* non perde questa qualità per il fatto che alcuno gli sia sostituito: egli diviene perciò erede pel solo fatto della sua esistenza al tempo della morte del padre. Sebbene alcune disposizioni del testamento paterno restino in vigore non ostante l'astensione ⁴⁵⁾, questa ha per effetto di rimettere le cose nello stato stesso che se non vi fosse mai stato erede ⁴⁶⁾. Perciò la sostituzione ordinata dal padre colle parole: se mio figlio non sarà erede, ha lo stesso significato che se fosse ordinata colle parole: se egli si asterrà dall'eredità ⁴⁷⁾.

b) Lo stesso deve ammettersi quando un'erede che ha già acquistato l'eredità si faccia restituire in intero, non solo perchè vale come regola generale che la restituzione riconduce le cose nel pristino stato in quanto ciò sia necessario e possibile ⁴⁸⁾, ma

⁴²⁾ L. 12 D. *de his, quae ut indignis aufer.*, 34, 9.

⁴³⁾ L. 15 pr. D. *de Scto Silan.* (29, 5): « — nam poena illius (heredis instituti) hujus (her. substituti) praemium esse non debet ».

⁴⁴⁾ DUCARENUS, *loc. cit.*, p. 379; VINNIUS, ad § 4 I. *de vulg. subst.*, n. 2.

⁴⁵⁾ L. 41, L. 42 pr. D. *acquir. hered.*, L. 30 § 10 D. *de fideic. lib.*, 40, 5.

⁴⁶⁾ L. 12 D. *de interr. in iure fac.*, 11, 1: « hunc qui abstinet praetor non habet heredis loco ». — Confr. anche L. 87 § 1 D. *de acq. vel om. her.*, 29, 2, L. ult. D. *de dotis collatione*, 37, 7. — Solo per ciò che riguarda il mantenimento di certe disposizioni, quali le sostituzioni pupillari e le libertà, è detto: « non est sine herede qui suum heredem habet, licet abstinentem se ». L. 30 § 10 D. *de fid. lib.* AVERANI, *Interpretationes iuris*, lib. I, c. 9, § 34, 35. Vedi sopra in questo stesso paragrafo.

⁴⁷⁾ H. DONELLUS in *Comment. jur. cir.*, lib. VI, c. 24, § 11 e 19; VINNIUS, *Select. jur. quaest.*, lib. II, c. 23.

⁴⁸⁾ Arg. L. 24 § 4 D. *de minorib.* (IV, 4).

anche perchè la logica giuridica vuole che la restituzione abbia gli stessi effetti del *beneficium abstinendi*. Non mancano tuttavia argomenti contrari, almeno in apparenza, onde si è sempre molto discusso su questo punto, benchè gli stessi avversari concedano che l'opinione comune sta a favore del sostituto⁴⁹⁾. Si invoca specialmente un testo di ULPIANO⁵⁰⁾ nel quale è detto chiaramente che il sostituto deve entrare nel posto dell'erede il quale si faccia restituire quando l'eredità sia insolvente⁵¹⁾. I presupposti di fatto di questa decisione però sono tali che non può su essa fondarsi una regola generale. Era stato istituito erede un minore ed a lui era stato sostituito uno schiavo del testatore. Lo schiavo come erede necessario diviene *ipso iure* libero ed erede⁵²⁾, ma ciò presuppone che egli acquisti l'eredità immediatamente; conseguentemente adunque egli non avrebbe dovuto acquistare la libertà nè l'eredità se il primo erede fosse divenuto erede, anche se avesse poi cessato di esserlo⁵³⁾. Ma quando l'eredità era insolvente la stessa tendenza, la quale favoriva l'istituzione del proprio schiavo⁵⁴⁾, si manifestava anche per fare acquistare allo schiavo l'eredità come sostituto⁵⁵⁾. Ora tutto ciò non si adatta ad un sostituto estraneo. Gli avversari invocano anche un testo secondo il quale se un erede intestato abbia domandato la *bonorum possessio*

⁴⁹⁾ VINNIUS, *Sel. jur. quaest.*, lib. I, c. 14, p. 88.

⁵⁰⁾ L. 7 § 10 D. *de minorib.*

⁵¹⁾ Confr. DUARENUS ad *h. t.*, p. m. 381. CUIACIUS, *Comment.* ad L. 7 § 10, D. *de minorib.*; VINNIUS, *Sel. jur. qu.*, lib. I, c. 14.

⁵²⁾ § 1 I. *de hered. qual. et differ.*; § 1 I. *de heredib. inst.*

⁵³⁾ ULPIANO mischia qui in modo non molto chiaro anche la questione sul modo di risolvere il caso che il minore istituito abbia ripudiato l'eredità, ma abbia ottenuto la restituzione contro la rinuncia. La decisione è che lo schiavo sostituito è divenuto libero ed erede e resta libero, non ostante che l'eredità sia stata trasmessa al minore restituito mediante azioni utili. Vedi CUIACIO ad *h. l.* in f.

⁵⁴⁾ § 1 I. *de hered. qual. et diff.* — «Unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo, aut secundo, aut etiam ulteriore gradu heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius ejus heredis bona, quam ipsius testatoris, a creditoribus possideantur».

⁵⁵⁾ A. FABER, *Conject.*, lib. III, c. 4, p. m. 54; B. PAPILLONIUS, *de dir. hered. subst.*, c. IX in f. (OTTO, *Thes.*, vol. IV, p. 715).

e poi si sia fatto restituire come minore, non ha luogo il *successorium edictum*, cioè l'eredità non va ai prossimi eredi intestati, ma al fisco ⁵⁶). Ma non si può argomentare dal diritto della successione intestata al caso in cui alcuno debba per volontà del testatore entrare nel posto dell'erede mancante ⁵⁷). Infine i testi i quali dicono soltanto che il sostituto è escluso dall'adizione dell'eredità per parte del primo erede, provano soltanto quello che nessuno nega ⁵⁸), che il primo erede cioè è preferito al sostituto ⁵⁹). Testi che provino direttamente la nostra opinione non ve ne sono, è vero ⁶⁰), ma è già sufficiente avere distrutto gli argomenti avversari. L'unica differenza che esiste nelle nostre fonti tra la restituzione in intero o l'astensione è che la prima deve essere domandata al pretore entro un dato termine, la seconda non è legata nè a forme nè a termini ⁶¹); in tutto il resto però l'una e l'altra sono rinuncie permesse ad una eredità già acquistata, onde la restituzione è indicata anche come un *abstinere se hereditate per in integrum restitutionem* ⁶²) e la poca importanza che si dava qui alla differenza di espressioni è provata anche da un testo di GAIO dove la facoltà del minore *heres suus* di astenersi dall'eredità paterna dopo essersene già immischiato, facoltà possibile solo per restituzione in intero,

⁵⁶) L. 2 D. *de succ. edicto* (XXXVIII, 9).

⁵⁷) ANTONIO GOVEANO, *Variarum lectionum*, lib. II, c. 13, che il VINNIO pone a torto fra i difensori dell'opinione qui avversata. — o A. FABRO, *loc. cit.* PAPILLONIUS, *loc. cit.*, p. 716 nega valore all'argomento degli avversarii per il motivo che il diritto del fisco è di natura singolare e non estensibile per ciò.

⁵⁸) L. 5 C. *h. t.* Anche ULRICO HUBER vi si richiama nelle sue *Prælectiones ad h. tit.*, § 6.

⁵⁹) « Utrum herede instituto intra temp. delib. mortuo substitutus admittatur » (CRELL, *Diss.*, fasc. III, p. 531).

⁶⁰) Perchè i testi, che qui s'invocano, o parlano soltanto della sostituzione pupillare, come la L. 2 § 3 D. *h. t.*, L. 44 D. *de re iudicata*, 42, 1, o del *ius accrescendi* fra coeredi, come la L. 61 D. *de acq. her.*, 29, 2, oppure non contengono nulla di notevole, come ad esempio il principio che un minore possa essere restituito contro l'accettazione dell'eredità. L. 7 § 5 D. *de minoribus*.

⁶¹) L. 12 D. *de acq. vel. om. her.*, 29, 2.

⁶²) L. 2 § 10 D. *ad Sct. Tertull.*, 38, 17.

ora è chiamata *abstinendi facultas*, ora si fa derivare da un diritto di sostituzione⁶³). (Così mi sembra di avere sufficientemente giustificato il diritto del sostituto di entrare nel luogo del primo erede restituito contro l'accettazione⁶⁴).

c) Secondo una disposizione singolarissima di GIUSTINIANO il sostituto può succedere anche quando l'erede dentro l'anno dalla notificazione giudiziaria non abbia adempiuto gli oneri del testamento⁶⁵). Ma poichè di ciò si è trattato già ampiamente in altro luogo del *Commentario*, basterà un rinvio a quel luogo.

Del resto la logica esige che si ammetta che il sostituto possa essere respinto anche in seguito ad una restituzione contro la rinuncia fatta dal primo erede⁶⁶), ciò che è ammesso anche nel testo sopra interpretato che tratta del servo necessario⁶⁷).

5.º Se l'erede rinuncia al suo diritto di ereditare in base al testamento sottentra sempre il sostituto, salvo che con quella rinuncia egli non avesse voluto abbandonare del tutto il diritto di eredità, ma soltanto voluto succedere come erede intestato⁶⁸).

B) La sostituzione cessa per motivi che toccano la persona del sostituto quando questo muoia o divenga incapace prima che si avveri il caso della sostituzione, vale a dire o prima del testatore o in un tempo in cui è ancora incerto se l'erede possa acquistare l'eredità, per es. mentre questi delibera⁶⁹). La perdita della capacità per motivi giuridici non nuoce tuttavia se il sostituto sia ridivenuto capace all'avverarsi del caso di sostituzione⁷⁰).

⁶³) L. 57 pr. e § 1 *de acq. her.*

⁶⁴) Sono difensori di questa opinione, oltre gli scrittori già citati (GOVEANO, FABRO, PAPILLONIO e CRELL), UGO DONELLO, *Comm.*, lib. VI, c. 24, § 19; A. MERENDA, *Controversiae iuris civilis*, lib. IV, c. 19; STRUVIO, *Syntagma iuris civilis*, exerc. XXXIII. th. 17; VOET, *ad Pandectas*, h. t., § 14.

⁶⁵) Nov. 1.

⁶⁶) PAPILLONIUS, p. 716.

⁶⁷) L. 7 § 10 D. *de minorib.* Vedi nota 53.

⁶⁸) L. 3 C. *h. t.*

⁶⁹) L. 45 § 1 D. *h. t.*, L. 9 in f. D. *de suis et legit.*, 38, 16; HOEPFNER, *Commentario*, § 502, n. 5.

⁷⁰) Arg. L. 6 § 2, L. 49 § 1 D. *de hered. inst.*, 28, 5.

S'intende da sè che anche il sostituto può validamente rinunciare al suo diritto, soltanto il coerede che sia sostituito al proprio coerede è soggetto ad alcune limitazioni delle quali abbiamo già parlato nel paragrafo precedente ⁷¹⁾. Inoltre s'intende anche che secondo i principii generali la rinuncia prima dell'avverarsi del caso di sostituzione è inefficace: « Substitutus — si ante repudiet, quam heres institutus decernat hereditate, nihil valebit repudiatio » ⁷²⁾.

Se siano ordinati parecchi gradi di sostituzione sottentra sempre il seguente quando l'istituito nè il sostituto precedente non acquistino l'eredità, per la qual cosa è indifferente se il primo sostituto sopravviva all'avverarsi del caso di sostituzione o no, in altre parole se egli sia morto prima del primo erede o dopo ⁷³⁾, onde i moderni hanno formato la regola *substitutus substituto etiam est substitutus instituto* ⁷⁴⁾. Questo principio almeno per la sostituzione volgare è così intuitivo che non si capirebbe come i giuriconsulti romani potessero spendere una parola intorno ad esso se non vi fossero collegati risultati pratici importanti pel caso in cui il primo sostituto fosse anche primo istituito, cioè coerede e sostituto. Il caso più semplice è quello che due soli siano istituiti eredi e ad uno sia sostituito l'altro ed a questo un terzo, per es. A e B siano eredi, sostituisco ad A, B ed a questo C. Lo stesso risultato però si avrebbe anche se si applicasse invece della regola in discorso il diritto di accrescimento legittimo. Infatti, se B venisse a mancare per primo, C entrerebbe nel suo posto e quindi se A muore prima di avere accettato l'eredità, la sua parte va a C per diritto di accrescimento ⁷⁵⁾. Se però vi sono

⁷¹⁾ Cfr. L. 35 pr., L. 76 § 1 D. de acq. her., 29, 2.

⁷²⁾ L. 13 § 2 D. eod. — Cfr. L. 13 pr. eod. e L. 174 D. de reg. jur., 50, 17.

⁷³⁾ L. 27, L. 41 pr. D. h. t., § 3 I. de vulg. subst., L. 69 D. de acq. her., 29, 2.

⁷⁴⁾ GEIGER, *Diss. de substituto substituti*, Erlangen 1768. Vedi anche gli scrittori citati nelle note seguenti.

⁷⁵⁾ VINNIO, ad § 3 I. de vulg. subst., n. 1.

parecchi coeredi di primo grado vi ha una differenza fra le conseguenze della nostra regola e quelle del diritto di accrescimento. Per es A, B e C sono istituiti, B è sostituito ad A e Z a B. Supponiamo che soltanto C sia divenuto erede; Z non potrebbe avere per diritto di accrescimento due quote, quella di A e quella di B, ma sarebbe limitato dal concorso di C: invece come sostituto egli riceve le quote intere di A e di B escludendo il diritto di accrescimento di C. GIULIANO dice: *verius est in utramque partem Sempronium substitutum esse*⁷⁶⁾; e PAPIANO: « ad substitutum — utraque portio pertinebit, nec intererit, prior substitutus post institutum, an ante decedat »⁷⁷⁾.

Questo principio però non si applica alle sostituzioni pupillari. di guisa che se il testatore abbia due figli impuberi e sostituisca pupillarmente uno di questi all'altro e all'ultimo un terzo e i due figli muoiano ambedue impuberi, ma il sostituto prima dell'altro, la seconda sostituzione pupillare si estingue⁷⁸⁾. Alcuni non vogliono ammettere ciò come regola e tentano di spiegare la decisione di SCEVOLA sulla base di speciali circostanze⁷⁹⁾ oppure attribuiscono l'accoglimento di quel testo discorde dai principii generali del diritto a trascuranza dei compilatori⁸⁰⁾. Eppure la differenza qui ammessa fra la sostituzione volgare e la pupillare

⁷⁶⁾ L. 27 D. *h. t.*, 28, 6.

⁷⁷⁾ L. 41 pr. D. *h. t.*, 28, 6. Cfr. HOEFFNER, *Commentario*, § 503. Nelle *Istituzioni*, § 3 *h. t.*, è detto: « divi Severus et Antoninus, sine distinctione rescripserunt ad utramque partem substitutum admitti. » — Alcuni vogliono interpretare le parole in corsivo anche nel senso che lo stesso valga per la sostituzione pupillare. Ma nel titolo delle *Istituzioni* è parola soltanto della sostituzione volgare e per ciò quelle parole significano soltanto che non ha importanza alcuna l'ordine delle sostituzioni nè la circostanza se il sostituto muoia prima o dopo l'istituito. L. 44 pr. cit. Cfr. MARCILIO *ad h. t. Inst.* VINNIO, *loc. cit.*, n. 2.

⁷⁸⁾ L. 47 D. *h. t.* (SCAEVOLA, lib. II *responsorum*).

⁷⁹⁾ Cfr. A. FABRO, *Errores pragmaticorum*, dec. XXXI, err. 2, p. m. 299; VOET *ad Pandectas*, *h. t.* § 2; OTTONE, *ad § 3 I h. t.*; LOEHR, *Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. IX, pagina 115 seg., n. IV.

⁸⁰⁾ VINNIO, *loc. cit.*

è evidente. In quella il principio sopra esposto dipende per necessità logica e giuridica dal fatto che il testatore dispone sopra una sola eredità che è poi la sua: se non valesse in tale ipotesi la regola *substitutus substituto substitutus instituto*, nel caso che vi fossero due soli coeredi ed uno fosse sostituito all'altro ed a questo un terzo e il coerede sostituito morisse per primo, al sostituito dovrebbe spettare la parte di questo e quindi la successione dovrebbe deferirsi *ab intestato* per la parte dell'altro coerede contro la regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. L'eredità pupillare, invece, per quanto deferita in base al testamento paterno è sempre una eredità diversa da quella del padre ⁸¹⁾ e così anche le eredità dei due figli impuberi dello stesso padre. Come per ciò questi può sostituire pupillarmente ad uno solo dei figli e lasciare che per l'altro si faccia luogo alla successione intestata, si concilia anche pienamente colla conseguenza giuridica che il sostituito pupillare acquisti soltanto il patrimonio di quello a cui fu sostituito e non anche ciò che quello avrebbe acquistato per eredità se avesse vissuto di più, quest'ultima parte deve attribuirsi invece agli eredi intestati del pupillo morto per primo ⁸²⁾.

§ 1450.

*In particolare della sostituzione pupillare.*1.° *Chi possa ordinare tale sostituzione ed a riguardo di chi.*

Del concetto e di alcune particolarità della sostituzione pupillare abbiamo dovuto parlare per incidente nei paragrafi precedenti del *Commentario* di questo titolo; ma la trattazione seguente vi è destinata in modo quasi esclusivo senza stare troppo attaccata però all'ordine errato delle singole trattazioni contenute nel *Commentario* di HELLFELD.

⁸¹⁾ L. 2 § 2 D. *de her. vel act. vend.*, 18, 4.

⁸²⁾ CUIACIO ad *Papiniani resp.*, lib. VI — ad L. 41 pr. D. *h. t.* — *Opera*, IV, 1062; PAVILLONIUS, *de dir. her. subst.*, c. VII in OTTONE, IV, p. 692, 693; G. a COSTA, ad I. *h. l.*

Poichè il diritto alla sostituzione pupillare è una derivazione della patria potestà, s'intende da sè che soltanto un ascendente paterno possa fare una sostituzione pupillare, ossia nominare un erede al figlio impubere e soltanto ad un discendente che si trovi nella sua patria potestà ⁸³). Il sesso del figlio non ha alcuna importanza, nè la circostanza che il rapporto di patria potestà derivi dalla nascita o dall'adozione ⁸⁴), nè il grado di parentela fra i discendenti e l'ascendente testatore, potendo benissimo l'avo o il proavo nominare un erede ai propri nipoti o pronipoti a condizione che dopo la morte di lui essi non siano per cadere sotto la potestà del loro padre ⁸⁵). È possibile bensì la sostituzione anche in questo caso, ma l'efficacia sua dipende dalla condizione che il nipote o pronipote sia alla morte dell'avo o del proavo un *suus heres*, cioè sottoposto immediatamente alla potestà di lui. La sostituzione può esser fatta a riguardo di qualunque postumo, sia che questo sia per divenire *heres suus* per la nascita, prima o dopo la morte del testatore poco importa, o per la mancanza di un *suus heres* precedente, come nel caso testè accennato, o per qualsiasi altro motivo ⁸⁶). È possibile anche nominare un erede ad una persona del tutto estranea alla famiglia, potendo la sostituzione divenire efficace per la successiva adozione o arrogazione ⁸⁷). Da

⁸³) L. 2 pr. D. h. t.: « emancipatis non possumus » (testamentum facere). — Della sostituzione pupillare così detta impropriamente, cioè dell'ipotesi che la madre o un terzo istituiscano un pupillo sotto la condizione che raggiunga la maggiore età, sostituendogli altri pel caso inverso. (L. 33 pr. D. h. t.), abbiamo già parlato sopra al § 1446. Questa non è in sostanza che una sostituzione volgare condizionale. MARCILIO ad § 4 l. h. t. VOET, ad *Pandectas h. t.*, § 16.

⁸⁴) L. 10 § 6 D. h. t.

⁸⁵) L. 2 pr. D. h. t. « — nepotibus etiam postumus, et deinceps, si qui recasuri non sunt in patris potestatem ».

⁸⁶) L. 2 pr. D. h. t. « — postumis plane possumus ». — GAJI, *Inst.* II, § 183; § 4 l. de pup. subst. — ULP., *Fragm.*, XXIII, 7. — Vedi nota seguente.

⁸⁷) L. 2 pr. D. h. t. « — Sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit, arrogaverit, filio praecedente ». — Alcuni vogliono leggere *praedece-*

«ciò appare quanto inesatta sia l'opinione che la sostituzione pupillare possa farsi soltanto a riguardo di discendenti che già al tempo della confezione del testamento si trovino sotto la immediata potestà del testatore ⁸⁸⁾.

«Ai nipoti che al tempo dell'emancipazione o dell'adozione del loro padre fossero già nati o almeno concepiti si può validamente sostituire perchè essi restano nella potestà del loro avo ⁸⁹⁾, i concepiti dopo seguono il diritto del loro padre. In qualunque modo avvenga la liberazione dalla patria potestà è indifferente, basta che il rapporto di potestà sia completamente estinto. Come è noto vi sono certi casi nei quali ha luogo una completa liberazione dalla patria potestà, ma l'esonerato conserva i diritti di famiglia o di agnazione ⁹⁰⁾. Poichè questa anomalia è riconosciuta espressamente nelle leggi ⁹¹⁾, è priva di fondamento l'opinione di coloro che negano possa dirsi a riguardo di quei modi di liberazione che per essi siano tolti gli effetti gravosi della patria potestà.

dente (vedi nota 3 in SMALLENBURG, ad *h. l.*), ma le parole finali non contengono che il motivo pel quale qui dovea aver luogo un'adozione *in locum nepotis*. Vedi anche la nota seguente.

⁸⁸⁾ Ciò è ammesso da vari scrittori, principalmente a cagione del pr. *I. h. t.* e di altri testi nei quali è detto che si può nominare un sostituto pupillare soltanto a quelli che si hanno *in potestate*. La disposizione che si possa sostituire anche ai postumi si vuole per ciò riferire ai così detti *postumi Vellaeani secundi* o ai nipoti, che dopo la morte del padre divengono *sui heredes* nel posto di lui: le parole della *L. 2* riferite nella nota precedente invece alluderebbero ad una sostituzione fatta dopo l'adozione. DONELLO, *Comm. iuris civilis*, lib. VI, c. 25, § 12, 13; VINNIO, *ad pr. I. h. t.*, n. 3, 4; PAPILLONIUS, *loc. cit.* Contro: BACHOVIO, *ad pr. I. h. t.*, n. 2; CALDERA, *Variarum lect.*, lib. I, c. 3, in MEERMANN, *The-saurus*, III, p. 397 seg.; LÖHR, *Archiv* [Archivio della pratica civile], volume IX, diss. 7, n. 3, pag. 112 seg. Questo scrittore spaccia per opinione comune l'opinione divergente, mentre invece il contrario affermano espressamente tutti gli altri scrittori citati sopra. Dei moderni SCHWEPPE-MEJER si pronunciano per l'opinione avversa (vol. V, § 812, pag. 107 e seg., nota 4), il WENING, § 464 per l'opinione da noi difesa.

⁸⁹⁾ § 9 *I. quibus modis ius patriae pot. solvitur*.

⁹⁰⁾ Vedi le mie *Pandette*, III, § 559, n. II.

⁹¹⁾ Nov. 81, c. 2; *L. 11 Cod. de leg. her.*, 6, 58.

non anche quelli vantaggiosi ⁹²). Una questione diversa è se ai liberati in tali modi dalla patria potestà resti anche la qualità di *sui*. Benchè infatti con questo concetto sia collegata soprattutto l'esistenza di un diritto all'eredità, vi è anche collegata la qualità di erede necessario, vale a dire l'obbligo di divenire erede ⁹³). Praticamente però è prevalente l'acquisto del diritto, perchè questo non può essere tolto arbitrariamente all'erede, mentre l'erede può arbitrariamente sottrarsi all'obbligo ⁹⁴). Se nulla vi ha di contraddittorio o di giuridicamente impossibile nel fatto di avere i diritti di un *suius* senza potere essere obbligato dal padre a divenire erede, anche il mantenimento dei diritti di suità da parte di alcuno senza la conservazione delle corrispondenti facoltà del padre è pienamente possibile. È adunque del tutto indifferente, per il difetto di facoltà nel padre di sostituire pupillarmente al figlio liberato o ai figli di lui concepiti posteriormente, il modo come si risolve la questione che riguarda il diritto della suità. Alcuni però non concordano in ciò e fanno dipendere da questa questione la risposta all'altra se sia possibile all'ascendente la sostituzione pupillare. Così è avvenuto in un caso giudiziario famoso nel quale un avo aveva sostituito ai figli del proprio figlio vivente in economia domestica separata. Si può dubitare se l'economia domestica separata dia luogo ad una completa estinzione del rapporto di famiglia, ma se anche si accolga l'opinione dei più che il figlio conservi i diritti di famiglia e sia liberato soltanto dalla patria potestà, cioè dall'influenza del padre sulla sua indipendenza personale, si deve logicamente ammettere che l'ascendente non conservi più alcun diritto sulla personalità del figlio e discendenti e neppur quello quindi di nominargli un erede ⁹⁵).

⁹²) Così il GLÜCK nel § 162 del *Commentario*, vol. II, p. 454 dell'edizione tedesca, e gli autori ivi citati.

⁹³) Vedi il § 1421 *h* del *Commentario* a pag. 415 del vol. II libro XXVIII.

⁹⁴) § 2 in f. I. *de her. qual. et diff.*

⁹⁵) Per la validità della sostituzione pupillare fatta dall'avo riguardo ai figli del figlio separato si sono pronunciati fra gli altri: J. H. BOEHMER. *Diss. de statu liberorum sui juris factorum per separationem et nuptiar*

Poichè la diseredazione non toglie la patria potestà, può essere nominato un sostituto pupillare anche ai discendenti diseredati ⁹⁶⁾: ma l'eredità pupillare non può essere gravata di legati ⁹⁷⁾, anzi secondo una decisione espressa di GIUSTINIANO in questo caso non vale neppure il legato di cui sia gravato il legato lasciato al pupillo ⁹⁸⁾.

Alcuni però cercano di negare l'efficacia di questa disposizione pupillare argomentando nel seguente modo: colla diseredazione, essi dicono, non è tolto secondo l'opinione più giusta, perchè anche ciò è discusso, il diritto della suità; ma poichè il giustamente diseredato si considera come morto ⁹⁹⁾ non può essere neppure considerato come *suus*; ora la sostituzione pupillare non può farsi se non a riguardo di colui che alla morte del padre sia *suus heres* ¹⁰⁰⁾, quindi essa deve cadere se la diseredazione resta in vigore. Soltanto se il padre tolga la diseredazione o questa perda la sua efficacia, per es. per rinuncia dell'erede testamentario, la sostituzione pupillare avrà vigore ¹⁾. Contro questa teoria si può elevare più di un dubbio grave. In primo luogo si domanda: la facoltà del padre di sostituire anche al figlio diseredato sarebbe

(*Exerc. ad Pand.*, t. I, p. 913 seg.) e G. L. BOEHMER in *Praefat. ad h. Tom.* Contro C. U. de GRUPEN, *Discept. et observat. for.*, p. 137 r.; HRINECCIUS nel *Responso*, ivi, p. 467 seg.; REINHARTH, *ad Christin.*, vol. IV, obs. 27; PUFENDORF, *Obs. jur. univ.*, t. III, obs. I. — Contro HÖPFNER, *Comment.*, § 506, nota 2.

⁹⁶⁾ GAIUS, II, 182; ULPIANO, XXIII, 8; § 4 I. *h. t.*, L. 1 § 2, L. 6. L. 10 § 4, 5 D. *h. t.*

⁹⁷⁾ L. 41 § 3 D. *h. t.*, L. 126 pr. D. *de legatis*, I, 30.

⁹⁸⁾ L. 24 C. *de legatis*, 6, 37. — Da questa costituzione si vede che era discussa anche la questione se il sostituto potesse essere gravato almeno di un legato quando al pupillo fosse dal padre lasciato un legato. GIUSTINIANO risponde negativamente nella citata costituzione, la quale è una delle *quinquaginta decisiones*. Vedi MARCIUS, *Expositio in quinquaginta decisiones Iustiniani*, ad decis. XXXVII, p. 415 seg. Maggiori particolari al § 1452.

⁹⁹⁾ L. 1 § 5 D. *de con. cum em. lib.*, 37, 8.

¹⁰⁰⁾ L. 41 § 2 D. *h. t.*, L. 2 pr. *eodem*: « nepotibus... si qui recusari non sunt in patriis potestatem ».

¹⁾ VINNIO ad § 4 I. *h. t.*, n. 4.

forse espressa senza limiti in tanti testi se l'efficacia di tale sostituzione dipendesse dalla sopraggiunta inefficacia della diseredazione, da una condizione cioè che di regola non si avvererà? Ma anche astraendo da ciò, l'avverarsi di quella condizione distrugge necessariamente col testamento del padre anche la sostituzione pupillare ²⁾ che ne fa parte e che per conseguenza nasce e muore con esso, almeno per regola ³⁾. Il principio che si può validamente sostituire anche al diseredato dovrebbe dunque intendersi nella sua generalità anche se si fosse costretti a considerarlo una anomalia. Tale però non è perchè il rapporto di suità non dipende dal fatto che l'*heres suus* divenga effettivamente erede, e il testo nel quale è detto che *exheredatus pro mortuo habetur* (L. 1 § 5 D. *de con. cum em. lib.*, 37, 8) non parla di un *suus heres* diseredato, ma dell'emancipato, il quale è escluso dal concorrere nella *bonorum possessio contra tabulas* insieme col proprio figlio rimasto nella potestà dell'avo (ciò che sarebbe normalmente secondo il diritto della *nova clausola*), quando sia stato diseredato, come se non fosse mai stato vivo ⁴⁾.

Resta però a vedere come questo diritto si comporti di fronte al diritto di successione necessaria degli ultimi tempi. Nei tempi antichi il diritto degli eredi necessari era semplicemente formale e ad esso si soddisfaceva completamente colla diseredazione formale. Anche quando però nacque un diritto di eredità necessaria materiale difeso dalla querela *inofficiosi testamenti* questa poteva

²⁾ Il VINNIO adduce due casi della specie, primo, quando l'erede istituito rinunci all'eredità paterna (ma in questo caso non può per decisioni esplicite esistere neppure la sostituzione pupillare — L. 10, § 4, D. *h. t.* —); secondo, quando il padre revochi la diseredazione. Questo però non potrebbe avvenire altrimenti che per distruzione del primo testamento, cioè mediante annullamento di fatto di quello o colla confezione di un testamento nuovo, e per ciò anche in tal caso mancherebbe un valido testamento paterno, che è il presupposto della sostituzione pupillare.

³⁾ § 5 in f. I. *h. t.*

⁴⁾ Confr. DONELLO, *Comm. iuris civilis*, lib. VI, c. 25, § 10; ВОСКР., ad *Pandectas h. t.*, § 16.

essere evitata col lasciare agli eredi necessari diseredati, anche senza motivo, la legittima a titolo di legato ⁵⁾). Così andarono le cose sino alla Novella 115 di GIUSTINIANO. La costituzione di questo imperatore citata alla nota 98 suppone dunque evidentemente non già una diseredazione *bona mente*, ma una diseredazione di quelle considerate nella Novella 115 ⁶⁾). Secondo questa legge però la diseredazione non può valere se non per un motivo provato di quelli in essa enumerati. La diseredazione di un impubere può essere giustificata soltanto quando essa non torni a suo danno ⁷⁾ e perciò sembra debba ammettersi che la facoltà del padre di sostituire pupillarmente al proprio figlio diseredato debba limitarsi al caso della diseredazione fatta *bona mente*. Ma la Novella 115 ha avuto cura di disporre che la sostituzione pupillare debba aver luogo anche quando la diseredazione non possa valere. Se pertanto il padre diseredi il figlio impubere non *bona mente*, la diseredazione non può avere efficacia, perchè la prova che il figlio l'abbia meritata è difficile, ma la sostituzione invece resta in vigore con tutte le altre disposizioni testamentarie al di fuori della istituzione di erede, come abbiamo già dimostrato in un altro luogo ⁸⁾.

§ 1451.

2.^o Durata della sostituzione pupillare.

Dal concetto della sostituzione pupillare deriva che essa non può avere efficacia oltre l'anno dalla pubertà ⁹⁾. Ma se ciò avvenga,

⁵⁾ § 5 (6) I. *de inoff. test.*, 2, 18, L. 8 § 6, 8 D. *eod.*, 5, 2.

⁶⁾ Questo risulta indubbiamente dalle parole « *post exheredationis injuriam etiam substitutionem ei addidit* ».

⁷⁾ Il HOEPFNER, *Comm.*, § 506, n. 4, crede, con altri, che possa benissimo un impubere esser già così malvagio da meritare la diseredazione: ma, pur non potendosi negare in modo assoluto la piena imputabilità e punibilità dell'impubere (cap. 1 in. f. I. *de delict. puer.*, 5, 23), nell'applicazione dei motivi di diseredazione è esclusa tuttavia la distinzione fra imputabilità completa ed incompleta e l'opinione espressa nel testo non può essere revocata in dubbio.

⁸⁾ Vedi § 1425 b del *Commentario*, pag. 805 del vol. II di questo libro. Cfr. anche HUBER, *Praelectiones ad Institutiones, tit. de pup. subst.*, § 8; MADIEN, *Distributio iuris civilis recensit. subst. impub. compl.*, § 30, n. III; WEBER ad HOEPFNER, *loc. cit.*, nota 3.

⁹⁾ L. 7, 14 D. *h. t.*; § 8 I. *h. t.*

per es. il padre nomina al figlio un sostituto per il caso che moia prima dei 18 anni, questa sostituzione potrà valere almeno come fedecommissaria? Se alla questione si risponda affermativamente s'intende che l'effetto di una tale sostituzione sarà in ogni caso limitato al patrimonio paterno e l'applicazione di essa dovrà esser fatta in modo da non urtare contro il principio che la legittima non possa essere gravata di fedecommissi o di altri oneri¹⁰⁾. Per l'opinione affermativa sembra militare il favore delle ultime disposizioni ed in particolare delle disposizioni fedecommissarie, al che deve aggiungersi che ai tempi nostri non son più le parole usate dal testatore, ma è la volontà stessa di questo decisiva nel testamento, onde è ammesso anche che un fedecommissario possa ordinarsi con parole dirette¹¹⁾. Tuttavia ciò non deve intendersi nel senso che ogni qualvolta il testatore abbia fatta una disposizione tale che, come è espressa, non possa valere, ad essa debba senz'altro attribuirsi il maggior valore che si può, perchè in tal caso, anche senza l'aggiunta della clausola codicillare, qualunque testamento incompleto dovrebbe considerarsi valido come codicillo, ciò che è espressamente negato¹²⁾. Alle parole dunque di per sè non è da dare importanza, ma chi ha disposto ordinando una vera istituzione d'erede non ha disposto a titolo di fedecommissario, salvo che abbia dichiarato espressamente che la sua disposizione debba in ogni modo valere come fedecommissario. Quando pertanto alcuno abbia nominato un sostituto pupillare al figlio, questa nomina non può per regola avere altra efficacia che quella che le attribuisce la legge. Anche per il diritto pratico dei nostri giorni vale adunque la regola espressa da POMPONIO: *licet longius tempus comprehensum fuerit tamen finietur substitutio pubertate*¹³⁾, cioè che la sostituzione perde ogni efficacia dal momento della pubertà, ciò che PAPIANO

¹⁰⁾ L. 34, L. 36 pr. § 1 Cod. *de inoff. test.*, 3, 28. Vedi pag. 220 seg. del vol. II di questo libro.

¹¹⁾ L. 15 C. *de testam.*, 6, 23; L. 2 C. *commun. de legat.*, 6, 43.

¹²⁾ L. 1, L. 13 § 1 D. *de jure codicillar.*, 29, 7; L. 41 § 3 D. *h. t.*

¹³⁾ L. 14 D. *h. t.* Similmente nelle *Inst.*, § 8 in *f. h. t.* è detto: « evanescit substitutio ».

esprime in quest'altro modo: *verbis civilibus substitutionem post quartum decimum annum aetatis frustra fieri convenit* ¹⁴⁾, vale a dire che una tale disposizione è del tutto nulla e inefficace.

Si invoca, è vero, per l'opposta opinione una decisione di SCEVOLA ¹⁵⁾, ma il caso è tutt'altro. Un padre aveva istituito erede il proprio figlio impubere e in un codicillo posteriore gli aveva nominato un sostituto pupillare. Il figlio muore durante la impubertà, il giureconsulto decide che sebbene la sostituzione non possa valere come diretta, *quia codicillis hereditas neque dari neque adimi potest*, la madre del pupillo come erede intestata di lui sia obbligata a restituire l'eredità paterna come fedecommesso al sostituto. Le disposizioni codicillari hanno sempre l'efficacia di un fedecommesso. L'unico dubbio possibile secondo il principio del diritto delle *Pandette* poteva essere occasionato dal fatto che il testatore aveva usato nella sua disposizione *verba directa*, cioè parole adatte alla istituzione di erede, ma già i giureconsulti classici avevano superato questo dubbio, perchè pei codicilli era ammessa una interpretazione più libera. Se pertanto il testatore vuole che la sostituzione abbia effetto oltre l'anno dalla pubertà come fedecommesso deve dichiararlo, o quanto meno deve aggiungere alla disposizione la clausola codicillare. Questa è sempre stata anche l'opinione comune ¹⁶⁾, nè è certo facile provare una pretesa consuetudine giudiziaria tedesca per la quale questi effetti si avrebbero anche senza l'uso della clausola codicillare ¹⁷⁾. Soltanto ai soldati è concesso il privilegio di sostituire direttamente ai loro figli anche oltre l'anno dalla pubertà, nel

¹⁴⁾ L. 76 Dig. *ad SC. Trebell.*, 36, 1.

¹⁵⁾ Vedi in ispecie CUIACIO ad lib. VI *Resp. Papiniani*, h. l., *Opera*, IV, 1056 e seg., edizione di Napoli. VOET, *ad Pandectas h. t.*, § 25.

¹⁶⁾ Vedi, oltre gli scrittori citati nella nota precedente, la *Glossa* di ACCURSIO, ad L. 7, L. 14 D. h. t.; DUARENO, *Comm. ad h. t.*; VINNIO, ad § 8 I. h. t., n. 3; HUBERO, *Praelectiones ad h. t. Instit.*, § 11; STRYKIO, *Cautelae test.*, cap. XVIII, membr. II, § 24.

¹⁷⁾ Più o meno decisi in questo senso sono il LAUTERBACH, *Coll. theor. pr. h. t.*, § 25; il WERNHER, *Lectissimae commentationes ad Dig. h. t.*, § 16 e il HOEPFNER, *Comm.*, § 507, nota 2.

qual caso se il figlio muoia prima della pubertà va ai sostituti anche il patrimonio di lui, diversamente la sostituzione si limita al patrimonio che viene dal padre ¹⁸⁾.

Ciascuno del resto è libero di riferire la sostituzione anche ad un termine anteriore, per es. *si filius meus intra decimum annum decesserit, Scius heres esto* ¹⁹⁾, oppure anche di sostituire parecchi in modo che il diritto di uno sia limitato ad un primo periodo dopo il quale cominci il diritto degli altri. Su questa ipotesi così si esprime PAOLO ²⁰⁾:

« Itaque et si diversos substituat post finem aetatis ²¹⁾, admittendum erit, veluti: *si intra decimum annum decesserit, Titius heres esto, si post decimum, intra quartum decimum, Maerius heres esto* ».

Da ciò però nasce la questione pel caso che la morte si avveri entro il primo periodo e il testatore non si sia spiegato chiaramente per tale caso: si domanda se non dovrà il secondo sostituto concorrere col primo:

« Si ita facta proponatur substitutio: *filius meus si intra decem annos decesserit, Titius heres esto, si intra quatuordecim, Maerius; filiusque octo annorum decesserit, utrum Titius solus ex substitutione ei heres erit, an et Maevius?* quia certum est, et intra decem, et intra quatuordecim annos filium decessisse. Respondi: omne quidem spatium, quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio, sed finis hujus pubertas est: magis autem est in utroque eorum tempus suum separatim servari, nisi contraria voluntas testatoris aperte ostendatur » ²²⁾.

Poichè il testatore ha sostituito Mevio senza nessuna speciale limitazione espressa per il caso che il figlio muoia nell'impubertà

¹⁸⁾ L. 15 et 28 D. *h. t.*; L. 8 C. *h. t.*

¹⁹⁾ L. 21, L. 38 § 1 D. *h. t.*

²⁰⁾ L. 38 § 2 D. *h. t.*

²¹⁾ Queste parole si riferiscono al caso esposto nel paragrafo precedente, che il testatore abbia ordinato la sostituzione per un tempo precedente. « devono intendersi così: « quando dopo questo termine debba sottentrare un altro ». Vedi la *Glossa* di Accursio, *Gl. finem ad h. l.*

²²⁾ L. 43 § 1 D. *h. t.*

e questo caso si è alla lettera avverato, si può domandare se il secondo sostituto non debba succedere col primo. Il giureconsulto dichiara che questa è una questione di volontà, ma è di opinione che in dubbio debba ammettersi che il periodo di tempo indicato per ciascuno debba riferirsi esclusivamente a quello solo, in modo che il secondo sostituto escluda completamente il primo quando il caso di morte si avveri entro il termine per lui stabilito ²³⁾.

§ 1452.

3.^o *Del modo come deve avvenire la sostituzione pupillare.*

La sostituzione pupillare può avvenire soltanto in un testamento formale e valido ²⁴⁾ e occorre anche che il padre abbia fatto un valido testamento per sè, nominandosi un erede, perchè la sostituzione pupillare è una parte del testamento paterno e non può essere efficace se non quando questo abbia tutti i requisiti necessari ²⁵⁾. È indifferente del resto per la sua validità che essa avvenga nel medesimo testamento o che il padre faccia un testamento speciale per sè e uno pel figlio ²⁶⁾, onde non è neppure necessario che sia adottata la stessa forma per ambedue, e può per esempio il testamento per il figlio essere orale, quello per sè scritto, o viceversa ²⁷⁾. Nel primo caso la parte del testamento che riguardava la sostituzione pupillare soleva essere sug-

²³⁾ Il CUGIACIO, *ad h. Leg. Comm. in Iulii Paulli, lib. IX quaestionem*, dice di questo caso: « species est plus quam facillima »; ma neppure PAOLO dovette ritenerla tale.

²⁴⁾ L. 76 Dig. *ad S. C. Treb.*, 36, 1. Vedi la nota seguente e il § 1454 infra.

²⁵⁾ § 5 I. *h. t.*: « Liberis autem suis testamentum facere nemo potest nisi et sibi faciat; nam pupillare testamentum est pars et sequela paterni testamenti, adeo ut, si patris testamentum non valeat, nec filii validura sit ». — L. 1 § 3 *eod.*: « Substituere liberis pater non potest, nisi si heredem sibi instituerit; nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet ». — Ne è escluso anche in tal caso il soldato; L. 2 D. *h. t.*

²⁶⁾ L. 16 § 1 D. *h. t.*

²⁷⁾ L. 20 § 1 D. *h. t.*

gellata a parte e nell'apertura del testamento essa non era pubblicata affinchè sino all'avverarsi del caso di sostituzione rimanesse ignoto chi sarebbe stato il sostituto pupillare ²⁸). Questo non era necessario e sarebbe invece bastato che si fossero osservate una volta sola le formalità necessarie per la validità del testamento, per ciò che riguardava i sigilli, le sottoscrizioni, ecc. ²⁹). Neppure nuoce alla validità della sostituzione pupillare che non sia fatto uno speciale suggellamento della parte in cui essa è contenuta e alla pubblicazione del testamento paterno tutto sia aperto; non vi ha perciò annullamento della sostituzione pupillare benchè di regola la distruzione dei sigilli costituisca annullamento della disposizione testamentaria ³⁰). A ciò si riferisce la seguente decisione di ULPIANO:

« Patris et filii testamentum pro uno habetur etiam in jure Praetorio; nam, ut MARCELLUS — scribit: sufficit tabulas esse patris signatas, et si resignatae sint filii, et septem signa patris sufficiunt » ³¹).

Qui si trattava di un testamento pretorio, cioè di un testamento chiuso con sette suggelli: il pretore dava di solito la *bonorum possessio secundum tabulas* quando i sigilli fossero intatti, ma al sostituto pupillare egli dà egualmente la *bonorum possessio* non ostante che il testamento sia stato tutto dissuggellato nell'occasione dell'apertura del testamento paterno ³²).

Nel più antico tempo il padre doveva sempre istituire prima i suoi eredi e dopo nominare gli eredi del pupillo; oggi, ciò non importa più se l'istituzione del padre e quella per il pupillo siano fatte nello stesso testamento ³³), mentre si sta sempre attaccati

²⁸) GAI, *Inst.*, II, § 181, e § 3 I. h. t. — L. 8 D. *test. quemadm. aper.* 29, 3.

²⁹) V. THEOPHILI, *Paraphr.* ad § 2 I. h. t.

³⁰) L. 1 § 10, D. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11; L. 1 § 8 D. *si tab. test. nullae extab.*, 38, 8.

³¹) L. 20 D. h. t.

³²) WESTPHAL, *Testamenti*, § 677.

³³) Nella L. 2 § 4 D. h. t. è prima esposta la regola: « prius autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere, et non commu-

alla vecchia regola quando il padre faccia un testamento speciale per sè ed uno per il pupillo: in tal caso il testamento paterno deve essere il primo, altrimenti la sostituzione pupillare non vale ³⁴). Così si conciliano nel modo il più semplice le varie testimonianze delle fonti, benchè sia fuori di dubbio che già sotto i giureconsulti romani si discutesse in generale su ciò ed in particolare sulla questione se la sostituzione pupillare fosse nulla quando fosse stata ordinata prima dell'istituzione ³⁵).

ture ordinem scripturae »; poi è soggiunto (§ 5): « Sed si quis ita fuerit testatus: si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Sejus heres esto; deinde: filius heres esto, valet substitutio, licet conversa scriptura filii testamentum fuerit » e in fine (§ 6): « ut non ordo scripturae sed ordo successionis spectetur ». Vedi nota seguente.

³⁴) L. 2 § 4 h. t. — « ceterum, si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere »; § 7 — « non esse a filii testamento incipiendum impuberis ». DUARENUS ad h. t., cap. 14, p. m. 390. VINNIUS ad § 5 I. h. t., n. 1. HÖPFNER, *Comment.*, § 508, n. 8, nota 1.

³⁵) Dal modo stesso come ULPIANO si esprime nella L. 2 § 1 D. h. t., ciò appare con certezza. Egli infatti invoca a prova del principio che il padre deve innanzi tutto nominarsi un erede, l'autorità di GIULIANO, osservando che l'opinione di questo è stata accolta anche da un rescritto imperiale: « quae sententia rescripto imperatoris nostri comprobata est ». ANTONIO GOVEANO, *Variarum lectionum*, lib. I, c. 8, crede che *comprobata* debba esser corretto *improbata*, perchè ULPIANO altrimenti si contraddirebbe, dichiarando egli, subito dopo, valida una sostituzione pupillare contro la regola di GIULIANO. La necessità di questa correzione risulterebbe anche da ciò che segue: « et merito; constat enim, unum esse testamentum, licet duae sint hereditates ». Ma ciò si riferisce alle parole immediatamente precedenti, che in ogni ipotesi, quando il padre testi in tempi differenti il testamento paterno debba precedere quello pel pupillo: « ceterum si ante filio deinde sibi testamentum faciat, non valere ». Il giureconsulto vuol dire che è sempre un testamento solo, quello del padre, anche se questo testi in più volte, e per ciò la sostituzione pupillare non può esistere da sè sola. Ora se ciò è esatto, ne segue che la nomina dell'erede pel pupillo è nulla quando non sia fondata sul testamento paterno, onde la conseguenza che questo deve precedere o almeno la nomina dell'erede pupillare deve essere fatta in esso, nel qual caso nulla importa il posto che essa vi occupi. — Cfr. DONELLO, *Comm. iuris civilis*, lib. VI, c. 25, § 22; COSTA ad § 5 I. h. t., i quali credono, con altri, che la limitazione si riferisca al caso che il pupillo sia diseredato, e CONRADI, *Reprehensa*, n. 1, negli *Opuscoli*, t. I, pag. 221-238, dove sono esposte e confutate anche altre interpretazioni.

Per la necessaria colleganza fra il testamento paterno e la nomina di un testamento pupillare, le due disposizioni si considerano come un testamento solo anche se siano contenute in due atti distinti; d'altro lato bisogna sempre aver di mira che la disposizione ha per oggetto due eredità diverse, quella del padre e quella del pupillo, onde è indifferente sotto questo aspetto se la sostituzione pupillare sia avvenuta in un atto a parte o nel testamento del padre. GAIO dice: « *duo quodammodo sunt testamenta. aliud patris, aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum hereditatum* »³⁶). Delle applicazioni di questa regola³⁷) ci interessano qui soltanto le seguenti:

1.^a Se il padre nomini eredi del pupillo i propri eredi necessari, quelli cioè che sono tali *ipsa iure* come gli schiavi ed i figli di famiglia, essi acquistano la qualità di eredi necessari anche riguardo al padre. ULPIANO dice:

« *Quos possum heredes mihi facere necessarios, possum et filio; ut servum meum et fratrem suum (sc. filii), quamvis in rebus humanis nondum sit; postumus igitur erit fratri heres necessarius* »³⁸).

Il giureconsulto collega in altro luogo questa sua affermazione col principio che il testamento del padre e quello del pupillo debbono considerarsi come un testamento unico: « *constat enim, unum esse testamentum, . . . usque adeo, ut quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat* »³⁹).

³⁶) GAIO, II, 180 e il testo delle *Istituzioni*, che ne è tratto, § 2 I. *h. t.* Espressioni simili si trovano in L. 2 § 4 D. *h. t.* (vedi nota precedente), L. 2 § 2 D. *de her. vel. act. vend.*, 18, 4: « *licet enim unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est* ». L. 28 D. *de rebus auct. iud. poss.*, 42, 5 ed altri testi. Vedi pure la nota seguente.

³⁷) Vedi, per es., L. 2 § 2 D. *de her. r. act. vend.*; L. 38 in f. D. *h. t.*; L. 8 e 11 D. *test. quemadm. aper.* 29, 3; L. 1 § 1 D. *si cui plus quam per leg. Falcid.*, 35, 3. — Confr. anche il contenuto dei seguenti paragrafi.

³⁸) L. 10 § 1 D. *h. t.* Per gli stessi motivi anche nella L. 18 D. *de rebus dubiis*, 34, 5 si parla di un *frater necessarius*.

³⁹) L. 2 § 4 D. *h. t.*

2.^a Non è necessario invece di prendere in considerazione gli eredi necessari del pupillo. A sostegno di questo concetto si è un po' sofisticamente osservato che il padre ha già fatto il suo testamento e perciò non deve curarsi di quegli eredi necessari che non siano i suoi, come ad es. la madre del pupillo, e viceversa poichè questo è testamento del figlio nessuno degli eredi necessari del padre potrebbe impugnarlo ⁴⁰). Questo sofisma è confermato dal papa BONIFAZIO VIII: « Licet autem filius testamento suo matrem portione jure naturae debita privare non possit, pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest: nam testamentum hujusmodi pupillare paternum, vel paterni pars potius est censendum » ⁴¹).

Ma specialmente nei tempi moderni ciò è divenuto assai controverso.

a) Si è sostenuto in primo luogo che già secondo il diritto delle *Pandette* debba ammettersi che soltanto allora gli eredi necessari possono essere trascurati quando siano eredi necessari soltanto del padre o soltanto del figlio, e che invece quelli che siano eredi necessari di ambedue possano impugnare anche la sostituzione pupillare per essere stati preteriti ⁴²). Questa opinione è però del tutto inconciliabile colle espressioni chiarissime del testo delle *Pandette* citato, perchè le parole finali: « sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit, nisi si *pro parte patris* rescissum est; tunc enim pupillare valet », sono da riferirsi al caso che il testamento paterno possa essere impugnato per violazione dei

⁴⁰) L. 8 § 5 D. *de inoff. test.*, 5, 2: « Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicet, quia pater ei hoc fecit, — nec patris frater, quia filii testamentum est; ergo nec frater impuberis, si patris non dixit ». Il fratello del padre è erede necessario soltanto del padre testante, non del pupillo, il fratello di quest'ultimo è invece erede necessario di ambedue, ma è sempre escluso dalla querela per uno o per altro motivo. — U. HUBER, *Eunomia Romana*, pag. 243-245; HEISLER nel § 41 della dissertazione che si citerà sotto alla nota 46, e la nota ivi; MADIHN, *Diss. cit.*, § 23.

⁴¹) Cap. I in *f. de test.*, in VI, 3, 11.

⁴²) ZIMMERN nelle *Ricerche di diritto romano* [Roemischrechtliche Untersuchungen] di lui e del NEUSTETEL, *Diss.* III, n. IV, pag. 85.

diritti degli eredi necessari, ed in tal caso anche la sostituzione pupillare cade coll'annullamento totale del testamento paterno ⁴³).

b) Maggior numero di seguaci ha trovato l'opinione che col mutamento del diritto di successione necessaria sia stato implicitamente abrogato il principio pel quale nella sostituzione pupillare possono gli eredi necessari del pupillo essere preteriti ⁴⁴). Ciò però non deriva nè dal fatto che secondo il diritto delle costituzioni i figli non acquistano più al padre, ma per sè, nè dalle disposizioni riguardanti la garanzia del diritto di legittima, nè infine dal fatto che la Novella richiede l'istituzione o la giusta diseredazione anche per gli ascendenti. Per ciò che riguarda il primo argomento è vero che l'origine della sostituzione pupillare sta nel diritto, che il padre ha agli acquisti per mezzo del figlio ⁴⁵), ma in nessun tempo è stato disconosciuto che il sostituto pupillare succeda proprio nel patrimonio del pupillo e inoltre il diritto del padre di nominare un erede al proprio figlio è stato riconosciuto espressamente anche nel diritto nuovissimo. Se quell'argomento provasse qualche cosa ne seguirebbe l'abolizione totale dell'istituto; se ciò non è, non si vede quale influenza i nuovi principi sul diritto di acquisto del padre possano avere sul modo come il diritto di sostituzione del padre sia da esercitarsi. Del resto basta osservare che il principio in questione è stato accolto nelle *Pandette* e che le innovazioni sul diritto di acquisto del padre erano già completamente acquisite anteriormente alla compilazione di GIUSTINIANO. Minor peso ancora ha il richiamo alle LL. 30 e 32 C. *de inoff. test.* citate alla nota 44, perchè in esse non è rico-

⁴³) THIBAUT, *Arch. für die civilistische Praxis* [Archivio della pratica civile], vol. V, fasc. 3, pag. 346-48; FRANCKE, *Notherbenrecht* [Diritto degli eredi necessari], pag. 454 seg. e pag. 253, nota 69 del vol. II di questo libro. Vedi pure infra § 1455.

⁴⁴) WESTENBERG, *Diss. II de parte legitima*, cap. 3, § 8; ZIMMERN. *loc. cit.*, pag. 86 seg.; FRANCKE, *Notherbenrecht* [Diritto degli eredi necessari], pag. 456-63. Anche il HELLFELD, § 1455, è d'opinione che la madre, pur non avendo diritto alla querela, possa tuttavia pretendere la legittima. Arg. L. 30, 32 C. *de inoff. test.*, 5, 2.

⁴⁵) Vedi sopra § 1446 e CONRADI, *Opuscula I*, p. 229.

noscinto che qualunque avente diritto alla legittima abbia una azione e solo un'azione per ottenerla, ma è disposto che ogni qualvolta l'erede necessario non sia escluso legittimamente e possa agire per il supplemento della legittima lasciatagli incompletamente, anche gli oneri imposti alla legittima debbono considerarsi come nulli. Se si volesse applicare questa disposizione alla sostituzione pupillare si dovrebbe dare agli eredi legittimari del pupillo più che il semplice diritto al supplemento della legittima. Ma cosa non è certo applicabile al caso più di quello che lo siano le disposizioni della Novella 115; e ciò pei seguenti motivi:

Nella sostituzione pupillare c'era un mezzo comodo per far nascere l'incertezza sul punto di chi fosse per essere l'erede del pupillo. Se però questo doveva essere possibile non doveva neppure lasciarsi in vigore alcun diritto di successione necessaria contro i pupilli, e ciò infatti era riconosciuto dalla pratica e confermato dai giureconsulti col principio che la sostituzione pupillare riposa sopra la disposizione testamentaria 'del padre, il quale poi non è obbligato a tenere in considerazione i propri eredi necessari perchè l'eredità di cui dispone non è la sua. Se ciò valeva accanto al diritto di eredità necessaria materiale garantito dalla querela di inofficioso, non si vede perchè debba ritenersi con ciò abolito implicitamente il concetto che nel diritto nuovo vi sia ancora un particolare rimedio giuridico per i legittimari e che sia stato anche introdotto un diritto di eredità necessaria formale per gli ascendenti. Il rapporto delle eccezioni alla regola rimane identico in ambo i casi: le disposizioni della Novella 115 e delle altre leggi di GIUSTINIANO non si applicano, più di quelle date dal diritto antico a garanzia del diritto di eredità necessaria, al caso in cui il testatore nomini legittimamente un erede per altri, ma soltanto alle disposizioni testamentarie fatte per sè stesso ¹⁶⁾. Ma

¹⁶⁾ Fra i numerosi difensori dell'opinione qui esposta mi limito a citare: A. MERENDA, *Contror.*, lib. III, c. 40; Sam. STRYK, *Cautel. test.*, c. 18, membr. II, § 16, 17; P. J. HEISLER, *Diss. de pupillariter substituto herede legitimo, praecipue matrem pupilli excludente*, Hal. 1750 e in *Exercit. acad.*, n. I; I. B. KUESTNER, *Diss. de pupillari testamento*,

decisiva, soprattutto per il diritto vigente, è anche la disposizione sopra citata del diritto canonico ⁴⁷⁾. Del resto la madre non può essere esclusa da una sostituzione pupillare tacita, specialmente se sia stata istituita erede insieme col figlio ⁴⁸⁾. Molto spesso questa disposizione s'intende in modo generalissimo, cioè non si ammette la possibilità di una sostituzione pupillare tacita a danno dei diritti di successione intestata della madre e si domanda soltanto se lo stesso diritto non valga per gli altri eredi necessari del pupillo, ad es. per gli avi e per i fratelli quando sia loro preferita una persona turpe. Questo però non può sostenersi in nessun caso secondo i principii teorici, perchè quella decisione devia da una regola ben conosciuta ed assai chiaramente è indicata come un diritto singolare costituito a favore della madre ⁴⁹⁾.

3.^a Dal fatto che oggetto della sostituzione pupillare è il patrimonio del pupillo, consegue altresì l'impossibilità di gravare anche questo patrimonio di legati. O per lo meno ciò non è possibile, quando il pupillo stesso appaia onerato, se non a favore di terze persone, cioè per persone alle quali il testatore non può nominare alcun erede. Come è noto, ogni testatore può gravare il patrimonio dell'erede o di altra persona da lui onorata, nei limiti in cui l'onere sia indennizzato dal lascito fatto all'onerato ⁵⁰⁾. Se ora il pupillo sia istituito erede, può benissimo il testatore disporre che l'eredità paterna sia restituita ad un terzo se

praeterita impuberis matre, Lipsiae 1788; THIBAUT, *loc. cit.*, pag. 346-349, dove si trova anche una confutazione dell'argomento di analogia tratto dallo ZIMMERN dalla disposizione circa la sostituzione quasi pupillare, e i trattati di WENING-INGENHEIM, SEUFFERT, WARNKOENIG (§ 1014) e altri. Confr. MEIER nell'edizione del *Manuale* dello SCHWEPPE, vol. V, pag. 109, nota 3.

⁴⁷⁾ FUHR e HOFFMANN, *Saggi di diritto civile* [Civillistische Versuche], fasc. 1, diss. 7, pag. 92.

⁴⁸⁾ L. 8 Cod. *de inst. et subst.* Vedi § 1447.

⁴⁹⁾ L'opinione opposta è la comune però. Vedi STRYKIO, *loc. cit.*, § 18.

⁵⁰⁾ § 1 I. *de singul. reb. per fideic. rel.* L. 114 § 7, *de leg. I*, L. 77 § 31 *de leg. II*, L. 17 pr., § 1, 2 D. *ad Sc. Treb.*, 36, 1, L. 25 C. *de fideic.*, 6, 42. Confr. HASSE nel *Rheinisches Museum* [Museo Renano di giurisprudenza], vol. III, pag. 501-525, § 43-50.

il pupillo muore prima della pubertà. In questo caso all'avverarsi della condizione, gli eredi intestati del pupillo son tenuti a restituire ai sostituti fedecommissari l'eredità paterna, detratta la così detta quarta Trebelliana, il patrimonio del pupillo invece non è soggetto al fedecommisso ⁵¹⁾, non potendosi per regola disporre del suo patrimonio se non per semplice istituzione d'erede, salvo se ed in quanto egli sia indennizzato sull'eredità paterna. Egli stesso perciò, quando sia diseredato dal padre, può essere onerato di legati soltanto in modo indiretto, cioè se gli sia lasciato un legato dal padre e in cambio il suo patrimonio sia gravato. Sotto questa condizione è possibile anche gravare di un fedecommisso il pupillo diseredato, ma il fedecommisso non ha effetto se non in quanto il pupillo sia coperto dai lasciti paterni ⁵²⁾.

Ma come deve risolversi il caso che il sostituto pupillare sia onerato come tale, vale a dire quando i legati siano lasciati nelle *secundae tabulae*, cioè pel caso che abbia luogo la sostituzione pupillare? Applicando rigorosamente il principio che vi ha un solo testamento e due eredità, si dovrebbe ammettere che tale disposizione fosse valida soltanto quando potesse essere considerata direttamente od indirettamente come un onere aggiunto all'eredità paterna. Ma qui si è mantenuto, benchè assai limitato, l'antico principio secondo il quale nella sostituzione pupillare il padre dispone giuridicamente del suo solo patrimonio per la finzione che il diritto del padre agli acquisti del figlio perduri anche dopo

⁵¹⁾ L. 41 § 3 D. *h. t.* « Quod si heredem filium pater rogaverit, si impubes diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere, legitimum heredem filii salva Falcidia cogendum, patris hereditatem, — restituere placuit. — Nec fideicommissio propriae facultates filii tenebuntur ». Vedi SCHULTING in not. ad *h. t.*, t. V, pag. 93.

⁵²⁾ V. il testo di PAPINIANO citato nella nota precedente: « nec . . . tenebuntur; et ideo (segue il giureconsulto) si pater filium exheredaverit, et si nihil reliquerit, nullum fideicommissum erit filio. Alioquin si legata vel fideicommissa acceperit, intra modum eorum fideicommissum hereditatis a filio datum citra Falcidiae rationem (perchè i legatari non han diritto a detrarre la Falcidia, L. 47 § 1 D. *ad leg. Falc.*, 35, 2) debebitur ». — Vedi CUIACIO in *lib. VI respons. Papinianiani ad h. l., Opera*, IV, p. 1065 seg., edizione di Napoli.

la morte sino alla pubertà di questo: con altre parole in questo riguardo si considera che il sostituto pupillare debba il suo diritto al testamento paterno. Qui però bisogna distinguere i casi seguenti ⁵³⁾:

a) Il pupillo è stato istituito nel testamento paterno; il sostituto deve in tal caso adempiere i legati anche se non sia coperto dall'eredità paterna. Se egli sia istituito accanto al pupillo, se questo sia o no divenuto effettivamente erede del padre, sono circostanze che possono avere influenza sul calcolo della quarta Falcidia ⁵⁴⁾, ma che sono prive d'importanza per la nostra questione. Ad essa si riferisce il testo seguente di PAPINIANO tratto dalle sue *Questioni* ⁵⁵⁾:

⁵³⁾ Non è qui il luogo di esaminare più attentamente le difficoltà e le dispute, che sorgono per il computo della Falcidia in casi di questa specie: di ciò si parlerà soltanto al § 1576. La trattazione superiore si limita alla questione sull'ammissibilità di tali disposizioni.

⁵⁴⁾ Così, per citar solo questo caso, quando il pupillo e il sostituto siano istituiti eredi insieme e ambedue onerati particolarmente di legati, se poi si avveri il caso della sostituzione pupillare, egli fa differenza se il pupillo sia divenuto erede del suo padre o meno, per esempio egli morì prima del padre. Nella prima ipotesi il sostituto ha diritto di detrarre due diverse Falcidie dalla propria quota e da quella del pupillo. Per effetto dell'acquisto dell'eredità la quota del pupillo è divenuta parte del suo patrimonio e se egli non abbia già pagati i legati l'obbligazione di pagarli passa naturalmente, in un col diritto alla Falcidia spettante ad ogni erede, ai sostituti pupillari che gli sottentrano. Se invece il pupillo non è divenuto erede del proprio padre la sostituzione pupillare ha gli effetti della volgare nei riguardi del computo della Falcidia (L. 1 § 13 D. *ad Leg. Falc.*, 35, 2, L. 1 § 1 D. *si cui plus quam per legem Falc. lic.*, 35, 3), le due quote ereditarie adunque si sommano e basta che il sostituto detrugga la quarta dalla somma. L. 87 § 4 D. *ad legem Falc.*, 35, 2: « Placuit solida legata cum (il sostituto pupillare) praestare debere (purchè cioè abbia libero almeno il quarto del tutto) ... ut circa legem Falcidiam totius assis ratio haberetur. Sed hoc ita verum est, si filius, antequam patri heres existeret decessisset. Si vero patri heres fuit, non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat, qui non suo nomine obligatur sed defuncti pupilli, qui nihil amplius, quam semissis (egli era stato istituito per metà) dodrantem praestare necesse habuit ».

⁵⁵⁾ L. 5 § 11 Dig. *ad legem, Falc.*, 35, 2. Vedi su questo testo in particolare il *Commento* del DONELLO, *Comm. iuris civilis*, VIII, c. 23, e meno soddisfacentemente, CUIACIO *ad h. l.*, *Op.*, IV, 760, ediz. Napoli.

« Quod vulgo dicitur, in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari, quam potestatem habeat, videndum est. Quamvis enim substitutus, quae a pupillo relicta sunt, quum filius heres extitit, ut aes alienum quodlibet debeat, tamen propter ea, quae data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. Secundum quae poterit evenire ne substitutus quidquam retineat, vel ut ⁵⁶⁾ longe plus habeat quarta paternae hereditatis. Quid ergo, si non sufficiat pupilli hereditas legatis, quum patris suffecerit? De suo quadrante nimirum dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo, nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii, quum in hac parte iuris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur ».

Nel ditterio espresso nel principio del testo è supposto che la sostituzione pupillare si sia avverata; per quel caso la regola vale incondizionatamente, il sostituto cioè deve pagare per intero i legati, purchè, computato anche ciò che riceve dal pupillo, gli resti libero il quarto ⁵⁷⁾. Il caso che PAPINIANO ha qui di mira può ricostruirsi nel modo seguente: il testatore, che ha mille di patrimonio, istituisce erede il figlio impubere gravandolo di legati per cinquecento e gli sostituisce pupillarmente Tizio al quale impone di pagare altrettanto per legati. Il figlio non diviene erede del padre e nasce la questione come debba computarsi la Falcidia di fronte a questi legati. PAPINIANO dice che se il pupillo fosse divenuto erede del padre, l'obbligo del pagamento dei legati ed

⁵⁶⁾ Così deve leggersi indubbiamente con ALOANDRO, CHARONDAS e altri invece di *velut*, che non ha senso, come nelle edizioni GEBAUER e KRIEGL. I manoscritti, com'è noto, non dividono le lettere di una stessa parola, ed è inesplicabile perchè i moderni editori abbiano spesso delle esitanze a correggere errori dei quali son responsabili soltanto gli antichi editori, i quali hanno a piacere congiunto o separato le lettere delle parole, aggiungendovi all'occorrenza delle sillabe.

⁵⁷⁾ Non deve scambiarsi questa questione coll'altra accennata alla nota 54, se egli possa trattenere la quarta dalla quota pupillare toccatagli e dalla propria. Qui si vuol dire solo che egli deve sempre computare nella quarta dell'eredità pupillare ciò che gli deriva dall'eredità paterna, e viceversa ciò che gli deriva dalla pupillare per riguardo ai legati dell'eredità paterna.

il computo della Falcidia dovrebbero regolarsi secondo i principi che valgono in generale per i debiti di un testatore, perchè il sostituto pupillare è il vero erede del pupillo. Nel caso presente però si deve fare un computo complessivo di tutto ciò che ha ricevuto il sostituto, *contributioni locus est*⁵⁸⁾. Può così avvenire che il sostituto non prenda niente, come se per es. il patrimonio paterno sia dopo la morte di tanto diminuito che il sostituto con ciò che gli resta possa appena pagare i legati. Se secondo lo stato di esso alla delazione dell'eredità non si riscontrava un eccesso nei legati, questi dovranno essere pagati per intero; viceversa può avvenire che per la diminuzione posteriore del patrimonio paterno il sostituto possa dedurre più di quello che sarebbe stato il caso se il patrimonio avesse avuto quell'importo al momento della delazione dell'eredità; perchè nel computo della quarta il patrimonio deve essere stimato secondo il valore che aveva alla morte del testatore⁵⁹⁾. Il giureconsulto viene dopo ciò al caso che l'eredità paterna non fosse troppo gravata, ma la fosse quella del pupillo e decide il caso secondo gli stessi principi. Per maggior chiarezza deve il patrimonio del padre considerarsi come essenzialmente diverso da quello del pupillo. Ammesso pertanto che il padre, il quale ha cento di patrimonio, istituisca il suo figlio e gli imponga legati per settantacinque e poi gli nomini un sostituto pupillare gravando anche questo di legati per settantacinque sull'eredità del pupillo, posto poi che quest'ultima eredità sia di

⁵⁸⁾ Le parole *propter ea*, ecc. non sono chiare, è sicuro però ciò che vuol dire il giureconsulto: poichè qui debitore dei legatari non è divenuto il pupillo, ma il sostituto pupillare, i legati ordinati *in primis et in secundis tabulis* debbono essere sommati, o, come dice ULPIANO in L. 1 § 1 D. *si cui plus quam per leg. Falc.*, 35, 3: « Neque interest, utrum in primis tabulis hoc fiat (cioè, plus quam licuerit, legetur), an in pupillaribus, an in utrisque; etenim legem Falcidiam semel esse admittendam, etiamsi duplex sit testamentum, jam convenit, *contributis legatis, tam his, quae ab ipso pupillo, quam his, quae a substituto relicta sunt* ». CUIACIUS, *loc. cit.*, p. 761; H. DONELLUS, *loc. cit.*, p. 25; POTHIER, *Pand. Justin.* ad h. l., tit. ad *Leg. Falcid.*, n. 64.

⁵⁹⁾ § 2 I. *de lege Falc.* 2, 22; L. 30 pr.; L. 73 D. *ad Legem Falc.*, 35, 2. Confronta CUIACIO, DONELLO, POTHIER, *loc. cit.*

ottanta, il sostituto pupillare non può dedurre la quarta, ma deve computare anche i venticinque che gli sopravanzano dall'eredità paterna ⁶⁰). Le parole: *quoniam pater legavit de suo* si devono intendere così: poichè dall'eredità del padre il sostituto ha avuto tanto quanto occorre per compiere il quarto, si può dire che il padre ha dato del suo tutto ciò che ha disposto in legati oltre i tre quarti del patrimonio pupillare ⁶¹), e non è necessario di vedere in ciò un riconoscimento dell'antichissimo principio di diritto che il patrimonio del pupillo sia da considerare come proprio del padre ⁶²). Il dubbio consistente nel fatto che qui si parla sempre di un doppio testamento o meglio di una doppia eredità e che un erede a cui spettino due eredità ha diritto di detrarre il quarto da ciascuna, è superato da PAPINIANO colla osservazione che la disposizione deve esser considerata al modo stesso che se i legati imposti al sostituto fossero già stati ordinati nella parte del testamento che riguarda il patrimonio paterno, in altre parole come se il padre avesse disposto aggravando il sostituto di tanti legati quanti ne sono ordinati nel testamento pel caso o sotto la condizione che egli ricevesse il patrimonio del padre e quello del pupillo ⁶³).

b) Il pupillo è diseredato. In questo caso vi era disputa fra gli antichi scrittori ⁶⁴). Secondo i principj generali s'intendeva

⁶⁰) L'espressione *suus quadrans* non è molto propria, perchè qui si parla piuttosto della quarta che il pupillo avrebbe potuto dedurre. Non è questo però un motivo per considerar tali parole non genuine, come han detto il GOVEANO *ad Legem Falc.* e il VOORDA *ad Legem Falc.*, pag. 279. L'espressione *suus quadrans* è usata qui dal giureconsulto perchè il sostituto al momento di sottentrare nei diritti del pupillo aveva già acquistato l'ultimo quarto residuo del patrimonio paterno dopo pagati i legati. DONELLO, *loc. cit.*, pag. 28. Confr. SINTENIS, nota 87 alla traduzione tedesca di questo testo del *Corpus iuris*, vol. III, p. 652.

⁶¹) DONELLO, *loc. cit.*, pag. 29; SAMMET, *Ermeneutica del diritto* [Ermeneutik des Rechts], Lipsia 1801, p. 132.

⁶²) Questa è l'opinione del FRANCKE, *Diritto degli eredi necessarij* [Nothenbenrecht], pag. 461 seg.

⁶³) DONELLO, *loc. cit.*, pag. 30; SAMMET, *loc. cit.*, p. 462.

⁶⁴) Edm. MERILLIUS, *Erpos. in 50 decis. Justiniani*, n. 37 (p. m. 415 seg.); G. MASCOVIUS, *De sectis Sabinianorum et Procul.*, c. IX, § 4, p. 230 s.

già da sè che i legati fossero validi ed efficaci in quanto fosse ai sostituti attribuita qualche cosa dell'eredità paterna ⁶⁵). La disputa dunque si riferiva agli altri casi. Alcuni sostenevano la validità incondizionata di tali legati perchè il padre in forza della patria potestà poteva disporre validamente del patrimonio del figlio prima della pubertà come del proprio ⁶⁶). Se l'antico principio di diritto si fosse mantenuto con rigore e conseguenza, questo concetto meriterebbe di esser preferito; esso però non si concilia con la modificazione per la quale sebbene la sostituzione pupillare riposi sul testamento paterno essa ha per oggetto un patrimonio diverso ⁶⁷). Le fonti giustiniane ci autorizzano a ritenere quanto segue :

1.° Se anche il patrimonio del padre pervenga ai pupilli soltanto per effetto di una sostituzione nel testamento paterno, i legati imposti all'eredità pupillare valgono solo in quanto ai pupilli diseredati sia pervenuta qualche cosa dall'eredità paterna, non oltre ⁶⁸). Così è deciso in un caso in cui il padre aveva diseredato uno dei suoi due pupilli istituendo l'altro e poi aveva sostituito a questo il diseredato, all'altro un terzo. Si porta come argomento per la validità: *quum iudicio patris facultates paternae per causam hereditariam ex substitutione ad eum perreniat*; ma per la limitazione della validità entro i limiti dell'eredità paterna, si afferma che il padre non possa gravare il sostituto pupillare più di quello al quale lo sostituisce ⁶⁹). Questo argomento prova troppo perchè anche nel primo caso dovrebbe concedersi al sostituto pupillare il diritto stesso che al pupillo. Dalle espressioni di alcuni testi che saranno riferiti più oltre al n. 2.° si vede però che su questa de-

⁶⁵) Vedi i testi citati alla nota 50.

⁶⁶) L'esistenza di questa opinione non si dimostra direttamente dalle fonti, ma si argomenta da alcuni dubbii che si trovano espressi in varii testi. Vedi per es. MERILLIO, *loc. cit.*, p. 417.

⁶⁷) L. 126 D. *de leg.* I, 30.

⁶⁸) L. 11 § 7 *ad Leg. Falcid.*, 35, 2.

⁶⁹) « Est igitur rationi congruens, ne plus juris circa personam substituti testator habeat, quam habuerat in eo, cui eum substituebat »; L. 87 § 7 D. *ad Leg. Falc.*, 35, 2.

« cisione ha avuto influenza l'*odium exheredationis*. Nel testo non si parla espressamente del caso che il diseredato lasci un patrimonio proprio non derivantegli dal padre, ma la decisione abbraccia necessariamente anche questo caso. Per l'avverarsi della sostituzione pupillare l'eredità paterna va al diseredato e per la stessa via al terzo sostituto. Se ora essa deve essere efficace deve estendersi anche al patrimonio del pupillo diseredato, ma poichè è detto espressamente che il sostituto debba pagare i legati soltanto se il patrimonio paterno dopo detratta la Falcidia sia sufficiente ⁷⁰⁾, ne segue che egli riceva il restante patrimonio del pupillo libero dai legati. Del resto il giureconsulto fa notare espressamente che questa stessa validità limitata dei legati non ha luogo quando l'eredità pervenga al diseredato per una via diversa dalla sostituzione, cioè per legge o per interposta persona. Se dunque il testatore nomina erede il figlio impubere *A* e disereda *B* e nomina un sostituto pupillare a questo e non a quello, se poi muore *A* e *B* ne diviene l'erede legittimo, ma muore prima della pubertà in modo che si faccia luogo alla sostituzione pupillare, i legati imposti al sostituto pupillare sono pienamente nulli, perchè il diseredato non ha ricevuto l'eredità paterna dal testamento del padre, ma dalla legge. Lo stesso avviene nel caso che il padre abbia istituito un terzo, diseredando il figlio e nominando a questo un sostituto pupillare, e poi l'erede paterno abbia istituito erede il figlio e dopo che questi abbia acquistato l'eredità si faccia luogo alla sostituzione pupillare ⁷¹⁾.

⁷⁰⁾ L. 87 § 7 D. cit.: « — habita ratione legis Falcidiae in his bonis, quae pater mortis tempore reliquerit ».

⁷¹⁾ L. 103 pr. D. *de legatis*, III, 32. Nella Fiorentina e in altri manoscritti si legge: « Si pater exheredato filio *substituit* heredem extraneum ». A ragione però il CUIACIO, *Obs.*, II, 32 nota che o qui deve leggersi *instituit* o è caduta qualche parola, perchè è fuor di dubbio che la *interposita persona* (vedi L. 87 § 7 D. *ad legem Falc.*, 35, 2) per mezzo della quale l'eredità paterna è pervenuta al pupillo non può esser altri che l'istituito del padre dal quale poi il pupillo ereditò. Vedi POTHIER, *Nota ad L. 87, § 4 cit.* in *Pand. de leg. et fid.*, n. 96; SCHULTING-SMALLENBURG, *ad L. 103 § 1 D. de leg.* III, 32.

2.º Quando al pupillo diseredato sono anche attribuiti dei legati nel testamento paterno, al sostituto pupillare non può imporsi alcun legato perchè, sebbene quei legati pervengano al sostituto insieme col patrimonio del pupillo, vale per questo caso incondizionatamente la regola *ab exheredati substituto inutiliter legatum datur* (L. 125 § 1 Dig. *de legatis*, I, 30). Altro è quando l'eredità paterna pervenga al diseredato per via indiretta, altro è il lascito di un semplice legato. *Nec huic contrarium est* (il lascito di tali oneri quando il diseredato abbia ricevuto per sostituzione il patrimonio paterno) *quod quum exheredato pater legatum dederit, nihilo magis substitutus legatis obligabitur, quia eo casu non hereditatis paternae portio, sed legatum ad eum pervenit* ⁷²⁾. L'entità dei legati non ha qui alcuna importanza e neppure il privilegio che il testatore abbia di potere preterire i propri eredi necessari onde questa regola vale anche pei soldati: « Si miles exheredaverit filium, vel sciens, eum filium esse, silentio praeterierit ⁷³⁾, an legatum a substituto eius dare possit? quaesitum est. Dixi, non posse, licet ampla legata reliquerit » ⁷⁴⁾.

Del resto questo risultato fu ammesso soltanto da una costituzione di GIUSTINIANO già sopra citata ⁷⁵⁾, ma i compilatori hanno accolto nelle *Pandette* soltanto quei testi che ad esso non contraddicono.

§ 1453.

4.º Effetti della sostituzione pupillare.

Il sostituto pupillare è erede del pupillo e succede in tutto il patrimonio di questo qualunque ne sia l'origine.

« Itaque — si quid — pupillo ex hereditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit » ⁷⁶⁾.

⁷²⁾ L. 88 § 7 D. *ad legem Falc.*, 35, 2.

⁷³⁾ Se non lo sa, infatti, la diseredazione è nulla. L. 7, L. 36 § 2 Dig. *de test. mil.*, 29, 1.

⁷⁴⁾ L. 41 § 3 D. *de test. mil.*, 29, 1.

⁷⁵⁾ L. 24 C. *de leg.*, 6, 37.

⁷⁶⁾ § 4 I. *h. t.*, L. 10 § 5 D. *h. t.*

Anche qui si applica la regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*; soltanto un soldato adunque potrebbe disporre che il sostituto fosse limitato ad una sola parte, per es. a quella parte del patrimonio che deriva dal testatore⁷⁷⁾. Il diritto romano però conosce alcune eccezioni alla regola che il sostituto succede in tutto il patrimonio del pupillo, le quali riposano su disposizioni del diritto positivo. Di una di queste abbiamo già parlato ed è il caso che il sostituto pupillare abbia la *solidi capacitas* riguardo al pupillo e non riguardo al padre; in tal caso egli non poteva ricevere dall'eredità paterna se non quel tanto che gli era concesso dalla legge; se poi il pupillo fosse stato diseredato dal padre, ma qualche cosa gli pervenisse indirettamente dall'eredità paterna, il sostituto vi avrebbe avuto il medesimo diritto che a tutto il restante patrimonio del pupillo⁷⁸⁾. Queste disposizioni sogliono applicarsi anche alle note incapacità relative di succedere del diritto nuovo⁷⁹⁾.

La seconda eccezione è espressa nel seguente testo di ULPIANO⁸⁰⁾: « In arrogato quoque impubere dicimus, ad substitutum ejus ab arrogatore datum non debere pertinere ea, quae haberet, si arrogatus non esset, sed ea sola, quae ipse ei dedit arrogator; nisi forte distinguimus: ut quartam quidem quam omnimodo ex Rescripto D. Pii debuit ei relinquere, substitutus habere non possit, superfluum habeat. Scaevola tamen libro X quaestionum putat, vel hoc arrogatori permittendum; quae sententia habet rationem. Ego etiam amplius puto, et si quid beneficio arrogatoris acquisiit, et haec substitutum posse habere: utputa arrogatoris amicus vel cognatus ei aliquid reliquit ».

Se l'*arrogator* fosse autorizzato ad ordinare una sostituzione pupillare era forse dubbio⁸¹⁾ e se si guardi all'origine di questa il

⁷⁷⁾ L. 10 § 5 D. *h. t.*

⁷⁸⁾ L. 6 D. *h. t.*: « — si exheredato esset substitutus, non impediri eum capere, quasi a pupillo capiat ».

⁷⁹⁾ Confr. WESTPHAL, *Testamenti*, § 688, e § 1438^a di questo *Comment.*

⁸⁰⁾ L. 10 § 6 Dig. *h. t.*

⁸¹⁾ L. 22 § 1 Dig. *de adopt.*, 1, 7. Vedi infra nota 99 e il testo ivi.

dubbio era ben fondato. Come è noto l'*arrogator* doveva nell'arrogazione promettere con cauzione che in caso di morte dell'arrogato prima della pubertà egli avrebbe restituito il patrimonio a quelli che ne sarebbero stati prossimi eredi se l'arrogazione non fosse avvenuta⁸²⁾. Questa era dunque una limitazione essenziale del diritto di acquistare per mezzo del figlio e precisamente una limitazione pel caso in cui questo diritto durasse ancora dopo la morte del padre, qualora il figlio fosse morto impubere. Ma poichè il diritto della patria potestà era così limitato, ma non tolto, si concedesse all'arrogante la sostituzione pupillare, soltanto però riguardo al patrimonio che il pupillo fosse per acquistare da lui e alle cose che questi avesse acquistato da persone le quali a ciò fossero state indotte soltanto dalle loro relazioni coll'arrogante.

Nasce però la questione seguente: se l'arrogante muoia impubere il restante patrimonio va a coloro, che avrebbero ereditato qualora non vi fosse stata l'arrogazione, a titolo di eredità o possono essi pretenderlo solo come debito? Se si ammette la prima cosa, essa contrasta alla regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* ed anche all'altra *nemo cum pluribus testamentis decedere potest*: alla prima nel caso che gli eredi intestati dell'arrogato acquistino il patrimonio di lui, alla seconda quando questo patrimonio vada al sostituto pupillare nominato dal padre naturale del pupillo: quest'ultima eventualità però suppone anche un'altra anomalia, dovendo sembrare irregolare al massimo grado di lasciare in vigore una sostituzione pupillare dopo che il pupillo è passato sotto la potestà di persona diversa da quella che, per conseguenza della finzione più volte nominata, seguita ad essere considerata come titolare di tale potestà. La patria potestà sopra uno stesso individuo non può appartenere contemporaneamente a più. Scrittori illustri sono però di opinione che ciò accada effettivamente⁸³⁾ sulla base di due testi i quali sembrano parlare in modo esplicito⁸¹⁾. [*Vedi nota a pagina seguente*].

⁸²⁾ § 3 I. *de adopt.* 1, 11; L. 18, 20 Dig. *de adopt.*, 1, 7.

⁸³⁾ Così CUIACIO in lib. XXIX *Quaest. Papiniani*, ad L. 40 D. *h. t.*. *Op.*, IV, 751, ediz. Napoli. Prima concordava con lui anche lo SCHULTING.

« Causa cognita impubes arrogatus, decesserat. Quemadmodum legitimis heredibus auctoritate principali prospicitur vinculo cautionis, ita, si forte substituit naturalis pater impuberi, succurendum erit substituto; nam et legitimis heredibus futuris non aliae, quam utiles actiones praestari possunt ».

L'esame approfondito di questo testo persuade però che esso dice il contrario di ciò che gli si vuol far dire; in esso è riconosciuto il principio che nè gli eredi intestati, nè i sostituti pupillari del padre possono far valere il loro diritto in qualità di eredi universali del pupillo. È già stato notato sopra che l'arrogante doveva dar garanzia che il patrimonio dell'arrogato venuto a morte prima della pubertà sarebbe stato restituito a coloro che ne sarebbero stati gli eredi prossimi se non fosse avvenuta l'arrogazione. Il diritto a tale cauzione spettava dunque agli eredi prossimi, ma poichè ancora non si poteva sapere chi questi fossero, la garanzia si costituiva a favore di una persona pubblica, in origine un *servus* o un *libertus publicus*⁸⁵), uno di quei servi o liberti cioè che servivano alla *res tabularia* come scritturali, archivisti o computisti⁸⁶). Anche mancando tale garanzia però era concesso agli eredi prossimi un'*actio utilis* come se quella fosse stata costituita⁸⁷). L'azione colla quale si fa valere questo diritto non è dunque la petizione di eredità, ma un'azione *ex stipulatu* diretta od utile, la quale è data contro il possessore del patrimonio pupillare, cioè contro l'arrogante e dopo la sua morte

Notae ad Digesta, ad L. 22 § 1 D. *de adopt.*, I, 7; ma poi quest'A. ha cambiato opinione. Vedi più oltre alla nota 88. L'opinione di CUIACIO è difesa ampiamente anche dal CALDERA, *Variarum lectionum*, lib. III, c. 1, § 16 seg., ma in modo mal sicuro e senza dedurne conseguenze. Parimente dal WESTPHAL, *Testamenti*, § 713.

⁸⁴) L. 40 D. *h. t.*, L. 19 pr. D. *de adopt.*, I, 7.

⁸⁵) § 3 I. *de adopt.* I, 11; L. 18 pr. D. *eod.* Del resto anche in altri casi un *servus* o *libertus publicus* veniva utilizzato per stipulare a favore di un pupillo. L. 2 Dig. *rem pup. salvam. fore*, 46, 6.

⁸⁶) In seguito fu vietato di servirsi degli schiavi a questo scopo. L. 3 C. *de tabulariis*, 9, 69.

⁸⁷) L. 19 § 1 D. *de adopt.*: « Quae satisfactio si omissa fuerit, utilis actio in arrogatorem datur ».

contro il suo erede, che può essere anche il sostituto pupillare. Colla costituzione di garanzia vera o finta, gli eredi intestati o gli eredi nominati dal padre naturale del pupillo ottengono un diritto condizionato al patrimonio del defunto, pel quale hanno, quando la condizione si avveri, la qualità di creditori. Il diritto di succedere *ab intestato* o per sostituzione pupillare, perduto da loro per la *capitis diminutio* dell'arrogato, non si ripristina, il contenuto di esso però diviene oggetto di un diritto di obbligazione⁸⁸). Questo e non altro vuol dire il giureconsulto colle parole *nam et legitimis futuris non aliae, quam utiles actiones dantur*⁸⁹). L'epiteto di *utilis* può applicarsi all'azione in riguardi assai diversi, ma l'applicazione più comune nelle nostre fonti è quella per cui l'azione è accordata coi suoi effetti materiali, non ostante che manchino a rigore le condizioni giuridiche della sua applicabilità. Quelle parole significherebbero dunque che, sebbene secondo i principii del diritto civile il diritto di successione degli eredi intestati fosse annullato, esso si ammetteva in via di utilità o si riconosceva stabilito mediante la cauzione⁹⁰). Ma il ristabilimento di un diritto di eredità mediante cauzione, cioè per via di contratto, è cosa impossibile secondo i principii del diritto civile per la invalidità dei contratti successori, nè d'altronde vi ha alcun argomento per poter ammettere questa eccezione, come sarebbe necessario se coll'espressione *utilis actio* s'intendesse una petizione di eredità utile. PAPINIANO evidentemente vuol dire che qui si è avuto cura dell'interesse non soltanto dell'erede intestato, ma anche del sostituto pupillare del padre naturale, accordando ad ambedue il diritto nello stesso modo per mezzo della cauzione, perocchè nep-

⁸⁸) Vedi l'osservazione manoscritta dello SCHULTING pubblicata nella posteriore edizione dello SMALLENBURG ad L. 22 D. *de adoptionibus*, nota 2, t. I, p. 145: « non opus cum CUCIACIO dicere, pupillum posse, vel testatum et intestatum decedere, vel duobus testamentis: *revera enim uno decedit testamento patris arrogatoris; sed reliqua bona illis, ad quae ea res pertinet, heres restituere tenetur vi cautionis* ».

⁸⁹) L. 40 in f. Dig. h. t.

⁹⁰) Così si esprime alla lettera il COSTA ad § 3 I. *de adopt.* Vedi anche POTHIER, *ad tit. Dig. de vulg. et pup. subst.*, n. 52.

pure gli eredi legittimi possono far valere il loro diritto come tale, ma hanno soltanto un diritto all'oggetto di esso, diritto che il rimedio giuridico straordinario introdotto dall'imperatore ANTONINO assicura loro ⁹¹).

Non mancano però testimonianze esplicite anche nel senso che la sostituzione pupillare del padre naturale si estingua per l'arrogazione dell'impubere. Nella enumerazione delle regole cauzionali e delle limitazioni che debbono osservarsi nell'arrogazione di un impubere ULPIANO adduce anche il seguente argomento: *ne esset in potestate tutorum et finire tutelam et substitutionem a parente factam extinguere* ⁹²). Il sostituto conserva materialmente il suo diritto; ma se la conservazione avesse per obbietto il diritto stesso ereditario, vale a dire se il sostituto riacquistasse la qualità di erede, ULPIANO non potrebbe veder qui un motivo d'impedimento dell'arrogazione, dovrebbe invece notare che non si deve favorire un atto col quale è annullata la nomina di un erede vero e proprio per il figlio, un diritto della patria potestà a cui gli antichi tenevano tanto. È chiaro sotto questo riguardo quello che pensi il giurista dalle seguenti parole di un altro testo:

« His verbis satisfactionis, quae ab arrogatore praestari debet: *ad quos ea res pertinet*, et libertatibus prospectum esse, quae secundis tabulis datae sunt, et multo magis substituto servo, item legatariis, nemo dubitat » ⁹³).

È fuor di dubbio che le *secundae tabulae* indicano qui la sostituzione pupillare del padre naturale. Ma se si volesse riferire

⁹¹) Concorda anche VIVIANO nel *casus ad h. l.* A torto però il COSTA rimprovera alla *Glossa Accursiana* di avere scambiato le *utiles actiones* di cui è cenno nella L. 19, § 1 D. *de adopt.*, 1, 7 con quelle qui indicate. L'azione derivante dalla *cautio* prestata effettivamente è un'azione diretta e ad essa perciò è contrapposta come utile l'azione derivante dalla *cautio* fittizia; ma per lo scopo e l'effetto anche l'azione derivante dalla prestazione effettiva di cauzione può considerarsi soltanto come utile, perchè per essa può ottenersi materialmente un diritto di eredità già distrutto. Confr. la mia *Cessione* [Cession], pag. 155 seg. della 3.^a edizione.

⁹²) L. 17 § 1 D. *de adopt.*, 1, 7.

⁹³) L. 19 pr. D. *eod.*

questa espressione al mantenimento del diritto ereditario ULPIANO si contraddirebbe evidentemente. Soltanto il contenuto della disposizione paterna deve dunque essere mantenuto ed adempiuto completamente, cioè anche per i legati e le concessioni di libertà. È del resto priva di fondamento la deduzione che il FABRO fa da questo testo, che tal diritto compete soltanto allo schiavo sostituito e non a qualunque altro sostituto pupillare⁹⁴), non meno che la proposta del NOODT di cancellare la parola *serro* davanti a *substituto*⁹⁵). La prima conclusione viene distrutta dalla L. 40 *h. t.* e la menzione dello schiavo appar naturale conseguenza delle parole precedenti. ULPIANO vuole indicare che i motivi che si possono addurre pel mantenimento dei legati di libertà appaiono più forti nel caso che il padre abbia favorito lo schiavo col nominarlo sostituto pupillare⁹⁶).

Del resto dal sopracitato testo di ULPIANO (L. 10 § 6 *h. t.*) appare che alcuni dubitavano se anche la così detta quarta *divi Pii* che l'arrogante doveva lasciare al pupillo diseredato non dovesse essere detratta dalla massa che il sostituto pupillare poteva pretendere. Il motivo di questo dubbio può essere cercato soltanto nel fatto che questa quarta si faceva valere quasi come un debito del patrimonio dell'arrogante⁹⁷). Il giureconsulto però si decide con ragione in senso contrario perchè il diritto di sostituire pupillarmente non può essere soppresso per diseredazione e ciò che compete al pupillo sull'eredità per tale titolo non appartiene sempre al patrimonio che egli avrebbe avuto qualora non fosse stato arrogato ed è solo su questo che possono i suoi primi eredi accampare delle pretese⁹⁸).

⁹⁴) *Jurisprud. Papin.*, t. X, ill. XI, p. 485.

⁹⁵) NOODT, *Comment. in Dig.*, tit. *de adopt.* (*Opp.*, t. II, p. 26 A).

⁹⁶) Joh. ALTAMIRANUS, *ad lib. X quaestion. Scaevolae*, tr. X, § 6 (MEERMANN, t. II, pag. 502 e seg.); WIELING, *Lect. iur. cir.*, lib. II, c. 8, pag. 116 e segg.

⁹⁷) L. 2 § 1 D. *fam. erc.*, 10, 2; L. 1 § 21 D. *de collat.*, 37, 6.

⁹⁸) Cfr. WESTPHAL, *Testamenti*, § 651.

Notevole è ancora un altro testo di ULPIANO ⁹⁹⁾:

« Sed an impuberi arrogator substituere posset? quaeritur. Et puto non admitti substitutionem, nisi forte ad quartam solam, quam ex bonis ejus consequitur, et hactenus, ut ei usque ad pubertatem substituatur. Ceterum, si fidei ejus committat, ut quandoque restituatur, non oportet admitti fideicommissum, quia hoc non iudicio ejus ad eum pervenit, sed principali providentia ».

Secondo il senso strettamente letterale di questo testo ULPIANO direbbe che l'arrogante possa sostituire soltanto riguardo alla quarta, ma ciò sarebbe contraddittorio anche ad altre sue espressioni. Il POTHIER alle parole ad *quartam solam* osserva: *supple et ad omnia quae ab adrogatore aut contemplatione adrogatoris impuberi obtigerunt* ¹⁰⁰⁾. Il pensiero espresso con quest'aggiunta è vero ¹⁾, ma può dubitarsi dall'insieme del testo se ULPIANO abbia alluso ad esso. Forse dopo *impuberi* è caduta la parola *exheredato*, così tutto s'intenderebbe e sarebbe ben connesso. Se il testatore esclude l'impubere la sostituzione pupillare ordinata dall'arrogante ha per oggetto tutt'al più la quarta *divi Pii*, ma non più di questa; ogni altro onere, per es. quello di restituire la quarta come fedecompresso dopo la pubertà, è invalido per il principio che si possono aggiungere oneri soltanto a ciò che il testatore lascia dal suo patrimonio ²⁾.

Adunque la regola è che il sostituto pupillare riceve tutto il patrimonio del pupillo, sia esso pervenuto a questo dal padre o da altri, ma non solo egli ha diritto a ciò, ma deve anche accettare o rifiutare per intero, non essendo ad alcuno permesso di acquistare un'eredità soltanto per parte ³⁾. Poichè però l'eredità del padre e quella del pupillo si considerano sotto tanti riguardi come eredità diverse, nasce la questione se il sostituto pupillare possa

⁹⁹⁾ L. 22 § 1 D. de adopt.

¹⁰⁰⁾ Pand. Justin., tit. de adopt., n. 31.

¹⁾ CUIACIUS, ad *Quaest. Papin.*, loc. cit., p. 753; VOET ad *Pand. tit. de vulg. et pup. subst.*, § 16.

²⁾ Arg. L. 67 pr. e § 1 de leg., II e L. 6 § 1 de leg. III. — Vedi Fr. BALDWINUS, nota ad *Pand. h. l. (Jurisprud. Rom. et Att. t. I, p. 808)*.

³⁾ L. 10, L. 35 pr., L. 80 § 1 C. de acq. her., 29, 2.

accettarne una e rifiutare l'altra. Qui devono distinguersi i seguenti casi ⁴⁾).

1.º Il pupillo è stato istituito erede dal padre dell'intero asse ed è divenuto erede. Qui è impossibile la separazione delle due masse perchè il patrimonio del padre e quello del pupillo si sono confusi in uno solo.

« Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est; extitit patri filius heres: an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? Non potest, sed aut utriusque debet hereditatem habere, aut neutrius: juncta enim hereditas coepit esse » ⁵⁾).

Ma che cosa sarà da dire se il pupillo si sia astenuto dall'eredità paterna? Qui i giureconsulti romani erano discordi. GIULIANO stava per la negativa tenendo fermo il principio che il sostituto era stato chiamato dal testamento paterno nell'intero e che il pupillo pure astenendosi era divenuto erede del padre; ora il diritto di astenersi era concesso soltanto al *suus heres* e non poteva nè direttamente nè indirettamente invocarsi da un terzo. MARCELLO censura questa opinione osservando essere nell'interesse del pupillo di concedere al sostituto la facoltà di rinunciare all'eredità paterna, perchè altrimenti sarebbe da temere che egli rinunciasse anche a quella del figlio ed allora potrebbe facilmente anche a riguardo di quest'ultima farsi luogo all'odioso provvedimento della *renditio bonorum* ⁶⁾). Per questa opinione sta anche l'argomento che coll'astensione le due masse ereditarie vengono separate e il sostituto non trova più l'eredità paterna nel patrimonio del pupillo, nel quale soltanto egli è chiamato come erede ⁷⁾). ULPIANO, il quale riferisce questa disputa, accoglie espressamente l'opinione di MARCELLO ⁸⁾):

⁴⁾ Una raccolta completa di questi casi è stata tentata dal PAPILLONIUS, *de subst. pup.*, c. IX in OTTONE, *Thesaurus*, IV, p. 750 seg. e dal WARNKOENIG, nella *Rivista* sua e del ROSSIER, II, parte I.

⁵⁾ L. 10 § 2 D. *h. t.*

⁶⁾ POTHIER, *Pand. Inst. ad h. t.*, n. 49 nella nota alla L. 42 pr. D. *de acq. her.* e WARNKOENIG, *loc. cit.*, pag. 3. Vedi nota 10.

⁷⁾ WARNKOENIG, *loc. cit.*

⁸⁾ L. 42 pr. D. *de acq. her.*, 29, 2.

« JULIANUS lib. XXVI. Dig. scripsit, si pupillus paterna hereditate se abstinnisset, deinde ei aliquis heres extitisset, non esse eum compellendum creditoribus paternis respondere ⁹⁾, nisi substitutus ei fuit; inclinatur enim in hoc, ut putet, substitutum etiam patris onera subiturum. *Quae sententia a Marcello recte notata est*; impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem, metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit (vedi nota 6); alioquin, inquit, et si frater fuit, ommissa causa testamenti ab intestato possidebit hereditatem, et quidem impune: nec enim videtur voluisse fraudare edictum, qui sibi prospicit, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur ¹⁰⁾. Sed quod in fratre scripsit, credo ita intelligendum: si non impuberis frater fuit, sed testatoris; ceterum utique si frater a patre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet » ^{11 a)}.

⁹⁾ Così pel caso che l'erede pupillare succeda non in forza della sostituzione paterna, ma succeda *ab intestato* al pupillo, è riconosciuto espressamente anche da GIULIANO che l'astensione sia efficace non solo pel pupillo, ma anche per gli eredi di lui.

¹⁰⁾ Per ciò, se anche non ha luogo una vera *honorum venditio*, si fa luogo all'eredità intestata anche quando il sostituto stesso sia l'erede intestato prossimo, perchè egli non urta contro l'editto del pretore *si quis ommissa causa testamenti ab intestato vel alio modo rem possideat*, se rinuncia all'eredità del testatore, essendo egli erede del pupillo, il quale non è obbligato ad assumersi i debiti che gravano sull'eredità paterna. (Confr. L. 77 § 31 D. *de legatis* III, 32; L. 6 § 3 D. *si quis om. causa test.*, 29, 4). Quell'editto è certamente stato introdotto a favore soltanto dei legatarii, onde il FABRO, *Errores pragmaticorum*, dec. 32, err. 3, crede che ULPIANO abbia qui pensato soltanto ai legati ordinati nel testamento paterno. Di opinione diversa è il CUIACIO, *Obs.*, XVIII, c. 8 e infatti tanto da questo quanto da un altro testo (L. 40 D. *de acq. her.*, 29, 2) appar molto probabile che anche ai creditori del testatore fosse data in certi casi un'azione contro l'erede che avesse rinunciato all'eredità testamentaria per esonerarsi dai debiti. — Vedi più oltre la spiegazione della L. 40 cit.

^{11 a)} Anche le parole finali di questo testo hanno dato origine alle più diverse interpretazioni. Certo è che il giureconsulto allude qui ad un fratello dell'impubere tuttora soggetto alla potestà del testatore: questi era *ipso iure* erede così del padre come del fratello al quale era stato sostituito pupillarmente (L. 10 § 1 D. *h. t.*). — Di fronte ad un tal so-

Lo stesso risultato appare da un testo di GIAVOLENO il quale di solito è ritenuto un difensore dell'opinione di GIULIANO ^{11 b)}, con quanta ragione vedremo dalla seguente interpretazione. Il testo è tratto dal libro 1.^o delle *Epistole* di GIAVOLENO ¹²⁾ e contiene la proposta di una questione e la risposta ad essa:

« Paterfamilias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset, substituit heredem; is filius paterna hereditate se abstinuit, ideoque bona patris venierunt. Postea filio hereditas obvenit, qua adita decessit: quaero quum Praetor in ipsum pupillum, quamvis postea hereditas obvenisset, creditoribus tamen patris actionem non daret, an in substitutum creditoribus patris danda sit actio, quum ex bonis paternis, quae scilicet ad creditores missos ad (in) bona pertinent, nihil acquirat, et quum creditores nihil juris in bonis pupilli habuerint, eorumque nihil interfuerit, adiretur nec ne pupilli hereditas, quum ea bona ommissa ¹³⁾ a substituto hereditate ad creditores non pertinebant ¹⁴⁾. Me illud maxime movet, quod praeceptoribus tuis placet, unum esse testamentum ».

Fin qui la domanda, come appare dalle parole seguenti: *respondit ecc.*

stituito l'eredità paterna e quella del pupillo erano considerate come un tutto inseparabile e solo si disputava se le due eredità non potessero tenersi separate mediante l'astensione, ciò che fu ammesso tuttavia anche nel caso che egli fosse stato istituito dal padre (L. 12 D. h. t.). ULPIANO vuol dunque dire che MARCELLO alludeva soltanto ad uno di quegli eredi, che acquistano l'eredità per adizione, non a quelli che l'acquistano *ipso iure*. Con ciò si concilia benissimo la possibilità per l'erede necessario di far uso dello stesso beneficio mercè del quale anche l'impubere avrebbe dovuto liberarsi dall'eredità paterna. Vedi BALDUINO, *de iure novo*; lib. III in *Iurispr. Rom. et Att.*, I, p. 1135; A. FABRO, *Errores pragmat.*, dec. XXXII, err. 4, il quale trova anche qui un tribonianismo.

^{11 b)} Vedi per es. FABRO, *Errores pragmat.*, dec. XXXII, err. 1, p. 352; SCHULTING, *Notae ad D.* ad L. 42 pr. D. *de acq. her.*, t. V, p. 137.

¹²⁾ L. 28 D. *de reb. auct. iud. possid.*, 42, 5.

¹³⁾ Così, evidentemente, deve leggersi secondo ALOANDRO. invece che *admissa*.

¹⁴⁾ Ha però il significato di *pertinuissent*. Ma questo non è un motivo per correggere, come vorrebbe IENSIUS, *Stricturae ad Pandectas*, p. 411 e seg. Vedi in contrario ALPHEN, *Novus thes. dissertationum iuris Belgici* dell'OELRICH, vol. III, t. I, p. 36.

Le parole da *cum* sino a *pertinebit* contengono alcuni dubbi contro l'opinione per la quale il sostituto pupillare dovrebbe accettare l'eredità paterna coi debiti o rinunciare al tutto: si osserva che il pupillo stesso, del quale il sostituto diviene erede, non è obbligato per il pagamento dei debiti paterni, nè i creditori avrebbero alcun interesse che il sostituto accettasse l'eredità pupillare, essendo fuor di dubbio che rifiutandola egli e facendosi luogo alla successione intestata, i creditori non potrebbero accampare alcuna pretesa. Tuttavia, egli segue, un dubbio nasce ¹⁵⁾ dal fatto che secondo l'opinione dei Sabiniani ¹⁶⁾ le due eredità sono deferite in base ad un unico testamento, e segue la risposta di GIAVOLENO: « Respondit: quod Praetor filio, qui a paterna hereditate se abstinet, praestat, ne bonis patris ejus venditis in eum actio detur, tametsi postea ei hereditas obvenit, idem in substituto filio (filii) herede servandum non est, quoniam filii pudori pareitur, ut potius patris, quam ejus bona veneant ¹⁷⁾. Itaque in id, quod postea ei obvenit, actio creditoribus denegatur, quia id ex adventicio (cioè da un terzo) acquisitum est, non per patrem ad eum pervenit. At quum substitutus filo hereditatem adiit, postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati, tunc hereditas et patris et filii una est, et in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitus heres obligatur; et quemadmodum liberum ei non est post obligationem, ut non omnimodo, si non defenditur, ipsius bona veneant, ita ne separare quidem aes alienum patris et filii poterit; quo casu efficietur, ut creditoribus in eum actio dari debeat. Quodsi substitutus heres hereditatem non adierit, creditoribus patris in id, quod pupillus reliquit, actio dari non debet, quoniam neque pupilli bona venire debent propter aes alienum patris, neque in bonis patris est, quod pupillus adquisivit ».

¹⁵⁾ Questo è evidentemente il senso delle parole *movet me*, ecc. Vedi anche la traduzione tedesca di questo testo del TREITSCHKE, vol. IV, pag. 386.

¹⁶⁾ A questi infatti apparteneva GIAVOLENO; L. 2 § 47 D. *de or. iuris*, 1, 2.

¹⁷⁾ Cioè, il diritto di astenersi è stato introdotto per mantenere il buon nome del figlio, onde evitare, cioè, il concorso in suo nome.

Sembra che l'espressione letterale di questo testo stia a conferma del concetto che GIAVOLENO avrebbe avuto opinione uguale a GIULIANO, perchè la congettura di parecchi interpreti, i quali vorrebbero cancellare la negativa nella frase *idem in substituto servandum non est*¹⁸⁾, pur non mancando di qualche appoggio nei manoscritti¹⁹⁾, deve, quando si considerino le espressioni del testo nel loro senso intimo e nella loro connessione esteriore, respingersi del tutto; in altre parole è dichiarato espressamente che esiste e per quali motivi esiste una differenza fra il pupillo e il sostituto²⁰⁾. Se si ammette tuttavia che GIAVOLENO sia stato veramente dell'opinione di GIULIANO vi sarebbe infatti una antinomia fra questo testo e la L. 42, citata perchè il giureconsulto nella parte seguente sino alla fine tien fermo il principio che vi sia una differenza fra il diritto del pupillo e quello del sostituto e solo quando questi non acquisti affatto l'eredità, il patrimonio del pupillo non è soggetto alle pretese dei creditori. Che se poi sembra grave ammettere un dissenso fra GIAVOLENO e GIULIANO senza una dichiarazione precisa, che qui manca, dovrà preferirsi qualunque spiegazione conciliativa la quale non contraddica alle parole. Se ora si pensi che i giureconsulti romani molto spesso esprimevano i motivi delle loro decisioni solo indirettamente, cioè non rispondevano in modo diretto alle questioni loro proposte, non si potrà dubitare della possibilità di dare al nostro testo la seguente interpretazione: la domanda proposta si riferiva ad un caso nel quale il pupillo istituito unico erede si era astenuto e poi si era avverato il caso di sostituzione: il giureconsulto risponde che fra il diritto del pupillo e quello del sostituto c'è una differenza notevole; il primo soltanto può astenersi, l'altro non può. Se pertanto il pupillo si è immischiato nell'eredità paterna, cioè l'ha accettata²¹⁾, anche il

¹⁸⁾ *Heur. a Suerin, Repet. lec. jur.*, c. 40 (OTTO, vol. IV, p. 84).
H. BRENCMANN, *Tr. de eurementis*, c. 7, § 6, n. 6.

¹⁹⁾ GEBAUER nella sua edizione ad *h. l.*

²⁰⁾ LAUCH, *Meditationes criticae de negationibus. Pand. Flor.*, pag. 60.

²¹⁾ Veramente i minori *sui heredes* potevano esser restituiti contro la immissione (L. 11, L. 57 pr. D. *de acq. her.*, 29, 2, L. 7 § 5 D. *de*

sostituto deve accettare o rifiutare ambe le eredità e soltanto se avvenga quest'ultima cosa il patrimonio pupillare è libero dalle pretese dei creditori. Così tutto corre perfettamente. Il giureconsulto non è in contraddizione con sè stesso, nè con l'opinione accolta nella pratica, soltanto egli non si dichiara direttamente ed espressamente sulla questione proposta, ma solo indirettamente vi dà una risposta negativa dichiarandosi soltanto sul caso in cui vi ha differenza dei diritti del pupillo e di quelli del sostituto ²²).

2.° Il pupillo è diseredato e il sostituto non è istituito nel testamento paterno. In questo caso le due eredità sono completamente separate. Se l'erede istituito non vuole o non può accettare l'eredità, questa va al pupillo come erede intestato prossimo, ma la sostituzione pupillare si estingue ²³). Lo stesso era se la diseredazione non potesse valere secondo i principi del diritto civile antico, o se il testamento del padre fosse rescisso colla querela di inofficioso testamento ²⁴). Secondo la Novella 115 invece la dise-

min. 4, 4); ma poichè qui tutto dipende dal fatto che il pupillo si sia immischiato bisogna naturalmente pensare a una immistione efficace. A. FABRO, *Coniecturae iuris civilis*, lib. II, c. 2 ritiene che le parole *postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati* siano un glossema introdotto nel testo per errore di amanuensi. Concordano con lui parecchi, fra gli altri il POTHIER ad *h. t.*, n. 49, presso il quale si trovano del resto buone osservazioni contro il CUIACIO, e dal quale tutta la disputa vien riferita al caso che il pupillo si sia astenuto dopo essersi già immischiato: anzi ciò non può avere alcuna influenza sugli effetti giuridici. Secondo l'interpretazione data nel testo quelle parole sono essenziali.

²²) Agli interpreti di questo testo nominati da SCHULTING e SMALLENBURG ad *h. l.*, t. VI, p. 498 seg., deve aggiungersi la GLOSSA di ACCURSIO ad *h. l.* (che nelle edizioni glossate figura come L. 13 D. *de priv. cred.*, 42, 6), dove sono già accennate tutte le possibili opinioni degli interpreti posteriori. Autorità per la mia spiegazione non posso invece citarne. Anche il WARNKOENIG, *loc. cit.*, pag. 2, ammette un dissenso fra GIOVOLENO e MARCELLO. Nel breve sunto che i *Basilici* (tit. *de rebus auct. ind. poss.*, IX, 7, 27, ed. Heimbach, I, p. 472) danno di questo testo è ammessa una obbligazione incondizionata del sostituto, che ha adito l'eredità del pupillo, di pagare i debiti paterni.

²³) L. 2 § 1 D. *h. t.* L. 10 § 4 *cod.*: « — nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas ».

²⁴) § 5 I. *h. t.* — L. 8 § 5 D. *de inoff. test.* — Vedi il § 1452, nota 43, pag. 96.

redazione invalida non nuoce più alla validità della sostituzione ²⁵⁾ e può quindi nuovamente proporsi la questione se il sostituto possa rifiutare l'eredità paterna e limitarsi a quella del pupillo. È perciò indifferente che si ritenga esatto il sistema dell'impugnazione o quello della nullità, salvo che nel primo caso l'eredità paterna s'intende acquistata al pupillo quando l'azione d'impugnativa sia riuscita, nel secondo l'acquisto avviene *ipso iure* quando l'erede necessario abbia sopravvissuto alla delazione ²⁶⁾. Anche in questo caso il pupillo può naturalmente rinunciare o astenersi dall'eredità paterna e in tal caso si fa luogo al diritto riconosciuto nel numero precedente, vale a dire oggetto della sostituzione è soltanto l'eredità del pupillo. Ma se il pupillo diviene erede del padre per dichiarazione del padre o *ipso iure*, la conseguenza vuole che ai sostituti non sia concessa la separazione delle due eredità, essendo qui indifferente il motivo pel quale il pupillo acquista l'eredità paterna ²⁷⁾, perchè è sempre vero il principio: *iuncta hereditas coepit esse* ovvero *hereditas et patris et filii una est* ²⁸⁾.

3.° Il pupillo è diseredato, il sostituto pupillare è istituito anche nel testamento paterno. Se il padre lo ha istituito per unico erede senza dargli alcun sostituto, egli naturalmente non ha altra scelta che di accettare l'eredità del pupillo con quella del padre, oppure di rinunciare a quella perchè se egli non voglia divenire erede del padre, il testamento cade completamente come *destitutum* ²⁹⁾. Ma se gli è nominato un sostituto il quale acquisti anche l'eredità paterna rifiutata dal sostituto pupillare, le due masse sono distinte; lo stesso vale se egli sia istituito erede con un altro nel patrimonio del padre ed il coerede accetti. Se infatti il so-

²⁵⁾ Vedi il § 1425 b a pag. 805 del vol. II di questo libro e sopra al § 1450 in fine.

²⁶⁾ Il sistema della nullità è stato da me difeso a pag. 778 seg. del vol. II di questo libro.

²⁷⁾ Arg. L. 2 § 1 in f. D. h. t.: « Plane si omissa causa principalis testamenti ab intestato possideatur hereditas, dicendum est, et pupillo substitutum servandum ».

²⁸⁾ L. 10 § 2 D. h. t.; L. 28 D. de reb. auct. jud. possidendis, 42, 5.

²⁹⁾ L. 10 § 4 D. h. t.

stituito pupillare, rinunci alla sua parte, questa va al coerede per diritto di accrescimento e si ha lo stesso risultato che se il coerede fosse nominato erede solo. Alcuni ammettevano però che il sostituto, anche se gli fosse stata lasciata soltanto una parte del patrimonio paterno, dovesse rispondere verso i creditori del padre se non avesse rinunciato del tutto all'eredità pupillare. Anche qui fu ammessa l'opinione contraria di MARCELLO. ULPIANO la riferisce insieme con l'altra che egli respinge ³⁰):

« Quaesitum est, an licet quis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patrem habeat, vel faciat ³¹), an creditoribus paternis cogatur respondere: utputa si impuberi fuerit substitutus ³²). In qua specie JULIANUS lib. XXVI Digestorum scripsit, incidere eum in edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati ³³): nam, qui iudicium patris oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quidquam consequi ³⁴). Sed MARCELLUS eleganter distinguit: multum interesse, utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento, an ex parte, ut, si ex parte, potuerit sine metu, remota patris successione impuberis hereditatem amplecti ».

Quest'ultima decisione però s'intende sempre sotto la condizione che il coerede sia divenuto veramente erede, perchè altrimenti il

³⁰) L. 40 D. *de acq. vel om. her.*, 29, 2.

³¹) Queste parole si riferiscono alla sostituzione pupillare, che il sostituto deriva dal testamento paterno; *vel faciat*, cioè se egli imprenda un atto che può esser riguardato come adizione dell'eredità pupillare. Vedi CUIACIO in *lib. III Quaestionum Papiniani*, ad L. 12 Dig. *h. t.* Il CUIACIO però crede contro l'autorità dei manoscritti e degli editori che si debba leggere *capiat* in luogo di *faciat* e con lui concordano altri, quale il POTHIER, *Pand. Inst. ad tit. de acq. her.*, n. 81.

³²) La questione, cioè, poteva esser respinta in questa ipotesi.

³³) Si allude qui, come nella L. 42 Dig. *De acq. her.*, 29, 2, all'editto « *si quis omissa causa testamenti* ». Vedi CUIACIO, *Observationes*, XVIII, 8 e sopra pag. 115, nota 10.

³⁴) Poichè il sostituto è nominato anche erede del pupillo nel testamento paterno, secondo quest'opinione rigorosa di GIULIANO debbono le due eredità considerarsi come una sola *hereditas*; pertanto il sostituto, che non vuole acquistare l'eredità paterna, si dichiara contro il testamento del padre, *iudicium patris oppugnat*; CUIACIO *ad Papin.*, loc. cit., *Opera*, IV, 87, 88, ediz. di Napoli; POTHIER, nota ad *h. l.*

caso sarebbe identico a quello che il sostituto fosse istituito *ex asse* ³⁵⁾.

Del resto in un testo del 40.^o libro dei *Digesti* di GIULIANO ³⁶⁾ è deciso secondo gli stessi principii un altro caso, quello che il sostituto pupillare istituito nel testamento paterno coll'onere di restituire l'eredità paterna rinunci ad accettare questa perdendo così il diritto all'eredità del pupillo, qualora la sostituzione sia ordinata in questa forma: *quisquis mihi heres erit idem filio meo heres esto*, in altre parole quando sia sostituito pupillarmente sotto la condizione che divenga erede del padre. Non essendo aggiunta questa condizione importa soltanto sapere se il sostituto pupillare sia stato istituito erede solo o insieme con altri; nel primo caso egli perde il suo diritto alla eredità pupillare, nel secondo questo diritto gli rimane se il suo coerede acquisti l'eredità paterna. Se il giureconsulto abbia mutato nel frattempo l'opinione espressa in un precedente libro dei *Digesti* (L. 42 pr. D. *de acq. her.*, 29, 2) o se vi fosse una differenza essenziale fra i due casi, consistente nel fatto che nell'ultimo era stata imposta al sostituto la restituzione dell'eredità paterna o se piuttosto abbia qui operato la mano di TRIBONIANO, tutto ciò lasciamo indiscusso perchè non sarebbe possibile ottenere la piena certezza ³⁷⁾.

Al sostituto pupillare nominato erede del padre è negata però la facoltà di accettare l'eredità paterna senza quella del pupillo, e in questo caso è indifferente se il sostituto sia stato nominato solo o insieme con un coerede. Ciò non è possibile come non è possibile accettare l'eredità in parte e in parte rifiutarla. Il rapporto è qui lo stesso che se alcuno fosse istituito erede per una parte puramente, per l'altra sotto condizione, perchè un tale erede, una volta che abbia accettato, diviene erede per l'intero ³⁸⁾; oppure

³⁵⁾ CUIACIO, *loc. cit.* e GORDONIUS, *Praeternisa. jur. civil.*, cap. 13 in OTTO, *Thea.*, t. II.

³⁶⁾ L. 27 § 2 D. *ad Set. Treb.*, 36, 1.

³⁷⁾ A. FABRO si serve di questo testo per fondare la sua opinione secondo la quale fra GIULIANO e MARCELLO non vi sarebbe stato vero dissenso. *Err. pragmaticorum*, dec. XXXII, err. 1, p. 350, 351.

³⁸⁾ L. 52 § 1 D. *de acq. her.*, 29, 2.

se un coerede fosse sostituito all'altro, perchè anche qui, quando siano istituiti soltanto due eredi, l'avverarsi del caso di sostituzione produce gli effetti stessi del diritto di accrescimento ³⁹⁾, o infine se anche più fossero i coeredi purchè colui, che ha acquistata la parte, sopravviva al caso di sostituzione ⁴⁰⁾. Se pertanto il sostituto pupillare abbia accettata l'eredità paterna, non solo egli deve accettare anche quella del pupillo, ma se il caso di sostituzione si avveri dopo la sua morte, l'eredità del pupillo appartiene alla eredità paterna già da lui acquistata, proprio come anche il diritto di accrescimento diviene efficace *ipso iure* dopo la morte di un erede. Su ciò si esprime NERAZIO nel modo seguente:

« Qui patri heres extitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere. Quod sic recipiendum est, etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit; nam is, qui heres extiterit, pupillo quoque heres necessario erit. Nam si ipsum invitum obligat, coniungi eam paternae hereditati, et accrescendi iure acquiri cuicumque patris heredi, existimandum est » ⁴¹⁾.

L'affermazione finale si fonda sul seguente concetto: se il sostituto coll'accettazione della eredità paterna si obbliga ad accettare anche quella del pupillo, ciò riposa evidentemente sul fatto che l'eredità pupillare deve considerarsi come una cosa sola con quella del padre e perciò essa è attribuita, precisamente come nel diritto di accrescimento, *ipso iure* a chi ha accettata quella prima ⁴²⁾. Tuttavia si è sempre trovato grave difficoltà ad ammettere che un patrimonio essenzialmente diverso da quello del padre possa essere acquistato per diritto di accrescimento dall'erede di questo ⁴³⁾. Non si può negare neppure che questo modo di vedere può dare

³⁹⁾ L. 35 pr. D. de acq. her., 29, 2.

⁴⁰⁾ L. 81 D. de acq. her. — Vedi sopra § 1448.

⁴¹⁾ L. 59 D. de acq. her., 29, 2.

⁴²⁾ POTHIER, ad h. l., tit. De acq. her., num. 68. MADIHN, *Diss. cit.*, § 21 in f.

⁴³⁾ A. FABRO, *Error. Pragmat. dec. XXXI*, err. 6; BAUMEISTER, *Il diritto di accrescimento fra coeredi* [Anwachsungsrecht ecc.], § 17, pag. 146.

origine a molti errori, massime se si intendano alla lettera le ultime parole di NERAZIO: *accrescendi iure acquiri cuicumque patris heredi*. Infatti anche l'erede non sostituito dal padre dovrebbe in tal caso essere escluso dall'eredità del pupillo almeno quando fosse ordinata una sostituzione pupillare: per esempio la disposizione testamentaria suona così: *A e B siano miei eredi, nomino A erede anche di mio figlio se questi muoia prima della pubertà*⁴⁴⁾. Secondo il concetto che l'eredità del pupillo si accresce a quella del padre, in caso che *A* rinunciasse, *B* che diviene l'unico erede del padre dovrebbe acquistare anche l'eredità pupillare e infatti questo sembra dire NERAZIO. Ma poichè ciò sarebbe in contraddizione coi principii più riconosciuti del diritto, le parole: *cuicumque patris heredi* debbono intendersi in un senso più limitato e ammettersi che il giureconsulto voglia qui mettere in evidenza soltanto la somiglianza cogli effetti del diritto di accrescimento, ma prenda del resto in considerazione eredi del padre che siano anche stati sostituiti pupillarmente⁴⁵⁾. È del tutto erroneo però e quindi meritevole di censura il parlare sulla base di questo testo di una trasmissione della sostituzione pupillare⁴⁶⁾; se tale trasmissione esistesse l'erede del sostituito avrebbe sempre un diritto alla sostituzione pupillare anche se il suo autore fosse morto prima del pupillo senza divenire l'erede del padre. Eppure qualche cosa di vero c'è nel concetto di NERAZIO. Quando il padre dispone della propria eredità e di quella del pupillo a favore dello stesso subietto vi è una unità o meglio una indivisibilità della volontà paterna la quale cesserebbe se l'erede e sostituito potesse separare i due patrimoni; è perciò logico che questo non possa avvenire più che nel caso che alcuno sia istituito in una parte del patrimonio puramente, in un'altra parte sotto condizione^{47a)}; per ambedue i casi il con-

⁴⁴⁾ Non c'è differenza se si immagini il figlio diseredato o istituito insieme.

⁴⁵⁾ FABRO, *Errores*, loc. cit.

⁴⁶⁾ Si dichiara contrario con ragione anche il FABRO, loc. cit. ed err. 7 della stessa decade.

^{47 a)} L. 52 § 1 L. 53 pr. Dig. de acq. her., 29, 2.

fronto col diritto di accrescimento è dunque pienamente giustificato. Il principio stesso che colui che accetta l'eredità paterna non può rifiutare quella del pupillo e che, se anche egli non sopravviva al caso di sostituzione, la sostituzione pupillare resta egualmente efficace, è stato normalmente accolto senza contraddizioni ^{47b)}; i giureconsulti moderni lo insegnano come una modificazione della regola che la sostituzione si estingue quando il sostituto muoia prima del pupillo ⁴⁸⁾. È indifferente poi che sia istituito erede il pupillo o altri ed è quindi un presupposto non necessario che NERAZIO tratti di un caso in cui il sostituto pupillare è istituito accanto al pupillo ⁴⁹⁾. Del resto è più che possibile che le dispute dei giureconsulti romani risolte poi da GIUSTINIANO ⁵⁰⁾ si riferissero ad ambo i casi, ma la cosa qui non c'interessa ⁵¹⁾. Neppure ha influenza alcuna sui risultati cui siamo pervenuti il fatto che il sostituto sia stato chiamato all'eredità paterna insieme con altri, egli potrebbe sempre rifiutare questa eredità, non quella del pupillo invece, una volta che fosse divenuto erede del padre, perchè essa è collegata soltanto colla sua parte e non con quella del proprio coerede.

Ma che cosa dovrà dirsi quando i due coeredi siano sostituiti pupillarmente e ambedue siano divenuti eredi del padre? Qui deve distinguersi secondo i principii generali: a) il caso di sostituzione si è avverato viventi ambedue; in tale ipotesi la conseguenza non può essere altra che quella che si ha quando i due siano istituiti

^{47 b)} Il WARNKOENIG, *loc. cit.*, pag. 5 è però di altra opinione, perchè egli riferisce la L. 59 cit. al caso che anche il pupillo sia stato istituito e divenuto erede del padre — vedi nota 49. Ma il giureconsulto parla in generale e la ragione ch'egli adduce non si spiega altrimenti che accogliendo la decisione sopra espressa.

⁴⁸⁾ Vedi SCHWEPPE-MEYER, *Diritto privato romano* [Roemisches Privatrecht], vol. V, § 812, pag. 113, nota 4; WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch* [Trattato di diritto civile], vol. III, § 464, nota IV.

⁴⁹⁾ Questo è ammesso però da molti, per es. nella *Glossa* di ACCURSIO ad *h. l.* dal PAPIILLONIUS, *de pup. subst.*, c. 9 (OTTONE, *Theo.*, IV, 751) e fra i moderni dal WARNKOENING, *loc. cit.*, pag. 4. Contro FABRO, *loc. cit.*

⁵⁰⁾ L. 20 C. *de iure delib.* Vedi il seguente n. IV.

⁵¹⁾ WENING-INGENHEIM, *loc. cit.*, nota seg.

parte sotto condizione e parte puramente e sopravvivano alla condizione: l'intero viene attribuito loro in modo incondizionato e così non è possibile una separazione delle singole parti come non lo sarebbe se l'eredità fosse stata loro deferita sin da principio⁵²); b) il caso di sostituzione si avvera dopo la morte dell'uno; in tale ipotesi deve ammettersi che il diritto alla sostituzione pupillare e quindi anche l'obbligo di accettarla si limiti al solo sopravvivente. Veramente stando all'analogia delle istituzioni condizionate si dovrebbe ammettere il contrario⁵³), ma poichè a stretto rigore deve considerarsi contrario alle regole del diritto che l'avverarsi della condizione, anche quando più siano gli eredi istituiti, giovi all'erede dell'erede⁵⁴) e inoltre qui s'impone più l'analogia delle sostituzioni volgari che quella delle condizioni ordinarie, l'opinione qui espressa non può esser soggetta a dubbi. Infatti il principio che nel caso d'istituzione di più eredi la sostituzione avveratasi dopo la morte di uno di essi non abbia alcun effetto per gli eredi di lui, non solo corrisponde ai principii generali del diritto, ma è anche confermato da varie testimonianze assai chiare delle fonti⁵⁵).

In un solo caso anche al sostituto pupillare deve essere riconosciuta la libertà di rinunciare all'eredità del pupillo e di accettare quella del padre e ciò avviene quando a lui pure sia nominato un sostituto per l'eredità pupillare. Mancano a questo riguardo conferme espresse e dirette, ma si può invocare come analogia innegabile il principio che un erede unico istituito parte sotto condizione e parte senza non si considera erede *ex aunc* quando

⁵²) Arg. L. 59 § 5, 6 D. *de hered. inst.*, 28, 5. La stessa cosa è riconosciuta espressamente qui anche pel caso che ad uno dei coeredi si accresca per effetto di una sostituzione volgare una parte deficiente. L. 76. L. 81 Dig. *de acq. vel. om. her.*, 29, 2.

⁵³) L. 53 pr. D. *de acq. vel. om. her.*, 29, 2. Vedi sopra § 1448.

⁵⁴) Secondo l'opinione più conseguente di CELSO anche il coerede sopravvivente esclude gli eredi del premorto. L. 59 § 6, D. *de her. inst.*, 28, 5.

⁵⁵) L. 9 D. *de suis et leg.*, 38, 16; L. 81 D. *de acq. vel. om. her.*, 29, 2. Confr. sopra § 1448.

gli sia nominato un sostituto nella parte condizionata ⁵⁶⁾: egli farà in tal caso limitare la sua accettazione alla parte incondizionata, lasciando così che la parte condizionata venga deferita al sostituto. Certo anche il sostituto può rinunciare e allora si fa luogo necessariamente al diritto di accrescimento, l'erede istituito quindi riceve per tal titolo la parte da lui stesso rifiutata. Tuttociò deve valere anche pel caso che sia nominato un eventuale sostituto pupillare. Simile disposizione, quando sia fatta senza limiti, include la possibilità di rinunciare all'eredità del pupillo anche quando si sia acquistata l'eredità paterna: ma se l'erede successivo non vuole acquistare l'eredità, la cosa ritorna nel pristino stato o, per dirla con NERAZIO, il sostituto pupillare vero e proprio deve per diritto di accrescimento accettare l'eredità del pupillo come parte dell'eredità paterna.

4.º Al quarto caso, quello cioè che il pupillo e il sostituto pupillare siano istituiti ambedue eredi del padre, si applicano parecchi dei testi sopra spiegati ⁵⁷⁾, mentre, viceversa, uno dei testi che pel suo contenuto si riferisce più propriamente a questo caso si adatta anche a quello esaminato sotto il numero 3 trovandosi in quel testo riconosciuto in sostanza il principio che NERAZIO applica nella L. 59 D. *de acquirenda hereditate*, 29, 2. È questo la L. 20 C. *de iure deliberandi*, 6, 30. Essa è una delle *quinquaginta decisiones* ⁵⁸⁾ e contiene la decisione di due questioni: quella che qui ci interessa è la seguente:

« *Dubitabatur, si impuberem quis filium suum heredem ex parte instituit, et quendam extraneum in aliam partem, quem pupillariter substituit, et postquam testator decessit, pupillus quidem patri eius heres extitit, extraneus autem hereditatem adiit, et postea adhuc in prima aetate pupillus constitutus ab hac luce subtractus est, et pupillaris substitutio locum sibi vindicavit; nunquam substitutus eandem partem admittere noluit, quaesitum est: si potest (i. e.*

⁵⁶⁾ L. 52 § 1 D. *de acq. her.*: « — solus heres futurus est omnimodo, nisi habeat in conditionalem partem substitutum ».

⁵⁷⁾ Così L. 40, L. 59 D. *de acq. her.*, 29, 2.

⁵⁸⁾ Vedi MERILLIO, *Expositio in L. decisiones*, n. XXXVIII, p. 419 seg.

num possit) jam heres ex principali testamento factus pupillarem substitutionem repudiare?... Placuit — nobis... ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur — ».

La questione era la seguente: se il pupillo e il sostituto pupillare accettino ambedue l'eredità paterna, può il sostituto rifiutare l'eredità del pupillo? Per la opinione affermativa difesa dai Cassiani ⁵⁹⁾ si poteva argomentare soltanto dalla circostanza che una disposizione siffatta contenesse un duplice testamento o, con altre parole, che l'oggetto della medesima fossero due diverse eredità ⁶⁰⁾. Ma poichè i motivi per la opinione negativa sono stati già indicati sopra, e inoltre essa è confermata da GIUSTINIANO, non occorre una ulteriore trattazione e basta soltanto considerare brevemente alcuni punti con essa collegati. In primo luogo potrà il sostituto rinunciare all'eredità del pupillo almeno quando questo si astenga dall'eredità paterna? La parte divenuta vacante per l'astensione dovrebbe andare per diritto di accrescimento al sostituto come ad un coerede, senza che perciò fosse escluso il diritto di questo di succedere al pupillo, non avendo su tal diritto influenza alcuna neppure la diseredazione del pupillo stesso. Ora l'astensione mette le cose nella condizione stessa che se l'*heres suus* non fosse mai stato erede, almeno per ciò che riguarda i rapporti di questo col patrimonio del padre ⁶¹⁾. Se si facesse astrazione da tutte le testimonianze esplicite delle fonti su questo caso, si potrebbe forse dire che come il padre può separare completamente i due patrimoni, così ciò può ottenersi mediante un atto giuridicamente lecito del figlio e ciò che sarebbe possibile per gli eredi intestati del pupillo quando fossero istituiti dal padre senza che al pupillo fosse nominato alcun sostituto, non potendosi in tal caso dubitare della loro facoltà di separare le due eredità, dovrebbe concedersi anche al sostituto ⁶²⁾.

⁵⁹⁾ Che tale fosse l'opinione di CASSIO appare dalla L. 2 § 1 D. *de statu liberis*, 40, 7. Vedi MASCOVIO, *de sectis Sabinianorum et Proculianorum*, c. 9, § XIX.

⁶⁰⁾ § 2 I. *h. t.*

⁶¹⁾ L. 12 pr. in f. D. *de interr. in iure.*, 11, 1; L. 20 § 4; L. 87 § 1 D. *de acq. her.*; L. ult. D. *de dot. coll.*, 37, 7.

⁶²⁾ Così argomenta il WARNKOENIG, *loc. cit.*, pag. 5, 6, n. 3 per la

Ma questa argomentazione non si concilia coi motivi addotti da NERAZIO nel testo più volte citato: il padre può disporre del patrimonio del proprio figlio impubere mediante una istituzione d'erede eventuale e per questa via egli può anche congiungere questo patrimonio col suo, chiamando uno stesso erede all'eredità sua e a quella del pupillo, sia come *heres ex asse* sia insieme con altri; in tal caso nasce un rapporto analogo a quello originato dal diritto di accrescimento a favore di un coerede per la parte vacante. Logicamente dunque la questione sopra proposta deve essere risolta in senso negativo.

La seconda questione che si presenta è quella se al sostituto istituito insieme al pupillo sia lecito rinunciare alla sola eredità paterna. Anche questa questione si risolve pienamente secondo i principii indicati sopra al numero 3: a) il pupillo diviene e rimane erede per la sua parte; in questo caso l'eredità paterna è collegata pienamente col patrimonio di lui ed il sostituto non può separare a suo arbitrio dall'eredità pupillare nè quella parte, nè la parte del patrimonio paterno attribuita a lui; tutto ormai forma una massa unica⁶³); b) il pupillo si astiene ed anche il sostituto rinuncia alla sua parte. Questo caso non può essere trattato nel modo stesso che se il pupillo istituito unico erede si fosse astenuto, perchè in tal caso la sostituzione pupillare resterebbe sempre in vigore, mentre nel caso di *testamentum destitutum* la sostituzione viene a mancare (vedi nota 29). Infatti se il sostituto istituito erede col pupillo rinuncia alla sua parte, rinuncia al tutto, perchè la parte divenuta vacante per l'astensione del pupillo è andata a lui per diritto di accrescimento e così il testamento è destituito. Solo quando vi sia ancora un terzo coerede la separazione è pos-

—
 questione trattata al n. 3 (vedi nota 47^b), e decide conseguentemente anche la presente questione.

⁶³) ULPIANO decide *ad abundantiam* anche questo caso. Dopo aver insegnato che il sostituto non può separare le due masse ereditarie, quando il pupillo sia stato nominato e divenuto unico erede del padre (L. 10 § 2 D. h. t.) segue al § 3: « *Idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte, et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudiavero: nam neque filii hereditatem habere possum* ».

sibile, perchè il testamento paterno può essere salvato dall'accettazione del terzo ⁶⁴).

5.° Da principii in parte speciali è regolato il caso che il sostituto pupillare sia anche *suus heres* del testatore, cioè sia un fratello del pupillo. Esaminiamo la prima delle ipotesi sopra enunciate: il pupillo è divenuto e rimasto erede. Se il sostituto pupillare fosse un terzo egli non potrebbe separare le due masse ereditarie perchè il diritto di astenersi concesso al pupillo non può essere esercitato anche da lui ⁶⁵); ma questo motivo non si adatta al sostituto pupillare che sia anche *heres suus et necessarius*: non dovrà però per qualche altro motivo negarglisi il diritto di accettare l'eredità del fratello senza quella del padre? Sì certamente; perchè se egli vuole acquistare l'eredità del pupillo deve accettarla nello stato in cui si trova al momento della delazione; solo a questo momento si deve determinare di che cosa essa consti, senza guardare all'origine ⁶⁶). Nello stesso modo, anche nel caso che egli sia istituito erede dal padre accanto al fratello e questi sia divenuto erede, egli deve accettare congiuntamente il patrimonio del padre e quello del fratello, perchè se si astiene dall'eredità paterna, ciò che gli è concesso, la parte vacante si accresce necessariamente alla parte già acquistata e quindi egli acquisterebbe per altra via, come erede del fratello, la quota dell'eredità paterna da lui rifiutata. In tutto il resto però la condizione giuridica di un tale sostituto pupillare è pienamente diversa da quella di un terzo. Quando pertanto il pupillo si astenga, lo stesso può fare anche il fratello come *suus heres* del padre senza che abbia luogo perciò destituzione del te-

⁶⁴) L. 40 D. *de acq. vel om. her.*, 29, 2. L. 27 § 2 *ad S. C. Treb.*, 36, 1. Vedi la spiegazione data sopra, n. III, di questo testo. Io non arrivo a comprendere come il WAENKOENIG, p. 7, n. 3, creda di potersi da questo testo aver la prova che al sostituto è possibile di acquistare anche la sola eredità pupillare, quando il pupillo istituito con lui non divenga erede. Il contrario risulta necessariamente dai principii che valgono sugli effetti del testamento destituito.

⁶⁵) L. 28 D. *de rebus auct. iud. poss.*, 42, 5: « Quod praetor filio... praestat..., idem in substituto servandum non est ». Vedi più sopra.

⁶⁶) Vedi CUCIACIO *in lib. III Quaestionum Papiniani ad L. 12 D. h. t.*

stamento. Parimente se il pupillo è diseredato e il sostituto è istituito solo o con altri: ed infine, poichè l'erede necessario del padre diviene come sostituto pupillare erede necessario anche del figlio ⁶⁷⁾, il sostituto deve avere, riguardo alla eredità pupillare, lo stesso diritto di astenersi e quindi può benissimo rifiutare l'eredità pupillare accettando quella paterna. Queste conclusioni sono espressamente dichiarate in un testo il quale, a dir vero, tratta soltanto la questione se il fratello sostituto possa rinunciare all'eredità paterna, ma i principii ivi esposti giustificano la soluzione affermativa anche per quest'ultimo caso. È un testo tratto dai *Responsi* di PAPIANO ⁶⁸⁾ che così suona per la parte che ci interessa ⁶⁹⁾:

« Si filius, qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres extitit ⁷⁰⁾, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet. Iustius enim Praetorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit; etenim ius dicenti propositum est, *liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare*, non invitos ab hereditate remove, praesertim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem » ⁷¹⁾.

§ 1454.

Motivi di estinzione della sostituzione pupillare.

a) *Durante la vita del testatore.*

Alcuni dei motivi pei quali la sostituzione pupillare si estingue o perde la sua efficacia dovettero essere non solo enunciati nella

⁶⁷⁾ L. 2 § 4, L. 10 § 1 D. *h. t.* Vedi più sopra.

⁶⁸⁾ L. 12 D. *h. t.*

⁶⁹⁾ Le parole finali si riferiscono al computo della Falcidia, della quale non è ancora qui il luogo di trattare.

⁷⁰⁾ Queste parole alludono al fatto che il sostituto è divenuto *ipso iure* erede sì del padre come del proprio fratello.

⁷¹⁾ Vedi CUIACIO, ad *leg. cit.*, *Opera*. IV, 82, col quale si accordano anche CHIESI, *diff. iuris*, cap. 15 in *Iurispr. Romana et Attica*, II, p. 660; CABOTI, *Disputationes*, II, c. 22 in MEERMANN, *Thes.*, IV, 636; POTHIER, *Pand. ad h. t.*, n. 49. Il WARNKOENIG, *loc. cit.*, pag. 8, 9, vuol riconoscere il diritto di astensione del fratello sostituto anche riguardo alla parte dell'eredità paterna già acquisita al pupillo. Vedi però le ragioni addotte in contrario nel testo.

trattazione che ha preceduto, ma per connessione di argomento han dato luogo ad una trattazione diffusa su parecchi punti, sì che ora non resta per una gran parte di essi che una breve esposizione da fare. Riguardo poi ai motivi enunciati nel titolo di questo paragrafo occorre che noi li esaminiamo un po' da vicino.

L'efficacia della sostituzione pupillare dipende innanzi tutto dal fatto che il pupillo alla morte del padre si trovi ancora nella patria potestà di lui. Su questo punto si esprime in modo generalissimo PAPIANO ⁷²⁾:

« Quum filiae, vel nepoti ⁷³⁾, qui locum filii tenuit, aut post testamentum coepit tenere ⁷⁴⁾, parens substituit, si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita ».

La sostituzione pupillare cade adunque: a) se il figlio sia emancipato dal padre, b) se sia dato in adozione, c) se muoia prima di lui.

Fra i giureconsulti romani si disputava per il caso che il padre od il pupillo od ambedue fossero fatti prigionieri di guerra ⁷⁵⁾. Per comprendere più facilmente le singole questioni bisogna ricordare i seguenti principii: a) se un romano era fatto prigioniero di guerra e moriva in tale condizione secondo la così detta *factio legis Corneliae* si ammetteva che fosse morto al momento in cui era fatto

⁷²⁾ L. 42 § 1 D. h. t.

⁷³⁾ Naturalmente questo vale anche pel figlio. PAPIANO ricorda qui soltanto la figlia e il nipote per indicare che la condizione giuridica di questi riguardo alla sostituzione pupillare è del tutto uguale a quella del figlio, per quante differenze esistano fra essi circa gli effetti della loro suità e del loro diritto di eredi necessari. Vedi CUIACIO in lib. VI *responsorum Papiniani ad h. l.*, Opera, IV, p. 1064, ed. di Napoli.

⁷⁴⁾ Cioè, il nipote deve essere *suus heres* dell'avo affinchè la sostituzione pupillare ordinata da questo possa valere. È indifferente poi se tale fosse già al momento della confezione del testamento o se lo sia divenuto dopo.

⁷⁵⁾ Confronta CUIACIO in lib. XXIX *Quaestionum Papiniani*, ad L. 10, 11 D. *de captivis*, Opera, IV, p. 783; VOORST, *De iure quod oritur ex commorientibus*, Trajecti ad Rhenum, 1757, e nel *Thesaurus* dell'OELRICI, I, t. II. n. IX, p. 364-69, e la sua dissertazione *Sulla priorità della morte* [Ueber die Priorität des Todes] nell' *Archivio della pratica civile* [Archiv], vol. IV, pag. 403-405, nota 17.

prigioniero, morto quindi come cittadino romano a beneficio dei suoi eredi testamentari od intestati ⁷⁶⁾; b) se egli tornava dalla prigionia rientrava nella precedente condizione giuridica come se non avesse mai subito una *capitis deminutio* ⁷⁷⁾; c) se si deve ritenere per certa la morte di due persone, delle quali una pubere e l'altra impubere, nel dubbio si presume che l'impubere sia morto prima del pubere ⁷⁸⁾. Bisogna ora distinguere i seguenti casi:

1.° Il padre è fatto prigioniero e non torna più. Alcuni non volevano in tal caso riconoscere per valida la sostituzione perchè il figlio era divenuto *sui iuris* durante la vita del padre. Questa opinione però fu a buon diritto respinta perchè il padre non poteva considerarsi come vivente dal momento della sua prigionia:

« PAPIANUS, lib. XXIX *Quaestionum* ⁷⁹⁾: Pater instituto filio impuberi substituerat, et ab hostibus captus ibi decessit; postea defuncto impubere legitimum admitti quibusdam videbatur, neque tabulas secundas in eius persona locum habere, qui vivo patre sui iuris effectus fuisset; verum huic sententiae refragatur iuris ratio, quoniam, si pater, qui non ⁸⁰⁾ rediit, iam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est, substitutio suas vires necessario tenet ».

Con ciò concorda GIULIANO quando dice ⁸¹⁾:

« Lex Cornelia, quae testamenta eorum, qui in hostium potestate

⁷⁶⁾ § 5 in f. I. *quib. non est perm. fac. test.*, L. 12 D. *qui test. fac. poss.*, 28, 1; L. 22 pr. D. *de captiv. et postlim.*, 49, 15. Vedi pag. 331 seg. del precedente volume.

⁷⁷⁾ § 5 I. *quib. non est perm. fac. test.* L. 12 § 5 L. 23 D. *de capt. et postlim.*

⁷⁸⁾ L. 9 § 4 in f., L. 23 Dig. *de rebus dubiis*, 34, 5. La questione se la presunzione possa esprimersi così generalmente o se si limiti al caso che i così detti commorienti siano fra loro nel rapporto di ascendenti a discendenti (vedi su di essa la mia *Diss.*, pag. 399-403) è qui per noi indifferente.

⁷⁹⁾ L. 10 pr. Dig. *de capt. et postlim.*

⁸⁰⁾ Il non manca nella Fiorentina, ma il nesso logico del testo lo esige ed esso si trova infatti nella maggior parte dei manoscritti (il BRENNMANN dice *in tutti*) e delle edizioni. JAUCH, *Medit. crit. de negat. Pand. Florent.*, p. 87, p. 121-122.

⁸¹⁾ L. 28 D. *h. t.* prima metà.

decesserunt, confirmat, non solum ad hereditatem ipsorum, qui testamenta fecerunt, pertinet, sed ad omnes hereditates, quae ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent, si in hostium potestatem non pervenissent, (cioè le disposizioni testamentarie, le quali sarebbero state valide qualora il testatore non fosse stato fatto prigioniero, rimangono tali non ostante). Quapropter quum pater in hostium potestate decessit, filio impubere relicto in civitate, et is intra tempus pubertatis decesserit, hereditas ad substitutum pertinet, perinde ac si pater in hostium potestatem non pervenisset ».

Da ciò si ha senza difficoltà la risposta alla questione se la sostituzione pupillare sia efficace quando l'impubere muoia prima della morte effettiva del padre. Infatti o il padre torna, anche dopo la morte del figlio, e la sostituzione si estingue, perchè per effetto del postliminio è da ritenere che il padre sia rimasto cittadino romano e il figlio sia morto quando era ancora sotto la potestà paterna, o il padre muore prigioniero, e in tal caso la sostituzione vale perchè per la legge Cornelia è da ritenere che il figlio abbia sopravvissuto al padre. In proposito così si esprime PAPINIANO ⁸²⁾: « Quodsi filius ante moriatur in civitate, nihil est, quod de secundis tabulis tractari possit, sive quoniam vivo patre filiusfamilias mori intelligitur, sive quoniam non reverso eo exinde sui iuris videtur ⁸³⁾ fuisse, ex quo pater hostium potitus est » ⁸⁴⁾.

2.° Il solo figlio diviene prigioniero e muore in quello stato. Qui bisogna distinguere se egli sia stato fatto prigioniero dopo la morte del padre ed in tal caso la sostituzione pupillare resta in vigore, applicandosi la finzione che il prigioniero sia morto nel momento in cui fu fatto prigioniero a qualunque testamento valido.

⁸²⁾ L. 11 pr. D. de captivis et postl.

⁸³⁾ Contro la Fiorentina, e contro il nesso logico del testo anche, l'ALOANDRO interpola un *non* prima di *videtur*. Vedi in senso contrario SCHULTING, *Note ad h. l.*, VII, p. 536.

⁸⁴⁾ Sull'espressione *hostium potiri* nel senso di « venir in poter del nemico » e su costruzioni simili vedi A. AGOSTINO, *Emend.*, lib. IV, c. 10, in OTTONE, IV, p. 1539-1540, e specialmente Scipione GENTILE, *Parerga*, lib. I, c. 42, *ibidem*, p. 1316.

Ciò non era indiscusso però. Alcuni stavano attaccati al fatto che la legge parlava letteralmente soltanto del testatore che avesse testato per sè, ciò che aveva importanza trattandosi di un principio di diritto singolare. PAPIANO dice:

« Si mortuo patre capiat impubes, in promptu est dicere legem Corneliam de tabulis secundis nihil locutam, eius duntaxat personam demonstrare, qui testamenti factionem habuisset »⁸⁵).

Ma questo è semplicemente un dubbio perchè egli segue poi: « Plane captivi etiam impuberis legitimam hereditatem per legem Corneliam deferri, quoniam verum est, ne impuberem quidem factionem testamenti habuisse; et ideo non esse alienum, Praetorem subsequi non minus patris, quam legis voluntatem, et utiles actiones in hereditatem substituto dare ».

PAPIANO argomenta qui nel seguente modo: secondo la legge Cornelia anche la successione legittima di un impubere prigioniero si deferisce come quella di un qualunque altro cittadino romano; non si vede dunque perchè il Pretore dovrebbe in tal caso seguire meno la volontà del testatore che la legge. Il sostituto non potrà avere però azione diretta per il suo diritto di eredità, perchè la legge non parla espressamente di questo caso e ad esso perciò deve applicarsi soltanto il principio giuridico che la informa (*sententia legis*). Tutto così corre benissimo⁸⁶), e per la nostra questione è anche indifferente il sapere se il principio sul quale PAPIANO fonda la sua decisione (*captivi impuberis legitimam hereditatem per legem Corneliam deferri*) fosse contenuta espressamente nella legge o fosse semplicemente un prodotto dell'interpretazione dottrinale⁸⁷). Probabilmente la legge aveva determinato in modo generale che non soltanto il testamento del cittadino romano fatto prigioniero

⁸⁵) L. 10 § 1 Dig. de capt. et postlim.

⁸⁶) Un altro nesso logico trovano in questo testo WIELING, *Lectiones iuris civilis*, I, c. 23; RUECKER, *Interpretationes*, c. 4 e KELLINGHUSEN, *De legibus nonnullis Romanorum*, in OELRICH, *Theis.*, vol. I, t. II, p. 23, ma l'argomentazione di PAPIANO apparirebbe allora quasi inconcepibile.

⁸⁷) Confr. HUGO, *Storia del diritto romano* [Rechtsgeschichte], 11.^a ed., pag. 715 seg., nota 1; SCHILLING, *Osservazioni sulla storia del diritto romano* [Bemerkungen, ecc.], pag. 285 e segg.

dovesse valere, ma anche riguardo all'eredità ed alla tutela legittima dovesse ammettersi che il prigioniero non fosse *capite minutus* e fosse morto cittadino romano⁸⁸). S'intendeva per ciò da sè che anche agli agnati di un pupillo erano conservati i diritti a loro spettanti per legge e PAPINIANO poteva dire perciò benissimo che questo era stabilito per legge mentre l'applicazione ai sostituti pupillari era possibile soltanto mediante interpretazione estensiva⁸⁹). GIULIANO⁹⁰) riproduce brevemente lo stesso risultato colle parole seguenti:

« Si pater in civitate decessit, filius impubes apud hostes, si quidem mortuo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non incommode⁹¹) dicitur, hereditatem eius ex ea lege ad substitutos pertinere ».

Se la prigionia del figlio comincia vivente il padre avviene tutto il contrario, cioè la sostituzione pupillare si estingue subito come

⁸⁸) Questo è affermato, e con espressioni tali che difficilmente potrebbero intendersi per una interpretazione semplicemente estensiva, da PAOLO, *Rec. sent.*, lib. III, tit. IV A, § 8 e in L. 1 pr. D. *de suis et leg.*, 38, 16; L. 22 pr. D. *de captiv. et postlim.*, 49, 15; L. 1 C. *de postlim. reversis*, 8, 51.

⁸⁹) KELLINGHUSEN, *loc. cit.*, pag. 22; POTHIER, *Pand.*, tit. *de captivis et postl.*, n. 37, ad L. 10 § 1 cit., note 5 e 7.

⁹⁰) Nella seconda metà della cit. L. 28 Dig. *h. t.*

⁹¹) Così leggono ALOANDRO e la maggior parte degli editori. La Fiorentina legge *non commode*; in difesa di questa lezione si è addotto per argomento che in tal modo si conciliano GIULIANO e PAPINIANO (L. 10, § 1 D. *de captivis*), perocchè anche questo direbbe che a rigore (*in promptu est dicere*) la decisione dovrebbe essere contraria al sostituto. Vedi in questo senso CALDERA, *Variarum lectionum*, lib. IV, c. 7, nel *Thesaurus* del MEERMANN, t. III, p. 672. Come se PAPINIANO non aderisse in modo molto preciso all'opinione opposta! La lezione *non commode* non si concilia d'altronde col senso evidente del testo complessivo se non prendendo come interrogativa la frase « non (per *nonne*) commode dicitur... pertinere? », come ammettono appunto il TORELLI e il GEBAUER. La lezione *non incommode* è accolta fra gli altri dal FABRO, *Coniecturae*, lib. III, c. 9 e giustamente poi osserva il GEBAUER *ad h. l.* che secondo l'antica scrittura l'*in* di *incommode* può essere stato confuso col *non* precedente e per ciò tralasciato. Contro di lui però il SAMMET, *Lect. iuris civilis*, c. 16, negli *Opusculi*, p. 153 seg., difende la lezione fiorentina.

se il figlio fosse morto di morte naturale. Il giureconsulto così si esprime in proposito nella L. 28 citata:

« Si vero vivo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non existimo legi Corneliae locum esse, quia non efficitur per eam, ut is, qui nulla bona in civitate relinquit, heredes habeat ».

Questo motivo non si adatterebbe al diritto nuovo nel quale i figli di famiglia hanno anch'essi un proprio patrimonio e sono suscettibili di avere degli eredi, come le persone *sui iuris*; ma come l'abolizione del diritto di acquisto del padre non ha influito sul diritto di questo di ordinare una sostituzione pupillare, così la regola delle *Pandette*, che la sostituzione pupillare cade se il figlio non si trovi più nella potestà del padre alla morte di questo, deve ritenersi ancora valida ⁹²).

3.° Se padre e figlio sono stati fatti prigionieri ambedue nello stesso tempo e muoiono nella prigionia, secondo la presunzione che il pubere abbia sopravvissuto all'impubere (nota 78) la sostituzione pupillare è estinta ⁹³). Se ambedue siano ritornati ha luogo il diritto di postliminio per ambedue e tutto allora dipende dal fatto se il figlio sia morto prima o dopo della pubertà, prima o dopo del padre. Se torna soltanto il padre, la sostituzione si estingue. Viceversa essa perdura se il figlio solo torni in patria e muoia impubere. Di questo caso si occupa PAPINIANO ⁹⁴):

« Sed si ambo apud hostes, et prior pater decedat, sufficiat lex Cornelia substituto non alias, quam si apud hostes patre defuncto postea filius civitate decessisset ».

Difficilmente si potrebbe credere che questa dichiarazione così semplice fosse stata oggetto di tante trattazioni e dispute fra i

⁹²) L. 41 § 1 D. *h. t.*

⁹³) A ciò non osta che per la L. 9 § 1 D. *de rebus dubiis*, 34, 5, morendo il padre ed il figlio in guerra, la presunzione stia per la premorienza del padre. Si suppone in tal caso che ambedue fossero soldati e che il figlio quindi avesse già oltrepassata la pubertà, e allora vale la presunzione per la quale il discendente pubere si ritiene sopravvissuto al suo ascendente. Vedi L. 9 § 4 Dig. *de rebus dubiis*, 34, 5, la mia dissertazione, p. 403, e gli autori ivi citati alla nota 16.

⁹⁴) L. 11 § 1 Dig. *de capt. et postl.*

moderni, quasi questo fosse uno dei testi più oscuri e difficili delle *Pandette*⁹⁵). Antonio FABRO interpreta le parole *non alias* con *non secus, perinde, non minus*, supponendo egli che qui si sia pensato ad un caso in cui il padre ed il figlio non fossero stati fatti prigionieri insieme, ma prima il padre e poi il figlio; ma perchè non manchi un senso ammette anche che le parole *et prior pater decedat* siano un semplice glossema introdotto nel testo per errore di copista. PAPIANO adunque avrebbe detto in origine che se il figlio sia stato fatto prigioniero dopo il padre, la legge Cornelia giovi al sostituto al modo stesso che se il figlio torni e muoia impubere⁹⁶). Concorda col FABRO il JAUCH, ma egli dà ai compilatori che non conoscevano bene il latino la colpa di non aver inteso *non alias* nel senso ordinario di *non nisi*, interpretandolo in tal senso anche in un altro testo⁹⁷). Certo i compilatori meriterebbero il rimprovero di ignoranza della lingua latina se avessero, come vogliono il FABRO e il JAUCH, inteso *non alias* come equivalente di *non secus*⁹⁸). Se si legge il testo fuori della sua connessione appare strano che PAPIANO due volte parli della morte precedente del padre e potrebbe anche fare una certa impressione il fatto che egli sembri far dipendere l'efficacia della sostituzione pupillare dalla premorienza effettiva del padre, mentre non può importare affatto l'influenza che si attribuisca qui alla finzione della legge Cornelia. Infatti ogni difficoltà sparisce quando si guardi alla colleganza di questa trattazione colla precedente. Nel principio del testo è detto che la sostituzione è efficace quando il padre muoia prigioniero e il figlio resti in patria, il giureconsulto segue poi: se ambedue siano stati fatti prigionieri ed il padre muoia prima,

⁹⁵) Confr. SCHULTING-SMALLEBURG ad *h. l.*, VII, 1, 537.

⁹⁶) La interpretazione esatta da lui data prima nelle *Coniecturae*, lib. III, c. 7, egli stesso respinge poi come del tutto erronea e priva di senso al lib. X, c. 7.

⁹⁷) JAUCHIUS, *De negationib. Pand. Florent.*, c. 17, pag. 303-305.

⁹⁸) « Et primum quid (dice VOORST in OELRICH, p. 366) vellem, mihi exempla demonstrarent significationis vocum *non alias* pro *non secus*..., quae, si jam aliqua dentur, tamen a communi usu abhorreere facile concedent ».

la legge Cornelia non giova al sostituto ⁹⁹⁾ se non quando il figlio muoia in patria, ben inteso come *impubere* ¹⁰⁰⁾.

4.° Maggior occasione a dubbii ha dato una decisione di SCEVOLA, la quale considera veramente il caso che il padre e il figlio siano stati fatti prigionieri un dopo l'altro e precisamente per primo il padre ¹⁾:

« Si pater captus sit ab hostibus, mox filius, et ibi ambo decedant, quamvis prior pater decedat, Lex Cornelia ad pupilli substitutionem non pertinebit, nisi reversus in civitate impubes decedat, quoniam, et si ambo decessissent, venire substitutus ».

Un'applicazione conseguente della finzione della legge Cornelia sembra condurre necessariamente al risultato che la sostituzione pupillare esista, perchè se nessuno torna deve ammettersi che ambedue siano morti al momento della prigionia e perciò nel nostro caso prima il padre e poi l'impubere ²⁾. Fra i vari tentativi per togliere l'apparente contraddizione con i principii più riconosciuti di diritto, due soli meritano qui di essere esaminati. Secondo una prima opinione anche in questo caso deve suppersi che il padre e il figlio siano stati fatti prigionieri insieme; la parola *mox* avrebbe dunque il significato di *statim* o *confestim* ³⁾, ma ciò è pienamente arbitrario ⁴⁾. Antonio FABRO, col quale anche qui concorda in sostanza il JAUCH, ritiene non genuino il *non* davanti a *perti-*

⁹⁹⁾ Dunque, solo in questo caso la finzione della legge, che il padre sia morto cittadino romano, giova al sostituto (*sufficere* ha qui il significato di *proficere*. Vedi FORNERIO, *Rerum quotidianarum*, lib. IV, c. 22 in OTTONE, II, 247), perchè altrimenti il pupillo si dovrebbe sempre considerare come morto prima.

¹⁰⁰⁾ Così interpretano i più degli scrittori: CUIACIO, PAPILLONIO in OTTONE, IV, 737, VOORST, *loc. cit.* ed altri. Nelle parole « et pater prior decedat », *et* ha il significato di *etiam* (etiam si). Confr. TURSELLINO, *De particulis latinae orat.*, h. V, n. 32.

¹⁾ L. 29 D. h. t.

²⁾ L'avevo ammesso anch'io nella citata *Diss.*, pag. 405.

³⁾ Così la *Glossa* di ACCURSIO ad *h. l.*, v. *mox*, alla quale aderisce, almeno per la possibilità di questo significato, anche il VOORST, *loc. cit.*, pag. 569.

⁴⁾ Confr. la mia *Diss.*, *loc. cit.*

nebit e crede anche che le parole *nisi reversus in civitate impubes decedat* debbano cancellarsi, il JAUCH invece per quest'ultimo punto si contenta di cambiare il *nisi* in *acsi*⁵⁾. Il CUIACIO accetta la decisione nel senso che essa ha secondo la lezione ordinaria, ma crede che le parole finali non vi si adattino ed invece di *quoniam* propone di leggere *quamquam*⁶⁾. Ma si può dire col MARCKART: « Per me licet, emendet qui velit; negare tamen nequeo, non emendata Scaevolae verba mihi clariora videri quam emendata »⁷⁾.

Gli interpreti che trovano in questa interpretazione una inconseguenza commettono un duplice equivoco: primo, dimenticano che la legge Cornelia finge soltanto che il cittadino fatto prigioniero abbia per erede quello che avrebbe ereditato da lui se non fosse stato fatto prigioniero, non già che egli sia morto quando è ancora in vita. La finzione non potrebbe essere espressa in tal modo senza annullare il diritto che il postliminio concede, perchè secondo questo diritto si deve sempre aspettare il ritorno del cittadino prigioniero ancora vivente. Finchè dunque non sia sicuro che il ritorno non avverrà, l'eredità non si può ritenere deferita. Se poi si consideri che al tempo di SCEVOLA i figli nella patria potestà non potevano avere un patrimonio proprio, e per gli impuberi poi non era neppure possibile l'eccezione del peculio castrense, la decisione di SCEVOLA deve apparire pienamente logica. Se il padre e il figlio muoiono ambedue prigionieri, il pupillo non ha potuto certamente acquistare nessun patrimonio per eredità, quindi nessuno può ereditare da lui e sono solo gli eredi testamentari od intestati del

⁵⁾ A. FABRO, *Coniecturae*, X, c. 7 ritiene che le parole « et ibi ambo decedant » congiunte alle seguenti « nisi reversus... impubes decedat », abbiano un significato analogo a quello di chi dicesse: « mortuos homines sepeliendes esse, praeterquam si qui vivant! ». Parimente il JAUCH, *loc. cit.*, il quale esprime qui l'opinione che i compilatori, errando sul significato del *non alias* nella L. 11 § 1 Dig. *de captivis*, abbiano corretto anche la L. 29 sulla base del significato da loro attribuito a quelle parole, dando così ai due testi un senso, che l'ultimo non aveva certamente.

⁶⁾ CUIACIO *in lib. XXIX Quaestionum Papiniani, Opera*, IV, p. 785.

⁷⁾ MARCKART, *Probab. lect. iuris civilis*, p. I, pag. 141.

padre quelli che possono ereditare. È chiaro perciò come SCEVOLO metta in evidenza che anche la premorienza effettiva del padre non possa avere risultato diverso e, solo quando il pupillo ritorni, i suoi precedenti rapporti giuridici ritornano in vigore valendo anche per lui il postliminio e quindi la finzione che egli non sia mai stato *capite minutus* ⁸⁾. Egli dunque diviene erede del padre e morendo durante la impubertà anche la sostituzione pupillare rimane in vigore; le parole finali *quoniam*, ecc., che il CUIACIO ha frainteso, servono a confermare il principio precedentemente espresso che il pupillo ridoni efficacia alla sostituzione pupillare; perchè, segue il giureconsulto, anche se tornassero ambedue e il figlio morisse dopo il padre, ma impubere, la sostituzione avrebbe effetto ⁹⁾. È inutile osservare che anche su questo punto non ha avuto alcuna influenza il mutato sistema d'acquisto del diritto nuovo.

§ 1455.

b) *Gli altri motivi di estinzione della sostituzione pupillare.*

La sostituzione pupillare si estingue anche:

1.° Se l'impubere si fa arrogare: di ciò e della modificazione di questo principio introdotta dall'imperatore ANTONINO PIO col nuovo diritto singolare dell'arrogazione di impubere abbiamo già trattato altrove ¹⁰⁾.

⁸⁾ Se si pone un punto e virgola dopo le parole *non pertinebit* sparisce ogni apparenza di quella *inconcinnitas* che qui trova il FABRO. Nella prima proposizione è espressa l'inefficacia della sostituzione, poi è soggiunto che se, o meglio soltanto se, il pupillo torna, la sostituzione pupillare vale.

⁹⁾ La spiegazione esatta è data da MARCKART, p. 140 seg., VOORST, p. 366 seg. e POTHIER, *Pand. Inst. de vulg. et pup. subst.*, n. 51, l'interpretazione del quale riferisco qui come esempio di brevità e precisione: « Quia quamvis pater fingatur mortuus quum captus est, tamen non defertur ejus hereditas, nisi ex quo demum momento mortuus est. Nec enim potest deferri, dum separatur ejus reditus. Eo autem tempore, quo moritur pater, filius captivus est, adeoque non potest ei deferri. Ergo filius patri non extitit heres, nulla bona habuit, adeoque substitutio pupillarum inutilis est. Si filius reversus esset, fictione postlimini fingeretur semper in civitate mansisse, adeoque et ipsi patri heres extitisset... ».

¹⁰⁾ Vedi sopra § 1453.

2.º Per il sopraggiungere della pubertà del figlio o del momento fino al quale la sostituzione vale ¹¹⁾).

3.º Per la mancanza di altre condizioni dalle quali il testatore abbia fatto dipendere la sostituzione. Appartengono a queste anche le disposizioni sul caso in cui parecchi impuberi siano stati sostituiti l'uno all'altro e quando un terzo sia stato istituito al sopravvivente dei due e non risulti quale dei due sia morto per primo.

« MARCIANUS, lib. III. *regularum* ¹²⁾. In illo quaeritur: si pariter pupillus, et qui ei substitutus erat frater necessarius ¹³⁾ decesserit, an frater fratri existat heres, an contra? Vel, si duo invicem necessarii substitui sunt, et una perierint, an heredes extitisse videantur, vel alter alteri...? In quibus casibus, si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum emissit, non videtur alter alteri supervixisse ».

Quando due impuberi siano morti nello stesso disastro senza che si possa provare la sopravvivenza di alcuno, la condizione necessaria della sostituzione, che è la sopravvivenza del sostituto, è mancata, perchè manca la prova della sopravvivenza di uno e quindi la sostituzione cade. Lo stesso avviene quando un terzo sia sostituito soltanto all'ultimo dei pupilli, e solo per la parte di questo, e non si possa conoscere chi sia morto per ultimo; anche qui essendo impossibile la prova dell'avverarsi della condizione, questa deve ritenersi mancata ¹⁴⁾. Diverso è il caso quando il

¹¹⁾ § 8 I. *h. t.*; L. 14 D. *h. t.*; L. 21, L. 38 § 1 Dig. *cod.* Anche di ciò parlammo già al § 1451.

¹²⁾ L. 18 pr. D. *de rebus dubiis*, 34, 5.

¹³⁾ Su questa espressione vedi L. 10 § 1 D. *h. t.* e il § 1452, pag. 95.

¹⁴⁾ Arg. L. 34 pr. D. *ad Sc. Treb.*, 36, 1: « Si ejus, qui novissimus ex filiis mortuus esset, partem hereditatis propinquo voluit pater restitui, et simul fratres diem suum obiissent: propinquum, si non ostenderit, quis novissimus obiisset, ad partem hereditatis non admitti, sed matrem ex Tertulliano senatusconsulto ad utriusque hereditatem admitti constat ». Vedi la mia *Diss.*, p. 411. Il testo parla solo della sostituzione fedecommissaria; ma è fuor di dubbio che esso è applicabile anche alla nostra questione quando si configuri il caso nel seguente modo: il padre istituisce i due figli e sostituisce pupillarmente un terzo al sopravvivente in modo che il sostituto debba però ricevere solo la parte di questo.

terzo sia sostituito semplicemente all'ultimo sopravvivente in modo che prima della morte di questo egli non possa ottener nulla, dopo ottenga l'intero. Nulla importa qui la formula usata dal testatore, perchè è certo che il sostituto pupillare deve ricevere il patrimonio di tutti due i pupilli; egli è escluso dunque dal sopravvivente, ma se nessuno sopravvive, nessuno si oppone all'esercizio del suo diritto ed è perciò indifferente chi sia morto per primo dei due pupilli. Si riferisce a questo caso il seguente testo delle *Disputazioni* di TRIFONINO ¹⁵⁾, testo evidentemente corrotto e contorto nella forma, ma chiaro nel senso:

« Qui duos impuberes filios habebat, ei, qui supremus moreretur, Titium substituit: duo impuberes simul in nave perierunt. Quaesitum est, an substituto, et cujus hereditas deferatur? Dixi, si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus; in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem. In proposita autem quaestione, ubi simul perierunt, quia cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur, an vero neutri, quia comparatio posterioris decedentis ex facto prioris mortui sumitur? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit; nam, et qui unicum filium habet, si supremum morienti substituit, non videtur inutiliter substituisse, et proximus agnatus intelligitur etiam, qui solus est, quique neminem antecedit; et hic utrique, quia neutri eorum alter superstes fuit, ultimi primique obierunt ».

TRIFONINO adunque risponde nel modo seguente: se i due pupilli fossero morti nell'ordine consueto, cioè l'uno dopo l'altro, il sopravvivente sarebbe divenuto erede del proprio fratello, e di lui poi sarebbe divenuto erede il sostituto, il quale naturalmente avrebbe col patrimonio di lui ottenuto anche quello del fratello. Ma dovendo ammettersi che i due siano morti insieme e che nessuno sia sopravvissuto all'altro si domanda: può dirsi che qui non c'è sopravvivente perchè ciascuno dei due può in certo modo considerarsi come morto ultimo; o viceversa perchè nessuno può con-

¹⁵⁾ L. 9 pr. Dig. de rebus dubiis, 34, 5.

siderarsi morto ultimo, non potendosi parlare di sopravvivenza se non riguardo ad uno che sia morto prima, in altre parole perchè sopravvivere è un concetto relativo, condizionato alla morte precedente di un altro? Se si ammette ciò, la sostituzione deve considerarsi mancata, perchè nessuno essendo l'ultimo non vi è un ultimo dal quale il sostituto possa ereditare; se invece si dice che ambedue sono stati i sopravvivenenti, la sostituzione è efficace. È questa l'opinione che accetta il giureconsulto come appare dall'esempio che adduce a sua giustificazione: la sostituzione sarebbe certa, egli afferma, anche se alcuno che avesse un unico figlio nominasse un sostituto all'ultimo sopravvivenente dei suoi figli, e inoltre quando le dodici tavole parlano di un *proximus agnatus* quella disposizione si applica anche al caso che il testatore abbia un agnato solo e quindi non vi sia uno più vicino di questo ¹⁶). Per quanto ciò sia esatto sembra però che non fosse necessaria un'argomentazione così sottile per giungere a questi risultati. E infine non è poco naturale il considerare come motivo della decisione il concetto che tutti e due siano morti per ultimo? E se è possibile una morte contemporanea, l'interpretazione strettamente

¹⁶) Il testo è sostanzialmente interpretato nello stesso modo da tutti gli scrittori. Vedi la *Glossa ad h. l.*; DONELLO, *Comm. de rebus dubiis*, I; FABRO, *Coniecturae*, lib. XIII, c. 14; DE RETES, *Opusc.*, lib. VII, ad L. 9 *De rebus dubiis* nel *Thesaurus* del MEERMANN, VII, p. 365 seg.; AVERANI, *Interpr. iuris*, lib. V, c. 31; VOORST, *loc. cit.*, pag. 369, nella *Dissertazione*, p. 413 e seg., e GAEDCKE, *De iure commorientium*, Rostock 1830, pag. 90-96. Soltanto sui presupposti speciali del caso deciso le opinioni divergono, si disputa cioè se si parli soltanto di sostituzione fedecommissaria o di una sostituzione pupillare vicendevole dei due pupilli ordinata almeno tacitamente, ecc. Specialmente si disputa sul modo di correggere la evidente corruzione del testo dove sono espresse le due questioni (« quia neutri... prioris mortui sumitur? »). Le varie proposte di correzione possono vedersi nell'edizione del *Corpus iuris* del GEBACER, *ad h. l.*, in SMALLENBURG, *Notae ad Dig. h. l.*, V, p. 468, nota 3, nella *Diss.*, pag. 416 segg. dove è riferita anche una proposta dello SCHILLING, e nella cit. *Comm.* di GAEDCKE, p. 90 e seg., nota 97. Il FORNERIO, *Rer. quot.*, VI, c. 9 in OTTONE, II, 289, sostituisce la parola *fato a facto* nella proposizione *er facto prioris mortui*, ma ciò non è da approvarsi ed è anche inutile. Vedi MARCKART, *Receptae iuris civ. lect.*, II, c. 8, pag. 228; VOORST, *loc. cit.*, pag. 370 seg.

letterale non porterebbe ad ammettere che la condizione della sostituzione debba considerarsi come mancata? Si potrebbe piuttosto fondare la decisione su due motivi, ciascuno dei quali già di per sè sarebbe sufficiente. In primo luogo essa potrebbe fondarsi sopra una interpretazione secondo la volontà del testatore, perchè, qualunque cosa possa argomentarsi da una interpretazione letterale, la volontà del testatore era certamente diretta a far avere al sostituto ambedue i patrimoni quando nessuno degli istituiti sopravvivesse alla pubertà. In secondo luogo si potrebbe anche invocare il principio che nel dubbio la condizione deve aversi per adempiuta, il quale si applica tanto se il dubbio derivi dall'espressione del testatore quanto se derivi dalle circostanze per le quali vi sia incertezza sulla esistenza della condizione. Qui non vi è una regola generale, ma si trovano decisi alcuni casi particolari ¹⁷⁾ e GIULIANO fondò anche su questo principio una decisione di un caso analogo, come appare dal seguente testo di PAPINIANO ¹⁸⁾:

« *Qui ex liberis meis impubes supremus morietur, ei Titius heres esto. Duobus peregre defunctis, si substitutus ignoret, uter novissimus decesserit, admittenda est Juliani sententia, qui propter incertum conditionis etiam prioris posse peti possessionem bonorum respondit* » ¹⁹⁾.

¹⁷⁾ L. 10 § 1 D. *de rebus dubiis*, 34, 5.

¹⁸⁾ L. 11 pr. D. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11.

¹⁹⁾ Vedi CUIACIO in *lib. XIII Quaest. Papiniani, Opera*, IV, p. 351; il DE RETES, *Opusc.*, lib. VII, exercit. ad L. 11 D. *de b. p. sec. tab.* in MEERMANN, *Thesaurus*, VI, p. 369 crede che GIULIANO fondi la sua decisione sul semplice fatto che il sostituto non sapesse chi dei due fosse morto prima, perchè sino a che è incerto se la condizione siasi avverata, l'eredità non può essere accettata (L. 21 Dig. *de cond. et dem.*, 35, 1). Con tutto ciò però non contraddice affatto che, quando si avverano circostanze di fatto per le quali una condizione può ritenersi indifferentemente adempiuta o non adempiuta, sia da riconoscere avvenuto l'adempimento. Il GAEDCKE, *Comm. cit.*, pag. 5-9 spiega la decisione colle espressioni equivoche della condizione; deve, cioè, il sostituto ereditare il patrimonio di ambedue o quello del solo superstite? Questa interpretazione non discorda sostanzialmente dalla mia; le ulteriori differenze che fra

La decisione di TRIFONINO spoglia da ogni elemento non necessario riposa invece in sostanza sul concetto che la volontà del testatore riconoscibile chiaramente valga più della lettera. Lo stesso vale di una decisione di AFRICANO la quale non fa che esprimere più chiaramente la ragione addotta da TRIFONINO ²⁰).

« Ex duobus impuberibus ei, qui supremus moreretur, heredem substituit; si simul morerentur, utrique heredem esse respondit, quia supremus non is demum, qui post aliquem, sed etiam post quem nemo sit, intellegatur, sicut et e contrario proximus non solum is, qui ante aliquem, sed et is, ante quem nemo sit, intellegitur ».

Tutti concordano nel ritenere che il sostituto acquisti l'eredità di ambedue i pupilli ²¹) e tutti suppongono che quello dei due pupilli che aveva sopravvissuto all'altro fosse divenuto l'erede. Quest'ultimo è un presupposto senza del quale la sostituzione non avrebbe potuto avere effetto, perchè il sostituto avrebbe in caso diverso potuto pretendere soltanto una eredità, onde la questione quale delle due, questione insolubile nella assoluta incertezza sulla priorità della morte. Per spiegare come TRIFONINO potesse dire *in ea hereditate etiam ante defuncti filii hereditatem habebit*, ciò che suppone che l'uno sia rimasto erede dell'altro, si son fatte le più varie congetture ²²). Alcuni vedono in ciò un'applicazione della così detta *transmissio ex capite in integrum restitutionis*, cioè il diritto di un erede di accettare in certi casi le eredità deferite al suo autore e da lui non ancora adite ²³). Ma per ammettere ciò bisogna anche fare delle altre supposizioni non meno incerte di ciò che si vuole spiegare perchè per l'applicazione di quel diritto è ne-

me e lui esistono su questo testo (vedi cit. mia *Diss.*, pag. 398 seg.) non interessano qui.

²⁰) L. 34 pr. Dig. *h. t.*

²¹) Vedi ancora un altro testo di PAPINIANO, la L. 42 D. *h. t.* nella quale è detto: « *duae hereditates* substituto deferentur ».

²²) Una enumerazione e una critica delle diverse ipotesi trovansi in AVERANI, *loc. cit.*, § 3 e seg.

²³) Vedi sui casi che vengono in tal modo designati le mie *Pandette*, III, § 709, n. 1 e MAREZOLL, *Rivista di diritto e procedura civile* [Zeits. für Civilrecht und Process], vol. II, p. 63-82.

cessario anche in ogni caso che l'erede dell'erede sappia chi sia stato il suo autore, e che a questo sia stata sicuramente deferita l'eredità che il trasmissario vuole acquistare. Questo tentativo di spiegare una anomalia con un'altra deve dunque ritenersi del tutto errato²⁴). Altri partono dal concetto che uno dei fratelli abbia ereditato dall'altro *ipso iure*, cioè senza bisogno di uno speciale atto di acquisto, come erede necessario. Bisognerebbe in tal caso supporre che i pupilli fossero stati sostituiti l'uno all'altro pupillarmente in modo espresso o tacito²⁵). Da un lato però neppure così si spiega nulla perchè nessuno può divenire erede necessario se non ha sopravvissuto all'autore, d'altro lato questa supposizione è inconciliabile con le parole di TRIFONINO nella L. 9 pr. D. *de rebus dubis*: *si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit*. Ma è detto anche espressamente che il sostituto deve riguardarsi come erede di tutti e due i pupilli²⁶). Il modo come i giureconsulti romani consideravano il nostro caso era dunque molto semplicemente questo: poichè per la volontà del padre il sostituto deve avere l'eredità di ambedue i pupilli, solo però non prima che tutti e due siano morti impuberi, così egli è in sostanza sostituto ad ambedue, e perciò, non potendosi sapere chi sia morto prima e chi dopo, le eredità di ambedue si considerano deferite a lui contemporaneamente²⁷).

²⁴) Confr. AVERANI, *loc. cit.*, § 3-5.

²⁵) Perocchè solo in questo caso può l'uno mantenere riguardo all'altro la qualità di erede necessario. L. 10 § 1 D. *h. t.*, L. 42 pr. Dig. *de acq. her.*, 29, 2. Vedi sopra § 1452, 1453. L'opinione del FABRO, *Coiniecturae*, lib. XIV, c. 13, che per la volontà del padre potrebbero anche i fratelli succedersi *ab intestato* come eredi necessarii, è contraria a tutti i principii del diritto. Vedi in senso contrario AVERANI, *loc. cit.*, § 8 e VOORST, *Comm. cit.*, pag. 372 seg.

²⁶) L. 9 pr. cit.: « — ut utrique heres sit ». — L. 42 D. *h. t.*: « — duae hereditates substituto deferuntur ». — L. 11 pr. D. *de B. P. s. t.*: « — etiam prioris posse peti possessionem bonorum ».

²⁷) Confr. AVERANI, *loc. cit.*, § 9 e VOORST, pag. 373-375, il quale osserva giustamente: « frustra hic laborasse interpretes, quomodo frater fratri heres existere potuerit, quum... utrique ex substitutione successit substitutus ».

Tuttavia è fuor di dubbio anche che il padre era partito dal concetto che i figli fossero per morire, nel caso della sostituzione, l'un dopo l'altro, e che il sopravvivente fosse divenuto erede intestato dell'altro. Secondo il *Senatusconsulto Tertulliano* questo avveniva sempre quando i due figli fossero maschi, colle sorelle invece concorrevano la madre ²⁸⁾. Secondo il nuovo ordine di successione di GIUSTINIANO gli ascendenti concorrono invece sempre con i fratelli e sorelle germane ²⁹⁾ e solo per una sostituzione pupillare può essere esclusa la madre ³⁰⁾. Si dovrà dunque ammettere che nel caso nostro il sostituto pupillare sia escluso dalla madre ³¹⁾. Per questo concetto sta la più rigorosa logica giuridica, perchè è certo che la madre ha sopravvissuto ai propri figli, non quale di questi sia morto per primo; è dunque sicuro che si è avverata la condizione della successione intestata, mentre è problematico se si sia avverata quella della sostituzione. Se per ciò si voglia dare una preferenza alla madre, in tal caso le decisioni delle *Pandette* potrebbero applicarsi soltanto se non vi fossero ascendenti dei pupilli i quali potessero succedere o se il testatore avesse sostituito reciprocamente i pupilli. D'altro lato però è da considerare che i testi delle *Pandette* sopra interpretati stabiliscono il principio che il sostituto, nel caso in cui i due pupilli muoiano o debbano considerarsi morti contemporaneamente, sia anche divenuto erede di ambedue in base alla sostituzione, esclude sempre come sostituto pupillare gli eredi intestati del pupillo. Ciò si può esprimere anche con quest'altra formula, che l'effetto della sostituzione dipende da circostanze future ancora incerte. Se uno muore sicuramente prima dell'altro, quest'ultimo diviene certamente erede del primo per la parte che non va ad altri eredi intestati, e questa parte riceve naturalmente il sostituto insieme col restante patrimonio del sopravvivente. Nel caso inverso però egli riceve ambedue le eredità come se fosse stato sostituito espressamente in tutte e due.

²⁸⁾ § 3 I. *de senatusconsulto Tertull.*

²⁹⁾ Nov. 118, c. 3.

³⁰⁾ L. 8, § 5, D. *de inoff. test.* (Vedi § 1452, nota 43).

³¹⁾ Questa è l'opinione del DONELLO, *loc. cit.*, sopra a nota 16.

4.° La validità e l'efficacia della sostituzione pupillare dipende dall'esistenza di un valido ed efficace testamento paterno. Poichè su ciò ci siamo già trattenuti sopra particolarmente, basta qui un semplice sguardo superficiale ai vari casi. La sostituzione pupillare non vale per questa regola:

a) se il testamento del padre è nullo per difetto di forma (vedi sopra § 1452);

b) se il padre non avesse tenuto nella dovuta considerazione gli eredi necessari, la sostituzione pupillare si manterrebbe egualmente in vigore quando contro quel testamento fosse stata ottenuta una *bonorum possessio* ³²⁾ o la querela di inofficioso fosse riuscita solo per parte. Se invece l'impugnativa del testamento riusciva completamente secondo le regole del diritto civile, anche la sostituzione pupillare cadeva ³³⁾. Come questo sia stato modificato dai nuovi principii della Novella 115 abbiamo già dimostrato al § 1453.

c) La sostituzione pupillare è invalida anche se il testamento paterno sia destituito, cioè se l'erede istituito non voglia o non possa accettare ³⁴⁾; solo se sia un *heres suus* che si astiene, la sostituzione seguita a valere ³⁵⁾; lo stesso vale pel caso che un altro erede ottenga la restituzione contro l'adizione dell'eredità ³⁶⁾ o rinunci all'eredità testamentaria per succedere *ab intestato* ^{36a)}.

d) Infine essa è annullata per il fatto che il padre faccia un nuovo testamento valido ³⁷⁾.

5.° La sostituzione pupillare diviene inefficace per motivi che riguardano il sostituto :

³²⁾ L. 34 in f.; L. 35 D. *h. t.* Un'eccezione è contenuta nella L. 22 D. *cod.*: « Is, qui contra tabulas testamenti patris bonorum possessionem petierit, si fratri impuberi substitutus sit, repellitur a substitutione ». Vedi su ciò il vol. II del presente libro a pag. 630 e nota 39 ivi.

³³⁾ Arg. L. 16 § 1 in f., D. *h. t.*; L. 8 § 5 D. *de inoff. test.*

³⁴⁾ L. 2 § 1; L. 10 § 4 D. *h. t.*

³⁵⁾ L. 2 § 1 in f.; L. 12 D. *h. t.*; L. 44 D. *de re jud.*, 42, 1.

³⁶⁾ L. 2 § 3 D. *h. t.* — Confr. § 1449.

^{36 a)} L. 2 in f. D. *h. t.*

³⁷⁾ L. 16 § 1 D. *h. t.*: « Si sibi et filio pater testamentum fecisset, deinde sibi tantum, utrumque superius rumpetur ».

a) Se questi muore prima del pupillo qualora non sia già divenuto erede del padre ³⁸).

b) Se egli non provoca, entro un anno dal momento in cui ciò è necessario, la nomina di un tutore del pupillo ³⁹).

La questione circa la possibilità o meno di rinunciare all'eredità pupillare è stata già trattata ampiamente al § 1453 ⁴⁰).

³⁸) L. 59 D. *de acq. her.* — Vedi sopra § 1453.

³⁹) L. 10 Cod. *de legit. her.*, 6, 58. Confr. vol. XXX del *Commentario*, pag. 120 ediz. tedesca.

⁴⁰) A complemento della dottrina della sostituzione volgare e pupillare dobbiamo aggiungere alcune osservazioni: a) Nella menzione della sostituzione pupillare impropria, quando cioè la madre o un terzo nominano all'erede istituito un sostituto pel caso che egli muoia impubere, abbiamo rimandato al § 1451, n. 1, seguendo così l'ordine del HELPFELD poi abbandonato da noi. Secondo l'ordine seguito poi si doveva indicare invece il § 1450 in principio, dove del resto alla nota 83, si trova soltanto l'osservazione che questa sia una sostituzione volgare, diretta o fedecommissaria, condizionata, e si rimanda alla precedente menzione; e difatti non occorre una trattazione più minuta. b) Nella trattazione della questione come si giustifichi il nome di *sostituzione* pupillare, mentre il sostituto non è un secondo erede del padre, ma un primo erede del pupillo è giustamente osservato che il diritto alla sostituzione pupillare è un ampliamento della patria potestà oltre i suoi confini originari, precisamente come il diritto del padre di nominare un tutore al figlio. Anche l'osservazione da noi fatta sopra al § 1446 « che in origine il sostituto si considerò come un vero erede del padre e che ciò è espresso anche nella formula della sostituzione » è esattissima. Avrebbe però dovuto mettersi in maggior luce, come poi è avvenuto al § 1452 pag. 96 riguardo a CONRADI, *Opusc.*, I, 229, che il diritto di acquisto del padre si raffigurava perdurante dopo la sua stessa morte fin che il figlio ottenesse la sua piena personalità, cioè divenisse pubere, di guisa che la sostituzione pupillare appariva sempre in certo modo come disposizione del padre sui propri beni. Vedi anche pag. 151. Un'opinione analoga è esposta dal FRANCK, *De origine et natura vulgaris ac pupillaris substitutionis*, Ienae 1829, pag. 6, ove è osservato anche a ragione che la regola « *quos sibi aliquis facit heredes necessarios, eosdem etiam filio facit* » è collegata a tal concetto. c) In questa dissertazione, che prima non mi era pervenuta è difesa anche a p. 8-16, 22-24, l'opinione comune circa la questione se vi sia una *substitutio tacita vulgaris*. — Vedi sopra § 1447. L'apparente difetto di nesso logico nei passi delle *Pandette* che trattano la questione se la sostituzione pupillare possa farsi prima dell'istituzione dell'erede paterno (L. 2 § 4 seg. D. *h. t.* — Vedi sopra § 1452) è spiegato dal FRANCK

§ 1456.

Della sostituzione quasi pupillare *).

L'incapacità del pupillo di nominarsi un erede contribuì a favorire ed a mantenere l'istituto della sostituzione pupillare, ma non fu il motivo della sua origine; questa dipese piuttosto dalla causa stessa della sua incapacità. La piena personalità giuridica si ha soltanto colla pubertà, prima il pupillo e il suo patrimonio stanno sotto la tutela delle persone designate dalla legge o dal padre, quasi come suo rappresentante, fino a quel momento, si potrebbe anche dire, il patrimonio appartiene meno a lui che alla *familia* o, quando il padre abbia disposto per testamento, al *familiae emtor*; in altre parole, se egli muore non è lui che l'erede rappresenta; questo, chiamato dalla legge o dal padre, continua la personalità di quest'ultimo. In seguito s'incominciò gradualmente ad

coll'ipotesi di un'interpolazione. e) La disposizione delle *Pandette* secondo la quale in un certo caso il sostituto deve dividere l'eredità coll'erede istituito (L. 40, 41 D. *de her. inst.*, 28, 5, vedi § 1449, ritiene il FRANCK abolita dalla L. 3 Cod. *de her. inst.* di ALESSANDRO SEVERO. In contrario vedi sopra, § 1449.

*) § 1 I. h. t.; L. 9 C. h. t.; DONELLO, *Comm. ad L. 9 C. h. t.*; PAPPILLONIUS, *De substitutione mente capti* (OTTONE, IV, p. 254); MADIHN, *Opusc. vicissitudines substitutionis exemplaris eiusque veram indolem continens*, Halae 1775; UNTERHOLZNER, *Bemerkungen über die quasi pupillaris substitutio* [Osservazioni sulla sostituzione quasi pupillare] nell'*Archiv*, ecc. [Archivio della pratica civile], II, n. V; LOEHR, *Ueber die L. 9 Cod. de impuberibus* [Sulla L. 9 Cod. *de imp.*] nell'*Archiv* [Archivio citato], V, n. III; THIBAUT, *Ueber das Zweck und die Fortdauer*, ecc. [Sullo scopo e la durata della sostituzione pupillare] nello stesso *Archivio*, vol. V, pag. 337 seg.; LOEHR, *Ueber die Wirkungen*, ecc. [Sugli effetti della così detta sostituzione pupillare] e *Wenn kann*, ecc. [Dei casi in cui può farsi la sostituzione quasi pupillare] nell'*Archivio della pratica civile* [Archiv für die civ. Praxis], vol. IX, n. VII c).

c) Aggiungi ARNDTS, *Rechtslexicon* [Dizionario giuridico per i giuristi di tutti gli Stati tedeschi], vol. X, pag. 672 seg. nell'articolo, *Substitution*, riprodotto poi negli *Scritti civili vari* [Gesammelte civilistische Schriften], vol. II, pagina 166 segg. VANGEROW, *Pandette*, II § 165 e un altro articolo del THIBAUT nel vol. X, p. 217 del citato *Archivio della pratica civile*.

ammettere che il pupillo sotto tutela fosse un subietto pienamente capace, ma soltanto con capacità limitata di disposizione, e con ciò la ragione originaria della sostituzione pupillare rimase così oscurata che sembra si abbia sempre avuto dinanzi agli occhi la incapacità del pupillo a testare e il riguardo a tener nascosto il più possibile il suo futuro erede. Per i figli furiosi o sordomuti, i quali pure non potevano fare testamento, questa ragione doveva sembrare altrettanto efficace; tuttavia non poteva per questo solo considerarsi giustificato un diritto del padre di nominare un erede al proprio figlio maggiore in forza della patria potestà. Certo mediante una diseredazione *bona mente* si poteva ottenere che il patrimonio paterno dopo la morte del furioso o del sordomuto non andasse all'erede intestato di lui, curando insieme per il mantenimento completo di questi figli ⁴¹⁾; si poteva anche istituire il figlio e ordinare una restituzione fedecommessaria per il caso che egli morisse in tale stato, ma in questi modi non era possibile che disporre del patrimonio lasciato dal testatore. Un mezzo c'era tuttavia già al tempo dei giureconsulti classici di ottenere un diritto più ampio, e cioè domandare all'Imperatore un privilegio, il quale però non ci poteva ottenere senza superare speciali difficoltà. In proposito si è conservato un testo molto istruttivo di PAOLO ⁴²⁾:

« Ex facto quaeritur: qui filium habebat mutum puberem, impetravit a principe, ut muto substituere ei liceret, et substituit Titium; mutus duxit uxorem post mortem patris et nascitur ei filius. Quaero, an rumpatur testamentum? Respondi: beneficia quidem principalia ipsi Principes solent interpretari, verum voluntatem Principis inspicientibus potest dici, eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus filius eius in eadem valetudine perseverasset, ut, quemadmodum iure civili pubertate finitur pupillare

⁴¹⁾ UNTERHOLZNER, *loc. cit.*, pag. 34, n. 1, l'opinione del quale (che GIUSTINIANO abbia abolito questo caso di diseredazione) non merita adesione, benchè sia divisa da altri scrittori, specialmente moderni. Vedi § 1425 e di questo *Commentario* nel vol. III del presente libro.

⁴²⁾ L. 43 pr. D. h. t.

testamentum, ita Princeps imitatus sit ius in eo, qui propter infirmitatem non potest testari. Nam, et si furioso filio substituisset, diceremus, desinere valere testamentum, quum resipisset, quia iam posset sibi testamentum facere; etenim iniquum incipit fieri beneficium Principis, si adhuc id valere dicamus, auferret enim testamenti factionem homini sanæ mentis. Igitur etiam agnatione sui heredis dicendum est, rumpi substitutionem, quia nihil interest, alium heredem institueret ipse filius postea, an iure habere coeperit suum heredem; nec enim aut patrem, aut Principem de hoc casu cogitasse verisimile est, ut eum, qui postea nasceretur, exheredaret. Nec interest, quemadmodum beneficium principale intercedat circa testamentifactionem, utrum in personam unius, an complurium ».

Le parole introduttive contengono il fatto che aveva dato origine alla domanda, vengono poi i motivi della decisione. Quello che deriva da questi con conseguenza giuridica e logica deve valere come diritto per tutti i casi, anche se le speciali circostanze del caso concreto qui risolto non vi si adattino ⁴³). PAOLO parte dal concetto che, non ostante l'interpretazione dei privilegi concessi dal Principe sia da lasciarsi a questo per regola, debba tuttavia considerarsi come sua volontà che l'analogia giuridica e l'equità siano da ritenere come il fondamento delle sue decisioni e sulla base di essa debbano decidersi le incertezze e i dubbi. Da ciò deriva in primo luogo che, come la sostituzione pupillare perde valore per il raggiungimento della pubertà, così quando l'Imperatore abbia concesso di nominare un erede al proprio figlio ammalato, anche questa disposizione cessa di valere venendo a cessare il motivo. Se pertanto il motivo della sostituzione sia stata la insanità di mente del figlio, essa deve perdere ogni efficacia tosto che questi ritorni sano, potendo egli, libero ormai dalla patria potestà, fare validamente un testamento per sè. Se dovesse ammettersi il contrario, il privilegio imperiale apparirebbe iniquo, essendo evidentemente contrario all'equità il togliere la testamen-

⁴³) CUIACIO, in lib IX. *Quæst. Pauli, ad h. l., Opera*, V, 1058.

tifazione ad un uomo sano e capace. A questo concetto è consentaneo anche che una tale sostituzione sia rotta per l'agnazione di un *suus heres*, essendo in fondo la stessa cosa se quegli al quale è dato un erede in tal modo faccia egli stesso un testamento, oppure venga ad avere per legge un *heres suus*, anche perchè deve ammettersi che nè il padre, nè l'Imperatore abbiano pensato a questo caso e non abbiano quindi voluto escludere l'erede postumo del figlio. L'osservazione finale, essere indifferente se l'Imperatore abbia concesso al padre il privilegio per uno solo o per più discendenti incapaci ⁴⁴⁾, non ci interessa qui.

In questo testo è riconosciuto espressamente che la sostituzione si estingue per la cessazione dello stato di fatto che vi dette origine e anche quando il discendente sordomuto pel quale l'ascendente abbia testato, sia passato poi a nozze ⁴⁵⁾ ed abbia avuto un figlio. Invece non è deciso il caso che il sordomuto avesse già moglie senza prole e che questa gli fosse sopraggiunta dopo il testamento paterno. Tutte le ragioni addotte pei due casi precedenti valgono anche per questo; ciò che importa infatti è la sopravvenienza di un figlio al sordomuto; se questo poi fosse, o no, sposato prima, è cosa del tutto indifferente ⁴⁶⁾. S'intende quindi da sè che secondo gli stessi principii deve risolversi il caso in cui un discendente già ammogliato divenga furioso ⁴⁷⁾ e gli nasca un figlio dopo che il padre ha testato per lui. Ma che cosa dovrà dirsi quando il sordomuto o il furioso avesse già figli al momento in cui il padre testava? Se si sta attaccati al principio che è iniquo che una sostituzione di questa specie esista quando il defunto avesse figli, si deve ritenere la inammissibilità della sostituzione anche se i figli esistessero già. Tuttavia il contrario è da

⁴⁴⁾ Confr. WESTPHAL *Testamenti*, § 723.

⁴⁵⁾ Nessun impedimento giuridico osta, infatti, al matrimonio di un tal uomo. L. 73 pr. D. *de jure dotium*, 23, 3.

⁴⁶⁾ CUIACIO, *loc. cit.*, il quale nota in particolare non doversi dimenticare che PAOLO dice: « *ex facto quaeritur* ».

⁴⁷⁾ Il matrimonio non è infatti sciolto per ciò; solo il furioso non può sposare. L. 16 § 2 D. *de ritu nuptiarum*, 23, 2.

ammettere per l'analogia della sostituzione pupillare ⁴⁸⁾ e per le parole seguenti: « nec enim aut patrem aut Principem de hoc casu cogitasse verisimile est, ut eum, qui postea nasceretur, exheredaret ».

PAOLO dichiara iniquo togliere la testamentifazione ad un uomo sano di mente e capace, e ritiene consentaneo all'equità che il testamento del padre sia rotto quando il discendente venga ad aver figli, mettendo soprattutto in rilievo l'inverisimiglianza che si sia pensato ad un tal caso nella disposizione, concede però implicitamente così il diritto di escludere gli eredi necessari del figlio ⁴⁹⁾.

Nulla è determinato neppur sulla efficacia di questa sostituzione, se essa cioè si limiti al solo patrimonio del padre o si estenda anche a quello del figlio. L'UNTERHOLZNER ⁵⁰⁾ sta per la prima opinione, argomentando dal fatto che gli eredi intestati non potrebbero lamentarsi perchè il testatore tolga loro il suo patrimonio, ma potrebbero invece dolersi del fatto che egli tolga loro la speranza di ereditare un patrimonio a lui estraneo. Sembra però più giustificata l'opinione contraria, sia per l'analogia della sostituzione pupillare, alla quale si dà nel testo tanto peso, sia per lo scopo di questa sostituzione, perchè il padre ha di mira in essa, come nella pupillare, di dare un onesto e degno successore al

⁴⁸⁾ In questa non v'era obbligo del padre di tenere in considerazione gli eredi necessari del figlio. V. sopra § 1453.

⁴⁹⁾ La traduzione del HUNGER (*Corpus iuris*, tradotto in tedesco, III, 102) di queste parole: « nè il padre nè l'imperatore pensarono a questa circostanza, altrimenti il nato più tardi sarebbe probabilmente stato diseredato » non è letteralmente fedele, nè esprime esattamente il concetto fondamentale del testo. Migliore è sotto questo riguardo la traduzione francese dell'HULOT, IV, pag. 188: « il n'est pas naturel de penser, que le père ou le prince ait eu vue de déshériter l'enfant, qui naît par la suite du fils, à qui on substituait ». Certo, il giureconsulto voleva dire che non era probabile che il figlio fosse stato escluso se si fosse pensato a un tal caso, ma la conclusione derivava naturalmente. Si spiega anche facilmente perchè si faccia qui menzione del principe: difficilmente l'imperatore emanava un rescritto prima di essersi convinto dell'equità e della convenienza della domanda; onde in certo senso la disposizione testamentaria potea anche dirsi opera sua.

⁵⁰⁾ UNTERHOLZNER, pag. 54.

proprio figlio e di lasciare anche incerto chi questo successore possa essere. Inoltre non si vede quale sarebbe lo scopo per il padre di chiedere all'Imperatore un permesso per far cosa che avrebbe potuto ugualmente ottenere per altra via. L'osservazione dello stesso scrittore, poi che secondo ogni probabilità simili privilegi erano concessi dall'Imperatore soltanto a padri che avessero ancora nella loro potestà i figli furiosi o sordomuti, può ammettersi per vera; soltanto non deriva da ciò con sicurezza una interpretazione limitativa dell'ultima disposizione su questo argomento.

Così stavano le cose sino a GIUSTINIANO e questo diritto rimase immutato anche per i figli sordomuti ⁵¹⁾, finchè nell'anno 528 venne una costituzione di questo Imperatore ⁵²⁾:

« Humanitatis intuitu *parentibus* indulgemus, ut, si filium, nepotem, vel pronepotem cujuscunque sexus habeant, *nec alia proles descendentium eis sit*, iste tamen filius vel filia, nepos vel neptis, pronepos vel proneptis mente captus vel mente capta *perpetuo* sit, vel si duo vel plures isti fuerint, *nullus vero eorum sapiat*, liceat iisdem parentibus, *legitima portione ei vel eis relicta*, quos voluerint his substituere, ut occasione hujusmodi substitutionis, *ad exemplum pupillaris*, querela nulla contra testamentum eorum oriatur, ita tamen, ut si postea resipuerit vel resipuerint, talis substitutio cesset. Vel si filii aut alii descendentes ex hujusmodi mente capta persona sapientes sint, non liceat parenti, *qui vel quae testatur*, alios, quam *ex eo descendentes unum, vel certos, vel omnes, substituere*. Sin vero etiam liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis, quae mente captae sunt, nullus descendat, *ad fratres eorum unum, vel certas, vel omnes, eandem fieri substitutionem oportet* » ⁵³⁾.

⁵¹⁾ Una riforma espressa per questi non c'è stata: un'altra questione, che esamineremo più oltre, è quella se ad essi possa applicarsi per analogia la legge di GIUSTINIANO riferita nel testo.

⁵²⁾ L. 9 Cod. *h. t.*

⁵³⁾ Questa costituzione trovasi in sunto nel § 1 I. *h. t.*, ove, dopo aver parlato dei motivi della sostituzione pupillare, l'imperatore segue: « Qua ratione excitati etiam constitutionem in nostro posuimus codice,

In base a questo testo così suole spiegarsi la sostituzione quasi pupillare, detta anche *substitutio exemplaris* o *Justiniana*; essa sarebbe la nomina di un erede fatta dall'ascendente di un furioso per il caso che questo muoia furioso⁵⁴). Qui debbono essere esaminati i seguenti punti assai controversi:

1.° Benchè più volte sia detto che questo diritto è stato introdotto ad *exemplum pupillaris* e da ciò si possa argomentare che la sostituzione quasi pupillare sia lecita soltanto pei figli nella patria potestà, essa per disposizione espressa della legge compete a tutti gli ascendenti del furioso, alla madre come al padre, e in generale a tutti senza riguardo se il discendente sia o no soggetto alla patria potestà. Certamente non si deve dare troppo peso alle parole *parentibus indulgemus* perchè anche per la sostituzione pupillare è detto nelle *Istituzioni* che la consuetudine aveva fatto ammettere che i *parentes* potessero fare un testamento per i loro figli impuberi⁵⁵) e tuttavia nessuno può dubitare che qui si parli di ascendenti paterni aventi in potestà i discendenti. Però nel nostro testo è detto anche espressamente *parenti qui vel quae testatur, etc.*, ciò che prova nel modo il più pieno che l'esistenza della patria potestà era indifferente. Nessuno del resto ha mai dubitato di ciò sulla base della sola L. 9 C. cit.⁵⁶), ma nei tempi

qua prospectum est, ut, si mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscumque sexus vel gradus, liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere; sin autem resipuerit, eandem substitutionem infirmari, et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quae, postquam pupillus adoleverit, infirmatur ».

⁵⁴) Vedi le mie *Pandette*, III, § 676. In sostanza concordano quasi tutti quelli che hanno cercato di dare una definizione della sostituzione quasi pupillare. Vedi per es. THIBAUT, *Pandette*, II, § 840; WENING-INGENHEIM, *Trattato di diritto civile comune* [Lehrbuch des gem. Civilrechts], III, § 456; SEUFFERT, *Trattato* [Lehrbuch], III, § 545.

⁵⁵) PR. I. h. t.

⁵⁶) Il CUIACIO però può considerarsi qui come avversario, sebbene sia da ritenere che solo una svista l'abbia indotto a manifestare questo concetto a proposito della L. 9 Cod. h. t. da lui toccata solo per incidenza. « Quod autem ajunt D. D., etiam parentibus, qui liberos furiosos non habent in potestate, cujuscumque sexus, substituere licere in secundum casum, id depromunt ex suo jecore; nam nihil tale invenias in constitu-

moderni si è sostenuto che questo diritto sia stato mutato da una nuova costituzione del 530 ⁵⁷⁾. Poichè da questa costituzione appare che un furioso può acquistare una eredità soltanto *ipso iure*, cioè come *suus heres*, se ne argomenta che solo un ascendente che avesse l'immediata patria potestà sul furioso potesse ordinare una sostituzione a suo riguardo e che il precedente diritto fosse immutato pel solo caso che al furioso fosse lasciata la legittima a titolo di legato ⁵⁸⁾. Dunque chi lascia al proprio figlio furioso la legittima per legato può nominare a quello un sostituto pupillare, chi lo istituisce erede no! Un risultato così strano può parer possibile solo quando nell'interpretazione delle costituzioni degli Imperatori bizantini si dia la caccia alla logica, come troppo spesso avviene ai giorni nostri, ma ciò condurrà necessariamente a scorgero nel diritto romano tramandatoci soltanto una massa di concetti riuniti arbitrariamente e senza alcuna intima colleganza, buoni appena per impararsi a memoria. Questa mancanza di intima colleganza è stata anche il motivo pel quale un altro scrittore, che si è affaticato a confutare questa teoria, l'ha intesa come se l'autore dicesse che della sostituzione pupillare quale era stata ordinata nella L. 9 C. cit. nulla più fosse rimasto salvo il diritto del padre di nominare un sostituto ai proprii *heredes sui furiosi* ⁵⁹⁾. Questo scrittore osserva contro la nuova teoria principalmente essere impossibile ammettere che l'Imperatore dopo avere nel 528 creato un nuovo istituto l'abbia due anni dopo abolito in gran parte, cosa che in ogni modo egli, secondo la sua abitudine, non avrebbe tralasciato di porre in luce, e osserva pure che non si spiega come egli abbia potuto nel § 1 I. *h. t.* rimandare senza alcuna

tione Justiniani, quae dat parenti hanc potestatem, puta patri, avo, proavo ». Evidentemente egli non ebbe davanti agli occhi le singole espressioni della Costituzione, ma pensò soltanto all'analogia colla sostituzione pupillare accennata nella legge stessa e alla quale egli si richiama ripetutamente. *Loc. cit.*, p. 1058.

⁵⁷⁾ L. 7 § 2 seg., Cod. *de cur. fur.*, 5, 70.

⁵⁸⁾ LOEHR, *Archiv* [Archivio della pratica civile], vol. V, pag. 115-120.

⁵⁹⁾ THIBAUT, *Archiv.* [Archivio cit.], V, p. 338.

riserva alla disposizione della L. 9 C. cit.⁶⁰). Contro la nuova teoria però si può osservare anche a maggior ragione che il suo autore si fonda principalmente sul concetto, del quale dovremo occuparci più oltre, che oggetto della sostituzione quasi pupillare sia soltanto il patrimonio lasciato dal testatore al figlio, non anche il patrimonio proprio di questo. Io non sono di questa opinione, ma pur ammettendola per vera, che cosa ne segue per la nostra questione? Posto che l'Imperatore avesse detto espressamente che un ascendente possa nominare un sostituto quasi pupillare al proprio discendente, solo per il patrimonio lasciatogli, seguirebbe forse che la sostituzione avesse a ritenersi fatta sotto la condizione che il figlio acquistasse veramente questo patrimonio? La vera logica giuridica importerebbe che, come la sostituzione pupillare si mantiene quale volgare quando il pupillo sia istituito erede, ma non lo divenga, così l'effetto della sostituzione esemplare si mantenga sebbene il furioso non sia divenuto erede del sostituito⁶¹). Il contenuto della L. 7 Cod. *de cur. fur.* è così pienamente indipendente dalla possibilità di fare una sostituzione quasi pupillare⁶²).

La potestà paterna sul furioso non è adunque condizione di questa sostituzione nè essa ha alcuna influenza sostanziale sugli effetti di questa⁶³). Ma non per questo il diritto di ordinare tale sostituzione compete ad ogni ascendente. La legge richiede anche che al figlio sia stata lasciata la legittima, deve dunque essere un

⁶⁰) THIBAUT, *loc. cit.*, pag. 338, 339.

⁶¹) Nell'ultima edizione del *Trattato* del WENING-INGENHEIM, III, § 465, mentre nel testo s'insegna senza eccezione l'opinione comune, alla nota *kk* si nota essere conseguente, come ha osservato il LOEHR, che dopo la L. 7 Cod. *de cur. fur.*, 5, 70 tutto spetti al titolare della *patria potestas*. Non si adduce però alcuna ragione per questa pretesa conseguenza.

⁶²) Forse non sarebbe sorta l'idea di congiungere la L. 7 Cod. cit., colla L. 9 se il primo di questi testi non rimandasse evidentemente nel § 1 al secondo. Ma questo rinvio non è affatto collegato al contenuto dei due testi, significa solo che si deve ritenere in vigore quanto è disposto nella prima costituzione sui lasciati da farsi e sulle sostituzioni da ordinarsi a riguardo di un furioso. Vedi anche THIBAUT, *loc. cit.*, pag. 339.

⁶³) Un'altra questione, che qui non c'interessa, è se, nel caso di sostituzione fatta da più ascendenti, quella fatta dall'ascendente che esercita la *patria potestà* debba considerarsi come la principale.

discendente legittimario quello al quale si può nominare un tale sostituto e ciò è permesso soltanto a quell'ascendente sul patrimonio del quale il discendente possa pretendere la legittima. Il padre adunque può nominare un sostituto quasi pupillare al proprio figlio emancipato non meno che a quello nella sua potestà, l'avò al nipote o al pronipote non meno che al figlio, come è riconosciuto espressamente nelle leggi; soltanto la sostituzione è in quest'ultimo caso invalida se alla morte dell'ascendente vi siano discendenti più prossimi i quali pertanto siano preferiti al furioso per la legittima. Ai figli nati fuori di matrimonio non possono i genitori nè gli ascendenti paterni nominare alcun sostituto, lo può la madre e di ciò nessuno dubita; deve però anche qui per buona logica richiedersi che i figli abbiano diritto ad una legittima sul patrimonio della madre ⁶⁴).

Ancora si disputa se la madre e gli altri ascendenti i quali non abbiano patria potestà sul figlio, abbiano il diritto di nominare a questo un sostituto pupillare fin che sia impubere. Distinti giureconsulti risolvono la questione in senso negativo ⁶⁵), ma non vi sono motivi persuasivi per questa soluzione. La legge parla in generale e poichè la ragione di questa concessione è l'incapacità di mente del figlio non si vede quale differenza possa farsi tra figli impuberi e figli puberi. I difensori dell'opposta opinione sembra vi siano stati indotti dal principio che il padre può sostituire pupillarmente ai figli impuberi ⁶⁶). Ma forse che tutti gli impuberi sono sotto la patria potestà? E in generale, per qual ragione dovrebbe la possibilità di una disposizione escludere la possibilità di un'altra? Che del resto la sostituzione ordinata dal padre per un pupillo sia da preferire sempre a quella ordinata

⁶⁴) L. 29 § 1 D. *de inoff. test.*, 5, 2. LAUTERBACH, *Coll. theor. pract.*, tit. *De vulg. et pup. subst.*, § 40.

⁶⁵) VOET, *ad h. t. Pand.*, § 28. Pensava forse anche il CUIACIO nel passo citato alla nota 56 a questa questione? Dalle parole di lui non è facile argomentarlo.

⁶⁶) VOET, *loc. cit.* e specialmente LAUTERBACH, *loc. cit.*, § 41, il quale difende l'opinione esatta.

da un altro ascendente, quando il figlio muoia durante l'impubertà, difficilmente potrà negarsi ⁶⁷⁾.

2.º *) Si discute anche se la sostituzione quasi pupillare sia possibile a riguardo di un furioso in senso stretto, cioè di uno il

⁶⁷⁾ VINNIO, *ad L. 1 I. h. t.*, n. 4.

*) A questo punto nell'originale tedesco ha principio il vol. XLI, cui il M^HLENBRUCH prepone la seguente prefazione, che stampiamo in nota per non interrompere il corso della trattazione.

« Nell'imprendere la continuazione di questo *Commentario* mi sono deciso per i motivi addotti nella prefazione al vol. XXXV (vol. II del libro 28 nella presente traduzione), a mantenere la trattazione ampia che l'autore aveva adottato dalla seconda metà dei volumi da lui pubblicati. Inoltre il mio studio fu di dare la maggiore estensione alla trattazione di quelle questioni che, non ostante la loro importanza pratica, non erano state fino ai giorni nostri trattate a fondo. A ciò mi dettero occasione anche molti degli argomenti trattati nella mia continuazione. Mi limito a citare, per esempio, la ricerca sul rapporto fra il diritto di successione necessaria romana e la successione necessaria vigente nella pratica e nei diritti particolari e statutari (vol. III di questo libro), la trattazione della questione se il principio romano secondo il quale è incapace di succedere il non ancora concepito alla morte del testatore valga ancora nel diritto vigente e quale significato vi abbia, infine la questione trattata nello stesso vol. III circa la possibilità di fondare una persona giuridica mediante istituzione d'erede, una questione che ha cominciato ad avere una letteratura soltanto dopo gli scritti sul processo Staedel.

« Mi sono tuttavia persuaso che per seguire un metodo di trattazione siffatto non basterebbe la vita di parecchi uomini per condurre a termine il lavoro, e questa convinzione ho avuto occasione di sperimentare esser divisa da molti dei possessori del *Commentario*. Ho meditato lungamente sul modo di poter arrivare ad una fine non troppo lontana del *Commentario* senza che ne soffrisse il suo scopo fondamentale. Se non sbaglio ciò sarà possibile a patto che si tralasci ciò che non accresceva valore all'opera, ma anzi la rendeva piuttosto meno servibile e quindi ne diminuiva appunto il valore.

« Una delle ragioni fondamentali per le quali troppo a lungo si indugiava talvolta nel medesimo titolo, era il voler toccare materie che solo indirettamente avevano che fare con quella trattata nel titolo. Spesso tali materie vi erano considerate in tutta la loro ampiezza e con una diffusione, che non sarebbe stata necessaria neppure se quello fosse stato il luogo dove dovevano essere trattate *ex professo*, perchè ivi avrebbe naturalmente servito loro di base la trattazione precedente. Invece ivi non avrebbe potuto rimandarsi semplicemente a quanto era stato prima esposto, e per non fare ciò talvolta ne veniva una trattazione più diffusa di quella che l'argomento meritasse. Secondo il piano, che io intendo di adottare d'ora in poi, la trattazione si limiterà soltanto alla materia appartenente al titolo da commentare e solo nei limiti della necessità potrà essere ammessa una immistione di altra materia.

« Un secondo motivo della eccessiva diffusione era la considerazione troppo rigorosa di tutte le opinioni anche di minima importanza nella trattazione

quale abbia delle deficienze mentali periodiche, ma abbia anche dei lucidi intervalli¹⁾. Se si pensa che di un tal furioso è detto:

¹⁾ Arg. L. 12 pr. in f. D. *de excus.*, 27, 1, L. 28 Cod. *de episc. aud.*, 1, 4, L. 25 Cod. *de nuptiis*, 5, 4.

delle controversie. Ma il *Commentario* non fallirà certo al suo scopo se ci limiteremo d'ora in poi a prendere in esame soltanto le opinioni più importanti e gli argomenti più gravi pro e contro di esse. Solo si potrà sensare una deroga a questo principio quando vi sia stata modernamente una polemica viva su qualche argomento come oggi sulla L. ult. Cod. *de jure deliberanti*, alla quale appunto abbiamo dato in questo volume la stessa trattazione ampia che di solito si dava ad ogni punto controverso nei volumi precedenti. Lo stesso vale per la questione che tratteremo nel principio di questo volume, se la sostituzione quasi pupillare si estenda anche al patrimonio proprio dell'infermo di mente.

« Anche il riferire per esteso i passi delle fonti occupava spesso spazio inutilmente. A ciò sarà meno occasione nei volumi che seguono; anche in ciò però si può fare una maggiore economia perchè basterà riferire testualmente soltanto quei passi che sono veramente interpretati e le cui parole occorre avere dinanzi agli occhi nella lettura del *Commentario*. Infine si può anche fare economia di spazio limitandosi nel modo di citare. Qualunque lettore, per esempio, è in grado di trovare l'*Archivio della pratica civile* e la *Rivista di diritto e procedura civile* anche se non si citino i nomi di tutti i direttori di essi; e neppure ha alcuna utilità il riferire il nome di battesimo degli scrittori più noti e citati quasi ad ogni pagina. Sotto questo riguardo i volumi della continuazione rappresentano una economia sui precedenti; negli ultimi due volumi poi l'edizione degli scritti citati è stata indicata solo quando si trattava di una edizione diversa pel suo contenuto dalle precedenti o quando non fosse altrimenti possibile trovare il passo indicato senza difficoltà. Così, per esempio, l'edizione delle opere di CUCIACIO è indicata soltanto quando non si potrebbe altrimenti trovare il testo senza perdita di tempo.

« Il presente volume e anche in parte il precedente, cioè dal titolo VI in poi, si possono in certo modo considerare come una prova del nuovo metodo. Sarebbe stato da evitare un più brusco mutamento perchè al nuovo ci si abitua soltanto a poco a poco.

« Il lungo periodo di tempo che è corso fra la pubblicazione dei vari volumi in questi ultimi tempi potrebbe far sospettare che difficilmente si potrà affrettare sul serio il compimento dell'opera. Ma un progresso più rapido di questa sarà possibile quando avrò, come io spero, presto, assai più tempo libero. Le numerose edizioni delle mie *Pandette* seguitesi rapidamente, la nuova edizione che ho dovuto imprendere del mio *Progetto di Procedura* e la cura da me assunta della nuova edizione delle *Antiquitates* di EINECCIO mi hanno sottratto tanto tempo in questi ultimi anni che poche ore ho potuto dedicare al *Commentario*. Ormai l'EINECCIO è prossimo al fine e il potere ora io dedicare tutta la mia attività ad un'opera fondamentale, spero che gioverà a questa anche sotto altri riguardi ».

Göttinga, luglio 1840.

furiosum in suis induciis (id est dilucidis intervallis) ultimum condere elogium (testamentum) posse ²⁾, e che perciò si deve logicamente ammettere che il lucido intervallo distrugga, come il riacquisto della salute nell'insano permanentemente, il primo testamento paterno, si deve già per ragioni generali essere inclinati a pronunciarsi per la negativa. Decisiva però è la dichiarazione di GIUSTINIANO il quale parla soltanto di un discendente *mente captus perpetuo* ³⁾.

3.° Una deviazione dal diritto della sostituzione pupillare vera e propria riconosciuta espressamente dalla legge consiste nel fatto che l'ascendente che sostituisce deve lasciare al furioso almeno la legittima. Da ciò è nata la questione se si possa sostituire anche ad un furioso diseredato. Alcuni ne dubitano perchè secondo la Novella 115 la legittima deve essere lasciata a titolo di istituzione d'erede. Ma, anche astraendo dall'osservare che la Novella dice semplicemente che non basta l'attribuzione della legittima per legato, e occorre anche che preceda una istituzione ⁴⁾, non è necessario lasciare la legittima ad un giustamente diseredato. La prescrizione per la quale al furioso si deve lasciare la legittima è qualche cosa particolare esistente per sè sola che si spiega indipendentemente dalle disposizioni della Novella 115, onde è solo possibile la questione fino a qual punto possa un furioso essere diseredato. Una diseredazione *bona mente* è senza dubbio ammissibile, ma poichè per la legittima esclusione dell'erede necessario basta l'esistenza di un motivo di diseredazione purchè al tempo della confezione del testamento non sia avvenuta una conciliazione o il motivo non sia venuto in altro modo a mancare ⁵⁾, logicamente non può al testatore negarsi la facoltà di far valere un motivo di diseredazione antecedente alla malattia dell'erede. Per queste ragioni la questione è risolta affermativamente dalla maggior parte degli scrittori ⁶⁾.

²⁾ L. 9 Cod. *qui test. fac. poss.*, 6, 22.

³⁾ L. 9 Cod. *h. t.* Vedi HOEFFNER, *Comm.*, § 511. Conf. sopra p. 153.

⁴⁾ Vedi vol. II di questo libro.

⁵⁾ Vedi vol. II di questo libro, pag. 737 e seg.

⁶⁾ Conf. CUIACIO, *loc. cit.* — *Opera*, IV, p. 1058; VINNIO, ad § 1

4.º L'opinione una volta indiscussa e tuttora ben fondata che il sostituente debba fare un vero testamento anche per sè⁷⁾, ha trovato nei tempi moderni oppositori⁸⁾. Ma in primo luogo non solo l'origine storica di questa sostituzione ci ammaestra che essa è una estensione analogica della sostituzione pupillare⁹⁾, ma nella legge di GIUSTINIANO non meno che nell'estratto che di essa è contenuto nelle *Istituzioni*, quella analogia è posta in evidenza. Certo in alcune singolarità questa sostituzione è ordinata diversamente da ciò che richiederebbe l'analogia delle pupillari, ma non si può per questo negare l'analogia in modo assoluto. L'espressione *substituere* usata nella legge prova poi che il legislatore ha alluso ad una disposizione contenuta nel testamento dell'ascendente¹⁰⁾. E infine, sebbene la disposizione che al furioso debba esser lasciata la legittima non giustifichi la conclusione che egli debba anche essere istituito erede, essa conferma però il concetto che il legislatore abbia supposto come cosa intuitiva l'esistenza del testamento, del sostituente e non già che abbia pensato soltanto alla possibilità che della legittima si disponesse in un codicillo *ab intestato*.

5.º L'imperatore dispone che se il furioso abbia figli o nipoti sani di mente debbano essergli sostituiti questi o almeno uno di questi: *non liceat parenti alios quam ex eo descendentes, unum vel*

I. h. t., n. 7; STRYKIO, *Cautel. test.*, c. XVIII, m. III, § 15; HOEFFNER, *Comm.*, § 510, nota 5 e i numerosi scrittori da lui citati come difensori dell'una o dell'altra opinione. — Fra i contrari a lui sta il DONELLO, *Comm. ad h. l.*, n. 7.

7) VINNIO, ad § 1 I. h. t., n. 5; LAUTERBACH, *Coll. theor. pract. Pand.*, h. t. § 43; HOEFFNER, § 510.

8) LOEHR, *Archiv für die civilistische Praxis* [Archivio della pratica civile], vol. V, pag. 112 seg. L'accetta invece il WENING nell'ultima edizione del suo *Trattato*, § 465.

9) Secondo la stessa analogia si deve anche concedere che l'ascendente possa aver nominato un erede per sè in un precedente testamento e poi fare un testamento per il figlio infermo di mente. La seconda disposizione vale però come disposizione del testamento paterno.

10) Conf. BRAUN, *Discussioni sul THIBAUT* [*Eroerterungen*], pag. 653, n. 8.

certos, vel omnes substituere. Se il furioso non ha discendenti, ma il testatore ha figli sani di mente, egli deve sostituire i fratelli o almeno uno dei fratelli del furioso. Anche questa disposizione ha dato luogo a varie questioni. In primo luogo si è voluto sostenere che ai figli non sostituiti del furioso spetti sempre la legittima ¹¹⁾: gli antichi scrittori si fondano sul sentimento naturale di giustizia e di equità (*humanitas*) ¹²⁾, uno scrittore moderno invece si è sforzato di dimostrare che questa è una conseguenza strettamente giuridica e che la disposizione di GIUSTINIANO è considerata da un punto di vista falso quando non si tenga presente il diritto degli eredi necessari. Questo apparirebbe anche dal fatto che è altresì prescritta l'istituzione in erede dei fratelli, i quali pure hanno un diritto di successione necessaria limitato e condizionato. L'imperatore avrebbe voluto porre semplicemente dei limiti al diritto di sostituzione degli ascendenti, stabilendo che quando vi siano altri discendenti non possano essere sostituiti degli estranei, ma non avrebbe perciò pensato anche di voler togliere la legittima agli altri figli dell'insano di mente. Un principio così esorbitante avrebbe dovuto essere espresso formalmente, onde sarebbe anche da ritenere che il diritto alla querela fosse escluso espressamente per il caso che non esistesse un'altra discendenza, e ammesso per conseguenza esistendo discendenza siffatta. Pel diritto nuovo però da ciò deriverebbe che i discendenti dell'insano di mente dovrebbero essere considerati come eredi perchè secondo la Novella 115 l'istituzione dei discendenti è necessaria per la validità formale di un testamento paterno ¹³⁾. Pur tuttavia, quand'anche non si voglia

¹¹⁾ L'opinione già sostenuta dallo STRUVIO che tutti debbano essere sostituiti, cioè istituiti almeno nella legittima (*Syntagma iuris civilis*, ex. XXXIII, th. 34), è invece respinta in modo assoluto da altri scrittori, che si indicheranno nella nota seguente.

¹²⁾ STRYKIO, *Usus mod. Pand.*, h. t. § 11. Nelle *Cautelae testamentorum*, c. XVIII, membr. III, § 18 egli designa ciò come equo, ma coll'osservazione che egli non vede come ciò possa conciliarsi colla disposizione di GIUSTINIANO. La stessa opinione segue il LAUTERBACH, *Coll. theor. pract.*, h. t., § 44, quando afferma che l'opinione più equa è quella accolta nel Diritto Würtenberghese.

¹³⁾ FRANCKE, *Diritto degli eredi necessari* [Notherbenrecht], § 36, pa-

negare la propria adesione al sentimento di giustizia degli antichi pratici, i quali fondandosi sull'equità concedono a tutti i figli dell'insano di mente un diritto alla legittima, per motivi strettamente giuridici è da ritenere più esatta l'opinione contraria. GIUSTINIANO dice che lo stesso motivo che ha dato origine alla sostituzione pupillare, l'incapacità dell'impubere a fare testamento, lo ha indotto a disporre che gli ascendenti possano nominare un erede ai propri discendenti ¹⁴). Se non avesse stabilito alcuna condizione speciale per questa sostituzione, si potrebbe dire forse che s'intende che con tale testamento non può esser violato alcun diritto di successione necessaria, sebbene si potrebbe sempre osservare in contrario che le medesime ragioni che giustificano la preterizione dei discendenti nella sostituzione pupillare si applicano al caso nostro: ma l'imperatore non si contenta di ciò, egli impone come condizione per la validità di questa sostituzione che non sia istituito alcun estraneo quando il furioso abbia discendenti o fratelli sani di mente, dovendosi in tal caso istituire uno almeno di essi.

Se egli avesse avuto veramente l'intenzione di assicurare anche agli altri il diritto di eredità necessaria, sarebbe stato molto semplice il dire: egli deve istituire almeno uno, e agli altri deve lasciare la legittima. Ciò era tanto più facile in quanto l'obbligazione di lasciare la legittima anche al furioso è espressa nella legge. Il suo silenzio su ciò dimostra abbastanza chiaramente che il legislatore non domanda di più. Aggiungi però che precisamente in questo punto si rimanda all'analogia della sostituzione pupillare, e si dichiara che il diritto di eredità necessaria è escluso da questa sostituzione, « *ut occasione huiusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris querela nulla contra testamentum eorum oriatur* » ¹⁵).

Ma posto che il lascito della legittima agli altri fosse ordinato

gina 466-470. Già il VOET, *Pand., h. t.*, § 31, difendeva, per altri motivi, lo stesso concetto.

¹⁴) § 1 I. h. t.: « *Qua ratione excitati constitutionem posuimus, etc.* ».

¹⁵) Vedi MADIHN, *Comm. cit.*; FUHR e HOFFMANN, *Saggi di diritto civile* [Civillistische Versuche], n. VI, pag. 86-89.

espressamente, si andrebbe troppo oltre se si volesse applicare la disposizione della Novella che tutti i discendenti debbano essere istituiti, perchè la L. 9 C. citata è da considerare come *lex specialis*, che non può essere abrogata da una *lex generalis* anche posteriore, se non quando ciò sia espressamente ordinato o segua con logica necessità ^{16a}). Ma nessuna delle due cose si può qui sostenere. Per altro, se si potesse ritenere fondata l'opinione opposta, la conseguenza richiederebbe che un tale diritto spettasse, non soltanto ai discendenti dell'erede necessario, ma anche agli altri legittimari, come alla madre e, sotto certe condizioni, anche ai fratelli e alle sorelle.

In secondo luogo si è manifestata l'opinione che non solamente i fratelli e le sorelle, ma anche i figli dei fratelli e delle sorelle del furioso abbiano un eventuale diritto nella sostituzione. Si cita come argomento fondamentale questo, che tale diritto è dato ai *liberi* del testatore, ma sono intesi per essi tutti i discendenti, per la qual cosa la parola *fratres* deve intendersi in senso ampio, e riferirsi anche ai figli dei fratelli e delle sorelle ^{16b}).

Poichè però fra i *liberi* sono compresi molto frequentemente i figli o discendenti di primo grado, e fra i *fratres* di regola soltanto i fratelli e le sorelle, così è molto più semplice il dire che nella disposizione *ad fratres eorum* — — *fieri substitutionem oportet*, il legislatore abbia per *liberi testatoris* indicato solo i figli di primo grado ¹⁷).

6.º Un'altra questione è, se la sostituzione debba estendersi anche al patrimonio del furioso, o semplicemente a quello dell'ascendente che sostituisce. In antico la cosa non era oggetto di

^{16a}) Confr. le mie *Pandette*, I, § 52, nota 7 e la dissertazione del THIBAUT ivi citata. — Sull'applicazione di questa regola al caso presente vedi però FUHR, *loc. cit.*, pag. 90 seg.

^{16b}) FRANCKE, *loc. cit.*, pag. 468, nota 29.

¹⁷) Non è meglio fondata l'opinione del MADIHN, *loc. cit.*, secondo il quale anche i fratelli o sorelle unilaterali del furioso, quando fossero anche figliastri del testatore, potrebbero pretendere il diritto alla sostituzione. Vedi in senso contrario SCHOTT, *Critica degli ultimi scritti giuridici* [Kritik, etc.], Lipsia 1775, pag. 231.

dubbio ¹⁸⁾; si seguiva a questo riguardo l'analogia della sostituzione pupillare, e si domandava per lo più soltanto a chi spettasse il patrimonio del discendente, se a lui fosse designato un erede da più ascendenti ¹⁹⁾. Ma ciò forma l'oggetto della questione che segue. Nei tempi moderni invece trova parecchi sostenitori l'opinione che oggetto della sostituzione possa essere soltanto il patrimonio derivante dal sostituente. L'UNTERHOLZNER ²⁰⁾ argomenta principalmente dalle seguenti ragioni: a) Qui non vale la ragione che spiega e giustifica nella sostituzione pupillare il diritto del sostituente di disporre anche del patrimonio del figlio, — vale a dire l'estensione del diritto di acquisto in forza della patria potestà, anche dopo la morte del padre; e anche qui si ha lo strano fenomeno, impossibile nella sostituzione pupillare, che uno erediti in base a parecchi testamenti, e per di più in base a testamenti di persone diverse. — b) Poichè la sostituzione esemplare può esser esercitata da parecchi ascendenti, nel caso che questo avvenga nascono difficoltà in rapporto alla questione, che non si può risolvere secondo concetti giuridici, a quale sostituto cioè appartenga il patrimonio del furioso. Perchè, qualunque dei vari espedienti diversi ivi proposti si voglia qui seguire, come si potrebbe sfuggire il rimprovero di arbitrarietà? Per ciò l'analogia della sostituzione pupillare non è qui conveniente e applicabile, non potendo mai per questa darsi il caso che più persone ne esercitino il diritto. — c) Che all'ascendente, il quale non può sottrarre la legittima al suo discendente furioso, venga permesso di disporre del patrimonio proveniente da lui, nel caso di durata

¹⁸⁾ Fra i pochissimi scrittori antichi, che sostengono l'opposto, è il FULGOSIO, *Comm. in Iust. Cod. ad h. l.*, dove è detto: « conseo istam (substitutionem) similem militari, ut per substitutionem fiat heres substituentis ». Altri che si citano come difensori della stessa opinione riconoscono l'esattezza teorica dell'opinione comune, e dicono solo che la pratica o le leggi del loro paese vi derogano. Vedi, per es., VOET, ad *h. t.* § 33.

¹⁹⁾ Vedi, per es., LAUTERBACH, *Coll. th. pract., h. t.* § 39; STRUVIO, *Syntagma iuris civilis*, th. 34, § 35.

²⁰⁾ *Archivio della pratica civile* [Archiv, etc.], II, diss. 5.

della pazzia, come se il furioso non esistesse più, è conforme alla equità, ma non la facoltà di erigere una valida ultima volontà sopra un patrimonio altrui. — *d*) Nel fatto che al sostituente sia imposto l'obbligo soltanto di considerare tali persone, che sono con lui in relazione di eredi legittimi, sta un tacito presupposto, che cioè l'intera *substitutio* viene soltanto dal patrimonio derivante da lui ²¹). — *e*) Dalla teoria opposta deriverebbero non soltanto ingiustizie, ma anche stranezze, poichè qui alcuno, che avrebbe potuto egli stesso fare una sostituzione, come, per es., un avolo, sarebbe escluso dalla successione intestata nel patrimonio del furioso. — *f*) Infine accade qualche cosa di simile — che cioè una sostituzione sia efficace soltanto in riguardo al patrimonio proveniente dal testatore stesso, e pel resto si apra la successione intestata, — anche nella così detta *militaris substitutio*, quando per esempio un soldato nomini un sostituto a suo figlio, oltre l'anno della maggiore età. Oltre di ciò la pretesa analogia della sostituzione pupillare si distrugge anche con l'osservazione seguente: la legge non fa in alcun modo una parificazione delle due sostituzioni, ma dice soltanto che per questa sostituzione non può aver luogo la *quer. inoff. test.*, più che per la *pupillaris substitutio*; tale opinione sembra potersi fondare meglio sul testo delle *Istituzioni*; tuttavia esso non dice che la sostituzione nuovamente introdotta deve avere gli effetti della pupillare e inoltre quel testo deve spiegarsi col passo del codice al quale si riferisce. A questa opinione ha aderito il LÖHR ²²), senza fondarsi su nuovi argomenti ²³), ma sui medesimi ²⁴), quantunque il THIBAUT vi si op-

²¹) Riguardo a questo motivo anche l'UNTERHOLZNER (*loc. cit.*, pagina 62 seg., n. 2) si riduce a dire, non essere equo che un terzo possa colla sua disposizione escludere dal patrimonio di alcuno gli eredi intestati.

²²) *Archivio della pratica civile* [Archiv, ecc.], V, pag. 114.

²³) In fatto, non è certamente un argomento nuovo l'affermazione che la costituzione di GIUSTINIANO non contiene nulla che confermi l'opinione comune e che anzi l'insieme di essa e il silenzio sulla nostra questione provano piuttosto il contrario.

²⁴) *Archivio della pratica civile*, IX, pag. 103-109.

Glück, *Comm. Pandette*. — Lib. XXVIII, Pars IV. — 22.

ponga con argomenti importanti ²⁵). Il THIBAUT ha difeso poi di nuovo l'opinione comune ²⁶), e il FRANCKE parimente ²⁷). Ma anche l'opinione di UNTERHOLZNER-LÖHR ha trovato aderenti ²⁸) e il PUCHTA a sostegno della sua teoria sul fondamento del diritto consuetudinario cita l'opinione opposta, come esempio di interpretazione comune sbagliata ²⁹). In quest'ultimo scrittore si trova

²⁵) *Archivio della pratica civile*, V, pag. 339-344.

²⁶) *Archivio cit.*, X, diss. 10.^a.

²⁷) *Diritto di successione necessaria* [Notherbenrecht], pag. 463-465.

²⁸) L'accolgono infatti il PUCHTA nella recensione dello scritto del LOEHR inserita negli *Annali* dello SCHUNCK (*Schunck's Jahrbücher*), vol. V, pag. 385-387 e il FUHR nei citati *Saggi di diritto civile* [Civillistische Versuche], pag. 84-86.

²⁹) *Das Gewohnheitsrecht* [Diritto consuetudinario], parte II, pag. 68-70. Quando però l'autore osserva che un principio di diritto erroneo può entrare nella persuasione comune e nascere perciò (pag. 68), e più oltre che la falsa interpretazione usuale della L. 9 Cod. cit. è divenuta a poco a poco persuasione comune di tutti i giuristi (pag. 69) e infine che quell'errore è stato l'occasione di quella comune opinione, è difficile spiegarsi come possa conciliarsi con ciò la teoria che mediante il ripetersi di atti secondo una data norma, non si costituisca un diritto consuetudinario, ma semplicemente si abbia da essi la dimostrazione di una persuasione divenuta comune, o, per ciò che riguarda il caso nostro, che l'errore non possa essere la fonte di questa persuasione, ma che piuttosto il principio dell'efficacia della sostituzione quasi pupillare abbia il suo fondamento nel sentimento giuridico dei dotti, secondo il quale esso appare conforme alle altre disposizioni del nostro diritto, e che l'errore consista soltanto nel mezzo che si è scelto per dare applicazione a questo sentimento (pag. 69-70). Chi però si meraviglia di quest'opinione tanto più troverà strano che sia detto in seguito che l'atto giuridico prodotto da errore non possa essere addotto a prova dell'esistenza del diritto consuetudinario, perchè con ciò il principio giuridico supposto dall'agente non ha potuto essere riconosciuto (pag. 67). Se l'agire secondo una determinata norma deve contenere una prova dell'esistenza della convinzione comune o deve ritenersi la conseguenza del senso giuridico dei dotti, il primo atto giuridico deve valere tanto quanto ogni successivo: se ciò non si ammette si deve negare che la convinzione comune si formi poco a poco e che quindi nasca per il ripetersi degli atti secondo la stessa regola. E sebbene si possa concedere volentieri che non pochi principii che sogliono avverarsi tra i principii di diritto consuetudinario, perchè non sono scritti, non nascono dal compimento di atti in conformità di essi, ma da una convinzione giuridica esistente da lungo tempo, la de-

anche un nuovo argomento a favore di questa opinione, secondo il quale l'intenzione dell'imperatore si riferirebbe non tanto ad una estensione del diritto di sostituzione, quanto piuttosto ad una limitazione di esso, in parte per la durata della sostituzione, in parte per la scelta del sostituto. L'imperatore avrebbe quindi detto: chi vuol sostituire ai suoi discendenti furiosi deve poterlo fare senza prima impetrare su ciò un rescritto imperiale, soltanto non più così liberamente, come prima, ecc. Ciò si può considerare ad ogni modo come espresso nella costituzione, ma non ha importanza; si domanda però se questo sia l'unico contenuto della legge, e se il legislatore abbia avuto per iscopo di preferenza un'estensione o una limitazione del diritto vigente. Ora la parola del legislatore non accenna affatto, come crede il PUCHTA, all'intenzione di voler limitare il diritto fin allora vigente, ma appare chiaramente essere stato suo scopo principale un'estensione di esso. L'imperatore comincia dicendo: *humanitatis intuitu indulgemus parentibus*, ecc. Da principio è affermata l'estensione del diritto antico o la concessione ai genitori di un diritto non vigente fin ora, e poi è soltanto stabilito sotto quali condizioni deve essere esercitato il nuovo diritto. Appare quindi molto arbitrario considerare queste condizioni o limitazioni come solo scopo fondamentale della legge, e argomentare da ciò. Un'altra asserzione del PUCHTA che nel sentimento giuridico delle persone colte ci è qualche cosa, per cui il principio che il sostituto debba ottenere l'intera eredità del furioso appare conforme alle altre disposizioni del

duzione del PUCHTA sull'influenza dell'errore sull'esistenza del diritto consuetudinario non potrà essere ritenuta soddisfacente se la parola *error* nella L. 39 D. *de legibus* (*quod non ratione*, ecc.) si prenda nel suo significato letterale, come il PUCHTA fa, e non in quello di torto, come fanno per esempio gli scolasti dei *Basilici*. Nella prima ipotesi si viene a contraddire a tutte le teorie sul fondamento del diritto consuetudinario, sia che l'errore si prenda come fonte od occasione di una comune persuasione o come mezzo per attuare un determinato principio di diritto. Del resto che l'opinione comune sia fondata su basi assai solide lo prova il fatto che il PUCHTA evita di usare le parole formazione o nascita del diritto consuetudinario mediante il ripetersi di determinati atti per attenersi ad espressioni più incerte.

nostro diritto, e quindi corrispondente ad una necessità giuridica ³⁰⁾, sarà sottoscritta di buon grado da ogni difensore della comune opinione. Molto spesso, è vero, opinioni giuridiche errate sono introdotte nella pratica per l'autorità di coloro dai quali esse provengono. È però da mettere in dubbio ³¹⁾, fino a che siano adottati in favore più evidenti argomenti, se il risultato della convinzione comune dei giuristi di un tempo si fondi sopra un errore, e se possa mai apparire come la soddisfazione di una necessità di un diritto, ciò che non può in nessun modo esser considerato esatto. La presunzione sta nel senso che i giuristi, dai quali provengono le opinioni dominanti, siano guidati da giusto intuito, come può attestare chiunque dopo lunghi anni di studio abbia abbandonato opinioni che si era dapprima formato, e sia tornato per convinzione alle antiche teorie; nè pochi sono di tali fra gli scrittori ancora viventi.

Meglio è dunque cercare gli argomenti, coi quali può giustificarsi l'affermazione espressa con tanta fiducia dell'erroneità dell'interpretazione comune e dell'impossibilità dell'opinione comune.

Ambedue le parti si riferiscono all'espressione e al nesso delle disposizioni contenute nella costituzione giustiniana. Vediamo con qual diritto ciò sia fatto dagli avversari dell'opinione qui difesa. L'imperatore dice:

« Liceat — — parentibus — — quos voluerint *substituere*: ut occasione hujusmodi substitutionis, ad exemplum pupillaris, querela nulla contra testamentum eorum oriatur ».

Lasciamo da parte per ora l'espressione *substituere*, e consideriamo soltanto le parole che seguono; senza dubbio esse hanno questo significato, che la *querela i. t.* per parte degli eredi del furioso contro una tale sostituzione non può ammettersi più che contro la sostituzione pupillare. A ciò gli avversari rispondono che è sempre concesso un diritto straordinario agli ascendenti sostituenti, perchè essi, per la parte del patrimonio da essi prove-

³⁰⁾ *Diritto consuetudinario* [Gewohnheitsrecht], *loc. cit.*, pag. 70.

³¹⁾ PUCHTA, *loc. cit.*, pag. 71.

niente, potrebbero escludere gli eredi intestati del furioso, anche per la legittima. Vedremo più oltre se questo possa dirsi un diritto straordinario. Per ora domandiamo soltanto se questa limitazione di un principio espresso in modo generale sia naturale, e se possa un risultato possibile semplicemente preferirsi a quello che appare dall'interpretazione naturale delle parole. Gli avversari dicono che questa sostituzione non è in modo generale paragonata alla pupillare, ma soltanto per riguardi particolari. Noi vogliamo concedere anche questo, perchè, del resto, non si vuol fare e non avrebbe potuto farsi una piena parificazione delle due sostituzioni. Pur nondimeno quelle disposizioni che esprimono una parificazione in taluni punti devono essere intese nel senso e nei limiti, che derivano dal significato delle parole, e si devono rifiutare come arbitrarie le limitazioni che non si possono dimostrare con assoluta certezza. Dalla sostituzione pupillare è escluso interamente il diritto degli eredi intestati e necessari del pupillo, vale a dire che è escluso in riguardo all'intera eredità del pupillo, senza che importi da chi proviene il patrimonio. Quando pertanto si dice che, anche per effetto della sostituzione nuovamente introdotta, si debba escludere la querela *ad exemplum pup. substitutionis*, ciò significa, nell'ordinario linguaggio, secondo l'analogia della sostituzione pupillare; ma qua sta già la spiegazione che i principî materiali giuridici della sostituzione pupillare devono valere in questo caso, precisamente come quando è detto che è data una *utilis actio ad exemplum* di un'altra azione. Se si considera inoltre l'intero nesso del discorso, è chiaro perchè l'imperatore invece di dire che la sostituzione si estende all'intero patrimonio del figlio, usi l'espressione che qui è esclusa la querela contro il testamento, come nella sostituzione pupillare. Egli congiunge cioè le condizioni e le particolarità della nuova sostituzione col diritto dell'erede necessario del furioso, e col diritto del prossimo erede intestato, e così viene alla querela: quando il testatore lasci al figlio la legittima e sostituisca a questo almeno uno dei suoi prossimi eredi intestati, e per legge il più vicino, il testamento è sicuro da ogni impugnativa.

Se una semplice interpretazione della legge giustiniana non lontana dal significato letterale giustifica sufficientemente l'opinione comune, deve svanire completamente ogni dubbio, quando si considerano nelle Istituzioni giustiniane le espressioni che si trovano in riguardo del nuovo istituto. L'imperatore ne tratta unitamente alla sostituzione pupillare, quindi nella dottrina nella quale la parola *substituere* non può essere presa certamente nel significato raro della così detta sostituzione fedecommissaria, ma deve esser presa nel significato ordinario di nomina di un erede al proprio figlio³²). In modo molto preciso è messa in luce la connessione fra le due sostituzioni, perchè si dice che è stato introdotto dall'uso il costume che un padre possa fare un testamento per un figlio incapace di farlo per sè. Per questo motivo, cioè per l'analogia incapacità del furioso a fare un testamento, l'imperatore ha dato agli ascendenti il diritto di poter sostituire ai loro figli furiosi. Quando si risponde che qui non sempre vale l'argomento, che spiega nella sostituzione pupillare il diritto del padre di poter disporre anche del patrimonio del figlio, ciò è esatto, finchè si parla delle origini storiche di questo istituto, perchè queste debbono ricercarsi nel diritto di acquisto del padre, per mezzo dei figli soggetti alla sua patria potestà³³). Ma già presso i giureconsulti romani si venne poco a poco a sostituire il concetto che per l'interesse dei figli occorre che sia loro nominato un erede testamentario³⁴); e in ciò è da cercare il motivo perchè furono

³²) THIBAUT, *Archivio della pratica civile* [Archiv, etc.], vol. V, pagina 342, n. 4, vol. X, pag. 222.

³³) Confr. sopra, pag. § 1455 in fine, nota 40, n. b.

³⁴) Vedi sopra, pag. 11. Il LOEHR (*Archivio cit.*, vol. IX, pag. 108, nota 8) osserva che nelle nostre fonti è detto bensì che il testatore possa suggellare in modo speciale il documento che contiene la sostituzione pupillare, affinchè il contenuto ne rimanga segreto e si evitino i pericoli che potrebbero derivare dal fatto che gli eredi venissero a conoscerlo: ma in nessun luogo è detto che la sostituzione pupillare sia stata introdotta per evitare questo pericolo. Ma non si spiega così come possa essere nata l'opinione che la sostituzione pupillare sia una difesa dell'interesse del pupillo? Questo è fuor di dubbio e questo basta per noi.

favorite queste sostituzioni, e perchè l'antico diritto rimase invariato in un tempo in cui il motivo originario non esisteva più ^{35 a)}. Tal concetto è ancora quello che cagionò anticamente l'estensione del diritto di sostituzione in singoli casi, per mezzo di rescritti imperiali ^{35 b)} e che GIUSTINIANO aveva solo davanti agli occhi nell'introduzione del suo nuovo diritto, come egli stesso dice nelle sue *Istituzioni*. E infatti esso si adattava perfettamente tanto a coloro, i quali erano incapaci di testare a causa di pazzia, quanto ai minorenni. Ma se così si pone una limitazione a cui non sottostava la sostituzione pupillare, di fronte alla quale il diritto del padre era illimitato, — la limitazione cioè che dovesse essere sostituito uno degli eredi prossimi intestati del furioso, purchè non fosse colpevole di trascuranza o di mali trattamenti verso di lui — non ne segue per ciò che il nuovo diritto debba essere ne' suoi effetti più limitato della sostituzione pupillare. Il contrario appare chiaro dal fatto che agli ascendenti è concesso di fare un testamento per il furioso, e di sostituire a lui, vale a dire di nominargli un erede. Colui che fa da sè un testamento e nomina un erede non può lasciare aprire la successione dell'erede intestato, riguardo ad alcune singole parti del suo patrimonio. La logica giuridica non richiede dunque di necessità che, quando quel diritto viene concesso ad altri in modo generale, abbia la stessa conseguenza. L'imperatore *ad abundantiam* dice chiaramente che concede agli ascendenti di testare per i propri discendenti furiosi, benchè siano *puberes*, « *ad exemplum pupillaris substitutionis* certas personas substituere ».

Con grande esattezza è spiegato qui l'effetto di una tale sostituzione e la sua divergenza dalla sostituzione pupillare, è detto cioè che secondo l'analogia della sostituzione pupillare deve esser nominato un erede al furioso, con l'obbligo però di tenere in considerazione certe persone. Ma sono semplici affermazioni sufficientemente confutate da quanto sin qui si è detto quelle che l'im-

^{35 a)} Vedi sopra, pag. 96.

^{35 b)} Vedi il principio di questo paragrafo.

peratore voglia dire soltanto che la nuova sostituzione abbia somiglianza con la sostituzione pupillare solamente in uno o in un altro punto, e che le due sostituzioni non debbano reggersi secondo gli stessi principi ³⁶⁾. Sembra che gli avversari non abbiano dato a ciò nessuna importanza, perchè, convenendo che GIUSTINIANO riconosca qui fra i due istituti una somiglianza maggiore di quella che non riconosca loro nella costituzione, cercano di aiutarsi, rifiutando del tutto la testimonianza delle *Istituzioni*; secondo essi, queste riferiscono soltanto il contenuto della costituzione, la quale è la vera fonte del nuovo diritto, e se gli autori delle *Istituzioni*, traviati dal fatto dell'interpolazione di questo diritto accanto alla sostituzione pupillare, avessero data una maggior importanza alla somiglianza con quest'ultima, la fonte dalla quale ciò deriva dovrebbe essere preferita alla relazione inesatta ^{37 a)}. Come se la legge contenesse la disposizione espressa, che gli effetti della nuova sostituzione si limitino al patrimonio proveniente dal sostituente! Ma pur non aderendo al nostro concetto, e ammettendo che l'opinione comune appaia sufficientemente giustificata dalla costituzione giustiniana, si potrà, tutt'al più, sostenere che la questione sia lasciata impregiudicata su questo punto. Non si vorrà negare però che le espressioni indeterminate e dubbie di un passo debbano e possano esser chiarite da espressioni più determinate, che si trovino sullo stesso argomento in un altro testo. Anzi per questo scopo noi ci gioviamo di solito degli scritti antegiustiniani da lui non tramandatici e quindi non glossati, ma semplicemente restituiti. Tanto più dunque meritano considerazione le parole scritte dall'imperatore nelle *Istituzioni* sopra un istituto giuridico da lui introdotto. Qui però ne meritano tanto maggiore, perchè appunto la vicinanza dei due istituti doveva offrire la più propizia occasione di stabilire più da vicino e limitare il significato dell'espressione usata per ambedue, se veramente si aveva in mira una

³⁶⁾ Così il LOEHR, *Archivio civile cit.*, IX, pag. 107.

^{37 a)} UNTERHOLZNER, *loc. cit.*, pag. 58 seg. e nota 3 ivi, e LOEHR, *Archivio cit.*, V, pag. 108.

deroga così importante, anzi essenziale, al diritto della sostituzione pupillare, come ritengono gli avversari ³⁷ b).

Se anche si astrae completamente dal significato giuridico di questa espressione: fare per alcuno un testamento e nominargli un erede, ed anche dalla parificazione letterale delle due sostituzioni nei punti non diversamente determinati, non dice forse l'imperatore che egli dà questo diritto agli ascendenti, perchè il furioso non potrebbe da sè fare un testamento? Chi aspetterebbe dopo ciò la determinazione, che gli ascendenti possono nominare un erede al figlio solo per il patrimonio che a questo proviene da loro stessi? Se ciò fosse detto chiaramente si dovrebbe affermare che un tale risultato non si accorda assolutamente colla data ragione. Ma finchè la logica valga per l'interpretazione e l'applicazione dei principi di diritto positivo, non si è autorizzati a limitazioni di tale specie, per cui si abolirebbe ogni giusto rapporto fra la *ratio legis* e le conseguenze che ne derivano, se non quando ciò sia espresso nella legge stessa. Ma, pur non dando a ciò nessuna importanza, e considerando l'espressione di GIUSTINIANO sulla *ratio* come non scritta, teniamoci soltanto al fatto che l'imperatore voleva dare agli ascendenti un diritto che fino allora non avevano; nasce dunque questo dubbio: è egli possibile che il legislatore menasse tanto vanto della sua innovazione, anzi la sancisse anche solo come tale, se infine tutto si riduceva alla conclusione che l'ascendente potesse ancora escludere i più lontani eredi intestati del furioso dalla quarta parte, che egli doveva lasciare al figlio come legittima ³⁸)? Si aggiunge che si poteva raggiungere lo stesso scopo con un altro mezzo, vale a dire mediante una diseredazione fatta *bona mente*. A dir vero, si afferma di frequente che nel diritto nuovo non esista più la *exhereditatio bona mente facta*, ma il contrario si è già cercato mostrare in un altro luogo

³⁷ b) THIBAUT, *Archivio cit.*, V, 343; FRANCKE, *Diritto degli eredi necessari* [Notherbenrecht], p. 464.

³⁸) THIBAUT, *Archivio cit.*, X, pag. 221; FRANCKE, *op. cit.*, pag. 465.

del *Commentario* ³⁹⁾, e le ragioni ivi addotte sono rimaste fin qui senza confutazione.

Tuttavia neppur ciò interessa quando si sia dell'opinione che questa specie di diseredazione sia persistita fino alla Novella 115, e abrogata soltanto da questa legge, come è ammesso dai più e specialmente dall'UNTERHOLZNER (loc. cit., pag. 53). Tutta la riforma di GIUSTINIANO avrebbe dunque consistito in questo, che essa avrebbe reso possibile di ottenere per altra via, ma con l'osservanza di certe formalità, ciò che prima si poteva ottenere senza alcun limite, mediante la *exheredatio bona mente*.

Non ci resta ora che a rispondere ad alcuni argomenti, a cui gli avversari danno una speciale importanza ⁴⁰⁾.

a) Si osserva in primo luogo che l'opinione comune dà luogo a parecchi dubbi, specialmente quando parecchi ascendenti sostituiscono, e in particolare ad iniquità ed inconvenienti. Rispondiamo che argomenti di tale specie, essendo puramente legislativi, possono esser presi in considerazione soltanto per determinare quale sia la probabile intenzione del legislatore nei casi in cui il risultato dell'interpretazione rimane dubbio, vale a dire quando le ragioni per le diverse opinioni si equilibrano, non mai invece per infirmare un risultato che appare in modo semplicissimo dall'interpretazione letterale della legge, ed è confermato dall'applicazione logica dei principi comuni di diritto, come in questo caso. Le difficoltà dell'applicazione non possono escludere il valore di un principio giuridico e neppure limitarlo, tanto meno poi se sono di tale specie che possono facilmente esser tolte dalla legge, come nel caso presente (vedi i numeri seguenti). Per ciò che riguarda le iniquità e gli inconvenienti rilevati con molta fatica ⁴¹⁾, si dimentichi che ogni anomalia, ogni deviazione dai principi generali del diritto facilmente ne produce. Si domanda

³⁹⁾ Vedi il § 1425 e nel vol. II del presente libro.

⁴⁰⁾ Non è necessaria qui una confutazione particolare di tutti gli argomenti perchè tutti sono già presi sufficientemente in considerazione in ciò che fu già detto ed in ciò che segue.

⁴¹⁾ Vedi UNTERHOLZNER, loc. cit., pag. 62 seg., n. 1-3.

ora se è giusto che il padre abbia la facoltà di escludere gli eredi intestati prossimi del figlio impubere dal patrimonio di lui, e se GIUSTINIANO non abbia espressamente curato che questa iniquità non appaia più grave qui che nella sostituzione pupillare. Anche per la sostituzione pupillare può essere esclusa, per esempio, l'avola materna, sebbene il patrimonio del pupillo provenga interamente dalla madre o dall'avo materno. Che la sostituzione esemplare possa venire anche dall'avola è un'estensione in senso subiettivo del diritto di sostituire; è difficile però comprendere come segna da ciò che essa non possa essere esclusa da un altro ascendente sostituente, al modo stesso che essa può escludere questo ⁴²).

b) Poichè la sostituzione pupillare riposa sulla patria potestà e questa spetta soltanto ad uno, non è mai possibile che più persone si trovino nel caso di esercitare insieme questo diritto, mentre la sostituzione esemplare offre questo notevole fenomeno, che uno possa ereditare da parecchi testamenti e anche da testamenti di varie persone, quando si accetti cioè la teoria secondo la quale parecchie sostituzioni possono aver valore una dopo l'altra. Ma è ciò forse diverso dal dire che un concetto giuridico anomalo non si può ridurre alle regole comuni? La regola: *nemo cum pluribus testamentis decedere potest* ha le sue eccezioni ⁴³), e se per una volta vale il diritto di testare per un altro, è indifferente nei rapporti col principio stesso, se i più testamenti abbiano uno o diversi autori. La teoria degli avversari porta del resto ad una deviazione molto più grave dalle regole generali. Essi non dicono addirittura che la sostituzione esemplare sia nulla, come una disposizione fedecommissaria, ma concedono anzi che il sostituente debba fare un testamento pel figlio e nominargli un erede; questa disposizione deve valere tuttavia soltanto come un fedecommissario. Maggior numero di anomalie non potrebbe accumularsi in una stessa proposizione. Troviamo qui in primo luogo

⁴²) Confr. THIBAUT, *Archivio cit.*, V, pag. 340 seg., n. 1, 2.

⁴³) L. 1 § 6 D. *de B. P. sec. tab.*, 37, 11 e vol. III di questo libro, pag. 314.

una deroga alla regola *memo pro parte testatus*, ecc., in secondo luogo una deroga valida ed efficace, la quale non può valere come tale, ma deve valere come fedecommisso, pur non essendo un fedecommisso. — Si dice bensì, e questo dovrebbe essere anche un argomento favorevole all'opinione qui combattuta, c) che non è senza esempi che una sostituzione, benchè espressa come diretta, valga soltanto per quello che alcuno erediti dal sostituente, come quando un soldato sostituisca ai suoi figli, oltre l'anno della loro pubertà, o oltrepassi altrimenti nelle sue sostituzioni le disposizioni e i limiti della legge ⁴⁴). È facile però dimostrare quanto poco valga questo argomento. Nelle disposizioni testamentarie del soldato non sono prese in considerazione le parole usate dal testatore, ma la volontà di lui, purchè questa sia eseguibile. Ma poichè nessuno, neppure un soldato, può testare per altri che sia capace di testare da sè, e la disposizione del soldato non deve tuttavia restare inefficace, così non resta da far altro che considerare la disposizione valida materialmente, purchè qualche cosa sia venuto dal patrimonio del soldato all'*heres primus*. La cosa va diversamente nel caso nostro. L'ascendente non sostituisce già a colui che può testare da sè, ma ad uno che non può, e qui sta appunto la ragione per la quale gli è concesso questo diritto, come al contrario la limitazione della così detta *militaris substitutio* al patrimonio proveniente dal testatore stesso ha il suo fondamento nel fatto che nessuno che possa nominarsi un erede può esser soggetto, in questo riguardo, alla disposizione di altri. In questa disparità assoluta di rapporti non si può ammettere una deduzione dalla *militaris substitutio* alla *quasi pupillaris*, anche astraendo dal principio che in quest'ultima non vale nè può valere il principio ammesso solo per i testamenti dei soldati, che non si guardi alle parole, ma soltanto alla volontà del testatore, in quanto sia eseguibile ⁴⁵).

⁴⁴) UNTERHOLZNER, *loc. cit.*, p. 64; LOEHR, *Archivio della pratica civile*, vol. IX, pag. 109 seg.

⁴⁵) Confr. THIBAUT, *Archivio cit.*, vol. X, pag. 225.

In fatto tutto ciò che si può dire per la limitazione accettata dagli avversari si riduce a questo: la sostituzione giustiniana ha certe particolarità, perchè non vi potrebbe essere qualche particolarità anche per la nostra? ⁴⁶⁾. Nessuno però vorrà dedurre seriamente da ciò nulla più che la possibilità pratica di tale limitazione per legge o per consuetudine; a nessuno verrà quindi in mente di negare ciò; ma neppure si potrà consentire che l'espressione della legge non si debba prendere nel pieno significato che essa ha secondo le regole della grammatica e del diritto ⁴⁷⁾.

7.° È stato sempre molto discusso il caso che più testamenti sian fatti per il furioso da parecchi suoi ascendenti. Secondo la teoria dell'UNTERHOLZNER e del LÖHR questa questione non può neppure proporsi perchè se la sostituzione deve valere soltanto per la parte del patrimonio che il furioso riceve dal sostituito, s'intende da sè che deve il dubbio risolversi come se, accidentalmente, più testatori avessero istituito una stessa persona erede, e sostituito altri a lei, volgarmente o a titolo di fedecommesso. Le diverse opinioni sulla questione si possono ridurre alle seguenti: 1.° una sola delle sostituzioni vale, le altre non sono prese in considerazione; 2.° le varie sostituzioni valgono tutte, come se più coeredi fossero istituiti nello stesso testamento; 3.° esse sussistono completamente l'una accanto all'altra, in modo che una vale soltanto riguardo al patrimonio proveniente dal sostituito, e, per tutto il resto, invece prevale la sostituzione dell'altro ascendente. — Nelle fonti non si trova nulla che serva a risolvere la questione, alla quale certamente neppure l'imperatore pensava. La decisione deve quindi trarsi dai principi generali, se pure ve ne

⁴⁶⁾ LOEHR, *Archivio*, vol. IX, pag. 107 seg.

⁴⁷⁾ Che l'opinione comune non abbia cessato di valere su questo punto per gli attacchi avversari è provato da tutte le esposizioni compendiose di questo punto. Vedi MACKELDEY, *Lehrbuch* [Trattato di diritto romano], § 671, nota d, 11.ª ediz. e le mie *Pandette*, § 676, n. 4. Alcune di esse neppure dan notizia dell'opinione divergente; per. es. l'ultima edizione di SCHWEPPE, *Roem. Privatrecht* [Diritto privato romano], vol. V, § 813. Solo il PUCHTA è rimasto fedele alla sua opinione anche nelle *Pandette*, § 472.

sono che possano pretendere ad avere valore assoluto. L'esame delle singole opinioni ci mostrerà se questo sia veramente il caso.

I difensori della prima opinione ammettono di solito che la sostituzione di colui che ha la patria potestà esclude tutte le altre, diversamente quella del padre prevale a quella materna, quella della madre prevale a quella dell'avo paterno, ecc. ⁴⁸⁾ Forse GUSTINIANO avrebbe deciso la questione in questo senso, se gli fosse stata proposta. In modo simile infatti egli ha deciso la questione sulla delazione della tutela legittima nel concorso di più ascendenti ⁴⁹⁾, ed è certamente principio normale e riconosciuto anche in altro luogo quello che riguardo a quei diritti che possono spettare anche agli ascendenti che non hanno patria potestà, si dà sempre la preferenza a coloro che di questa potestà sono investiti ⁵⁰⁾. Il diritto di nominare un erede al figlio non è semplicemente il diritto di disporre del suo patrimonio, ma si riferisce anche alla personalità di lui, onde, a questo riguardo, il diritto deve determinarsi, secondo quel rapporto, quando più ascendenti concorrono fra loro. Dubbioso è tuttavia fondare una conclusione sopra tali supposizioni e analogie generali, secondo le quali al sostituto di un ascendente viene sottratto persino ciò che questi ha dato al figlio dal suo patrimonio ⁵¹⁾. Veramente caratteristica

⁴⁸⁾ DONELLO, *Comm. iuris civilis*, lib. VI, c. 27, § 13; VINNIO, ad § 1 I. h. t. n. 2, il quale del resto attesta che la pratica tende a far valere qualunque sostituzione anche per la parte di patrimonio che deriva dallo stesso sostituente. SCHWEPPE, *loc. cit.*, nota 4.

⁴⁹⁾ Nov 118, c. 5.

⁵⁰⁾ Vedi, per. es., L. 1 § 3, L. 3 § 5 D. *de liber. exhib.* 43, 30. L. 2 e 3 C. *cod.* 8, 8.

⁵¹⁾ Diverso è il caso quando il padre sostituisce pupillarmente al figlio infermo di mente in forza della sua patria potestà, e il figlio muore durante la impubertà. Vedi sopra, pag. 153. A me sembra però una inconseguenza estendere ciò, come fanno alcuni, sino ad ammettere che anche quando la sostituzione sia fatta espressamente soltanto come quasi pupillare, abbia sempre, trattandosi di un impubere, la forza di sostituzione pupillare, vale a dire che sia sempre preferito il sostituto del padre quando il figlio muore impubere anche se quello non sia stato sostituito pupillarmente. Vedi, per es.: WERNHER, *Lectissimae commentationes*, h. t. § 26. THIBAUT, *Pandette*, § 840, n. 1, il quale sembra essere della stessa opinione.

è l'opinione del HAIMBERGER ⁵²⁾, secondo la quale una sola sostituzione può valere, quella dell'ascendente che muore per ultimo. Quest'opinione è sostenuta principalmente dal fatto che il sostituito ha l'obbligo di prendere in considerazione i discendenti e i fratelli e le sorelle del figlio, ma non gli ascendenti di lui, perchè questi non sarebbero mai preferiti a quelli per la legittima, ma viceversa. Egli deduce ciò da un presupposto dell'imperatore, che cioè al tempo in cui si attua la sostituzione nessuno degli ascendenti esista più. Ma non seguirebbe forse da ciò che, se veramente uno solo sostituisca, la sostituzione cada da se stessa come cosa vana, qualora alla morte del furioso esista un altro ascendente con diritto di erede necessario, che non sia stato considerato come tale nel testamento? Questo argomento dunque, astraendo anche dal fatto che anch'esso si fonda su un presupposto improbabile, non può provar nulla, perchè esso dimostra più di quel che voglia dedurne l'autore di quest'opinione.

La seconda opinione, che cioè le varie sostituzioni possano esistere l'una accanto all'altra, come se i sostituiti fossero nominati tutti in un unico testamento, ha trovato sempre il maggior numero di aderenti ⁵³⁾, e meriterebbe, per ragioni puramente giuridiche, di essere accolta, poichè essa si fonda sul principio semplicissimo che se gli eredi istituiti in vari testamenti dallo stesso testatore si considerano come coeredi, è logico che lo stesso valga anche quando parecchi testatori dispongono, secondo legge, di un unico patrimonio. In tal caso l'origine del patrimonio è indifferente, e quindi, per esempio, il sostituto del padre e quello della madre ereditano parti eguali, sebbene il primo abbia forse lasciato al figlio soltanto la legittima di un piccolo patrimonio, e la madre al

⁵²⁾ *Archiv für die civ. Praxis* [Archivio della pratica civile], vol. XII, n. XVIII e nel suo *Trattato di diritto romano*, § 345, nota d.

⁵³⁾ Gli stessi avversari riconoscono che questa è l'opinione comune; per es. VINNIO, *loc. cit.*; STRUVIO, *Syntagma iuris civilis*, exerc. XXXIII, th. 35. Essa però è accolta dai più colle modificazioni che indicherò fra breve; incondizionatamente l'accolgono solo il MADIXN, *loc. cit.*, pagina 92 seg., § 39 e il WESTPHAL, *Testamenti*, § 724.

contrario abbia lasciato al medesimo un considerevole patrimonio. Ma si può domandare invece se non si debba tener conto della probabile volontà del testatore, la quale pure nell'interpretazione delle ultime volontà è molto osservata e deve tenersi sempre presente⁵⁴). E inoltre può forse ammettersi, senza offendere tutte le probabilità, che nel caso supposto la madre avesse l'intenzione di lasciare il suo patrimonio al sostituto del padre forse a lei del tutto ignorato, e non piuttosto a quello da lei nominato? In considerazione di questa obiezione la seconda opinione si è modificata in questo senso: ogni sostituto riceve il patrimonio che proviene dal sostituente e il restante patrimonio del furioso si divide in parti eguali⁵⁵). Ma l'opinione così modificata perde il suo principale sostegno. Perchè se si parte dal concetto che ambedue gli ascendenti abbiano un egual diritto di nominare al figlio furioso un erede del suo patrimonio, e considerare per conseguenza come coeredi i sostituti «la essi nominati, come se fossero istituiti da un solo in un medesimo testamento⁵⁶), non è certamente logico che, nella divisione del patrimonio, si guardi all'origine di esso. Il sostituente può, mediante disposizioni fedecommissarie, ottenere che il sostituto da lui nominato riceva esclusivamente il patrimonio proveniente da lui, purchè non faccia parte della legittima del figlio; ma per quanta importanza abbia anche nell'interpretazione di una disposizione la probabile volontà del disponente, deve esistere sempre una disposizione che sia capace d'interpretazione; per quanto sia probabile che il testatore abbia avuto in mira questo o quello, non si può supplire in modo alcuno per semplici presunzioni una dichiarazione di volontà inesistente.

La terza opinione è quella che, meglio di tutte, sfugge al rimprovero di inconseguenza. Per essa, la sostituzione o l'istituzione in erede di uno degli ascendenti è immediatamente e direttamente efficace solo per il patrimonio da lui lasciato ai furiosi, la sostitu-

⁵⁴) L. 25 (24) D. *de rebus dubiis*, 34, 5.

⁵⁵) LAUTERBACH, *Coll. th. pract. h. t.* § 39; VOET, *ad Pandectas h. t.* § 33; SCHOTT, *Critica*, ecc., pag. 233; HOEFFNER, *Comm.*, § 510, nota 1.

zione dell'altro è efficace per tutto il resto. In generale tale opinione si fonda sullo stesso principio sul quale si fondava la precedente, che cioè il diritto di poter nominare un erede ad alcuno, come quello di potere stabilire chi debba rappresentarlo nei suoi rapporti giuridici patrimoniali, appartiene ai diritti sulla persona. Ora dove tali diritti, come determinazione del domicilio, educazione, ecc., competono a tutti gli ascendenti, in caso di collisione uno deve cedere all'altro, e qui è preferito colui al quale compete la patria potestà, quindi il padre prima della madre, questa prima degli avi, ecc.⁵⁷⁾; anche qui deve valere quindi il medesimo diritto.

La terza opinione si distingue abbastanza bene dalla prima in ciò, che il sostituto riceve non soltanto quello che senza dubbio il sostituente voleva lasciargli prima che al sostituto dell'altro ascendente, ma che vige ancora, come una vera istituzione in erede, la sostituzione successiva e da ciò segue quindi che se la sostituzione precedente viene esclusa per un qualche motivo (per esempio perchè il sostituente sopravvive al furioso, o il sostituto da lui nominato muore prima dell'acquisto), l'altra in tal caso seguita a valere.

È veramente impossibile raggruppare tutte queste cose sotto i principi generali della successione *ab intestato*; non bisogna dimenticare però che qui abbiamo che fare con un'anomalia. Questa è da considerarsi secondo la natura sua propria, e le sue conseguenze necessarie non debbono misurarsi secondo la misura ordinaria, mentre anche le regole del diritto comune con essa conciliabili sono da tenersi in considerazione e da utilizzarsi per i risultati ad essa congiunti e praticamente applicabili. Dopo di ciò, si possono considerare benissimo i due testatori, per esempio padre e madre, come uno solo, che nomina dei coeredi in parti disuguali; la disposizione relativa ad ogni coerede deve considerarsi come una disposizione esistente per sè e anche singolarmente valevole per ciascuno, ma se l'una è revocata o cade per altri motivi,

⁵⁶⁾ THIBAUT, *Archiv cit.*, vol. V, pag. 341.

⁵⁷⁾ Arg. L. 1 § 10 D. *de insp. ventre*, 25, 4, verb. « apud eum educatur ». Vedi anche i testi citati alle note 49, 50.

L'altra acquista il significato di una disposizione sul tutto. Un'applicazione di questi concetti si ha nel nostro caso. Questa opinione ha trovato però ai nostri tempi molte opposizioni ⁵⁸⁾, forse perchè la sua costruzione appare troppo artificiosa; ma poichè nessuna delle altre opinioni potrebbe ottenere facilmente l'approvazione generale, questa controversia dovrebbe essere risolta da una disposizione legislativa.

8.º GIUSTINIANO dice espressamente che la sostituzione esemplare si estingue quando il furioso torna ad esser sano. Ma che cosa deve dirsi, se più tardi avviene una ricaduta? Non si deve pensare qui ad un uomo, la pazzia del quale si manifesti soltanto periodicamente o sia interrotta da lucidi intervalli. Perchè, quando gli antichi parlano di un *perpetuo mente captus*, non è espressa con ciò l'impossibilità di una guarigione, ma soltanto l'antitesi con lo stato facilmente riconoscibile di coloro che soffrono di insanità di mente semplicemente intermittente. Molti sono dell'opinione che, per una ricaduta, ritorni in vigore la sostituzione estinta, e rimanga inefficace soltanto nel caso in cui il furioso abbia fatto testamento, durante il tempo in cui era tornato ad esser sano, oppure sia morto in quel periodo di tempo, o almeno non fosse furioso al momento della morte del testatore ⁵⁹⁾. Peraltro a quest'opinione ostano le espressioni generali della legge: *Si postea resipuerit mente captus talis substitutio cessat*, non meno che la regola, che un testamento una volta distrutto non può esser restituito, nè, d'altra parte, alcuna delle limitazioni della regola conviene al nostro caso ⁶⁰⁾. Quest'opinione ha trovato però molto favore presso gli antichi giureconsulti, oltre

⁵⁸⁾ Essa è difesa ora soltanto nelle mie *Pandette*, § 676, nota 5. Più spesso essa fu accettata dagli antichi scrittori, sebbene alcuni ammettessero soltanto che all'ascendente avente diritto di patria potestà fosse da riconoscere una preferenza. Vedi, per es., STRUVIO, *Syntagma iuris civilis*, loc. cit.; STRYKIO, *Cautel. testamentariae*, capo 18, membr. 3, § 9.

⁵⁹⁾ DONELLO, *Commentarii iuris civilis*, libro VI, c. 27, § 17. Questa ultima modificazione è fondata da lui sull'analogia della sostituzione pupillare, la quale pure cessa quando il figlio non sia più impubere alla morte del proprio padre.

⁶⁰⁾ Confr. le mie *Pandette*, III, § 780-783.

di che i più ammettono la restituzione del testamento nel caso che il figlio fosse sano alla morte del testatore, ma più tardi tornasse di nuovo ad esser furioso ⁶¹). In questo caso però non conviene assolutamente l'analogia applicata alla sostituzione pupillare dal DONELLO (vedi nota 53), perchè un uomo diventato pubere non può tornare ad essere impubere, mentre lo stato di sanità di mente può subire un cambiamento. Ciò nonostante supponendo l'esattezza dalla teoria della restituzione, questa limitazione di essa appare molto ben fondata, perchè la logica giuridica porta con sè l'effetto di far cessare l'effetto della disposizione testamentaria per un terzo, nel momento in cui questi è in grado di potersi nominare un erede da sè; ora questo è il caso nel quale il figlio ritorna ad esser sano di mente, al momento in cui è libero dalla patria potestà ⁶²).

La legge non fa menzione di altri motivi di estinzione. Però essi si comprendono per la maggior parte da se stessi, come, per esempio, se il sostituto muore prima del furioso, o questo prima del sostituito. La sostituzione dell'ascendente premorto non è per questo annullata, anzi può acquistare maggior vigore, come se, per esempio, essa proviene dalla madre, perchè in tal caso essa si estende all'intero patrimonio del figlio, al quale evidentemente nulla può esser venuto dal patrimonio paterno. Si può inoltre ammettere che la sostituzione esemplare manchi, quando al furioso siano nati dei figli o gli siano sopravvenuti fratelli o sorelle, che non erano stati considerati nel testamento ⁶³). Di solito ciò si limita al caso che al figlio nasca in seguito un *suus* ⁶⁴); il motivo sul quale si può fondare l'opinione qui ammessa autorizza ad accordare al principio un significato generale. Questo motivo è la regola: « *Quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur* » ⁶⁵).

⁶¹) Vedi VINNIO, *loc. cit.*, n. 8, il quale del resto non aderisce, come egli afferma, a questa *communis opinio*, ma all'opinione del DONELLO. Confr. anche WESTPHAL, *loc. cit.*

⁶²) Confr. sopra, pag. 161.

⁶³) Vedi le mie *Pandette*, § 676.

⁶⁴) Vedi, per es., THIBAUT, *Pandette*, § 840, n. 5. SCHWEPPE, *Roem. Privatrecht* [Diritto privato romano], § 813, vol. V, pag. 116.

⁶⁵) L. 3 in f. D. *de his quae pro non scriptis habentur*, 34, 8.

L'applicazione di questa regola nel nostro caso non può esser soggetta a dubbio, perchè la necessità di sostituire di preferenza certe persone determinate non è prescritta per semplice forma, ma allo scopo voluto dal legislatore di conservare a queste il diritto degli eredi intestati. Dai più si fonda questo modo di estinzione sui passi già spiegati in un altro luogo del *Commentario* [al principio di questo paragrafo, L. 43 pr. D. h. t. ⁶⁶]. Da ciò si è presa occasione per negare questo caso di estinzione, « perchè il passo parla di altri casi » ⁶⁷). Tuttavia l'opinione qui difesa sarebbe ancora fondata su basi abbastanza solide, quando pure si fondasse solamente su questo passo, perchè il rapporto giuridico è identico, e la differenza non è essenziale. Generalmente si afferma che il testo parli di un privilegio concesso dall'imperatore, la causa del quale era l'essere il figlio sordomuto. L'imperatore aveva concesso questo privilegio; può nascere però un figlio al sordomuto; e poichè questo caso non era considerato nel rescritto, nasceva la questione, come la cosa si dovesse decidere, secondo i principi generali.

Il giureconsulto risponde che si deve procedere secondo l'analogia di un rescritto, il quale concedeva al padre il diritto di nominare un erede al figlio furioso; quando tale figlio torni ad esser sano di mente, la sostituzione cade, e cade parimente quando sopravvengano degli eventi, che, se fossero esistiti prima, avrebbero impedito la sostituzione, come, per esempio, se nasce un *suus heres*. Il giureconsulto conclude dunque per l'estinzione della sostituzione.

⁶⁶) Soltanto nello SCHWEPPE-MEYER, *Roem. Priv.* [Diritto romano privato], *loc. cit.*, p. 116, n. 2, trovo l'osservazione che ciò non deriva dalla L. 43 pr. cit., ma da altre ragioni.

⁶⁷) A ciò si limita infatti l'argomento contrario del LOEHR (*Archiv cit.*, vol. V) perchè le altre sue osservazioni riguardano soltanto l'inconsequenza anche da me rimproverata di accennare di solito all'estinzione della sostituzione soltanto per effetto della nascita di un *suus*. Vari scrittori moderni invece seguono quell'opinione, quali il MACKELDEY, *Trattato*, § 671, nota *k* e il WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch* [Trattato di diritto civile comune], § 463, dove però alla nota *r* è detto che si potrebbe piuttosto sostenere che la sostituzione cada per la nascita di quelle persone, le quali, se fossero esistite al tempo della confezione del testamento, non avrebbero potuto essere preterite. Vedi anche HAIMBERGER, *Roemisches Privatrecht*, § 345, n. 4.

Non si vede per quali motivi potrebbe decidersi diversamente, dopo che la facoltà, che era prima un semplice privilegio concesso dall'imperatore, è divenuta un diritto concesso dalla legge ad ogni ascendente. Ad ogni modo, esisteva ancora un'altra differenza fra il diritto delle *Pandette* e il diritto introdotto dall'imperatore GIUSTINIANO. Quello si adattava ancora più di questo alla sostituzione pupillare, perocchè al padre di un figlio furioso o sordomuto era concesso di far testamento pel figlio, esso non aveva bisogno però di prendere in considerazione gli eredi intestati del figlio. Ma se da ciò qualcosa può desumersi, ciò non serve che a confermare gli argomenti che militano per la nostra opinione. Se il giureconsulto ammette una estinzione della sostituzione per l'improbabilità che il padre di un sordomuto o di un furioso ne escluda i figli qualora essi siano vivi al tempo della sostituzione, tanto più essa è da ammettersi, se non dipenda dall'arbitrio del sostituito di preterire o di tenere in considerazione gli eredi intestati del figlio; vi è dunque qui una ragione più forte.

9.° Si discute anche molto sul punto se il diritto della sostituzione esemplare si limiti al caso espresso da GIUSTINIANO, o sia da estendersi, per parità di motivi, ai casi affini. Se si tien ferma la regola che i *jura singularia*, a cui appartiene senza dubbio anche il diritto di sostituzione introdotto da GIUSTINIANO, non possano logicamente interpretarsi o applicarsi estensivamente, si dovrà dichiararsi fin d'ora contro una tale estensione⁶⁸). Tuttavia gli antichi giureconsulti ammettono un'estensione di questo diritto ai sordomuti e ai prodighi dichiarati tali, *prodigi civiliter tales*⁶⁹);

⁶⁸) Il HOEPFNER, *Comm.*, § 511 crede bensì che il principio della non estensibilità del *ius singulare* sia erroneo, ed egli difende l'estensione di questa regola; ma il contrario avviso è fondato non solo sulle leggi (L. 14 D. *de legibus*, L. 141 pr. D. *de reg. iuris*, L. 162 *cod.* Vedi le mie *Pandette*, § 64, nota 11), ma anche su motivi razionali. Confr. § 1438 b.

⁶⁹) VINNIUS, ad § 1 I. h. t., n. 3; LAUTERBACH, *Colleg. theor. pract.*, h. t., § 44; STRUVIO, *Synt. jur. civ.*, exerc. XXXIII, th. 36; VOET, ad *Pand.*, h. t., § 27; STRYK, *Caut. test.*, cap. XVIII, membr. III, § 13, 14. Dei moderni si sono pronunziati per l'estensione al prodigo HOEPFNER, *Comm.* § 511; WESTPHAL, *Testamenti*, § 724, pag. 560; HOFACKER, *Principia iuris civilis romani germanici*, § 1319, n. IV.

soltanto non ha trovato favore l'estensione di questo diritto, sostenuta da alcuni, per cagion di reciprocità, a favore dei discendenti riguardo agli ascendenti furiosi ⁷⁰). La questione suole proporsi ora solo a proposito del sordomuto, ma di solito viene risolta negativamente ⁷¹), e infatti gli argomenti prevalenti stanno per questa soluzione: a) I sordomuti, sebbene soggetti a cura e mancanti quindi della piena indipendenza personale, non sono da considerare come furiosi; quindi la legge non vale per essi, ma sarebbe soltanto possibile un'applicazione estensiva; ora questa non è ammissibile per la natura singolare della legge. b) Non esiste neppure parità di ragione, perchè il sordomuto, almeno secondo il diritto di GIUSTINIANO, non è nell'assoluta impossibilità di testare, se non è nato con questa infermità ⁷²). GIUSTINIANO infatti parte dal concetto che possa testare soltanto colui che è in condizione di esprimere chiaramente e decisamente la sua volontà ⁷³), onde, poi, fondandosi su quel testo, si va anche sino ad ammettere sotto quel presupposto il testamento di persone nate sordomute ⁷⁴). Finalmente, c) si può ammettere, secondo ogni probabilità, che quest'interpretazione non corrisponda all'intenzione dell'imperatore. Anticamente la possibilità di far testamento per i furiosi e per i sordomuti fu oggetto di particolar dispensa imperiale, onde essa doveva argomentarsi da un caso all'altro, come ci mostra il passo spesso citato di PAOLO (L. 43 D. *h. t.*). Si deve dunque ammettere che l'imperatore, quando al post. della dispensa imperiale volle sostituire un diritto

⁷⁰) WERNHER, *Lectissimae Commentationes. h. t.*, § 26.

⁷¹) SCHWEPPE-MEJER, *Diritto privato romano* [R. Privatrecht], § 813; WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch* [Trattato di diritto civile comune], § 466, e le mie *Pandette*, § 676, nota 3.

⁷²) L. 10 Cod. *qui test. fac.*, 6, 22. Lo STRYKIO, *loc. cit.*, limita la sua opinione favorevole all'estensibilità al solo caso che il figlio sia nato sordomuto.

⁷³) Vedi L. 10 Cod. cit. e § 3 I. *quibus non est perm. fac. test.*, dove è detto, senza riprodurre la distinzione contenuta nella costituzione, che solo chi è assolutamente incapace di sentire e d'intendere sia incapace di far testamento.

⁷⁴) Vedi il vol. XXXIII dell'ediz. tedesca di questo *Commentario*, pagina 372 seg.

fisso per tutti i casi, abbia fatto menzione solo dei furiosi, dimenticando semplicemente i sordomuti? No. Si può quindi concludere dal non aver egli fatto menzione dei sordomuti che volesse lasciar sussistere per questi il diritto fin allora vigente; e per ciò sta anche la circostanza che la costituzione è dell'anno 528, e nelle *Pandette* fatte più tardi è accolta la decisione di un giureconsulto romano, la quale si riferisce alla questione come debba interpretarsi un testamento fatto per un discendente sordomuto, in virtù di dispensa imperiale.

I più antichi giureconsulti domandano se questo speciale diritto valga per i *fatui*, stupidi, stolti, o pei *fanatici*, visionari e entusiasti o gli affetti da monomania. Di soliti essi si contentano di una risposta semplicemente affermativa o negativa ⁷⁵⁾, laddove non si può fondarsi assolutamente su principi fissi. La nostra opinione pretende di fondarsi su motivi sicuri, e di arrivare a conclusioni solide. L'alienazione e la debolezza mentale si manifestano sotto tanti aspetti, ed hanno tante gradazioni che non è possibile poter ricondurre tutti i sintomi di essi a dei concetti assoluti; non è difficile invece riconoscere se lo stato psichico di un uomo sia di natura tale che ne derivi un'incapacità a compiere negozi giuridici e a disporre dei propri averi, onde sia necessario nominargli un curatore. Se questo è il caso, si può applicare ad un tal uomo, senza esitazione, il diritto generalmente riconosciuto per i furiosi senza lucidi intervalli, e per ciò anche gli antichi solevano servirsi qui, per la maggior parte dei casi, dell'espressione *mente capti*, insani di mente, espressione che abbraccia letteralmente ogni grado di alienazione e di debolezza psichica, ed è abbastanza grave da giustificare la nomina di un curatore.

⁷⁵⁾ Confr. STRYKIO, *Cautelae test.*, cap. XVIII, membr. 3, § 12.

TITOLO VII.

De conditionibus institutionum.

§ 1457.

Concetto dell'istituzione condizionata e sua ammissibilità.

Le sostituzioni hanno il carattere di istituzioni di erede condizionate ⁷⁶⁾; da ciò, come sembra, l'occasione a trattare in questo luogo la dottrina generale delle istituzioni condizionate ⁷⁷⁾. Del concetto e delle varie distinzioni di condizione è stato già parlato in altro luogo di questo *Commentario* ⁷⁸⁾; tuttavia ci rimane da aggiungere qualche cosa.

⁷⁶⁾ Vedi sopra, pag. 8.

⁷⁷⁾ WESTENBERG, *Principia iuris civilis sec. ord. Digestorum, h. t.*, § 1.

⁷⁸⁾ Vedi il presente *Commentario*, § 337 a-337 d. Riguardo alla letteratura ivi citata è da notare che lo scritto di Fr. BALDUINO, *de conditionibus* si trova anche nella *Iurisprudentia romana et attica*, t. I, pagina 323 seg. e noi la citiamo secondo quella edizione. Aggiungasi poi: DONELLO, *Comm. iuris civilis*, lib. VIII, c. 30-34. SLEVOGT, *Diss. de cond. inst.*, Jenae 1781. I seguenti scritti contengono oltre quegli speciali oggetti anche alcune trattazioni dell'intera materia: SELL, *Die Lehre von den unmöglichen Bedingungen* [Teoria delle condizioni impossibili], nel vol. II dei suoi *Saggi di diritto civile* [Versuche aus dem Gebiete des Civilrechts], Giessen 1834; ENDEMANN, *Comm. de implendae cond. tempore*. Marburgi 1821 a).

a) Dal tempo della pubblicazione in Germania di questo volume del *Commentario* la letteratura sulle condizioni si è di molto arricchita. Devono consultarsi sopra ogni altro SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione italiana Scialoja, § 116 e seg., vol. III, SCHEURL, *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften* [Sulla teoria delle determinazioni accessorie nei negozi giuridici] nei *Beitraege zur Bearbeitung des Roem. Rechts* [Contributi all'elaborazione del diritto romano], vol. II, fasc. 2.º, Erlangen 1871; ENNECERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin* [Il negozio giuridico, la

Le parole condizione e *conditio* hanno un significato generalissimo, che qui deve essere determinato solo in riguardo ai negozi giuridici. Condizione è dunque ogni fatto, dal quale dipende l'esistenza o l'efficacia di un diritto. È indifferente se sia la legge o una disposizione privata quella che fa dipendere il diritto dall'esistenza di certi fatti, perchè anche un requisito legale o un presupposto giuridico sono condizioni di un diritto⁷⁹⁾. Non è fondato su un uso arbitrario o fortuito, ma su leggi intime grammaticali il fatto che per condizione si intenda non solo una circostanza di fatto, ma anche la determinazione o fissazione di essa, per legge o per volontà privata⁸⁰⁾; questo però deve essere notato, perchè le singole determinazioni e divisioni della condizione in senso stretto appaiono più chiare, quando si intenda per essa il fatto dall'avverarsi del quale dipende il diritto o l'obbligazione. Soltanto quel concetto più ristretto di condizione, che può anche dirsi condizione in senso proprio, merita una considerazione più attenta, perchè il dire che si possono chiamare condizioni di un negozio giuridico tutti i presupposti di fatto o di diritto, sarebbe un'osservazione superflua, se questo soltanto si intendesse per condizione.

⁷⁹⁾ L. 25 pr. D. *locati* (19. 2). L. 21 D. *de conditionibus, et demonstrationibus, et causis, et modis eorum, quae in testamento scribuntur*, 35, 1. Vedi note 33-35 del centinaio seguente.

⁸⁰⁾ BRISSONIO *de, verb. sign., v. condicio*, § 8; SCHILLING, *Lehrbuch*, ecc. [Trattato di Istituzioni e storia del diritto romano], II, § 81 in principio; GOESCHEN, *Vorlesungen* [Lezioni di diritto civile comune], Gottinga 1838, § 95, p. 278.

condizione e il termine iniziale], Marburg 1888-89. WENDT, *Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschaeft* [Teoria del negozio giuridico condizionato], Erlangen 1872; ADICKES, *Zur Lehre von den Bedingungen*, ecc. [Sulla teoria delle condizioni secondo il diritto romano e odierno], Berlin 1876; BORGNA, *Contributo alla dottrina delle determinazioni accessorie*, Cagliari 1891; DERNBURG, *Pandette*, I, § 105 e seg.; BEKKER, *Pandette*, II, § 113-115 e seg.; BRINZ, *Pandette*, 2^a ediz., IV, § 536 e seg., 548-550; WINDSCHEID, *Pandette*, § 86 e seg. e nella traduzione italiana le copiose note dei traduttori FADDA e BERSA, vol. I, parte I, p. 940 e seg.; WAECHTER, *Pandette*, I, § 75 e seg.; WENDT, *Pand.*; § 50 e seg.; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 66.

Nelle nostre fonti i *conditionalia negotia*, sono distinti rigorosamente dai non condizionali, che sono detti *pura* ⁸¹⁾, e si capisce che ivi si allude ad un concetto più ristretto e tecnico della condizione, poichè ogni negozio giuridico ha le sue condizioni in senso ampio. Questo contrapposto appare molto chiaro in un testo nel quale è detto: « *conditiones — — non ex testamento venientes, — non faciunt legata conditionalia* » ⁸²⁾, cioè non tutte le condizioni hanno per effetto che il negozio giuridico sia condizionale. Questo concetto più angusto ha il suo proprio significato strettamente giuridico, e ciò appare in più modi. In primo luogo non tutti i negozi giuridici possono essere condizionati ⁸³⁾. È almeno molto probabile che a questi appartenesse in antico il testamento e tutto ciò che in esso era ordinato, perocchè esso nasceva come una legge e aveva il significato di una legge ⁸⁴⁾, al qual proposito si può concedere che gli argomenti addotti di solito non sono convincenti ⁸⁵⁾. Comunque sia, secondo le nostre fonti, un erede può esser nominato *ex conditione*, sotto una così detta condizione sospensiva, ma non *in conditionem*, cioè sotto condizione risolutiva ⁸⁶⁾; non è invece ammissibile una semplice aggiunta di termine, nè come *dies ex quo* nè come *dies ad quem* ⁸⁷⁾. In secondo luogo, e principalmente la particolarità del concetto di condizione in senso stretto si manifesta ne' suoi effetti, e cioè:

1.° La condizione sospende il diritto o la durata di esso: per quest'ultima ipotesi si può dire che essa sospende la cessazione del diritto. Su ciò si fonda la nota distinzione fra condizioni sospensive e condizioni risolutive.

⁸¹⁾ L. 2 pr. D. *de in diem addict.* 18, 2, L. 30 § 1 D. *de legat.*, I, 30.

⁸²⁾ L. 99 D. *de cond. et demonstr.*, 35, 1.

⁸³⁾ L. 77 D. *de reg. iur.* — *Vat. Fragm.*, § 329

⁸⁴⁾ Vedi pag. 168 del vol. III del libro presente. GOESCHEN, *Observationes iuris rom.*, pag. 67-70.

⁸⁵⁾ Confr. HUSCHKE, *Rheinisches Museum* [Museo Renano di giurisprudenza], vol. VI, pag. 325.

⁸⁶⁾ § 9 I. *de her. inst.*, L. 88 in f. D. *de her. inst.* Sulle questioni interessanti questo argomento vedi infra § 1465.

⁸⁷⁾ L. 34 D. *de her. inst.*, 28, 5; § 9 I. *eodem.*

Ambedue hanno di comune questo, che esse lasciano incerto o sospeso il principio di un evento, dal quale dipende un diritto incerto, cosicchè ogni condizione si può chiamare in certo modo condizione sospensiva, come quella che lascia in sospeso la nascita di un diritto o la risoluzione di esso ⁸⁸). Gli antichi cercavano di esprimere questi concetti nella maniera seguente: *sub conditione contrahitur* e *sub conditione resolvitur negotium* ⁸⁹); soltanto un negozio per il quale resta sospeso il principio o la nascita di un diritto, si deve chiamare un *conditionale negotium*; dove questo non è il caso, ma è solo aggiunta una condizione risolutiva, essi dicono che esiste un *negotium purum, quod sub conditione resolvitur* ⁹⁰).

L'avverarsi della circostanza posta come condizione ha per regola l'effetto che il negozio vale come un negozio perfetto incondizionatamente; se invece essa non si avvera il negozio si ha come non mai compiuto (vedi però la nota 93); l'avverarsi della condizione, in altre parole, ha effetto retroattivo ⁹¹). Se pertanto un contratto è stipulato sotto condizione, l'avverarsi di essa dà

⁸⁸) Arg. L. 2 pr. D. *de in diem add.*: « — sub conditione resolvitur »; L. 1 D. *de lege commissaria*, 18, 3. Vedi la nota seguente e THIBAUT, *Civilistische Abhandlungen* [Dissertazioni di diritto civile], n. XVII, 1, pagina 360.

⁸⁹) L. 3 D. *de contr. emt.*, 18, 1, L. 1 D. *de lege commissaria*, L. 1 § 4 in f. D. *pro emt.*, 41, 4. — Cfr. L. 26 D. *h. t.*: « — sub conditione heres institutus » « — legatum sub conditione relictum ». — Del resto le così dette condizioni sospensiva e risolutiva vengono anche indicate così: « vel ex conditione, vel in conditionem ».

⁹⁰) L. 2 pr. D. *de in diem addictione*, 18, 2. Confr. SCHILLING, *loc. cit.*, § 81, nota g.

⁹¹) L. 105 D. *de cond. et dem.*, 35, 1, L. 16 D. *de solut.*, 46, 3; § 2 I. *quibus modis test. inf.*, 2, 17. Vedi nota seguente. — Vi sono però eccezioni a questa regola (confr. però le mie *Pandette* ad h. §, nota 13) e fra queste la disposizione per la quale il legatario non può domandare i prodotti della cosa legata se non dal tempo dell'avverarsi della condizione. L. 32 § 1 D. *de legatis*, II, 31, L. 42 D. *de usuris*, 22, 1. Ciò si spiega benissimo considerando che i legati sono diminuzioni dei diritti dell'erede (L. 116 D. *de legatis*, I, 30), onde l'erede deve conservare integro il suo diritto fin che non si avveri il motivo di questa diminuzione.

allo stipulante tutti i diritti e tutti i vantaggi che egli avrebbe avuti, se da principio avesse contratto senza condizione; se invece essa non si avverava egli deve restituire tutti gli utili avuti, come se fosse stato semplicemente amministratore di una cosa di altri, però è anche da parte sua dispensato dal pagamento del corrispettivo o autorizzato a ripetere quanto aveva già pagato⁹²). Nel contratto al quale è aggiunta una condizione risolutiva, le cose vanno in modo simile, riguardo alla possibilità ed agli effetti di un ristabilimento dell'antico stato di fatto: se la condizione si avverava, quello stato di fatto vien ripristinato per quanto è possibile; nel caso contrario il patto accessorio di risoluzione condizionata, cioè la così detta condizione risolutiva, non ha effetto. Debbono però notarsi le limitazioni seguenti: a) l'effetto retroattivo dei negozi condizionati si riferisce solamente al contenuto del negozio, alla questione se e quali diritti derivino da tale cosa per i promissari; gli altri effetti, dipendenti dal fatto che il negozio siasi avverato non ne son toccati⁹³); b) però anche in riguardo al rapporto dell'acquirente sotto condizione gli effetti retroattivi dell'avverarsi di questa subiscono una limitazione, e ciò in conseguenza del particolare effetto della condizione nel senso stretto dell'espressione, che cioè l'acquisto o la perdita rimanga incerto durante la sospensione della condizione. Se pertanto l'oggetto perisce per caso prima che essa si avveri, se quindi al tempo in cui il diritto dovrebbe effettuarsi non esista più l'oggetto, il negozio giuridico condizionato perde necessariamente il suo valore⁹⁴). Ciò si esprime anche

⁹²) L. 8 pr. D. *de per. et comm. rei vend.*, 18, 6. Confr. le mie *Pandette*, II, § 339.

⁹³) § 2 I. *quibus modis test. inf.*, 2, 17. L. 16 D. *de iniusto, rupto, irrito*, ecc., 28, 3. Vedi il paragrafo seguente, n. 1.

⁹⁴) L. 8 pr. in f. D. *de per. et commodo rei vend.*: « Plane, si pendente conditione res interierit, perimitur emptio, sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res exstincta fuerit. Sane si exstat res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnun emptoris ». — L. 2 in f. D. *de in diem add.* — L. 14 pr. D. *de norat.*, 46, 2.

coll'affermare che nella condizione sospensiva il venditore sopporti il *periculum casus*, nella condizione risolutiva lo sopporti soltanto il compratore ⁹⁵⁾. Ciò che significa: poichè la vendita non vale nel caso in cui all'avverarsi della condizione l'oggetto è distrutto per caso, cessano qui le obbligazioni del compratore di sopportare la perdita tosto dopo la conclusione del contratto, cioè di dover pagare l'equivalente quand'anche l'oggetto comperato non possa più essergli dato, e similmente si procede per la condizione risolutiva, nel caso in cui l'oggetto perisce casualmente, cioè le due parti non possono accampare più alcuna pretesa vicendevole, in base al contratto accessorio risolutivo. Il carattere distintivo, ossia l'efficacia vera e propria della condizione in senso stretto, non si manifesta egualmente in tutti i negozi giuridici. Un diritto condizionato rimane sospeso sino all'avverarsi della condizione; sino a quel momento non si ha che una speranza, per quanto giuridicamente fondata. Per quanto grande sia la cura della legge di assicurare al titolare di un diritto condizionale il suo diritto eventuale ne' suoi effetti futuri ⁹⁶⁾, di regola però non può essere trasmesso agli eredi che un diritto già efficace a succedere ad alcuno *post mortem*, *titolo singulari* o *universali*, non mai una semplice speranza ⁹⁷⁾. Diversamente vanno le cose nei contratti condizionati, il diritto derivante dai quali passa per regola agli eredi, come ogni altro diritto trasmissibile ⁹⁸⁾. Le limitazioni che si trovano a questo riguardo dipendono meno dalla natura speciale delle condizioni che dai principi generali, in forza dei quali anche

⁹⁵⁾ Vedi le mie *Pandette*, *loc. cit.*

⁹⁶⁾ L. 5 pr. D. *de B. P. s. tab.*, 37, 11. Tit. D. *ut legatorum vel fideicommissorum causa caveatur*, 36, 3.

⁹⁷⁾ § 2 I. *quib. mod. test. infirm.* — L. 4 pr., L. 5 § 2 D. *quando dies legat. vel fideic. ced.* 36, 2. — Le eccezioni non appartengono a questo punto. Vedi il mio *Trattato di Pandette*, § 709.

⁹⁸⁾ § 4 I. *de verb. obl.*, 3, 15; § 25 I, *de in. stip.*, 3, 19. Questa differenza fra la condizione apposta al contratto e quella apposta al testamento è ben luneggiata nella L. 42 pr. D. *de obl. et act.*, 44, 7: « *Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc, quum exstiterit conditio: quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placuit etiam pendente conditione creditorem esse* ».

taluni contratti condizionati non sono suscettibili di trasmissione agli eredi, o cessano con la morte ⁹⁹⁾).

Affini ai diritti condizionati sono quelli limitati da un termine, o come si dice di solito i diritti a termine. Il termine, *dies*, può essere apposto al negozio come iniziale, *terminus a quo*, o come termine finale, *terminus ad quem*; ambedue sono indicati nelle nostre fonti in modo analogo alle condizioni sospensiva o risolutiva, cioè *ex die* e *ad diem* ¹⁰⁰⁾. Ma la distinzione fra termine e condizione si manifesta in ciò, che nel primo è già sicuro quando il diritto comincerà o cesserà; in esso adunque non è incerto né propriamente sospeso il principio né il fine. Poichè nel termine tutto è determinato precisamente non si può parlare di forza retroattiva nel senso sopra stabilito ¹⁾. Se è apposto un termine iniziale il diritto esiste già fin dal principio del termine, soltanto è sospesa fino a quel momento la sua efficacia ²⁾. Questo è indicato in modo molto espressivo con le frasi: *dies cedit* e *dies venit*:

« *Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam, venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies. sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies pendente adhuc conditione* » ³⁾.

Anche in ciò appare, in modo più significativo, la diversità fra le disposizioni testamentarie e i contratti; prima dell'avverarsi della condizione il legato condizionato non si trasmette agli eredi.

⁹⁹⁾ Confr. le mie *Pandette*, II, § 339, note 9-10.

¹⁰⁰⁾ L. 34 D. *de her. inst.*, 28, 5, L. 44 § 1 D. *de obl. et act.*, 44, 7. — Qui pure, come nelle disposizioni condizionali, han luogo le cauzioni. Vedi i testi citati alla nota 96 e le mie *Pandette*, III, § 739.

¹⁾ Non deve scambiarsi colla forza retroattiva di cui qui è parola l'obbligo che alcuno abbia in forza di una speciale disposizione di restituire una data cosa o somma coi frutti dopo un determinato tempo.

²⁾ Ciò è riconosciuto molto chiaramente, nè si potrebbe dire in modo più preciso che colle parole della L. 44 § 1 D. *de O. et A.*, 44, 7 *ex die incipit obligatio*, dopo le quali deve sottintendersi però *dandi*.

³⁾ L. 213 pr. D. *de verb. sign.* — L. 5 D. *quando dies leg. vel fideic. eod.*, anche L. 21 pr. *cod.*: « — *praesens debetur* — sed ante diem peti non potest ».

ma si trasmette invece prima del giungere del termine ⁴⁾. Non è senza effetti la distinzione neppure nei contratti, perchè il diritto di credito passa agli eredi del creditore, quando sia riposto nel suo pieno arbitrio il termine di pagamento; non passa invece quando dipende da esso l'esistenza del diritto, come sarebbe il caso se il diritto dipendesse da un atto assolutamente arbitrario del creditore, cioè da una condizione puramente potestativa ⁵⁾. Anche il così detto *terminus ad quem* si distingue dalla condizione risolutiva per ciò che l'evento non è propriamente sospeso, ma il suo avverarsi è determinato soltanto in precedenza, onde da questo momento dipende che cosa spetti ad uno e che cosa spetti all'altro. Del resto l'avverarsi del *dies ad quem* ha gli stessi effetti della condizione risolutiva; in ambedue i casi cessa il diritto, la cui durata è collegata al termine o alla condizione. Per conseguenza il carattere distintivo fra condizione e termine appare molto più chiaramente nella condizione sospensiva e nel *terminus a quo*. Talvolta vero è che si fa distinzione anche fra termine che si riferisce al diritto stesso e un semplice termine di adempimento ⁶⁾; questa distinzione non è semplicemente occasionata dall'espressione stessa delle fonti ⁷⁾, ma è fondata anche su un concetto giusto, il quale però deve essere espresso diversamente. Quando ad un debitore è dato un termine di pagamento, per esempio, per il rimborso di un debito di denaro, le espressioni: *praesens pecunia non debetur* e simili sono consuete e proprie qui, come nelle obbligazioni, delle quali è detto *ex die incipiunt* ⁸⁾; ma in modo analogo vengono messe insieme le obbligazioni condizionate vere e proprie con quelle nelle quali, per il fatto che non è ancora giunto il termine del pagamento, non si può domandare

⁴⁾ L. 5 pr. e § 1, L. 7 pr. *quando dies leg.*, etc., L. un. § 1 e 5 C. *de cod. toll.*, 6, 51.

⁵⁾ L. 48 D. *de verb. obl.* — Vedi le mie *Pandette*, II, § 339, n. II c.
⁶⁾ Così anche nella 2.^a ediz. delle mie *Pandette*, I, § 110.

⁷⁾ L. 34 D. *de hered. inst.* — L. 5 § 1 D. *quando dies leg.*, ecc.

⁸⁾ Vedi L. 8 § 3 D. *de pign. act.*, 13, 7, e L. 17 § 2 D. *quae in fraud. cred.*, 42, 8. — Vedi L. 21 pr. D. *quando dies leg.* (vedi sopra, nota 3).

tale esecuzione, appunto perchè, prima dell'avverarsi della condizione o del termine, il diritto non può apparire efficace ⁹⁾. Ma dove si parla di questi termini di pagamento non è mai usata l'espressione che l'obbligazione sia *ex die*, o sotto un così detto *terminus a quo*; le parole *ex die* o *ad diem* appaiono sempre come una limitazione per colui che deve acquistare un diritto o lo ha acquistato, analogamente al caso dei rapporti giuridici condizionati, onde le espressioni *pendet* o *exstitit dies* si usano come le altre *pendet* o *exstitit conditio* ¹⁰⁾, e dei negozi che non sono limitati nè da condizioni, nè da termine si dice indifferentemente che sono conclusi *pure* ¹¹⁾. Ma chi potrebbe dire che non sia un *purum negotium* un negozio giuridico, nel quale è stabilito qualche cosa di fisso sul termine della prestazione o della revoca? Non è neppure senza pratiche conseguenze il fatto che le obbligazioni concluse *ex die*, e quelle concluse *pure*, ma con l'aggiunta di un termine per il pagamento, non possono scambiarsi l'una con l'altra, come ciò è pure influente sulla questione, quando cominci la *mora debitoris*, o se occorra per essa una interpellazione ¹²⁾. Però si va troppo in là quando si chiama *obligatio ex die* anche quella nella quale il diritto stesso rimane ancora in sospeso; per tal modo si toglie del tutto la differenza tanto importante fra diritti a termine e diritti condizionati.

Ad ogni modo un termine può avere il significato di una vera condizione, e per ciò in quanto si guardi solo all'espressione si può dire che anche dal termine *a quo* dipende la nascita del diritto. Un termine è o non è stabilito in tutti i riguardi. Nel primo caso, quando per esempio un Tizio deve avere dopo dieci anni una certa somma o una cosa, o il suo diritto deve cessare dopo dieci anni, è assolutamente impossibile lo scambio di una

⁹⁾ L. 9 pr. D. *de reb. cred.*, 12, 1. Vedi nota 11.

¹⁰⁾ GAJI, *Inst.*, I., § 186, § 1; I. *de Atiliano tut.*, L. 16 § 1 D. *de cond. indeb.*, 12, 6.

¹¹⁾ L. 45 pr. D. *ad Leg. Falcid.*, 35, 2.

¹²⁾ Vedi le mie *Pandette*, II, § 355, nota 8; e SCHROETER nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* [Rivista di diritto e procedura civile], vol. IV, n. 7, vol. VII, n. 3.

tale determinazione con la condizione. Viceversa, nonostante l'espressione, nessuno potrà disconoscere l'esistenza di una condizione, quando è detto che Tizio deve ricevere, dal giorno in cui gli toccherà questo o quell'ufficio pubblico, un assegno annuo dal mio patrimonio. Qui tutto è incerto, se Tizio cioè avrà mai un tale ufficio e in qual tempo, e poichè egli dovrà sopravvivere necessariamente a questo momento per far valere il diritto, è perfettamente come se la disposizione si esprimesse così: io gli assegno una pensione annua sotto la condizione ch'egli ottenga quell'ufficio. Possono però nascere dei dubbi sopra l'intenzione del disponente, se si abbia riguardo alla persona di un terzo, come per esempio se Tizio deve ricevere 1000 talleri il giorno in cui Caio sarà eletto console, specialmente se esiste soltanto un'incertezza relativa: questo è il caso, ove sia soltanto incerto, se qualche cosa avverrà, la *quaestio an*, o quando avverrà, la *quaestio quando*; per esempio, si può determinare con sicurezza il tempo della maggiore età di un uomo attualmente minorenni supposto che se ne conosca l'età; al contrario non si può sapere se egli sarà vivo in quell'epoca. Viceversa la morte di un uomo è certa, la *quaestio an* è dunque decisa, invece è incerto il giorno della morte.

Nelle nostre fonti la regola è espressa nel modo seguente: *dies incertus conditionem in testamento facit* ¹³⁾; quindi il termine incerto ha il valore di una condizione. Neppure importa se il termine sia incerto assolutamente, un così detto *dies simpliciter in-*

¹³⁾ L. 75 D. *de cond. et dem.* — L. 30 § 4 D. *de leg.*, I; H. DONNELLO, *Comm. jur. civ.*, lib. VIII, c. 31, § 4 segg. — BALDUINO, *loc. cit.*, pag. 329 segg. ^{a)}.

^{a)} Su questa regola vedansi il BRUNETTI, *Il dies incertus nelle disposizioni testamentarie*, Firenze, 1893; il SEGRÈ, *Gli effetti del dies incertus quando nelle disposizioni di ultima volontà nella Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XVIII, fasc. 2-3; FERRINI, *Dies incertus nei legati*, nell'*Antologia giuridica*, 1894, p. 179 e seg.; BOISTEL, *De dies incertus et de ses effets dans les dispositions testamentaires nella Revue générale du droit*, anno 1885; BRINZ, *Pandette*, III, § 427.

certus, o soltanto relativamente ¹⁴⁾, salvo che un legato lasciato pel giorno della morte dell'onorato vale come una disposizione ordinata a termine certo, e conseguentemente è trasmesso agli eredi del legatario ¹⁵⁾. I contratti però non sono sempre trattati come condizionati, ma come *conventiones ex die*, quando non vi sia incertezza riguardo alla *quaestio an*, ma soltanto riguardo al quando, per esempio se la prestazione sia stabilita nel giorno della morte di un terzo ¹⁶⁾ e ciò ha il suo fondamento nel fatto che la distinzione fra condizione e termine non è qui così importante come nelle disposizioni di ultima volontà. Sul motivo dell'eccezione menzionata per le disposizioni di ultima volontà gli antichi stessi esprimono l'opinione che questo sia un avvenimento che deve succedere in ogni modo ¹⁷⁾. Ma questo si può dire anche se il legato sia lasciato pel giorno della morte di un terzo. Oppure si pensava forse che ogni uomo è vivo nel giorno della sua morte, e che per conseguenza si può dire che tale condizione si avvera sempre. Sembra quasi questo il concetto più esatto, essendo questo termine indicato come una condizione, *quae non potest non-existere*. Tuttavia questa sarebbe una sofisteria poichè nessuno sopravvive a nessun evento, di cui egli non possa aver notizia nella sua vita, come di un avvenimento del passato. Il vero motivo è un altro. La regola *dies incertus conditionem in testamento facit* esprime soltanto ciò che è da ammettersi come regola, quando il testatore non abbia voluto il contrario ¹⁸⁾. Si può dunque dire che nelle disposizioni della specie già ricordata è una *quaestio facti* il sapere se il testatore abbia voluto differire la delazione del diritto, o semplicemente il termine di adempimento; per poter

¹⁴⁾ L. 29 § 1 D. *de condit. et dem.*

¹⁵⁾ L. 79 pr. D. *de condit. et dem.*; L. 4 § 1 D. *quando dies leg.*

¹⁶⁾ L. 10, L. 16 § 1, L. 17 D. *de cond. int.*, 12, 3.

¹⁷⁾ « — non potest enim conditio non-existere »; L. 79 pr. D. *de cond. et dem.*

¹⁸⁾ L. 21 pr., L. 22 pr. D. *quando dies leg.*, L. 26 § 1 *eod.*, L. 46 D. *ad Sc. Treb.*, 36, 1, L. 3 e 5. C. *quando dies leg.*, 6, 53. — Vedi note 20 e 21.

ammettere quest'ultima cosa però, occorre che essa risulti con sicurezza, pur non essendo assolutamente necessario che il testatore lo dichiari espressamente ¹⁹⁾. Così, per esempio, la disposizione che alcuno debba avere un legato, quando sarà divenuto maggiorenne, può esser interpretato come condizione e come termine, e soltanto nel dubbio vale come condizione ²⁰⁾; ma quando motivi prevalenti valgono pel contrario, il legatario morto prima del giunger del termine trasmette il diritto ai suoi eredi ²¹⁾. Posto

¹⁹⁾ Confr. ZIMMERN nell'*Archiv für die civ. Praxis* [Archivio della pratica civile], vol. IX, pag. 362 seg. e la recensione di questo scritto pubblicata dal HUSCHKE nella *Tübinger kritische Zeitschrift* [Rivista critica di giurisprudenza di Tubinga], vol. II, p. 182 seg., i quali ambedue concordano nel concetto fondamentale, che non basti la sola parola del testatore: il HUSCHKE però censura lo ZIMMERN per aver dato troppo poco peso a questa e anche alle regole sul significato del *dies incertus*. Egli stesso vuol tener conto della probabile volontà del testatore solo quando la incertezza riguardi il *quando* e non il *se*, perchè in quest'ultima ipotesi il diritto si deve sempre considerare condizionato, a meno che non appaia chiaro che il testatore si esprime male contro la sua volontà. Vedi SELL, *loc. cit.*, pag. 12-15.

²⁰⁾ Esempi in L. 21 pr. D. *quando dies leg. v. fideic.* (« veluti, quum pubes erit »). L. 22 pr. *ead.* (« Si Titio, quum is annorum quatuordecim esset factus, legatum fuerit — —. Nec interest, utrum scribatur: si annorum quatuordecim factus erit, an ita: quum, etc. »).

²¹⁾ Nel diritto giustiniano, dopo la parificazione fra legati e fedecommissi singolari, non è facile distinguere le disposizioni come quella della L. 46 D. *ad S. Treb.*, 36, 1 (*petiit ut filio suo, cum ad annos sedecim pervenisset, hereditatem restitueret*), le quali devono essere interpretate incondizionatamente, dalle altre del tipo di quelle citate alla nota precedente. Tuttavia da questo e da altri testi (L. 26 § 1 D. *quando dies*, 36, 2, L. 5 C. *ead.*, 6, 53 *quae legata accipere debbit cum ad legitimum aetatum pervenerit*) si può desumere la regola che quando le espressioni usate dal testatore si possono riferire piuttosto alla prestazione che alla nascita del diritto, la disposizione deve ritenersi incondizionata. Che poi in questo riguardo non debba darsi troppa importanza alla distinzione tra *se* e *quando*, come vorrebbe il HUSCHKE, è provato dai testi citati. Del resto ciò deriva che i giureconsulti romani erano divisi nelle opinioni circa il punto se una disposizione dovesse o no interpretarsi come condizionale. Soltanto la L. 54 pr. D. *de cond.*, 35, 1 non contiene alcun esempio della specie, come vorrebbero ammettere il WESTPHAL, *Vermaechtnisse* [Legati e fedecommissi], I, § 566, il SELL, *loc. cit.*, pag. 15 e il ROSSHIRT, *Lehre von den Vermaechtnissen* [Teoria dei legati], pag. 404. Essa parla di un caso nel

dunque che il testatore lasci un legato all'onorato pel giorno della sua morte, ciò può significare che il legato, benchè già deferito, scada solo al giorno della morte dell'onorato, e solo in quel giorno possa essere domandato, e tale è quindi l'interpretazione da accogliere, dovendo ammettersi che il testatore abbia di fatto voluto lasciar qualche cosa all'onorato; ora questa volontà non potrebbe realizzarsi se si volesse considerare il legato come condizionato, perchè in quel caso il legatario avrebbe dovuto sopravvivere all'avverarsi della condizione, per poter trasmettere il diritto ai suoi eredi. Del resto la volontà del disponente deve essere eseguibile e non essere in contraddizione con altri principi del diritto, come è il caso quando vi sia un'assoluta incertezza riguardo all'avverarsi del termine; posto anche che l'evento incerto sia riposto nella persona di un terzo, come, per esempio, nel giorno in cui si eleggerà console Tizio, dovranno essere pagati 1000 a Mevio. Comunque il testatore possa avere inteso ciò, non può essere considerato mai come termine quello che necessariamente deve rimanere incerto sotto ogni riguardo fino all'avverarsi di un evento futuro. È da notare anche che un termine non cessa di essere sicuro in ogni riguardo per il fatto che sia enunciato nella disposizione un evento ancora incerto pel tempo del suo avverarsi, dal quale debba computarsi il termine. Così si comprende facilmente che di regola tutti i termini ordi-

quale il testatore aveva ordinato il pagamento dei legati in tre rate annuali e insieme aveva lasciato un legato ad un tale *cum pubes esset*. Certamente non si poteva dubitare che questo fosse un legato condizionato, ma si dubitava invece se ad esso pure si applicasse la disposizione sul pagamento rateale, posto che quei termini secondo la probabile volontà del testatore dovevano riferirsi soltanto a quei legati *quae ad praesens tempus, non etiam quae ad futurum*. Vedi POTHIER *ad tit. de leg.*, n. 225. Ancora è da osservare che se il termine avesse la natura di una condizione, ma il tempo non fosse ancora trascorso quando si avverava il fatto posto in condizione, come per esempio: 10 anni dopo la sua maggiore età, si dovrebbe sempre aspettare il decorso del termine per ottenere il pagamento, di maniera che qui verrebbero a congiungersi gli effetti della condizione e del termine. Vedi L. 4 § 1 D. *de cond.*, 35, 1. WESTPHAL, § 565.

nati in un testamento cominciano ad aver corso con la morte del testatore; nulla muta che il testatore stabilisca ciò chiaramente, per esempio, cinque anni dopo la sua morte ²²⁾).

Questa trattazione sugli effetti particolari della condizione e sulla diversità di essa dal termine era necessaria per poter passare a determinare il concetto della condizione in senso stretto.

2.^o Per essa deve intendersi soltanto quella determinazione accessoria per la quale l'evento ad essa congiunto dal disponente appare sospeso. Onde i principi fondamentali delle condizioni non si applicano alle così dette *conditiones in praesens vel in praeteritum collatae*; quindi il diritto non è per questo sospeso, ma deve subito apparire, se il fatto posto in condizione si sia avverato o no, e nel primo caso il negozio vale come *purum*, nel secondo è nullo ²³⁾).

Questo però non deve essere inteso nel senso che il negozio giuridico abbia la natura di incondizionato, soltanto perchè il fatto al quale è collegato il suo effetto si fosse già avverato al momento della disposizione. Soltanto nelle condizioni potestative è necessario che esse siano adempiute dopo la morte del testatore; per le altre, per regola, basta anche che si verifichino durante la vita del testatore ²⁴⁾, e non nuoce neppure che si fossero già avverate al momento della confezione del testamento, purchè ciò sia rimasto ignorato al testatore: « Si sic legatum sit: *si navis ex Asia venerit, et ignorante testatore navis venerit testamenti facti tempore, dicendum, pro impleta haberi. Et si cui sic legatum est: quum pubes erit, simili modo hoc erit dicendum* » ²⁵⁾).

²²⁾ § 9 l. *de her. inst.*: « post quinquennium quam moriar ». Vedi § 1465.

²³⁾ § 6 l. *de verb. obl.*: « Conditiones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt ». — L. 37 D. *de reb. cred.*, 12, 1, L. 100 D. *de verb. obl.*, 45, 1, L. 16 D. *de inj. rupto irr. f. test.* — Vedi il paragrafo seguente, n. 1.

²⁴⁾ L. 2 l. 11 § 1 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

²⁵⁾ L. 10 § 1 D. *eod.*

La condizione sta quindi in ciò, che il testatore o il contraente abbia considerato o designato il fatto come non esistente e incerto; in tal caso la disposizione è condizionata, in caso diverso è incondizionata:

« *Quum ad praesens tempus conditio confertur*, stipulatio non suspenditur, et si conditio vera sit, stipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes conditionem ignorent; veluti, si rex Parthorum vivit, centum mili dare spondes? Eadem sunt et quum in praeteritam conditio confertur. — — « Itaque tunc potestatem conditionis obtinet, *quum in futurum confertur* » ²⁶⁾.

Per ciò che riguarda gli effetti del diritto in sè stesso è indifferente se la *conditio* sia *in praesens collata* o se si tratti di una condizione adempiuta ²⁷⁾. Però anche in questo caso la differenza non è senza un'importanza pratica. Se un negozio è di quelli che divengono invalidi per l'aggiunta di una condizione, questo deve sempre avvenire quando l'effetto del negozio si faccia dipendere da una circostanza che si considera incerta, *quum in futurum confertur conditio*, sia essa già avverata o no al tempo della disposizione; al contrario la *conditio in praesens* o *praeteritum collata* non è di ostacolo alla validità del negozio ²⁸⁾. Ancor più evidente appare la differenza nel caso in cui la circostanza posta in condizione non si sia avverata ²⁹⁾.

Parimente la condizione che deve avverarsi necessariamente, *conditio quae omni modo existitura est* o la così detta *necessaria conditio*, non rende il negozio condizionato ³⁰⁾. Una circostanza, il cui avverarsi è semplicemente necessario, e il contrario del

²⁶⁾ L. 37, 39 D. *de rebus creditis*, 12, 1. Di opinione diversa sono ENDEMANN, *loc. cit.*, § 3; SELL, *loc. cit.*, pag. 28, nota 3. Vedi però più oltre la nota 50.

²⁷⁾ L. 11 pr. D. *de cond. et dem.*: « Si jam facta sint, quae conditionis loco ponuntur, et sciat testator, quae iterum fieri possunt, expectentur ut fiant, si vero nesciat, praesenti debentur ». — L. 16 D. *de inj. et c. test.* — Vedi pag. 231 del vol. III di questo libro.

²⁸⁾ L. 10 § 1 D. *de cond. et dem.*

²⁹⁾ Vedi L. 16 D. *de inj. et c. test.*, e il paragrafo seguente, n. 1.

³⁰⁾ L. 18 D. *de cond. indeb.*, L. 9 § 1 D. *de novat.*, 46, 2.

quale è perciò impossibile, non può sospendere l'esistenza del diritto, simile condizione deve essere considerata per conseguenza come veramente inesistente, come, per esempio, la condizione: se pioverà ancora una volta ³¹⁾. Debbono considerarsi come condizioni di tale specie anche le condizioni negativamente impossibili, vale a dire quelle nelle quali è posto come condizione il non avverarsi di un fatto impossibile, per esempio, *si Titius mare non ebiberit*, perchè il contrario dell'impossibile è il necessario ³²⁾.

Finalmente fu già osservato sopra:

3.º che i presupposti naturali e giuridici di un negozio, la *tacitae conditiones* ³³⁾, o *juris conditiones* ³⁴⁾, non hanno il carattere di vere condizioni ³⁵⁾. Così è una condizione implicita nella compra quella che il compratore paghi il prezzo, così la validità di un legato dipende, di regola, dal fatto che l'erede testamentario accetti l'eredità; ma appunto per ciò non può chiamarsi condizionato nè il diritto del compratore prima del pagamento, nè il diritto del legatario prima dell'accettazione dell'eredità, neppure se ciò che è implicito sia stato espresso come condizione ³⁶⁾. Una simile concezione dimentica la caratteristica della condizione in senso stretto, che cioè la circostanza condizionante non può essere una di quelle che si sottintendono; elemento fondamentale questo del concetto di condizione ³⁷⁾ colla modificazione però che ogni promessa il cui effetto dipende da un caso ancora incerto, sia da considerare come contratto condizionato eccetto che per la retroattività, mentre nelle disposizioni di ultima volontà un requi-

³¹⁾ Confr. il paragrafo seguente, n. 2.

³²⁾ § 11 D. *de inutil. stipul.*, L. 50 § 1 D. *de her. inst.*

³³⁾ L. 68 D. *de jure dot.*, 33, 3. Vedi *infra*, nota 40.

³⁴⁾ A questo sono contrapposte le condizioni vere e proprie come *facti conditiones*. L. 21 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

³⁵⁾ Esempi si trovano, oltre che nei testi citati alle note precedenti, in L. 6 § 1 D. *de tut.*, 26, 1, L. 22 § 1 D. *quando dies legatorum vel fid. ced.*, 36, 2.

³⁶⁾ L. 21 § 1, L. 22 § 1 D. *quando dies leg.*, 36, 2. Vedi quanto è detto più oltre sotto la lettera b.

³⁷⁾ THIBAUT, *Pand.*, I, § 88 e le mie *Pandette*, I, § 105.

sito naturale del diritto che venga espresso come condizione può talvolta rendere il negozio condizionale ³⁸⁾. Un esame più preciso del concetto delle condizioni in senso stretto e del contenuto delle nostre fonti giustificherà però quanto siamo per dire:

a) Vi sono certe condizioni sottintese, *tacitae conditiones*, nelle quali, secondo la natura del rapporto giuridico, il diritto deve rimaner sospeso fino all'avverarsi di un evento ancora incerto. Così, per esempio, il realizzarsi di una promessa di dote dipende dal fatto che vi sia o si concluda in avvenire un valido matrimonio ³⁹⁾; prima non esiste ancora un vero e sicuro diritto alla dote ⁴⁰⁾. Segue da ciò un'intima affinità di tali rapporti giuridici coi veramente condizionati; però questa sospensione ha sempre il suo fondamento nella natura del diritto stesso, nel fatto cioè che una dote non può veramente immaginarsi senza il matrimonio, per la qual ragione il diritto comincia a esistere col'avverarsi di questa condizione tacita, e l'effetto di esso non si retrotrae ad un'epoca precedente. Si dovrebbe quindi evitare di parlare, in tal caso, di eccezione.

b) Che una circostanza che si sottintende possa acquistare il significato di una condizione in senso proprio, per il fatto che sia espressa come condizione, vale non soltanto per le disposizioni di ultima volontà, ma è possibile anche pei contratti. Come esempio può esser citata la *lex commissoria* nei contratti di compra e vendita; il venditore, per esempio, stabilisce *si ad diem pecunia soluta non erit, fundus inemptus sit* ⁴¹⁾. Per regola la *lex commissoria* ha l'effetto di una condizione risolutiva, se non è convenuto o non risulta dalle circostanze, che la compra-vendita deve

³⁸⁾ Così ancora nella 2.^a ediz. delle mie *Pandette*, I, § 105.

³⁹⁾ L. 3, L. 41 § 1 D. *de iure dotium*, 23, 3.

⁴⁰⁾ L. 21 D. *eod.* Nulla poi muta il fatto che la costituzione di una dote prima del matrimonio possa produrre dei diritti e dei vantaggi al ricevente (vedi le mie *Pandette*, III, § 530) e che possa nascere anche prima del matrimonio un diritto di credito con tale contenuto. L. 71 § 3 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

⁴¹⁾ L. 2 D. *de lege comm.*, 18, 3.

esser sospesa. Però questo non ha importanza, perchè anche la condizione risolutiva lascia in sospenso l'effetto della compravendita. In breve è un presupposto sottinteso, un *naturale negotii*, che il compratore paghi il prezzo di compra secondo l'accordo, e tuttavia questa circostanza può esser posta come condizione. Ma a quale scopo? Per collegare ad esso una conseguenza che da sé non si comprenderebbe; perchè senza la *lex commissoria* il venditore potrebbe soltanto agire pel pagamento del prezzo. Similmente va la cosa nelle disposizioni di ultima volontà. Così è sottinteso che dipenda interamente dalla volontà del legatario di accettare o no il legato, e pure il legato può essere reso condizionato pel fatto che sia espressa la condizione, se l'onorato vorrà accettarlo. Anche qui l'effetto è diverso che se non fosse aggiunta la condizione, perchè di regola il diritto è trasmesso agli eredi prima dell'acquisto, la condizione *si volet* ha per effetto che l'onorato debba dichiarare se accetta o no.

« *Illi, si volet Stichum do; conditionale est legatum, et non aliter ad heredem transit, quam si legatarius voluerit, quamvis alias, quod sine adjectione: si volet, legatum sit, ad heredem legatarii transmittitur; aliud est enim juris, si quid tacite continetur, aliud, si verbis exprimitur* »⁴²).

Ma perchè la condizione sottintesa acquisti il significato di una condizione vera e propria occorrono due requisiti. Primo: essa deve essere espressa in forma di condizione, e non deve esservi alcun dubbio che si sia voluto ottenere invece l'effetto naturale. La dichiarazione del venditore: io ti lascio la cosa se tu mi dai in cambio cento talleri, non costituisce ancora una vendita condizionata, nonostante la forma condizionale; se le parti ciò vogliono, bisogna che le determinino meglio, quindi occorre una dichiarazione espressa, oppure un'espressione tale che non possa intendersi diversamente, come, per esempio: se tu paghi entro quattro settimane il prezzo, la cosa sarà tua. Similmente nelle disposizioni di ultima volontà. La disposizione, che la cosa è legata a Tizio,

⁴²) L. 65 § 1 D. de leg. I. — L. 69 D. de cond. et dem.

se egli accetterà il legato, non si può facilmente interpretare altrimenti che nel senso sopraddetto; se invece è dubbio il concetto espresso dal testatore, il legato, nonostante la forma condizionale, non vale come condizionato, salvo che si dimostri il contrario.

« Haec scriptura: *si Primus heres erit, damnas esto dare*, pro conditione non est accipienda; magis enim demonstravit testator, quando legatum debeatur, quam conditionem inseruit, *nisi forte hoc animo fuerit testator, ut faceret conditionem* » ⁴³).

In secondo luogo però deve potersi da ciò aspettare una conseguenza che non sarebbe sottintesa; se questo non è il caso, la *tacita conditio* non può mai esser considerata come una vera condizione.

« Verba haec: *Publius Maevius, si volet, heres esto*, in necessario conditionem faciunt, ut, si nolit, heres non existat. Nam in voluntarii heredis persona *frustra adduntur* quum, *et si non fuerint addita, invitus non efficiatur heres* » ⁴⁴).

Poichè il *suus heres* diventa erede *ipso jure*, l'ipotesi *si volet, heres esto* ha qui un significato; perchè, altrimenti, egli non può esimersi dall'eredità acquistata *ipso jure* e finchè la condizione *si volet, heres esto* appare sottintesa, ne derivano conseguenze giuridiche importanti. Chi ha acquistato l'eredità *ipso jure*, anche senza conoscere la delazione, la trasmette a' suoi eredi; al contrario, se l'istituzione di un *suus heres* è fatta sotto la condizione lecita perchè potestativa, se vorrà accettare l'eredità; egli acquista e trasmette l'eredità a lui deferita, come un *extraneus* o *voluntarius heres*, in seguito ad una dichiarazione giudiziaria di accettazione ⁴⁵). Però l'istituzione di un *extraneus* sotto la suddetta condizione non può dar luogo a nessuna conseguenza che non sia già sottintesa, perchè, astraendo dai casi speciali di trasmissione, nasce per

⁴³) L. 19 § 1 D. *de cond. et dem.* Vedi il paragrafo seguente, n. 3.

⁴⁴) L. 12 D. *h. t.*

⁴⁵) L. 86 § 1 D. *de her. inst.*: « — hic subjungitur, suis ita heredibus institutis, si voluerint heredes esse, non permittendum amplius abstinere se hereditate ».

lui il diritto soltanto in seguito alla dichiarazione di voler acquistare l'eredità; per ciò il giureconsulto poteva bene interpretare quella condizione come assolutamente priva di effetto⁴⁶).

Se ora noi colleghiamo con ciò il concetto di condizione in senso stretto difficilmente sembrerà giustificabile l'aggiunta solita che la circostanza dalla quale dipende il diritto non può essere di quelle che si sottintendono per la natura del rapporto giuridico. Ma dalla precedente trattazione deriva pure che, per non esser costretti a parlare di eccezioni che si trovano per tutto o ad ammettere contraddizioni nelle fonti, il concetto deve riferirsi non tanto al fatto posto in condizione quanto alla disposizione condizionata (vedi sopra nota 80). Questo avviene anche per quelli, i quali definiscono la condizione in senso stretto come la determinazione accessoria di un negozio giuridico, per la quale un diritto si fa dipendere dall'avverarsi o dal non avverarsi di un avvenimento futuro ed incerto⁴⁷). Qui si possono opportunamente invocare le parole di GIAVOLENO: « Omnis definitio in jure civili periculosa est, parum est enim, ut non subverti possit »⁴⁸).

Non può infatti non considerarsi che i concetti di certezza e di incertezza non possono prendersi qui in senso assoluto, ma secondo il pensiero del dichiarante; in altre parole che anche qui il concetto non è da riferirsi alla circostanza condizionante, ma alla *conceptio verborum* (vedi sopra il testo alle note 23-29). Per evitare simili interpretazioni si potrebbe formulare così il concetto: la condizione è qualunque determinazione accessoria di un negozio

⁴⁶) D'altronde possono anche derivare conseguenze importanti per il legatario dall'imposizione di una tale condizione all'erede estraneo. Vedi il paragrafo seguente. Il giureconsulto però considera qui soltanto il diritto dell'erede (L. 12 D. *h. t.*).

⁴⁷) Così il GLÜCK, *loc. cit.*, e fra i moderni il WENING, *Lehrbuch* [Trattato di diritto civile comune], § 88, il WARNKOENIG, *Pandette*, I, § 144, il SEUFFERT, *Lehrbuch* [Trattato di Pandette], § 76, e il HAIMBERGER, *Röm. Privatrecht* [Diritto privato romano], § 90. È però una grave inconseguenza il dire poi che una circostanza sottintesa non possa essere espressa come condizione.

⁴⁸) L. 102 D. *de reg. iuris*, 50, 17.

giuridico, per il quale un diritto o la sua durata si fa dipendere da un avvenimento futuro ed incerto o considerato come futuro ed incerto.

§ 1458.

Corollarii della precedente trattazione.

Abbiamo esposto fin qui come una *conditio in praeteritum vel in praesens collata*, o una così detta *conditio necessaria*, o anche una *tacita* o *juris conditio* non renda il negozio condizionato. Pertanto, dovendo noi limitare la nostra trattazione alle sole disposizioni di ultima volontà:

1.° se l'erede è istituito sotto una *conditio in praesens*, o *in praeteritum collata*, l'istituzione è considerata come non condizionata, o non vale affatto, secondo che il fatto posto in condizione si avveri o no. Nell'ultimo caso il testamento è da considerare come non esistente, e qui si manifesta un'importantissima differenza tra una vera istituzione d'erede condizionata e questa istituzione, della quale ora parliamo. Posto cioè che un testamento fosse già stato fatto, esso viene annullato da un testamento posteriore con istituzione d'erede condizionata, e seguita a valere anche se la condizione non si avveri; al contrario, se la condizione si riferisce ad una circostanza passata e appare che essa non è mai avvenuta, il testamento viene considerato come inesistente, per conseguenza non c'è nessuna *ruptio*⁴⁹⁾.

Secondo il concetto sopra espresso di queste così dette condizioni deve ammettersi il contrario, quando il testatore abbia posto la condizione in un avvenimento futuro, senza sapere che questo era già effettuato, e in modo per cui la condizione deve esser considerata come deficiente. Per esempio: io istituisco erede mio cugino, se il processo penale che si sta facendo contro di lui abbia un esito favorevole. Posto che il processo fosse già definito

⁴⁹⁾ Questo è il contenuto essenziale di un testo di POMPONIO, la L. 16 D. *de iniusto, nepto, irrito test.*, 28, 3, che fu già ampiamente esaminato al § 1430 ed interpretato tenendo conto di tutte le difficoltà critiche.

al tempo della confezione del testamento contro l'erede istituito, si dovrebbe tuttavia ammettere che un tale testamento abbia distrutto il primo. Per ciò nelle nostre fonti è espresso chiaramente che nelle *conditiones in praesens vel in praeteritum collatae* è decisiva la formula usata; in altre parole tutta l'importanza è data al *conferre in praeteritum* od *in futurum*, e conseguentemente è considerata come vera condizione quella adempiuta al tempo della confezione del testamento, se il disponente designò la circostanza condizionata come futura e incerta ⁵⁰⁾, dal che consegue lo stesso con logica necessità per le condizioni di questa specie non adempiute;

2.° che una così detta *necessaria conditio*, quella cioè che deve necessariamente avverarsi, non abbia veramente nessun valore, anche se espressa, è riconosciuto tanto pei contratti ⁵¹⁾, quanto per le disposizioni di ultima volontà. Così è detto che una stipulazione, sotto la condizione *si in coelum non ascenderis*, è *utilis et praesens* ⁵²⁾ e similmente ULPIANO dice: « *Si in non faciendo impossibilis conditio* institutione heredis sit expressa, secundum omnium sententiam heres erit, perinde ac si pure institutus esset » ⁵³⁾, perchè

⁵⁰⁾ L. 10 § 1, L. 11 § 1 D. *de cond.*, 35, 1. Praticamente non vi ha differenza alcuna, dopo che la condizione si è avverata, tra le condizioni *in praeteritum* e quelle *in futurum*, onde giustamente è detto nella L. 11 pr. *eodem*, *si vero nesciat praesenti debentur*. Questo e non altro vuol dire l'EVERANI, *Interpretationes iuris*, lib. IV, cap. 28, § 2, seguito anche dall'ENDEMANN, *loc. cit.*, pag. 24 con le parole: « Cum haec conditio ignorante testatore iam exstiterit, non facit dispositionem conditionalem, aut saltem pro impleta habetur ». Il SELL, il quale è dell'opinione dell'ENDEMANN, pag. 28, nota 3, invoca a suo favore il § 6 I. *eodem* e la L. 120 D. *de verb. obl.*, 45, 1. Ma in questi testi si parla soltanto di *referre ad praesens vel praeteritum tempus* e quando nell'ultimo è detto: « quae per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint », ciò significa soltanto che se una condizione si è avverata, non fa differenza se l'autore del negozio giuridico lo sapesse o no. Chi appone una condizione *in praeteritum* è nello stesso stato di incertezza come se facesse dipendere il diritto da un evento futuro.

⁵¹⁾ L. 9 § 1 D. *de novat.*, 46, 2, L. 7 D. *de V. O.*, 45, 1, § 11 I. *de inutilib. stipul.*

⁵²⁾ L. 7 in f. D. *de V. O.*

⁵³⁾ L. 50 § 1 D. *de heredib. instit.*, 28, 5.

una condizione deve avverarsi necessariamente, quando il suo inadempimento è impossibile (vedi paragrafo precedente). Ma che cosa dovrà dirsi quando simili condizioni siano espresse in modo affermativo? Si intende facilmente che queste non possono avverarsi fra le condizioni necessarie; perchè necessario è soltanto il contrario di esse, non essendo possibile che queste condizioni si adempiano.

Onde vi ha la medesima certezza sull'evento quando si dice: *si in coelum ascenderis*, come quando si dice: *si in coelum non ascenderis*. Ambedue le condizioni appaiono vuote di senso, e come nel primo caso si può dire che l'adempimento è impossibile, nel secondo che è impossibile il non adempimento. Infatti anche da parecchi è ammesso il concetto che le condizioni impossibili non siano vere condizioni ⁵⁴). Se quest'asserzione è fondata, deve potersi dimostrare che una tale condizione ha gli stessi effetti per qualsiasi negozio giuridico, cioè deve considerarsi non scritta, altrimenti tale affermazione è falsa. Ciò si afferma talvolta ⁵⁵), ma nessuno lo ha mai dimostrato, come invece si può dire di quelli i quali sono di opinione che le condizioni impossibili non siano condizioni ⁵⁶).

È stabilito però in testi chiarissimi che soltanto nelle disposizioni di ultima volontà si debba ammettere l'invalidità della determinazione accessoria e la validità della disposizione; nei contratti invece la cosa sta diversamente, essi stessi sono considerati come non esistenti ⁵⁷). Ad ogni modo già fra gli antichi giuriconsulti si discuteva se una tale condizione meritasse o no conside-

⁵⁴) Così il HELLFELD in questo paragrafo e il SELL, *Lehre von den unmöglichen Bedingungen* [Teoria delle condizioni impossibili], § 5. Vedi il paragrafo seguente.

⁵⁵) J. T. RICHTER, *D. de conditione impossibili contractum non vitante*, Lipsia 1747.

⁵⁶) SELL, *loc. cit.*, § 6, pag. 31, nota 3.

⁵⁷) § 11 I. *de inutilib. stip.*, L. 31 D. *de O. et A.*, 44, 7. — § 10 I. *de heredib. inst.* (« Impossibilis conditio in institutionibus et legatis nec non fideicommissis et libertatibus pro non scripta habetur »). L. 3 D. *de condit. et dem.*, e nota 60 infra.

razione; però si vede in modo preciso dal seguente passo di GAIO, che questa disputa si riferiva soltanto all'effetto di tali condizioni nelle disposizioni di ultima volontà:

« Item si quis sub ea conditione stipulatur, quae existere non potest, veluti *si digito coelum tetigerit*, inutilis est stipulatio; sed legatum sub impossibili conditione relictum nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea conditio inserta non esset. *Diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem; et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest* » ⁵⁸).

I Proculeriani erano di opinione che le condizioni impossibili dovessero considerarsi come non aggiunte, tanto alle disposizioni di ultima volontà quanto ai contratti⁵⁹). Ma l'opinione dei Sabiniani fu quella che ebbe valore nella pratica. ULPIANO dice:

« *Obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas* » ⁶⁰).

Da ciò deriva quindi che i giureconsulti romani non solo consideravano le condizioni impossibili, come condizioni, ma attribuivano ad esse valore, e, solo in rapporto alle disposizioni di ultima volontà, alcuni di essi, la cui opinione poi fu accolta, le consideravano prive di effetto. Sebbene anche nei contratti nulla resti sospeso, poichè ciò è naturalmente impossibile, la condizione tuttavia ha influenza sul negozio; essa ne condiziona la validità anche se non può sottintendersi per la natura del rapporto giuridico; e la conseguenza richiede di considerare le condizioni impossibili come vere condizioni, nonostante le deviazioni assai notevoli da altre condizioni per ciò che riguarda i loro effetti, salvo poi a mettere in luce queste differenze essenziali e la loro ragion d'essere. Se ora domandiamo su che cosa riposi la differenza sopra espressa fra contratti e testamenti, le parole di GAIO: *vix idonea diversitatis ratio reddi potest*, ci daranno poca speranza di porre ciò

⁵⁸) GAI, *Inst.*, III, § 98.

⁵⁹) DIRKSEN, *Die Schulen der roem. Juristen* [Le scuole dei giureconsulti romani] nei *Beitraege*, ecc. [Contributi alla conoscenza del diritto romano], I, pag. 74 seg.

⁶⁰) L. 3 D. *de cond.*, 35, 1.

in chiaro. La più verosimile potrebbe sembrare la seguente spiegazione. Si presume di regola che l'autore di un negozio giuridico lo abbia veramente voluto, cioè lo abbia voluto seriamente. Questo presupposto diventa molto dubbioso quando egli abbia fatto dipendere la nascita del negozio da una circostanza, il cui inadempimento qualunque persona intelligente, e, per le condizioni impossibili moralmente, qualunque persona onesta, deve ritenere evidente; onde è molto naturale che si imponga agli interessati del contratto che essi esprimano la loro volontà in maniera più chiara e più conveniente, ciò che essi possono sempre fare. Diversa è la cosa nelle disposizioni di ultima volontà. Non soltanto la presunzione che sta in generale per la serietà della volontà del disponente è confermata dalle usuali formalità dei testamenti, ma è qui considerata a preferenza la circostanza che colui, a vantaggio del quale deve tornare la disposizione testamentaria, non ha avuto nessuna parte nella confezione di questa, nè potrebbe provocarne una migliore formulazione, perchè egli ne viene a conoscenza di solito dopo la morte del testatore. Se si aggiunga anche il noto *favor testamentorum* la differenza potrebbe apparire giustificata ⁶¹⁾.

Adunque l'espressione stessa di tali condizioni non dà loro alcuna efficacia. Questo però vale senza limitazioni soltanto per le condizioni impossibili, come per le necessarie, il cui inadempimento è impossibile di fatto, perchè qui, secondo la natura della cosa, il negozio può valere soltanto come incondizionato, o non vale affatto, non essendo possibile immaginare una terza ipotesi. Non così nelle condizioni necessarie affermative, perchè si può immaginare che sebbene il loro avverarsi sia indubitato, il testatore possa aver fatto dipendere da esse certe conseguenze che non si intenderebbero da sè. Una volontà eseguibile del testatore deve esser sempre rispettata, e così in un tal caso si applica la sentenza di *ULPIANO*:

« In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones » ⁶²⁾.

⁶¹⁾ *SELL*, *loc. cit.*, § 8.

⁶²⁾ *L. 19 pr. D. de cond.*, 35, 1. Similmente dice *PAPINIANO* in *L. 101 pr. eodem*: « in conditionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari oportere ».

Così si può benissimo concepire che il testatore abbia voluto che il diritto o la possibilità di farlo valere sia sospeso fino all'avverarsi della condizione necessaria, nel qual caso, se il momento in cui ciò avverrà non si determina, la disposizione deve considerarsi regolarmente come condizionata⁶³). Così la morte di un uomo è certo un avvenimento necessario e tuttavia il legato lasciato per il giorno della morte vale come un legato condizionato, o, per lo meno, come un legato *ex die*⁶⁴). Gli antichi però applicano anche qui il principio che una *necessaria conditio* non vale come vera condizione, anche quando dovrebbe esser ammesso che il legato stesso è inefficace, e ciò è logica conseguenza se un legato lasciato per il giorno della morte dell'onorato si consideri valido per il motivo che non *potest conditio non existere*⁶⁵).

3.° Alle *tacitae conditiones*, cioè ai presupposti naturali del rapporto giuridico si riferisce la seguente sentenza di PAPINIANO:

« *Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est, quae tacite inesse videntur, non faciunt legata conditionalia* »⁶⁶).

Nonostante la strana espressione dal contrapposto è facile comprendere ciò che il giurista pensasse delle *conditiones extrinsecus venientes*; esse sono le condizioni che non vengono dal testamento⁶⁷), ma vengono da altra parte, vale a dire quelle, come è dichiarato espressamente in seguito, che si sottintendono; tali condizioni sono menzionate spesso nelle nostre fonti, così per esempio se vengono lasciati per testamento i futuri prodotti di un fondo, di una schiava, ecc.⁶⁸). Se vien lasciato in testamento un oggetto sul

⁶³) Confr. più oltre, pag. 220 e BALDUINO, *loc. cit.*, cap. 3, p. 329-330.

⁶⁴) L. 79 § 1 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

⁶⁵) L. 79 pr. *eod.* Qui però non si diceva *pro non scripta habetur adiectio*, ma che il legato valeva come *ex die*, cioè, *non conditione sed mora suspenditur*.

⁶⁶) L. 99 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

⁶⁷) Quest'espressione era molto usata dai giureconsulti romani per indicare le condizioni improprie in contrapposto alle vere. L. 6 § 1 D. *quando dies leg.*, 36, 2: « *at si extrinsecus suspendatur legatum, non ex ipso testamento* ». L. 25 in f. *eod.*

⁶⁸) L. 1 § fin. D. *de cond. et dem.* Vedi L. 25 in f., L. 26 pr. D. *quando dies leg.*, 36, 2.

quale un terzo ha un diritto, si ha la *tacita conditio* che questi non faccia uso del suo diritto⁶⁹); oppure se l'oggetto del legato è un debito condizionato, anche qui si sottintende che la condizione debba avverarsi, perchè prima l'oggetto legato non esiste affatto⁷⁰). Ad ogni modo il diritto può diventare privo di effetto, se non avviene ciò che è necessario alla sua realizzazione, cioè la *tacita conditio*; tuttavia il diritto si trasmette agli eredi anche prima dell'avverarsi del l'evento, che ne è il presupposto, ed ha anche tutti gli altri effetti giuridici che si conciliano col fatto che la sua realizzazione dipende dall'esistenza della *tacita conditio*⁷¹). Le *tacitae conditiones* si distinguono dalle condizioni vere, ma espresse tacitamente, cioè non letteralmente⁷²). Veramente l'espressione nelle nostre fonti non è sempre abbastanza esatta e determinata per distinguere le condizioni tacitamente espresse dalle improprie. POMPONIO dice:

« Legatis, quae relinquuntur, dies aut certus aut incertus, aut conditio adscribitur, aut si nihil horum factum sit, *praesentia sunt, nisi si vi ipsa conditio insit.* — — — Inest autem conditio legatis, veluti quum ita legamus: *quod ex Arethusa natum fuerit, heres dato.* aut: *fructus, qui ex eo fundo percepti fuerint, heres data,* aut: *servum, quem alii non legavero, Sejo dato* »⁷³).

Secondo tali espressioni si dovrebbe credere che si parlasse di condizioni vere espresse tacitamente; mentre in altri testi vien riconosciuta chiaramente la differenza di questi casi dal legato

⁶⁹) L. 6 § 1 D. *quando dies leg.*, 36. 2. Il marito aveva legato ad un terzo la cosa dotale, lasciando invece alla moglie un'altra cosa. Se questa sceglie la cosa dotale il legato diventa nullo; la morte del legatario avvenuta prima della dichiarazione della moglie non estingue però il diritto, e questo vien trasmesso efficacemente agli eredi quando la moglie scelga la cosa lasciatale invece della dote.

⁷⁰) Arg. L. 19 § 2-4 *eod.* e L. 7 D. *eod.*, nella quale si parla dell'adizione dell'eredità come di una condizione tacita di un legato valido.

⁷¹) Così un legato di un debito condizionato può essere estinto dal legatario mediante accettazione, prima ancora che la condizione si sia avverata (L. 19 § 4 D. *eod.*), di che si adduce per ragione che *praesens legatum est.* § 3 *ibidem.*

⁷²) L. 6 pr. D. *quando dies leg.*

⁷³) L. 1 pr. e § 3 D. *de cond. et dem.*

veramente condizionato per ciò che anche prima dell'avverarsi della condizione il diritto passa agli eredi ⁷⁴). Esiste tuttavia una differenza essenziale fra queste condizioni sottintese, nelle quali l'effetto del negozio dipende da un avvenimento futuro e incerto, e le altre, perchè nelle prime l'esistenza stessa del negozio rimane incerta fino all'avverarsi della condizione, come fu già notato sopra. Per ciò gli antichi chiamano addirittura condizionato un tale diritto e lo contrappongono alle altre *tacitae conditiones*, il cui effetto, al contrario, non è dubbio. Così si distingue specialmente se un legato sia ordinato come presente, *jus praesens*, o soltanto sotto il presupposto che l'oggetto di esso si trovi nell'eredità, nel qual caso si discuteva soltanto sul significato dell'espressione usata. Alcuni sostenevano, per esempio, che anche l'espressione *res (Stichus, vestis, ecc.) quae mea erit* fosse da considerarsi come semplice *demonstratio* e non come condizione cioè che la cosa dovesse considerarsi sempre come legato, quando pure non si trovasse o non si trovasse più nel patrimonio del testatore ⁷⁵). Altri volevano al contrario introdurre una presunzione per il legato condizionato, anche se il testatore avesse considerato la cosa come propria, come, per esempio, *Stichus, qui meus est*; alcuni poi distinguevano a questo riguardo se fosse legato un oggetto determinato oppure uno indeterminato nella sua individualità o quantità, per esempio: *vina mea, vestis mea*, e volevano almeno nell'ultimo caso che il legato si considerasse come condizionato ⁷⁶). Fu approvata l'opinione che se l'espressione si riferisce al futuro, per esempio: *res, quae mea erit*, o anche più precisamente: *quae mea erit cum moriar*, il diritto sia condizionato, mentre quando l'espressione sia diversa si interpreti nel dubbio come una semplice *demonstratio*, cioè il diritto sia *jus praesens* ⁷⁷). Adunque poichè in alcune *tacitae conditiones* dipende da un av-

⁷⁴) L. 25 § 1 D. *quando dies leg.*

⁷⁵) Vedi, per es., LABEO, L. 85 in f. D. *de leg.*, III.

⁷⁶) L. 85 D. *de legat.*, III.

⁷⁷) L. 6 D. *de legatis*, I, 30. L. 85 D. *de legatis*, III, 32. La differenza consiste in ciò: un diritto condizionato di questa specie non può mai valere altrimenti che se la cosa esiste nel patrimonio del testatore,

venimento futuro ma certo, se il diritto stesso esisterà, in altre, al contrario, la realizzazione del diritto dipende soltanto da presupposti tali che in tutte le disposizioni di ultima volontà debbono considerarsi come sottintesi, per esempio che l'onorato sopravviva al testatore, che egli voglia acquistare anche il diritto, ecc.; quelle prime possono e debbono contrapporsi come veramente condizionate alle seconde, e soltanto è da censurare che POMPONIO e altri nei testi sopra citati si siano espressi in modo come se le *tacitar conditiones* della prima specie fossero vere condizioni in senso stretto. Che esse non siano tali è espresso in altri luoghi, e specialmente nel seguente testo di PAPINIANO ⁷⁸⁾:

« *Heres meus Titio dato, quod mihi Sejus pupillus debet. Si Sejus pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepisset, nec locupletior factus esset* ⁷⁹⁾, et petitor ad praesens debitum verba retu-

mentre anche il legato incondizionato, quando l'oggetto sia determinato, si estingue di regola per l'alienazione fattane dal testatore e vale in generale solo se alla morte del testatore l'oggetto esiste. L. 1 § 1 D. *de instr. leg.*, 33, 7, L. 18 D. *de adim. leg.*, 34, 4. (Eccezioni vedi al § 12 I. *de legatis*, 2, 20, L. 11 § 12, 13 D. *de legatis*, III, 32); L. 25 § 1 D. *quando dies leg.*, 36, 2.

⁷⁸⁾ L. 25 § 1 D. *quando dies leg.*, 36, 2.

⁷⁹⁾ Nella Fiorentina manca il *nec davanti ad locupletior*, onde alcuni vogliono invece leggere *et. CUIACIO, Observationes*, lib. XVII, c. 4; JAUCH, *de negationibus Pand. florentinarum*, p. 313 seg. POTHIER, *Pand. tit. de cond. et demonstr.*, n. 45; SINTENIS, nella traduzione tedesca del *Corpus iuris*, vol. III, pag. 792. Se si considera però il nesso del discorso la lezione comune sembrerà preferibile. Il giureconsulto considera nullo il legato quando il testatore abbia pensato ad un diritto di credito presente vero e proprio, cioè azionabile, e un tal credito manca quando il pupillo abbia contratto il mutuo senza l'*auctoritas* del tutore e non si sia arricchito. Diversamente vanno le cose quando il testatore abbia avuto in animo di legare anche il semplice credito naturale, pel caso che il debitore pagasse. A dir vero sembra che PAOLO ammettesse una obbligazione naturale pel pupillo che prendeva a mutuo senza l'*auctoritas* del tutore solo quando si fosse arricchito (L. 13 § 1 D. *de cond. ind.*, 12, 6); ma non v'è alcun dubbio che l'azione *in factum* per l'arricchimento si dava a chiunque si fosse arricchito ingiustamente e quindi anche contro il pupillo (L. 37 pr. D. *de neg. gestis*, 3, 5, L. 34 pr. D. *de min.*, 4, 4, L. 14 D. *de cond. ind.*, 12, 6, L. 46 D. *de obl. et act.*, 44, 7. — Vedi SELL, *Saggi cit.*, Diss. I, § 24), ond'è che un simile legato doveva sempre essere

lisset⁸⁰), quia nihil ei debet, nullius momenti legatum erit. Quodsi verbo debiti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacite conditio inserta sit, non secus, ac si ita dixisset: *Titio dato, quod pupillus solcerit*, vel si legasset, *quod ex Arethusa natum erit, vel fructus, qui in illo fundo nascentur*. Contrarium non est, quod, si medio tempore legatarius moriatur, et postea partus edatur, fructus perveniant, pecuniam pupillus exsolvat, heres legatarii petitionem habet; *namque dies legati, cui conditio non adscribitur, quamvis extrinsecus exspectanda sit, cedit*».

Nel caso del quale qui si parla, il legato condizionato è più efficace di quello incondizionato. Se il legato del credito, che vale come semplice obbligazione naturale, è lasciato nel presente, non ha veramente nessuna efficacia, ma ne ha, se si considera come legato condizionale, perchè, in tal caso, si deve aspettare se il credito non perseguibile in giudizio sia realizzato o no. Tuttavia, soggiunge il giureconsulto, si distingue un tale credito da un credito condizionato vero e proprio, perchè se anche il lega-

efficace nel caso di arricchimento del pupillo, mentre invece PAPINIANO ne fa dipendere, nel caso presente, l'efficacia dall'avverarsi del pagamento. Del resto PAOLO stesso riconosce espressamente in altro luogo che il pupillo che agisce senza l'*auctoritas* del tutore si obbliga naturalmente, anche se non si arricchisca (L. 21 pr. D. *ad legem Falc.*, 35, 2); la L. 13 § 1 D. *de cond. ind.*, 12, 6 deve dunque necessariamente riferirsi al caso che il pupillo avesse pagato il debito, contratto durante l'impubertà, dopo la pubertà, ma prima della maggior età. — Confr. in questo senso BUECHEL, *Civilrechtliche Erörterungen* [Dissertazioni di diritto civile], vol. II, p. 77. Il nostro testo adunque conferma sempre più l'opinione, che ormai tende a divenire comune, che i pupilli e i minori si obblighino *naturaliter* coi loro atti, ma l'efficacia di tale obbligazione cominci solo col termine della tutela. — Vedi le mie *Pandette*, II, § 330, n. 2. — Così si spiega anche facilmente l'origine della lezione erronea fiorentina, senza *nec*. Vedi BRENCMANN, nota 13 ad *h. l.*, ediz. GEBAUER-SPANGENBERG e sull'intero testo SCHULTING-SMALLENBURG, *Notae ad Digesta*, t. V. pag. 632 seg.

⁸⁰) Non è necessario leggere *testator* invece di *petitor*, come alcuni han proposto (SCHULTING). Certamente però con quelle parole si designa il testatore nella sua qualità di creditore (*petitor*).

tario muore prima dell'avverarsi della condizione, prima cioè del pagamento da parte dell'obbligato naturalmente, o prima del nascere dei prodotti della schiava o del campo lasciati per testamento, il diritto di lui passa agli eredi ⁸¹⁾).

Del resto fu già spiegato sopra come ogni condizione sottintesa possa avere il significato di una vera condizione, quando il testatore faccia dipendere da ciò una conseguenza che non sarebbe necessaria. Frattanto non è da presumere che ciò sia stato voluto neppure quando l'autore del negozio giuridico abbia scelto la formula della condizione, se, senza offendere le probabilità, si possa ritenere che egli non abbia voluto veramente aggiungere una condizione ⁸²⁾. Per ciò POMPONIO decide che se Tizio è stato istituito erede con la determinazione *si Titius hereditatem meam adierit Maerio decem dato*, questo non è un legato condizionato e per ciò si trasmette agli eredi del legatario, anche se questo muoia prima dell'adizione dell'eredità, perchè la realizzazione di ogni legato dipende in fine dall'adizione dell'eredità ⁸³⁾. Anzi anche una vera condizione aggiunta al legato acquista la natura di una condizione sottintesa, e per ciò non impedisce la trasmissione agli eredi del legatario, quando da essa sia fatto dipendere anche l'acquisto dell'eredità, perchè se la condizione non fosse espressa anche nel legato, ma solo nell'istituzione d'erede, l'efficacia del primo dipenderebbe dall'efficacia dell'istituzione condizionata.

« Si sub conditione, qua te heredem institui, sub ea conditione Titio legatum sit, Pomponius putat, perinde hujus legati diem

⁸¹⁾ Confr. anche L. 6 § 1 *eod.* e BALDUINO, *loc. cit.*, cap. IV, pagina 331 seg.

⁸²⁾ Questo non è il caso quando egli faccia dipendere l'esistenza del diritto dal volere dell'onerato. Questa è da considerarsi vera condizione. L. 65 § 1 D. *de legatis*, I, 30.

⁸³⁾ L. 22 § 1 D. *quando dies leg.*: « — Et idem, si ita fuerit scriptum: *si Titius hereditatem meam adierit, intra dies centum Maerio decem dato*: nam hoc legatum in diem erit, non sub conditione, quia definitio Labeonis probanda est, dicentis, *id demum legatum ad heredes legatarii transire, quod certum sit debitum iri, si adeatur hereditas* », cioè passa agli eredi soltanto quel legato la cui realizzazione dipende dall'adizione dell'eredità, di regola dunque ogni legato di questa specie.

cedere, atque si pure relictum esset, *quoniam certum esset, herede existente debitum iri*; neque enim per *conditionem heredum fieri incerti legata, nec multum interesse tale legatum ab hoc; si heres erit, dato* » ⁸⁴).

§ 1459.

Varie specie di condizioni.

Se si astrae dal valore giuridico delle disposizioni condizionate, cioè dalla questione, se una data determinazione possa valere come condizione, e se si considera soltanto l'espressione per la quale la disposizione appare condizionate, le condizioni si possono distinguere in possibili e impossibili ⁸⁵). Condizioni impossibili sono in generale quelle la cui esistenza è inconcepibile; se quest'impossibilità ha il suo fondamento nelle leggi naturali, esse sono dette fisicamente impossibili; se l'adempimento di esse si oppone ad un precetto di legge o ad un dovere morale, di costume e di convenienza, esse si chiamano condizioni giuridicamente o moralmente impossibili. Nelle nostre fonti del diritto soltanto le condizioni fisicamente impossibili sono chiamate *impossibiles conditiones*, e di esse si dice: « *Impossibilis conditio habetur, cui natura impedimento est, quominus existat; veluti si quis ita dixerit: si digito coelum tetigero, dare spondes!* » ⁸⁶).

Può darsi che una cosa sia di per sè possibilissima, ma si parta per ammetterla da un presupposto inesistente; in tal caso la condizione qui aggiunta è impossibile secondo le leggi della logica, non meno che se contraddicesse alle leggi della natura. PAPINIANO designa una tale condizione come *conditio falsa*, e, come di solito,

⁸⁴) L. 21 § 1 D. *quando dies leg.*, 36, 2.

⁸⁵) MAIANISIO, *Diss. de conditione impossibili net. voluntati adiecta* nelle sue *Disputationes iuris*, n. XXXIV. Appartiene all'argomento pel suo contenuto generale anche lo scritto del SELL già indicato al § 1457. ARNDTS, *Ueber den Begriff und die Eintheilung der unmöglichen Bedingungen* [Concetto e distinzione delle condizioni impossibili] nei suoi *Contributi a varie dottrine del diritto e della procedura civile* [Beitraege, ecc.], fascicolo I, Bonn 1837, n. IV, pag. 161-183.

⁸⁶) PAULI, *sent. rec.* III, tit. IV, B. § 1, 11 I. *de inutilib. stipul.*

porta a spiegazione un esempio: « *Falsam conditionem Cassius et Caelius Sabinus impossibilem esse dixerunt, veluti: Pamphilus, si quod Titio debeo solverit, liber esto*, si modo nihil Titio fuit debitum; quodsi post testamentum factum testator pecuniam exsolvit, defecisse conditionem intelligi »⁸⁷⁾.

Un altro esempio è questo: l'erede era istituito sotto la condizione che la figlia del testatore gli fosse sopravvissuta; poichè il testatore non aveva mai avuta una figlia, anche questa condizione doveva esser considerata come veramente impossibile e per ciò come non scritta⁸⁸⁾. Però anche delle condizioni giuridicamente e moralmente impossibili è detto che esse abbiano giuridicamente il valore delle *impossibiles*⁸⁹⁾, e della condizione ammissibile sotto questo punto di vista si dice che essa è *non impossibilis*⁹⁰⁾, di modo che le espressioni ormai usuali si possono considerare come giustificate dalle fonti.

Le condizioni giuridicamente impossibili o contradicenti ad una norma positiva di diritto vengono designate come: « *conditiones contra leges scriptae, conditiones, quae jure impleri nequeunt, quas senatus aut Princeps improbant* », o in modo analogo⁹¹⁾. Le moralmente impossibili, o condizioni che offendono il costume e la morale, sono indicate come *turpes conditiones, contra bonos mores adscriptae*, ecc.⁹²⁾. Esempi di ciò ve ne sono in quantità, e per

⁸⁷⁾ L. 72 § 7 D. *de cond. et dem.*

⁸⁸⁾ L. 6 § 1 D. *de cond. et dem.*, L. 45 D. *de hered. inst.* (« — tamen Titium heredem fore, quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet »). — Vedi anche L. 26 § 1 D. *de statu liberis*, 40, 7. — Vedi AVERANIUS, *Interpr. juris*, lib. II, c. 24, n. 14, 15 e il MAIANSIUS, *loc. cit.*, § 20, 21 che concorda alla lettera.

⁸⁹⁾ L. 137 § 6 D. *de Verb. Obl.*, 45, 1.

⁹⁰⁾ L. 97 D. *de cond. et dem.*, L. 50 pr. D. *de pact.*, 2, 14.

⁹¹⁾ L. 14, 15. D. *h. t.*, L. 137 § 6 D. *de verb. obl.*, 45, 1; PAULI, *sent. rec.* III, 4 b, § 2. Esempi contiene la L. 137 § 6 D. *de verb. obl.*, 45, 1: « si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit, vel forum, aut basilicam, et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictæ sunt ». Sono parificate le condizioni *in fraudem legis*. Vedi SELLI, § 22.

⁹²⁾ L. 9 D. *h. t.*, L. 112 § 3 D. *de leg.*, I, L. 63 § 7 D. *ad Sct. Treb.*, 36, 1.

la maggior parte si comprendono anche senza bisogno di commenti, per esempio la condizione che alcuno non liberi il proprio padre dalla prigionia di guerra, che non alimenti i parenti prossimi, che lasci insepolto il cadavere del testatore, si separi dal proprio consorte, ecc. ⁹³). Ma fu ritenuta anche per immorale ogni condizione che abbia per scopo una limitazione vera o propria della personalità o della libertà personale, considerata per ciò moralmente impossibile, così, per esempio, la condizione di non cambiare il suo domicilio o di scegliersi per domicilio un luogo determinato ⁹⁴). Tanto per questo motivo, quanto per riguardo al bene pubblico, la condizione di celibato, *si non nupsarit*, fu ritenuta come assolutamente illecita ⁹⁵). Però per riguardo in generale al diritto e alla libertà di sposarsi valse il principio: « Semper in conjunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit » ⁹⁶).

Per ciò la scelta di un marito o di una moglie non può farsi dipendere dalla volontà di un terzo ⁹⁷), e una tale imposizione non può farsi neppure dal padre ⁹⁸). Al contrario sono ammissibili le seguenti condizioni: a) di contrarre matrimonio in generale, o con una persona determinata, supposto che ciò possa avvenire senza violazione dei precetti legislativi e senza danno di ciò che richiede il riguardo alla convenienza e alla dignità ⁹⁹); b) di non contrarre matrimonio

⁹³) L. 9, L. 27 pr. D. *h. t.*, L. 5 C. *de instit. et substit. sub condit. fact.*, 6, 25. Vedi SELL, § 27, 28.

⁹⁴) L. 71 § 2 D. *de cond. et dem.*

⁹⁵) L. 22, L. 72 § 5, L. 100 D. *de cond.*, 35, 1. Del resto questa e simili condizioni sono talvolta indicate dai Romani come contrarie alla legge. Confr. su questo e sugli oneri in genere limitativi della libertà matrimoniale i seguenti autori: H. DONELLUS, *Comment. j. civ.*, lib. VIII, c. 32, § 13-20; Jo. Sal. BRUNQUELL, *D. de conditione: si non nupsarit, ultimis voluntatibus adjecta* (*Opusc.*, n. V); HEINECCIUS *ad Leg. Jul. et Pap. Popp.*, lib. II, c. 16; J. A. BACH, *Diss. de lege Jul. Miscella eiusq. usu hodierno* (in *Opusc.* n. VI); MAJANSIUS, *Diss. de indicta viduitate et lege Jul. Miscella* (in *eius disp.* n. XXXIX); SELL, *loc. cit.*, § 35-42.

⁹⁶) L. 197 D. *de reg. jur.*

⁹⁷) L. 72 § 4 D. *de cond. et dem.*

⁹⁸) L. 28 pr. *eod.*

⁹⁹) L. 63 § 1 D. *cod.*: « — si honeste Titio possit nubere, dubium

con una persona determinata, purchè ciò non nasconda l'intenzione di distogliere completamente l'onorato dal matrimonio o per lo meno di renderglielo più difficile ¹⁰⁰); c) la condizione per una vedova di non rimaritarsi, finchè abbia i figli impuberi, *si a liberis impuberibus non nupserit* ¹). Sul caso che il marito lasciasse qualche cosa in testamento alla moglie sotto la condizione di non rimaritarsi, una *Lex Julia Miscella* ²) conteneva certe disposizioni che GIUSTINIANO riferisce, sebbene non chiaramente, in occasione di alcuni cambiamenti ³). Egli stesso stabilì poi da ultimo che tali condizioni potessero, non soltanto essere imposte da un coniuge all'altro, ma anche da un terzo; chi vuole ottenere il lascito fatto sotto tal condizione deve prima aspettare un anno dopo lo scioglimento del matrimonio, e poi dare una cauzione per la restituzione nel caso in cui egli agisca contro la condizione ⁴).

Del resto parecchie condizioni sono proibite nei contratti e sono invece valide nei testamenti, e viceversa. Così decide PAPINIANO nel libro 17 delle sue *Questioni*:

« Titio autem relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem — ducat; *conditio non remittetur*. — Huic sententiae non refragatur, quod

non erit, quin, nisi paruerit conditioni, excludatur a legato; si vero indignus sit nuptiis eius iste Titius, dicendum est, posse eam beneficio legis (Juliae) cuilibet nubere ». — L. 1 C. *de inst. et subst. sub cond.*

¹⁰⁰) L. 63 pr. D. *de cond. et dem.*: « — si neque Titio, neque Sejo, neque Maerio nupserit, et denique, si plures personae comprehensae fuerint: — placuit, cuilibet eorum si nupserit, amissionem legatum, nec videri tali conditione viduitatem iniunctam, quum alii cuilibet satis commode possit nubere ». — L. 64 § 1 *cod.*: « — Si Ariciae non nupserit: interesse, an fraus legi facta esset. Nam si ea esset, quae nuptias non facile posset invenire —, ipso iure rescindendum, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum ». — BRUNQUELL, *loc. cit.*, § 12.

¹) L. 62 § 2 D. *cod.*

²) Era questa la *lex Julia et Papia* o un'altra legge? Vedi BRUNQUELL, *loc. cit.*, § 21-23; EINECCIO, *loc. cit.*, § 3; BACH, *loc. cit.*, § 5-7; ZIMMERN, *Roem. Rechtsgeschichte* [Storia del diritto romano], § 24, p. 82-83.

³) L. 2 *Cod. de indicta viduitate et lege Julia miscella tollenda*, 6. 40. Un po' più preciso è il riferimento nella Nov. 22 c. 43. Vedi BRUNQUELL, § 25 pr., BACH, § 10-13, MAIANSIO, *Diss. de ind. viduitate*, § 5-7. ZIMMERN, *Storia del diritto romano*, II, § 173.

⁴) Nov. 22, c. 44.

si quis pecuniam promittat, si *Maeiviam uxorem non ducat*, Praetor actionem denegat: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud, ad matrimonium certa lege invitari » ⁵⁾).

Nei due casi la libertà della scelta è limitata, ma, dice PAPI-
NIANO, il fatto di sottoporsi ad una perdita patrimoniale nel caso
che non si sposi una persona determinata implica una maggior
diminuzione di volontà che il semplice far dipendere da tale cir-
costanza l'acquisto di una liberalità ⁶⁾. Al contrario la *conditio
iurisiurandi* è invalida soltanto nei testamenti. Essa consiste in
ciò, che ad un erede o a un legatario è imposto un onere sotto
la condizione che egli prometta con giuramento di adempierlo ⁷⁾.
Egli deve adempiere l'onere ⁸⁾, non è necessario però ch'egli presti
il giuramento ⁹⁾. Intorno a ciò era apparso un editto del pretore ¹⁰⁾,
a spiegare il quale ULPIANO ¹¹⁾ dice quanto segue:

⁵⁾ L. 71 § 1 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

⁶⁾ Meno ancora poteva valere la condizione per la quale una persona
s'impegnasse a una prestazione pel caso che l'altro contraente la sposasse,
essendo cosa lesiva in alto grado della morale e della convenienza il ri-
durre i rapporti familiari più santi ad un oggetto negoziabile. L. 97 § 2
D. *de verb. obl.*, 45, 1. Il diritto canonico però riconosce efficacia a tale
promessa di matrimonio quando sia confermata con giuramento. C. 3 X.
de cond. appos., 4, 5. Confr. *loc. cit.*, § 42.

⁷⁾ Vedi MAIANIO, *Disp.*, n. V; SELL, *loc. cit.*, § 56 e gli scritti ivi
citati.

⁸⁾ L. 8 § 6 D. *h. t.*: « Quoties heres iurare iubetur, daturum se aliquid
vel facturum, quod non improbum est, actiones hereditarias non aliter
habebit, quam si dederit vel fecerit is, quod erat iussus iurare ».

⁹⁾ Nella L. 20 D. *de cond. et dem.* è detto: « Non dubitamus, quin
turpes conditiones remittendae sint; quo in numero *plerumque* sunt etiam
iurisiurandi ». Non sempre dunque la *conditio iurisiurandi* si ritiene il-
lecita. Essa è tale quando contiene la promessa giurata di un atto fu-
turo (L. 26 pr. D. *de cond. et dem.*, 35, 1); e per ciò un diritto può
ben farsi dipendere dal fatto che alcuno garantisca con giuramento la
verità di un fatto passato, per esempio l'attuale esistenza di un debito.
Non vi è invece alcuna eccezione pel *favor libertatis* (L. 12 D. *de man.
test.*, 40, 4); ma una vera eccezione contiene la L. 97 D. *de cond. et
dem.*, 35, 1; DONELLO, *loc. cit.*, § 22, 23; SELL, *loc. cit.*, pag. 239 seg.
Vedi *infra*, nota 44 e anche nota 12.

¹⁰⁾ L. 8 D. *h. t.*, L. 29 § 2 D. *de test. milit.*, 29, 2. Vedi CUIACIO,
Obs., lib. V, c. 1.; MAIANIO, *loc. cit.*, § 14.

¹¹⁾ L. 8 pr. D. *h. t.*

« Providit enim (Praetor), ne is, qui sub jurisjurandi conditione quid accepit, aut omittendo conditionem perderet hereditatem legatumve, aut cogereetur turpiter accipiendo conditionem jurare. Voluit ergo eum, cui sub jurisjurandi conditione quid relictum est, ita capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis jurisjurandi conditio inseritur; et recte: quum enim faciles sint nonnulli hominum ad jurandum contentu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem; ne vel hic vel illi aut consequerentur, aut perderent, quod relictum est, Praetor consultissime intervenit. Etenim potuit is, qui voluit factum, quod religionis conditione adstringit, sub conditione faciendi relinquere; ita enim homines aut facientes admitterentur, aut non facientes deficerentur conditione ».

Il giureconsulto vuol giustificare la disposizione dell'editto, e questa giustificazione contiene anche alcuni accenni al motivo per cui la *conditio jurisjurandi* era annoverata fra le turpi, perchè altrimenti sarebbe bastato quanto è detto in fine del testo, che cioè i giuramenti non necessari sono un giuocare leggermente con la religione. Ma il giuramento è da considerare qui come non necessario, perchè ciò che dovrebbe promettersi con giuramento deve adempiersi egualmente; e se il testatore vuol elevare l'onere a condizione del diritto non ha che da esprimerlo. Ma vi è anche qualche cosa di sconveniente nell'esigere un tale giuramento, perchè il testatore dà così a vedere che non ha fiducia nell'onorato, come se questi fosse incapace altrimenti di adempiere il suo dovere, e questa sfiducia l'onorato stesso verrebbe a giustificare con la prestazione del giuramento; onde ULPIANO designa un tale acquisto come un *turpiter accipere*. Colui che è di sentimenti ed animo religiosi si vedrà facilmente indotto a rinunciare ad un diritto, alla cui attuazione non si oppone altro che il giuramento superfluo che da lui si esige. E, nel primo caso, il desiderio di vedersi presto in possesso di un'eredità o di un legato non sarà forse l'occasione a prestare affrettatamente un giuramento, che forse non si è in grado di prestare? Così questa condizione appartiene alle condizioni immorali, perchè essa pone nell'alternativa di pre-

stare un giuramento inutile, o di rinunciare senza ragione ad un diritto, e può anche dare occasione a falsi giuramenti ¹²⁾. Nei contratti il giuramento promissorio è stato invece ritenuto sempre come una conferma lecita di un'obbligazione assunta; questo è anche il motivo pel quale la *conditio iurijurandi* vera e propria fu considerata lecita ¹³⁾, non essendo questa altro che l'obbligo di confermare con giuramento una promessa già fatta ¹⁴⁾.

In generale bisogna molto spesso tener conto dei motivi del negozio giuridico, come la sua qualità speciale o la tendenza della condizione *in concreto*, per poter determinare se nella condizione vi sia qualche cosa che contraddice alle leggi morali o al sentimento della moralità e convenienza.

Che alcuno si faccia promettere qualche cosa per adempiere il proprio dovere o per non fare ciò che è lecito è cosa che tradisce evidentemente l'immoralità del sentimento e un'insensibilità verso le leggi del costume e della morale; onde una tale condizione deve considerarsi come illecita ¹⁵⁾. Al contrario, difficilmente si troverà persona cui ripugni il fatto che un legato sia lasciato sotto la condizione che l'onorato adempia i propri doveri meglio di quel che non abbia fatto fin qui, oppure che egli si liberi da certe immoralità, perchè l'immorale sta in tali casi solo nel far dipendere dalla condizione della ricompensa ciò che si dovrebbe fare o tra-

¹²⁾ Cfr. JAEGER, *Zeitschrift für Civilrecht und Process* [Rivista di diritto e procedura civile], vol. III, pag. 414 seg.; SELL, *loc. cit.*, pagina 237 seg. Diversa dalla promessa giurata di adempiere certi oneri si considerava l'accettazione di un'eredità o d'un legato con certe invocazioni religiose; per es.: « Testor divinum numen, fas mihi sit, eam hereditatem idve legatum capere ». Una simile condizione poteva ben essere apposta; solo nasceva la questione se la pronuncia di una tale invocazione costituiva accettazione. LABEONE lo negava, PROCULO invece con maggior ragione lo affermava. L. 62 D. *de acq. her.*, 29, 2; CUIACIO, *Observ.*, V, 1.

¹³⁾ L. 19 § 6 D. *de donat.*, 39, 5: « Pegasus putabat, si tibi centum spondero hac conditione, si iurasses, te nomen meum laturum, non esso donationem, quia ob rem facta est, res secuta est ».

¹⁴⁾ SELL, *loc. cit.*, p. 245-254.

¹⁵⁾ L. 7 § 3 D. *de pactis*, 2, 14. Cfr. gli scrittori citati alla nota 17.

lasciare egualmente ¹⁶). Parimente un contratto, mediante il quale alcuno si sottopone a certi danni, si impegna ad obbligazioni già a lui incombenti nel caso che non adempia il suo dovere o faccia qualche cosa di illecito, non è affatto contrario alla morale o al buon costume; esso può anzi servire ad incoraggiare nella via del giusto e del buono, e a nessuno apparirà spregevole per ciò il carattere del promettente, onde tal contratto è senza dubbio valido ed efficace ¹⁷). Nelle disposizioni di ultima volontà invece non si ritiene conveniente che un erede sia assoggettato a un danno nel caso che egli agisca contro le disposizioni lecite del testamento, o altrimenti manchi al suo dovere. Danni di questo genere possono consistere soltanto in ciò, che per un tal caso sia attribuita qualche cosa ad un terzo; e considerando la cosa sotto questo aspetto, si venne a dichiarare la nullità dei legati *poenae nomine relicta* ¹⁸). Le disposizioni testamentarie dovevano essere motivate da sentimenti benevoli del testatore verso l'onorato, non dovevano apparire come mezzo di punire un terzo ¹⁹); e così si trovò nei lasciti *poenae nomine* qualche cosa di immorale, e si ritenne invalida una tale disposizione. GIUSTINIANO però abolì questa limitazione e dichiarò valide le condizioni di questa specie, purchè esse fossero tali che potessero valere in genere, cioè l'imposizione fatta agli eredi non contenesse nulla di fisicamente o giuridicamente impossibile ²⁰).

¹⁶) Vedi le mie *Pandette*, I, § 108, nota in fine.

¹⁷) L. 50 D. *de pactis*, 2, 14, L. 121 § 1 D. *de V. O.*; THIBAUT, *Dissertazioni* [*Abhandlungen*], p. 362, n. 1; SELL, *loc. cit.*, § 29 e *Sulle tradizioni condizionate* [*Bedingte Traditionen*], Zurigo 1839, § 30; ARNOLD, *loc. cit.*, pag. 174.

¹⁸) ULPIANO, XXIV, 17; § 36 I. *de legatis*, 2, 20. Sulla dottrina dei legati *poenae nomine relicta*, che qui non è il luogo di trattare, confronta GOESIKLE, *Observationes iuris romani*, n. III, pag. 47 seg.; SELL, *loc. cit.*, § 64. Del resto questa limitazione si applicava, almeno secondo l'opinione di non pochi, anche al caso di aggiunta di un coerede sotto tale condizione. GAYO, II, 243; § 36 I. *de legatis*, 2, 20.

¹⁹) TEOFILO, *Paraphr. Inst.* ad § 36 I. *de leg.*: « — legata ex benevolentia et amore erga legatarium relinquenda sunt, non ex odio heredis ».

²⁰) L. un. C. *de his, quae poenae nomine relinquuntur*, 6, 41, § 36 I. *de leg.* in f.

Se ora si domanda se e fino a qual segno le disposizioni del diritto romano sulle *turpes conditiones* abbiano valore presso di noi, è da notare che i concetti su ciò che appartiene al dominio della morale, in senso stretto, non sono gli stessi in ogni luogo e in ogni tempo. Che cosa sia o che cosa non sia morale e conveniente non si può stabilire secondo leggi positive, ma secondo i concetti che dominano nella coltura di un popolo, salvo dove un legislatore abbia determinato a suo arbitrio alcuni punti appartenenti a ciò che tocca il decoro, come, per esempio, per la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, in vista della questione quali unioni coniugali siano da ritenere convenienti, cioè ammissibili secondo i principî dell'*honestas*. Ad ogni modo però si può affermare che le disposizioni del diritto romano nel campo del diritto strettamente privato debbono potersi applicare quando non si sia formata una solida pratica, o, al contrario, non possa dimostrarsi che esse stanno in opposizione coi concetti fin qui ammessi sul costume e sulla morale. Ciò posto, sarà difficile il dimostrare anche l'inapplicabilità di una sola fra le disposizioni sopra riferite benchè ciò non sia fuori di discussione, sostenendosi da molti in rapporto alla *conditio viduitatis* che questa, secondo i costumi odierni, deve considerarsi come illecita, per conseguenza deve considerarsi nelle disposizioni di ultima volontà *pro non scripta* ²¹⁾. Ora noi possiamo risolvere le questioni, che non sono risolte neppure nel diritto comune, secondo i nostri concetti sul costume, l'onore e la convenienza, come secondo i principî derivanti dalle disposizioni particolari del diritto romano. Una fra le questioni più dibattute è la seguente: se la *conditio religionis mutandae vel non mutandae* sia da considerare come *turpis conditio*. Molti risolvono la questione affermativamente senza riserve, altri la risolvono incondizionatamente in senso negativo, altri ancora fanno distinzione fra la condizione di cambiar religione e quella di non cambiarla, e ritengono quella come illecita: e questa come lecita. Relativa-

²¹⁾ Così il BACH, *loc. cit.*, § 16, contro il BRUNQUELL, § 41-43, il quale conferma la sua opinione coll'autorità di giudicati delle facoltà giuridiche di Lipsia, Helmstädt e Iena.

mente alla condizione di cambiar religione, alcuni distinguono se si debba passare dalla religione dominante ad una religione semplicemente tollerata, o viceversa, la condizione è ritenuta illecita nel primo caso, ma non nell'ultimo ²²). Per l'opinione negativa è detto che è lecito cambiar religione, posto che non si passi ad una setta religiosa proibita, o non cambiarla purchè non ne derivino conseguenze dannose per il proselitismo; ora ciò che è giuridicamente ammissibile può anche essere oggetto di una condizione. Ma a ciò si può rispondere benissimo con un *argumentum ad hominem*. È nell'arbitrio di ognuno di sposarsi o di non sposarsi; però quest'ultimo evento non può essere posto come condizione di un acquisto perchè contiene una violazione ingiusta della libertà personale, coll'imporre ad un altro cose di questa specie. E quando uno scrittore moderno opina che siano annoverate fra le condizioni moralmente impossibili soltanto quelle che offendono la legge morale ²³), se considerate oggettivamente, cioè secondo i principj puramente morali, come appare dalla L. 15 D. h. t., il contrario appare invece precisamente dagli esempi di condizioni che nel diritto romano vengono considerate come *turpes*. È forse oggettivamente turpe il rimanere celibi o sposarsi secondo la scelta di un terzo, oppure non cambiare mai il proprio domicilio? Eppure una tale condizione non può imporsi. Ma in tale condizione come nella *conditio jurisjurandi*, noi troviamo un tentativo di limitazione ingiusta della libertà personale, mediante l'impulso del vantaggio e dell'avidità di guadagno, il quale, benchè espresso solo indirettamente, non deve essere tollerato più che per le convinzioni religiose. La libertà di coscienza non può quindi

²²) Vedi su questa questione: REINHARTH, *Selectae observationes ad Christin. decis.*, vol. IV, obs. 24; HAGEMANN e GUENTHER, *Archiv.*, vol. III, n. 8; GAMBSJAEGER, *Princ. circa condicionem seu affirm. seu negatae relig. mutationis*, Heidelberg 1812; JAEGER nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* [Rivista di diritto e procedura civile], vol. III, n. 16; SELL, *loc. cit.*, § 81.

²³) VANGEROW, *Pandette*, pag. 110, della 1.^a ediz. I § 93. Fra gli scrittori che dichiarano valida tale condizione sono da nominare ancora THIBAUT, *Pandette*, § 954; BRAUN, *Erörterungen* [Dissertazioni], pag. 728.

esser limitata nè direttamente, nè ponendo alcuno nell'alternativa di operare contro le sue convinzioni religiose o di rinunciare a un guadagno. Vero è che nonostante ciò, l'uomo rimane padrone della sua volontà; ma non rimane egli tale, anche se gli viene imposta la condizione di non sposarsi? Ma l'amor del lucro farà tacere facilmente la coscienza, o farà nascer l'illusione che la condizione si avveri non per la volontà di un altro, ma per propria libera volontà. Tali seduzioni non devono però aver luogo; ciò è espresso in modo decisivo nel diritto romano. Nè si opponga che la condizione di sposare una persona determinata è una condizione valida ²⁴). Questa sarebbe già una inconseguenza; ad ogni modo è un'eccezione alla regola, la quale proibisce le limitazioni della libertà personale e di coscienza, è per ciò un'argomentazione del tutto inammissibile questa che, perchè sono concesse certe imposizioni che limitano indirettamente la libertà di azione e di coscienza, se ne debba dedurre l'abolizione della regola! Se si deve invece ammetter questa regola, ne segue anche che la questione proposta sia da risolvere in senso assolutamente affermativo, e tutte le distinzioni suddette siano da rigettare, perchè la libertà di coscienza e di culto è limitata allo stesso modo da tutte le condizioni summenzionate ²⁵).

Il carattere dei Romani tendente alla più assoluta serietà, il quale si mantenne nella giurisprudenza, anche quando non era più carattere nazionale, ebbe per effetto anche la parificazione fra condizioni derisorie e condizioni turpi ²⁶), e fra queste si annoverarono poi anche gli oneri agli eredi, che li obbligino a fare una pompa esagerata nei funerali del testatore, con abiti, costosi oggetti preziosi, ecc. ²⁷). Si venne quindi alla questione: se l'erede o il legatario potesse accettare la condizione di prendere

²⁴) BRAUN, *loc. cit.*, pag. 728.

²⁵) Concordano REINHARTH, JAEGER, SELL (vedi sopra, nota 23); MACKELDEY, *Lehrbuch* [Trattato di dir. romano], § 88, n. IV, 3; WEBER *ad Hoepfner*, § 490, nota 2, n. 3.

²⁶) L. 14 D. *h. t.* Confr. sopra nota 93.

²⁷) L. 113 § 5 D. *de legatis*, I, 30. Confr. FERRERI, *Parerga*, lib. I, c. 26 in OTTONE, *Thes.*, I, 897 seg. R. del MANZANO, *ad legem Iuliam et Papiam*, in MEERMANN, V, p. 96 seg.

il nome del testatore ²⁸⁾, e pur affermandosi *nihil mali esse, honesti hominis nomen adsumere* ²⁹⁾, tuttavia tal condizione si ritenne invalida se fosse ad essa collegata un'offesa.

« Sed et salutis ac dignitatis ratio habenda erit; quid enim, si — — jussus sit — —, nomen *respillionis* ³⁰⁾ ferret? » ³¹⁾.

Così pure, secondo un altro passo l'erede non potrebbe esser costretto a prendere un altro nome, se non volesse, per pietismo, lasciare il proprio. Il passo dice bensì:

« Nec enim in famosis et turpibus nominibus hanc conditionem exigit Praetor ».

Ma si aggiunge tosto:

« Sed tamen, si recuset nomen ferre, remittenda est ei conditio, ut Julianus ait, et permittendae utiles actiones, aut bonorum possessio secundum tabulas danda est, uti nactus actiones, transferat eas ex senatusconsulto » ³²⁾.

Qui, come nel passo sopra citato, si parla di un erede fiduciario, istituito sotto una certa condizione, e si domanda se egli sia obbligato all'adempimento della condizione testamentaria, per restituire poi l'eredità. Ma poichè l'erede fiduciario è sempre favorito circa l'adempimento delle condizioni ³³⁾, così si potrebbe esser propensi a pensare anche in questo caso ad un tale favore. Ma così non si toglie la contraddizione coll'altro passo, perchè l'uno parla di coazione salvo il caso in cui il testatore abbia imposto il nome di un vespillione, l'altro sembra far dipendere tutto dalla volontà dell'erede, purchè il nome non sia spregevole o ridicolo. Questa contraddizione si può conciliare assai semplicemente in questo modo: il pretore non dà una *secundum tabulas bon. possessio* che se si adempiono

²⁸⁾ Un esempio di onere di tale specie si trova in un frammento di un vecchio testamento pubblicato dal PUGGÉ nel *Rheinisches Museum* [Museo Renano di giurisprudenza], vol. I, pag. 249.

²⁹⁾ L. 63 § 10 *ad S. C. Treb.*, 36, 1.

³⁰⁾ Cioè un addetto al trasporto ed all'inumazione dei cadaveri. Vedi BRISSONIO, v. *respillio*; POTHIER, *Pandette*, *ad S. C. Treb.*, n. 97.

³¹⁾ L. 7 in f. D. *ad S. C. Treb.*, 36, 1.

³²⁾ L. 63 § 10 D. *codem.*

³³⁾ L. 64 § 7-9 D. *codem.*

le condizioni testamentarie, o si dà cauzione. Allo stesso modo egli esige dall'erede fiduciario anche l'adempimento delle condizioni che sono in facoltà dell'erede, se viene proposta contro di lui istanza per l'accettazione e la restituzione. Ma egli favorisce così poco l'adempimento di condizioni indecorose come l'accettazione di nomi indecorosi. Se il nome è onorato, ne vuole veramente l'assunzione senza rifiutarsi di ascoltare i motivi pei quali l'erede, non vorrebbe accettare il nome ³⁴). La *conditio nominis ferendi* non è una cosa indecorosa e quindi era valido anche il contratto mediante il quale alcuno si obbligava all'accettazione di un *nomen honestum* ³⁵); ma si dovea tener conto per quanto fosse possibile della naturale affezione al nome legittimo della famiglia, e perciò non si introdusse una vera e propria coazione all'accettazione del nome estraneo se uno non si fosse impegnato a tale accettazione mediante contratto ³⁶).

Ma si è già parlato sopra del valore delle condizioni impossibili (vedi pag. 227 e seg.) e si considererà meglio ancora nel seguente paragrafo. Si deve però osservare, per l'armonia di quanto segue, che, per regola, nei contratti ogni condizione impossibile ha per conseguenza la nullità del contratto al quale essa è collegata ³⁷); nelle disposizioni di ultima volontà invece è da considerare come *non scripta*, vale a dire la condizione non viene osservata, ma la disposizione rimane valida ed efficace ³⁸). Non si fa poi distinzione se la condizione è impossibile secondo leggi naturali, oppure secondo leggi giuridiche o leggi morali.

³⁴) Anche CICERONE sembra dubitare della liceità di una condizione che imponga l'assunzione del nome di altri, forse però per la sola ragione che nel caso da lui riferito si trattava di una testatrice femmina; *Ep. ad Att.*, VII, 8: « rectumne sit nobili adolescenti mutare nomen, mulieris testamento ». Confr. SUTONIUS, *Tiberius*, c. 6.

³⁵) Arg. L. 19 § 6 D. *de donat.*, 39, 5.

³⁶) Vedi CUIACIO, *Obserr.*, 21, 39; FORNERIO, *Rer. quot.*, 5, 17 (OTTO, parte II, p. 269 seg.); HERALDI, *Obs.*, II, 19, 20; (OTTO, parte II, pagina 1332 seg.); AVERANII, *Interpr.*, lib. II, c. 24, n. 45; MAJANSIO, *Disp.*, XXXIV, f. 35; DIRKSEN, *Saggi*, p. 73 seg., n. II, pag. 84, 87.

³⁷) § 11 L. *de inutilib. stipul.*, L. 31 D. *de reg. iur.*, L. 123 D. *de V. O.*, 45, 1.

³⁸) § 10 I. *de hered. inst.*, L. 14 D. *h. t.*, 28, 7.

Si può dubitare che cosa sia illecito e perciò impossibile secondo i concetti giuridici, e ciò dipende dalle leggi positive e delle principali opinioni sul costume e sulla morale. Ma una volta determinato ciò che sia lecito o illecito, possibile e non possibile, non importa poi vedere da qual motivo dipenda l'impossibilità.

I Romani riconoscono ciò nel modo più preciso, poichè di solito, quando si parla del valore delle condizioni impossibili, vengono confrontate le condizioni fisicamente impossibili alle altre, e alle prime parificate le giuridicamente e le moralmente impossibili. Per es.:

« Exceptis iis, quae *impossibilia* sunt, vel *legibus interdicta*, vel *alias probrosa* » ³⁹⁾ oppure: « ubi omnino *conditio iure impleri non potest*, vel *id facere ei non liceat*, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si *ea conditio, quae natura impossibilis est*, inserta esset » ⁴⁰⁾.

Anche dove non si parla di condizioni fisicamente impossibili è riconosciuto che le condizioni giuridicamente e moralmente impossibili hanno un'importanza giuridica:

« Si quis scripserit testamento fieri, *quod contra jus est, vel bonos mores*, non valet; veluti si quis scripserit *contra legem* aliquid vel *contra edictum Praetoris*, vel etiam *turpe aliquid* » ⁴¹⁾.

Tuttavia nei tempi moderni molti si sono dichiarati contro la designazione delle condizioni immorali e sconvenienti come impossibili, e si è affermato che nelle nostre fonti giuridiche solo le condizioni giuridicamente impossibili, non quelle menzionate sopra, sono parificate a quelle veramente impossibili, cioè impossibili

³⁹⁾ § fin. I. *de leg.* — L. un. in f. C. *de his, quae poenae nomine*, 6, 41.

⁴⁰⁾ L. 137 § 6 D. *de verb. obl.*, 45, 1. Se si leggesse con ALOANDEO « *et si velit facere, id ei non liceat* » queste parole si collegherebbero con quelle immediatamente precedenti « *conditio iure impleri non potest* » e il testo non si potrebbe portare come prova della parificazione tra le condizioni immorali e le impossibili. Negli altri testi però la parificazione è espressa così chiaramente che essa non può essere seriamente contrastata.

⁴¹⁾ L. 112 § 3 D. *de legatis*, I, 30.

secondo le leggi naturali ⁴²). Ma riguardo a quest'ultima asserzione, il contrario appare abbastanza chiaro dai passi citati (vedi specialmente la nota 39). Astraiamo però da ciò e occupiamoci soltanto del fondamento di rimprovero e del valore pratico della nuova teorica. Le condizioni giuridicamente impossibili, si dice, non possono essere adempiute secondo il diritto o secondo i principii giuridici, e perciò esse sono impossibili come lo sono quelle inadempibili secondo le leggi naturali; al contrario la condizione illecita può sussistere nonostante la legge giuridica o morale, soltanto non deve essere adempiuta. Essa potrebbe essere quindi considerata in sè come condizione; e sono necessarie disposizioni speciali, oppure la conseguenza di principii giuridici più alti per poter sostenere che tali condizioni siano inammissibili. Ma l'inammissibilità giuridica e la inesistenza secondo le leggi della morale e del costume non sono qui nello stesso grado? Chi potrebbe sostenere, per esempio, che il matrimonio con un'*ancilla*, il testamento di un peregrino, ecc. siano stati annoverati fra le vere impossibilità? Inoltre qui non sono necessarie speciali disposizioni o conseguenze di altri principii giuridici più alti per poter ritenere tali condizioni come inammissibili? Si dovrebbe pensare a queste prima ancora che a quelle non esistenti secondo leggi morali, poichè i principii della morale sono da per tutto molto simili fra loro, mentre quelle del diritto positivo non lo sono affatto.

Però, se le condizioni illecite fossèro da considerare dallo stesso punto di vista che quelle giuridicamente impossibili, nulla importerebbe sapere da chi debba compiersi l'atto illecito; perchè l'azione illecita è sempre moralmente impossibile o è in opposizione alla legge giuridica e morale, eppure per la validità di tali condizioni importa conoscere da parte di chi debba venire l'azione illecita, avendo esse al pari delle impossibili per effetto di annullare il

⁴²) ARNDTS, *loc. cit.*, pag. 171-182. Allo scopo di evitare inutili lungaggini non ho riferito testualmente gli argomenti di questo scrittore; ma spero che il lettore non dubiterà per questo della fedeltà della mia relazione:

negozio o di esser considerate non aggiunte, secondo i casi, solo quando contribuiscano a far avvenire ciò che non deve avvenire. Ma di questo e degli esempi citati (per esempio: è invalido il contratto mediante il quale ad uno è promesso un dono, sotto la condizione ch'egli faccia qualche cosa di male, valido il contratto mediante il quale uno si obbliga ad una prestazione se farà qualche cosa di illecito), non è detto altro se non che, per la questione: se un'azione sia da considerare come illegale e illecita, devono esser presi in considerazione, il suo scopo, le relazioni personali e specialmente le circostanze individuali; se dopo ciò il fatto condizionante appare illecito da un lato e lecito da un altro, allora il fatto non è più certamente il medesimo, oppure, in altri termini, il concetto di lecito ed illecito è da considerarsi soltanto secondo dati concreti, ma ciò che appare tuttavia illecito non lo è meno che se l'evento condizionante sia di quelli il cui avverarsi è proibito in modo assoluto, — esso è impossibile nei suoi effetti al grado stesso che se l'impossibilità si fondasse su principii puramente giuridici o sopra leggi naturali. Gli atti che, secondo una norma giuridica, sono considerati nulli, come se, per esempio, si ponga per condizione il fatto che uno venda una cosa *extra commercium*, hanno più somiglianza con le condizioni fisicamente impossibili che con quelle moralmente impossibili ⁴³). Questo punto sarebbe degno di considerazione se anche le condizioni moralmente impossibili aggiunte ad un contratto non fossero causa della nullità del contratto stesso; ma poichè questo è invece, non val la pena che ce ne occupiamo ancora ⁴⁴).

⁴³) Così si esprime il recensente dello scritto del SELL nell'*Allgemeine Literatur Zeitung* [Gazzetta generale delle letteratura] del 1837, n. 5, e a queste espressioni si associa l'ARNDTS, p. 171.

⁴⁴) Secondo l'ARNDTS, *loc. cit.*, pag. 180 seg., riposa anche sull'equivoco l'affermazione che la *condicio iurisiurandi* debba annoverarsi fra le moralmente e non fra le giuridicamente impossibili, perchè la sua inammissibilità è stabilita dall'editto del Pretore e si limita alle disposizioni di ultima volontà. Questo divieto però aveva il suo fondamento nelle opinioni dei Romani sulla morale e sul buon costume, e lo stesso ARNDTS non lo disconosce (pag. 181), ciò che potrebbe ancora una volta provare

In fatto questa distinzione non è pratica, come è ammesso anche in principio dal SELL, il quale espone e applica il concetto giusto, che le condizioni impossibili giuridicamente e moralmente coincidono negli effetti ¹⁵⁾. Frattanto egli, se lo intendiamo giustamente, distrugge tosto il suo principio, perchè cerca di dimostrare che se una condizione sia impossibile soltanto riguardo al tempo, o, in altre parole, se possa esser tolto il motivo esistente dell'impossibilità, non si debba considerare, nelle disposizioni di ultima volontà, il tempo della confezione del testamento, ma quello della successione, così che una tale condizione *non valga più come non aggiunta*, ma debba essere osservata, in altre parole la disposizione debba valere ¹⁶⁾. Ma il diritto positivo di un popolo è sottoposto a frequenti mutamenti ¹⁷⁾, da cui seguirebbe necessaria-

quanto giustamente l'illecito moralmente e giuridicamente si confondano, anche pel fondamento. Difficilmente poi si potrebbe aderire alla interpretazione della L. 97 D. *de cond. et dem.*, 35, 1, secondo la quale quando PAOLO dice « haec conditio (si iurasset) non est impossibilis » egli abbia voluto dire soltanto che questa condizione non è impossibile in senso proprio, potendo benissimo giurare anche le persone giuridiche (pag. 181 seg., nota 27). Poichè qui si parla di un lascito fatto ad un municipio sotto la *conditio iurisiurandi*, che di solito si ha per non scritta, ma tuttavia i *municipes* debbono prestare il giuramento, è chiaro che il giureconsulto voleva dire che nel caso trattato la condizione non era impossibile e infatti questa eccezione si spiega benissimo considerando che anche secondo il concetto più rigoroso della morale non si può considerare riprovevole che i *municipes* prestino un giuramento per procurare un vantaggio non a sè, ma alla comunità. Vedi sopra pag. 227, nota 9.

¹⁵⁾ *Loc. cit.*, § 3, 4.

¹⁶⁾ *Loc. cit.*, § 9, pag. 45-55.

¹⁷⁾ L. 137 § 6 D. *de V. O.* (« quod nunc impossibile est, postea possibile fieri — »). Il SELL, *loc. cit.*, pag. 46, mette in luce questo mutamento senza disconoscere, del resto, che anche la legge morale è diversamente apprezzata in tempi diversi e da nazioni diverse, e che anche nelle condizioni impossibili fisicamente in modo relativo è concepibile una cessazione dell'impossibilità. Se questo è il caso non si vede per qual motivo non dovrebbe valere lo stesso anche per queste condizioni. In ogni caso però il SELL deve per le sue premesse giungere al risultato che tutte le così dette condizioni giuridicamente impossibili non sono condizioni impossibili, un risultato che non si può conciliare colle fonti nè colle affermazioni di questo stesso scrittore.

mente che il predicato della impossibilità non può convenire alle condizioni veramente impossibili giuridicamente (non così però nel riguardo morale). Questa teoria è evidentemente insostenibile. Se la legge positiva dichiara un'azione come impossibile e inammissibile, tale essa deve essere considerata finchè vige la legge, o in altri termini essa è considerata azione impossibile per tutti i negozi giuridici che nascono sotto quella legge; il legislatore sarebbe in contraddizione con sè stesso se non volesse accordare considerazione e valore alla sua legge, a causa della semplice possibilità di un mutamento giuridico. Anche il diritto romano riconosceva ciò nel modo più preciso onde la promessa di prestare una *res sacra, religiosa*, ecc. è dichiarata priva di valore, come se essa fosse avvenuta sotto una condizione impossibile secondo le leggi naturali; soggiungendosi: « *nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest, et id quod nunc impossibile est postea possibile fieri*: non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio »⁴⁸).

I motivi sui quali si appoggia questa decisione dipendono dal principio giuridico comune: è nullo tutto ciò che avviene contro la legge; tali motivi inoltre sono generali (che il diritto positivo, dice il giurista, possa mutare e ciò che ora è impossibile possa diventare possibile un giorno, non merita nessuna considerazione), nè la loro limitazione nel testo alla materia del contratto significa altro se non che la decisione singola si riferiva appunto a tal materia. Nè la circostanza che mediante i contratti, si acquista un diritto irrevocabile mentre le disposizioni di ultima volontà possono essere revocate dal disponente⁴⁹), nulla ha a che fare con la questione, da che cosa dipenda la validità di un negozio giuridico. Oltre a ciò, per una nota regola, nei testamenti è da considerare prima di tutto l'epoca della loro confezione, quando si parla dei presupposti della validità e dell'importanza giuridica del testa-

⁴⁸) L. 137 § 6 D. *de verb. obl.*, 45, 1. Confr. L. 35 § 1 D. *eod.* Qui è deciso che la condizione di sposare la sorella adottiva, benchè sia possibile, debba considerarsi illecita « *quia statim contra mores sit* ».

⁴⁹) SELL., *loc. cit.*, p. 47, 48.

mento ⁵⁰). Infine circa alle *falsae conditiones*, i cui presupposti possono però far parte dell'istituzione testamentaria, è riconosciuto che la condizione sia da ritenere come non scritta, se il suo adempimento non è possibile al momento della confezione del testamento ⁵¹). Se si domanda ora su quali principi si fonda l'opinione opposta, ci meraviglieremo giustamente trovando citata in sostanza solo la seguente espressione di GIUSTINIANO: « Si ancillae alienae, quum ea nupsisset, legatum sit, Proculus ait, utile legatum esse: quia possit manumissa nubere » ⁵²).

Da questo testo si argomenta: il matrimonio con una schiava è giuridicamente impossibile. Ma poichè una condizione siffatta è dichiarata ammissibile, potendo il matrimonio della schiava diventar possibile per manomissione, ciò significa che le condizioni le quali non sono propriamente possibili al tempo della confezione del testamento, ma possono diventar possibili più tardi, non hanno il valore di *non adjectae*. Dalla seguente interpretazione del passo però si vedrà chiaramente come sia avventata quest'argomentazione. Il legato si riferiva evidentemente alla persona non libera, come appare dalla condizione aggiunta. Poichè dunque esso non avrebbe potuto essere mantenuto in vigore per la persona del padrone, così l'ostacolo giuridico, che si opponeva alla validità di questa disposizione era l'incapacità della legataria. La capacità di succedere doveva per regola esistere al tempo dell'istituzione testamentaria, non solo per gli eredi, ma anche per i legatari ⁵³). La necessità di questo requisito poteva però essere tolta, se si aggiungeva la condizione della capacità di succedere ⁵⁴); anzi nei legati questa non era neppur necessaria, era bensì sufficiente una disposizione condizionata per farli valere nel caso che l'osta-

⁵⁰) L. 101 D. *de reg. iuris*, 50, 17, L. 41 § 2 D. *de leg.*, I, 30. — § 4 I. *de her. qual. et diff.*

⁵¹) L. 104 § 1 D. *de legatis*, I, 30.

⁵²) L. 58 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

⁵³) L. 1 pr. D. *de reg. Caton.*, 34, 7 et arg. L. 59 § 4 in f. D. *de hered. inst.*

⁵⁴) Arg. L. 62 pr. D. *de hered. inst.* — Vedi pag. 416 seg. del vol. III.

colo venisse a mancare poichè ai legati condizionati non era applicata la regola catoniana, secondo la quale dovevano esserci nei legati tutti i requisiti o le condizioni di validità fino dal tempo della confezione del testamento⁵⁵). È quindi chiaro che tali legati non sono trattati coi principi delle condizioni giuridicamente impossibili. Se si fosse trattato di questo caso, un tale legato non avrebbe mai potuto valere perchè se anche si fosse cancellata la condizione, rimarrebbe però l'intenzione del testatore espressa chiaramente, che la schiava stessa, non il suo padrone, debba avere il legato, ma questa non potrebbe riceverlo per incapacità personale. L'unico mezzo quindi di conservare il legato consisteva in ciò, che bisognava far valere la condizione, cioè applicare il principio giuridico: *ad conditionalia Catoniana non pertinet*, mentre non era richiesta la capacità di succedere al momento della confezione del testamento.

Però su questo punto è da considerare anche la distinzione delle condizioni impossibili in affermative e negative, sulla quale l'insegnamento consueto fin qui era il seguente: una condizione affermativa impossibile è quella nella quale l'effetto dell'azione dipende dall'avverarsi di un evento impossibile, per esempio: *si coelum ascenderis*; una condizione negativa impossibile è quella che collega la conseguenza al non avverarsi dell'impossibile, per es.: *si coelum non ascenderis*. Le condizioni affermativamente impossibili, fisicamente e moralmente, sono considerate *pro non scriptis* nelle disposizioni di ultima volontà, nei contratti invece questi stessi perdono il loro valore. Le condizioni negative fisicamente impossibili, sono da considerare come inesistenti anche nei contratti; se sono

⁵⁵) L. 3 D. *de reg. Cat.*, L. 42 § 2 D. *de leg.*, I, 30. — « Si ab initio non valet legatum, ex post facto non convalescet — Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere — — Purum igitur legatum Catoniana regula impedit, conditionale non. quia ad conditionalia Catoniana non pertinet ». — Del resto dall'ultimo testo appare, ciò che non potrebbe in ogni modo porsi in dubbio, che la regola Catoniana colla limitazione qui espressa non si riferiva alla sola capacità di succedere, ma anche ad altri requisiti della validità del legato. Vedi pag. 406 vol. III.

moralmente impossibili (supposto che ciò che è giuridicamente e moralmente impossibile non esista) esse hanno sempre valore nelle disposizioni di ultima volontà; nei contratti invece importa distinguere se uno si faccia promettere qualche cosa per non fare, ciò che è moralmente impossibile, o si sottoponga a una pena pel caso contrario; la prima cosa è illecita e produce nullità del contratto, la seconda è ammissibile, e quindi giuridicamente efficace anche nei contratti ⁵⁶). — Nulla si oppone materialmente contro questi principi, soltanto ai nostri tempi si sono elevate obiezioni fondate contro il concetto delle condizioni negative impossibili ⁵⁷). Le fonti stesse hanno dato occasione a questo concetto, perchè vi si parla di una *conditio impossibilis in non faciendo expressa* ⁵⁸). E senza andare contro la logica e la grammatica si può anche parlare di un'azione impossibile posta negativamente come condizione. Soltanto essa non è, in primo luogo, una condizione impossibile (almeno se il fatto non è impossibile fisicamente), è anzi una condizione *necessaria*, tale cioè che deve esistere secondo certe circostanze ⁵⁹). In oltre, si può chiamare condizione negativamente impossibile solo quella per la quale è convenuto il non evento di ciò che deve necessariamente avvenire, per esempio se non piovierà mai più, se Tizio non morirà, ecc. Per tali condizioni vale ciò che vale per le affermativamente e fisicamente impossibili, quindi esse sono da considerarsi come non scritte soltanto nelle disposizioni di ultima volontà, mentre nei contratti dan luogo alla invalidità dell'intera disposizione. Se ora stiamo al principio che, per gli effetti giuridici, il giuridicamente e il moralmente impossibile sian da parificare a ciò che è impossibile fisicamente, dovremo ammettere la parificazione anche qui, cioè per le condizioni negativamente e moralmente impossibili. Alimentare i parenti

⁵⁶) THIBAUT, *Pand.*, § 91. Questa esposizione si trova ancora nella seconda edizione tedesca del mio *Trattato di Pandette*, I, § 108.

⁵⁷) Vedi ARNDTS, *loc. cit.*, pag. 164 seg. Confr. pure SELL., *loc. cit.*, pag. 101-103.

⁵⁸) L. 50 § 1 D. *de heredib. inst.*, L. 7 D. *de V. O.*

⁵⁹) L. 7 *de V. O.* e il paragrafo precedente, n. 2.

prossimi, seppellire convenientemente il defunto appartiene ai più sacri doveri della legge e della carità. Ciò può bensì tralasciarsi di fatto, ma è cosa obbligatoria e per ciò necessaria; per ciò le condizioni dirette al contrario, nelle disposizioni di ultima volontà, fanno sì che queste si considerino incondizionate, nei contratti, che non valgano affatto. Ciò è dichiarato espressamente per le prime: « *Conditiones* (dice PAOLO) quae contra bonos mores inseruntur, remittendae sunt, veluti si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit »⁶⁰).

Ma che deve dirsi, se la condizione è posta in tal modo, che alcuno venga sottoposto ad un danno o ad una limitazione, nel caso ch'egli non faccia ciò che è giusto e doveroso? Nei contratti non fu mai dubbia la validità di tali condizioni⁶¹) esse sono poi da ritenersi ammissibili anche nelle disposizioni di ultima volontà, dopo che i *legata poenae nomine relicta*, furono dichiarati validi, non dovendo per questo intendersi altro che una limitazione dell'eredità sotto la condizione che questi non adempia ciò che gli può esser domandato, secondo precetti giuridici o morali, o secondo le imposizioni fattegli nel testamento⁶²). Difficilmente però si può concludere da ciò, quando si parla dell'apprezzamento giuridico di condizioni moralmente impossibili, che valgano per queste principî diversi che per le impossibili secondo altri punti di vista⁶³). Una condizione moralmente impossibile non può indicar

⁶⁰) L. 9 D. *h. t.*

⁶¹) Arg. L. 121 § 1 D. *de verb. obl.*, 45, 1. Vi si tratta di un caso nel quale il marito s'impegnava a pagare una somma alla moglie qualora fosse tornato durante il matrimonio con una concubina e questa promessa è dichiarata valida. Come ora alcuno può assoggettarsi ad uno svantaggio pel caso che compia un atto illecito, così deve anche ritenersi possibile l'obbligazione assunta pel caso che non si compia il proprio dovere. Anzi qualunque caso di questa specie può indifferentemente esprimersi sotto forma positiva o negativa; è indifferente in altre parole se alla moglie sia promessa qualche cosa pel caso che il marito non le resti fedele, o pel caso che contragga illecita relazione con altra donna.

⁶²) § ult. I. *de legatis*, 2, 20.

⁶³) Così l'ARNDTS, *loc. cit.*, pag. 172 seg.

altro che la condizione di ciò che è moralmente impossibile. Nel nostro caso però ciò che è moralmente impossibile, non è voluto, anzi deve essere impedito, deve essere contrastato indirettamente. Per determinare se una condizione sia o non sia ammissibile, non è considerata l'azione condizionante in sè stessa, ma il suo indirizzo individuale; se la condizione appare lecita in un caso e proibita in un altro, allora non è più lo stesso fatto. Perchè la stessa cosa non può essere nello stesso tempo morale e immorale; e dipende evidentemente da equivoco il parlare di una differenza giuridica fra condizioni impossibili moralmente e impossibili in altro modo, basandosi sul fatto che la stessa parola denoti ora qualche cosa di concesso, ora qualche cosa di proibito, secondo la diversa tendenza o il diverso fine della condizione. Tanto meno si può concedere che una disposizione mediante la quale un onorato fosse assoggettato ad una pena, pel caso che non faccia ciò che è impossibile, debba valere propriamente come *pro non scripta*, a favore del terzo, e che ciò sia riconosciuto anche nelle nostre fonti, se prima non fosse stato stabilito che i legati *poenae nomine relicta* non erano validi ⁶⁴). Le limitazioni di una disposizione liberale sono sempre da riferirsi alla persona di colui al quale si voleva fare acquistare qualche cosa. Ora siccome l'ademzione condizionata di un legato è da parificarsi ad un lascito condizionato, anche se questo dovesse essere espresso come incondizionato ⁶⁵), così appunto si deve regolarsi per ogni altra limitazione. Se è imposta una prestazione all'erede sotto la condizione che, se egli non la fa, un altro debba essere onorato, allora l'acquisto concesso all'erede è condizionato, la limitazione aggiunta a favore del terzo è condizionata soltanto indirettamente. Se l'onere sia possibile e lecito, allora deve essere adempiuto; se invece è impossibile o illecito, la disposizione vale come incondizionata per l'erede, e per ciò il

⁶⁴) ARNDTS, *loc. cit.*, pag. 172, nota 13.

⁶⁵) L. 6 pr. D. *quando dies leg.* (« Quod pure datum est. si sub conditione adimatur, quasi sub conditione legatum habetur »). L. 10 pr. D. *de adim. leg.*, 34, 4: « — nam legatum, quum sub conditione adiimitur, perinde est, ac si sub contraria conditione datum fuisset ».

terzo viene escluso; e lo stesso vale naturalmente anche se sia una *conditio necessaria* tale cioè che sarà adempiuta necessariamente. fra le quali va posta anche la condizione di non fare ciò che è impossibile ⁶⁶).

Il risultato di quanto si è detto è il seguente: 1.° Se è posta la condizione che avvenga ciò che deve accadere per fisica necessità, oppure che non si effettui ciò che non può senz'altro avvenire (*conditio necessaria*), allora la condizione, ma soltanto questa, è da considerarsi come non esistente affatto. — 2.° Se la condizione è diretta a questo: che avvenga ciò che deve avvenire per necessità giuridica o morale, oppure che non si effettui ciò che giuridicamente e moralmente non può avvenire, ciò ha gli ordinarii effetti nelle disposizioni di ultima volontà, cioè il diritto dipende dall'essere la condizione adempiuta o non violata; i contratti invece non possono farsi dipendere dal fatto che l'avente diritto sotto una certa condizione faccia ciò che deve o si astenga dal fare ciò che non può fare ⁶⁷). Colui che è interessato nel contratto può però assoggettarsi ad una determinata pena, pel caso che egli non adempia il suo dovere, o non si astenga dal fare il male; e siccome i legati *poenae nomine relicta* non sono più privi di valore, lo stesso vale anche per le disposizioni di ultima volontà. — 3.° Se la condizione è impossibile, essa vale come non aggiunta nelle disposizioni di ultima volontà; un contratto condizionato in tal modo non ha invece effetto alcuno ed è del tutto indifferente se l'impossibilità dipenda da leggi fisiche, o da leggi giuridiche o morali, se la condizione sia affermativa, per esempio *si mare ebiberis, si patrem necaveris*, oppure negativa, per esempio se Tizio non morirà, se tu non nutrirai tuo padre.

Questo paragrafo ci dà occasione a trattare anche di un'altra clas-

⁶⁶) Proprio in questo senso anche GIUSTINIANO decide che nei casi nei quali simili condizioni si hanno per non scritte l'erede ha diritto di ottenere tutto e tutto gli deve restare come se fosse istituito puramente e semplicemente. L. un. in f. Cod. *de his quae poenae nom.*, 6, 41.

⁶⁷) L. 7 § 3 D. *de pact.*, 2, 14. « Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione ».

sificazione delle condizioni, cioè in *potestativae, casuales e mixtae* ⁶⁸⁾, le quali sono così distinte secondo che l'adempimento della condizione dipende interamente dall'arbitrio dell'avente diritto sotto una certa condizione, per es. *si Capitolium ascenderit heres*, oppure dal caso, vale a dire se l'evento è assolutamente indipendente dall'arbitrio dell'avente diritto, per es. *si navis ex Asia venerit*, o dalla concorrenza, per es.: *si Titiam heres uxorem duxerit*. Soltanto in una costituzione di GIUSTINIANO queste tre specie di condizioni sono specificamente distinte in modo espresso:

« Si autem aliquid sub conditione relinquatur, vel casuali, vel potestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratae personae voluntate, vel ex utraque pendeat », ecc. ⁶⁹⁾.

È anche stato affermato che non si possono distinguere che due sorta di condizioni ⁷⁰⁾ o per meglio dire che gli antichi ne avessero distinto soltanto due sorta ⁷¹⁾. Di questa controversia fu già parlato in altri luoghi del *Commentario* ⁷²⁾, essa qui potrebbe per ciò passarsi sotto silenzio, se uno scrittore non avesse difeso l'opinione opposta alla nostra (vedi nota 71). I motivi di questa opposizione sono, in primo luogo, che non accade nel mondo nulla di arbitrario, ma soltanto ciò che si può ritenere abituale, per ciò non vi ha mai *potestativa conditio* ⁷³⁾: in secondo luogo s'invoça la nota espressione di PAOLO: *promiscuas conditiones post mortem impleri oportere*, a proposito della quale è citato l'esempio *Si Capitolium ascenderit*, e colla quale, come segue chiaramente anche dal contenuto del passo, si designano appunto le condizioni potestative ⁷⁴⁾. Pur trascurando tuttavia anche la disposizione di GIU-

⁶⁸⁾ Confr. § 337 a del *Commentario* e § 1421 h, pag. 554 del vol. II di questo libro XXVIII.

⁶⁹⁾ L. un. § 7 C. *de cad. toll.*, 6, 51.

⁷⁰⁾ A. Fr. SCHOTT, *De condit. potest. figmento* (in *Opp. iur.*, p. 272 e seg.

⁷¹⁾ SCHILLING, *Institutionen* [Istituzioni e storia del diritto romano], § 81, pag. 272.

⁷²⁾ Vedi il citato § 337 a e § 1421 h.

⁷³⁾ SCHOTT, *Opusc.*, p. 273-275.

⁷⁴⁾ L. 11 § 1 D. *de cond. et dem.*, 35, 1; SCHOTT, *loc. cit.*, pag. 275 e seg.; SCHILLING, *Istituzioni*, pag. 274 nota s. Questo scrittore esprime

STINIANO, dobbiamo però notare che la teoria comune è esatta. In primo luogo infatti è noto che un *filius suus* poteva essere istituito soltanto sotto una condizione, il cui adempimento dipendesse dall'arbitrio umano, non però da un arbitrio che è detto misto dai moderni ⁷⁵).

Gli antichi sapevano benissimo, come noi, che le intenzioni degli uomini possono sempre trovare opposizioni nel caso, e perciò essi designano le condizioni sotto le quali è possibile l'istituzione dei *fili sui*, come condizioni *quae in ipsorum sunt potestate*, ed esigono soltanto che l'istituito faccia dal canto suo tutto ciò che è possibile per renderne possibile l'adempimento ⁷⁶). Non tutte le condizioni potestative possono esser imposte al *filius suus*, cioè non possono essergli imposte quelle condizioni, il cui adempimento è collegato per lui a circostanze speciali e a speciali difficoltà, condizioni che sono quindi considerate come non potestative ⁷⁷). Non si può però ancora affermare con lo SCHOTT ⁷⁸) che sia considerata soltanto la difficoltà o l'impossibilità dell'adempimento, per determinare se una condizione sia o non sia potestativa. Una condizione, il cui adempimento dipende tanto da una circostanza che non è in potere dell'avente diritto quanto dalla sua volontà, non può mai considerarsi come semplicemente potestativa, per conseguenza un *filius suus* non può essere istituito sotto una tale condizione, posto anche che la parte potestativa di essa, per esempio l'accettazione di una carica, non sia assolutamente collegata a difficoltà. Da ciò deriva quindi la distinzione importante fra condizione mista e condizione potestativa onerosa o difficile; la prima generava la nullità del testamento, se il figlio era istituito sotto di essa, pur non essendo diseredato sotto la

nel testo l'opinione che i giureconsulti romani conoscessero soltanto la distinzione fra condizioni potestative e causali (pag. 272), mentre nella nota citata accetta la dottrina dello SCHOTT che quelle che si chiamano potestative siano veramente condizioni miste.

⁷⁵) L. 4, L. 5, L. 6 pr. D. *de heredib. inst.*, 28, 5.

⁷⁶) L. 8 § 7 in f. D. *h. t.*, L. 3, L. 11 *ead.*

⁷⁷) L. 4 § 1 D. *de heredib. inst.*, 28, 5.

⁷⁸) *Loc. cit.*, p. 277.

condizione opposta, per l'altra non occorre che fosse adempiuta ⁷⁹⁾. Se ora, si ammette che, riguardo alla questione: se e fino a qual punto valga come adempiuta una condizione non adempiuta, le condizioni miste si distinguono dalle potestative come da quelle semplicemente casuali (vedi sotto § 1462), rimane a favore dell'opinione opposta soltanto l'altro argomento, che PAOLO cioè chiama *promiscua conditio* una condizione potestativa. Ma fu già osservato in altro passo sopra citato di questo *Commentario*, che *promiscuum* si considerava soltanto come qualche cosa di abituale e di quotidiano; ora benchè ciò abbia trovato delle contraddizioni, non si è addotto alcun argomento in contrario; e per ciò mi limito qui ad un semplice rinvio.

§ 1460.

Significato giuridico delle condizioni impossibili e di quelle ad esse parificate.

È già stato detto che le condizioni impossibili nei contratti sono causa di invalidità dell'intero atto, si hanno invece come non scritte nelle disposizioni di ultima volontà, e si è tosto anche spiegato il motivo della diversità ⁸⁰⁾.

Alle condizioni impossibili sono paragonate del resto, pei loro effetti, quelle al cui adempimento non si oppongono veramente nè leggi naturali nè concetti giuridici e morali, ma che sono incompatibili coi sentimenti seri, che fanno nascere in ogni uomo

⁷⁹⁾ L. 4 C. *de inst. et subst.*, VI, 25.

⁸⁰⁾ Vedi sopra § 1458 a).

a) Sulle condizioni impossibili ed illecite si è avuta un'abbondante letteratura dopo il MÜHLENBRUCH, in particolare sulla diversità di trattamento fra le condizioni apposte ai contratti e quelle apposte ai testamenti. Cfr. in proposito le copiose notizie bibliografiche nelle note di FADDA e BENZA alla traduzione delle *Pandette* del WINDSCHEID, libro II, nota *rr*, pag. 971 seg. non che il riassunto critico delle varie opinioni e quella in fine dei traduttori. Vedasi ora anche per alcuni interessanti richiami l'originale trattazione del DE RUGGIERO R. in materia affine, *Il « dies impossibilis » nei testamenti e nei contratti* nel *Bollettino dell'Istituto di diritto romano*, XV, pag. 5 seg.

intelligente il pensiero della morte e dell'avvenire, con altre parole. le condizioni assurde. Esse sono designate nelle nostre fonti come *derisoriae conditiones*⁸¹⁾, o anche come *ineptae*⁸²⁾, e appartengono ad esse anche le fisicamente impossibili, per esempio *si digito coelum tetigerit*, come pure quelle inammissibili secondo le leggi del costume, per esempio la condizione: *si reliquias meas in mare abjecerit heres*⁸³⁾; con questa espressione però s'indicano qui quelle condizioni che possono veramente avverarsi (per es.: un tale sarà mio erede, se il giorno della mia sepoltura starà un momento sopra una gamba sola), nè si oppongono alle leggi della morale e della convenienza (per es.: la sepoltura del cadavere con ornamenti o abiti costosi), nelle quali però è qualche cosa di insensato e di assurdo; esse si hanno per non apposte come le fisicamente e moralmente impossibili.

A torto si annoverano fra queste condizioni parificate alle impossibili, anche le così dette *conditiones perplexae*, cioè quelle poco chiare e contraddittorie⁸⁴⁾; per es.: *si Titius heres erit, Sejus heres esto, si Sejus heres erit, Titius heres esto*⁸⁵⁾. Tali condizioni possono chiamarsi impossibili soltanto come una disposizione espressa poco chiaramente, la cui esecuzione è per conseguenza impossibile. Qui non si può neppur separare la condizione stessa dalla disposizione principale, onde non si potrebbe dire: questa valga e soltanto la condizione poco chiara e contraddittoria sia da ritenere *pro non scripta*. Se la condizione è oscura tale è necessariamente l'intera disposi-

⁸¹⁾ L. 14 D. *h. t.* Vedi sopra § 1459, pag. 233, nota 27.

⁸²⁾ L. 113 § 5 *de leg. I.*: « Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam, veluti: vestes (aut si qua alia supervacua) ut in funus impendantur, non valere Papinianus scribit ». — Vedi L. 14 § 5 D. *de relig.* 11. 7, L. 40 § 2 D. *de auro arg. leg.*, 34, 2.

⁸³⁾ L. 27 pr. D. *h. t.* Con ragione osserva MODESTINO che qui prima di tutto è disputabile se un testatore che pone simili condizioni sia persona sana di mente, e che questa ricerca quindi è da fare prima di esaminare la questione di validità del testamento.

⁸⁴⁾ Così per es. HELLFELD in questo paragrafo. Confr. anche SELL. *loc. cit.*

⁸⁵⁾ L. 16 D. *h. t.*

zione; per conseguenza è impossibile una separazione dell'una dall'altra.

La cosa è considerata così anche nelle fonti e da civilisti profondi, e non soltanto relativamente alle condizioni espresse poco chiaramente ⁸⁶⁾, ma anche quando la condizione è in contraddizione con la disposizione principale. Così un testatore aveva disposto tre quarti della sua eredità in legati, e l'ultimo quarto aveva lasciato ad uno sotto la condizione che nel caso non dovesse esser tolta la *Falcidia*. AFRICANO decide che questo legato non valga, perchè «quand'anche si considerasse come ordinato validamente, si verrebbe necessariamente alla deduzione della quarta Falcidia, quindi la condizione cadrebbe ⁸⁷⁾. Alle condizioni espresse confusamente sono analoghe le *praeposteræ conditiones*, cioè quelle secondo il cui significato letterale il diritto diventerà efficace prima che la condizione sia avverata; per es. *si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes?* ⁸⁸⁾. Oppure: io lascio per testamento a Tizio cento, che gli si dovranno dare subito dopo la mia morte, sotto la condizione però che egli si mariti al più tardi un anno dopo la mia morte. Anche ciò sembra assurdo, e infatti l'opinione comune considera un tal negozio come invalido ⁸⁹⁾.

Non mancarono però dei giuristi propensi alla validità, i quali ritennero dovesse attendersi l'avverarsi della condizione ma la prestazione pretendersi dal tempo pel quale era costituito il diritto ⁹⁰⁾, in altre parole, che la *praeposteræ conditio* abbia l'impor-

⁸⁶⁾ L. 16 D. *h. t.* H. DONELLUS, *Comment. iur. cir.*, lib. VIII, c. 32, § 9.

⁸⁷⁾ L. 88 pr. D. *ad Leg. Falcid.*, 35, 2.

⁸⁸⁾ § 14 I. *de inutilib. stipul.* — L. 2 § 6 D. *de eo quod certo loco*, 13, 4.

⁸⁹⁾ Dopo le riforme di GIUSTINIANO nei testi sopra indicati a nota 88 ciò era ammesso in modo generale: *inutilis erat stipulatio*, vi è detto, *quia praepostere concepta est*. Vedi però la nota seguente.

⁹⁰⁾ L. 64 D. *de verb. obl.*, 45, 1. Nel caso in questione la stipulazione era veramente un po' diversa: « si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dari spondes? », ciò che si poteva intendere nel senso: « avverandosi la condizione, prometti tu di darmi tanto a partire da oggi? ». Ma della validità di simile stipulazione si dubitava

tanza di una condizione sospensiva, la quale viene retrotratta al momento in cui si effettuerà il diritto. Ciò fu riconosciuto giuridicamente, per le promesse di dote, da una costituzione di LEONE; GIUSTINIANO però lo innalzò a principio giuridico per ogni negozio giuridico tanto fra vivi quanto a causa di morte.

« Praeposteri reprehensionem, quam novella constitutio divi Leonis in dotalibus instrumentis sustulisse noscitur, in aliis quoque omnibus, tam contractibus, quam testamentis tollimus »⁹¹⁾.

Il principio che le condizioni impossibili e le condizioni simili a queste siano da ritenere *pro non scriptis* nelle disposizioni testamentarie vale però semplicemente come regola. Su questo punto non può trascurarsi la volontà del testatore. Se è chiaro che egli aggiungeva semplicemente una condizione il cui adempimento è impossibile o fu da lui ritenuto tale, perchè egli non voleva la disposizione, questa cade da sè. Per conseguenza se la libertà sia concessa in modo che sarà valida alla morte dello schiavo, o sotto una condizione, la cui esistenza deve rimanere incerta per tutta la vita dell'onorato, l'imperatore dichiara nullo il legato pel motivo:

« Quum testator impediendae magis, quam dandae libertatis gratia ita scripsisse intelligitur »⁹²⁾.

Il seguente passo di PAOLO⁹³⁾ contiene un altro esempio:

« Non est statu liber, cui libertas in tam longum tempus colata est, ut eo tempore is, qui manumissus est, vivere non possit: aut si tam difficilem, imo paene impossibilem conditionem adjerit, ut aliunde ei libertas obtingere non possit, veluti, si heredi

per lo stesso motivo che della *praepostera stipulatio*, la si ammise poi come di quest'ultima per la disposizione di GIUSTINIANO, per la quale essa si deve interpretare in questo senso: « tunc, cum Titius consul factus fuerit, etiam praeteriti temporis habita ratione, dena praestentur ».

⁹¹⁾ L. 25 C. *de test.*, 6, 23, § 14 I. *de inut. stip.*; SCHILLING, *Istituzioni*, § 81, agg. 4.

⁹²⁾ L. 61 pr. D. *de man. test.*, 40, 4. Questa decisione del resto si giustifica anche dal punto di vista che vale per le condizioni contraddicentesi.

⁹³⁾ L. 4 § 1 D. *de statu liberis*, 40, 7.

*millies*⁹⁴⁾ *dedisset*, aut, quum moreretur, liberum esse jussisset; sic enim libertas inutiliter datur, — *quia nec animus dandae libertatis est* ».

Da ciò si trae dunque la regola, che, anche nelle disposizioni di ultima volontà, una condizione impossibile dà luogo all'invalidità dell'intera disposizione se dal contenuto di essa deriva che il testatore non ebbe volontà seria. Una tale conclusione apparirebbe giusta, ogni qual volta la disposizione viene fatta sotto una condizione impossibile (e ciò è affermato con sicurezza da parecchi giuristi romani, vedi sopra § 1458), almeno nel caso in cui al testatore era nota l'impossibilità del testamento, ciò che può ammettersi nella maggior parte dei casi. Ma poichè il contrario è riconosciuto chiaramente per regola, deve esistere qualche altro dato per poter ammettere la mancanza di una seria intenzione del testatore. Un tal dato si riconosce senza difficoltà nei casi sopra citati.

Se il testatore, direttamente o implicitamente, ha legato la libertà in modo tale che lo schiavo ottenga la libertà, quando non sarà più in vita, la modalità è allora in contraddizione con la disposizione stessa e questa deve quindi esser distrutta necessariamente. Nel secondo caso la condizione *si millies dederit*, ecc., non è veramente impossibile, deve esser quindi presa in considerazione; soltanto un testatore il quale impone al suo schiavo la condizione di dare la somma per lui esorbitante di un milione dà a conoscere chiaramente ch'egli non abbia pensato di beneficiarlo, e il giurista dice quindi con buona ragione: *nec animus dandae libertatis est*⁹⁵⁾. A torto però si dedurrebbe da ciò che anche una simile condizione non valga come condizione assolutamente impos-

⁹⁴⁾ Questa lezione non solo si avvicina molto alla Fiorentina (*miles*), ma si adatta anche egregiamente al contenuto del testo, perchè *mille*, come hanno ALOANDRO ed altri, non è affatto una somma enorme. Vedi AVERANI, *Interpret.*, I, 24, § 13; POTHIER *ad h. l.*, n. 2.

⁹⁵⁾ Vedi specialmente AVERANI, *Interpretationes iuris*, I, 24, § 14, II, 24, § 8-12; MADAI, *Die statu-liberi des R. R.* [Gli statu-liberi nel diritto romano], Halle 1834, pag. 144-149.

sibile. In queste decisioni è sempre insito il principio comunemente applicabile ed anche molto naturale, che se non c'è una seria volontà a fondamento della disposizione del testatore, essa non può aver nessun valore. E chi potrebbe dubitare della invalidità dell'intera disposizione, se, per esempio, la disposizione ordinata sotto una condizione assolutamente impossibile, il cui inadempimento è noto anche al testatore, contenesse l'ipotesi: «io voglio però che la mia disposizione non valga, posto che la condizione non si avveri?». In tal caso è chiaro che il testatore non ha veramente per scopo di procurare un utile ad altri.

Ma nel caso di dubbio rimane la regola, che solo la condizione vale come non scritta. Ne segue quindi che la limitazione di cui si è parlato sopra, riguardante la validità di una disposizione testamentaria, è permessa solo nell'applicazione di condizioni naturalmente impossibili. Così PAPIANO rispondeva infatti:

«Titiae, si non nupserit, ducenta, si nupserit, centum legavit. Nupsit mulier. Ducenta, non etiam centum residua petat; ridiculum est enim, eandem et ut viduam, et ut nuptam admitti»⁹⁶).

Il testatore ha espresso qui energicamente la sua volontà, che una Tizia debba avere soltanto cento, quando si mariti. Ma se egli avesse detto pure: io dichiaro che essa non deve aver nulla, se non osserva la condizione, non si potrebbe concludere come nella condizione fisicamente impossibile che non fu seria la volontà sua. Per conseguenza qui deve applicarsi la regola: la disposizione è valida, soltanto la condizione moralmente impossibile si non nupserit non lo è. La seconda disposizione si nupserit, centum, si ritien nulla per l'inconciliabilità delle due disposizioni⁹⁷).

Ma che avviene ora, se il testatore ritiene come possibile l'effettuarsi di una condizione impossibile? Molti giuristi sono di opinione che in tal caso la condizione non sia da considerare *pro non*

⁹⁶) L. 100 D. de cond. et dem., 35, 1.

⁹⁷) Confr. BRUNQUELL, *Diss. cit.*, § 14-15, il quale del resto vuol legger con ALOANDRO: «Titiae si nupserit ducenta, si non nupserit centum legavit», lezione che darebbe un senso anche migliore.

scripta, perchè è evidente che il testatore volea far valere la disposizione soltanto sotto il presupposto del suo avverarsi ⁹⁸).

L'applicazione di questa regola però non soltanto è collegata a grandi difficoltà, ma neppure si concilia col principio generale *pro non scripta esse habendam impossibilem conditionem*, nè con l'applicazione di esso alle condizioni impossibili giuridicamente e moralmente. Quante fra queste non sono che il testatore ritiene possibili, secondo il grado delle sue cognizioni e della sua cultura; e quanto sarebbe facile pertanto dare una soverchia importanza a questa limitazione! eppure ciò non avviene in nessun modo. L'opinione opposta, che è da considerarsi ancora opinione comune, è certamente la meglio fondata ⁹⁹). La conoscenza o la non conoscenza dell'impossibilità può solo aver influenza sulla questione se la disposizione del testatore fu seria e anche ciò in minimo grado, come deriva dalla trattazione precedente.

Molti tuttavia distinguono qui fra condizioni assolutamente impossibili e condizioni impossibili soltanto relativamente o casualmente, e queste ultime ammettono siano da considerare come non scritte nel caso che il testatore conosca l'impossibilità del loro adempimento; al contrario, se il testatore ritenga possibile il loro avverarsi, la disposizione stessa sia priva di va-

⁹⁸) STRYKIO, *Cautelae test.*, c. XVI, § 33, difende questa conclusione almeno pel caso che il testatore dichiarò espressamente di ritenere la condizione possibile. — La condizione da lui riferita: « Mevio sia erede se farà un battello e con esso veleggerà fino ad Amburgo, ciò che io so o ritengo che potrà farsi benissimo mediante studio ed arte » non si può più oggi considerare come assolutamente impossibile. Quest'opinione è poi sostenuta in una dissertazione speciale del BECKER, *Conditio impossibilis non indistincte pro non scripta habenda*, Rostock 1754, colla sola modificazione che all'onorato sia lecito provare il contrario, § 10, § 19 « seg. Vi aderisce anche il HOFFNER nel *Commentario delle Istituzioni*, § 401, nota 3.

⁹⁹) Vedi specialmente RICHTER, *de conditione impossibili ultimae voluntati adiecta indistincte pro non scripta habenda*, Lipsiae 1756. Nei trattati moderni la distinzione se il testatore ritenga o no possibile l'adempimento o è trascurata del tutto o è fatta solo per le condizioni relativamente impossibili. Vedi *infra* nota 6.

lore ¹⁰⁰). Ma quali condizioni sono relativamente impossibili? In generale si comprendono fra queste le condizioni il cui avverarsi è possibile in sè, ma non può accadere in un caso concreto, perchè mancano a ciò presupposti necessari e speciali ¹). Appartengono a queste: a) le così dette *falsae conditiones* (vedi sopra a pag. 224). In rapporto a queste però è riconosciuto che esse sieno da considerarsi *pro non scriptis*; esse sono parificate alle fisicamente impossibili ²); e per ciò non vi ha ragione alcuna per ammetter per queste una distinzione che non vale per quelle ³). b) Le condizioni impossibili soltanto soggettivamente, cioè quelle il cui avverarsi è impossibile per l'avente diritto sotto la data condizione, ma non per altri. A queste si riferisce a preferenza il concetto delle condizioni relativamente impossibili, e poichè si avevano dinanzi agli occhi principalmente i casi in cui l'avverarsi è impedito dalla mancanza dei mezzi necessari o dell'abilità (come per esempio se ad uno che non si intende di architettura viene imposto di disegnare e costruire un edificio), si venne così ad adottare una terminologia confusa e strana ⁴). Le condizioni relativamente impossibili si chiamarono *difficiles sensu iuridico* e si distinsero da queste le *difficiles sensu grammatico*, quelle cioè possibili, ma difficilmente effettuabili anche per gli aventi diritto sotto una certa condizione. L'applicazione di questo principio ha dato luogo

¹⁰⁰) THIBAUT, *Pandette*, § 954, n. III; SEUFFERT, *Pandette*, § 536. n. 2.

¹) SELL, *loc. cit.*, § 11 in principio, pag. 75, nota 1.

²) Vedi i testi citati sopra nelle note 87, 88 nel precedente paragrafo: AVERANI, *Interpr. iuris*, II, c. 24, § 14 seg.

³) È anzi riconosciuto *ad abundantiam* che l'effetto è sempre lo stesso, anche se all'autore del negozio debba restar ignota l'inesistenza della circostanza dalla quale dipende la cauzione. L. 1 § 9 D. *de obl. et act.* 44, 7. Come poi in questo riguardo non vi sia distinzione fra condizioni assolutamente impossibili e condizioni false, vedi § 1, 2 I. *de inut. stip.*, 3, 19 e SELL, *loc. cit.*, pag. 28 seg.

⁴) J. G. BRÜCKMANN, *Diss. de impossibili canonico iuridico, sive de eo quod circa conditiones impossibiles actibus humanis appositae iustum est*. Erf. 1751. — C. G. HÜBNER, *De conditione difficili ultimis voluntatibus adscripta*, Lipsia 1798; THIBAUT, *Pand.*, § 954.

ad un triplice ordine di opinioni ⁵). Per una prima opinione le *difficiles sensu juridico* sono simili alle condizioni semplicemente impossibili, le *difficiles sensu grammatico*, al contrario, sono aggiunte efficacemente, cioè il diritto dipendente da esse non è valido senza l'avverarsi della condizione. Secondo altri le condizioni *difficiles sensu juridico* sono valide se il testatore ha ritenuto possibile il loro avverarsi, altrimenti non lo sono ⁶). Per altri ancora, non solo queste, ma anche le *difficiles sensu grammatico* sono simili alle condizioni impossibili, a meno che siano molto difficili ad avverarsi, in modo tale che la difficoltà si avvicini molto alla impossibilità fisica ⁷). Di queste tre opinioni la prima ha il maggior numero di sostenitori. In primo luogo infatti è riconosciuto comunemente il principio che una condizione, il cui avverarsi non è possibile, vale *pro non scripta* nelle disposizioni di ultima volontà, senza che sia considerato il motivo dell'impossibilità; le modificazioni di questo principio si riferiscono soltanto alla mancanza di una volontà testamentaria seria. In oltre tutte le condizioni non eseguibili soltanto *in concreto* sono in certo modo simili l'una all'altra; ciò che vale per le *falsae conditiones*, può valere anche per quelle condizioni, il cui avverarsi non è possibile per ragioni soggettive. In terzo luogo si aggiunge che non si può fare una distinzione vera e propria fra condizioni veramente impossibili e condizioni impossibili soltanto soggettivamente. Per esempio, la condizione che un castrato sposi e abbia dei figli, che un impubere si sposi, è essa assolutamente impossibile o soltanto soggettivamente? Si risponderà che lo sposarsi di castrati e di impuberi si oppone ai principi giuridici, quindi tali condizioni sono assolutamente impossibili. Ma in questo modo possiamo ricondurre ogni condizione impossibile soggettivamente o

⁵) Confr. gli scritti citati nella nota precedente e HOEFFNER, § 401, nota 3; SELL, § 11, § 59.

⁶) SEUFFERT, *Pandette*, III, § 536, n. 3. Il THIBAUT, *loc. cit.*, n. III, ritiene la condizione invalida quando il testatore poteva conoscerne l'impossibilità.

⁷) SELL, *loc. cit.*, § 59, p. 263 seg., nota 2.

relativamente alle regole delle impossibili assolutamente, perchè si può dire che se è impossibile ciò che non può avverarsi, ciò che è impossibile soltanto soggettivamente lo è per tutti coloro che si trovano nello stesso caso dell'avente diritto sotto quella condizione. Se dunque non vi è una norma generale per distinguere fra condizioni assolutamente impossibili e condizioni impossibili soltanto relativamente, poco interessa nelle ultime come nelle prime se il testatore conosca o non conosca l'impossibilità ⁸⁾. Se è posta la condizione che un impubere si sposi, ognuno riterrà indifferente se il testatore sapesse o no l'impossibilità di avverarsi della condizione; perchè dunque non sarà lo stesso quando sia imposto di eseguire un bel quadro a colui che è profano di arte! Tuttavia non vi è neppure un motivo per parificare le così dette *difficiles conditiones sensu grammatico* alle condizioni impossibili. Il difficile, se pure la difficoltà non sia grande, è da distinguersi dall'impossibile, anche quando vi si avvicina, come per esempio se ad uno è imposto il pagamento di una somma superiore al patrimonio suo attuale e ai probabili suoi acquisti futuri. Noi consideriamo ciò come impossibile nella vita comune, ed anche PAOLO considera un simile caso come *paene impossibilis* ⁹⁾. Eppure questa non è che una improbabilità; ciò che appare ora impossibile può diventar possibile per mille combinazioni, come l'intervento di un terzo, ecc., in altre parole esiste solo un ostacolo, ma non un'impossibilità soggettiva. La differenza tra un semplice impedimento ed una impossibilità si può mostrare facilmente, se si pensa al caso di un'impossibilità il cui motivo possa però esser tolto; per esempio, il fidanzamento o il matrimonio di un uomo già ammogliato. Chi non possiede patrimonio, nè ha la minima speranza di ereditare, può diventar debitore solvibile di un milione, al contrario il fidanzamento di un uomo ammogliato è in sè negozio giuridico di nessun valore. Per ciò non è neppur mai il caso di distinguere vari gradi di difficoltà, per esempio distinguere ciò che è diffici-

⁸⁾ SELL, *loc. cit.*, § 11, p. 77 sino alla fine del paragrafo.

⁹⁾ I. 4 § 1 D. *de statu lib.*, 40, 7.

lissimo da ciò che è difficile in misura ordinaria; ciò non si può ricondurre a concetti saldi e applicabili. Deve però esser permesso ad un testatore di far dipendere l'esito della sua disposizione dalle più difficili condizioni imponendo delle condizioni casuali, fuori del tutto della potestà dell'onorato. I principi di diritto comune non portano certo ad una tale limitazione per il testatore, altrimenti dovrebbe essergli proibito di aggiungere delle condizioni casuali; il nostro diritto positivo lo limita solo in quanto l'imposizione di condizioni impossibili, illecite e immorali è priva di effetto, e ancora poi riguardo al *suis heres*.

Se consideriamo ora i passi, sui quali si vogliono appoggiare le opinioni opposte, non si è potuto addurre alcun passo delle fonti anche solo apparentemente favorevole al concetto che nelle *difficiles condiciones sensu juridico* venga presa in considerazione la conoscenza o la non conoscenza dell'impossibilità da parte del testatore ¹⁰⁾. Del resto s'invocano specialmente i passi seguenti, e prima di tutti la L. 4 § 1 D. *de statu lib.* già parecchie volte citata. Se si volesse argomentare da questo passo un principio giuridico generale applicabile al nostro soggetto, questo sarebbe che le condizioni difficili, se anche l'avverarsi di esse si avvicini all'impossibilità, non si possono parificare alle impossibili ¹¹⁾. Esso però contiene semplicemente un'applicazione della regola generale per la quale una disposizione vale solo quando sia fondata su una volontà seria del disponente. L'esempio addotto da PAOLO non

¹⁰⁾ Del resto talvolta si prende in considerazione la conoscenza o l'ignoranza dell'impossibilità anche nei negozi giuridici veramente condizionati (vedi per es. L. 31 D. *de obl. et act.*, 44, 7), non però per dedurne conseguenze speciali, ma per argomentarne la mancanza di serio volere di uno dei contraenti. L'effetto delle condizioni impossibili era sempre nei contratti l'invalidità dei contratti stessi. *SELL*, *loc. cit.*, § 11, pag. 83-86; *THIBAUT*, *loc. cit.* Fra i testi addotti dal *THIBAUT* a sostegno della sua tesi nessuno contiene neppure il più lontano accenno alla distinzione: in tutti è applicata la regola che le condizioni impossibili debbono aversi per non scritte.

¹¹⁾ *CUIACIO*, *Observationes*, XXI, c. 39. In questo senso è invocato il testo anche dal *THIBAUT*, *loc. cit.*, nota p.

tende invece a spiegar questa regola, e per ciò il testo non appartiene pel suo contenuto immediato all'argomento presente ¹²⁾.

Un altro testo che suole collegarsi alla nostra questione è il seguente:

« Si quis ita institutus sit: *si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset; cum monumentum triduo perfici non possit, dicendum erit, conditionem evanescere quasi impossibilem* » ¹³⁾.

Queste ultime parole hanno dato occasione a voler trovare in questo testo qualche cosa di diverso da ciò che dice il giuriconsulto: esso vien citato o per sostenere il principio che le condizioni relativamente impossibili equivalgono a quelle assolutamente tali, o per sostenere che ciò valga anche per quelle di difficile adempimento ¹⁴⁾. In fatto però qui non si parla nè dell'una nè dell'altra cosa. L'esempio deve servire soltanto a spiegazione del principio che le condizioni impossibili sono senza effetto. Ciò è espresso anche dalle parole *cum monumentum triduo perfici non possit*. Qui non si parla certamente di un segno di ricordo non artistico per l'erezione del quale potrebbero bastare anche tre ore, ma ULPIANO intende qui per monumento un'opera d'arte, come era consueto presso gli antichi per conservare la memoria dei defunti ricchi o di condizione sociale elevata; tal monumento non può secondo l'esperienza innalzarsi in tre giorni e perciò la condizione non è soltanto difficile o impossibile relativamente, ma impossibile in modo assoluto. La parola *quasi* ha qui il significato consueto di come; essa non esprime soltanto una parificazione, ma serve anche a spiegazione di quanto precede ¹⁵⁾.

Non appartiene al nostro argomento neppure il seguente passo di ULPIANO:

¹²⁾ Vedi sopra la nota 95 di questo paragrafo e il testo ivi, e HÜBNER, *Progr. cit.*, pag. 12 seg.

¹³⁾ L. 6 D. *h. t.*

¹⁴⁾ Il primo concetto è ammesso dal THIBAUT, *loc. cit.*, l'altro dal SELL., § 59, pag. 264, nota 2.

¹⁵⁾ MAIANSIO, *Diss. de condit. impossibili*, § 10, 11. — AVERANI, *Interpr. iur.*, lib. II, c. 42, § 42.

« Si sub conditione heres institutus sit, qui suspectam sibi hereditatem esse dicit, *si neque difficultatem, neque turpitudinem ullam habet conditio, nec impendium (al. impedimentum) aliquod*, jubendus est parere conditioni, et adire, et ita restituere; si vero turpis aut *difficilis sit conditio*, aperte iniquum est, cogi eum explere eam alterius gratia »¹⁶⁾.

Questo testo non dice che una cosa del resto ben conosciuta¹⁷⁾, che il fiduciario può essere costretto ad adire e restituire l'eredità, ma non può essergli imposto l'adempimento di condizioni più gravi od onerose¹⁸⁾.

Devono esser trattate anche qui due questioni, la prima sul caso in cui la condizione possibile al momento della confezione del testamento sia divenuta impossibile in seguito. Questa questione tocca la dottrina che in breve dovremo trattare (§ 1462) dell'adempimento delle condizioni; perciò in questo punto non potremo che dare alcuni cenni generali su di essa.

Se non teniamo conto delle disposizioni delle nostre fonti, ma soltanto della conseguenza logica dei principi generali del diritto, facilmente ne deriva il seguente risultato: la questione se la condizione debba ritenersi possibile deve decidersi secondo il tempo della confezione del testamento¹⁹⁾: se essa diviene impossibile in seguito naturalmente non può essere adempiuta, ma non si deve perciò considerare come non scritta, bensì come una condizione validamente ordinata che non possa adempiersi (*conditio deficiens*). L'effetto regolare della condizione deficiente è che il diritto da esso dipendente non nasca. Vi sono, è vero, parecchie eccezioni, ma anche riguardo a queste non si può dire logicamente che la condizione sia da ritenere come non aggiunta, bensì piuttosto che essa si ha per adempiuta. Non si può però fondare su ciò una differenza fra

¹⁶⁾ L. 63 § 7 D. *ad Sect. Trebell.*, 36, 1.

¹⁷⁾ L. 63 § 9, 10 *eod.*

¹⁸⁾ Ciò è ammesso anche dal SELL, pag. 264, ma il testo da lui invocato in appoggio, la L. 55 D. *fam. erc.*, 10, 2, non parla mai di condizione difficile, ma di difficile divisione.

¹⁹⁾ Vedi sopra, § 1459.

il caso in cui la condizione aggiunta in origine validamente sia divenuta poi impossibile e nuovamente divenuta possibile al momento in cui doveva adempersi, e il caso che le cose non siano mai mutate; nel primo caso non si può dire che la condizione sia mancata, come neppure che essa si abbia per non scritta.

Con questo risultato concordano le dichiarazioni delle nostre fonti. Vero è che le applicazioni di esse si fanno soltanto alle cosiddette condizioni relativamente impossibili, ma questo si spiega molto facilmente perchè oltre le condizioni le quali siano annoverate fra le impossibili per ragioni di diritto positivo, difficilmente avviene che ciò che da principio è assolutamente possibile divenga in seguito impossibile, nè ciò è preso in considerazione, data l'identità essenziale dei principi di diritto stabiliti per le due specie di condizioni impossibili. Così è riconosciuto che quando la morte impedisca l'adempimento, e questo divenga così impossibile per motivi fisici, la condizione è da ritenersi come mancata e il diritto che da essa si fa dipendere non può esercitarsi ²⁰⁾. Inoltre la condizione *si quod Titio debeo solverit*, e quindi anche il diritto che ne dipende son dichiarati mancati quando il testatore abbia fatto da sè il pagamento ²¹⁾. Viceversa però è deciso che la mancanza dei presupposti dai quali dipende la possibilità dell'adempimento non toglie il diritto quando possa aspettarsi ancora un ritorno di essi ²²⁾. ULPIANO dice:

« Intercidit legatum si ea persona decesserit, cui legatum est sub conditione. Quid ergo, si non decesserit, sed in civitate esse desierit — puta alicui legatum si consul fuerit, et is in insulam deportatus est — numquid non interim extinguitur legatum, quia restitui in civitatem potest? », cioè non si deve per la possibilità di una restituzione ammettere che il legato non sia da conside-

²⁰⁾ L. 31 D. *de condit. et dem.*: « — — morte — conditio defecisse intelligitur ».

²¹⁾ L. 72 § 7 in f., L. 94 pr. D. *de cond. et dem.*, 35, 1. Sulla L. 8 § 7 D. *h. t.*, la quale non concorda con la regola qui posta, vedi per altro il § 1462.

²²⁾ L. 59 pr. e § 1 D. *de cond. et dem.* (ULP., *ad Leg. Iul. et Pap.*).

rare per estinto e la cosa resti ancora in sospenso? ²³⁾: *quod probabilius esse arbitror.*

La questione vien dunque risolta in senso affermativo salvo che, come segue il § 2, abbia luogo una *maxima capitis deminutio*, perchè in tal caso la personalità si estingue del tutto e neppure la restituzione fa riacquistare il perduto ²⁴⁾. Non si possono neppure invocare i testi i quali contengono l'applicazione del principio di diritto che un negozio giuridico valido da principio e divenuto invalido in seguito per sopraggiunta impossibilità della prestazione, rimanga invalido se anche venga poi a cessare il motivo del suo annullamento ²⁵⁾, perchè finchè l'avverarsi della condizione è ancora in sospenso non si può dire che il diritto che ne dipende sia annullato, bensì soltanto che è in sospenso se nascerà o no ²⁶⁾. Perciò questo risultato si distingue anche dai casi in cui un diritto annullato secondo i principj rigorosi del diritto obbiettivo si è rinnovato mediante la restituzione o altro rimedio straordinario ²⁷⁾, perchè

²³⁾ Nella traduzione tedesca del *Corpus iuris* la questione è riferita così: « non si estingue forse qui il legato? ». Questa traduzione è letteralmente più fedele della nostra; non v'ha dubbio però che ULPIANO volesse dire: « non resta forse la cosa in sospenso come prima? ». Vedi EISENCCIO, *Comm. ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam*, p. 399.

²⁴⁾ Anche di quelli che han subito soltanto la *media capitis deminutio* si dice *mortuorum loco habendos*: vedi per es. L. 1 § 8 D. *de bon. poss. contra tab.*, 37, 4. Ma questo concetto non fu portato alla sua estrema conseguenza, massime per favorire il diritto caducario dell'erario. Vedi CUIACIO, *Obserr.*, III, 10; FORNERIO, *Selectiones*, II, 20 nel *Thesaurus* di OTTONE, II, p. 70. Come invece si applicasse con piena conseguenza il concetto dell'annullamento della personalità per effetto della *capitis deminutio maxima* si rileva dal fatto che in tal caso le disposizioni testamentarie si avevano per non scritte e così non andavano neppure a favore del fisco. L. 3 § 1 D. *de his quae pro non scriptis*, 34, 8; HUSCHKE, *Richter's Jahrbücher*, ecc. [Annali di giurisprudenza del RICHTER], anno 1838, fasc. 4.^o, pag. 315.

²⁵⁾ L. 83 § 5 D. *de V. O.*, 45, 1; § 2 in f. I. *de inutilib. stip.*

²⁶⁾ Ciò è indicato espressamente anche nell'ultimo testo delle *Istituzioni*: « *nec in pendentibus erit stipulatio ob id* ».

²⁷⁾ Come, per esempio, nei casi nei quali un testamento distrutto per *capitis deminutionem* sia mantenuto mediante la *bonorum possessio secundum tabulas* a favore dell'erede che abbia riacquisitato la capacità

nel nostro caso nulla è stato perso, neppure un diritto interinale; basta soltanto che al tempo in cui la condizione deve adempiersi, l'adempimento sia avvenuto. Perciò non solo non è necessario, ma è anche fondato su una inesatta conoscenza dei principi di diritto, il tentativo di spiegare la cosa colla differenza fra negozi *inter vivos* e negozi *mortis causa* ²⁸). Una differenza di questa specie non esiste perchè la regola *quae in eam causam pervenerunt a qua incipere non poterant pro non scriptis habentur* ha pieno valore anche per le disposizioni di ultima volontà ²⁹), queste dunque sono e restano annullate per qualunque evento di tale specie, salvo che per motivi speciali non abbia luogo una restituzione ³⁰). Ma non deve ammettersi come motivo di spiegazione che nei contratti si abbia riguardo al presente e invece nelle ultime volontà al momento della morte ³¹). Infatti è noto che i testamenti per regola non possono valere se i presupposti della loro validità non esistevano già al momento della confezione ³²) e anche il noto principio *ad conditionalia Catonis regula non pertinet* ³³) è inapplicabile qua, perchè altrimenti anche la questione se una condizione sia possibile ed ammissibile non potrebbe risolversi secondo il momento della disposizione: ed invece è vero il contrario. Tuttavia noi tralasciamo volentieri tutto ciò perchè lo scrittore contro il quale sono rivolte le precedenti osservazioni concorda in sostanza con la teoria qui esposta, che cioè la cosa debba risolversi dal punto di vista della condizione mancante. Ciò posto non può avere alcun interesse per la nostra questione di ricercare quale sia il momento

(§ 6 (5) I. *quibus modis test. inf.*), oppure un testamento rotto per agnazione di postumo riacquisti valore per la morte sopravvenuta del postumo anteriormente al testatore. L. 12 pr. D. *de iniusto, rupto, ecc.* 28, 3.

²⁸) SELL, *loc. cit.*, § 9, pag. 55-60.

²⁹) L. 3 in f. D. *de his quae pro non scriptis*, 34, 8.

³⁰) Vedi la nota 27.

³¹) Come è affermato anche dal SELL, *loc. cit.*

³²) L. 201 D. *de reg. iuris*, 50, 17.

³³) L. 41 § 2 D. *de legatis*, I, 30. Sul significato di questa regola vedi pag. 407 seg. del precedente volume.

decisivo per una impossibilità transitoria, quando la condizione possibile in origine sia divenuta in seguito impossibile. Questo ha che fare piuttosto colla questione di cui ci occuperemo nel § 1463, quale sia il momento decisivo per l'adempimento di una condizione.

La seconda questione riguarda il caso di adempimento della condizione possibile soltanto in parte. La risposta più naturale è certamente questa, che se una condizione totalmente impossibile si considera non aggiunta alle disposizioni di ultima volontà, lo stesso deve valere per la condizione impossibile solo parzialmente, cioè la parte impossibile si ha *pro non scripta*, la parte possibile deve essere adempiuta. Questo è riconosciuto anche nel diritto romano: se sia apposta la condizione, se due determinate persone vivranno o se l'onorato darà la libertà a determinati schiavi e uno degli individui nominati non sia mai vissuto o fosse già morto al tempo della confezione del testamento, la disposizione si ritiene tuttavia valida perchè una condizione impossibile deve considerarsi come non apposta ³⁴). Da ciò segue anche che nel caso che l'adempimento diviso non sia possibile, la condizione si considera come del tutto impossibile, come nel caso inverso di possibilità della condizione si richiede un adempimento totale ³⁵). Applicando ora qui con piena conseguenza il risultato della trattazione precedente sulla questione fatta pel caso di impossibilità sopraggiunta, si dovrebbe nel caso di impossibilità parziale sopraggiunta distinguere se sia o no possibile una divisione dell'adempimento, e nel primo caso l'adempimento parziale dovrebbe dare diritto soltanto ad una parte del lascito, nell'altro dovrebbero aver luogo gli effetti della *conditio deficiens* e annullarsi l'intera disposizione. Anche in questo risultato concorda il diritto romano quando però si faccia astrazione dalle modificazioni derivanti dal fatto che talvolta una condizione si ha per adempiuta anche quando l'inadempimento sia certo, o vi sia un dubbio se essa sia stata adempiuta o no. Il SELL è però dell'opinione che

³⁴) L. 45 D. de hered. inst., L. 6 § 1 D. de cond. et dem.

³⁵) L. 112 pr. D. de cond. et dem.; SELL, § 10, pag. 62 seg.

qui vi siano state due diverse opinioni fra i giureconsulti romani: secondo una, la più rigorosa, l'impossibilità parziale sarebbe parificata alla totale, secondo l'altra l'adempimento parziale sarebbe stato considerato sufficiente per pretendere il diritto quando non vi fosse colpa o mora di colui al quale era stata imposta la condizione. Egli stesso però esclude il caso in cui a parecchie persone insieme sia imposta una condizione; in tal caso colui che ha adempiuto la sua parte potrebbe nelle condizioni divisibili pretendere la sua parte di oggetto, nelle indivisibili invece ciò equivarrebbe alla mancanza della condizione, salvo che essa fosse stata adempiuta da uno solo così come era stata imposta a tutti insieme ³⁶). L'unico testo tuttavia che può con qualche probabilità addursi per la prima opinione, quella che l'adempimento parziale equivalga al totale, è un responso di SCEVOLA ³⁷):

« Qui dotem in pecunia numerata et aestimatis rebus acceperat, uxori ita legavit: *Sejæ uxori meae, si omnes res, quae tabulis dotalibus contineantur, heredi meo exhibuerit et tradiderit summam dotis, quam mihi pro ea pater ejus intulit, dari volo hoc amplius denarios decem*. Quaesitum est: quum res in dotem datae plures ipso usu finitae essent, nec moriente marito fuerant, *an quasi sub impossibili conditione legatum datum debeat?* Respondi: *videri conditioni paritum*, si, quod ex rebus in dotem datis supererat, in potestatem heredis pervenit ».

Da questo testo dovrebbe apparire molto chiaramente la distinzione fra il caso di condizione che deve ritenersi come non scritta perchè impossibile e quello nel quale essa deve considerarsi mancata o adempiuta ³⁸). Il giureconsulto contrappone l'uno all'altro e domanda se il legato possa considerarsi valido come se fosse stato ordinato sotto una condizione impossibile, ma risolve tacitamente in senso negativo questa questione perchè fonda la validità del legato sul fatto che la condizione si deve considerare

³⁶) SELL, *loc. cit.*, pag 64-72.

³⁷) L. 12 D. *de dote prael.*, 33, 4.

³⁸) Vedi la trattazione in principio della prima questione e AVEBANI, II, 24, n. 25.

adempita quando la legataria abbia dato agli eredi ciò che ancora le restava della dote; è ammesso cioè in conseguenza di una benigna interpretazione che ciò corrisponda alla volontà del testatore ³⁹⁾. Al contrario è deciso che se un legato sia ordinato sotto la condizione che il legatario paghi una somma di denaro a due persone determinate e una di queste persone sia morta, il legato vale soltanto per la metà e anche questo si fa dipendere dal fatto che il legatario non sia stato in mora al tempo della morte di quella persona ⁴⁰⁾. Coerentemente a ciò è anche deciso che se una cosa sia legata a due persone sotto la condizione di pagare una certa somma, ed una di esse muoia, l'altra può ottenere la metà del legato pagando la sua parte ⁴¹⁾; ed in generale in simili casi di adempimento parziale, anche se l'altro non voglia adempiere, l'adempiente ha sempre diritto alla sua parte ⁴²⁾. Su tutto ciò ebbero certamente luogo delle dispute fra i giureconsulti romani, potendosi dubitare se l'intero diritto non dipenda dall'adempimento totale della condizione. L'opinione più mite è già esposta nelle *Pandette* come quella accolta nella pratica ⁴³⁾ e per essa si è pronunciato anche GIUSTINIANO in una sua costituzione ⁴⁴⁾. Questi e simili dubbii e decisioni ⁴⁵⁾ però non hanno per oggetto la questione se la condizione divenuta parzialmente impossibile debba ritenersi scritta, bensì l'altra se il diritto esista o no ancora in generale. Tuttavia se ad essa si vogliono riferire, è riconosciuto chiaramente che tale condizione non si può ritenere per non scritta, ma che quando essa si avveri, ben inteso nel caso di possibilità parziale, i diritti che ne dipendono hanno efficacia. Da

³⁹⁾ AVERANI, II, 24, n. 26.

⁴⁰⁾ L. 112 § 1 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

⁴¹⁾ L. 112 § 2 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

⁴²⁾ L. 56 D. *de cond. et dem.* L. 112 § 2 *ead.*, 35, 1.

⁴³⁾ L. 112 § 1 D. *de cond. et dem.*: « — Sed *benigna interpretatione dicendum* — debere partem dimidiam ». L. 112 § 2 *ead.*: « — Sed *haec humanius interpretari solemus* ».

⁴⁴⁾ L. 6 C. *de conditionibus insertis tam legatis, quam fideicommissis et libertatibus*, 6, 46.

⁴⁵⁾ Per es., L. 20 § 4 D. *de leg.*, III, L. 33 § 4 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

ciò segue anche che quando la condizione sia indivisibile, per es.: *si insulam aedificaverint*, si deve adempiere completamente, onde anche secondo la sopraespressa benigna interpretazione deve ritenersi indifferente se l'adempimento sia fatto dai più ai quali fu imposto un legato in comune o soltanto da quello il quale solo potè e volle adempiere ⁴⁶⁾). Secondo i principi del diritto di accrescimento fra collegatari deve anche ammettersi che dove pure una divisione dell'adempimento e della prestazione è possibile, se l'uno manca, l'altro adempiendo per intero la prestazione può pretendere l'intero oggetto ⁴⁷⁾; se poi l'adempimento è possibile parzialmente, ma l'oggetto è indivisibile, come per esempio la concessione di libertà, la condizione deve essere adempiuta per intero da colui che pretende il diritto ⁴⁸⁾.

§ 1461.

Effetti della condizione possibile e lecita.

L'effetto di una condizione consiste in generale nel fatto che essa deve essere adempiuta così come il testatore l'ha espressa e concepita, in caso diverso il diritto che ne dipende viene a mancare. Vi sono però delle limitazioni nel riguardo subiettivo, cioè riguardo agli eredi necessari i diritti dei quali non possono di regola farsi dipendere da condizioni. Di ciò abbiamo già parlato in altri luoghi di questo *Commentario*. Poichè però quello che ivi è stato detto ha trovato in parte dei contraddittori ⁴⁹⁾, appare qui necessario un breve riassunto dei risultati e una giustificazione di essi. Sotto ambedue i riguardi la trattazione sarà limitata ai punti

⁴⁶⁾ L. 13 pr. D. *de manumiss. test.*, 40, 4.

⁴⁷⁾ L. 54 § 1 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

⁴⁸⁾ L. 4 § 3 D. *de statu liberis*, 40, 7. Qui del resto non si può ancora parlare del caso che l'adempimento totale non sia possibile per l'onorato sotto condizione. Vedi § 1462.

⁴⁹⁾ BUCHHOLTZ, *Comm. de liberis sub conditione institutis aut exhereditatis*, reg. 1838, e più diffusamente nella dissertazione *Ueber bedingte*, ecc. [Sulla diseredazione o istituzione condizionata dei figli] nella *Zeitschrift*, ecc. [Rivista di diritto e procedura civile], vol. XIII, diss. XIII.

essenziali passando sotto silenzio tutto ciò che si comprende facilmente da sè.

1.º Secondo il diritto delle *Pandette* un *filius suus* può essere istituito sotto una condizione puramente potestativa; sotto condizione casuale o mista non può essere istituito se non quando sia anche diseredato sotto la condizione opposta, e anche in tal caso importa soprattutto sapere se l'istituito abbia sopravvissuto al momento dell'avverarsi o del mancare della condizione. In caso contrario non vale nè l'istituzione nè la diseredazione e deve ammettersi che il *suus* acquisti l'eredità paterna *ab intestato*; nel caso affermativo invece la condizione produce i suoi effetti, vale a dire, se si avvera, il figlio diviene erede in base al testamento, se non si avvera egli è diseredato.

Se la condizione casuale o mista sia aggiunta semplicemente all'istituzione, senza cioè la diseredazione pel caso opposto, secondo il diritto civile essa produce nullità del testamento, secondo il diritto pretorio invece il figlio può chiedere una *bonorum possessio secundum tabulas*, la quale ha per effetto che avverandosi la condizione il testamento valga in tutto il suo contenuto; mancando questa, invece, essa ha gli effetti della *bonorum possessio contra tabulas*. Gli stessi effetti aveva l'istituzione del figlio *suus* sotto condizione impossibile⁵⁰); le figlie e i nipoti, anche se sottoposti alla potestà del testatore, potevano essere istituiti sotto qualunque condizione, il testamento cioè valeva pel diritto civile ancorchè la condizione fosse casuale o mista. Si concedeva però una *bonorum possessio secundum tabulas* la quale logicamente per i principi del diritto pretorio aveva in caso di mancanza della condizione casuale o mista gli effetti di una *bonorum possessio contra tabulas*⁵¹).

⁵⁰) Secondo il diritto civile, simile istituzione era *nullius momenti*, la condizione cioè non si avea semplicemente per non scritta (L. 15 D. *h. t.*), ma l'istituito poteva ottenere una *bon. possessio secundum tabulas*. Questo almeno richiede la conseguenza. Vedi FOERSTER, *De bon. possessione liber. pract.*, p. 283 seg., § 63 in f.

⁵¹) Un'altra questione è se l'imperatore ANTONINO abbia abrogato indirettamente questi effetti quando stabilì che le figlie e i nipoti non potessero mediante la *bon. possessio* ottenere un diritto maggiore di quanto

Se essi invece fossero istituiti sotto condizioni impossibili, aveva luogo l'applicazione del diritto comune, cioè la condizione si aveva per non scritta e l'istituzione valeva come pura. I postumi *sui* hanno lo stesso diritto dei *fili sui* senza che vi sia differenza per il sesso o per il grado: poichè però il testamento non diviene nullo fin da principio per la preterizione di un postumo, così anche l'istituzione del postumo sotto condizione impossibile non produce nullità del testamento, ma tutto dipende dalle circostanze del momento in cui il postumo appare: se in quel momento la condizione si è avverata il postumo eredita in base al testamento, nel caso opposto questo è nullo per diritto civile⁵²). Infine se sia istituito sotto condizione un erede necessario semplicemente pretorio, un emancipato, ha luogo lo stesso diritto che per i figli e per i nipoti in potestà del padre; la condizione potestativa deve naturalmente essere adempiuta; se invece la condizione sia casuale o mista l'istituito ottiene una *bonorum possessio secundum tabulas*, la quale è in ogni caso efficace per lui anche se la condizione venga a mancare; la condizione impossibile si considera poi come non apposta. Per la validità formale del testamento non è necessario che gli eredi necessari pretorì istituiti sotto condizione casuale o mista siano diseredati sotto la condizione opposta.

derivava loro dal *ius accrescendi in partem* (GAIO, *Inst.* II, 124, 126: ULPIANO, XXII, 17. Vedi vol. II di questo libro XXVIII, pag. 543 seg.). Nel senso affermativo si può argomentare dal fatto che il diritto di accrescimento era condizionato alla preterizione e chi è istituito secondo il diritto civile non si può considerare preterito. Così insegna il FOERSTER. *loc. cit.*, pag. 290, che io pure avevo seguito a pagina 575 del volume II di questo libro, contro il FRANCKE, *Nothbenrecht* [Diritto degli eredi necessari], p. 47-48. Ma poichè le parole di ANTONINO si riferiscono solo alla quantità può forse sembrar più giusto il dire che la *bon. possessio* era sempre *cum re*, anche quando mancava la condizione, soltanto gli eredi non potevano ottenere di più che pel *ius accrescendi in partem*. Ma poichè questo suppone l'istituzione di altri accanto ad essi, così s'intende da sè che quando concorressero soli sorelle e nipoti tutti istituiti insieme in questo modo, la *b. p. secundum tabulas* aveva pieno effetto.

⁵²) Vedi pag. 575, vol. II di questo libro. BUCHHOLTZ, *Zeitschrift* [Rivista di diritto e procedura civile], *loc. cit.*, pag. 353-356.

Però simili eredi non debbono trovarsi in condizioni migliori del *filius suus*, il quale pure può essere diseredato in quel modo: l'ammissibilità di una tale diseredazione eventuale è riconosciuta anche in un testo che tratta dell'emancipato⁵³⁾ e la conseguenza richiede che ciò si ammetta in tutti i casi sopra enunciati nei quali l'istituzione dell'erede necessario sotto una condizione non potestativa non impedisce la validità civile del testamento, ma dà un diritto ad una *bonorum possessio secundum tabulas* efficace in ogni caso, anche quando la condizione manchi⁵⁴⁾.

Al contrario una diseredazione condizionata non è valida neppure quando vi sia aggiunta l'istituzione pel caso inverso; essa quindi non ha effetto neppure nel caso che il diseredato condizionatamente sopravviva all'avverarsi o al mancare della condizione. Anche ciò è stato già insegnato in questo *Commentario* contro la comune opinione⁵⁵⁾, ma questa è stata di recente nuovamente difesa coi seguenti argomenti⁵⁶⁾.

Si osserva che se la validità dell'istituzione dell'erede necessario sotto condizioni non potestative si fa dipendere dalla aggiunta di una diseredazione condizionata in senso inverso, ciò prova che in tal modo è riconosciuta la validità giuridica di una tale diseredazione. Si dice ancora che la necessità logica vuole che quando del caso che il padre abbia istituito il figlio sotto una condizione non potestativa diseredandolo sotto la condizione opposta, è detto *iure testatus videtur*, lo stesso debba valere del caso inverso. Si argomenta anche dal fatto che nelle fonti sia dichiarato indifferente se preceda nel testamento la diseredazione o la istituzione⁵⁷⁾ e con questo argomento il più recente difensore di questa opinione crede di potere dai testi nei quali si parla della

⁵³⁾ L. 20 § 4 D. *de bonis lib.*, 38, 2.

⁵⁴⁾ Questi concetti si trovano esposti più o meno largamente a pagina 554, 668 del vol. II di questo libro XXVIII.

⁵⁵⁾ Pag. 592 del vol. II di questo libro.

⁵⁶⁾ BUCHHOLTZ, *Zeitschrift*, ecc. [Rivista di diritto e procedura civile], *loc. cit.*, pag. 326-331.

⁵⁷⁾ L. 1 pr. D. *de her. inst.*, 28, 5.

ammissibilità di una istituzione condizionata coll'aggiunta della diseredazione eventuale dedurre il principio che alla regola della impossibilità delle diseredazioni condizionate vi sia stata una eccezione per la quale la diseredazione del figlio avrebbe potuto farsi validamente sotto condizione casuale o mista quando ad essa fosse aggiunta una diseredazione sotto la condizione opposta. Con ciò non si è tenuto affatto conto degli argomenti fondamentali addotti in questo *Commentario* contro questa opinione, e poichè i medesimi non sono stati per mio parere confutati affatto dalla nuova difesa basterebbe un rinvio ad essi. Ma poichè l'avversario è scrittore troppo noto così non posso limitarmi a ciò.

Che i figli *sui* nè gli eredi necessari pretori non possano essere diseredati sotto condizione è principio espresso nelle fonti senza modificazione alcuna ⁵⁸⁾, mentre dove è ricordato il principio che l'istituzione in erede del figlio *suus* non possa aver luogo sotto condizione non potestativa si aggiunge anche di solito la modificazione, salvo che segua la diseredazione sotto la condizione opposta ⁵⁹⁾. È vero che non soltanto è dichiarata valida la diseredazione aggiunta all'istituzione fatta sotto condizione casuale o mista, ma da questa diseredazione eventuale si fa anche dipendere la validità dell'istituzione; però la diseredazione condizionata è qui soltanto una parte dell'istituzione condizionata; quella è concessa per rendere possibile questa, ma da ciò non segue affatto che essa sia valida di per sè.

Si può anche concedere in secondo luogo che considerata la cosa dal punto di vista puramente logico non vi ha differenza tra l'istituire sotto una condizione e diseredare sotto la condizione opposta e viceversa diseredare sotto una condizione istituendo sotto la condizione opposta. Ma ciò non ha valore quando si applichi alle regole del diritto della diseredazione.

Se noi domandassimo qui soltanto come deve intendersi ed ap-

⁵⁸⁾ L. 3 § 1 D. *de liber. et post.*, 28, 2, L. 18 pr. D. *de bon. poss. contra tab.*, 37, 4.

⁵⁹⁾ L. 86 pr. D. *de her. inst.*, L. 20 § 4 D. *de bon. libert.*, L. 4 C. *de instit. et subst.*, 6, 25.

plicarsi secondo i presupposti naturali una disposizione testamentaria non dovrebbero neppure valere le regole *exhereditio fieri non debet post mortem exhereditati, post aditam hereditatem, fieri debet ab omni hereditate*⁶⁰⁾ e simili, perchè ciò che il testatore abbia voluto nelle disposizioni discordanti da queste regole è anche secondo i principî giuridici tanto sicuro quanto le regole stesse. Ma è noto che vi sono negozi giuridici i quali non tollerano l'espressione di una condizione sebbene il loro effetto possa implicitamente o indirettamente farsi dipendere da condizioni (*expressa nocent, non expressa non nocent*): ora le diseredazioni appartengono a questa specie di negozi, come è espressamente riconosciuto anche nelle nostre fonti coll'aggiunta di un esempio, che, a dir vero, non ha nessuna colleganza colla questione presente⁶¹⁾. Ora che cosa sarebbe della regola *expressa nocent*, ecc. se si potesse dire che l'una cosa sia in sostanza la stessa che l'altra? Adunque, che una diseredazione condizionata possa farsi in modo indiretto è cosa riconosciuta, perocchè altro non sia quella che forma parte di una istituzione d'erede, in maniera che la condizione dell'istituzione non avverandosi riceva il significato di una diseredazione; ma non si vede come da ciò possa concludersi per la ammissibilità di una diseredazione condizionale diretta, quando non si creda di poter fondare questo concetto su regole di diritto positivo. L'argomento che si trae infine dalla indifferenza della priorità dell'istituzione o della diseredazione nel testamento non ha alcun valore, perchè ivi non si allude affatto alla diseredazione condizionata e nessuno vorrà negare che accanto a quel principio stia in perfetta armonia l'altro che le diseredazioni condizionate possono avvenire soltanto indirettamente e nella forma sopra espressa. Del resto si può anche concedere che la disposizione sulla indifferenza dell'ordine delle singole disposizioni del testamento possa estendersi anche oltre i limiti del suo vero contenuto, purchè però la si usi per

⁶⁰⁾ Vedi pag. 451, 599 del vol. II di questo libro.

⁶¹⁾ L. 68 D. *de hered. inst.*, 28, 5. Vedi pag. 595 del vol. II di questo libro.

limitare le regole riguardanti non già l'ordine, ma l'ammissibilità delle diseredazioni.

Questo principio ed altri analogamente limitativi si spiegano sufficientemente con l'odio per la diseredazione ⁶²⁾ e le conseguenze, che ne sono riconosciute nella compilazione, debbono ritenersi valide, per quanto possiamo anche essere autorizzati a dichiarare l'una o l'altra di esse sottigliezze eccessive ⁶³⁾.

2.° È in alcuni punti molto discusso quale influenza abbiano avuto le singole costituzioni di GIUSTINIANO riguardanti il diritto di successione necessaria sul diritto fin qui esposto delle istituzioni e diseredazioni condizionate. Il minor dubbio viene dalla L. 4 C. *de liberis praeteritis*, 6, 28 dell'anno 531, il cui contenuto essenziale consiste nel dire che le figlie in potestà e i nipoti agnati e in genere i postumi *sui* di tutte le specie debbono essere diseredati nominativamente come i figli *sui* e che la preterizione di essi non ha quindi per effetto un diritto di accrescimento nella parte loro, ma quello stesso effetto che una volta aveva la preterizione di un figlio *suus* ⁶⁴⁾, onde anche una diseredazione *inter ceteros* non è più valida neppure quando ad essa sia congiunto il lascito di un legato ⁶⁵⁾. Della istituzione e della diseredazione condizionata non

⁶²⁾ « Exheredationes non sunt adiuvandae ». Cfr. pag. 592 seg. del volume II di questo libro.

⁶³⁾ Sopra una modificazione, benchè poco significante, del principio « exhereditatio pure fieri debet », stabilita riguardo ai postumi, vedi pagina 598 del vol. II di questo libro.

⁶⁴⁾ Vedi pag. 380 seg., vol. II di questo libro.

⁶⁵⁾ Vedi pag. 690, vol. II di questo libro. L'interpretazione ivi data che la diseredazione *inter ceteros* sia inefficace anche per le figlie, anche se avvenga *cum adiectione legati*, è qualificata dal BUCHHOLTZ, *Rivista di diritto e proc. civ.*, loc. cit., pag. 344 seg., nota 3, come un mio emblema. Ma ivi non si trattava che di ripetere il senso della disposizione di GIUSTINIANO, e tale esso è senza dubbio e non altro. Per la *postuma sua* la diseredazione *inter ceteros* era valida solo quando avveniva *cum adiectione legati*: l'imperatore dispone che neppure in tal caso la diseredazione *inter ceteros* sia valida. Erronea è anche l'affermazione del BUCHHOLTZ che io col FRANCKE trovi in GIUSTINIANO una contraddizione. Io nego ciò espressamente, come verà dimostrato anche da quello che segue.

si parla nelle fonti; perciò in questo riguardo deve ancora valere l'antico diritto, salvo che si voglia ammettere che esso sia già stato mutato da altre leggi precedenti delle quali parleremo tra breve. Tutto il mutamento dunque si riferiva alla necessità di una diseredazione nominativa per tutti gli eredi *sui*. La diseredazione condizionata era per questi inammissibile senza distinzione anche secondo il diritto delle *Pandette* ⁶⁶⁾, la differenza riguardava soltanto, oltre la possibilità della preterizione ammessa dalla L. 4 Cod. cit. nella istituzione d'erede condizionata e tal differenza rimane immutata accanto alla L. 4 Cod. cit. ⁶⁷⁾. Vi sono però altre leggi di GIUSTINIANO che vengono in considerazione per la nostra questione e cioè la L. 30 Cod. *de inoff. test.*, 3, 28 dell'anno 528 nella quale è disposto che ove sia diminuita la legittima «col lascito di una quantità troppo piccola non abbia più luogo la querela di inofficioso testamento, ma un'azione per il supplemento di ciò che manca ⁶⁸⁾. Soltanto supponendo che GIUSTINIANO abbia ordinato che il testamento non possa essere impugnato quando sia stata lasciata qualche cosa al legittimario e solo compete in tal caso l'azione per il supplemento, la legge può avere avuto influenza sul diritto sopra esposto della diseredazione o istituzione condizionata. Ciò è sostenuto fra gli altri dal FRANCKE ⁶⁹⁾, il quale tuttavia si vede costretto ad ammettere una contraddizione fra questa disposizione e quella contenuta sulla fine della L. 4 *de liberis praeteritis* nella quale la diseredazione *inter ceteros* rende nullo il testamento anche quando sia lasciato un legato al diseredato. Tuttavia l'imperatore nella L. 4 citata ha di mira esclusivamente il diritto di successione necessaria formale, mentre la L. 30 si riferisce al diritto di successione necessaria materiale, cioè alla legittima, la quale era tutelata colla querela di inofficioso testamento.

⁶⁶⁾ Confr. pag. 576 vol. II del lib. XXVIII.

⁶⁷⁾ Pag. 775 seg., vol. II del libro XXVIII.

⁶⁸⁾ Sui casi nei quali già nel diritto precedente in luogo della querela si avesse l'azione suppletoria, vedi pag. 323 del vol. II di questo libro.

⁶⁹⁾ *Notherbenrecht* [Diritto degli eredi necessari], § 26, pag. 343-349.

Neppure in fatto è mai nato dubbio sul punto che l'azione suppletoria non sia per nulla collegata col diritto di successione necessaria formale, mentre la legge non parla di altri mezzi contro il testamento oltre la querela di inofficioso testamento e in generale non tocca se non della successione necessaria formale. Ma ciò avviene in modo che è chiarissimo che qui nulla ha che fare l'azione suppletoria. Nel testo è detto espressamente che quando gli eredi necessari siano preteriti o non istituiti o diseredati in modo legittimo vale ancora il diritto precedente ⁷⁰⁾ e da ciò appare chiaramente che la dichiarazione contenuta nel proemio della costituzione, di volere con essa togliere la possibilità del ripetersi di casi *in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis moveri solebat actio*, non può avere il senso che l'azione suppletoria debba entrare nel posto dell'azione per violazione del diritto di successione necessaria formale ⁷¹⁾.

Un'altra costituzione emanata nell'anno seguente 529, e cioè la L. 32 Cod. *de inoff. test.*, 3, 28, appare come un'aggiunta alla L. 30 e dispone precisamente: « *si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliqua dispositione moram, vel modum, vel aliud*

⁷⁰⁾ « — tunc vetera iura locum habere sancimus, nullam ex praesente promulgatione novationem acceptura »; § 1.

⁷¹⁾ Vedi pag. 685, 750 del vol. II di questo libro. In simil modo, anche riguardo alle parole *vel alio modo subvertendis*, che possono facilmente riferirsi alla *bon. possessio contra tabulas* del patrono (vedi pag. 692. vol. II cit.), intende la costituzione il FUHR, *Zeitschrift*, ecc. [Rivista di diritto e procedura civile], vol. VII, diss. IX, e già prima nella recensione del FRANCKE, *Nothenrecht*. Confr. pure BUCHHOLTZ, *Zeitschrift* [Rivista di diritto e procedura civile], XIII, p. 341-45, nota 5, che meco concorda in generale, limitandosi a qualche osservazione particolare, come ad esempio contro la spiegazione da me data delle parole del § 1 « *vel alia eorum mentione facta nihil ei penitus reliquerint* » come istituzione d'erede senza attribuzione di patrimonio. Certamente non è necessario limitare il senso di quelle parole ad una istituzione d'erede senza contenuto patrimoniale per intendere la costituzione nel senso sopra esposto: il pensiero dell'imperatore era che fosse indifferente se il diritto della successione necessaria formale fosse leso o rispettato, oppure non esistesse affatto; in ogni caso se ai legittimarii non fosse lasciato nulla restava in vigore l'antico diritto e aveva luogo la querela d'inofficioso.

gravamen introducente, *eorum jura, qui ad memoratam actionem* (de inofficioso testamento) *rocabantur, imminuta esse ridebantur, ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio, moram vel quodcumque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset* ».

Che questo testo si riferisca non già alla successione necessaria formale, ma al diritto della legittima, è provato non solo dalla sua posizione nel titolo *de inofficioso testamento* ⁷²⁾, ma anche dalla dichiarazione espressa due volte che si tratti di un testamento inofficioso. Ancora dunque nel diritto delle costituzioni giustiniane, il diritto di successione formale e quello materiale erano ben distinti. Per la forma della istituzione o della diseredazione non poteva adunque nascere il minimo dubbio nè pel diritto civile nè pel diritto pretorio; era però possibile una impugnativa del testamento mediante la querela di inofficioso quando vi fosse un torto materiale contro l'erede necessario, questi per esempio fosse stato escluso senza motivo o istituito in una parte minore di quanto importava la legittima. Secondo il diritto precedente per una tale diminuzione aveva luogo la querela; GIUSTINIANO però vuole modificare ciò ed ordina che le limitazioni e gli oneri -di tutte le specie si debbano avere per non scritte. Se questa prescrizione si potesse riferire al diritto di successione necessaria formale, nessuna condizione aggiunta all'istituzione o alla diseredazione importerebbe più nullità della disposizione stessa, mentre al contrario non potrebbe apporsi all'istituzione neppure una condizione potestativa, nè potrebbe l'istituzione farsi sotto condizione potestativa con l'aggiunta della diseredazione pel caso inverso. Se invece limitiamo la legge al diritto di successione necessaria materiale anche qui deve sottintendersi la clausola derogatoria contenuta nella L. 30 § 1, quello cioè che nell'antico diritto è stato disposto sui requisiti ed effetti dell'istituzione, come della diseredazione, degli eredi necessari rimane in vigore accanto a questa legge ⁷³⁾. Che questo sia il senso della legge appare non

⁷²⁾ Vedi FUHR, *loc. cit.*, pag. 297.

⁷³⁾ Vedi vol. II di questo libro, pag. 220 seg.

solo dalle ragioni generali già addotte, ma è confermato anche della seguente applicazione che se ne fa in una costituzione posteriore dell'anno 531 secondo la quale quando all'erede necessario l'eredità sia lasciata per fedecommesso, la legittima deve essergli data subito, il resto quando verrà il tempo nel quale dovrebbe avvenire la restituzione secondo il testamento ⁷⁴⁾. Qui non si parla del diritto di successione necessaria formale, ma se si volesse trovare in ciò un argomento per l'opinione contraria, si dovrebbe ammettere che anche la regola *fedecommissis hereditas nec dari nec adimi potest* non valga più e che non occorra più nè istituzione nè diseredazione degli eredi necessari, purchè loro si lasci qualche cosa per fedecommesso. Chi trova ciò nella L. 32 Cod. cit. facilmente potrà invocare per la sua opinione anche la costituzione ultima citata, ma chi pensa che, anche astraendo dalle disposizioni della Novella 115, quel principio rimanga immutato (e noi avremo d'ora in poi a fare soltanto con un avversario di questa specie, il quale divide su questo punto la nostra opinione), dovrà concedere anche che la disposizione della L. 36 § 1 Cod. cit. debba intendersi sotto il presupposto che la disposizione del testatore non contenesse alcuna violazione del diritto di successione necessaria formale. Sotto questo presupposto però appare assai chiaro per la enunciata applicazione che GIUSTINIANO, nel disporre che le condizioni e gli oneri della legittima si debbono avere per non apposti, aveva diretto la sua attenzione soltanto al diritto della legittima; se la legittima è garantita completamente col testamento o coll'applicazione dei rimedi giuridici di legge sopra indicati, la disposizione mantiene il suo vigore. Ciò che sta al di là di questa cerchia del diritto di successione necessaria materiale non è toccato dalla costituzione di GIUSTINIANO. Soltanto il diritto della inofficiosità o della legittima richiede due requisiti, il primo l'esistenza di una violazione materiale del diritto, e questa manca quando l'erede necessario sia escluso in modo legittimo e per giusti motivi e quando sia istituito in modo legittimo e senza di-

⁷⁴⁾ L. 36 § 1 C. *de inoff. test.*

minuzione della sua quota, e istituzione legittima deve considerarsi anche quella sotto condizione finchè siano rispettati i limiti di legge; in secondo luogo occorre che l'erede necessario non abbia altro mezzo per far valere il suo diritto contro il testamento ⁷⁵⁾, cioè che il testamento non contenga violazione del diritto di successione necessaria formale ⁷⁶⁾. Se pertanto si trova una simile violazione non si può parlare delle disposizioni di GIUSTINIANO sul diritto al supplemento o sulla invalidità delle condizioni e degli oneri. Anche il BUCHHOLTZ è dell'opinione che GIUSTINIANO nella L. 32 Cod. cit. avesse di mira soltanto il diritto materiale degli eredi necessari, vale a dire il diritto alla legittima e ne deduce con ragione che la costituzione non possa applicarsi quando un figlio *suus* sia stato istituito sotto condizione potestativa senza essere diseredato sotto la condizione opposta ⁷⁷⁾. Del resto dalla dichiarazione di GIUSTINIANO, che le condizioni, le quali diminuiscono il diritto dei legittimari, non debbono essere osservate, egli deduce conseguenze che secondo il mio parere possono ritenersi esatte soltanto in parte. Prima di tutto non si può lasciare inosservato il fatto che quella dichiarazione deve intendersi sempre col limite, in quanto la condizione violasse effettivamente il diritto dei legittimari, ove la si volesse rispettare. Ad altre limitazioni poi conduce l'applicazione logica di altre regole giuridiche che devono considerarsi come tuttora vigenti. Quando pertanto lo scrittore sopra nominato dichiara inammissibili anche le condizioni potestative se aggiunte alla legittima ⁷⁸⁾ bisogna spie-

⁷⁵⁾ § 2 I. *de inoff. test.*, L. 4 pr. C. *de lib. praeter*. Confr. SCHNEIDER, *Die allgemeinen subsidiären Klagen* [Le azioni generali sussidiarie del diritto romano], pag. 441-452.

⁷⁶⁾ Sopra questo requisito essenziale dell'applicazione della querela di inofficioso vedi SCHNEIDER, *loc. cit.*, pag. 476-478.

⁷⁷⁾ *Cit. Diss.*, pag. 332-335.

⁷⁸⁾ Il BUCHHOLTZ (*loc. cit.*, pag. 336) esclude a ragione la condizione potestativa *si volet*, perchè essa non fa che concedere espressamente all'erede necessario il *ius abstinendi*, e l'obbligo che ne deriva di dichiarare se vuole acquistare o no non è per nulla un onere dell'erede; egli viene però a riconoscere per tal modo che la disposizione di GIUSTINIANO può subire una modificazione per l'applicazione del principio *lex specialis derogat generali*.

garsi chiaro e dire che la condizione deve essere adempiuta soltanto per la parte che supera l'importare della legittima. L'applicazione di questa regola appare molto facile nel caso che l'erede necessario abbia dei coeredi; quando cioè la condizione non è adempiuta, la parte deficiente, quella cioè che supera l'importo della legittima, va a questi per diritto di accrescimento, o se vi fu un sostituto a questo per diritto di sostituzione ⁷⁹⁾. Ma che cosa dovrà dirsi quando l'erede necessario sia l'unico erede istituito? Se consideriamo il caso di per sè indipendentemente da quanto dispone la L. 32 Cod. cit. con riguardo soltanto alla mancanza della condizione (perchè se questa si avvera l'istituzione diventa da condizionata incondizionata) troviamo nelle *Pandette* le seguenti distinzioni:

a) la condizione viene a mancare vivente ancora l'erede necessario. In tal caso si fa luogo alla successione intestata, naturalmente a favore dello stesso erede necessario come il più prossimo, salvo che a questo sia dato un sostituto, nel qual caso l'eredità va a quest'ultimo.

b) L'adempimento della condizione diviene impossibile colla morte dell'erede. Sottentrano in tal caso gli eredi intestati a lui seguenti o gli eventuali sostituti ⁸⁰⁾. Quale influenza ha avuto su questo stato del diritto la innovazione di GIUSTINIANO? Poniamo il caso che un padre istituisca unico erede il suo figlio sotto condizione potestativa. Qui è impossibile separare gli oneri gravanti la legittima da quelli che gravano la restante parte dell'eredità. La condizione perciò deve ritenersi come non scritta completamente oppure applicarsi senza modificazioni il diritto delle *Pandette*. Per l'ultima alternativa non solo sta l'analogia della disposizione di legge secondo la quale la condizione deve essere adempiuta del tutto o deve ritenersi mancata ⁸¹⁾, ma questa conclu-

⁷⁹⁾ Arg. L. 4 pr. D. *de her. inst.*, 28, 5.

⁸⁰⁾ Confr. L. 4 § 2, L. 5 D. *de her. inst.*, L. 28 D. *k. t.* La dimostrazione precisa di questa proposizione trovasi a pag. 562 del vol. II di questo libro.

⁸¹⁾ Arg. § 11 I. *de hered. inst.*, L. 56 D. *de cond. et dem.*, L. 45 D. *de manumiss. test.*, 40, 4. Vedi sopra pag. 267 seg.

sione si deve argomentare anche dai seguenti motivi. La L. 32 e la L. 36 § 1 Cod. *de inoff. test.*, 3, 28 contengono la dichiarazione espressa che l'onere deve considerarsi come non aggiunto solo in quanto si riferisca alla legittima. Aggiungasi anche che la L. 32 cit. è stata emanata nell'anno 529, cioè prima della compilazione delle *Pandette*. L'accoglimento completo dei principi accennati nelle *Pandette* sarebbe dunque del tutto inesplicabile se GIUSTINIANO avesse voluto togliere ogni effetto all'aggiunta di una condizione potestativa fatta all'istituzione del solo erede necessario; bisogna dunque cercare una conciliazione e questa è possibile soltanto applicando la regola *lex specialis derogat generaliori*, ammettendo che la L. 32 citata si applichi soltanto quando possa farsi una separazione fra la disposizione sulla legittima e quella sulla restante parte dell'eredità ⁸²). Del resto s'intende da sè che anche in questo riguardo gli altri eredi necessari non possono avere diritti maggiori del figlio *suus*.

Anche le condizioni non potestative aggiunte all'istituzione di figlie o nipoti debbono secondo il BUCHHOLTZ considerarsi come non aggiunte secondo la L. 32 cit. ⁸³). Questa opinione potrebbe accogliersi con le suesposte modificazioni se non vi ostasse la regola *ita demum de inofficioso testamento agere possunt* (gli eredi necessari) *si nullo alio iure ad defuncti bona venire possunt* ⁸⁴). Ma questi eredi necessari possono ottenere in base a siffatto testamento una *bonorum possessio secundum tabulas* efficace in ogni caso; se non la domandano vuol dire che hanno preferito rinunciarvi o in ogni modo è colpa loro e per conseguenza non possono impugnare il testamento come inofficioso nè intentare alcuna delle azioni che stanno in luogo della querela.

Secondo il BUCHHOLTZ deve porsi sotto la sanzione della L. 32 anche il caso dell'erede necessario istituito sotto condizione non potestativa e diseredato sotto la condizione opposta, perchè se si

⁸²) THIBAUT, *Civilistische Abhandlungen* [Dissertazioni di diritto civile], pag. 82-86, 92 seg.

⁸³) BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, pag. 337.

⁸⁴) § 2 I. *de inoff. test.* Vedi I. 4 pr. C. *de liber. pract.*

volesse far valere questa istituzione dovrebbe darsi una dilazione la quale potrebbe estendersi anche sino alla morte dell'erede necessario e in ciò sarebbe una diminuzione della legittima⁸⁵). Anche contro questa teoria potremmo invocare la circostanza che la validità di tale diseredazione eventuale è riconosciuta pienamente nelle *Pandette*, onde non può ammettersi che questo diritto sia stato abrogato da una costituzione anteriore alla compilazione delle *Pandette*; per un'altra via però si giunge ugualmente al risultato opposto. Il diritto alla legittima e in generale il diritto di successione necessaria può essere escluso da una valida diseredazione. Se questa avviene i principi giuridici che hanno per presupposto della loro applicazione una violazione del diritto, non possono naturalmente applicarsi perchè non vi ha violazione di diritto quando il testatore fa uso dei mezzi che la legge gli offre per escludere validamente gli eredi necessari. Ora un tal mezzo è appunto indubbiamente quella diseredazione eventuale e se si toglie al testatore la facoltà di farne uso, gli si toglie in sostanza il diritto di diseredare. Non si può negare, che l'opinione qui difesa sia la più strettamente logica, mentre colla opposta la legge di GIUSTINIANO si riferisce ad un campo pel quale non è stata certamente emanata. Deve però osservarsi anche, che in tal modo, non soltanto sarebbe tolto al testatore un mezzo per far valere la sua facoltà di diseredazione secondo le regole di diritto, ma anche uno dei mezzi più convenienti. Spesso un padre può avere motivi sufficienti per diseredare un figlio, ma può ancora vedere davanti a sè una via di scampo. Per esempio, egli crede che se il figlio otterrà un impiego terrà un tenore di vita migliore. In tal caso egli pone come condizione questo suo desiderio diseredando il figlio pel caso che non lo sappia realizzare entro un dato termine. Chi pone questo caso sotto la sanzione della L. 32, non soltanto disconosce che un erede necessario diseredato validamente non ha più alcun diritto alla legittima, ma

⁸⁵) *Comm. cit.*, pag. 11 seg., n. C e nella *Zeitschrift* [Rivista di diritto e procedura civile], vol. cit., pag. 337 seg.

pone anche il testatore nell'alternativa di esprimere una diseredazione diretta o di lasciare il proprio patrimonio ad un erede indegno, forse con danno stesso di questo, pel quale invece l'aggiunta della condizione potrebbe essere un motivo efficace per spingerlo a mutar vita in meglio. S'intende da sè del resto, che occorre vi sia, non solo, ma anche sia espresso secondo la Novella 115 un giusto motivo di diseredazione. Perciò la disposizione della L. 32 si applicherà anche quando la condizione sia di specie tale, che essa dovrebbe considerarsi come non scritta già secondo l'antico diritto, come se per esempio il figlio emancipato, la figlia o il nipote siano istituiti sotto condizione impossibile, perchè secondo le parole della costituzione, *si conditionibus iura eorum imminuta esse videantur*, basta anche la semplice apparenza di una limitazione ⁸⁶). Per ciò che riguarda in primo luogo l'esempio citato, la condizione impossibile non è una vera condizione, le conseguenze giuridiche che ne derivano non possono adunque ritenersi comprese nella disposizione della nostra legge. In tal modo alle parole *si... videantur* si attribuisce un senso cui certo non pensava l'autore della costituzione; quelle parole hanno negli scrittori latini di solito il significato « se appaia ». In particolar modo poi sorge qui il dubbio a che cosa potesse servire la disposizione di GIUSTINIANO, posto che quello scopo era già raggiunto, nell'antico diritto non solo, ma anche superato, perchè per la L. 32 la condizione si annulla soltanto fin che grava la legittima. Il BUCHHOLTZ stesso si propone questo dubbio, ma crede di poterlo superare osservando che altrimenti si avrebbe un risultato evidentemente contrario alla tendenza di GIUSTINIANO. Egli annovera fra le condizioni che si debbono avere come non scritte anche le condizioni casuali o miste aggiunte all'istituzione d'erede senza diseredazione eventuale, supponendo che gli istituiti in tal modo vogliano succedere per diritto pretorio e domandino la *bonorum possessio secundum tabulas*, e argomenta così: Chi vuole porre sotto la sanzione della L. 32 anche le condizioni, che secondo l'an-

⁸⁶) BUCHHOLTZ, *Diss. cit.*, pag. 338.

tico diritto si avevano per non scritte, deve, pel caso che i discendenti siano istituiti sotto condizione non potestativa in una quantità superiore alla legittima, riconoscere al figlio emancipato, le figlie e i nipoti in potestà una condizione migliore che al *filius suus*. Essi infatti avrebbero già per diritto antico potuto pretendere l'intera porzione come se non fosse stata aggiunta alcuna condizione e debbono poterlo anche per diritto nuovo, mentre il *filius suus* nello stesso caso non può già pretendere incondizionatamente l'intera porzione, ma soltanto la legittima. Ora poichè è impossibile che GIUSTINIANO abbia voluto trattare il *filius suus* peggio degli altri discendenti, così deve ammettersi che nella L. 32 egli non abbia considerato soltanto le vere condizioni, ma anche quelle condizioni che già per l'antico diritto si consideravano non scritte⁸⁷).

Io non ho ancora potuto comprendere con chiarezza in qual modo l'autore abbia concepito questo caso. Non resta che considerare i diversi casi possibili e mostrare che applicando logicamente i principi sopra espressi non può mai darsi il caso che il diritto del *filius suus* sia inferiore a quello degli altri discendenti.

Prendiamo per primo il caso quale appare dalle espressioni letterali dell'autore: il testatore istituisce i suoi discendenti, cioè un *filius suus*, un emancipato, una figlia e un nipote, sotto condizione non potestativa. Il BUCHHOLTZ concede che il *filius suus* non sia, anche dopo la L. 32, obbligato a rispettare una tale disposizione, ma possa chiedere una *bonorum possessio secundum tabulas*, invece l'emancipato e gli altri debbano riconoscere il testamento come valido per diritto civile, ma possano ottenere anch'essi cogli stessi effetti che il *filius suus* una *bonorum possessio secundum tabulas*. Ammettiamo ora che il *filius suus* stia alla regola del diritto civile; il testamento non può valere o, tutt'al più, secondo il diritto nuovo, non può valere che colle limitazioni della Nov. 115: se invece il *suus* rinuncia al diritto civile, avrà lo stesso diritto degli altri discendenti, cioè il diritto di domandare una *bonorum*

⁸⁷) *Diss. cit.*, pag. 330-341.

possessio in base al testamento, la quale, anche mancando la condizione, avrà gli effetti di una *bonorum possessio contra tabulas*. Lo stesso vale pel caso che l'istituzione sia avvenuta sotto condizione impossibile: riguardo agli altri discendenti ha luogo il *ius commune*, cioè la condizione si ha per non scritta; invece l'istituzione di un *filius suus* fatta sotto tal condizione è nulla, salvo che egli si contenti di ottenere lo stesso risultato ordinario, cioè ch'egli dimostra col demandare la *bonorum possessio secundum tabulas*. Dov'è dunque la necessità di applicare il diritto della L. 32 o di fare agli altri discendenti una condizione migliore che al *filius suus*? Il BUCHHOLTZ però parla di un caso nel quale il figlio *suus* non può pretendere se non la legittima. Probabilmente egli allude ad un caso nel quale, secondo la sua teoria almeno, dovrebbe applicarsi la L. 32: dunque il figlio *suus* è stato istituito sotto una condizione alla quale doveva indubbiamente applicarsi la sanzione della L. 32, l'emancipato sotto una condizione che già per l'antico diritto si considerava come non apposta. Ma evidentemente qui non vi ha più identità di casi: eppure l'autore parla di una diversità che si riscontra nel medesimo caso; inoltre è detto espressamente che tutti i discendenti erano stati istituiti sotto una condizione casuale o mista. Bisogna dunque aggiungere qualche cosa per trovare il caso cui l'autore alludeva. Forse egli lo ha immaginato così: il figlio *suus* è stato diseredato per il caso opposto, gli altri discendenti sono stati soltanto istituiti sotto una condizione non potestativa. Già sopra abbiamo cercato di dimostrare che anche a questo la L. 32 sarebbe inapplicabile. Ma se anche volessimo concedere il contrario, ne seguirebbe forse una ineguaglianza di diritti dei vari discendenti come principio, o non sarebbe questa piuttosto una conseguenza della disposizione testamentaria, la quale dovrebbe valere nelle stesse circostanze anche per tutti gli altri discendenti? È fuor di dubbio che deve ammettersi quest'ultima alternativa. Il testatore può all'istituzione del figlio emancipato, fatta sotto condizione non potestativa, aggiungere una eventuale diseredazione non diversamente che alla istituzione del figlio *suus*. Si ammetta l'applicazione dei principi del diritto antico o quella

dei principi del diritto nuovo, non si può, senza offendere la conseguenza, ritenere che essa sia diversa per l'emancipato e per il *suus*. Così può immaginarsi anche il caso che il *suus* sia istituito sotto una condizione che cade nella sanzione della L. 32, l'emancipato invece sotto un'altra condizione per la quale egli venga ad essere maggiormente favorito dell'altro. Esempio, il primo è istituito sotto una condizione potestativa, il secondo sotto una condizione casuale. L'emancipato ottiene subito in tal caso l'intera sua quota ereditaria mediante la *bonorum possessio secundum tabulas*, il *suus* ottiene soltanto la legittima, per il resto deve aspettare che la condizione si adempia, e se ciò non si avvera, la parte mancante si accresce all'emancipato. Ma non avviene forse qualcosa di analogo se quest'ultimo sia istituito sotto condizione potestativa e l'altro sotto condizione casuale? L'ineguaglianza di trattamento fondata sulla disposizione stessa non può dunque avere influenza sulla questione come debba intendersi ed applicarsi un principio generale di diritto.

In tutti i casi fin qui enunciati è stato supposto che la condizione si riferisse all'istituzione. La questione se la legittima debba essere lasciata a titolo d'istituzione d'erede o se ciò non sia necessario è senza importanza per l'argomento presente. In questo *Commentario* è stata difesa l'opinione che per gli eredi necessari i quali hanno un diritto di successione necessaria formale sia richiesta l'istituzione in erede, per gli altri possa la legittima lasciarsi anche a titolo di legato⁸⁸). Il fin qui detto vale adunque soltanto per le condizioni aggiunte all'istituzione d'erede. Se questa è incondizionata, ma l'erede non ha avuto per tal modo l'intero importo della sua legittima, gli è poi lasciato però anche un legato. Si applicano a riguardo di quest'ultimo soltanto le innovazioni di GIUSTINIANO: se manca ancora qualche cosa all'importo totale della legittima ha luogo l'azione per supplemento, se poi il legato è gravato di condizioni, queste si hanno per non esistenti, siano esse potestative, casuali o miste; le condizioni impossibili poi si hanno sempre

⁸⁸) Vol. II di questo libro, pag. 216 seg.

per non scritte, senza che venga in considerazione la qualità personale dell'erede necessario ⁸⁹⁾).

c) Infine, dell'influenza della Novella 115 sul diritto delle istituzioni o diseredazioni condizionate degli eredi necessari, abbiamo già trattato ampiamente in altro luogo del *Commentario*, cercando di mostrare che questa legge non ha avuto su di esso alcuna influenza più della L. 4 Cod. *de liberis praeteritis*; in primo luogo cioè l'istituzione di un figlio *suus* sotto condizione casuale o mista dà luogo alla nullità come è determinata dalla Novella 115, quella di altri eredi necessari in linea ascendente ha solo per effetto che la condizione si abbia per non apposta e questa deve valere anche per tutti gli altri eredi necessari; secondariamente, per ciò che riguarda la diseredazione condizionate, l'antico diritto è rimasto immutato, però per tutti gli eredi necessari al di fuori dei discendenti è possibile una *praeteritio adiecta causa*, essi cioè possono essere esclusi anche senza l'osservanza delle forme prescritte per la diseredazione, di maniera che per tale ipotesi non vale neppure la regola che le diseredazioni debbano esser fatte senza condizioni ⁹⁰⁾. E poichè tutto ciò non è stato contraddetto ⁹¹⁾ basterà un semplice rinvio al sopra citato passo del *Commentario*.

Una condizione possibile deve di regola adempiersi come è stata espressa e concepita, quindi dentro il termine prescritto o presumibile (vedi § 1463), nel luogo stabilito e soprattutto nel modo conveniente, tanto se qualche cosa su ciò è stata espressamente prescritta, quanto se debba sottintendersi.

Quest'ultimo punto, come in generale tutto ciò che tocca la volontà manifestata o semplicemente probabile del testatore, ha una particolare importanza. Perciò non basta un adempimento letterale della condizione, massime quando si possa con probabilità

⁸⁹⁾ L'applicazione conseguente di questi principi rende possibile senza difficoltà la decisione di qualunque caso. La trattazione precedente dimostra in pari tempo fino a qual punto e per quali motivi io concordi o discordi col BUCHHOLTZ, sulla risoluzione dei casi speciali da lui riferiti nella *Commentatio* a pag. 13 seg. e nella *Diss. cit.* a pag. 341-351.

⁹⁰⁾ Vedi pag. 757 seg., vol. II di questo libro.

⁹¹⁾ Vedi BUCHHOLTZ, *Diss. cit.*, pag. 351-353.

ammettere che il testatore non abbia inteso di dare all'espressione usata il significato generale che letteralmente avrebbe. Così decide PAPINIANO il caso in cui un fedecommesso sia stato ordinato sotto la condizione che il fiduciario muoia senza figli; secondo lui il diritto del fiduciario non può esser escluso dall'adozione di figli o, come egli si esprime, *adoptionis commentum non excluditur*⁹²); lo stesso vale naturalmente anche della disposizione di ultima volontà sotto la condizione che l'onorato abbia in seguito dei figli⁹³). Viceversa neppure è necessario l'adempimento letterale della condizione affinchè il diritto abbia effetti. In questo senso ULPIANO decide il seguente caso: la condizione diceva *si morte patris sui iuris fuerit effectus*; l'onorato diviene *sui iuris* durante la vita del padre per emancipazione: la condizione si deve considerare adempiuta⁹⁴); il significato dell'espressione letterale è allargato qui secondo la intenzione probabile del testatore. Perciò anche in una condizione espressa in modo alternativo non nuoce che una delle alternative sia mancata quando l'altra sia adempiuta. PAPINIANO dice:

« Disjunctivo modo conditionibus adscriptis alteram defecisse non oberit, altera vel postea impleta; nec interest, in potestate fuerint accipientis conditiones, an in eventum collatae »⁹⁵).

Un dubbio potrebbe nascere pel fatto che logicamente l'adempimento della condizione, come è stata espressa, non è più possibile quando manchi l'alternativa. Ma il testatore voleva evidentemente far dipendere il diritto dal fatto che una qualunque di queste condizioni fosse adempiuta. PAPINIANO aggiunge anche che non c'è differenza se le condizioni siano potestative o casuali. Perchè egli dica ciò, non è chiaro. Forse c'era una opinione singolare secondo la quale la particella disgiuntiva nelle condizioni potestative aveva il significato della congiuntiva o copulativa⁹⁶.

⁹²) L. 76 D. *de cond. et dem.*

⁹³) L. 51 § 1 D. *de leg.*, II.

⁹⁴) L. 11 § 11 D. *de leg.*, III.

⁹⁵) L. 78 § 1 D. *de cond. et dem.*

⁹⁶) WESTPHAL, *Von Vermaechtnissen und Fideicommissen* [Legati e fedecommessi], vol. I, § 433.

Del resto in favore dell'avente il diritto condizionato si applica il principio logico che la formulazione alternativa di due condizioni supponga la possibilità di una scelta: se per tanto anche una sola di esse sia impossibile od illecita, ambedue si debbono considerare come non apposte, in altre parole la disposizione vale come incondizionata ⁹⁷⁾.

Che parecchie condizioni aggiunte copulativamente (per es. se Tizio farà un viaggio in Italia e sposerà ivi un'italiana) debbono essere adempiute tutte s'intende da sè ⁹⁸⁾; questo principio vale senza modificazioni, come ne è provato dall'applicazione sua ai legati di libertà, che pure sono tanto favoriti ⁹⁹⁾. Si suppone con ciò, tuttavia, che le due condizioni siano state imposte nel medesimo luogo del testamento. Se questo non è il caso basta che sia adempiuta soltanto una di esse, ma qui vi ha una differenza fra istituzioni d'eredità e legati. Per quelle è indifferente quale delle condizioni si sia avverata; tosto che una sia adempiuta, la prima o l'ultima poco importa, la disposizione acquista efficacia.

« Si plures institutiones ex eadem parte sub diversis conditionibus fuerint, conditio, quae prior extiterit, occupabit institutionem » ¹⁰⁰⁾.

Nel legati invece la condizione enunciata per prima si ha per non apposta ed è l'ultima che deve essere adempiuta, salvo per le libertà, nelle quali l'onorato ha la scelta e può adempiere la condizione che gli riesce più facile.

« In legatis novissimam, in libertatibus levissimam conditionem spectandam esse — » ¹⁾.

⁹⁷⁾ L. 8 § 5 D. h. t.

⁹⁸⁾ L. 5 D. h. t. (« Si heredi plures conditiones coniunctim datae sint, omnibus parendum est, quia unius loco habentur — »). § 11 I. de heredib. inst.

⁹⁹⁾ L. 45 D. de manumiss. test., 40, 4.

¹⁰⁰⁾ L. 17 D. h. t. Vedi anche L. 27 § 2 D. de her. inst., 28, 5 L. 5 D. h. t. (nota 98), dove è aggiunto in fine: « si disiunctiva sint, cui libet ». B. CHIESI, *De differentiis iuris*, cap. 37, n. 8, nella *Iurisprudentia Romana et Attica*, II, p. 732 seg.

¹⁾ L. 51 pr., L. 87-89 D. de cond. et dem., 35, 1. Questo però valeva soltanto pei legati diretti di libertà, pei fedecommissarii restava la regola

Se alcuno sia stato istituito erede in più luoghi del testamento ed in uno sotto condizione, in un altro incondizionatamente, vale l'istituzione pura senza guardare se la condizionata sia scritta per prima o per ultima²⁾. Nei legati invece anche qui si applica la regola che valga la disposizione ultima espressa, di maniera che se il legato condizionato è scritto per primo vale la disposizione pura, e viceversa vale quella condizionata se il medesimo oggetto è stato lasciato prima puramente e semplicemente, poi sotto condizione³⁾. Tuttavia si è aggiunta qui una modificazione:

« Quod si pure legatum, ex continenti heres sub conditione damnatus aut rogatus est dare, perinde est, ac si juncta subjecta scriptura idem legatum esset, vel ut praesens vindicari, si hoc voluerit legatarius, vel quum conditio extiterit, ab herede peti possit, nisi cum commemoratione superioris legati posterius scriptum fuerit, velut: *Stichum, quem illi legavi, heres meus ei, si illud factum fuerit, dato*; tunc enim revocandi animo praesens legatum et sub conditione dandi ita scripsisse videbitur; et si ante conditionem rem viudicet, doli exceptio locum habere poterit ».

Il giureconsulto distingue se il legato lasciato da prima incondizionatamente sia più tardi (*ex intervallo*) lasciato sotto condizione o se l'espressione della condizione segua immediatamente la disposizione incondizionata; in quest'ultimo caso l'onorato ha la scelta di far valere il legato come condizionato o come incondizionato, salvo che l'ultima disposizione sia in tale rapporto con la precedente da apparir chiara la volontà del testatore di revocare la disposizione incondizionata. Il WESTPHAL intende le parole *ex intervallo* come indicanti una disposizione contenuta in un altro scritto, in un codicillo posteriore, le parole *ex continenti* come riferentisi ad una disposizione contenuta nello stesso testamento⁴⁾ e difatti la distinzione appare così molto più intelligibile; almeno

« *novissima conditio spectanda est* ». L. 90 D. *eod.*, L. 5 D. *de man. test.*, 40, 4.

²⁾ L. 27 § 1, L. 67 D. *de her. inst.*, 28, 5.

³⁾ L. 89 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

⁴⁾ *Legati e fedecommissi*, I, § 435.

a noi è difficile farci un concetto chiaro del come possano la disposizione incondizionata e la condizionata seguirsi immediatamente, senza che appaiano tutte due insieme come una sola, o in altre parole l'ultima come una determinazione più precisa della precedente e perciò come facente parte di questa.

Tuttavia un esame più attento del testo mostra tosto che il giureconsulto alludeva a disposizioni fatte tutte nel medesimo testamento. Il testatore aveva per es. disposto così: *heres meus damnus esto Titio dare aedes Seianas* e tosto dopo senza alcun riferimento preciso a quella disposizione: *heres meus, si illud factum erit, damnus esto Titio dare aedes Seianas*. Questa disposizione poteva significare che il testatore aveva voluto lasciare il legato condizionatamente ed incondizionatamente, rimettendo ciò alla scelta dell'onorato, potendo benissimo per questo essere più vantaggioso il legato condizionato nel caso che al tempo della morte del testatore gli mancasse la capacità di acquistare, che avrebbe poi potuto acquistare prima dell'avverarsi della condizione ⁵⁾.

Pendente la condizione l'erede condizionale può ottenere mediante cauzione, della quale parleremo più oltre, una *bonorum possessio secundum tabulas* ⁶⁾, a condizione però che il testamento sia valido ⁷⁾. Egli esercita in tale periodo di tempo tutti i diritti del *bonorum possessor*, cioè può intentare l'interdetto *quorum bonorum* e può compiere anche alienazioni, alla pari di tutti gli atti di amministrazione ⁸⁾, a condizione però di agire in buona fede e con la diligenza a cui lo obbliga la cauzione prestata. Se la condizione si avvera le cose non mutano per nulla; se manca o se l'erede muore prima del suo avverarsi, deve restituire la quota ereditaria o l'intera eredità coi frutti percetti ai coeredi, ai sostituti o agli eredi intestati ⁹⁾; se l'erede intestato più prossimo è lui ritiene il

⁵⁾ Gl. Acc. *Praesens* ad L. 89 I. *de cond. et dem.* CHIESI, *loc. cit.*, n. 13, p. 735; POTHIER, nota *Quum illud*. ad L. 89 cit.

⁶⁾ L. 5 pr. D. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11. — L. 10 *eod.*

⁷⁾ L. 6 D. *eod.*

⁸⁾ L. 23 pr. D. *de hered. inst.*

⁹⁾ L. 1 § 7 D. *ad Sct. Tertullian.*, 38, 17.

patrimonio, anzi quando un erede necessario civile o pretorio sia istituito sotto condizione casuale o mista e non diseredato sotto la condizione opposta, egli esclude anche i coeredi e i sostituti ¹⁰⁾).

Nei casi seguenti però la *bonorum possessio* non è data o manca d'efficacia e cioè:

a) Se l'istituzione sia fatta sotto condizione potestativa l'adempimento della quale sia facilissimo. In tal caso il pretore o il giudice che concede la *bonorum possessio* impone all'erede un termine dentro il quale deve adempiere la condizione ed adire l'eredità ¹¹⁾).

b) Quando i creditori ereditari facciano premura, è pure stabilito un termine dentro il quale deve risolversi il dubbio e l'eredità deve essere adita sotto pena che più tardi i creditori ottengano una *missio in bona*; frattanto è nominato un curatore il quale deve procedere alle alienazioni necessarie e agli altri atti di amministrazione che non possano esser sospesi senza danno per la massa ¹²⁾).

c) Lo stesso vale infine quando l'erede sia assente, lontano o altrimenti impedito di fare o di provocare ciò che deve avvenire perchè egli possa acquistare l'eredità ¹³⁾).

La prestazione della cauzione doveva, come stipulazione pretoria ¹⁴⁾, avvenire mediante costituzione di fideiussori ¹⁵⁾; oggi si

¹⁰⁾ L. 2 § 1, L. 5 D. *de bon. poss. sec. tab.*, L. 3 § 12, 13 D. *de bonorum possessione contra tab.*, 37, 4. Vedi sopra al principio di questo paragrafo.

¹¹⁾ L. 23 § 1 D. *de hered. inst.*

¹²⁾ L. 23 § 2, 3 *eod.*: « — et interim, quae urgebunt, per curatores distrahi iussurum (Praetorem). Sed et si grave aes alienum sit, quod ex poena crescit, et maxime si publicum debitum imminet, per curatorem solvendum est — ». Le difficoltà grammaticali di questo testo sono esaminate dal RUCKER, *Obs.*, c. IV, § 6, n. 11. Vedi anche IENSIUS, *Stricturae ad Pand.*, p. 185.

¹³⁾ L. 23 § 4 D. *eodem.*

¹⁴⁾ Talvolta questa cauzione è anche designata come *cautio Muciana*. Vedi per es. L. 18 D. *de cond.*, 35, 1. Si vedrà però al § 1464 qual parentela vi sia fra l'una e l'altra.

¹⁵⁾ L. 3 D. *de praetor. stip.*, 46, 3.

richiede soltanto una sufficiente garanzia reale ¹⁶⁾ la quale è diretta ad assicurare che mancando la condizione l'eredità sarà restituita per intero a quelli che appaiono gli aventi diritto ¹⁷⁾. Il procedimento da seguire può essere soltanto il seguente: su domanda dell'erede ha luogo una citazione privata o pubblica delle persone interessate; in seguito si determina mediante *causae cognitio* se e in qual modo debba costituirsi la cauzione. Se si trova che la cauzione non è necessaria per le circostanze di fatto, per es., perchè l'eredità è di poca entità e l'erede è sufficientemente solido, non occorre cauzione reale ¹⁸⁾; in caso opposto segue l'invito a prestare la cauzione ¹⁹⁾. Se le persone che avrebbero avuto diritto alla cauzione non si possono sul momento trovare si deve, per l'analogia di altre disposizioni di legge, dare la cauzione ad una persona pubblica ²⁰⁾, vale a dire si costituisce, almeno secondo la pratica attuale, una cauzione in atto giudiziario, la quale produce poi i suoi effetti a favore delle persone eventualmente autorizzate.

Si domanda ancora però se sia sempre necessaria la cauzione quando vi sia una condizione da adempiere o se non vi sia per avventura un caso nel quale si abbia sufficiente garanzia anche senza di essa. Nelle nostre fonti sono indicati espressamente i se-

¹⁶⁾ STRYKIO, *Us. mod. Pand. Tit. de praetor. stipul.*, § 2.

¹⁷⁾ L. 12 D. *qui satisfacere cog.*, 2, 8. CUJACII, *Obs.*, IX, 5.

¹⁸⁾ Arg. L. 1 § 9 D. *de praetor. stip.* e L. 8 *cod.* (*verb.*: « et potest videri calumniose satis petere »). Per la questione che ci interessa è indifferente leggere col CUJACIO *nec potest videri* o conservare la lezione fiorentina. Queste parole contengono in ogni caso un argomento per ritenere che non possa farsi valere senz'altro un diritto riconosciuto dalla legge alla cauzione, ma debba aversi riguardo ai rapporti concreti per decidere se essa sia necessaria o no. Confronta su questo testo specialmente CUJACIUS, *Ant. SCHULTING, ad Pauli rec. sent.*, lib. V, tit. 9, § 1, nota 2 e 4; JAN. e COSTA, ad § 2 I. *de diris. stipul.*; THOM. PAILLONUS, *De directis hered. substit.*, c. VII in f.; OTTO, *Thes.*, t. IV, 702; POTHIER, *Pand. Justin. ad tit. de B. P. sec. tab.*, nota, *Cujacius et Patr. Faber.*

¹⁹⁾ L. 12 in f. D. *qui satisfacere cog.* (« Praetor — ex causa jubere solet, stipulationem interponi »). SCHULTING, nota 4, ed. loc. *Pauli alleg.*

²⁰⁾ Arg. L. 18 D. *de adopt.*, 1, 7; L. 3 C. *de tabular., scribis, etc.*, 10, 69.

guenti casi nei quali la cauzione può essere domandata: a) quando l'erede istituito abbia dei coeredi; la cauzione deve esser prestata a questi ²¹⁾; b) quando abbia dei sostituti, ai quali pure deve esser data cauzione ²²⁾; c) inoltre si trova in una Novella la disposizione per la quale quando un vedovo od una vedova siano stati istituiti sotto la condizione di non contrarre nuovamente matrimonio, ciò che è lecito per diritto giustiniano, l'erede istituito deve prestar cauzione ai sostituti o in mancanza agli eredi intestati ²³⁾. È superfluo notare che in questa disposizione si deve supporre che l'erede sia stato istituito *ex asse*, cosa che del resto nessuno ha mai dubitato. Molti scrittori però pensano che il diritto degli eredi intestati di domandare cauzione si limiti a questo caso e in tutti gli altri casi nei quali alcuno sia istituito *ex asse* senza nomina di sostituti l'eredità spetti all'erede anche senza cauzione o in altre parole che la condizione sia invalida; la disposizione della Novella 22 c. 44 si considera dunque come un'eccezione ²⁴⁾. L'opinione opposta però è quella per la quale stanno gli argomenti prevalenti ²⁵⁾. Ciò apparirà facilmente da un esame più particolare degli argomenti che gli avversari sogliono portare per la loro opinione. In primo luogo basta citare un solo testo, il quale dice in modo generale che l'erede istituito sotto condizione può ottenere il patrimonio soltanto mediante cauzione a favore di colui che avrebbe diritto all'eredità in mancanza della condizione:

« Is, cui sub conditione non faciendi aliquid relictum est, ei

²¹⁾ L. 4 § 1, L. 20 pr. D. *h. t.*, L. 7 § 1 D. *de cond. et dem.*

²²⁾ *Pauli rec. sent.*, lib. V, tit. 9 § 1; L. 12 D. *qui satisd. cog.*; L. 8 D. *de praetor. stipul.*

²³⁾ Nov. 22, c. 44, § 9.

²⁴⁾ Fra gli antichi difensori di questa opinione possono nominarsi qui soltanto la Glossa di ACCURSIO, ad L. 4 § 1 D. *h. t.* gl. *sub impossibili*, WISSENBACH, *Disput. ad Pand.*, II, disp. VIII, n. 5; fra i moderni THIBAUT, *Pandette*, § 954, n. VII, FABRICIUS, *Ursprung*, ecc. [Origine e sviluppo della bonorum possessio], Berlino 1837, pag. 65.

²⁵⁾ Fra i difensori di quest'opinione mi limito a nominare il VOET, ad *Pandectas, h. t.*, § 7, e in particolare l'ARNDTS, *Beitraege zu verschiedenen Lehren*, ecc. [Contributi a varie teorie di diritto e procedura civile], I, n. IV, 2, pag. 183-207.

scilicet *cavere debet* Muciana cautione, *ad quem jure civili, deficiente conditione, hoc legatum, cave hereditas pertinere potest* »²⁶⁾.

Colui il quale ha *iure civili* un diritto eventuale all'eredità non è certo il solo coerede o il sostituto, ma anche l'erede intestato; anzi sembra che a questo di preferenza si alluda in questo testo perchè i coeredi sostituiti sono chiamati all'eredità dal testamento, gli eredi intestati dalla legge. È altamente insufficiente la spiegazione colla quale si cerca di superare questo argomento, e che consiste nel dire che la trattazione cumulativa dell'*hereditas* e del legato prova che il giureconsulto pensava qui soltanto a disposizioni testamentarie, onde la decisione deve riferirsi al caso che accanto all'istituto sotto condizione vi sia un altro istituito puramente²⁷⁾. Non mancano tuttavia ragioni che sembrano giustificare l'opinione qui combattuta. In primo luogo s'invoca il principio che sino al mancare della condizione è incerto a chi si deferisca l'eredità intestata perchè questa non va al prossimo al momento della morte del testatore, ma al prossimo nel momento in cui si decide che la successione si deferisca *ab intestato*²⁸⁾. Ma in contrario si può invocare la disposizione di GIUSTINIANO nella Novella 22, c. 44, § 9. Se alla possibilità della cauzione a favore degli eredi intestati facesse ostacolo un qualche principio giuridico non avrebbe potuto pronunciarsi quella decisione, nè è provato per quali motivi essa possa considerarsi come eccezionale e ciò anzi contraddice alla natura del caso deciso. Questo argomento contrario può del resto essere confutato pienamente anche per altra via. È giustissimo che al tempo in cui la condizione manca l'erede intestato prossimo può essere diverso da quello che sarebbe al tempo della prestazione della cauzione²⁹⁾. Ma non avviene forse lo stesso quando

²⁶⁾ L. 18 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

²⁷⁾ V. DONELLO, *Comm. iuris civilis*, lib. VIII, c. 33, § 21, e DE AMAYA, *Observationes iuris*, lib. II, c. XI, § 36; Contro ARNDTS, *loc. cit.*, pagina 189-91.

²⁸⁾ FABRICIUS, *loc. cit.*, pag. 65 seg.

²⁹⁾ Fra i molti casi possibili basta qui indicarne uno, quello più comune, quando cioè l'avente diritto alla cauzione muoia prima che la condizione venga a mancare. L. 5 D. *de suis et legit.*, 38, 16: « Si quis,

la cauzione deve prestarsi ad un sostituto? È altrettanto possibile che questo muoia o divenga incapace prima del mancare della condizione, e tuttavia ciò non autorizza l'istituto a considerarsi istituito puramente, egli deve in tal caso se la condizione manca restituire l'eredità agli eredi intestati. Forse alcuno potrà vedere in ciò una petizione di principio e credere che nel caso supposto non possa valere un principio di diritto diverso da quello che varrebbe se fin da principio un solo erede *ex asse* stesse di fronte agli eredi intestati, in altri termini che l'avverarsi di un tal caso avesse per effetto di far considerare la condizione come non apposta e l'istituzione incondizionata. Ma si immagini invece che vi siano parecchi gradi di sostituzione. Senza dubbio il primo istituito dovrebbe prestare cauzione soltanto al primo sostituto e la cauzione non avrebbe naturalmente effetto in tal caso, se non quando il sostituto sopravvivesse al mancare della condizione. Se ciò non avvenisse il sostituto seguente sottentrerebbe nel suo posto, ma certo nessuno dirà che col mancare di quello a favore del quale la cauzione fu costituita, l'istituzione condizionata si muti in una incondizionata e così il diritto degli altri sostituti venga a cessare. Ora in tal caso non si ha forse al momento della prestazione della cauzione la stessa incertezza circa la persona dell'avente diritto al tempo in cui la condizione mancherà, che nel caso in cui l'erede istituito abbia a che fare soltanto con eredi intestati? ³⁰⁾ È dunque chiaro che lo scopo della cauzione era di impedire che l'eredità passasse nell'istituto condizionato senza che egli assicurasse con una qualche garanzia l'erede futuro contro i possibili propri atti dannosi di gestione ³¹⁾. Ma nella massima parte dei casi tutto sa-

quum haberet fratrem et patruum, decesserit testamento facto, deinde, pendente conditione heredum scriptorum frater intestato decesserit, mox conditio defecerit, patruum posse utriusque adire legitimam hereditatem constat ».

³⁰⁾ Confr. ARNDTS, *loc. cit.*, pag. 202-205.

³¹⁾ Questo scopo è messo in evidenza specialmente da PAOLO quando osserva nelle sue *Note* a PAPINIANO: « Praetor beneficium suum (cioè la *honorum possessio* dell'erede istituito) nemini vult esse captiosum ». L. 8 pr. D. *de praet. stip.*, 46, 5.

rebbe riposto nelle mani dell'erede condizionato se egli non dovesse dar cauzione anche agli eredi intestati. Lo scopo della sicurezza però si può facilmente ottenere senza inconvenienti giuridici ammettendo che abbia diritto alla cauzione chiunque appaia tale in qualunque momento prima del mancare della condizione; di guisa che, mancando l'erede prossimo, sottentri al suo posto il successivo e possa da quel momento pretendere che la cauzione estinta per l'altro sia nuovamente costituita a suo favore. Poichè in nessun luogo è detto il contrario e questa facoltà dell'erede successivo di sostituirsi al precedente riposa su principi generali di diritto, non c'è bisogno per la giustificazione di essa di alcuna dichiarazione espressa delle fonti. La cosa più semplice però resta sempre il costituire la cauzione fin da principio a favore di una persona pubblica, ciò che in ogni caso deve farsi in via sussidiaria, oppure inserirla nel protocollo giudiziario, nel qual caso essa ha effetto a favore di chiunque appaia come il più prossimo al momento del mancare della condizione³²⁾. Si invocano però in contrario anche alcune dichiarazioni delle fonti, le quali dovrebbero contenere la prova che l'erede istituito *ex asse* sotto condizione dovrebbe dare cauzione soltanto ai sostituti, non anche agli eredi intestati. Due di questi testi trattano del medesimo caso e il primo³³⁾ suona così:

« Mulier, quae viro suo ex dote promissam pecuniam debebat, virum heredem ita instituerat, si eam pecuniam, quam doti promississet, neque petiisset, neque exegisset. Puto, si vir denuntiasset ceteris heredibus, per se non stare, quo minus acceptum faceret id, quod ex dote sibi deberetur, statim eum heredem futurum. Quodsi solus heres institutus esset sub tali conditione, nihilominus puto statim eum heredem futurum, quia ἀδύνατος; conditio pro non scripta accipienda est ».

La condizione dunque è questa: se non pretenderà ottenere ciò che gli spetta in base alla promessa di dote. Se il marito abbia coe-

³²⁾ Cfr. sopra il testo alla nota 20 e ARNDTS, *loc. cit.*, pag. 205.

³³⁾ L. 20 pr. D. h. t.

redi, la promessa deve essere adempiuta ed è adempiuta quando si dichiara pronto a fare accettazione. Se egli è istituito da solo, la condizione si considera giuridicamente impossibile e l'istituzione vale come pura, almeno a cominciare dal momento in cui egli dichiara di voler divenire erede. E come potrebbe decidersi diversamente, posto che l'adizione dell'eredità produce confusione dei diritti? nel momento in cui essa avviene il credito del marito per la promessa di dote viene ad estinguersi, e così diviene impossibile far nulla contro la condizione ³⁴). Quasi colle stesse parole ULPIANO esprime questo caso, pur esponendo in modo più chiaro e preciso che l'autore del testo precedente (LABEONE) la ragione della decisione:

« Quoniam non est, cui caveat, non impediri, eum quo minus audeat hereditatem; nam *jure ipso videtur impleta conditio eo, quod non est, quem possit de dote convenire ipse adeundo hereditatem* » ³⁵).

Maggiore difficoltà offre un altro testo ³⁶):

« Julianus scribit, eum, qui ita heres institutus est: *si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi implere conditionem* ³⁷); ceterum *si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione heredem institutum videri. Quae sententia vera est* ».

È fuori di dubbio che può benissimo imporsi il divieto di alienare una cosa ereditaria e che per conseguenza non si può dire che sia impossibile agire contro il divieto, soltanto occorre che questo agire possa ledere il giusto interesse di alcuno. Questo è il caso quando nella disposizione è contenuto implicitamente un fedecommesso a favore di un terzo ³⁸), ma di ciò non può parlarsi ora. Non basta però, vi è anche un interesse che la condizione non si adempia per tutti coloro che potrebbero avere un diritto

³⁴) VOET, *loc. cit.*, § 7; ARNDTS, pag. 191-193.

³⁵) L. 7 § 1 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

³⁶) L. 4 § 1 D. *h. t.*

³⁷) Il senso è: GIULIANO scrive che colui, che è istituito sotto la condizione di non alienare il servo ereditario, adempie la condizione col dar cauzione (*de non alienando*).

³⁸) L. 114 § 14 D. *de legatis*, I, 30.

di successione come sostituti o come eredi intestati. Non è dunque necessario un interesse riguardo all'oggetto della condizione affinché questa appaia meritevole di esser ripetuta. Il testatore non è in generale limitato nella sua facoltà di ordinare disposizioni condizionate se non dalla regola che considera non apposte le condizioni impossibili, immorali, illecite o contraddittorie (*conditiones perplexae*). Del resto la condizione può essere dettata da motivi di qualunque specie, essa deve essere adempita sotto pena di decadenza della disposizione. Tanto meno adunque la validità della condizione può dipendere dal fatto che l'uno o l'altro vi sia particolarmente interessato, anche astraendo dalle conseguenze dell'inadempimento. Perciò deve respingersi anche la spiegazione del VAN DE WATER, che del resto concorda con noi nei risultati, pel quale la condizione che lo schiavo ereditario non sia alienato deve considerarsi apposta nell'interesse dei coeredi e quindi nulla come un nudo precetto quando questi manchino ³⁹⁾. E neppure è soddisfacente l'opinione la quale desume dalla L. 4 § 1 cit. la regola generale che nel caso di esistenza di un solo erede soltanto la condizione potestativa *in non faciendo* si deve considerare come non aggiunta e che quindi in un caso nel quale sarebbe applicabile la cauzione Muciana l'istituzione condizionata debba considerarsi pura ⁴⁰⁾. Sulla specie della cauzione da prestare e sulla questione se dato uno speciale contenuto della condizione questa debba o no ritenersi adempita, può infatti influire la circostanza che essa sia una condizione potestativa o una condizione di altra specie, negativa o positiva, ma il principio stesso che ogni condizione debba essere adempita o debba darsi cauzione per il suo adempimento è indipendente da tutto ciò. Del tutto arbitraria è la supposizione del VOET che nel caso particolare non vi fossero nè sostituti nè eredi intestati ⁴¹⁾. Con supposizioni di

³⁹⁾ G. van de WATER, *Observationes iuris romani*, lib. I, c. 4. Contro ARNDTS, pag. 198 seg.

⁴⁰⁾ Questa sembra esser l'opinione della Glossa; gl. *coheredi* e *sub impossibili*, ad L. 4 § 1 D. *h. t.*

⁴¹⁾ VOET, *loc. cit.*, § 7.

questa specie si spiega facilmente qualunque difficoltà e giustamente si è osservato in contrario che in ogni modo vi sarebbe sempre qualcuno che ha diritto all'eredità, il fisco ⁴²). È forse per quest'ultimo indifferente che il patrimonio sia dilapidato?

Più di questi si avvicina alla verità il CUIACIO quando dice che un servo ereditario può essere alienato soltanto da chi sia già erede, ma guasta poi questa giusta osservazione aggiungendo che per servo ereditario si deve intendere qui soltanto lo schiavo appartenente all'eredità giacente; di guisa che quando l'erede istituito sotto condizione si dichiara pronto ad adire l'eredità, lo schiavo cessa anche di essere servo ereditario, e così la condizione non possa più essere violata ⁴³). Servo ereditario è invece il servo appartenente alla massa ereditaria e tale resta anche dopo l'adizione dell'eredità ⁴⁴). La spiegazione giusta si trova in Antonio FABRO ⁴⁵), purchè però si faccia astrazione dalla differenza essenziale che egli trova fra *condiciones in faciendo* e *condiciones in non faciendo*, la quale non esiste. Egli nota che il giureconsulto fa derivare la non obbligatorietà di adempimento della condizione o della cauzione dalla impossibilità dell'adempimento (*sub impossibili condicione heredem institutum rideri*); e tale impossibilità esiste qui se si interpreta la disposizione testamentaria nel senso in cui è espressa. Il testatore non vuole che l'istituito divenga erede prima di aver adempiuta la condizione, tale essendo naturalmente il senso di ogni istituzione condizionata; ma è impossibile anche per l'istituito far nulla contrariamente alla condizione prima di essere divenuto erede, prima cioè di avere acquistata la possibilità di un diritto di aliena-

⁴²) ARNDTS, pag. 197.

⁴³) CUIACIO, *Observationes*, V, 2. Anche Ulrico HUBER. di solito così acuto, aderisce a quest'opinione (*Prael. ad Pandectas*, tit. *de cond. et dem.*). Titubante è il POTHIER, *Pand.*, tit. *de cond. et dem.*, n. 21, nota. « haec condicio »; ma torna in fine all'opinione qui avversata, che la cauzione non sia necessaria per la ragione che non si sa a chi essa debba prestarsi.

⁴⁴) ARNDTS, *loc. cit.*, pag. 199 seg.

⁴⁵) FABRO, *Coniecturae*, II, c. 16.

zione; la condizione perciò deve considerarsi come impossibile e perplessa, e comunque come non scritta. Contro questa spiegazione si potrebbe elevare un grave dubbio. Se le cose stanno così, si potrebbe dire, perchè deve prestarsi cauzione al coerede? **Antonio FABRO** risponde che il testatore ha bensì detto chiaramente che l'eredità possa essere adita prima dell'adempimento della condizione, ma non ha detto da chi, e perciò la volontà del testatore è sufficientemente adempiuta e l'adempimento si dimostra possibile quand'anche l'eredità sia acquistata dai coeredi degli istituiti condizionatamente. Tuttavia è più semplice il derivare la decisione dalla circostanza che i coeredi hanno anche un diritto immediato agli oggetti ereditari e quindi un particolare interesse che le disposizioni testamentarie riguardo a questi siano adempiute ⁴⁶⁾.

Diversamente vanno le cose per i legati condizionali. Per questi l'onorato ritiene di regola la cosa legata finchè la condizione non sia adempiuta, ma deve dal canto suo dare cauzione per l'adempimento ⁴⁷⁾. In taluni casi poteva restare incerto per tutta la durata della vita del legatario se la condizione fosse adempiuta o no, ma poichè la condizione deve avverarsi prima che l'onorato muoia, affinchè egli possa trasmettere il diritto ai suoi eredi ⁴⁸⁾, un tal legato sarebbe privo di efficacia, evidentemente contro la volontà del testatore, se qui si volesse applicare il diritto comune. La realizzazione di una disposizione siffatta fu resa possibile da una cauzione inventata da **QUINTO MUZIO SCEVOLA**: l'onorato riceve il legato contro prestazione di questa cauzione colla quale l'onorato è garantito per la restituzione quando la cosa per l'inadempimento non possa restare presso gli eredi dell'onorato ⁴⁹⁾. Di questa cauzione ed in particolare della sua applicazione alle

⁴⁶⁾ Cfr. **ARNDTs**, *loc. cit.*, p. 202, presso il quale si troveranno ancora (p. 203-207) altri argomenti per l'opinione qui difesa.

⁴⁷⁾ Vedi più oltre il libro XXXVI, tit. 3.^o *ut legatorum seu fideicommissorum serrandorum causa caveatur*.

⁴⁸⁾ L. 5 § 2 D. *quando dies legator. vel fideicommissorum cedat*, 36, 2.

⁴⁹⁾ L. 7 pr., L. 18, L. 74 pr. D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

istituzioni condizionate diremo più particolarmente al § 1464. Qui non possiamo tacere che alcuni scrittori moderni ritengono applicabile questo diritto soltanto ai casi in cui si può parlare di cauzione Muciana. Così il VOET ed il THIBAUT parlano del diritto dell'erede condizionato di ottenere il patrimonio contro cauzione soltanto in occasione della cauzione Muciana e il WESTPHAL dice precisamente che quando una condizione permessa sia aggiunta in forma affermativa, l'erede non ottiene l'eredità prima che la condizione si sia avverata, mentre se la condizione è negativa egli può ottenere l'eredità subito purchè presti cauzione ⁵⁰). In generale sembra che prima fosse assai diffusa l'opinione secondo la quale pendente la condizione dovrebbe nominarsi un curatore: questa opinione ha cercato di confutare *Ulrico HUBERO* ⁵¹), il quale ha anche osservato che il GAIL, che egli suole sempre citare, non si allontana dall'opinione giusta; e infatti il GAIL non parla di istituzioni condizionate, ma solo afferma che se i creditori fanno pressione e l'erede non adisce entro un certo termine e vi è pericolo nella mora, si deve nominare un curatore ⁵²). Neppure si può difendere l'opinione che soltanto nelle condizioni potestative negative debba prestarsi la cauzione, perchè parecchi dei testi sopra citati espongono questo principio di diritto senza limitazione, cioè senza riguardo al contenuto particolare della condizione e sebbene l'uso della cauzione Muciana si fondasse su motivi e su scopi particolari, lo scopo generale di garantire non solo l'eventuale erede, ma anche di evitare possibilmente la diminuzione del patrimonio ereditario ⁵³), esiste in tutti

⁵⁰) WESTPHAL, *Testamenti*, § 331.

⁵¹) *Prael. ad Pand., h. t.*, § 10.

⁵²) *Observationes practicae*, lib. II, obs. 130.

⁵³) Prima poteva tale diminuzione facilmente verificarsi per effetto dell'antica *usucapio pro herede*: GAIUS, II, 52 seg. Quando questa però non fu più tollerata, allora era sempre da temere che fosse concessa ai creditori una *missio in bona*. E anche una cura ordinata senza *missio* nell'interesse dei creditori, astrazione fatta dalle spese che essa importa, ha sempre per l'erede l'inconveniente che gli toglie la custodia dell'eredità, l'amministrazione e l'uso di essa, e quindi anche taluni vantaggi che,

i casi nei quali l'erede per l'aggiunta di una condizione sospensiva non può divenire tosto erede. Tuttavia non è difficile mostrare come sia nata quell'opinione e forse si può anche dimostrare che essa ha la prevalenza nella pratica. Le cauzioni non sono da noi così frequenti come presso i Romani, in luogo di esse avvenendo spesso degli ordini del giudice sotto la minaccia di una pena (come per es. nei casi nei quali sorgendo liti su diritti di servitù secondo le fonti si dovrebbe imporre una *cautio de non amplius turbando*) oppure ordinandosi senz'altro il sequestro dell'oggetto della lite presso la pubblica autorità. Aggiungasi che gli esempi che si trovano nelle fonti riguardo al rapporto giuridico in questione parlano il più spesso di condizioni negative potestative (*si serrum non alienaverit, si a liberis non decesserit*); inoltre non si può negare che nei casi di questa specie la pretesa di cauzione per parte dell'erede si giustifica con motivi speciali che non si adattano alle altre condizioni (vedi § 1464)⁵¹).

Fu già però osservato che colla prestazione della cauzione si concede all'istituto sotto condizione il possesso e il godimento dell'eredità, nonchè i diritti speciali competenti ad ogni *bonorum possessor*, quindi anche l'interdetto *quorum bonorum*. Egli però non ottiene così un vero e proprio diritto all'eredità, perocchè solo quando sia divenuto erede l'eredità non può più esser deferita ad altri per la regola *semel heres semper heres*⁵²).

Conseguentemente si esprime in modo esattissimo il HELLFELD quando dice:

« Pendente conditione — — hereditas vel a curatore bonorum, vel ab ipso herede, praestita cautio, *administratur* ».

nel caso la condizione si avveri, appaiono molto importanti. Cfr. ARNDTS, *loc. cit.*, p. 184 seg. Nè per ciò si può far distinzione fra condizione positiva o negativa, o condizione alla quale si applichi la cauzione *Muciana*.

⁵¹) Sulla disposizione del *Landrecht* prussiano, I, 12, § 478, per la quale pendente la condizione l'erede intestato deve rimaner nel possesso e nel godimento dell'eredità, vedi HUSCHKE, nel *Musco Romano*, VI, pag. 323.

⁵²) Vedi ARNDTS, p. 187 seg.

Tuttavia nel caso della L. 4 § 1 D. *h. t.*, nel quale la condizione suonava *si seruum hereditarium non alienaverit*, è osservato espressamente che colla prestazione della cauzione l'erede ha adempiuta la condizione imposta. Se questo è il caso, deve ammettersi che l'istituto sotto condizione sia divenuto veramente erede e che non si può quindi chieder nulla da lui salvo ciò che egli ha garantito con cauzione, in altre parole egli rimane erede. Forse l'espressione deve intendersi soltanto in senso improprio, cioè dell'adempimento della condizione allo scopo di conservare il possesso dell'eredità, ma è anche possibile una interpretazione per la quale quel principio s'intenda alla lettera.

Si può dire che se il contenuto della condizione ha per sè stesso carattere obbligatorio, essa viene sufficientemente adempiuta colla cauzione e il diritto di obbligazione che da questa nasce entra nel caso d'inadempimento nel luogo della obbligazione originaria, il che del resto non è che un caso del fenomeno più generale per cui ogni obbligazione di fare si risolve per parte del creditore nel diritto al *quanti interest*. L'esattezza di questo concetto è riconosciuta espressamente anche in un altro testo. È questo la L. 7 § 1 D. *de cond. et dem.*, 35, 1 già sopra spiegata, nella quale il marito è istituito sotto la condizione che non farà valere il credito ch'esso ha contro la testatrice per l'adempimento di una promessa dotale. Se egli abbia coeredi deve adempiere la condizione, ma l'adempie col dichiararsi pronto a fare accettilazione o dando cauzione e nell'un caso e nell'altro egli può adire l'eredità (*denuntiare eum posse coheredi paratum se accepto facere dotem vel carere et ita adire posse hereditatem*); ora adire l'eredità non è altro che acquistarla.

Fissato adunque questo principio, non si tratta che della possibilità della applicazione di esso al caso della L. 4 § 1 cit. Già sopra abbiamo accennato che il motivo pel quale quella condizione non può considerarsi impossibile nè perplessa quando esistono coeredi deve ricercarsi nella necessità che vi sia un interesse di questi all'adempimento della condizione.

Ora se ciò è esatto si tratta qui come nel caso della L. 7 § 1

D. *de cond. et dem.* dell'adempimento di una obbligazione a favore dei coeredi, quindi la prestazione della cauzione deve pure equivalere all'adempimento della condizione ⁵⁶).

§ 1462.

Adempimento della condizione.

Se la condizione è puramente casuale, l'avverarsi del diritto dipende dal suo adempimento. La volontà di quello a cui favore il diritto condizionato è costituito o anche il tentativo di adempiere la condizione non ha alcun valore, soltanto l'impedimento voluto per parte di altri del suo adempimento ha un significato decisivo, ma di ciò parleremo soltanto in seguito. Non è così nelle condizioni potestative e nelle miste ⁵⁷). È superfluo osservare che anche quelle debbono essere adempiute quando chi le deve adempiere non ne sia impedito e che per conseguenza se egli stesso ne rende impossibile l'adempimento perde il diritto e ciò vale anche per quelle disposizioni liberali che pure la legge favorisce, come le concessioni di libertà ⁵⁸).

Non può neppure essergli fatto rimprovero se egli abbia tardato ad adempiere la condizione; e se pertanto quando l'adempimento era possibile egli non l'abbia impreso e poi quando vi si accinse era sopraggiunto un impedimento, il suo diritto è confermato egualmente ⁵⁹).

⁵⁶) Vedi ancora ARNDTS, p. 202.

⁵⁷) Su questo punto assai discusso vedi: H. DONELLUS, *Comment. iur. civ.*, lib. VIII, c. 34; VOET, *ad Pand., h. t.*, § 21; C. L. CRELL, *an conditio, quae propter casum impleri nequit, pro impleta habeatur*, Vitemb. 1735 (et rec. ib. 1742. Anche nel fasc. IV delle Diss. e progr. dell'autore). J. T. RICHTER, *de conditionib. potestativis et mixtis casu deficientibus in ult. volunt. pro adimpletis habendis*, Lipsia 1751; A. E. ENDEMANN, *de implendae conditionis tempore spec.* (Marb. 1821), § 15, p. 65-74; SELL, *loc. cit.* § 40, 41, 55.

⁵⁸) L. 6 Cod. *de nec. serv. hered. instit.*, 6, 27.

⁵⁹) Sul tempo che deve prendersi in considerazione vedi più oltre § 1463.

A parte ciò, la volontà seria di adempiere la condizione è da parificarsi all'adempimento effettivo quando questo sia impedito da un caso; anzi l'esistenza di una tale volontà è sempre presunta quando la condizione sia frustrata soltanto da un caso prima che potesse adempiersi, per es. se al padrone di uno schiavo sia imposta come condizione la manomissione e lo schiavo muoia prima: *non ridetur enim defectus condicione si parere condicioni non possit; implenda est enim voluntas si potest* ⁶⁰). Lo stesso avviene quando la persona interessata all'inadempimento della condizione rende l'adempimento impossibile ⁶¹). Diverso è invece il caso quando l'impedimento venga dall'atto illegittimo di un terzo non interessato all'inadempimento della condizione. In tal caso deve ammettersi la regola che la condizione sia mancata, ma il terzo sarà tenuto a risarcire i danni:

« Julianus scribit: si institutus fuero sub conditione, si Stichum manumisero, et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum; *propter occisionem enim defecit conditio*. Quodsi vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia retrorsum quanti plurimi fuit, inspicitur » ⁶²).

La condizione di manomettere uno schiavo è meramente potestativa, però essa è considerata qui come mancata sebbene l'istituto non abbia alcuna colpa. La distinzione che qui si fa tra il caso che lo schiavo muoia prima e il caso che muoia dopo la morte del testatore non ha alcuna importanza per la nostra questione, ma solo per la questione dei danni perchè nell'ultimo caso si deve tener conto anche del valore dell'eredità, nel primo soltanto del maggior valore dello schiavo durante l'ultimo anno ⁶³). Dell'eredità non può qui parlarsi perchè oggetto dell'azione di

⁶⁰) L. 8 § 7 D. *h. t.*, L. 54 § 2 D. *de leg.*, I. ENDEMANN, *loc. cit.*, § 12, p. 47.

⁶¹) L. 39, L. 161 D. *de reg. iur.*, I. 81 § 1 D. *de cond. et dem.*, L. 5 § 3 D. *quando dies legator. vel fideic. cedat*, 36, 2.

⁶²) L. 23 § 2 D. *ad Leg. Aquil.*, 9, 2.

⁶³) Pr. I. *de Lege Aquilia*.

«anni interessi non è il valore che lo schiavo avrebbe potuto avere in seguito per il proprio padrone, ma quello che ha avuto nel passato e l'eredità di un vivente è giuridicamente cosa inesistente e tale resta finchè non sia stata deferita⁶⁴). Si può dubitare se la decisione di GIULIANO sia equa e anche se sia logica; onde si è domandato se l'erede istituito non debba almeno in via sussidiaria essere restituito nel proprio diritto. Ma l'argomento, che in genere è restituito il diritto di azione contro il terzo che si sia arricchito⁶⁵), potrebbe tutt'al più adattarsi al caso che l'onorato sia un semplice legatario e voglia sulla base di quella analogia rivolgersi contro l'erede arricchito per la mancanza della condizione⁶⁶); qui però, dove si parla di un erede istituito sotto condizione il quale non è neppur lontanamente in rapporto obbligatorio con l'erede intestato, appare del tutto inapplicabile⁶⁷). Sol tanto per il *suus heres* istituito sotto condizione potestativa non può valere la decisione di GIULIANO perchè per questo è riconosciuto in modo troppo chiaro e la stessa natura del rapporto giuridico importa che da lui possa chiedersi ciò che sta in suo potere, mentre ciò che oltrepassa i limiti di questo deve considerarsi come non scritto.

Diverso ancora dal caso fin qui trattato è quello in cui ad alcuno debba esser data qualche cosa *condicionis implendae causa* ed egli non faccia nulla contro l'adempimento, ma a questo ponga ostacolo un terzo. Qui concorrono due aventi diritto, quello al quale la condizione era imposta e che doveva dare e quello al

⁶⁴) Gl. Acc. *quia retrorsum ad h. l.* AVERANICUS, *Interpr. jur.*, lib. II, c. 24, n. 30-32; POTHIER, ad tit. D. *ad Leg. Aquil.*, n. 45, nota, *Quasi diceret*; SELL, *op. cit.*, § 55, pag. 221 seg.

⁶⁵) L. 3 § 1 D. *de eo, per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sist.*, 2, 10; L. 8 § 14 D. *ad Sc. Vellei.*, 16, 1.

⁶⁶) Come nota anche il SELL, pag. 22 seg. nota 6.

⁶⁷) Il principio che un impedimento derivante da terzi non esonera dalla necessità dell'adempimento è riconosciuto anche per gli impedimenti puramente temporanei. Se per esempio la condizione impone all'onorato di compiere un certo atto entro tanti giorni e in alcuni di questi giorni egli ne è impedito da un terzo, deve ugualmente compierlo nei giorni residui. L. 40 pr. D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

quale doveva esser dato. Secondo i principi sopra espressi la cosa deve esser decisa nel senso che se colui dal quale deriva l'impedimento ha un interesse a che la condizione non sia adempiuta questa si ha per adempiuta, altrimenti no. In ogni caso però quegli a favor del quale la condizione doveva essere adempiuta ha un'azione di danni contro colui che ne ha impedito l'adempimento. Così decide ULPIANO nel seguente caso⁶⁸): ad uno schiavo era stata lasciata la libertà sotto condizione che egli desse ad un terzo una determinata somma. Egli doveva prendere la somma dal suo peculio⁶⁹), ma ne fu impedito dall'erede onde si vide impossibilitato ad adempiere la condizione: secondo il giureconsulto egli ha diritto tuttavia alla libertà (*statu liber perreniat ad libertatem quasi impleta condicione cui parere prohibitus est*), e anche al terzo resta il suo diritto (*nummi non peribunt*) spettando a lui un'azione *in factum* pei danni contro l'erede (*agere potest ut testatori pareatur*). Queste parole hanno dato occasione ad una spiegazione secondo la quale, sebbene la condizione che deve considerarsi mancata valga tuttavia come adempiuta riguardo allo stato libero per il favore notoriamente concesso alla libertà, la condizione non deve considerarsi adempiuta, ma soltanto può intentarsi azione contro l'erede perchè adempia la prestazione impostagli come condizione⁷⁰). In ogni caso però le espressioni sono qui, come anche nel testo di ULPIANO, improprie.

Se il diritto lasciato come condizione deve avverarsi in modo stabile ed irrevocabile, la condizione deve anche necessariamente considerarsi come adempiuta, l'azione *in factum* contro l'erede è dunque una semplice azione di danni⁷¹). Inoltre la decisione di fronte allo statulibero è retta dal principio di diritto secondo il quale la condizione si ha per adempiuta quando il suo avverarsi

⁶⁸) L. 3 § 9 D. *de cond. causa data*, 12, 4.

⁶⁹) L. 3 § 1 D. *de statu liberis*, 40, 7.

⁷⁰) SELL, p. 221.

⁷¹) POTHIER, nel *tit. de cond. et dem.*, n. 115, nota, *intellige*. Vedi anche gli autori citati nella nota seguente.

è impedito da quello che è interessato o può avvantaggiarsi dalla sua mancanza e questo è nel caso nostro l'erede ⁷²).

Molto spesso si applicano i medesimi principi anche alle condizioni miste. Ma per ciò si è costretti a fare distinzioni infondate, per es. se l'impedimento sia sopraggiunto prima o dopo la morte del testatore, se esso sia dovuto ad un mero caso o al rifiuto di un terzo e simili, oppure si deve ricorrere a limitazioni e a regole particolari che distruggono il principio fondamentale o lo rendono così dubbioso che non si può più parlare di una sicura applicazione di esso. D'altronde molto spesso nelle condizioni miste si ha lo stesso risultato che nelle potestative, cioè anch'esse si hanno per adempite quando l'adempimento sia impedito da un evento che non sta nella potestà dell'onorato, ma si possono anche citare altrettanti esempi secondo i quali nei medesimi casi è ammesso l'opposto concetto, di maniera che è da concludere che il principio determinante non è il medesimo per le due specie di condizioni. Prima però di ricercare quale sia il principio giuridico applicabile alle condizioni miste è necessario premettere alcune osservazioni:

I. Il concetto di condizione potestativa è molto relativo. Lo stesso atto può sotto diverse circostanze apparire per alcuno una condizione potestativa, per altri una condizione casuale ⁷³). Gli antichi tennero di ciò molta considerazione nelle loro decisioni, ma dettero così occasione a dubbi e dispute fra i moderni i quali volentieri prendono tutto alla lettera.

II. Un onere che di per sè avrebbe il carattere di condizione potestativa può per modalità particolari assumere quello di una condizione mista: così se il testatore abbia prescritto che l'adempimento avvenga entro un determinato tempo e ciò sia impedito da un evento che non sta nella potestà dell'onorato ⁷⁴).

⁷²) Da questo punto di vista considera il caso la Glossa ad *h. l.*; vedi anche HUBER, *Eunomia Romana*, p. 504-505.

⁷³) Confronta quanto fu già osservato al § 1421 *h.*

⁷⁴) Un caso della specie è addotto da GIAVOLENO nella L. 28 D. *de statu liberis*, 40, 7. Il legato di libertà si era fatto dipendere in tal caso

III. Qualunque condizione della quale sia certo che il suo adempimento non dipenda soltanto dalla volontà del testatore, ma anche da quella dell'onorato ha il carattere di una condizione mista, anche se l'onere consista in una semplice prestazione ad un terzo, per es. il pagamento di una somma di danaro⁷⁵). Si trovano però delle deviazioni da questo concetto, per es. la *condicio dandi* può essere aggiunta anche all'istituzione di un *filius suus* senza diseredarlo pel caso opposto⁷⁶). Ma poichè il rifiuto di accettare la somma o, almeno riguardo all'erede necessario, un impedimento sopraggiunto per altri motivi non nuoce all'onorato e d'altra parte il rifiuto di ricevere non è certamente probabile se l'erede abbia dal canto suo buona volontà, alla *condicio dandi* si dà qui il valore di una condizione potestativa. Dove del resto non possa essere ammessa la facilità dell'adempimento o l'improbabilità del rifiuto per parte del terzo, le condizioni miste aggiunte anche all'istituzione di un figlio *suus* conservano il loro significato originario, come per es. la condizione di dotare alcuno, la quale può essere apposta al figlio *suus* soltanto se sia anche aggiunta la diseredazione sotto la condizione opposta⁷⁷).

IV. Come esempio di condizioni miste vengono indicati di solito casi nei quali è necessaria la cooperazione o il consenso di un terzo, come per es.: la *condicio dandi, adoptandi, nubendi*. Vi sono però anche altri oneri i quali per i principi generali di diritto hanno il carattere di condizioni miste, per es. quello di

dall'avverarsi effettivo della condizione, e tuttavia il giureconsulto la considerava come avverata (*sed favor libertatis eo rem perdurit, ecc.*). Dalla forma della decisione si può con sicurezza argomentare che nei casi ordinarii le cose andavano diversamente, ciò che del resto è spesso affermato nelle fonti: vedi per es. L. 94 D. *de cond. et dem.*, 35, 1. Le condizioni potestative adunque acquistano per l'aggiunta di modalità della specie su indicata il valore di condizioni miste (confr. ENDEMANN, *de cond. impl. temp.*, p. 65 seg.), mentre viceversa per i legati di libertà le condizioni miste acquistano il valore di potestative. Vedi POTIER, *ad tit. de cond. et dem.*, n. 145, nota « *quia non stat. per eum* ».

⁷⁵) L. 94 pr. D. *de cond. et dem.*, L. 20 § 3 D. *de statu lib.*

⁷⁶) L. 4 § 1, L. 5 in f. D. *de hered. inst.* Vedi il paragrafo seguente.

⁷⁷) L. 11 D. *h. t.*, L. 83 D. *de cond. et dem.*

fornire una data prova o di ottenere una data carica, *si consul, si praetor factus fuerit* ⁷⁸⁾. Ma nelle condizioni di questa specie si può facilmente riconoscere che la volontà dell'onorato appare come predominante, in altre parole è impossibile dire che l'onorato abbia fatto tutto ciò che era richiesto per l'avverarsi dell'evento e che questo sia stato impedito soltanto da un caso. È possibile, per es., in ogni caso la prova che l'aspirante abbia attitudini incondizionate per l'ufficio in discorso, ma chi potrebbe affermare che egli era il più adatto di tutti i candidati e che la realizzazione del suo desiderio non sia stata impedita da nessun motivo che abbia a che fare con le sue attitudini? È perciò naturale che le condizioni di questa specie si trattino come semplicemente casuali, o per dir meglio si parifichino a queste negli effetti pratici ⁷⁹⁾, pur dovendosi ammettere però che una designazione all'ufficio valga come adempimento della condizione quando il raggiungimento effettivo di esso sia impedito da un evento, per es. la morte.

Non resta dunque che a trovare un principio direttivo per quelle condizioni nelle quali la volontà dell'onorato e la volontà di un terzo debbono insieme cooperare. Questo principio è il seguente: come nelle condizioni meramente potestative decide la volontà seria e nelle casuali il semplice caso, nelle condizioni miste importa vedere che cosa si sia avverato prima, se la manifestazione della volontà dell'onorato o il caso impediante; nella prima ipotesi si ha la condizione per adempiuta, nella seconda per mancata. Si fa solo eccezione, secondo il noto principio del favore per tali disposizioni per i legati di libertà e di alimenti. I giureconsulti romani non erano d'accordo nè sulla regola nè sulle eccezioni e di ciò fan fede le decisioni conservateci; si può tuttavia provare con certezza che l'opinione qui esposta è quella accolta nella compilazione giustiniana. Citiamo i seguenti esempi:

⁷⁸⁾ L. 83 D. *de cond. et dem.*, L. 7 C. *de instit. et substit.*, 6, 25, L. 11 in f. D. *de cond. et dem.*

⁷⁹⁾ Per ciò anche la condizione puramente casuale « *si navis ex Asia venerit* » è parificata all'altra « *si Titius consul factus fuerit* » ed è notato che prima che essa sia adempiuta o ne sia verificato l'adempimento l'eredità non può esser adita. L. 21 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

L. 5 § 5 D. *quando dies leg. ced.*, 36, 2: « Si qua conditio sit, quae per legatarium non stat, quo minus impleatur, sed aut per heredem, aut per ejus personam, in cujus persona jussus est parere conditioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur utputa si jussus sim heredi decem dare, et ille accipere nolit⁸⁰). Sed et si ita mihi legatum sit: *si Seiam uxorem duxero*, nec ea velit nubere, dicendum erit, diem legati cedere, quod per me non stat, quominus paream conditioni, sed per alium stat, quominus impleatur conditio ».

Le parole *per alium stat* si riferiscono qui alla persona che deve sposare secondo la condizione, non ad un terzo, perchè l'adempimento di una condizione mista non può ritenersi avvenuto quando l'impedimento venga dal terzo, più che l'adempimento di una condizione potestativa. Nel testo dunque è supposto, per ciò che riguarda l'ultima condizione, che l'onorato abbia fatto la sua proposta di matrimonio in un tempo nel quale questo poteva ancora concludersi e la condizione sia stata frustrata dopo che egli aveva fatto quanto poteva per adempierla⁸¹). Citiamo anche la L. 11 D. *h. t.*:

« Si quis testamento hoc modo scripserit: *filius meus, si Titium adoptaverit, heres esto, si non adoptaverit, exheres esto*; et filio parato adoptare Titius nolit se arrogandum dare, erit filius heres, quasi expleta conditio ».

L'erede necessario è istituito sotto condizione mista, e diseredato sotto la condizione opposta; naturalmente la questione se la condizione sia adempiuta si risolve per lui nello stesso senso che per ogni altro erede e a questa ipotesi si riferisce il testo. La cosa va diversamente quando il fatto che fa ostacolo all'adempimento della condizione preceda l'atto dell'onorato; la condizione si ha in tal caso per mancata. Così nella *condicio dandi* quando

⁸⁰) In simil modo è deciso quando, apposta la condizione *si statuas in municipio posuerit*, l'onorato si dichiara pronto ad adempierla, ma il magistrato gli rifiuta il luogo ove collocar la statua. L. 14 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

⁸¹) Vedi anche L. 1 Cod. *de inst. et subst.*, 6, 25; L. 1 C. *de his quae sub modo leg. relinq.*, 6, 45.

quegli al quale deve esser dato muoia prima che gli sia offerta la prestazione⁸²⁾; nella *condicio nubendi*, che è l'esempio più frequente delle nostre fonti, quando la persona che l'onorato dovrebbe sposare muoia prima che le sia fatta o possa esserle fatta la proposta, per es. prima della pubertà⁸³⁾. Alcuni testi, i quali ammettono la nascita del diritto condizionato non ostante che la condizione sia mancata per un caso precedente alla dichiarazione di volontà dell'onorato, parlano soltanto di condizioni che dovrebbero in caso diverso considerarsi illecite. Esempio la condizione se l'onorato sposerà una persona a scelta di un terzo (*si filia arbitrato Titii nupserit*)⁸⁴⁾.

Altri testi considerano il caso seguente: due fratelli sono istituiti eredi con la disposizione che la maggior parte dell'eredità vada a quello dei due che per primo sposerà una data persona. Se questa non vuole sposare nessuno dei due o se l'adempimento diviene impossibile per la morte di lei prima della proposta di matrimonio i fratelli ereditano in parti eguali⁸⁵⁾. Qui però non è l'istituzione d'erede, ma sono le parti la cui determinazione dipende dalla condizione del matrimonio, di modo che se questa non è adempiuta da alcuno degli eredi nessuno ha la preferenza sull'altro e l'eredità si divide in parti uguali.

Il motivo che abbia impedito il matrimonio è indifferente, sia esso un caso o il rifiuto della persona o anche, ciò che s'intende, benchè la legge non lo dica, perchè la condizione si riferisce soltanto alla determinazione delle parti, il rifiuto di ambedue gli eredi istituiti⁸⁶⁾.

⁸²⁾ L. 94 pr. in f. D. *de cond. et dem.*

⁸³⁾ L. 101 pr. D. *de cond. et dem.*, L. 4 C. *de condit. insert.*, 6, 46.

⁸⁴⁾ L. 54 § 1 D. *de leg.*, I, L. 28 pr., L. 72 § 4 D. *de cond. et dem.*
« Sed si Titius vivo testatore decedat, licet conditio deficit, quia tamen suspensa quoque pro nihilo foret, mulieri succuretur ». Vedi sopra § 1459; ENDEMANN, *loc. cit.*, § 15, pag. 60, nota 1; SELL, *loc. cit.*, § 39, § 55, pag. 210.

⁸⁵⁾ L. 23, 24 D. *h. t.*, L. 9 § 10 e 11 D. *de heredit. inst.*, 28, 5.

⁸⁶⁾ La spiegazione esatta si trova già nella Glossa di ACCURSIO, *aequales admittuntur* ad L. 23 D. *h. t.*

In favore della libertà sono parificate le condizioni miste alle potestative nei legati di libertà. Questo contrapposto è espresso molto chiaramente nella L. 94 pr. D. *de cond. et dem.* 35, 1:

« Quum ita datur libertas: *Si Titio* (qui non est heres) *decem dederit*, certa persona demonstratur; ac propterea in persona ejus tantum conditio impleri potest. Sane si quum cogerit dies pecuniam conditione comprehensam statu liber habuerit ⁸⁷⁾, jure constituto nulli dando consequitur libertatem (dunque quando egli fosse pronto a dare e la condizione fosse diventata superflua perchè impeditone l'adempimento da un caso). *Diversa causa est legatarii*; in cujus persona placuit conditionem deficere, si antequam dederit legatarius pecuniam, *Titius moriatur* ».

Lo stesso principio viene naturalmente applicato anche quando col legato di libertà sia congiunto un altro legato. Ad un servo era stata lasciata la libertà sotto la condizione di pagare una data somma di danaro e insieme gli era stato lasciato un altro legato. SABINO voleva far dipendere la validità dal legato di libertà dal fatto che lo schiavo avesse già prima dell'avverarsi dell'evento ostativo all'adempimento della condizione pronta la somma necessaria. GIULIANO invece difese l'opinione più mite accolta anche nella compilazione per la quale la libertà dovesse considerarsi quando la prestazione fosse divenuta impossibile senza colpa dello schiavo. Invece l'altro legato lasciategli nel testamento egli non avrebbe, secondo GIULIANO, potuto ottenere se l'impedimento fosse sopraggiunto prima che egli fosse stato pronto per l'adempimento della condizione:

« Adeo autem *constituito potius jure*, quam ex testamento ad libertatem pervenit, ut si eidem et legatum sit, mortuo eo, cui dare jussus est, *ad libertatem quidem pervenit, non autem et legatum*

⁸⁷⁾ Come appare dalla conclusione, qui deve supporre che per la morte di Tizio la prestazione sia divenuta impossibile. Vedi POTHIER, tit. *de cond. et dem.*, n. 145, nota, *supple.* Alcuni propongono qui un emendamento del testo; per es. « sane si cum *decesserit Titius*, pecuniam conditione comprehensam statu liber habuerit ». Vedi SMALLENBURG, ad *h. t.*, V. pag. 524.

habiturus est. Diversa causa est ejus quem heres prohibet conditioni parere: hic enim ex testamento ad libertatem pervenit »⁸⁸⁾.

Nelle parole finali di questo testo si allude soltanto al legato di libertà, ma il motivo della decisione si applica anche all'altro legato speciale: quando l'onerato impedisce l'avverarsi della condizione ogni condizione si ha per adempiuta e per ciò è detto che in conseguenza della disposizione testamentaria e non soltanto per prescrizione di legge il legato ha efficacia⁸⁹⁾. Decisioni del tutto analoghe si trovano in altri testi⁹⁰⁾ dei quali mi limito a riferire il seguente⁹¹⁾:

« In testamento ita erat scriptum: *Stichus et Pamphila liberi sunt, et si in matrimonium coierint, heres meus his centum dare damnas esto. Stichus ante apertas tabulas decessit; respondit: partem Stichi defectam esse, sed et Pamphilam defectam conditione videri, ideoque partem ejus apud heredem remansuram. Sed etsi uterque viveret et Stichus nollet eam uxorem ducere, quum mulier parata esset, nubere, illi quidem legatum deberetur, Stichi autem portio inutilis fiebat. Nam quum uni ita legatum sit: Titio si Sejam uxorem duxerit, heres meus centum dato, si quidem Seja moriatur, defectus conditione intelligitur; ut, si ipse decedat, nihil ad heredem suum eum transmittere, quia morte ejus conditio defecisse intelligitur; utroque autem vivente, si quidem ipse nollet uxorem ducere, quia ipsius facto conditio deficit nihil ex legato consequitur, muliere autem nolente nubere, quum ipse paratus esset, legatum ei debetur* ».

Qui si applicano soltanto le regole generali intorno alle condizioni miste perchè soltanto il legato e non la manomissione era legata ad una condizione e questa era che i legatari si sposassero

⁸⁸⁾ L. 20 § 3 D. *de statu liberis*. Confr. pure L. 39 § 4 *eod.*

⁸⁹⁾ POTHIER, *Pand. Justin.*, tit. *de cond. et dem.*, n. 45, nota, *Hoc enim commune*.

⁹⁰⁾ L. 16 D. *de manumiss. test.* 40, 4 «... nam favore libertatis receptum est, ut...; circa legatum defecisse conditio visa est». L. 19 D. *de statu lib.*, 40, 7.

⁹¹⁾ L. 31 D. *de cond. et dem.*

fra loro. Se ora uno dei legatari veniva a morte prima dell'apertura del testamento o prima che fosse fatta l'offerta o seguita la rinuncia al matrimonio, il sopravvivate non poteva ottenere il legato; se invece uno si rifiutava di adempiere la condizione cadeva il suo diritto al legato, mentre l'altro lo conservava ⁹²⁾.

Riguardo ai legati di alimenti nelle fonti si trovano molti esempi di casi in cui gli alimenti debbono essere prestati se o finchè l'onorato resti con una determinata persona (*quo ad*, oppure *si cum matre, cum liberis moratus esset*); in questi casi il diritto agli alimenti perdura anche dopo la morte di quello presso il quale l'onorato è obbligato a stare, il legato dunque vale prima come dopo quand'anche l'adempimento della condizione sia stato reso impossibile da un caso ⁹³⁾. Sembra non sia necessario spiegare ciò sulla base del noto favore degli alimenti perchè il testatore voleva evidentemente dire soltanto, se l'onorato non lascerà questa persona, e la condizione è pienamente soddisfatta quando la morte ne renda impossibile l'inadempimento. Perciò uno scrittore moderno deriva questa decisione dalla presunta volontà del testatore e ne argomenta che il principio informativo della decisione non vale soltanto per il legato annuo o di alimenti, ma per tutti i legati ⁹⁴⁾. L'esattezza di questa conseguenza sarebbe innegabile se il presupposto da cui parte fosse fondato. Si deve anzi ammettere senz'altro che tutte le disposizioni secondo le quali in casi particolari si ritiene una condizione per adempiuta debbono intendersi colla limitazione, purchè non si dimostri che il testatore ha voluto un altro risultato.

Tuttavia se quell'opinione fosse fondata, tra i testi che parlano di quei legati se ne dovrebbe trovare almeno uno il quale esprimesse il principio che il legato non vale quando appaia una diversa volontà espressa o presunta del testatore. Ora ciò non è neppure accennato in alcun luogo e i testi si limitano a fondare

⁹²⁾ SELL., *loc. cit.*, § 41.

⁹³⁾ L. 20 pr. D. *de ann. leg.*, 33, 1, L. 13 § 1 D. *de alim. vel cibariis leg.*, 34, 1, L. 1 C. *de legat.*, 6, 37.

⁹⁴⁾ SELL., *loc. cit.*, pag. 230 seg.

la decisione sul semplice fatto⁹⁵). Inoltre in due dei testi citati è usata un'espressione la quale non tollera l'interpretazione sopra indicata, che cioè l'onorato non debba lasciare la persona nominata, bensì l'altra per cui il legato è lasciato finchè il legatario convivrà colla persona designata (*quoad cum Claudio Iusto morati essetis*⁹⁶) e in tal caso difficilmente può trovarsi il motivo della decisione in altro che nel favore degli alimenti⁹⁷). Ciò è confermato anche da una decisione di PAOLO⁹⁸) secondo la quale, avendo il testatore lasciato gli alimenti a' propri liberti sotto la condizione *si cum filio eius morati fuerint* e avendo i legatari adempiuta fedelmente la condizione sino alla morte del figlio, essi hanno, secondo il giureconsulto, diritto agli alimenti anche dopo la morte se il testatore non abbia dimostrato di volere il contrario. La conclusione del testo contiene dunque una modificazione di ciò che regolarmente deve essere ammesso; benchè dunque il risultato possa esprimersi nel senso che la volontà del testatore deve presumersi per la validità del legato salva la prova del contrario⁹⁹), ciò è impossibile; il legato deve valere soltanto finchè si possano trovare motivi per una volontà a ciò diretta del testatore.

Sopra uno speciale favore degli scopi religiosi riposa la disposizione di GIUSTINIANO che una disposizione testamentaria fatta sotto la condizione che l'onorato abbia figli vale se la condizione non si adempia perchè l'onorato si rinchiude in un convento, o altrimenti ha fatto voto di castità e vuol dedicare tutto il suo patrimonio a scopi pii¹⁰⁰).

⁹⁵) Il SELL, *loc. cit.*, vuol trovare nelle parole finali di un testo « *secundum ea quae proponerentur deberi* » un rinvio alla presunta volontà del testatore. Ma quelle parole contengono soltanto un rinvio al fatto, dal quale nessuna particolare circostanza o relazione appare onde possa argomentarsi una volontà determinata del testatore, soltanto si domanda se, apposta una tal condizione, il legato duri anche dopo la morte della persona indicata.

⁹⁶) L. 13 § 1 D. *de alim leg.*, 34, 1; L. 1 Cod. *de legatis*, 6, 37.

⁹⁷) WESTPHAL, *Vermaechtnisse* [Legati], II, § 1967.

⁹⁸) L. 84 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

⁹⁹) H. DONELLUS, *Comment. iur. civ.*, lib. VIII, c. 34, § 10.

¹⁰⁰) L. 53 § 2 C. *de episc. et cler.*, 1, 3.

§ 1463.

In particolare del tempo dell'adempimento ¹⁾.

Nascendo la questione sul tempo nel quale deve essere adempiuta la condizione devono distinguersi i casi seguenti:

I. Il testatore non ha disposto nulla. Bisogna guardare in tal caso il contenuto della condizione e deve seguirsi la regola generale espressa nel seguente testo ²⁾:

«Conditionum, quae in futurum conferuntur, triplex natura est, ut quaedam ad id tempus, quo testator vivat, quaedam ad id, quod post mortem ejus futurum sit, quaedam ad alterutrum pertineant, tempus autem vel certum vel infinitum comprehendatur. Quae omnia non minus in fideicommissis quam in institutionibus ac legatis incidere solent, ut haec conditio: *Titiae, si mihi nupserit*, non dubie, nisi vivente testatore; illa autem: *si ad exsequias funeris mei venerit*, nisi post mortem impleri non possit: illa vero: *si filio meo nupserit*, vel vivente, vel mortuo testatore impleri possit. Et prima quidem ac tertia ex relatis conditionibus infinitum tempus habent; quandoque enim nupserit impletur conditio, secunda ad certum tempus adscripta est».

Per alcune condizioni adunque appare dal loro contenuto stesso che esse debbano essere adempiute prima della morte del testatore e ciò è per tutte le condizioni all'adempimento delle quali è necessario il concorso di questo. In altre è impossibile che si adempiano prima della morte del testatore, come ad esempio in quella enunciata nel testo *si ad exsequias funeris mei venerit*, nell'altra spesso enunciata *si mihi monumentum fecerit*. La terza categoria che è quella alla quale appartiene il maggior numero di casi abbraccia le condizioni che possono essere adempiute così prima come dopo la morte del testatore ³⁾ o, come è detto in

¹⁾ Vedi a questo proposito la dissertazione più volte citata dell'EXDEMANN, *De implendae condicionis tempore*, Marburgo 1821.

²⁾ L. 91 D. *de cond. et dem.*, 35. 1.

³⁾ Di tali condizioni potea il giureconsulto dire con ragione *infinitum tempus habent*, o in altri termini, il tempo dell'adempimento di esse è del

altro testo, nelle quali il testatore aveva di mira soltanto il raggiungimento di un dato risultato, *haec condicio — talis est ut qui testatus est impleri solummodo condicionem voluerit*⁴⁾.

Ciò deve ammettersi come regola per le condizioni casuali⁵⁾, per le potestative invece si ammette di solito il contrario. ULPIANO dice⁶⁾:

«Conditiones quaedam sunt, quae quandoque impleri possunt etiam vivo testatore, utputa: *si navis ex Asia venerit*; nam quandoque venerit navis conditioni paritum videtur; quaedam, quae non nisi post mortem testatoris: *si decem dederit, si Capitolium ascenderit*; nam ut paruisse quis conditioni videatur, etiam scire debet hanc conditionem insertam: *nam si facto fecerit, non ridetur obtemperasse conditioni*».

Similmente in un testo di PAOLO⁷⁾ è detto:

«Sciendum est, *promiscuas conditiones* post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur veluti: *si Capitolium ascenderit*, et similia; non *promiscuas* etiam vivo testatore existere posse, veluti: *si Titius Consul factus fuerit*».

(Queste condizioni si hanno per adempiute soltanto se l'atto sia eseguito con l'intenzione determinata di soddisfare all'onere). PAOLO ha qui di mira atti della vita quotidiana⁸⁾, come per esempio il fare una passeggiata; tali atti sono gli esempi citati più spesso di condizioni potestative vere e proprie perchè in essi il concetto

tutto indeterminato. Meno esatto sembra riferire quell'espressione anche alla condizione *si mihi nupserit* e contrapporre a questa la condizione *si ad funus meum venerit* o una qualunque condizione *ad certus tempus adscripta*, benchè per quest'ultima possa dirsi che vi è un solo momento di adempimento, mentre per la prima il tempo dell'adempimento è tutto quello precedente alla morte del testatore.

⁴⁾ L. 16 pr. D. *de cond. et dem.*, 35, 1. ENDEMANN, *loc. cit.*, § 13, pag. 49, nota 3.

⁵⁾ Vedi i testi citati alle note 2 e 4, e L. 36 *eod.*, L. 7 C. *de inst. et subst.*, 6, 25 e nota seguente.

⁶⁾ L. 2 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

⁷⁾ L. 11 § 1 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

⁸⁾ Questo è il significato di *promiscuum*. Vedi pag. 556, nota 8 del vol. II di questo libro.

di atto meramente arbitrario appare più decisamente che in tutte le altre condizioni. ULPIANO invece annovera anche la *condicio dandi* fra le condizioni che debbono essere adempiute dopo la morte del testatore. Certo anche qui appare che di solito si ammettesse la natura arbitraria dell'atto, tanto che sotto una tale condizione poteva essere istituito anche un figlio *suus*, ma in altri riguardi si applicavano alla *condicio dandi* i principi delle condizioni casuali e miste⁹⁾. E inoltre non dovrà ritenersi la possibilità che la condizione potestativa sia adempiuta prima della morte del testatore quando si tratti di atto che il testatore abbia voluto soltanto per il suo risultato? Certo non si può dubitare che per esempio la *condicio manumittendi* possa essere adempiuta anche prima della morte del testatore e ciò infatti è riconosciuto dai testi¹⁰⁾. Si può dunque formulare la seguente regola: se sia posto come condizione un fatto di natura tale che soglia avvenire spesso per parte di qualunque uomo e di fronte al quale il testatore debba logicamente avere supposto che sia stato già compiuto dall'onorato prima che la condizione gli fosse nota e sia per essere compiuta ancora (a questa specie di atti appartengono sempre le ordinarie condizioni potestative), egli fa conoscere con ciò che ha inteso di imporre all'onorato l'obbligo di compiere l'atto dimostrando la sua seria volontà di adempiere in tal modo la condizione, quindi necessariamente dopo che questa gli è stata fatta nota per l'apertura del testamento.

Se dunque per tutte le altre condizioni basta che l'adempimento avvenga, sia pure vivente ancora il testatore, si domanda ora se il diritto condizionato nasca anche quando la condizione era già adempiuta prima della confezione del testamento. Qui bisogna fare

⁹⁾ L. 94 pr. in fine D. *de cond. et dem.*, 35, 1. Vedi il paragrafo precedente.

¹⁰⁾ L. 8 § 7 D. *h. t.*: « Mortuo, vel manumisso Stichus viro testatore, qui ita institutus est, si iurasset, se Stichum manumissurum, non videbitur defectus conditione ». Astrazione fatta dall'invalidità della *condicio iuris-iurandi*, che qui non c'interessa, basta in generale che l'atto di giurare sia già stato adempiuto in passato. Cfr. L. 52 § 2 D. *de legatis*, I, 30. ENDEMANN, *loc. cit.*, pag. 52.

innanzi tutto una distinzione fra il caso che il testatore sapesse e quello che non sapesse. Nell'ultima ipotesi basta che il risultato da lui voluto sia stato raggiunto, prima o dopo poco importa ¹¹⁾. Ma se il testatore sa che il fatto che egli ha imposto come condizione è già avvenuto bisogna ammettere che egli abbia avuto di mira una ripetizione del fatto stesso, come per esempio se egli abbia istituito una donna sotto la condizione che le nascano dei figli ed ella abbia già figli ¹²⁾. Ma che cosa sarà da dire se il fatto era possibile soltanto una volta? Per esempio fu istituito alcuno sotto la condizione che egli giunga alla maggiore età e al tempo della confezione del testamento egli era già maggiore. Nel testo di ULPIANO citato alla nota 11 è fatta menzione anche di questo caso, ma è supposto che il testatore ignorasse l'adempimento della condizione e conseguentemente la condizione è ritenuta adempiuta (*et si cui legatum est cum pubes est, simili modo hoc erit dicendum*). Argomentare però *a contrario* da ciò, che quando il testatore avesse conosciuto il fatto della raggiunta pubertà dovrebbe ammettersi il contrario è cosa per sé assai dubbia. Abbiamo però anche un testo di PAOLO sul quale si può con molta sicurezza fondare un argomento *a contrario* conducente a tutt'altro risultato:

« Si jam facta sint, quae conditionis loco ponuntur, et sciat testator, quae iterum fieri possunt expectentur ut fiant, si vero nesciat, praesenti (die) debeantur » ¹³⁾.

Dunque se il testatore sa che il fatto posto come condizione si è già avverato e si tratta di un caso in cui il fatto potrebbe benissimo ripetersi, bisogna aspettare che si ripeta; da ciò deriva che in caso diverso la disposizione si ha per incondizionata. In ciò i nostri scrittori sono tutti d'accordo, discordi sono soltanto sul motivo della disposizione perchè alcuni dicono che la condizione si ha per avverata, altri che si ha per non scritta come

¹¹⁾ L. 10 § 1 D. *de cond. et dem.*, 35, 1. Vedi sopra § 1457.

¹²⁾ L. 9 D. *eod.* Vi si parla di un legato lasciato alla moglie sotto tale condizione, dell'esistenza o meno della quale il testatore non poteva essere ignaro.

¹³⁾ L. 11 pr. D. *eod.*

impossibile ¹⁴⁾. Nei risultati pratici non c'è differenza, soltanto questi sono assai più sicuri se si applicano le regole della condizione impossibile, benchè non possa facilmente ammettersi che questa sia stata l'opinione dei giureconsulti romani quando si leggono i testi nel loro insieme. Nei casi adunque nei quali l'avvenimento posto in condizione può ripetersi e il testatore sappia che esso è già avvenuto, bisogna che esso si ripeta: ciò vale ancora per la condizione *si nupserit* quando l'onorato sia già sposato e il testatore lo sappia ¹⁵⁾. Se si pensi quanto poco sia nel diritto romano favorito lo scioglimento di un matrimonio esistente, onde anche la condizione di separarsi dal proprio coniuge si ha per non scritta come illecita ¹⁶⁾, non pare che possa negarsi la invalidità di quelle condizioni colle quali almeno indirettamente si tende a provocare un evento, che non si potrebbe porre direttamente come condizione: eppure in questo caso è applicata la regola generale:

« Si ita legatum esset: *quum nupserit*, si nupta fuerit, et hoc testator sciisset, *alterum matrimonium erit expectandum*; nihilque intererit, utrum vivo testatore an post mortem ea iterum nupserit » ¹⁷⁾.

Se ora si domanda entro qual tempo debbano adempiersi le condizioni il cui adempimento deve farsi dopo la morte del testatore, quando nulla sia scritto in proposito nel testamento, la risposta più naturale sarebbe che occorre aspettare finchè l'adempimento sia possibile. Prima che questo avvenga il diritto che ne dipende non può avere effetto; l'avente diritto sotto condizione può però invocare appunto il fatto che non gli è prescritto nessun

¹⁴⁾ H. DONELLUS, *Comment. iur. civ.*, lib. VIII, c. 32, § 26; AVERANI'S, *Int. iur.*, lib. III, c. 28, n. 1-5; ENDEMANN, *loc. cit.*, pagina 27 seg., § 15.

¹⁵⁾ Altrimenti anche la condizione si ha per adempiuta. L. 45 § 2 D. *de leg.*, II, 31; AVERANI, *Interpr. iuris*, III, c. 28, n. 4.

¹⁶⁾ L. 8 § 1 D. *de usu ed habit.* 7, 8, L. 5 C. *de instit. et subst.*, 6, 25. SELL, § 47.

¹⁷⁾ L. 68 D. *de cond. et dem.* Vedi L. 45 § 2 in *f. de leg.*, II. (« Si enim hoc pater non ignorabat, videtur de aliis nuptiis sensisse »).

termine e perciò non può essere escluso dal suo diritto prima che sia provato che la condizione è divenuta impossibile, onde anche nelle disposizioni di ultima volontà, se la condizione non è già mancata prima, bisogna aspettare la morte dell'onorato perchè sino a quel momento l'adempimento è sempre possibile, ma finchè la condizione è pendente il diritto non è ancora efficace ¹⁸). Tuttavia ciò non può valere senza limiti, e i seguenti limiti anzi appaiono altrettanto naturali quanto la regola.

1.° I creditori ereditari non possono essere costretti ad attendere a far valere le loro pretese finchè appaia se l'erede istituito conservi l'eredità o questa vada ad un altro. Se pertanto essi non ottengono la loro soddisfazione dall'erede istituito sotto condizione sono autorizzati a domandare l'apertura della procedura di concorso e anche in questo caso l'erede non può lamentarsi se il giudice prima di accogliere le domande dei creditori gli impone un termine per l'adempimento.

2.° Se però la condizione è tale che l'adempimento dipende soltanto dalla volontà dell'onorato, l'equità vuole che non soltanto i creditori, ma tutti coloro che hanno un interesse all'adempimento o alla mancanza della condizione possano domandare che sia al più presto compiuto l'atto pel quale il loro diritto cessi di essere nell'arbitrio dell'onorato. Appartengono a questa specie di condizioni le semplicemente potestative, per esempio quella *si Capitolium ascenderit* o anche la *condicio dandi*, perchè l'adempimento di questa può, finchè non sia reso impossibile da un caso, avvenire ad ogni momento senza indugio. Questi principi sono riconosciuti anche nelle nostre fonti. Da testi innumerevoli appare che il diritto di colui al quale si accresce una parte per l'inadempimento comincia soltanto quando la condizione sia mancata o l'onorato sotto condizione sia morto prima dell'adempimento ¹⁹). GIUSTINIANO così si esprime in modo generale ²⁰).

¹⁸) L. ult. D. h. t., L. un. § 7 C. de cad. toll., 6, 51.

¹⁹) L. 4 § 2, L. 5 D. de hered. inst., L. ult. D. h. t.

²⁰) L. un. § 7 C. de cad. toll.

« Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali, vel potestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratae personae voluntate, vel ex utroque pendeat, vel sub incerto die: *expectari oportere conditionis eventum, sub qua fuerit derelictum, vel diem, ut tunc cedat, quum vel conditio impleatur, vel dies incertus extiterit* ».

Altrettanto chiaramente però è ammesso anche che possa sotto date circostanze essere posto un termine entro il quale si decida la condizione e aver luogo anche una coazione all'adempimento ²¹⁾. Infine troviamo considerata anche la differenza fra condizioni che l'onorato può adempiere subito e quelle nelle quali ciò non è possibile. GIULIANO dice ²²⁾:

« Haec conditio *si in Capitolium ascenderit*, sic recipienda est, si quum primum potuerit Capitolium ascenderit » ²³⁾.

Un simile concetto sta a fondamento della seguente decisione di PAOLO ²⁴⁾:

« Qui potest facere, ut possit conditioni parere, jam posse videtur », cioè chi è in condizione di potere adempiere la condizione impostagli deve farlo subito (*iam* sta qui per *statim, illico*) ²⁵⁾. Ma deve forse ciò intendersi nel senso che la condizione manca sempre quando l'onorato non prende la prima occasione che gli si presenti per l'adempimento dopo l'imposizione della condizione stessa? Non credo. Non soltanto un tal principio non potrebbe di-

²¹⁾ L. 23 § 1-4 D. *de heredib. inst.*, L. 1 D. *de cur. bon. dando*, 42, 7, L. 63 § 7, 8, L. 64 § 1 D. *ad Senatusconsult. Treb.* 36, 1.

²²⁾ L. 29 D. *de cond. et dem.*

²³⁾ Il CUIACIO, ad *h. l.* e ad L. 23 D. *de heredib. inst.*, partendo dal concetto giusto che il semplice decorso del tempo nel quale una condizione potea avverarsi non implica la mancanza di questa, vorrebbe leggere qui « *si in Capitolium non ascenderit* ». Ma già da lungo tempo è stata dimostrata l'arbitrarietà e l'inutilità insieme di questa correzione. Vedi in questo senso MERILLIO, ad *Cuiacium*, lib. III, c. 31; GOTOFREDO, ad L. 174 D. *de reg. iuris*, 50, 17; ENDEMANN, *loc. cit.*, pag. 115, nota 3.

²⁴⁾ L. 174 pr. D. *de reg. iuris*, 50, 17.

²⁵⁾ GOTOFREDO, ad *h. l.*, *Opera*, p. 1169 seg.; SCHULTING, ad *h. l.* in *Notae ad Dig. VII*, p. II, p. 887.

mostrarsi e condurrebbe a dubbi e dispute difficilmente risolvibili, ma esso contraddice anche ad ogni analogia giuridica. Chi è istituito sotto una condizione il cui adempimento dipende dalla sua volontà è da paragonarsi al debitore dal quale si possa chiedere ad ogni momento il pagamento. Se a questo non è stato imposto alcun termine deve semplicemente precedere una notificazione e quando questa rimanga inascoltata egli è in mora. Certo non è strano che questi principi si applichino anche ai casi qui in questione ²⁶⁾. Di solito però si ammette che la regola della L. 29 cit. si applichi soltanto ai legati e non alle istituzioni d'eredità ²⁷⁾. Difficilmente si potrebbe trovare un motivo soddisfacente di questa differenza ²⁸⁾ perchè qui si tratta soltanto di impedire che la decisione dello stato d'incertezza sia dilazionata indefinitamente per capriccio o per dolo. Se l'eredità teme per esempio di accettare una eredità insolvente ²⁹⁾ può chiedere uno *spatium deliberandi*, cosa già concessa dall'antico diritto, oppure garantirsi mediante la erezione di un inventario ³⁰⁾: per quel motivo non è necessario concedere un diritto maggiore. Il fatto poi che fra l'eredità e il legatario esiste un rapporto obbligatorio ³¹⁾ non può avere altro significato che di far nascere un diritto di credito contro quello che deve prestare qualche cosa avanti, non già una coazione contro quest'ultimo affinchè adempia l'atto dal quale dipende l'esistenza del suo diritto. Se pertanto l'eredità può sotto certe condizioni do-

²⁶⁾ Ciò accade anche all'ENDEMANN, il quale del resto difende l'opinione che la regola della L. 29 cit. si applichi ai soli legatari e non anche agli eredi, ed egli invoca la L. 1 § 8 Dig. *ad legem Falcidiam*, 35, 2, la quale parla di un caso nel quale la condizione da adempiere appare come una prestazione semplicemente obbligatoria. Era stato imposto cioè all'eredità di prestare una somma al legatario qualora non gli avesse dato un certo oggetto, ed era soggiunto che la prestazione dovesse farsi *in continenti*, « quod ita . . . accipiendum, cum aliquo spatio ».

²⁷⁾ H. DONELLUS, *Comment. iur. civ.*, lib. VIII, c. 33, § 17, 18; AVERANIUS, *Int. iur.*, lib. IV, c. 28, § 6, 10; ENDEMANN, *loc. cit.*, § 20.

²⁸⁾ Come osservava già con ragione il VOET, *ad Pand. h. t.*, § 27.

²⁹⁾ Questo motivo è addotto dal DONELLO e dall'AVERANI.

³⁰⁾ L. 1 § 1 D. *de iure delib.*, 28, 8, L. ult. C. *cod.*, VI, 30.

³¹⁾ Quest'argomento è addotto dall'ENDEMANN, *loc. cit.*, p. 119.

mandare che il legatario sia, in caso di inadempimento dell'atto impostogli come condizione, dichiarato decaduto dal diritto, ciò è del tutto indipendente dalla esistenza di un rapporto obbligatorio tra questi due.

S'invocano ancora testi nei quali è ammesso che essendo l'erede istituito sotto condizione potestativa, i sostituiti o gli eredi intestati debbano aspettare placidamente l'esito della condizione e se questa non sia già mancata aspettare fino alla morte di lui per adire l'eredità ³²). Ma questi testi parlano soltanto del *suus* istituito sotto tale condizione e anche se le parole seguenti dell'ultimo testo non vogliono riferirsi al figlio *suus* non potrebbe tuttavia per il contenuto della disposizione applicarsi il diritto comune delle condizioni potestative, perchè colla determinazione *quod si non ascenderit legatum est* l'esito finale è sospeso nel modo stesso che se la disposizione fosse stata fatta sotto condizione potestativa. Ecco le parole della L. ult. D. h. t.:

« Argumentoque est, quod apud Servium quoque relatam est: quendam enim refert ita heredem institutum, *si in Capitolium ascenderit; quodsi non ascendisset*, legatum ei datum, eumque antequam ascenderet mortem obiisse; de quo respondit Servius, conditionem morte defecisse, ideoque moriente eo legati diem cessisse ».

Del resto nessuno vorrà trovare strano che per il figlio istituito sotto condizione potestativa valga anche in questo riguardo un diritto alquanto diverso da quello degli altri eredi; di fronte ai creditori però il figlio non può naturalmente prevalersi di questa diversità. D'altro lato non può accogliersi l'opinione che per la questione del tempo in cui la condizione deve adempiersi non vi sia differenza fra le condizioni potestative e le altre. Questa opinione è difesa dal VOET ³³) il quale non volendo leggere nella L. 29 col CUIACTO *non ascenderit* propone la seguente spiegazione: quando l'adempimento della condizione potestativa venga impedito da altri il diritto non diviene efficace soltanto dal momento del-

³²) L. 4 § 2, L. 5 D. *de her. inst.*, 28, 5, L. ult. D. h. t. Confr. su questo testo quanto fu detto a pag. 564 del vol. II di questo libro XXVIII.

³³) *Pand., h. t.*, § 27.

l'avverarsi dell'impedimento, ma già dal momento in cui l'atto impedito avrebbe dovuto compiersi ³⁴⁾: le parole di GIULIANO nella L. 29 debbono intendersi adunque nel senso che quando sia lasciato ad alcuno un legato sotto la condizione *si in Capitolium ascenderit*, egli ottiene il legato non dal momento in cui l'evento diviene impossibile, ma dal momento in cui esso sarebbe stato possibile qualora non fosse sorto l'impedimento. L'arbitrarietà di questa interpretazione è troppo chiara perchè occorra spendere intorno ad essa ancora una parola.

La disposizione della L. 29 deve per regola riferirsi tanto alle istituzioni d'erede quanto ai legati, ma in generale non deve intendersi nel senso che il diritto divenga efficace tosto che l'onorato abbia lasciato trascorrere il primo momento possibile per l'adempimento, bensì bisogna anche supporre che abbia preceduto una notificazione vera e propria. Anche qui potrà intervenire una disposizione del giudice, anzi sarà di solito conveniente il provocarla ³⁵⁾ e le fonti distinguono i seguenti casi: se i creditori instano per il pagamento non è da distinguere circa la possibilità di una pronuncia del giudice che imponga l'adempimento entro un certo tempo, fra condizioni potestative e non potestative, però nelle meramente potestative ed in quelle ad esse parificate, come la *condicio dandi*, può imporsi un termine più breve; ciò consegue dalla L. 29 cit., il contenuto della quale può intendersi nel senso che l'onere debba essere adempiuto tosto che è eseguibile. In questo senso si esprime anche il seguente testo ³⁶⁾:

« Si quis sub conditione heres institutus est *cogendus est conditioni parere, si potest* — —. Quodsi nihil facere potest, curator bonis constituendus erit, aut bona vendenda ».

Inoltre nel caso della condizione potestativa tutti quelli che

³⁴⁾ Per es. è lasciata la libertà ad uno schiavo sotto la condizione di prestare certe opere o di rendere certi conti e l'erede si rifiuta di riceverli. L. 20 § 5, L. 34 § 1 D. *de statu liberis*, 40, 7.

³⁵⁾ MERILLIUS, *Variant. ex Cuiac.*, III, 31; SCHULTING, in nota ad L. 29 D. *de cond. et dem.*, t. V, p. 501.

³⁶⁾ L. 1 pr. § 1 D. *de cur. bonis. dando*, 42, 7.

hanno un interesse sono autorizzati a domandare l'imposizione di un termine all'onorato, nelle altre condizioni invece ciò è concesso solo ai creditori. Una prova di ciò è contenuta nel seguente testo di POMPONIO ³⁷⁾:

« Sed si bonorum possessionem non admittat (heres), sed conditionem 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 ».

Dunque in questo caso è sempre possibile un intervento del pretore dietro istanza dei creditori od anche di altri interessati: nelle altre condizioni invece soltanto dietro istanza dei creditori, come appare da ciò che segue:

« Item, si conditioni heres parere non poterit, quam in sua potestate non habet, veluti institutione collata in alterius factum aut quendam casum, si ille, puta, *Cónsul factus fuerit*: tunc *postulantibus creditoribus constituet* Praetor, nisi intra certum tempus hereditas obtigerit, aditaque fuerit, se bona defuncti creditoribus possidere jussurum ».

Del resto s'intende da sè che anche nelle condizioni potestative quando il giudice prescrive un termine per l'adempimento deve tenersi conto del contenuto della condizione. Così per esempio la *condicio rationum reddendarum*, l'obbligo d'intraprendere un viaggio appartengono alle condizioni potestative, ma è superfluo l'avvertire che per l'adempimento di tali condizioni deve prescriversi un termine maggiore che per le condizioni ordinarie della stessa specie ³⁸⁾.

³⁷⁾ L. 23 § 1 e 2 D. *de hered, inst.*

³⁸⁾ Che in generale debba aversi riguardo alle circostanze e ai rapporti individuali è riconosciuto nel testo seguente:

« *Stichus, si heres eum non manumiserit, liber esto*. Sed non tam continuum tempus exigendum est, ut praecipitari cogatur heres, vel ex peregrinatione celerius reverti ad manumittendum, vel administrationem rerum necessariam intermittere; nec rursus tam longum, ut, quandiu vivat, protrahatur manumissio, sed modicum; *quo primum possit sine magno incommodo suo heres manumittere* — »; L. 20 § 6 D. *de statu liberis*.

Se dall'inadempimento di una condizione potestativa dipende l'obbligo di dare o prestare qualche cosa ad un terzo, questi deve poter agire per la prestazione se l'adempimento fosse stato possibile, ma tralasciato. Anche qui però è da tenere in considerazione il contenuto e la forma della disposizione ³⁹⁾. In primo luogo bisogna distinguere se il fatto posto in condizione fosse o no oggetto del diritto di credito. Nel primo caso si può chiedere dopo il rifiuto la prestazione dipendente dall'inadempimento, nel secondo, come per es. nella disposizione *heres nisi fundum dederit centum dato*, possono richiedersi soltanto i cento (*pecuniam tantum in petitione est*), prima della contestazione della lite, però l'obligato può liberarsi mediante la prestazione di ciò che è contenuto nella condizione

³⁹⁾ Un esempio contiene la L. 115 § 2 D. *de verb. obl.*, 45, 1. La stipulazione « si Pamphilum non dederis, centum dare spondes? » era interpretata da PEGASO nel senso che il creditore non potesse chiedere la somma di 100 prima che fosse accertato che il debitore non avrebbe prestato o potuto prestare il servo. SABINO invece credeva che l'intenzione dei contraenti fosse diretta a far valere la pretesa alla somma di denaro non appena accertato che l'obligato non impedito affatto nella prestazione principale non l'avesse tuttavia adempiuta. Egli chiarisce questo concetto coll'esempio assai frequente presso i giureconsulti romani: *heres meus penum dato, si non dederit decem dato*. « Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum, nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit; idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam ». PAPINIANO, l'autore del nostro testo, soggiunge poi: « Itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non conditione coepit, veluti: *si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?* sed ita concepta sit stipulatio: *Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dare spondes?* » PAPINIANO voleva dire che nel primo caso Pamfilo non è veramente l'oggetto dell'obligazione (*non est in petitione*) e per ciò l'obbligo di prestarlo deve essere interpretato meno rigorosamente che nel secondo. Vedi CUIACIO, *Comm. ad tit. de verb. obl.*, h. l. In questo riguardo l'esempio della *penus legata* si adatta benissimo, benchè il FERRERO, *Verisimilia*, lib. II, c. 28 in OTTONE, *Thes.*, 1, 945 seg., non voglia riconoscerlo, e benchè nel resto vi siano ancora differenze fra le obbligazioni *ex contractu* e quelle *ex testamento*, sul punto cioè se possano chiedersi ambedue le cose (L. 115 § 2 D. *de verb. obl.*, 45, 1), e sull'altro se la Falcidia possa detrarsi anche dalla prestazione indicata prima. L. 1 D. *ad legem Falcidiam*, 35, 2. Cfr. WESTPHAL, *Legati*, II, § 1298.

(*fundus in praestazione est*)⁴⁰⁾. Anche in quel caso però non è al momento dell'inadempimento del fatto posto in condizione che si realizza il diritto alla prestazione, salvo che il testatore abbia determinato ciò espressamente o si sia invece servito di una perifrasi da cui appaia chiara la volontà che il realizzarsi del diritto coincida col momento stesso dell'inadempimento colposo, equivalendo ciò all'imposizione di un termine; in caso diverso il diritto si realizza soltanto quando si avvera la condizione della così detta *mora ex persona*. I giureconsulti classici dovettero su questo punto essere assai discordi, come ne è prova l'esame dei testi che vi si riferiscono; l'opinione qui difesa però è quella accolta nella compilazione⁴¹⁾.

Vi è del resto ancora un caso nel quale dall'adempimento della condizione dipende l'acquisto di diritto per un terzo e questo può perciò pretendere l'adempimento della condizione ogni qualvolta ciò non sia difficile; è il caso dell'erede fiduciario istituito sotto una tale condizione. Come l'erede fedecommissario può agire per ottenere che l'eredità sia adita e restituita dal fiduciario, così può domandare anche da lui l'adempimento della condizione e ciò anche nel caso che il fiduciario sia un *heres suus*⁴²⁾.

II. Il testatore ha prescritto un termine per l'adempimento⁴³⁾. Ciò può avvenire in più modi e cioè coll'imporre che il fatto avvenga a un dato giorno, o dentro un dato termine. L'effetto di questa disposizione è sempre lo stesso, cioè quando l'adempimento

⁴⁰⁾ L. 1 D. *de penu legata*, 33, 9, L. 24 D. *quando dies leg.*, 36, 2.

⁴¹⁾ Che SABINO prendesse alla lettera il principio che ogni impedimento dell'adempimento fondava tosto un diritto incondizionato al secondo oggetto, risulta dalla L. 115 § 2 Dig. *de verb. obl.*, 45, 1. Ma PAPIANO non accoglie senza modificazione l'opinione di SABINO e ULPIANO in fine esprime molto decisamente l'opinione esposta nel testo. Vedi L. 1 § 8 D. *ad legem Falc.*, 35, 2, L. 1 D. *de penu legata*, 33, 9, nella quale è accennato molto chiaramente che deve ritenersi presente la volontà del testatore: « *nisi forte aliud tempus, vel mente, vel verbis testator praestituit* ».

⁴²⁾ L. 63 § 7, 8, L. 64 § 1 D. *ad Sc. Treb.*, 36, 1. Vedi ENDEMANN, *loc. cit.*, pag. 110 seg.

⁴³⁾ Vedi ENDEMANN, § 15-18, p. 61-101.

non avvenga secondo la prescrizione il diritto che ne dipende cessa, salvo che l'impedimento sia venuto dall'interessato all'adempimento o da un semplice caso quando si tratti di condizioni meramente potestative ⁴¹⁾). Debbono però trattarsi qui brevemente alcune questioni particolari. In primo luogo se l'adempimento della condizione avviene prima del tempo determinato o diviene impossibile per uno di quei modi pei quali deve dichiararsi avvenuto, il titolare del diritto può chiedere subito l'adempimento o deve aspettare il termine? ⁴⁵⁾. Qui bisogna distinguere:

1.° È stato determinato un giorno nel quale deve avvenire l'adempimento. Prima di quel giorno l'adempimento non può avvenire, ma se esso è impedito prima, per es. per morte della persona onerata, il termine deve aspettarsi lo stesso; il beneficiato dalla disposizione non può nel caso che la condizione non avverata si abbia per non avverata a suo favore avere maggiori diritti che se essa fosse adempiuta veramente: PAPIANO dice giustamente in altra occasione:

« Tantum enim beneficio legis — concessum esse — intelligendum est, quantum haberet (is, ad quem jus pertinet), si conditioni parisset » ⁴⁶⁾.

2.° Nello stesso modo deve decidersi il caso che sia determinato semplicemente il tempo entro il quale deve adempirsi la condizione, ma insieme anche sia stabilito espressamente o tacitamente un termine fisso per l'adempimento ⁴⁷⁾.

3.° Se invece sia semplicemente stabilito un termine *intra*

⁴¹⁾ L. 23 pr. D. *de statu lib.*, 40, 7, L. 41 § 12 D. *de fideic. lib.*, 40, 5. In quest'ultimo testo deve supporre che sia venuto un impedimento da parte dell'interessato al non adempimento. Vedi sopra, § 1462, e ENDEMANN, *loc. cit.*, § 15, il quale però non giunge ad alcun risultato sicuro, perchè non distingue esattamente le condizioni potestative dalle miste nè i casi nei quali l'adempimento può avvenire anche vivente il testatore, da quelli nei quali deve avvenire dopo la morte.

⁴⁵⁾ ENDEMANN, *loc. cit.*, pag. 16; AVERANI, *Int. iuris*, II, c. 21.

⁴⁶⁾ L. 74 D. *de cond. et dem.* Vedi ENDEMANN, p. 77.

⁴⁷⁾ Arg. L. 18 § 1 D. *de alim. leg.*, 34, 1, L. 72 § 5 in f. D. *de cond. et dem.*, L. 5 C. *quando dies leg.*, 6, 51.

quem per l'adempimento, se questo avvenga prima, la condizione è adempiuta prima dal decorrere del termine e il diritto ha subito effetto ⁴⁸⁾).

Una seconda questione riguarda il momento da cui comincia a decorrere il termine per la condizione quando non sia stato determinato nulla nel testamento. Di solito si suol fare anche qui la distinzione fra condizioni che possono o debbono avvenire prima della morte del testatore e condizioni che non possono avverarsi se non dopo la morte di questo. Secondo questa distinzione nelle condizioni casuali e di regola anche nelle miste il tempo comincia a decorrere dal giorno della confezione del testamento, nelle altre, e quindi nelle potestative e nelle miste a queste parificate, dal tempo della morte del testatore, salvo un caso nel quale per espressa disposizione delle fonti il termine comincia a decorrere *ab adita hereditate* ⁴⁹⁾. Poichè, tranne per quest'ultimo caso, le fonti non ci danno lumi, la questione deve essere risolta secondo i principî generali e l'analogia del diritto. Conseguentemente la distinzione sopra indicata può essere ammessa osservando che nelle condizioni della prima specie deve ammettersi come volontà del testatore che il diritto sia acquistato al beneficiato tosto che la condizione sia adempiuta senza distinguere se l'onorato ebbe veramente o no la volontà di adempiere alla condizione impostagli nel testamento: si aggiunge, è vero, la limitazione che l'adempimento debba avvenire entro un dato termine, ma ciò può interpretarsi nel senso che non debba avvenire più tardi. Le condizioni della seconda specie debbono invece essere adempiute dopo la morte del testatore e per conseguenza il termine non comincia a decorrere prima. Andare più in là però e far cominciare anche nelle condizioni non promiscue il decorso del termine dalla confezione del testamento non è naturale nè coerente all'analogia giuridica. Come regola dunque deve ammettersi che il testatore enunciando

⁴⁸⁾ Arg. L. 41 § 2 D. *de manumiss. test.*, 40, 4; ENDEMANN, *loc. cit.*, pag. 78 seg.

⁴⁹⁾ ENDEMANN, *loc. cit.*, § 17.

un evento futuro come la condizione od il termine dal quale deve dipendere la nascita del diritto per un onorato, pensa con ciò normalmente al tempo in cui egli sarà morto. Anche questo è riconosciuto espressamente nella definizione del testamento e si trova nelle nostre fonti:

« Testamentum est voluntatis nostrae iuxta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit »⁵⁰⁾.

Di regola dunque è soltanto colla morte del testatore che comincia il decorso del termine, qualunque sia la specie della condizione. Un termine più tardo, cioè l'adizione dell'eredità, deve essere ammesso quando sia lasciato un legato sotto la condizione per il legatario di dare qualche cosa all'erede, perchè, come dice PAOLO, *absurdum visum est ante diem praeterire, quam is existeret quem oportet accipere*⁵¹⁾. Anche nel caso che il termine debba per espressa disposizione del testatore cominciare dalla morte di lui e l'erede ritardi tanto l'adizione da lasciare decorrere il termine, è ammesso che questo possa contarsi a decorrere dall'adizione dell'eredità⁵²⁾.

Diversa è la questione da qual momento o da qual giorno il termine cominci e a quale momento o giorno finisca: per esempio nel testamento è detto che qualche cosa debba farsi entro i cento giorni dalla morte. Non troviamo nelle fonti alcuna disposizione precisa⁵³⁾: sembrerebbe perciò doversi ammettere come regola che dove non è espressamente prescritta la computazione civile si facesse luogo alla computazione *a momento ad momentum*⁵⁴⁾; ma le fonti dicono soltanto in generale che il tempo deve essere trascorso per intero e sebbene anche in un testo che tratta della

⁵⁰⁾ L. 1 D. *qui test. fac. poss.*, 28, 1.

⁵¹⁾ L. 46 D. *de cond. et dem.*; ENDEMANN, p. 88.

⁵²⁾ Arg. L. 3 § 11, L. 28 D. *de statu liber.*, 40, 7. L. 3 § 31, 32 D. *ad Scf. Silan.*, 29, 5.

⁵³⁾ Confr. qui gli scritti sul computo del tempo, specialmente quelli citati nelle mie *Pandette*, § 87, in occasione della teoria del computo civile e naturale.

⁵⁴⁾ L. 3 § 3 D. *de min.* 4, 4, L. 6 D. *de O. et A.*, 44, 7, L. 15 § 6 D. *ad leg. Jul. de adult.*, 48, 5, L. 3 D. *de iure immun.* 50, 6.

restituzione in intero dei minori sia detto che il termine è da computare *a momento ad momentum* ⁵⁵⁾, si deve ammettere che qui è considerato come punto di partenza il momento nel quale l'individuo era già sicuramente in vita; ma quando per es. è accertato soltanto che alcuno fosse già nato al 3 di un mese si può ammettere con certezza soltanto che la sua vita cominci alla fine di questo giorno, cioè al 4. E se già nella determinazione dell'età di un uomo il principio del computo così detto naturale è solo in pochi casi applicabile con pieno rigore, ancor meno ciò potrà avvenire quando si tratta di casi diversi dalla nascita di un uomo. Per ciò che riguarda la nostra questione uno scrittore moderno sostiene che il giorno nel quale accade l'evento dal quale si deve partire sia da considerare come il primo, ma l'adempimento sia perciò possibile fino all'ultimo momento dell'ultimo giorno ⁵⁶⁾. Quest'ultima cosa è certamente esatta, ma il primo principio costituirebbe invece una limitazione dei diritti dell'onorato che pure sono di solito tanto favoriti ⁵⁷⁾. Poichè però anche in casi nei quali si parla di adempimento di una obbligazione è riconosciuto che il giorno nel quale l'obbligazione è sorta non deve computarsi ⁵⁸⁾, allo spirito delle nostre fonti, come all'equità naturale e all'interesse della certezza del diritto, corrisponde meglio ammettere lo stesso concetto anche pel nostro caso. Anzi questo risultato si adatta anche meglio di ogni altro alla stessa lettera della disposizione perchè quando è detto che il termine decorre dal giorno della morte, dal giorno dell'adizione dell'eredità e simili, è certo più naturale interpretare tali espressioni nel senso che il termine cominci a decorrere da quando il giorno della morte o dell'adizione è trascorso, anzi che col principio di questo ⁵⁹⁾.

⁵⁵⁾ L. 3 § 3 D. *de min.*

⁵⁶⁾ ENDEMANN, *loc. cit.*, p. 89 segg.

⁵⁷⁾ L. 13 pr. D. *de reb. dub.*, 34, 5, L. 17 § 1 *de leg.*, I.

⁵⁸⁾ L. 1 D. *si quis caut. in jud. sist.*, 2, 11, L. 101 D. *de reg. iur.*

⁵⁹⁾ La differenza fra *continuum* e *utile tempus* non ha, dopo l'abolizione della *cretio* (vedi sopra, p. 65), importanza pel nostro argomento.

§ 1464.

Delle condizioni potestative negative e della cauzione Muciana ⁶⁰⁾.

Vi sono condizioni nelle quali durante la vita dell'onorato deve necessariamente rimanere incerto se la condizione sia adempiuta, salvo il caso che essa sia prima mancata per l'avverarsi del fatto opposto, di guisa che quando quest'ultima cosa non avvenga, la condizione deve ritenersi adempiuta alla morte dell'onorato. Sono queste le condizioni negative potestative, per esempio *si Capitolium non ascenderit*. Di nessun'altra specie di condizioni può dirsi infatti che l'adempimento si possa avverare soltanto colla morte dell'onorato. Se per esempio si è imposto l'onere di non fare qualche cosa riguardo ad un terzo individuo può, anche vivendo l'onorato, accertarsi che il fatto non è stato adempiuto e la condizione quindi si è avverata. Esempio la condizione *si Titio non dederit, si Titiam non duxerit uxorem, si Stichum non manumiserit*, perchè questi tre individui possono morire anche prima dell'onorato, e in questo caso essendo divenuto impossibile compiere l'atto contrario la condizione si ha per avverata. Ma poichè i legati possono domandarsi soltanto all'avverarsi della condizione e deve il legatario sopravvivere a questa per poter trasmettere il diritto ai propri eredi, bisognava a stretto rigore logico che il legato si considerasse caduto oppure che la condizione si ritenesse non scritta, quasi una condizione impossibile ⁶¹⁾. L'una e l'altra cosa avrebbero però contrastato alla volontà del testatore. Così si giunse ad applicare al legatario nei casi di questa specie il diritto che valeva per gli eredi condizio-

⁶⁰⁾ Vedi ZIMMERN, *Comm. de Muciana cautione*, Heidelberg 1818; cfr. ARNDTS, *Beitrage* [Contributi cit.], n. IV, pag. 183 seg.

⁶¹⁾ Un legato poteva lasciarsi anche pel dì della morte dell'onorato. PAULI, *rec. sent.*, III, 6, 6, L. 79 pr. D. *de cond. et dem.*, 35, 1, L. 4 § 1 D. *quando dies leg.* Ma questo s'interpretava come un termine, come la disposizione cioè che il legato dovesse scadere in quel giorno, e conteneva per ciò una deviazione dalla stretta conseguenza logica. Vedi sopra, pag. 202 seg. Confr. ARNDTS, *loc. cit.*, p. 188, nota 9; ZIMMERN, *loc. cit.*, § 6.

nati, vale a dire gli si concesse il legato contro una cauzione di restituzione in caso di compimento dell'atto contrario, cauzione che ebbe dal suo autore il nome di *cautio Muciana*. Anche in questo caso il diritto al legato diveniva efficace soltanto colla morte, ma in sostanza era solo la restituzione che non si poteva più richiedere perchè essa si fondava esclusivamente sulla cauzione, la quale non aveva prodotto effetti⁶²). La cauzione doveva di regola essere costituita mediante soddisfazione, cioè mediante fideiussori⁶³), eccezionalmente poteva bastare anche una garanzia reale e il testatore poteva anche esonerarne completamente il legatario⁶⁴). Essa aveva per oggetto la restituzione della cosa ricevuta con tutti gli accessori pel caso che si fosse agito contrariamente alla condizione⁶⁵).

Quando la condizione abbia le qualità sopra determinate, la prestazione del legato si fa contro la cauzione Muciana, qualunque ne sia l'oggetto⁶⁶) e qualunque sia il modo come la condizione è espressa. Può questa ad esempio essere espressa affermativamente ed essere in realtà una condizione meramente negativa; esempio: *si cum filio meo in matrimonio perseveraverit* è lo stesso che *si a filio meo non diverterit*⁶⁷); se Tizio resterà sempre in patria è lo stesso che, se egli non l'abbandonerà. Se una condizione espressa in tal modo è di tale specie che il suo adempimento non sia possibile durante la vita dell'onorato e se essa può per il suo contenuto essere considerata valida ha luogo la cauzione Muciana⁶⁸).

⁶²) ARNDTS, pag. 186 seg.

⁶³) L. 67, L. 106 D. *de cond. et dem.*

⁶⁴) Nov. 22, c. 44. ZIMMERN, § 12.

⁶⁵) L. 79 § 2 D. *de cond. et dem.* Vedi VOET, *ad h. t.*, § 6.

⁶⁶) Per es. un *ius ususfructus*. « *Quamvis ususfructus cum morietur legatarius inutiliter legetur, tamen cautionis Mucianae remedium, ususfructu quoque sub conditione non faciendi legato, locum habet* ». L. 79 § 3 Dig. *de cond. et dem.*, 35, 1.

⁶⁷) L. 101 § 3 D. *eod.*

⁶⁸) L'opinione di taluni i quali credono che la *cautio Muciana* sia da applicare anche alle condizioni affermative (vedi per es. FEIN, *De herede suo sub conditione instituto*, Gottinga 1777, § 30, p. 56 seg.) riposa sopra un falso concetto delle condizioni che dan luogo a quella cauzione, perchè le condizioni di cui la L. 73 D. *de cond.*, 35, 1 dice: *morte legatariorum*

Ma in una condizione *omittendi* l'avverarsi della quale possa seguire già prima della morte dell'onorato deve per regola applicarsi il diritto comune e il legatario aspettare l'avverarsi della condizione. Ciò è riconosciuto espressamente nel testo seguente:

« Titius heredem institutum rogavit post mortem suam hereditatem restituere, si fideicommissi cautio non fuisset petita; Mucianae cautionis exemplum ante constitutionem remissae cautionis locum habere non potuit, quoniam vivo eo, cui relictum est impleri conditio potuit »⁶⁹⁾.

La condizione era, se il fedecommissario non richiederà dal fiduciario la cauzione consueta. Secondo una costituzione dell'imperatore M. AURELIO questa cauzione può essere rimessa dal testatore e tale remissione si considera tacitamente inclusa in ogni disposizione, di maniera che ormai non si può più parlare di un onere imposto condizionatamente sotto questo riguardo. Prima della costituzione però avrebbe potuto secondo PAPINIANO proporsi la questione se non si dovesse qui applicare la cauzione Muciana. Egli risolve la questione in senso negativo perchè avvenendo la morte del fiduciario prima di quella del fedecommissario può la cosa decidersi vivendo ancora questo⁷⁰⁾. Però questo esempio è molto artificioso e poco adatto perchè secondo l'espressa volontà del testatore il fedecommissario non avrebbe qui dovuto avere in nessun caso il patrimonio prima della morte del fiduciario. Migliore è l'esempio seguente⁷¹⁾:

« Socrus nurri fideicommissum ita reliquerat: *si cum filio meo*

finiuntur, sono appunto condizioni potestative negative, come appare dall'esempio *si in Asiam non venerit*, e non ogni condizione affermativa tollera un'inversione come quelle esemplificate; la condizione *si Capitolium ascenderit*, per esempio, non comporta l'applicazione della cauzione Muciana benchè il suo adempimento sia possibile fino all'ultimo momento della vita. Confr. HOEPFNER, *Comment.*, § 491, nota 6; ZIMMERN, *loc. cit.*, § 2.

⁶⁹⁾ L. 72 § 2 D. *de cond. et dem.*

⁷⁰⁾ Confr. CUJACIUS, ad lib. XVIII *Quaestio. Papin.*, h. l.; POTHIER, *Pand. Justin.*, tit. *de cond. et dem.*, n. 135, nota *Ante constitutionem*; WESTPHAL, *Legati*, I, § 471.

⁷¹⁾ L. 101 § 3 D. *eod.*

in matrimonio perseveraverit; divortio sine culpa viri post mortem socrus facto defecisse conditionem respondi, nec ante diem fideicommissi cedere, quam mori coeperit nupta, vel maritus; et ideo nec Mucianam cautionem locum habere, quia mortem tiri conditio possit existere » ⁷²⁾.

E ancora l'altro: « Hoc genus legati: *si Titio non nupserit*, perinde habendum est, ac si post mortem Titii legatum fuisset. et ideo nec Muciana satisfactione interposita capere legatum potest; sed et alii nubendo nihilominus legatum consequitur » ⁷³⁾.

La condizione di non sposare Tizio può avverarsi anche durante la vita della legataria quando l'impossibilità dell'atto contrario sopraggiunga per la morte di Tizio o per il fatto che egli sposi un'altra ⁷⁴⁾.

Due casi di eccezione espressi da PAPINIANO servono a confermare la regola. L'uno ⁷⁵⁾ scrive così:

« Quum tale legatum esset relictum: *Titiae si a liberis non discesserit*, negaverunt, eam recte cavere, quia vel mortuis liberis legati conditio possit existere. Sed displicuit sententia: non enim voto matris opponi tam ominosa non ⁷⁶⁾ interponendae cautionis interpretatio debuit ».

La condizione, purchè la madre non abbandoni i suoi figli o non si rimariti durante la minore età di questi, ecc., può essere adempiuta per la premorienza dei figli. Ma sarebbe duro mettere in contrasto il desiderio tanto naturale della legataria di riscuotere il legato con quello che i figli non morissero prima di lei: perciò è ammesso che il legato possa essere domandato dietro prestazione della cauzione Muciana. In modo analogo è deciso un altro caso:

« Et cum patronus liberto certam pecuniam legasset, *si a liberis*

⁷²⁾ Vedi anche L. 77 § 2 *eod.*

⁷³⁾ L. 106 *eod.*

⁷⁴⁾ In quest'ultimo caso resta sempre la possibilità di agire in contrario; ma il *favor legatorum* prevale.

⁷⁵⁾ L. 72 *pr. eod.*

⁷⁶⁾ ALOANDRO vuol sopprimere il *non*; ma senza ragione. Vedi gli scrittori citati da SCHULTING-SMALLENBURG, *Notae ad Dig.*, V, p. 515.

ejus non discessisset; permisit Imperator, velut Mucianam cautionem ⁷⁷⁾ offerri. Fuit enim periculosum ac triste, libertum conjunctum patroni liberis eorundem mortem expectare » ⁷⁸⁾.

La decisione riposa sul concetto che nei liberti si dovesse supporre un affetto altrettanto tenace pei figli del patrono quanto nella madre pei figli propri. Infine si spiega anche benissimo perchè ciò che è lasciato ad un coniuge sotto la condizione di vedovanza possa essere chiesto subito dopo la morte del testatore contro cauzione, ove questa, ben inteso, non sia stata rimessa nel testamento ⁷⁹⁾. Lo scopo di queste disposizioni sarebbe frustrato se non si desse al coniuge superstite questo diritto. Inoltre la condizione di non rimaritarsi è di quelle alle quali si applica la cauzione Muciana, astrazione fatta dal caso che avvengano fatti i quali tolgano la capacità al matrimonio anche prima della morte.

Come però si può conciliare coi principî fin qui esposti l'applicazione della cauzione Muciana alla condizione *si sercum non manumiserit?* ⁸⁰⁾. Anche in questo caso la morte dello schiavo può fare sì che la condizione si avveri prima della morte dell'onorato e non si può qui parlare di una eccezione fondata su motivi speciali. Lo ZIMMERN crede di trovare un tal motivo nella L. 67 di GIAVOLENO sopra citata. Si trattava in essa di un legato di un fondo sotto tale condizione e insieme era aggiunto: *si manumiserit, legatum fundi ad Maevium (un terzo) translatum esset*. Da queste ultime parole segue necessariamente secondo lui che il testatore supponeva l'obbligo di trasmettere al primo legatario il possesso della cosa legata, altrimenti non avrebbe potuto parlarsi di una *translatio legati ad Maevium* ⁸¹⁾. Ma una *translatio legati* è notoriamente qualunque disposizione colla quale il testatore muta qualche cosa nella disposizione del legato ⁸²⁾. Nel nostro caso poi vi è una

⁷⁷⁾ Con questo espressione si indica chiaramente che il caso a rigore non sta sotto la regola della Muciana.

⁷⁸⁾ L. 72 § D. *de cond. et dem.*

⁷⁹⁾ ZIMMERN, § 3.

⁸⁰⁾ L. 7 pr., L. 67 D. *de cond. et dem.*

⁸¹⁾ ZIMMERN, *Diss. cit.*, § 11.

⁸²⁾ L. 6 pr. D. *de adim. vel transfer. leg.*, 34, 4.

translatio legati condizionale a *persona ad personam*; l'errore della spiegazione dello ZIMMERN appare poi particolarmente dal fatto che nel testo è notato espressamente che la cauzione deve darsi all'erede e a questo deve restituirsi la cosa in caso di contravvenzione, e da questo la chiederà in tal caso il secondo legatario. Del resto che qui non si pensasse punto a fare una vera eccezione appare chiaramente dal modo come ULPIANO indica quella condizione nella citata L. 7 pr.:

« Mucianae cautionis utilitas consistit in conditionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, ut puta: *si in Capitolium non ascenderit, si Stichum non manumiserit*, et in similibus ».

Il CUIACIO vuole spiegare tutto osservando che nei casi ai quali la cauzione Muciana si dichiara inapplicabile pel motivo che il terzo potrebbe morire prima del legatario, il legato deve considerarsi come lasciato dopo la morte del terzo ⁸³⁾; come se non si potesse intendere in questo stesso modo anche la condizione *si Stichum non manumiserit!* ⁸⁴⁾. Migliore sarebbe la spiegazione del DONELLO, secondo il quale la cauzione Muciana si applicherebbe a tutte le condizioni potestative negative ⁸⁵⁾; essa dovrebbe anche ammettersi secondo le espressioni generali del testo di ULPIANO se la decisione dei casi nei quali la cauzione Muciana si dichiarava inapplicabile non fosse espressamente fondata sul concetto che l'adempimento della condizione può avverarsi anche durante la vita dell'onorato e che la cauzione si applica esclusivamente alle condizioni *quae morte legatarii finiuntur* ⁸⁶⁾. Un argomento assai serio per ritenere che gli antichi non abbiano inteso la cauzione in un senso così ampio si trova anche nella decisione sopra espressa di PAPINIANO circa la condizione *si a liberis non discesserit*. Questa è certamente una condizione potestativa, e tuttavia l'opinione che la cauzione Muciana non sia applicabile è indicata come consentanea

⁸³⁾ CUJACIUS, *Obs.*, V, 2.

⁸⁴⁾ ZIMMERN, § 10, p. 25 seg.

⁸⁵⁾ H. DONELLUS in *Comment. iur. cir.*, lib. VIII, c. 33 in f., § 26.

⁸⁶⁾ L. 72 § 2 in fine, L. 73, L. 101 § 3 in fine, L. 106 D. *de cond. et dem.*

alla più stretta logica, mentre la deviazione da essa è giustificata col motivo particolare che non sarebbe equo porre in contrasto il desiderio naturale della madre che i propri figli le sopravvivano coll'interpretazione rigorosa della cauzione Muciana⁸⁷⁾. Difficilmente perciò nel caso in questione si potrebbe trovare altro che una deviazione dalla regola generalmente riconosciuta, a quanto sembra, dai giureconsulti romani, per la quale però difficilmente si cercherebbe una spiegazione soddisfacente nelle fonti⁸⁸⁾.

Anche gli eredi nominati sotto condizione potestativa debbono prestare la cauzione Muciana: *nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est*, dice ULPIANO⁸⁹⁾. Essa veramente non sembra necessaria perchè già all'erede istituito sotto condizione era data la *bonorum possessio* contro cauzione⁹⁰⁾. Tuttavia anche sotto questo presupposto l'applicazione della cauzione Muciana si spiega ugualmente bene. La cauzione era senza dubbio espressa in modo molto rigoroso e diretta precisamente al caso delle condizioni *non faciendi*; senza alcuna deviazione nella forma e senza che occorresse uno speciale accordo o una disposizione del pretore sulla formula della cauzione, essa si poteva benissimo applicare alle istituzioni fatte sotto quelle date condizioni e divenne a poco a poco d'uso comune. Ma con maggiore probabilità altre furono le ragioni che condussero a questa estensione. Poichè secondo la natura della condizione l'acquisto sicuro dell'eredità non può avvenire che colla morte dell'istituito, a stretto rigore l'istituzione comincerebbe dopo la morte dell'erede e quindi in un tempo in cui non può avere efficacia⁹¹⁾. In senso contrario però si potrebbe dire che la disposizione fatta pel giorno della morte dell'onorato è come una disposizione *sub die* e un *di's* non può

⁸⁷⁾ L. 72 pr. D. *eod.* Vedi sopra, pag. 338.

⁸⁸⁾ Vedi VOET, ad *h. t.*, § 6; FICK, *Diss. cit.*, § 39, p. 57; HOEPFNER, *Comment.*, § 491, nota 8.

⁸⁹⁾ L. 7 pr. in fine D. *de cond.*, 35, 1, L. 18 *eod.* Confr. ZIMMERN, *Diss. cit.*, § 13, 14 e sopra, pag. 294 seg.

⁹⁰⁾ Vedi sopra, pag. 291 seg.

⁹¹⁾ ARNDTS, *loc. cit.*, p. 188, nota 9; confr. SCHULTING, *Notae ad L. 7 cit.*, V, p. 494.

essere aggiunto ad un' istituzione di erede; tale istituzione deve considerarsi come pura e semplice⁹²). Simili dubbi avevano occasionato l' introduzione della cauzione nei legati. Ma qui si poteva anche invocare un'altra circostanza: la *bonorum possessio* dell'erede condizionato non equivaleva ad una adizione d'eredità⁹³) e questa non era acquistata all'erede se non moriva prima dell'adempimento della condizione. Colla cauzione Muciana si otteneva invece, secondo gli effetti ad essa attribuiti nella pratica, che, avverandosi al di là della morte dell'onorato la circostanza che nulla fosse stato fatto contro la condizione, questa si aveva per adempiuta e gli eredi di lui ottenevano la cosa, già in possesso del loro autore in base alla cauzione, come se egli l'avesse acquistata già durante la sua vita.

Del resto la cauzione Muciana non si applica quando la disposizione è fatta sotto una condizione *faciendi* e una *non faciendi*, alternativamente o congiuntamente poco importa, perchè deve in tal caso aspettarsi sempre che si adempia la condizione affermativa⁹⁴).

§ 1465.

Altre modalità oltre la condizione sospensiva. Dies incertus pro condicione est. Condizione tacita.

Nelle disposizioni a titolo di legato sono ammissibili ed efficaci tutte le modalità che regolano il principio o la durata del diritto. In antico non potevano neppure ai legati essere aggiunti termini o condizioni risolutive⁹⁵) e questo principio fu abolito completamente soltanto da

⁹²) Vedi su ciò il paragrafo seguente.

⁹³) Vedi sopra, § 1461 in fine.

⁹⁴) L. 77 § 1 D. *de cond. et dem.*, 35, 1. Confr. la Glossa di ACCURSIO, ad *h. l.* e ZIMMERN, *Diss. cit.*, § 8 in f., pag. 19.

⁹⁵) L. 55 D. *de legatis*, I, 30: « nec tempore... aut condicione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest ». Del resto ciò valeva anche per altri diritti. L. 44 § 1 D. *de O. et A.*, 44, 7: « Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatum ». Ma l'efficacia di tali limitazioni si otteneva mediante l'*exceptio pacti conventi*

GIUSTINIANO ⁹⁶⁾. Alle istituzioni d'erede invece non poterono mai essere aggiunti termini iniziali nè finali e neppure condizioni risolutive e se questi fossero aggiunti la disposizione si considerava come illimitata: *hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio* ⁹⁷⁾, o, come è detto in altro testo riguardo alla cessazione del diritto d'eredità, chi è divenuto una volta erede non può cessare di esserlo per l'avverarsi di alcun evento ⁹⁸⁾. Evidentemente questa regola non può riferirsi alla restituzione della accettazione d'eredità, nè al così detto *beneficium abstinendi* e inoltre è possibile anche una limitazione indiretta del diritto ereditario non solo mediante la disposizione di un fedecommesso, ma anche ogni qualvolta appaia chiaro dalla disposizione che fu intenzione del testatore che l'eredità o una quota di essa dovesse dopo un determinato tempo od all'avverarsi di una determinata condizione passare ad una terza persona ⁹⁹⁾. Infine l'aggiunta fatta nella forma di una condizione risolutiva può anche valere come condizione sospensiva e in questo caso la disposizione è pienamente efficace. Di quest'ultimo principio e della regola *hereditas ex die vel in diem dari nequit* e dall'altra *semel heres semper heres*

o *doli* (L. 44 § 1 cit.). La regola stessa poi dovette, per quanto a noi appare dalla costituzione di GIUSTINIANO riferita nella nota seguente, valere in origine anche pei fedecommissi; ma si mantenne più a lungo in vigore pei legati, al che contribuì la natura formale di questi. Vedi GOESCHEN, *Observationes iuris romani*, p. 65-73, nota k.

⁹⁶⁾ L. ult. C. de legat.: « Illud, quod de legatis vel fideicommissis temporalibus, utpote irritis, a legum conditoribus definitum est, emendare prospeximus. — Quum enim iam constitutum sit, fieri posse temporales donationes et contractus, consequens est, etiam legata vel fideicommissa, quae ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari, post completum videlicet tempus ad heredem iisdem legatis vel fideicommissis remeantibus ». — Confr. WESTPHAL, *Vermaechtnisse* [Legati], I, § 607; ROSSHIRT, *Die Lehre von den Vermaechtnissen* [Teoria dei legati], I, pagina 370-371.

⁹⁷⁾ L. 34 D. de her. inst., 28, 5, § 9, I. cod.

⁹⁸⁾ L. 88 D. eod.

⁹⁹⁾ Il di più sulle condizioni del così detto fedecommesso tacito non può esser esposto qui: alcune particolari questioni sull'argomento son già state trattate sopra a pag. 3 seg., 87 seg.

abbiamo già trattato in un altro luogo del *Commentario* ¹⁰⁰⁾. Qui tuttavia deve ancora brevemente esaminarsi la questione fino a qual punto sia possibile nell'istituzione d'erede l'aggiunta di un *modus*.

Il concetto del *modus* in senso vero e proprio ¹⁾ non è facile a determinarsi. Ma poichè le proprietà giuridiche di questa modalità sono connesse in modo più particolare colla dottrina dei legati rimandiamo quello che deve aggiungersi sul concetto e sugli effetti particolari del *modus* ²⁾ ad altra occasione ³⁾. Qui basterà osservare che per *modus* s'intende la limitazione di un atto di liberalità riguardo allo scopo od al modo di erogazione o al diritto di usarne coll'obbligo di restituire o di destinare la cosa ad altre prestazioni, le quali però non abbiano il carattere di un vero e proprio equivalente ⁴⁾. L'effetto regolare del *modus* consiste però nel non essere l'acquisto sospeso per l'inadempimento, ma nella facoltà di agire invece per la restituzione in tal caso ⁵⁾. Di questo effetto dobbiamo ora noi occuparci perchè se si interpretasse il *modus* nel suo significato normale l'erede istituito *sub modo* dovrebbe poter acquistare l'eredità e soltanto cessare di essere erede in caso di inadempimento: ora ciò contraddirebbe alla regola *semel heres semper heres*. E pur tuttavia di solito la questione si risolve affermativa-

¹⁰⁰⁾ Vedi il precedente volume, § 1441 in fine.

¹⁾ Talvolta infatti l'espressione ha anche il significato di presupposto o requisito di un diritto, quindi anche di una condizione in senso proprio. Confr. l. 92 D. *de her. inst.*, 28, 5, L. 44 § 3 D. *de obl. et act.*, 44, 7. L. 77 D. *de fideiuss.*, 46, 1.

²⁾ Vedi §§ 336, 337 del *Commentario*.

³⁾ Vedi *infra* § 1572, dove si dirà anche quanto occorre sulle disposizioni che soglion chiamarsi « *nuda praecepta* ».

⁴⁾ Confr. HUGO, *Rechtsgeschichte* [Storia del diritto romano], XI ed., pagina 539, nota 1; MEYERFELD, *Die Lehre von den Schenkungen* [Teoria delle donazioni], I, pag. 389; PFEIFFER, *Practische Ausführungen* [Dissertazioni pratiche], I, pag. 24 seg., n. IV; e il mio *Trattato di Pandette* [Lehrbuch der Pandekten], I, 111.

⁵⁾ Anche per l'adempimento del *modus* però. L. 1 Cod. *de don. quae sub modo*, 8, 55, L. 2 Cod. *de his quae sub modo legata vel fid. relinq.*, 6, 45.

mente senza fermarsi a considerare le conseguenze ⁶⁾; i pochi che se ne preoccupano dicono che l'erede istituito *sub modo* deve dar cauzione per la futura restituzione ⁷⁾. Ma se deve perciò ritenersi che l'acquisto dell'eredità sia sospeso, allora si può concludere che nelle istituzioni d'erede il *modus* ha gli effetti stessi della condizione; nel caso inverso si deve ritenere che questo risultato non sia conciliabile con la regola *semel heres semper heres*. La conseguenza porta a ritenere come principio generale che il *modus* si debba avere come non scritto analogamente alla condizione risolutiva e debba considerarsi quindi come un *nudum praeceptum* ⁸⁾. Deve tuttavia tenersi sempre presente la volontà del testatore e cercare di eseguirla finchè ciò sia conciliabile colle disposizioni del diritto positivo ⁹⁾. Qui possono stabilirsi le regole seguenti:

1.° Ogni onere imposto all'erede per effetto del quale il diritto di questo dipende da una prestazione o da un atto di lui ha sempre il significato di una condizione anche se il testatore abbia usato una espressione di quelle che normalmente servono ad indicare il *modus*: esempio: istituisco Tizio, ma egli deve, ecc., oppure: colla modalità che, ecc.:

« Quoties heres jurare jubetur: daturum se aliquid vel facturum, quod non improbum est, actiones hereditarias non alias habebit, quam si dederit vel fecerit id, quod erat jussus jurare » ¹⁰⁾.

Dunque prima della prestazione l'erede non può intentare le azioni ereditarie, vale a dire non può acquistare l'eredità ¹¹⁾.

⁶⁾ Vedi per es., HOEPFNER, *Commentario*, § 489; THIBAUT, *Pandette*, II, § 957.

⁷⁾ Per es., MAIANISIO, *Diss. de his quae sub modo relinq. Disp. iuris*, t. II, n. XLI, § 7.

⁸⁾ HÜBNER, *Disp. iuris civilis*, Lipsiae 1806, cap. X e specialmente gli scritti ivi a pag. 114, nota 14.

⁹⁾ Questa è anche l'opinione del HÜBNER, *loc. cit.*, e del ROSSHIRT, *Legati* [Vermaechtnisse], I, pag. 406-412, § 20.

¹⁰⁾ L. 8 § 6 D. *h. t.*

¹¹⁾ Non occorre che giuri, perchè la *condicio iurisiurandi* si ha per rimessa, tanto più che il giuramento per sè solo non sarebbe bastato. Vedi pag. 227.

2.° Il così detto *modus cum multa* ha sempre l'effetto attribuitogli dal testatore, esso deve cioè essere adempiuto e in caso di contravvenzione l'erede deve pagare la multa impostagli dal testatore. Disposizioni di questa specie si trovano indicate in parecchi testi ¹²). Forse queste penalità erano stabilite di solito a favore di casse pubbliche e quindi non parificate ai *legata poenae nomine relicta* ritenuti nulli dagli antichi ¹³); non mancavano però i dissenzienti fra i quali ALFENO VARO, autore della L. 27, cit. e del resto la stessa espressione *multa* non esclude l'applicazione a persone private ¹⁴).

3.° L'onere di restituire, in qualunque forma sia imposto, può sempre essere considerato un fedecommesso universale o singolare o come tale se ne può domandare l'esecuzione colle azioni competenti ¹⁵).

4.° Lo stesso vale quando all'erede siano imposte altre erogazioni nell'interesse di una persona privata o del pubblico ¹⁶). Se ora guardiamo ai risultati pratici, il campo d'applicazione del principio generale che il *modus* deve considerarsi non aggiunto come una condizione risolutiva è limitato soltanto ai casi nei quali il *modus* ha la natura di un *nudum praeceptum* e deve perciò restare inadempito; come ad esempio quando all'erede si è imposto l'obbligo di spendere l'eredità in tutto o in parte per uno scopo per il quale nessun altro che lui è giuridicamente interessato ¹⁷).

Secondo la rubrica del paragrafo dovrebbe qui trattarsi della regola *dies incertus pro condicione est*, ma di essa abbiamo già trat-

¹²) L. 6 pr. D. *de cond. et dem.* (« *Multa testamento non committitur ab herede . . . qui alicuius arbitrato monumentum facere iussus sit, si is, cuius arbitrium est, non vivat* » *rel.*). L. 27 *cod.* (« *In testamento quidam scripserat, ut sibi monumentum . . . fieret; nisi fieret, heredes magna pecunia multare* » *rel.*).

¹³) Vedi sopra, pag. 230.

¹⁴) Glossa ACCURSII ad L. 6 pr. et L. 27 D. *de cond. et dem.*

¹⁵) Confr. HUEBNER, *loc. cit.*, p. 121-126; ROSSMIR, *loc. cit.*, pagina 408 seg., n. c.

¹⁶) Per es. l'obbligo di fondare un ospedale od altro istituto di pubblica utilità. Vedi volume precedente, pag. 621.

¹⁷) Arg. L. 13 § 2 D. *de donat. int. r. et ux.*, 24, 1.

tato sopra e in particolare abbiamo detto come non soltanto una incertezza assoluta ma, anche una incertezza relativa come quella che riguarda la questione quando giungerà il termine, fa divenire per regola la disposizione condizionata. Si potrebbe soltanto deviare da questa regola quando il diritto fosse costituito pel giorno della morte dell'onorato, perchè in tal caso il dato giorno si dovrebbe considerare come quello dell'adempimento. Poichè però l'istituzione di un erede al giorno della sua morte, pur essendo secondo il diritto nuovo per sè stessa valida ¹⁸⁾, dovrebbe considerarsi come un'istituzione *ex die*, ne segue che essa varrà senz'altro come pura ¹⁹⁾.

Nei tempi moderni si è sostenuto però che la regola *dies incertus condicionem in testamento facit* non vale per l'istituzione d'erede quando vi sia soltanto incertezza sul quando il termine giungerà ²⁰⁾. L'autore di questa affermazione sembra che dia una grande importanza agli argomenti tratti dalla differenza del rapporto giuridico ²¹⁾; ma egli crede soprattutto decisivo per la sua tesi un passo delle *Istituzioni* già considerato in questo *Commentario*. È il § 9 I. *de heredibus inst.*, 2, 14 nel quale l'istituzione *post quinquennium quam moriar* è considerato come una istituzione *ex die certo* valida fin da principio come incondizionata. Ma era impossibile decidere diversamente perchè già al momento dell'apertura del testamento si poteva con precisione determinare quando sarebbe giunto il termine ²²⁾. Si può quindi facilmente concedere che l'incertezza sul punto se l'onorato sopravviverà al termine non può essere considerata come essenziale ²³⁾; basta che sia ammesso che quando vi è un'incertezza anche solo sull'epoca in cui il termine giungerà,

¹⁸⁾ L. 9 C. *de hered. inst.*, 6, 24.

¹⁹⁾ Vedi nota 97 a questo paragrafo, e VINNIUS, ad § 9 I. *de hered. inst.*, n. 6.

²⁰⁾ SCHOEMANN, *Handbuch des Civilrechts* [Manuale di diritto civile], I, n. VI.

²¹⁾ Solo di passaggio e in nota è osservato che nei legati il testatore vuole che l'erede tenga il legato qualora la condizione non si avveri vivente il legatario. SCHOEMANN, *loc. cit.*, p. 375, nota *.

²²⁾ Vedi volume precedente, pag. 756.

²³⁾ SCHOEMANN, *loc. cit.*, pag. 367 seg.

la disposizione deve per regola considerarsi come condizionata. Certo questa però è soltanto una regola; solo nel dubbio deve ammettersi che un termine incerto sotto qualunque riguardo valga come condizione; nei singoli casi dovrà ricercarsi però se il testatore abbia voluto sospendere la delazione del diritto o semplicemente il termine per l'adempimento e nel caso riferito dallo SCHOEMANN gli argomenti prevalenti stanno per questa ultima conclusione. In un paese dove il coniuge superstite ha per legge l'usufrutto dei beni del defunto, la moglie fa un testamento nel seguente modo: « poichè mio cognato Sayfried ha una numerosa famiglia da mantenere voglio nominarlo erede in luogo dei miei fratelli, però egli deve divenire erede soltanto il giorno della morte di mio marito ». Quando uno sia istituito nell'usufrutto, e un altro invece sia istituito colla disposizione che debba avere l'eredità soltanto dopo la morte del primo, questa dichiarazione non può secondo la volontà presunta del testatore interpretarsi altrimenti che nel senso che il primo debba essere erede coll'obbligo di restituire l'eredità non diminuita al secondo al dì della morte ²⁴⁾: ma nel caso citato l'usufrutto non riposa sulla disposizione testamentaria bensì sulla disposizione di legge che il testatore ha avuto semplicemente di mira, egli ha voluto istituire erede il terzo salvando soltanto l'usufrutto dovuto per legge al coniuge superstite. A conferma di questa interpretazione serve anche il motivo espresso nel testamento, la numerosa famiglia da mantenere, e così non è necessario per giustificare il risultato sopra indicato di negare principi giuridici già saldi, oppure di limitarli in modo che vengano quasi ad essere distrutti.

Del resto il principio *dies incertus condicionem in testamento facit* può essere riguardato come la conferma di una tacita applicazione delle condizioni e perciò appare giustificato il farvi una qualche

²⁴⁾ HENNEMANN, *Untersuchungen*, ecc. [Ricerche su due questioni affini], 2.^a questione: *Quid iuris nel caso che un testatore istituisca alcuno nell'usufrutto, ordinando in pari tempo che un altro debba essere erede dopo la morte del primo?* Schwerin 1790, pag. 33 seg. Vedi anche pagina 752 del volume precedente.

aggiunta ²⁵⁾, limitandoci qui però a trattare la questione in quali casi la condizione aggiunta ad una data disposizione si possa riferire anche ad un'altra ²⁶⁾. Tali casi sono:

1.° Quando alcuno sia istituito sotto una condizione e per il caso che non divenga erede gli sia lasciato un legato, senza ripetere per questo la condizione ²⁷⁾. Lo stesso se all'istituito sotto condizione sia lasciato un prelegato senza ripetere la condizione ²⁸⁾.

2.° Quando un legato sia ordinato in più luoghi:

« In repetundis legatis haec verba, quae adjici solent: *item dare damnas esto, et ad conditiones et ad dies legatorum easdem repetendas referri Sabinus respondit* » ²⁹⁾.

3.° Nel caso dell'accrescimento dei legati ³⁰⁾.

4.° Nella translazione del legato ad un altro onorato od onerato ³¹⁾, a meno che la condizione aggiunta alla prima disposizione non sia legata inseparabilmente colla persona nominata ³²⁾.

5.° Quando alcuno sia sostituito fedecommissariamente all'erede sotto una condizione e poi gli sia sostituito anche volgarmente senza che la condizione sia espressa ³³⁾. Però la condizione aggiunta all'istituzione di erede non vale anche per i sostituti perchè ciò sarebbe inconciliabile con l'intenzione del testatore il quale colla nomina di sostituti ha dato a dividere di volere escludere gli eredi intestati anche se l'istituito non potesse divenire erede per qualsiasi motivo ³⁴⁾.

²⁵⁾ Vedi sopra, pag. 218 seg.

²⁶⁾ Confr. specialmente DONELLO, *Commentarii iuris civilis*, lib. VIII, c. 31, § 13 ad finem; AVERANI, *Interpret. iuris*, lib. V, c. 2, § 9.

²⁷⁾ L. 18 D. *h. t.*

²⁸⁾ L. 18 § 1 D. *ead.*, L. 77 pr. D. *de cond. et dem.*

²⁹⁾ L. 63 D. *de leg.*, III.

³⁰⁾ L. 108 D. *de cond. et dem.*

³¹⁾ L. 95 D. *ead.*

³²⁾ L. 24 pr. D. *de adim. legat.*, 34, 4.

³³⁾ L. 83 D. *de leg.*, II.

³⁴⁾ L. 73 D. *de hered. inst.*

TITOLO VIII

De iure deliberandi

§ 1466.

Introduzione.

Diritto antegustiniano sui termini per l'adizione e per deliberare.

Un erede può, quando non osti alcun particolare impedimento legale ¹⁾, accettare senz'altro l'eredità deferitagli incondizionatamente ²⁾. Per regola non è stabilito per ciò nessun termine, e, quando gli interessati (creditori, sostituti o legatari) non gli facciano pressione perchè si decida, qualunque ritardo nell'accettazione non può nuocere al suo diritto ³⁾. Ma poichè un tale ritardo potrebbe portare alcuni danni per l'eredità e in ogni caso porterebbe conseguenze inique riguardo agli altri interessati, particolarmente ai

¹⁾ Come, per esempio, un postumo. I. 30 § 1, 4 D. *de acq. vel om. her.*, 29, 2; L. 1 § 8 D. *unde cognati*. 38, 8. Di tali impedimenti parleremo al tit. 2.^o del lib. XXIX, § 1492, e poi anche ai tit. 3 e 5 dello stesso libro.

²⁾ Le disposizioni tante volte fraintese della Nov. 115 c. 5 non dicono che durante i nove giorni così detti di lutto l'eredità non possa accettarsi, bensì che durante questo periodo gli eredi, i parenti, gli affini e i fideiussori del convenuto non possono essere molestati. MAREZOLL, nel *Magazzino* di LOEHR e GROLMAN, vol. IV, pag. 212 seg. Vedi del resto LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, sp. 370, med. 1, 2.

³⁾ GAIO, II, 167. Non è qui il luogo di esaminare se e fino a qual punto l'erede possa essere escluso per prescrizione. Di ciò parleremo più oltre al libro XLI, tit. 5.^o. Vedi per ora la nota seguente e le mie *Pandette*, 3.^a ediz. tedesca (4.^a ediz. della *Doctrina Pandectarum*), III, § 703, nota 2.

creditori, si sono stabilite alcune limitazioni ⁴⁾. In primo luogo molto spesso avveniva che un testatore imponesse agli eredi un termine per accettare, trascorso il quale essi avrebbero perso il diritto ereditario.

« *Extraneis heredibus solet cretio dari, i. e. finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem, vel si non adeant, temporis fine summoveantur* » ⁵⁾.

Di solito il termine era di 100 giorni, poteva però darsene uno più breve o uno più lungo sebbene il Pretore potesse anche accorciare nell'interesse dei creditori un termine troppo lungo ⁶⁾. In secondo luogo l'editto del Pretore determinava, come è noto, termini precisi per la *agnitio bonorum possessionis*, cioè pei parenti in linea ascendente o discendente un anno utile, per gli altri 100 giorni utili, e chi non osservasse questi termini sarebbe escluso ⁷⁾, nell'interesse soprattutto dei creditori e allo scopo chiaramente espresso di evitare un concorso sulla eredità.

« *Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent, et creditoribus longior mora fieret. E re igitur Praetor putavit, praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possint creditores scire, utrum habeant, cum quo congregiantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant* » ⁸⁾.

⁴⁾ ENDEMANN, *Comm. de implendae condicionis tempore*, § 19, pag. 103-113. È degno di nota che anche l'antica *usucapio pro herede*, cioè il diritto spettante a chiunque di occupare le cose ereditarie e di acquistarle per prescrizione di un anno (GAIO, II, 52-56) viene annoverata fra i modi per indurre l'erede ad affrettare l'accettazione dell'eredità. GAIO, § 55. « *Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur* ».

⁵⁾ GAIO, II, 164. Sulla « *cretio* » e sulle varie specie di essa vedi § 1449.

⁶⁾ GAIO, II, § 170.

⁷⁾ L. 3 in f., L. 4 D. *de B. P.*, 37, 1, L. 2 § 4 D. *de B. P. sec. tab.*, 37, 11, L. 1 pr. § 8, 10, 12, 16 D. *de succ. edicto*, 38, 9.

⁸⁾ L. 1 pr. *de succ. edicto*.

Rifutando in tal caso l'erede prossimo, succedeva quello seguente⁹⁾ e così l'acquisto dell'eredità poteva anche protrarsi per un tempo molto lungo: inoltre l'erede civile, come tale, non era legato a questi termini e poteva togliere l'eredità anche a quello stesso che essendo chiamato prima di lui alla *possessio* avesse effettivamente ottenuto questa, onde finchè ciò era possibile una tale *bonorum possessio* era *sine re*¹⁰⁾. Però i casi di *bonorum possessio sine re* divennero a poco a poco sempre più rari¹¹⁾, perchè da un lato alcuni dei chiamati alla successione nell'editto pretorio furono parificati e preferiti all'erede civile, d'altro lato il diritto di eredità civile fu allargato e a questa furono chiamate persone le quali in origine avevano soltanto il diritto alla *bonorum possessio* come i cognati¹²⁾. In particolare però la disposizione dell'editto successorio si dimostrò efficace per lo scopo sopra indicato pel motivo che chiunque avesse ottenuto la *bonorum possessio* poteva divenire erede mediante la breve usucapione *pro herede* di un anno ed escludere così la petizione dell'erede civile che fosse chiamato dopo di lui alla *bonorum possessio*¹³⁾: in secondo luogo il *bonorum possessor* quando fosse in possesso effettivo dell'eredità doveva, almeno secondo ogni probabilità, pagare i debiti come un possessore di buona fede o come un erede deliberante¹⁴⁾. Ma efficacia maggiore aveva l'editto del Pretore la cui spiegazione costituisce l'oggetto di questo titolo¹⁵⁾: *si tempus ad deliberandum petet*

⁹⁾ Vedi i testi citati alla nota 7.

¹⁰⁾ GAIO, *Inst.*, II, § 148, 159, III, § 36, 37; ULP., fr. 28, § 12, 23, § 6, 26, § 8.

¹¹⁾ La trattazione particolare e profonda di quanto segue (note 13, 14) è riservata al libro XXXVII. Per ora rimando alle mie *Pandette*, III, §§ 620, 621 (3.^a ed. tedesca e 4.^a latina).

¹²⁾ Vedi le mie *Pandette*, § 620, note 14, 15 e Nov. 118.

¹³⁾ Vedi le mie *Pandette*, § 620, nota 13.

¹⁴⁾ Arg. L. 31 pr. D. *de her. pet.*, 5, 3, L. 5 C. *eod.*, 3, 31; L. 5 in fine, L. 7 § 3 D. *h. t.* Confr. FABRICIUS, *Ursprung*, ecc. [Origine e svolgimento della *bonorum possessio*], Berlino 1837, pag. 76, 77.

¹⁵⁾ Poichè nelle esposizioni dottrinali del diritto romano attuale si prendono in considerazione particolarmente le innovazioni di GIUSTINIANO, specie le L. 19, 22 Cod. *h. t.*, la rubrica di questo titolo dovrebbe es-

dabo ¹⁶). Il WESTENBERG crede che a queste parole precedessero anche queste altre: *heredem institutum intra certum tempus adire jubebo* ¹⁷). Vi sarebbero stati così due diversi termini, primo quello contenuto nell'ordine del Pretore all'erede, secondo quello chiesto da quest'ultimo. Ma se l'editto così avesse parlato non vi sarebbe stato alcun motivo per tralasciare quelle parole così importanti e d'altronde le parole di POMPONIO addotte dal WESTENBERG come argomento a suo favore non provano nulla: *Praetoris erunt partes ut imitetur edictum suum illud quo praefinit tempus intra quod adeatur hereditas* ¹⁸). Qui si parla di un erede istituito sotto condizione potestativa il quale ritarda l'adempimento della condizione. Ad un tale erede può secondo POMPONIO essere imposto un termine per l'accettazione non meno che all'erede incondizionato; qui si applica l'editto nel quale il Pretore ordina che in caso di bisogno sia imposto un termine all'erede. Se poi si ammette che nell'editto fosse anche espresso il termine normale di 100 giorni e che esso dicesse: *si tempus ad deliberandum petet ad minimum centum dierum dabo*, l'espressione usata da POMPONIO si spiega anche meglio ¹⁹). Il

sere de iure deliberandi et inventarii. Si consulti su ciò in generale H. DONELLUS, in *Comment. iur. cir.*, lib. VII, c. 3; Jo. VOET, *ad tit. Pand. de iure deliberandi*; J. M. G. BESECKE, *Comm. de cretione, iure deliberandi et inventario in adeunda hereditate*, Hal. 1773; Nic. RUMPF, *Diss. de iure deliberandi et beneficio inventarii et utriusque differentiis sec. ius commune et constit. nov.*, Hamb. Goett. 1777; J. C. KOCH, *Diss. de herede deliberante*, Giess. 1783. THIBAUT, *Saggi*, vol. II, n. VII; BUCHHOLTZ, *Ueber den Einfluss der Zeit auf Antretung, Transmission, ecc.* [Sull'influenza del tempo sull'adizione, trasmissione e rinuncia dell'eredità] nella *Zeitschrift*, ecc. [Rivista di diritto e proc. civile] del LINDE, vol. X, n. 10; VANGEROW, *Revision der neueren Theorien*, ecc. [Revisione delle teorie moderne sullo *spatium deliberandi*] nell'*Archiv* [Archivio della pratica civile], vol. XXII, n. 7. Vedi due recensioni di questo scritto del PUCHTA e dell'ARNDTS nell'anno IV, fasc. I, pag. 7 e 29 dei *Kritische Jahrbücher*, ecc. [Annali critici della giurisprudenza tedesca] editi da RICHTER e SCHNEIDER.

¹⁶) L. 1 § 1 D. h. t.

¹⁷) *Principia iuris secundum ordinem D., h. t.*, § 2.

¹⁸) L. 23 § 1 D. de her. inst., 28, 5.

¹⁹) A questo supposto però non si adattano le parole della L. 1 § 2 D. h. t.

nesso probabile del discorso è il seguente: dietro la pressione dei creditori o degli altri interessati l'erede è interpellato dal Pretore se voglia o no accettare l'eredità ²⁰⁾, ma non è obbligato a rispondere subito, può chiedere un termine per deliberare. Per godere dei vantaggi che a questo sono congiunti, l'erede può anche senza motivo chiedere un termine e viceversa quand'anche ciò non sia propriamente necessario il termine gli è imposto su domanda dei creditori ²¹⁾. Il termine non può essere minore di 100 giorni, può invece essere fin da principio più lungo o può per gravi motivi essere prorogato ²²⁾. Se l'erede non si dichiara entro il termine, è escluso dall'eredità come se avesse rinunciato espressamente ²³⁾. Al suo posto sottentrano i successori, cioè i sostituti, e in mancanza gli eredi intestati e in mancanza ancora di questi il patrimonio va ai creditori. Ai nuovi eredi deve imporsi un termine come ai primi chiamati. In proposito MARCELLO dice:

« Si plures gradus sint heredum institutorum, per singulos observaturum se ait Praetor id, quod praetiniendo tempore deliberationis edicit; videlicet ut a primo quoquo ad sequentem translata hereditate, quam primum inveniat successorem, qui possit defuncti creditoribus respondere » ²⁴⁾.

Come si concilia però questo diritto di imporre all'erede un termine di deliberazione di 100 giorni coi termini legali della *bonorum possessio*? Poichè la *bonorum possessio* poteva essere domandata da più successivamente e per ciascun chiamato decorreva naturalmente l'intero termine, in questo modo poteva trascorrere

²⁰⁾ L. 1 § 12 in f. D. *de succ. edicto*, L. 9 C. *h. t.*

²¹⁾ L. 23 § 2 D. *de hered. inst.*

²²⁾ L. 1 in f. L. 2, L. 3, L. 4 D. *h. t.* (« — sed hoc impetrari non debet, nisi ex magna causa — »).

²³⁾ Questo è stato modificato da GIUSTINIANO (L. ult. § 14 C. *h. t.*; VOET, *loc. cit.*, § 3; WESTENBERG, *loc. cit.*, § 8); ma di tale modificazione parleremo nel paragrafo seguente.

²⁴⁾ L. 10 D. *h. t.*, L. 69 D. *de acq. her.* (« Eveniet —, ut necessarium sit remedium Praetoris — circa praestituendum tempus substituto, quia intra diem primo praestitum neque adire hereditatem potest, neque pro herede genere »).

un tempo assai lungo prima che i creditori sapessero con certezza contro chi dovessero rivolgersi. È vero bensì che nella domanda della *bonorum possessio* era insita una accettazione dell'eredità ²⁵⁾, e, almeno secondo ogni probabilità ²⁶⁾, il *bonorum possessor* era tenuto al pagamento dei debiti almeno quando fossero liquidi e incontestati. Però egli doveva trovarsi anche nel possesso materiale del patrimonio, possesso non sempre congiunto colla concessione della *bonorum possessio*; e inoltre che cosa accadeva quando nessuno domandava la *bonorum possessio* offertagli nell'editto? Questo caso viene in particolare considerazione qui.

Il ritardo nel risultato finale poteva essere tanto maggiore e quindi tanto più oneroso per gli interessati all'eredità in quanto il termine per la *bonorum possessio* è un termine utile. Pongasi per esempio che il primo chiamato sia un figlio *suus*. Questi acquista l'eredità *ipso iure*, ma può astenersi e questo diritto non è legato a nessun termine. Nella domanda della *bonorum possessio* era insita la dichiarazione di non voler far uso del *beneficium abstinendi*, l'erede però non era escluso dal diritto di domandare la *bonorum possessio* se non pel decorso dell'intero termine prescritto nell'editto. Inoltre egli poteva quando fosse decorso l'anno utile come discendente chiedere egualmente la *bonorum possessio* nel grado successivo come cognato e, decorso anche il termine per questa, nel terzo grado come agnato, e in ciascuna di queste classi aveva il termine di un anno utile ²⁷⁾, e quando infine egli non si fosse dichiarato durante il terzo anno la *bonorum possessio* era data al prossimo cognato a lui seguente ²⁸⁾. I creditori dovevano forse subire tranquillamente tutti questi ritardi e il Pretore non aveva alcun diritto di imporre un termine all'erede? Secondo il testo seguente sembra di no:

²⁵⁾ L. 4 C. *unde legitimi*, 6, 15.

²⁶⁾ Vedi sopra, nota 14.

²⁷⁾ L. 1 § 16 D. *de success. edicto*, L. 4 § 1 D. *quis ordo in poss. serv.*, 38, 15.

²⁸⁾ Nell'*ordo cognatorum* avea luogo una *graduum successio*; L. 1 § 10 D. *de succ. edicto*.

« Sane nonnumquam urgentibus creditoribus interrogandi sunt in jure, an sibi bonorum possessionem admittant, ut si repudiare se dicant, sciant creditores, quid sibi agendum esset: *si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt* »²⁹⁾.

Il diritto dei creditori sembra dunque fosse limitato soltanto a pretendere dall'erede che egli dichiarasse se voleva o no essere erede e, non rifiutando egli ma rispondendo di essere ancora incerto (« se deliberare »), essi dovevano attendere la fine del termine per l'agnizione. Certo qui sarebbe stato molto naturale di stabilire che quando l'erede non rifiutasse egli fosse obbligato a domandare un termine per deliberare o che questo gli fosse imposto, ma ciò non è avvenuto, e le parole finali della legge provano invece che fu ritenuta sufficiente la dichiarazione dell'erede di non avere ancora deliberato. Tuttavia questa opinione è giuridicamente impossibile. Nessun diritto può essere esercitato in modo che ne nasca un torto verso altri e qui dovrebbe ammettersi un diritto per cui i creditori potrebbero essere costretti ad aspettare per far valere i loro crediti tutto il tempo che è necessario per avere la certezza che nessuno può più chiedere la *bonorum possessio*. Ma sarebbe anche una contraddizione insolubile quella a cui si giungerebbe ammettendo questa opinione. Ogni erede testamentario o intestato poteva domandare una *bonorum possessio*; se si dovesse perciò ammettere anche che l'editto sul termine per deliberare riguardasse soltanto l'erede civile, questo dovrebbe in ogni caso aver fatto valere il suo diritto come *bonorum possessio* perdendo così ogni efficacia il termine impostagli per deliberare³⁰⁾. Per ciò non può esser dubbio alcuno che le parole finali della L. 1 § 12 D. *de successorio edicto* (*si deliberare se adhuc dicant praecipitandi non sunt*) debbono interpretarsi nel senso che essi non debbano

²⁹⁾ L. 1 § 12 *eod.*

³⁰⁾ L. 23 § 1 D. *de her. inst.*, 28, 5: « Sed si bonorum possessionem non admittat (l'istituto sotto condizione potestativa) sed condicionem trahat, cui facile parere possit, — praetoris erunt partes, ut imitetur edictum suum illud quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas ». Confr. L. 23 § 2-4, e sopra, pag. 291 seg.

essere spinti ad affrettare la loro dichiarazione e quindi ad accettare subito se subito non vogliono rifiutare, ma sia loro imposto un termine congruo secondo i casi.

Poichè però il testo parla di genitori e di figli ³¹⁾ si potrebbe pensare che per questi valesse un diritto speciale secondo il quale si dovesse aspettare il decorso di tutto il termine prescritto per la *bonorum possessio* ³²⁾. Ma benchè gli ascendenti e i discendenti siano favoriti di fronte agli altri eredi mediante la concessione di un termine più lungo di agnizione, non vi è alcun motivo per accordare a loro di fronte ai creditori ereditari un diritto che agli altri eredi non compete. Nè deve dimenticarsi un testo che agli *heredes sui* non attribuisce alcun diritto maggiore, ma dispone che anche ad essi si debba applicare l'editto sul termine di deliberazione.

« Si quis suus heres, postquam se abstinerit, tunc petat tempus ad deliberandum, videamus, an impetrare debeat? magisque est, ut ex causa debeat impetrare, quum nondum bona venierint » ³³⁾.

Il figlio è divenuto erede *ipso iure*; i creditori ereditari insistono pel pagamento e chiedono qualche garanzia per il loro soddisfacimento; l'erede è ancora incerto se l'eredità sarà solvente e non può decidersi per la rinuncia pura e semplice: in questo stato di cose egli si astiene, colla riserva però di un termine per deliberare; questo gli viene concesso *ex causa*, cioè quando vi siano motivi per ammettere che si potrà evitare il concorso e quando, ben inteso, il patrimonio non sia già stato venduto dai creditori ³⁴⁾.

³¹⁾ Le parole introduttive della L. 1 § 12 D. *de succ. elicto* suonano così: « Largius tempus parentibus liberisque petendae bonorum possessionis tribuitur, in honorem sanguinis videlicet, quia arctandi non erant, qui paene ad propria bona veniunt; ideoque placuit, iis praestitui annum, scilicet ita moderate, ut neque ipsi urgerentur ad bonorum possessionis petitionem, neque bona diu iacerent ».

³²⁾ Sembra che questa fosse anche l'opinione dello scoliaste dei *Basilici* (ediz. FABROT, t. VI, p. 83, sch. 4), il quale probabilmente fu fuorviato dalle ultime parole del testo stampato nella nota precedente, benchè queste non facciano altro che esprimere il motivo per cui agli ascendenti e ai discendenti è concesso un termine più lungo.

³³⁾ L. 8 D. *h. t.*

³⁴⁾ Neppure il minore infatti è restituito contro la rinuncia quando l'eredità sia già stata alienata. L. 24 § 2 D. *de min.*, 4, 4.

Quanto diverse sarebbero state le espressioni del giureconsulto se l'erede avesse potuto invocare il termine stabilito nell'editto per la *bonorum possessio*! Del resto che l'astensione debba esser dichiarata prima della domanda del termine per deliberare è pienamente logico. Sarebbe infatti contraddittorio che quegli che è già divenuto erede potesse ancora domandare un termine entro il quale dichiarare se vorrà o non vorrà divenire erede; per salvare la logica giuridica non c'è dunque altra uscita che di ammettere l'astensione colla riserva di accettare ancora l'eredità entro un dato tempo ³⁵).

Le parole finali dell'ultimo testo contengono anche una conferma del principio del resto intuitivo che quando vi è effettiva insolvenza o anche soltanto sospetto di insolvenza i creditori possono ottenere l'apertura del concorso e giungere anche sino alla vendita dell'eredità qualora non sia stato concesso un termine all'erede. La domanda di questo termine spetta di solito appunto all'erede, come appare anche dalla formulazione dell'editto; ma spesso anche i creditori possono trovare di loro interesse di provocare una dichiarazione dell'erede ed eventualmente la fissazione di un termine per parte del giudice. In ogni caso l'imposizione di un tal termine ha l'effetto che i creditori non possono durante il medesimo fare nessun atto definitivo e neppure disturbare l'erede il quale ha nel frattempo il diritto di informarsi dello stato della massa ereditaria esaminando anche a questo scopo le carte ereditarie ancorchè possedute da terzi ³⁶).

« Non solum creditoribus, sed et heredi instituto Praetorem subvenire debere, hisque copiam instrumentorum inspiciendorum facere, ut perinde instruere se possint, expediat, necne, agnoscere hereditatem » ³⁷).

Se l'erede è in possesso e non vi sono motivi per togliergli

³⁵) FABRO, *De err. pragmaticorum*, dec. XXXIV, err. 6, n. 4.

³⁶) L. 28 D. *de acq. her.*: « Aristo existimat, Praetorem aditum facultatem facere debere heredi, rationes defuncti ab eo petere, penes quem depositae sunt, deliberanti de adeunda hereditate ».

³⁷) L. 5 pr. D. *h. t.*

questo o per nominare un curatore della massa, egli può dietro denuncia al magistrato competente (*adito Praetore*) alienare le cose soggette a deteriorarsi, come frutta, vino, olio, ecc. e quelle la cui conservazione importerebbe grave spesa o quelle che nell'andare del tempo perderebbero del loro valore, come gli schiavi e gli animali destinati alla vendita, mentre è obbligato a pagare i debiti, il cui perdurare aggraverebbe troppo la massa, o importerebbe l'aggiunta di nuovi debiti o la perdita di oggetti preziosi: *praeterea curaturus ut aes alienum quod sub poena vel sub pretiosis pignoribus debeatur solvatur* ³⁸). Non si può dubitare che egli possa imprendere atti di amministrazione di questa specie ed altri ancora ³⁹) e sino contrarre dei debiti, per esempio per fare delle riparazioni necessarie o per curare la sepoltura del defunto, quando vi sia *periculum in mora*. Però egli non compie senza sua responsabilità neppure gli atti che gli sono permessi perchè quando nella L. 5 § 1 D. *h. t.* è detto *potest is qui deliberat sine praedicio eas iustis pretiis vendere*, ciò significa soltanto che tali atti non debbono considerarsi come implicanti una tacita accettazione dell'eredità ⁴⁰). Del resto è dichiarato espressamente che quando sia necessaria una spesa e manchino i denari e non vi sia possibilità di procurarseli mediante la vendita di altre cose fungibili si deve procedere all'esazione dei crediti e se non ve ne siano di

³⁸) Il rimprovero di tautologia, che il NOODT (*Probabilia iuris*, III, c. 10) fa qui al giureconsulto, deve però respingersi come infondato col WAECHTLER, *Opusc.*, pag. 329 seg., perchè le prime parole, *res quae ex tractu temporis deteriores fiunt*, si possono benissimo riferire alle cose facilmente deteriorabili poco prima nominate, e le parole successive *ea quae mora deteriora fiunt* alle altre cose il cui valore suole diminuire pel decorso del tempo. In ogni caso però il discorso di ULPIANO non è punto preciso, e lascia sempre il dubbio se il pretore dovesse essere interpellato soltanto per le alienazioni prima nominate o per tutte le alienazioni in genere. Più probabile però sembra quest'ultima soluzione, perchè nei casi prima nominati sarà il più spesso necessaria una alienazione, mentre le altre alienazioni e gli altri atti di amministrazione sembrano già più dubbii.

³⁹) Per es. delle riparazioni. Arg. L. 7 § 3 D. *h. t.*

⁴⁰) Arg. L. 20 § 1 D. *de acq. her.* — DONELLO, *loc. cit.*, § 8.

esigibili si deve passare alla vendita delle cose per ciò indispensabili ⁴¹⁾).

Ma se l'erede non è già in possesso o se altre circostanze lo consigliano si stabilisce una curatela, *dum deliberant heredes instituti adire bonis a praetore curator datur* ⁴²⁾ e si dà anche una *missio in bona* ai creditori ⁴³⁾. S'intende poi da sè che il curatore può sempre in caso di urgenza alienare beni ereditari, pagare i debiti e compiere altri atti utili di amministrazione e ciò è anche riconosciuto nelle nostre fonti ⁴⁴⁾. Questo diritto è soggetto però a speciali limiti nel caso della concessione di un termine per deliberare fatta ad un erede impubere. A ciò si riferiva il seguente testo dell'editto:

« *Si pupilli pupillaeve nomine postulabitur tempus ad deliberandum, an expediat eum hereditatem retinere et hoc (spatium deliberandi) datum sit, si justa causa esse videbitur, bona interea deminui, nisi si causa cognita boni viri arbitrato, vetabo* » ⁴⁵⁾).

Qui dunque non era possibile l'alienazione senza una formale *causae cognitio* e la cognizione doveva rivolgersi a vedere se la alienazione fosse necessaria e inevitabile: la stessa limitazione poi si imponeva anche al pagamento dei debiti e all'esecuzione degli altri atti di amministrazione.

« *In causae autem cognitione hoc vertitur, an justa causa sit, ut deminere Praetor permittat: ergo et fumeris causa deminui permittet, item eorum, quae sine piaculo non possunt praeteriri:*

⁴¹⁾ L. 6 D. *h. t.*

⁴²⁾ L. 3 D. *de curat. fur. et aliis extra minores dandis*, 27, 10.

⁴³⁾ L. 9 § 1 D. *quib. ex caus. in poss. eatur*, 42, 4: « *Si alter ex heredibus intra tempora sibi praestituta deliberet adire hereditatem, alter vero neget se aditurum, videndum est, quid creditoribus agendum sit. Et placet, interim eos in possessionem mittendos custodiae causa, donec appareat, is, qui deliberat, utrum agnoscat partem, an non agnoscat* ».

⁴⁴⁾ Così nella L. 23 § 2 in f., § 3 D. *de her. inst.*, 28, 5. Vedi sopra pag. 291 e nota 12. Non però anche nella L. 5 § 1 D. *h. t.*, come ritiene lo SCHULTING, *Notae ad h. l.*, ammettendo che siano cadute ivi le parole *curator qui bonis datur*, perchè il testo parla espressamente dell'erede deliberante.

⁴⁵⁾ L. 7 pr. D. *h. t.* Confr. DUARENIO, *Comm. ad h. t.*, cap. 2.

vescendi gratia aequae deminutionis permittet. Sed et ubi urget ex aliis quoque causis permittit eum oportet: ut aedificia sarciantur, ne agri inculti sint, si qua pecunia sub poena debetur, ut restituantur, ne pignora distrahantur. Ex aliis quoque iustis causis Praetor aditus deminutionem permittit, *neque enim sine permissu, ejus debet deminutio fieri* »⁴⁶⁾.

Si deve notare espressamente che il divieto di alienazione si riferisce anche alla facoltà di incassare crediti⁴⁷⁾, vale a dire che neppure questo può farsi senza una *causae cognitio*.

Abbiamo già sopra osservato che trascorso il termine di deliberazione o sopravvenuta la rinuncia all'eredità sottentrano nel posto dell'erede mancante i sostituti o gli eredi intestati, oppure il patrimonio è venduto per conto dei creditori. Il primo caso si avvera quando il termine per deliberare sia stato imposto dietro istanza degli interessati non creditori.

Se ciò avviene sull'istanza dei creditori bisogna distinguere se essi ebbero per iscopo soltanto di sapere con certezza a quale persona dovessero rivolgersi per il pagamento dei loro crediti o se invece la domanda fu fatta come preliminare dell'apertura della procedura di concorso. Nel primo caso i sostituti e gli eredi conservano il diritto di adizione e di deliberazione, nel secondo caso invece il decreto di deliberazione suole contenere la clausola pregiudiziale *nisi hereditas intra certum tempus adita fuerit se bona defuncti creditoribus possidere iussurum*⁴⁸⁾, nel qual caso i sostituti possono essere ammessi all'eredità soltanto dietro sufficiente cauzione⁴⁹⁾.

§ 1467.

Riforma di GIUSTINIANO riguardo all'adizione e al ius deliberandi degli eredi.

Fino a GIUSTINIANO non vi furono termini legali per deliberare perchè i termini della *bonorum possessio* non possono essere con-

⁴⁶⁾ L. 7 § 3 D. *h. t.*

⁴⁷⁾ L. 7 § 2 D. *h. t.*

⁴⁸⁾ Arg. L. 23 § 2 D. *de hered. int.*

⁴⁹⁾ Arg. L. 31 D. *de reb. auct. iud. possid.*, 42, 5.

siderati come *spatia deliberandi* sebbene abbiano coi termini testamentari e con quelli imposti dal magistrato questo di comune, che, non dichiarandosi il chiamato entro il termine stesso, egli è escluso dall'eredità. GIUSTINIANO introdusse un termine legale per deliberare? Questo era un punto molto controverso sino a poco fa. Si hanno in proposito due leggi di GIUSTINIANO particolarmente importanti, la L. 19 Cod. *de iure deliberandi*, 6, 30 dell'anno 529, e la L. ult. (22) *eodem* dell'anno 531. Nello stesso anno, poco prima di quest'ultima costituzione, apparve un'altra costituzione di GIUSTINIANO la quale non può come legge speciale dar luogo ad una regola generale, ma appartiene al nostro argomento, sia perchè determina che in un certo caso l'erede non abbia dopo il decorso di un dato tempo il diritto di rinunciare all'eredità, sia perchè essa serve indirettamente anche a spiegare le due leggi da noi prese qui in esame. È questa la L. 36 § 2 Cod. *de inofficioso test.*, 3, 28, nella quale è ordinato quanto segue: se un testamento possa essere impugnato dalla querela di inofficioso l'erede istituito deve entro sei mesi od un anno dalla morte del testatore, secondochè l'erede necessario abiti nella medesima provincia od in un'altra, dichiarare se intenda accettare l'eredità o se vi rinunci; se ciò non faccia il giudice lo costringerà ad accettare. Questa disposizione si fonda sul motivo che la querela di inofficioso deve intentarsi contro l'erede istituito⁵⁰⁾ e la prescrizione di essa comincia a decorrere soltanto dal momento dell'adizione dell'eredità⁵¹⁾, di maniera che sembrava desiderabile una decisione pronta quanto più fosse possibile sul punto se e contro chi dovesse intentarsi la querela. Qui del resto non si prendono in considerazione i rapporti dell'erede coi creditori e coi legatari, ma soltanto coll'erede necessario: quanto è detto nella legge sulla

⁵⁰⁾ L. 8 § 10 D. *de inoff. test.*, 5, 2: « — — quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela ».

⁵¹⁾ L'opinione di ERENNIO MODESTINO, che la prescrizione cominciasse a decorrere subito dopo la morte del defunto, fu respinta da GIUSTINIANO, L. 34 in f., L. 36 § 2 C. *de inoff. test.*

facoltà di costringere l'erede istituito all'adizione⁵²⁾ si può esprimere dunque in questi termini: l'erede istituito è obbligato a subire la querela di inofficioso: da ciò segue che se il querelante sia respinto, il convenuto è considerato in tutti i riguardi il vero erede⁵³⁾.

Esaminiamo ora le L. 19 e 22 Cod. *de iure deliberandi*, 6, 30 e le controversie cui esse hanno dato luogo. È certo che la prima ha introdotto un diritto di trasmissione straordinaria per gli eredi di quello al quale sia stata deferita un'eredità per testamento o per legge. Essa determina che, morendo l'erede entro un anno dalla delazione senza avere dichiarato se accettava o rinunciava, i suoi eredi possono acquistare l'eredità durante il tempo residuo dell'anno. La seconda costituzione introduce il così detto beneficio d'inventario, cioè stabilisce che l'erede possa accettare l'eredità senza sopportarne tutto il pericolo e tutti i danni, limitando le sue obbligazioni ereditarie entro i limiti della massa ereditaria, purchè egli faccia un inventario nel termine e colle forme stabilite dalla legge; l'inventario poi gli attribuisce anche altri vantaggi dei quali sarà il caso di parlare soltanto al § 1469. Di regola l'inventario deve esser cominciato entro 30 giorni dalla notizia della delazione dell'eredità e terminato entro 60 giorni; se l'erede non si trova nel luogo ove son situati i beni ereditari o la massima parte di essi, la legge gli dà complessivamente un anno dalla morte del testatore⁵⁴⁾. In tal caso non è più necessario un termine di deliberazione perchè l'inventario garentisce sufficientemente l'erede. L'Imperatore però non vuole con ciò abolire l'antico diritto degli eredi di domandare un termine per deliberare⁵⁵⁾, l'erede può anzi

⁵²⁾ Il BUCHHOLTZ, *Zeitschrift*, ecc. [Rivista di diritto e procedura civile], vol. X, pag. 433, dice che se l'erede istituito non adisce espressamente l'eredità si ritiene accettante, ma la legge dice invece espressamente, *per officium iudicis heredem scriptum compelli hoc facere (sc. adire)*.

⁵³⁾ BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, pag. 431 seg.

⁵⁴⁾ Le discussioni particolari dei moderni su questi termini saranno esaminate soltanto nel paragrafo seguente.

⁵⁵⁾ L. 22 § 13 C. h. t.: « — ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contentores — ».

ancora domandarlo quando vi sia spinto da un motivo urgente o da qualsiasi altra ragione ⁵⁶⁾ e se lo domanda all'Imperatore può ottenere il termine di un anno, se lo domanda al giudice soltanto di nove mesi, in nessun caso però può domandarlo più di una volta ⁵⁷⁾. Vi ha sempre però anche in tali ipotesi una differenza notevole tra il caso che sia fatto e quello che non sia fatto l'inventario; questo però non gli attribuisce gli stessi vantaggi che ne derivano quando non sia collegato col termine di deliberazione. Chi accetta l'eredità o non vi rinuncia durante questo termine è costretto a pagare i creditori per intero anche se abbia fatto l'inventario; può solo per effetto di questo conservare il diritto di detrarre la quarta Falcidia dai legati, diritto che altrimenti avrebbe perso. Se egli rinuncia all'eredità prima del decorso del termine ed è stato fatto un inventario, egli restituisce secondo questo la massa ereditaria ai creditori o agli altri interessati nell'eredità; se invece egli abbia trascurato di fare l'inventario la restituzione si fa secondo il giuramento estimatorio degli interessati colla riserva però dell'arbitrio del giudice ⁵⁸⁾. Ambedue queste costituzioni risentono altamente dei noti difetti delle leggi del tardo Impero. La parola risponde molto incompletamente al pensiero, anzi questo è quasi soffocato e reso irriconoscibile dagli incisi che spesso s'intrecciano e troppo facilmente preparano all'interprete la via a trovar nella legge ciò che non vi è scritto. Così si spiega la grande diversità delle opinioni sul contenuto delle due costituzioni ed anche la facilità colla quale qualche scrittore ha cambiato opinione sull'argomento ⁵⁹⁾. In sostanza tutto qui si riduce a questa questione:

⁵⁶⁾ *Ibid.*: « — quia quidam, vel vana formidine, vel callida machinatione pro deliberando nobis supplicandum necessarium esse existimant ».

⁵⁷⁾ « Semel enim et non saepius eam peti concedimus ». Vedi la nota 5 del seguente centinaio.

⁵⁸⁾ L. 22 § 14 C. h. t.

⁵⁹⁾ Cito come esempio lo scritto del THIBAUT nei *Saggi* [Versuche], vol. II, n. 7, colle aggiunte della 2.^a edizione, p. 183, e il mio stesso trattato. Non mi perito di confessare che io ho cambiato opinione tre volte. Si confrontino le prime tre edizioni della mia *Doctrina Pandectarum* (§ 695 nella 3.^a ediz.), cui equivalgono le due prime delle *Pandette*

GIUSTINIANO colla L. 19 Cod. *h. t.* ha introdotto semplicemente un diritto di trasmissione per gli eredi dell'erede o un termine di deliberazione di un anno? Nei tempi più recenti si è disputato anche sulle seguenti parole della L. ult. (22) Cod. § 1 *eodem*⁶⁰):

« Si non titubante animo respuendam vel abstinendam esse crediderit hereditatem, et apertissime *intra trium mensium spatium*, ex quo ei cognitum fuerit, scriptum se esse vel vocatum heredem, ei renuntiet, nullo nec inventario faciendo, nec alio circuito expectando, *sit alienus ab hereditate* »⁶¹).

I tre mesi in discorso debbono considerarsi come un termine legale entro il quale l'eredità deve essere accettata o rifiutata o come un termine entro il quale debba esser domandato lo *spatium deliberandi*? Per farsi un'idea più esatta del risultato sembra conveniente nell'esame della prima questione trascurare per un momento quelle parole.

Già fra i glossatori si discuteva se la L. 19 Cod. *h. t.* avesse introdotto uno *spatium deliberandi*. PLACENTINO rispondeva di sì; egli credeva che trascorso un anno dalla notizia della delazione l'erede fosse escluso e che la L. 9 Cod. *h. t.* nella quale è determinato che finchè all'erede non sia assegnato dall'autorità alcun termine egli possa accettare o rifiutare a qualunque momento,

in tedesco (§ 695 della 1.^a, § 703 della 2.^a), coll'ultima edizione della *Doctrina Pandectarum* e del *Pandektenrecht*, § 703. Già nella trattazione di questo argomento nella seconda edizione io propendeva a pronunciarmi per l'opinione poi esposta nell'ultima edizione, ma non avevo ancora un concetto ben preciso, onde a ragione nota il VANGERÒW (*Archivio della pratica civile*, XXII, p. 154, nota 8), che si scorge una oscillazione della mia opinione. Ma chi può in buona fede parlare di certezza in tali questioni? Nelle cose dubbie lo scetticismo giova alla scienza non solo, ma anche a coloro che han da imparare, assai più che l'attaccamento ostinato alle opinioni ormai respinte.

⁶⁰) I dogmatici e la maggior parte degli interpreti la trascurano del tutto, e quando pure la prendano in considerazione, come la Glossa e l'OOSTERGA in Cod. *h. l.*, p. 263) sembrano non comprendere quanto poco qualunque delle opinioni conosciute sul rapporto fra le due leggi sia conciliabile coll'interpretazione letterale di quelle parole. Vedi del resto la nota 59 del seguente centinaio.

⁶¹) Diremo più oltre delle lezioni divergenti.

dovesse riferirsi soltanto al *suus heres*. GIOVANNI BASSIANO e AZONE invece trovavano nella L. 9 cit. una regola valida per tutti gli eredi alla quale era fatta una eccezione soltanto nella L. 36 § 2 Cod. *de inoff. test.*, 3, 28 riferita sopra alla note 50 e 53; la L. 19 Cod. *h. t.* si doveva intendere poi soltanto di un diritto di trasmissione per gli eredi dell'erede⁶²). Questa opinione è accettata nella glossa di ACCURSIO⁶³) ed è rimasta per lungo tempo opinione comune⁶⁴), così che l'opinione opposta talvolta non è neppure rammentata dai dogmatici del secolo seguente⁶⁵). In particolare però dalla metà del secolo passato sembra sia stata dominante la teoria di uno *spatium deliberandi* legale⁶⁶); i difensori di essa però questionano sull'effetto del trascorso del tempo senza che l'erede abbia fatto alcuna dichiarazione, e sul rapporto fra la L. 19 Cod. *h. t.* e la L. ult. *eodem*. Per ciò che riguarda il primo punto i più sono d'opinione che l'erede il quale non faccia la dichiarazione entro il termine perda l'eredità, altri invece ritengono che egli sia soltanto obbligato a dichiarare subito se intenda o no di divenire erede senza poter ottenere un altro *spatium deliberandi*⁶⁷). Alcuno sostiene un'opinione tutta particolare, quella cioè che dopo il decorso del tempo l'erede possa essere escluso dai sostituti o dagli eredi intestati, ma sia riguardato ancora erede nell'interesse dei creditori⁶⁸); quest'opinione che si fonda sulla

⁶²) HAENEL, *Dissensiones dominorum*, in *Hugolino*, § 289, p. 455-457.

⁶³) Glossa *meruerit* in f. e Gl. *beneficio* ad L. 19 C. *h. t.*

⁶⁴) *Hugo* DONELEUS, *Comment.* ad L. 19 C. *h. t.*, p. m. (ed. Erf.), 454; BRUNNEMANN, ad C. *h. l.*

⁶⁵) Il VOET, *Comment.* ad *h. t.* § 2, e il PEREZ, in C. *h. t.*, n. 2 ammettono però uno *spatium deliberandi* legale, ma l'ultimo sembra poi respingerlo al n. 7 del titolo stesso.

⁶⁶) Così anche in ispecie il THIBAUT nella diss. citata.

⁶⁷) KOCH, *Diss. cit. de herede deliberante*, § 8, 14.

⁶⁸) Il THIBAUT, *loc. cit.*, pag. 167, 2.^a ediz., così riferisce l'opinione del HOFFNER: « Se l'erede non sia spinto a deliberare vale la regola dell'antico diritto secondo la L. 19 C. cit. Se invece egli sia spinto deve deliberare entro l'anno dal giorno che egli ebbe notizia dell'eredità: se non lo fa vien considerato *eo ipso* erede, nell'interesse dei creditori ». Il VANGEROW (*Archivio cit.*, XXII, 153) dice nell'enumerazione delle

L. 19 Cod. *h. t.* è basata sopra un equivoco. Alcuni scrittori, fra gli altri HOEPFNER⁶⁹⁾, confondono nella loro esposizione le due leggi. Il HOEPFNER, il quale ammette lo *spatium deliberandi* solo per il caso di pressioni da parte dei creditori, concede all'erede il diritto di ottenere per giusti motivi dall'Imperatore o dal giudice un altro termine e, quando questo sia trascorso senza alcuna sua dichiarazione, gli eredi intestati o i sostituti possono, se lo domandino, sottentrare nel suo posto oppure i creditori possono domandare che l'eredità si consideri come accettata dall'erede istituito. Evidentemente il HOEPFNER ha avuto qui dinanzi agli occhi la L. 22 § 14 Cod. *h. t.*, ma anche un'opinione secondo la quale l'erede non potesse più liberarsi dall'eredità quando non avesse rinunciato entro il termine prescritto sarebbe un'opinione infondata, perchè, pur astraendo dall'osservare che anche secondo l'antico diritto l'erede che non avesse fatto alcuna dichiarazione durante lo *spatium deliberandi* sarebbe escluso dall'eredità⁷⁰⁾, quell'opinione è confutata letteralmente dalle parole della L. 19 Cod. *h. t.*, perchè chi trova in esse l'introduzione di un termine

diverse teorie: « Molti (!) sostengono che secondo la L. 19 C. cit., l'erede deve necessariamente rifiutare entro l'anno e che, se non lo fa, è considerato erede e non ha più diritto di rinunciare all'eredità ». Parimenti il PUCHTA nella citata recensione negli *Annali* del RICHTER, 1840, pag. 8, dice: « Il HOEPFNER sostiene con l'appoggio di numerose autorità che nella L. 19 C. *de iure delib.* sia stabilito un termine legale di un anno per deliberare coll'effetto che l'erede sia considerato erede *ipso iure* se non rinuncia entro quel termine ». Ma il HOEPFNER non ha mai voluto sostenere ciò. L'opinione di questo autore è riferita più esattamente dal VANGEROW a p. 164, sebbene non del tutto esattamente perchè parrebbe dalle sue parole che il HOEPFNER avesse ammesso che l'erede non potesse, se spinto dai creditori, rinunciare più dopo l'anno, e invece il HOEPFNER attribuisce questo effetto solo al termine domandato o prorogato. D'altro lato però va troppo in là il KONOPAK, *Istituzioni*, § 422 (1.^a ediz.), quando esprime l'opinione che l'erede sia considerato erede nell'interesse dei creditori qualora abbia lasciato trascorrere il termine senza deliberare e senza domandare una proroga; evidentemente però egli suppone qui che vi fosse la spinta dei creditori.

⁶⁹⁾ *Commentario*, § 548. Parimenti il KONOPAK, *loc. cit.*

⁷⁰⁾ L'opposto ritiene il THIBAUT, *loc. cit.*, p. 168. Vedasi però l'osservazione del VANGEROW, *loc. cit.*, p. 152, nota 4.

legale per deliberare deve anche ammettere che l'erede sia escluso quando non si pronuci entro quel termine:

« Si enim ipse postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato, vel ex testamento, vel aliter ei cognitum sit heredem eum vocatum fuisse, *annali tempore translapso nihil fecerit ex quo vel adeundam vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab hujusmodi beneficio excludatur* ».

Ma deve per ciò apparire anche inconsequente ed infondata qualunque opinione la quale, partendo dal concetto che il termine di un anno, si chiami esso o no *spatium deliberandi*, si riferisca agli eredi, non ammetta poi l'esclusione dell'erede dopo la decorrenza di quel termine: e così tanto l'opinione del KOCH, il quale ammette ancora la possibilità di una accettazione per parte dell'erede, quanto quella del HOEPFNER, secondo il quale l'erede potrebbe ancora ottenere una proroga, e solo trascorsa questa inutilmente, potrebbe esser costretto, se i creditori insistano, ad accettare ⁷¹⁾. Non è qui il luogo di esaminare sino a che punto ciò concordi colla L. 22 § 14 cit.: ma quando si guardi solo alla L. 19 Cod. cit. e si parta del concetto che in questa è stabilito un termine d'un anno anche per gli eredi, deve senza dubbio darsi la preferenza alla teoria dell'esclusione difesa dal THIBAUT.

Ma si domanda ora come si conciliino in questo concetto, che noi vogliamo ammettere per buono, la L. 19 C. cit. colla L. 22 (ult.) Cod. *h. t.* Le opinioni in proposito possono ridursi a due, salvo per ciò che riguarda la disposizione sui tre mesi contenuta nella L. 22 § 1. Secondo la prima accanto al termine legale di un anno resta ancora la possibilità di domandarne uno all'imperatore o al giudice, secondo l'altra la L. 22 ha abolito completamente il termine legale di un anno.

I difensori della prima opinione sono poi in disaccordo fra loro, tanto sul momento nel quale deve domandarsi il termine, quanto sul momento da cui questo decorre. Più logica è l'opinione del THIBAUT, secondo la quale fin che l'erede non ha avuto notizia

⁷¹⁾ Confr. VANGEROW, *loc. cit.*, p. 164-68.

della delazione dell'eredità può sempre adire fin che il suo diritto non sia prescritto, ma se vi siano pressioni degli interessati egli deve subito dichiarare se accetti o no oppure domandare un *tempus deliberandi*: e in tal caso il principe gli può dare un termine di un anno, il giudice uno di nove mesi *a die decreti*. Se poi dentro questo termine egli non si decida viene considerato erede o non erede secondo che ciò preferiscano gli interessati, giusta la regola della L. 22 § 14 D. *h. t.* In questo caso non si può dunque parlare di uno *spatium deliberandi* legale. Se invece l'erede ha avuto notizia della delazione dell'eredità ed è già scorso un anno senza che abbia dimandato un termine per deliberare al giudice o all'imperatore, egli non può più accampare pretese all'eredità. Ma se nel frattempo gli interessati facciano pressione egli deve subito dichiararsi o domandare un termine per deliberare, il qual termine decorre *a die decreti*, pur essendo sempre autorizzato a chiedere questo *spatium deliberandi* anche senza istanza degli interessati, purchè però prima della scadenza del termine legale. Non può dunque ammettersi col HOEPFNER che l'erede abbia sempre il termine legale di un anno e poi ancora un termine di un anno o di nove mesi, nè può credersi col KOCII che il principe o il giudice debba computare nel termine concesso anche il tempo durante il quale l'erede ebbe notizia della delazione; il decreto che concede il termine di deliberazione è sempre quello che determina il momento da cui quel termine decorre, sia esso stato emesso subito dopo il principio o presso alla fine del termine legale. Nell'ultima ipotesi l'erede può anche venire ad avere il godimento dei due termini per intero, il legale e quello concesso ⁷²⁾).

Questa teoria non soltanto è logica, ma deve anche dirsi che essa non contraddice affatto a ciò che la L. 22 dispone direttamente sul *ius deliberandi* ⁷³⁾. La legge dice che l'erede può ottenere dietro domanda un termine di nove mesi o di un anno;

⁷²⁾ THIBAUT, *loc. cit.*, pag. 178-182.

⁷³⁾ Qui non vogliamo vedere se essa non contraddica ad altre disposizioni della legge stessa.

ciò si concilia benissimo col ritenere che egli non possa più tenerlo quando abbia lasciato trascorrere senza alcuna sua dichiarazione un anno dal giorno in cui ebbe notizia dell'eredità defertagli. La maggior parte dei difensori del termine legale di deliberazione è però di opinione che la L. 22 cit. non contenga soltanto nuove disposizioni, ma indirettamente deroghi anche ad una parte del contenuto della L. 19 cit. Fino a qual punto ciò sia è nuovamente discusso e possono distinguersi in proposito tre opinioni: secondo la prima il termine per la trasmissione è modificato nel senso che esso non è più di un anno dal giorno in cui l'erede ebbe notizia dell'eredità, ma anche il tempo residuo del termine di deliberazione ottenuto deve giovare agli eredi dell'erede ⁷¹⁾; la seconda invece ritiene che il termine legale di deliberazione sia stato abolito, ma nulla sia stato mutato per ciò che riguarda il termine annuale della trasmissione ⁷²⁾; per una terza opinione infine la deroga riguarda ambedue i punti ⁷³⁾. Già sopra fu notato che la disposizione della L. ult. cit. sul termine di deliberazione, che si può domandare, si concilia benissimo coll'esistenza di un termine legale di deliberazione. Ciò che si può dire pro e contro l'asserita modificazione del termine di trasmissione sarà preso in esame soltanto in un'altra occasione. Qui deve solo esser notato che l'accoglimento nel Codice della L. 19 immutata difficilmente si concilia colla teoria della derogazione, massime se si ammetta che questa legge abbia introdotto un termine legale per deliberare e la L. ult. l'abbia implicitamente abolito. Si è detto che tale accoglimento si spiega in parte osservando che le disposizioni della L. ult. non si comprenderebbero senza conoscere completamente il contenuto della L. 19, in parte colla perduranza del diritto di trasmissione introdotto dalla L. 19 anche se non sia più

⁷¹⁾ Quest'opinione ha anche il THIBAUT, *loc. cit.*, pag. 182-83.

⁷²⁾ Confr. GLÜCK, *Intestaterbfolge* (Successione intestata), 2.^a edizione, p. 93-95.

⁷³⁾ Questa è la teoria da me insegnata nelle prime edizioni delle *Pandette*. Vedi anche la mia dissertazione sulla *iuris et facti ignorantia* nell'*Archiv*, ecc. [Archivio della pratica civile], vol. II, pag. 389, nota 64.

in vigore il termine di un anno ⁷⁷⁾. Ma lasciamo andare quest'ultimo motivo e fermiamoci ad esaminare il primo che è quello collegato colla nostra questione. Le parole della L. ult. che potrebbero riferirsi ad una connessione colla L. 19 e ad un termine di deliberazione in questo contenuto, sono le seguenti: 1.º Nel principio della legge l'imperatore dice che già prima erano state emanate sul medesimo argomento tre costituzioni, due sue ed una dell'imperatore GORDIANO e delle due prime una si riferisce agli eredi i quali trovino opportuno di prender tempo a deliberare prima di dichiarare se accettino o no ⁷⁸⁾, l'altra al pericolo che può derivare dalla accettazione di una eredità nel caso del sorgere di debiti prima non considerati ⁷⁹⁾; la costituzione di GORDIANO poi riguardava la concessione al soldato di una restituzione contro l'accettazione di una eredità onerosa ⁸⁰⁾. L'imperatore segue affermando di avere fuso il contenuto di queste tre costituzioni in una sola concedendo a tutti gli eredi il diritto accordato sin qui ai soldati di poter accettare senza pericolo anche una eredità onerosa, di modo che non è più necessario il rimedio della deliberazione. Segue poi dal § 1 al 14 il contenuto della disposizione, la quale termina (§ 15) colla dichiarazione esplicita che con questa costituzione si deroga a tutte le disposizioni esistenti sull'argomento ⁸¹⁾, e quindi anche il non soldato è d'ora in poi garantito contro i danni dell'acquisto dell'eredità onerosa purchè faccia dentro il termine prescritto e nella forma voluta

⁷⁷⁾ Vedasi la mia *Doctrina pandectarum*, 3.ª ediz., § 695, nota 16, e *Pandette* (ed. tedesca), § 703, nota 16.

⁷⁸⁾ « — unam — de his, qui deliberandum pro hereditate sibi delata existimaverint — ».

⁷⁹⁾ « — aliam — de improvisis debitis, et incerto exitu per diversas species eis imposito ».

⁸⁰⁾ § 5 I. *de hered. quel. et differ.*

⁸¹⁾ Nel principio è detto: « Ex omnibus itaque istis (le tre costituzioni) unam legem colligere nobis apparuit esse humanum »; nell'epilogo: « — hac constitutione, quae omnes casus continet, nostris constitutionibus iam pro eisdem capitulis promulgatis esse derogatum, quarum altera etiam Gordianae constitutionis sensu continebatur ».

un inventario, mentre per i soldati questo può anche essere evitato ⁸²⁾).

Di queste tre costituzioni, due, quella di GIUSTINIANO e una di quelle di GORDIANO, non ci sono pervenute, la terza sarebbe secondo il BUCHHOLTZ ⁸³⁾ la L. 19. Ma con ragione il VANGEROW ⁸⁴⁾ contesta l'esattezza di questa opinione perchè l'imperatore dichiara espressamente di avere fuso le tre costituzioni in una la quale deve derogare a tutte tre. Ora sembra impossibile che una di quelle costituzioni sia la L. 19 mentre si ammette anche dal BUCHHOLTZ che in essa non si parli dello *spatium deliberandi*, ma soltanto di un diritto di trasmissione. La L. ult. invece non dà neppure un cenno di questo diritto e indica come unico scopo suo e delle costituzioni precedenti la più sicura garanzia dell'eredità contro i danni di un acquisto dell'eredità.

2.° Nel § 12 della L. ult. cit. è detto riguardo al termine stabilito per l'inventario: *sit hoc spatium ipso iure pro deliberatione concessum*.

In qualunque modo si vogliano intendere queste parole, si dica in esse che il termine per l'inventario ha in ogni riguardo gli effetti di un termine di deliberazione o soltanto che l'eredità che fa l'inventario deve in quel periodo di tempo avere gli stessi diritti di un erede che abbia domandato lo spazio per deliberare, quindi non possa essere convenuto dai creditori nè molestato dagli altri interessati nell'eredità ⁸⁵⁾, in nessun caso queste parole contengono

⁸²⁾ « Quum enim — — melior exitus inventus sit, et tribus constitutionibus in unum congregatis, unus appareat et in milites et in alios omnes iuris probabilis articulus (così tradotto esattamente a senso nella versione tedesca, vol. V, pag. 995: la costituzione presente deve valere come unica norma vigente per tutti i sudditi), eapropter inquietari nostro subiectos imperio non patimur, scilicet ut milites, etsi — praesentis legis subtilitatem non observaverint, in tantum tamen teneantur quantum in hereditate invenerint ».

⁸³⁾ *Zeitschrift*, ecc. [Rivista di diritto e procedura civile], vol. X, pagina 387.

⁸⁴⁾ *Archiv für die civ. Praxis* [Archivio della pratica civile], loc. cit., p. 199-200.

⁸⁵⁾ In quest'ordine appunto sono collegate le parole sopra indicate:

la dichiarazione che vi fosse già prima uno *spatium deliberandi* legale al posto del quale entri la nuova disposizione ⁸⁶).

3.° Infine nel § 13 c'è una espressione che vien riferita ad un termine legale di deliberazione di un anno che avrebbe esistito fino allora. L'imperatore parla di coloro i quali domandano uno *spatium deliberandi* per esagerato timore o anche per tergiversare:

« *Quatenus eis liceat annale tempus tergiversari, et hereditatem inspicere, et alias contra eam machinationes excogitare, et eandem deliberationem flebilibus assertionibus repetita prece saepius accipere* »; e seguita disponendo che un solo termine di deliberazione possa esser dato, di un anno dall'Imperatore o di nove mesi dal giudice. Si potrebbero riferire queste parole ad uno *spatium deliberandi* fin qui esistente nel posto del quale ora si stabilisce un termine fisso.

Il VANGEROW afferma che una lettura anche fugace del § 13 persuade che questo *tempus annale* si riferisce ad un termine di deliberazione domandato ⁸⁷), ma se si parte dal concetto che nella L. 19 sia stato stabilito uno *spatium deliberandi* di un anno nulla vi ha certamente di non naturale nell'immaginare il seguente nesso logico nella sanzione di GIUSTINIANO: vi sono uomini i quali tendono a indugiare quanto più è possibile l'accettazione dell'eredità e quasi non bastasse loro di indugiare durante un intero anno chiedono anche ripetute dilazioni, ecc. Coloro i quali respingono questa interpretazione non hanno poi saputo far altro che delle presunzioni sul significato di quell'*annale tempus* ⁸⁸). Io però confesso volentieri che la teoria che ammette un termine di deliberazione legale derogato poi dalla legge di GIUSTINIANO trova nel nostro testo un troppo debole appoggio non parlandosi

« nulla erit licentia, neque creditoribus, neque legatariis vel fideicommissariis eos vel inquietare, vel ad iudicium vocare — —, sed sit hoc spatium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum ».

⁸⁶) Confr. BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, pag. 390 seg.; VANGEROW, *loc. cit.*, p. 175 seg.

⁸⁷) *Loc. cit.*, pag. 183.

⁸⁸) BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, p. 392, nota 1; VANGEROW, *loc. cit.*, p. 183, nota 40.

in esso del *tempus annale* se non incidentalmente e perciò credo sia da preferire ogni spiegazione per la quale il testo possa riferirsi senza sforzo ad un termine domandato. Probabilmente era costume di concedere alla prima domanda un termine di un anno al deliberante, forse in base alla semplice pratica, forse in base ad una costituzione di GIUSTINIANO a noi non pervenuta ⁸⁹⁾: con ciò si spiega benissimo ciò che dice GIUSTINIANO, cioè che alcuni non erano contenti del termine di un solo anno, ma che un termine ulteriore non si poteva domandare e in ogni caso non doveva il termine eccedere l'anno quando lo concedeva l'imperatore.

Nella trattazione che precede è stato supposto o per lo meno ammesso come possibile che la L. 19 Cod. *h. t.* abbia introdotto uno *spatium deliberandi* legale di un anno. Questa supposizione è però fondata? La ricerca precedente facilita la risposta a questa questione perchè appar chiaro intanto che la L. ult. non è un argomento sufficiente per ammettere l'esistenza di un termine di deliberazione annuale. Appare anche da essa che se quella supposizione non è fondata il rapporto delle due leggi fra loro si può molto più facilmente determinare e in particolare si spiega assai meglio l'accoglimento della L. 19 nel Codice senza modificazioni. La costituzione comincia colle seguenti parole:

« Quum in antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Julii Pauli invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere (et aliis quibusdam adjectis, quae in hujusmodi personis praecipue sunt) ⁹⁰⁾. eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos sive extraneos, duximus esse protelandam ».

Qui non esamineremo la questione se debba pensarsi col THIBAUT ⁹¹⁾ al caso di un *suus heres* il quale si sia astenuto dall'ere-

⁸⁹⁾ GLÜCK, *Intestaterbfolge* [Successioni intestate], p. 94, nota 1; BUCHHOLTZ e VASGEROW, scritti cit. alla nota 88.

⁹⁰⁾ Le parole chiuse in parentesi non hanno alcuna connessione col contenuto principale della legge: senza dubbio esse alludono ai presupposti particolari del diritto straordinario di trasmissione dell'*heres suus*, di un *heres* cioè che acquista per regola l'eredità *ipso iure*.

⁹¹⁾ *Loc. cit.*, p. 160 seg., n. 1.

dità paterna e poi abbia domandato un termine per deliberare ⁹²⁾ oppure col BUCHHOLTZ ⁹³⁾ al figlio *suus* istituito sotto la condizione *si volet* ⁹⁴⁾, o infine col MAREZOLL ⁹⁵⁾ al diritto dell'erede del *suus heres* di giovarsi come lui del *beneficium abstinendi* ⁹⁶⁾. A noi basta di notare che scopo della legge appare secondo questo proemio di ammettere un diritto di trasmissione a favore degli eredi dell'erede.

« Ideoque sancimus, si quis vel ex testamento, vel ab intestato, deliberationem meruerit, vel, si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, *ut ex hac causa deliberare videatur*, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat, *praedictum arbitrium* in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa »,

Dunque, ottenga l'erede o no un termine di deliberazione, egli non ha nè rinunciato nè accettato l'eredità, neppure tacitamente, onde i suoi eredi sono autorizzati ad adire l'eredità, ma questa facoltà è limitata ad un anno a datare dal momento in cui il loro autore seppe della eredità deferitagli.

« Et si quidem ⁹⁷⁾ is, qui sciens, hereditatem vel ab intestato vel ex testamento sibi esse delatam, deliberatione minime petita, intra annale tempus decesserit, hoc jus ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato, vel ex testamento, vel aliter ei cognitum sit heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renuntiandam here-

⁹²⁾ L. 8 D. *h. t.*

⁹³⁾ *Iuristische Abhandlungen* [Dissertazioni giuridiche], n. II, p. 68.

⁹⁴⁾ Questi infatti non acquista l'eredità *ipso iure*. L. 12 D. *de cond. inst.*, 28, 7, L. 86 § 1 D. *de her. inst.* Vedi sopra § 1457 in fine.

⁹⁵⁾ *Zeitschrift*, ecc. [Rivista di diritto e procedura civile], II, pag. 83 e seg.

⁹⁶⁾ L. 7 § 1 D. *de acq. vel. om. her.*, 29, 2.

⁹⁷⁾ Forse deve leggersi *et sic quidem*. Gli argomenti per questa lezione trovansi in VANGEROW, *loc. cit.*, pag. 156 seg., nota 12. Del resto tutta questa parte della legge non sembra contenere che una conseguenza intuitiva di quello che precede; ma non è senza influenza sulle questioni che dovranno trattarsi in seguito.

ditatem manifestaverit, *is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur*. Sin autem instanti annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adenda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo *nec heredibus ejus* alius regressus in hereditatem habendam servabitur ».

In tutta la costituzione si parla espressamente soltanto del diritto di trasmissione, non di un termine legale di deliberazione per l'erede: di questo si trova soltanto menzione nelle espressioni riferite e di questo non si occupano certamente i testi prima indicati. Chi sa che gli è stata deferita una eredità e non è impedito di pronunciarsi sull'accettazione o meno di essa e tuttavia ritarda a farlo autorizza a credere soltanto che egli stia deliberando sulla cosa ⁹⁸). Non dicono in sostanza nulla di diverso le parole *ut ex hac causa deliberare videatur* nè hanno peso alcuno le altre *praedictum arbitrium transmittat*; esse esprimono solo che la scelta fra l'acquisto e la rinuncia dell'eredità, poichè di questa si era prima parlato, compete anche all'erede dell'erede benchè con le modificazioni sopra accennate. Un dubbio in contrario potrebbe nascere dalla dichiarazione secondo la quale quando l'erede non abbia dentro l'anno dichiarato nulla, *is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur*.

A prima vista non sembra possibile interpretare queste parole altrimenti che nel senso di riferire il termine pregiudiziale di un anno anche all'erede: nè in contrario sembra abbia molto valore l'osservazione che tale disposizione non si dovrebbe considerare per gli eredi un beneficio, ma piuttosto una limitazione ⁹⁹) e se a tale interpretazione non facessero ostacolo ragioni più gravi nessuno potrebbe dubitare di intendere sotto il beneficio così chiaramente concesso agli eredi il diritto di deliberazione e non ci sarebbe a rimproverare che una improprietà di linguaggio. Altrettanto decisiva per la interpretazione nel senso del termine legale di deliberazione sembra essere la espressione *quo completo nec heredibus eius regressus servabitur*; dunque dopo il decorso dell'anno

⁹⁸) SCHOEMANN, *Manuale cit.*, II, p. 351.

⁹⁹) SCHOEMANN, *loc. cit.*, p. 349 seg; VANGEROW, *loc. cit.*, p. 161-63.

non deve nè a lui nè al suo erede essere riconosciuto più alcun diritto all'eredità. Tuttavia non si deve dimenticare che in ambo i testi è supposto che l'erede sia già morto. Per tal modo egli è escluso naturalmente dall'eredità e con lui anche i suoi eredi quando sia trascorso un anno dalla delazione di essa. Quando pertanto l'imperatore dice che in questo caso anche i suoi eredi debbono essere esclusi o, come è detto nel secondo testo, che neppure ad essi compete più il diritto di adire l'eredità, non ne segue che anch'egli sarebbe escluso se fosse in vita. Questo basta però per respingere un'opinione secondo la quale una novità così importante e così profondamente modificativa del diritto vigente sarebbe stata introdotta implicitamente da una legge il cui scopo dichiarato era l'introduzione di un nuovo diritto di trasmissione. Così si spiega anche la scelta delle espressioni e in particolare la frase *is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur*, perchè altrimenti bisognerebbe riguardare come un beneficio non insignificante per l'erede stesso la facoltà di trasmettere il proprio diritto di accettazione agli eredi; certo non è ancora giustificata così la scelta di espressioni che troppo facilmente potevano dar luogo ad equivoci ¹⁰⁰⁾. Del resto si può, in favore del principio che il diritto dell'erede stesso non fosse limitato al termine di un anno, invocare ancora una costituzione di GIUSTINIANO dell'anno 531, la L. 3 Cod. *de edicto diri Hadriani tollendo* 6, 33, benchè

¹⁰⁰⁾ A parer mio infatti qui non può parlarsi di inconcepibilità, nè di assoluta inconsistenza dell'opinione avversa, nè in genere può usarsi alcuna di tali espressioni, quasi direi, scomunicanti. Vedi VANGEROW, *loc. cit.*, p. 158 seg. Secondo l'opinione ch'io pure accetto bisogna supplire con questo concetto intermedio: « come l'erede è escluso *ipso iure* per la sua morte, così sono esclusi gli eredi di lui pel decorso dell'anno ». I difensori della teoria della liberazione dicono invece: la morte dell'erede è indicata qui come condizione necessaria del diritto di trasmissione; la menzione della morte non è così necessariamente connessa colla parte dispositiva della legge, secondo la quale l'erede e gli eredi di lui debbono essere esclusi ambedue, da rendere inevitabile una interpretazione restrittiva di questa disposizione. I due presupposti sono per sè equivalenti e solo pei motivi sopra espressi è da respingere, per quanto io credo, la teoria della deliberazione.

essa non si riferisca alla nostra questione. L'erede testamentario poteva ottenere dentro l'anno l'immissione nel possesso delle cose corporali ereditarie ¹⁾; GIUSTINIANO ora determina fra le altre cose che questa *missio* possa esser domandata anche oltre l'anno finchè il possessore delle cose non possa invocare la prescrizione. Soltanto il diritto a questa *missio* e non il diritto di eredità si perdeva prima col decorso di un anno; in ogni caso però con questa costituzione emanata due anni dopo la L. 19 è riconosciuto che il diritto di adizione dell'erede non è legato al termine di un anno.

Gli scrittori più recenti sull'argomento si sono però senza eccezione dichiarati contro la teoria della deliberazione e ritengono invece che GIUSTINIANO abbia colla L. 19 Cod. *h. t.* introdotto soltanto un diritto di trasmissione ²⁾. A queste regole però non è stata portata alcuna modificazione colla L. ult. Cod. *h. t.*? No certamente, perchè nella L. ult. non si ha, come fu già osservato, alcuna disposizione diretta sul diritto di trasmissione, ed ancora in una Novella di GIUSTINIANO il diritto di trasmissione limitato ad un anno appare come diritto vigente ³⁾. GIUSTINIANO espone

¹⁾ PAOLO, *Rec. Sent.*, III, 5, 16.

²⁾ Vedi SCHOEMANN, *Handbuch* [Manuale], II, n. XII, e la recensione in *Jahrbücher*, ecc. [Annali di Heidelberg], 1808, II, p. 84 seg. THIBAUT torna alla sua prima opinione anche nell'aggiunta all'ultima edizione dei suoi *Saggi*, II, 184; UNTERHOLZNER, *Verjährungslehre* [Teoria della prescrizione], II, § 166; BUCHHOLTZ, *Zeitschrift*, ecc. [Rivista di diritto e procedura civile], X, p. 388-391; VANGEROW, *loc. cit.*, pag. 155-168 e le recensioni di questo scritto di PUCHTA e ARNDTS, negli *Annali* del RICHTER, 1840, fasc. I; MAYER, *Die Lehre von dem Erbrecht*, ecc. [Teoria del diritto ereditario secondo il diritto romano e moderno], vol. I, Berlino 1840, pag. 349-353. Fra i trattati che seguono questa teoria cito il WENING-INGENHEIM, § 503, e ora la nuova edizione, latina e tedesca, delle mie *Pandette*, § 703. Contro MACKELDEY, il quale sta ancora per la teoria della deliberazione, § 688, n. 2.

³⁾ Nov. 158. Cfr. *infra*, nota 8. Qui si considera soltanto il contenuto essenziale della Novella e più direttamente collegato colla nostra materia, ma la decisione offre occasione a risolvere un'altra questione con questa nostra non collegata, sulla quale può consultarsi *Rob. SCHNEIDER* nella traduzione tedesca del *Corpus iuris*, VII, p. 741, nota 6.

e decide il caso seguente. Una madre era morta lasciando un figlio impubere sotto i 7 anni, questi era morto pochi giorni dopo senza neppure avere avuto un tutore. Si presentarono due pretendenti all'eredità della madre, l'uno come prossimo erede di lei, l'altro come erede del figlio: il primo invocava una costituzione di TEODOSIO ¹⁾ secondo al quale l'impubere non avente tutore non poteva acquistare un'eredità come erede estraneo, per conseguenza qui si trattava dell'eredità della madre; GIUSTINIANO decide in favore degli eredi del figlio sulla base della sua L. 19 Cod. *h. t.* perchè il figlio era morto entro l'anno dalla morte della madre. Egli spiega poi come questo caso serva anche a chiarire la sua dichiarazione contenuta nella costituzione di promulgazione del Codice (*const. cordi nobis* § 3) che nel Codice non si trova nulla di superfluo nè di contraddittorio; la costituzione di TEODOSIO cioè vale ancora, ma solo pel caso che l'erede muoia dopo decorso l'anno e il termine di deliberazione; nei casi come il presente vale invece la L. 19. Le disposizioni del Codice non si adattano certamente in modo perfetto al caso deciso nella Novella perchè in essa è supposto che l'erede abbia avuto conoscenza della delazione dell'eredità e possa considerarsi come deliberante, ciò che non può dirsi certamente di un fanciullo inferiore ai 7 anni. Ma su ciò non insistiamo; basta per noi avere accertato che lungo tempo dopo la L. ult. la L. 19 era ancora riconosciuta nella pratica. Ma qui si domanda se il termine di trasmissione non possa per effetto della concessione di un termine di deliberazione divenire più breve. La L. ult. vuole che questo termine possa esser concesso soltanto una volta e non superi l'anno; essa non dice che il termine debba essere necessariamente di un anno se concesso dall'Imperatore e di nove mesi se concesso dal Giudice, dice solo che non deve essere dato alcun termine di durata più lunga ²⁾.

¹⁾ È la L. 18 Cod. *h. t.* Confr. HUGO, *Beiträge*, ecc. [Contributi alla conoscenza dei libri di diritto civile], pag. 449, 450; VANGEROW, *loc. cit.*, pag. 189, nota 48.

²⁾ Non è a credere che l'Imperatore abbia voluto togliere l'arbitrio del magistrato sull'apprezzamento della circostanza e sulla durata del termine:

Che cosa sarà da dire dunque se l'erede poco dopo la delazione chieda ed ottenga un termine più breve, per es. di soli tre mesi? Se il termine scorre durante la sua vita senza che egli abbia fatto alcuna dichiarazione, senza dubbio egli deve subirne il danno; ma i suoi eredi conserveranno non ostante il diritto di trasmissione legale durante un anno? Se si ammette ciò bisogna riconoscere che essi possano far valere un diritto già perduto dal loro autore, debba questo chiamarsi secondo la L. ult. § 14 *h. t.* un diritto di rinuncia o piuttosto di accettazione. Ciò contraddice a tutte le regole sui diritti e sugli obblighi degli eredi ⁶⁾, ma consegue necessariamente dal supposto che la L. 19 Cod. *h. t.* abbia ordinato che anche nel caso di termine di deliberazione domandato il diritto di accettare o di rinunciare entro l'anno dalla notizia si trasmetta agli eredi ⁷⁾ e che la L. 22 Cod. cit. non abbia implicitamente modificato nulla. In ogni caso se anche la prima cosa fosse esatta sarebbe più logico il considerare accolto colla L. 19 soltanto il principio che agli eredi debba passare il diritto di deliberare, non mai però oltre un anno dalla notizia della delazione giunta al loro autore, ammettendo che questo termine possa essere più breve quando prima abbia fine lo *spatium deliberandi*. In fatto però non è necessario di considerare ciò come richiesto dalla conseguenza; si può invece chiaramente dimostrare che questo è il contenuto effettivo della L. 19. In primo luogo è provato che l'imperatore fa dipendere la sua disposizione sul termine di trasmissione dal supposto che l'erede sia ancora nello stadio di deli-

le parole della L. ult. § 13 Cod. *h. t.* anzi nulla contengono che autorizzi a tal conclusione. In ciò io concordo pienamente col MAYER. *Erbrecht* [Diritto ereditario], pag. 348 seg., n.° a. Quando però questo scrittore sostiene che si possono domandare e ottenere più termini successivi, purchè questi sommati non superino il massimo, sostiene cosa inconciliabile colle parole della legge (vedi sopra, nota 57). Comunque non si può dubitare che vi sono anche eredi ai quali importa soltanto di essere posti in grado di poter deliberare e che non chiedono per ciò un termine maggiore di quello che loro pare necessario.

⁶⁾ L. 120 D. *de reg. iuris*, 50, 17.

⁷⁾ I più ammettono ciò come indiscusso. Vedi, per es., UNTERHOLZNER. *loc. cit.*, § 166, n. 1.

berazione e che questo diritto passi anche agli eredi, ma debba essere esercitato al più tardi entro l'anno dal giorno della notizia della delazione *). L'imperatore dunque non ha affatto intenzione di accordare agli eredi dell'erede diritti maggiori che a questo, anzi il diritto di loro deve essere limitato al termine di un anno; ed egli dice espressamente che tanto colui che ha domandato il termine per deliberare quanto colui che non ancora si è dichiarato, e perciò si deve considerare come deliberante, trasmettono il diritto di deliberare agli eredi purchè non sia trascorso un anno. Da ciò segue necessariamente che nel primo caso agli eredi dell'erede vien trasmesso tutt'al più lo spazio di tempo che sopravanza al termine concesso o, come dice chiaramente l'imperatore, l'erede trasmette il suo diritto di deliberare colla limitazione *ut unius anni spatium eadem transmissio fuerit conclusa*. Dopo aver espresso questo principio l'imperatore si occupa del caso che non sia stato ancora domandato un termine per deliberare e anche qui applica espressamente la disposizione sul termine annuale, ciò che senza dubbio egli fa per mettere in evidenza la diversità fra il caso in cui il termine per deliberare sia stato domandato e il caso inverso. Infine quest'opinione riceve una conferma assai chiara dalla Novella 158 citata sopra alla nota 3. L'imperatore narra ivi di aver emanata una legge secondo la quale l'erede può trasmettere agli eredi il diritto di deliberare: nel capo primo poi dice che la costituzione di TEODOSIO (L. 18 Cod. *h. t.*) deve valere soltanto quando l'anno sia già trascorso e il termine di deliberazione scaduto: ora poichè non vi è secondo l'opinione più esatta alcuno *spatium deliberandi* legale, ciò può essere inteso soltanto in questo senso: nel caso che non sia stato domandato alcun termine dentro l'anno e nel caso opposto quando il termine sia trascorso **). Per

*) Vedi L. 19 alle parole: *Ideoque sancimus — — conclusa*, e sul significato loro, sopra, a pag. 375. L'imperatore allude poi in una costituzione dell'a. 534 alla L. 19 con queste parole: « iis — — quae super his, qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis constituta sunt, in suo robore mansuris ». L. un. § 5 Cod. *de cad. toll.*, 6, 51.

**) Concorda in sostanza il BUCHHOLTZ, *Juristische Abhandlungen* [Dissertazioni giuridiche], n. II, pag. 78 seg.: ma nella *Zeitschrift* [Rivista

quel che riguarda poi la questione del momento dal quale decorre il termine di trasmissione si è sostenuto che esso decorre soltanto dal momento in cui l'erede dell'erede ha avuto conoscenza della delazione dell'eredità ¹⁰⁾: ma la legge dà all'erede dell'erede tutt'al più il diritto che competeva al suo autore e determina espressamente che il termine per la trasmissione decorre dal giorno in cui quest'ultimo ebbe la notizia. Ora poichè ogni diritto straordinario di trasmissione è un *ius singulare*, cioè una eccezione alla regola *hereditas nondum acquisita non transmittitur ad heredis heredem*, noi non siamo autorizzati a estendere per ragioni di equità il principio più oltre che la legge non dica: se pertanto l'erede dell'erede non può domandare una restituzione per motivi particolari, il decorso del termine è decisivo. Per gli stessi motivi deve escludersi l'applicazione del termine di trasmissione al caso che il testatore abbia posto nel testamento un termine per l'adizione perchè la legge parla espressamente soltanto di due casi, quando l'erede abbia chiesto un termine e quando non gli sia stato imposto alcun termine ¹¹⁾. Infine dobbiamo per la esplicita dichiarazione della legge limitare il diritto di trasmissione al caso che l'erede abbia avuto notizia della delazione dell'eredità, salvo che egli fosse morto prima dei sette anni perchè allora la trasmissione è ammessa senza tale limite.

Il risultato della trattazione che precede si può riassumere nei seguenti postulati:

1.° Il diritto di trasmissione stabilito nella L. 19 Cod. non ha luogo se l'erede muore prima di avere avuto notizia dell'eredità ¹²⁾. se muore dopo un anno da questa notizia senza aver fatto alcuna

[di diritto e proc. civile], *loc. cit.*, pag. 426, egli spiega ciò come una deroga tacita alla L. 19 mediante la L. 22.

¹⁰⁾ BUCHHOLTZ, *Rivista cit.*, p. 394.

¹¹⁾ THIBAUT, *Saggi*, p. 164-167: di altra opinione è il BUCHHOLTZ. *Dissertazioni*, p. 79 seg., nota 159.

¹²⁾ Ben inteso, se non abbia luogo la *transmissio ex capite in integrum restitutionis*, per es. quando l'erede assente *rei publicae causa* muoia prima di aver avuto notizia dell'eredità. Vedi L. 30 pr., L. 86 pr. D. *de acq. her.*, 29, 2. Confr. THIBAUT, *loc. cit.*, p. 182-183.

dichiarazione, se il testatore gli ha imposto un termine, muoia egli prima o dopo di questo, e infine se muore dopo il decorso del termine da lui ottenuto per deliberare senza aver dichiarato nulla. In questo caso del resto il pregiudizio *ex* L. ult. § 14 cit. ha luogo anche per i suoi eredi perchè questi non debbono potere accampare diritti migliori del loro autore e debbono perciò riconoscere ed adempiere i doveri che quest'ultimo si è assunto ¹³).

2.° Il diritto di trasmissione ha luogo quando l'erede muoia entro l'anno senza aver fatto alcuna dichiarazione, e quando muoia entro il termine concessogli per deliberare, ma in questa seconda ipotesi gli eredi non hanno altro tempo che quello che sopravanza del termine concesso e ancora sotto la condizione che non sia decorso un anno intero dalla prima notizia della delazione dell'eredità. Anche qui però grava sull'erede dell'erede il pregiudizio che secondo la L. 22 § 14 cit. colpisce l'erede che abbia rinunciato entro il termine prescritto, ma senza fare un inventario.

Esaminiamo ora la seconda questione principale, quella dei rapporti fra questo termine e il termine di tre mesi enunciato nella L. 22 § 1. È già stato osservato che nei tempi moderni questa questione ha richiamato particolarmente l'attenzione degli scrittori e per primi, che io sappia, del MAREZOLL ¹⁴) e di me ¹⁵). In sostanza noi concordiamo, senza però che uno abbia saputo dell'altro ¹⁶), nell'interpretare il testo così: chi non ha rinunciato all'eredità entro i tre mesi dalla notizia pervenutagli deve accettarla, se non abbia fatto un inventario ¹⁷) o domandato un termine per delibe-

¹³) BUCHHOLTZ, *Rivista di diritto e procedura civile cit.*, p. 430. Del *praedictum* in particolare si parlerà più oltre al § 1471.

¹⁴) Nell'*Archiv* [Archivio della pratica civile], VIII, Diss. X, n. VI, p. 268 seg.

¹⁵) Nella mia *Doctrina pandectarum*, 1.^a e 2.^a edizione, § 508, 3.^a edizione, § 695.

¹⁶) La dissertazione del MAREZOLL fu pubblicata quasi contemporaneamente alla prima edizione del vol. III della mia *Doctrina pandectarum*. È inesatta per ciò l'affermazione di alcuno, come l'ARNDTS, citata recens. p. 3, che io abbia seguito l'opinione del MAREZOLL.

¹⁷) Così è almeno secondo la teoria del MAREZOLL, il quale ammette che anche chi già accettò col beneficio d'inventario possa poi rifiutare.

rare. Secondo il MAREZOLL questi tre mesi sono uno *spatium deliberandi* legale coll'effetto che per il silenzio l'erede è considerato accettante senza beneficio d'inventario. In contrario si è osservato con ragione che la deliberazione in senso vero e proprio ha sempre servito a liberare gli eredi dalle responsabilità verso i creditori e legatari durante il termine di deliberazione e a dare all'erede la facoltà di esaminare le carte ereditarie e di alienare le cose soggette a guasto, tutte facoltà che non si possono applicare a chi non abbia ancora dichiarato nulla ¹⁸⁾. Secondo la mia teoria invece debbono distinguersi tre casi essenzialmente diversi: 1.° l'erede non dichiara nulla entro i tre mesi dalla notizia; in tal caso egli è necessariamente erede, in altri termini non può liberarsi dall'eredità; 2.° egli accetta l'eredità avendo fatto l'inventario entro il termine di legge: in tal caso egli resta erede ¹⁹⁾, ma non ne ha danno; 3.° l'erede domanda uno *spatium deliberandi*: in tal caso egli può rifiutare entro questo termine, ma tal domanda ha anche degli effetti speciali (L. ult. § 14 Cod. h. t.). Una difficoltà particolare che si oppone alla teorica di coloro i quali nel termine di tre mesi veggono un termine in pregiudizio del diritto di rinunciare, sta nel fatto che con esso non si può conciliare il termine della *bonorum possessio* ancora riconosciuto praticamente nel diritto giustiniano. Poichè ogni erede ha il diritto alla *bonorum possessio*, per la quale vi ha un termine di almeno cento giorni utili, scorsi i tre mesi, l'erede potrebbe sempre dire che gli compete ancora il diritto di accettare o rifiutare l'eredità come *bonorum possessor*, frustrando così lo scopo di quel termine. D'altro lato non si può ritenere che i termini della *bonorum possessio* siano stati aboliti tacitamente perchè

Io invece non ho mai sostenuto ciò, ma ho solo detto che chi fa l'inventario può adire subito senza pericolo. Vedi nota 19.

¹⁸⁾ BUCHHOLTZ, *Rivista cit.*, p. 440-441.

¹⁹⁾ I motivi addotti dal VANGEROW, § 9, 10, nell'*Archivio cit.*, p. 173. contro l'opinione sopra esposta non toccano la materia perchè essi sono fondati sul concetto che anche colui che è divenuto erede *cum inventario* debba restarlo.

nel Codice se ne parla ancora ²⁰⁾ e secondo la precisa dichiarazione di GIUSTINIANO tutto ciò che si trova nel Codice anche se derivante dai suoi predecessori, si deve intendere come scritto da lui ²¹⁾. Il MAREZOLL non ha considerato affatto questa difficoltà. Io invece ho cercato di superarla distinguendo fra la così detta *bonorum possessio* necessaria e quella utile e osservando che la legge non ha evidentemente pensato alla *bonorum possessio*. L'applicazione della legge però sarebbe completamente annullata se accanto ad essa dovesse esistere ancora il pieno diritto di ottenere la *bonorum possessio*. Ora la legge parla appunto soltanto di erede, ma questo non può naturalmente sottrarsi alle disposizioni di essa annullandone le conseguenze già avveratesi nascondendosi sotto la veste del *bonorum possessor*. Diversamente però vanno le cose nel caso dell'erede soltanto pretorio, il così detto *bonorum possessor* necessario: il suo diritto è un diritto straordinario collegato a condizioni particolari al quale non possono pertanto applicarsi le prescrizioni di legge che valgono per la successione ordinaria o regolare. Così io argomentavo, pur sentendo tutta l'insufficienza di questo argomento, ma partendo dal concetto che la L. ult. § 1 abbia introdotto un termine di tre mesi per la rinuncia io non sapevo spiegarmi diversamente il contemporaneo accoglimento dei principî sui termini della *bonorum possessio* e di quella disposizione e non sapevo conciliare le due cose altrimenti che supponendo che fosse ancora rimasto invariato l'antico diritto nei casi nei quali la successione dipendeva necessariamente dalla domanda di una *bonorum possessio* ²²⁾. Un'altra contraddizione con altre disposizioni di legge difficilmente conciliabile consiste nel fatto che il termine legale di trasmissione di un anno non si concilia colla nuova dottrina; secondo questa la L. 19 Cod. *h. t.* potrebbe avere soltanto il significato che l'erede trasmetta lo spazio di tempo che ancora gli resta per rifiutare o accettare l'eredità.

²⁰⁾ L. 2 e 4 C. *qui admitti ad bon. poss. possunt*, 6, 9.

²¹⁾ Const. *Deo Auctore*, § 6, 7; Const. *Tanta*, § 20.

²²⁾ Vedi la mia *Doctr. Pand.*, III, § 696.

Ma se anche egli si fosse lasciato indurre a ciò dal bisogno, quantunque qui si presenti sempre la questione se non sarebbe stato meglio accogliere questo principio nella L. ult. anzichè coll'accoglimento della L. 19 immutata dare occasione ad errori, il termine regolare di trasmissione di un anno è riconosciuto dodici o tredici anni dopo la L. ult., con rinvio anche alla L. 19, nella Novella 158.

Queste stesse difficoltà si oppongono però anche alla teoria opposta, la quale ammette che la L. ult. § 1 cit. abbia ordinato un termine pregiudiziale per l'adizione, vale a dire abbia disposto che chi dentro i tre mesi non si fosse dichiarato fosse escluso dall'eredità, ma morendo entro questo termine trasmettesse il resto di esso ai suoi eredi, dal che seguiva che dentro questo tempo e non oltre dovesse anche domandarsi l'eventuale termine di deliberazione, essendo ciò impossibile dopo che l'erede fosse stato escluso ²³). Non occorre un lungo discorso per dimostrare che anche con questa teoria però sono inconciliabili i termini per la domanda della *bonorum possessio* e la conferma espressa del termine regolare di trasmissione di un anno ²⁴). Contro tutte due le teorie poi si può opporre un argomento tratto dalla L. 36 § 2 Cod. *de inofficioso test.*, 3, 28. Secondo questo testo deve ammettersi, a favore dei legittimari, che l'erede istituito abbia accettato l'eredità, quando egli non abbia dichiarato nulla dentro il termine di sei mesi od un anno. Se fosse ammesso un termine pregiudiziale di tre mesi gli eredi necessari si troverebbero in una condizione inferiore a tutti quelli che possono accampare diritti contro l'erede; per questi basterebbero tre mesi, mentre per

²³) BUCHHOLTZ, *Rivista cit.*, p. 433 seg., n. VI. L'opinione che l'erede sia escluso quando non deliberi entro tre mesi è un'opinione vecchia e si trova già nella *Glossa mensium ad h. l.* (Vedi WESTPHAL, *Vorlegung und Eröffnung der Testamente* [Deposito e apertura dei testamenti], § 338. p. 187 e anche *infra*, nota 59); ma ivi non appare giustificata da buone ragioni, nè si sono prese in considerazione le difficoltà che nascono per l'applicazione di altre disposizioni di legge, di maniera che nella sua forma completa questa opinione è da attribuirsi all'età moderna.

²⁴) Vedi VANGEROW, *Diss. cit.*, *loc. cit.*, p. 200 seg., n. 3, 4.

quelli occorrerebbero sei mesi od un anno. Ancor meno può la disposizione della L. 36 § 2 conciliarsi colla seconda teoria: se l'erede istituito può essere escluso dopo soli tre mesi, ciò costituisce evidentemente un miglior diritto per i chiamati alla successione intestata che se questi dovessero per ottenere lo stesso risultato intentare l'azione dopo un più lungo periodo di tempo ²⁵).

Non resta adunque per ammettere l'esistenza di un termine pregiudiziale altro argomento che le parole della legge. L'imperatore fa precedere alla sua disposizione una dichiarazione del senso seguente: i chiamati all'eredità non hanno affatto l'obbligo di compilare un inventario; chi è deciso ad accettare l'eredità in ogni caso non ha bisogno d'inventario, ma per lui s'intende acquistata l'eredità senz'altro per dichiarazione espressa o tacita ²⁶): invece chi sia deciso a non immischiarsi nell'eredità deve subito, senza attendere il termine per l'inventario e senza domandare uno *spatium deliberandi*, dichiarare la sua intenzione e così resterà libero senz'altro dai pericoli dell'eredità.

« Similique modo, si non titubante animo respuendam vel abstinendam esse crediderit hereditatem, et apertissime *intra trium mensium spatium ex quo ei cognitum fuerit* scriptum se esse, vel vocatum heredem, ei renuntiet: nullo nec inventario, faciendo, nec alio circuito exspectando *si alienus ab huiusmodi hereditate, — sive onerosa, sive lucrativa sit* » ²⁷).

²⁵) VANGEROW, *loc. cit.*, p. 184, n. 2, p. 201, n. 5. Altri argomenti tratti dallo scopo della L. ult. C. h. t. contro le due opinioni non meno che contro l'opinione del MAREZOLL e del BUCHHOLTZ, che chi ha fatto l'inventario possa ancora durante il termine per l'inventario rinunciare, possono vedersi in VANGEROW a pag. 173-79. Cfr. anche ARNDTS, *Recens. cit.*, pag. 21-25.

²⁶) Le parole *vel sese immischerit, ut non postea eam repudiet* devono, secondo il PUCHTA, *Rec. cit.*, p. 10, intendersi nel senso di chi si immischia, non come semplice deliberante, chè tale immistione non nuoce al diritto di ripudiare, ma senza alcuna riserva.

²⁷) Così legge e così punteggia con molti altri editori lo SPANGENBERG. Altri, per es. il BECK, hanno colla stessa lezione una interpretazione un po' diversa perchè prima di *nullo* mettono una virgola invece di due punti; ma ciò non influisce affatto sul senso. Di altre varianti parleremo più oltre.

Se si parte dalla regola generale d'interpretazione che nel dubbio ogni espressione di legge si deve ritenere esatta e si deve il meno possibile ritenere invece una espressione superflua o priva di significato, bisogna dichiarare i tre mesi come un termine perentorio. Quelli dunque che ritengono gli eredi legati all'eredità dopo questo termine argomentano così: chi rinuncia dentro tre mesi è liberato dagli oneri dell'eredità, chi non rispetta questo termine, vale a dire chi lo lascia passare senza fare dichiarazione alcuna, è legato alla eredità, *non alienus sit ab hereditate*. Il MAREZOLL invoca la testimonianza di EUSTAZIO; nel libro sulla divisione del tempo (*αὶ ῥεπαί*) attribuito a questo scrittore è detto che l'erede istituito deve rinunciare entro i tre mesi e che non è obbligato verso i creditori neppure se sapesse da prima che era erede ²⁸). Anche astraendo però dalla scarsa autorità che può attribuirsi ad uno scritto che noi possediamo soltanto per estratto ²⁹), non è chiaro neppure che cosa volesse dire l'epitomatore affermando che se egli rinuncia entro i tre mesi non è tenuto verso i creditori, « posto pure che già prima avesse avuto notizia dell'eredità a lui deferita ». Poteva forse dubitarsi che l'erede potesse essere tenuto per le obbligazioni ereditarie pel fatto che non aveva rinunciato all'eredità tosto che ne aveva conosciuto la delazione? Qui deve esser caduto qualche cosa dal testo, oppure deve essere stata fraintesa la fonte di questa dichiarazione e perciò essa non merita fede. Il VANGEROW ³⁰), pur dichiarandosi contro questa teoria, suggerisce ai suoi avversari un argomento a loro favorevole da nessuno prima usato, la testimonianza dei *Basilici* i quali secondo la sua versione, che è più esatta di quella del FABROT, così scrivono:

« Et eodem modo, si non titubante animo respuendam vel abstinendam sibi hereditatem esse credet, aperte intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit scriptum se esse vel vocatum

²⁸) Ed. ZACHARIAE, *op. cit.*, Heidelberg 1836, p. 154, cap. XV, 2.

²⁹) Vedi ZACHARIAE, *Prelegomena* alla sua ediz., p. 52.

³⁰) *Diss. tedesche*, p. 170 seg.

heredem, renunciēt nullo vel inventario faciēdo, nec alio circuitu exspectando, et sit alienus ab hujusmodi hereditate — ³¹⁾.

Nel manoscritto di Gottinga si leggono queste parole sostanzialmente concordanti:

« Similique modo; si non titubante animo — — — crediderit hereditatem: ei appertissime intra trium mensium spatium — — — renunciet — — — — exspectando et sit alienus ».

Se la traduzione dei *Basilici* e la lezione del Codice di Gottinga sono esatte, GIUSTINIANO, dice il VANGEROW, ha espresso in modo chiaro e preciso il principio che quegli il quale vuole esonerarsi dall'eredità deve rinunciare dentro tre mesi. Egli ritiene ciò provato in modo così sicuro che crede di poter distruggere questo argomento soltanto dimostrando l'erroneità della interpunzione e della lezione del testo ³²⁾. Chi però non trova nella costituzione di GIUSTINIANO, neppure nella lezione ordinaria, un termine perentorio di tre mesi non troverà alcun grave ostacolo, a mio parere, neppure nella lezione discordante o nel passo dei *Basilici*. I tre mesi devono sempre lasciarsi da parte in certo senso. Ora, se ciò è, non vedo perchè anche il testo dei *Basilici* non possa parafrasarsi in modo analogo: chi è deciso a non accettare l'eredità non ha bisogno d'inventario nè di domandare un termine per deliberare, egli rinuncia senza indugio ed è libero dall'eredità. La stessa interpretazione si può dare secondo la lezione del Codice di Gottinga.

Se poi si ritiene la menzione dei tre mesi per *verba legis dispositiva* e si congiunge colle parole finali *sit alienus ab hereditate*, allora è facile trovare in esse la sanzione che colui il quale non si sia dichiarato entro quel termine deve accettare l'eredità. In

³¹⁾ A ragione il VANGEROW critica il FABROTO di cominciare la proposizione finale con *nullo vel inventario*, ecc., ciò che è inconciliabile con l'intera costruzione del passo. Ma io non ho ben capito perchè prima di *aperte* e dopo *credet* egli ponga un punto e virgola anzi che una virgola. Ciò non influisce sul senso, ma il punto e virgola separa senza necessità le due proposizioni.

³²⁾ Vedi pag. 189 seg., § 12. Gli argomenti fondamentali saranno esposti e criticati più oltre.

contrario sono stati addotti principalmente i seguenti argomenti ³³). In primo luogo si è detto che questa conclusione si fonda sopra un argomento *a contrario* che qui *hereditati non renunciati intra trium mensium spatium non sit alienus ab hereditate*; ora *non alienus ab hereditate* è non solo colui che sia divenuto erede, ma anche colui che non è stato ancora escluso, che ha ancora la scelta se accettare o rinunciare: ciò dimostra dunque l'assoluta inammissibilità dell'argomento *a contrario* ³⁴). Questa osservazione però non è del tutto accettabile. In questa interpretazione astrattamente esatta delle parole *non alienus sit ab hereditate* non si è tenuto conto della connessione di queste con ciò che precede, dalla quale soltanto può apparire il vero significato del contrapposto. Posto che il principio *qui intra tres menses hereditati renunciati alienus sit ab hereditate* abbia efficacia pienamente dispositiva, le ultime parole non possono avere significato diverso, da questo *non sit obnoxius hereditati*, onde il contrapposto logico: *qui non renunciati intra tres menses obnoxius sit hereditati*. In secondo luogo si oppone che con un tal risultato le parole *nullo nec inventario nec alio circuitu expectando* sono del tutto dimenticate, mentre appunto in queste parole è il nocciolo della regola ³⁵). Nella giustificazione sopra tentata dell'argomento *a contrario* non si è tenuto alcun conto di quelle parole, ma ciò non vuol dire che tenendone conto questo argomento venga ad essere completamente escluso come affermano gli avversari.

Quanto sia difficile qualunque interpretazione del testo e la impossibilità di trovare in esso una connessione logica e grammaticale altrimenti che per via artificiosa è cosa che nessuno, che abbia seriamente tentato di interpretarlo, potrà disconoscere. I difensori della teoria qui oppugnata trovano nel testo il seguente nesso: chi rinuncia senz'altro all'eredità entro i tre mesi è libero dai pesi

³³) Altri argomenti addotti contro questa interpretazione debbono esser presi in esame più oltre, perchè essi son diretti anche contro la teoria del BUCHHOLTZ.

³⁴) ARNDTS, *Révisione cit.*, p. 22-23; MAYER, *loc. cit.*, p. 346 seg.

³⁵) VANGEROW, *loc. cit.*, p. 180 seg.; ARNDTS, *loc. cit.*, p. 22.

di questa anche senza il bisogno di redigere un inventario, pel quale sarebbe liberato dall'onere di sopportare completamente le obbligazioni ereditarie, o di domandare uno *spatium deliberandi*, che gli procurerebbe un più lungo termine per la rinuncia; in caso diverso egli deve sopportare il pagamento dei debiti completamente e senza alcuna diminuzione. Benchè io non sia più fra i sostenitori di questa teoria, credo tuttavia di poter affermare che questa interpretazione non contraddice alle espressioni letterali del testo più di qualsiasi altra a me nota. Vediamo ora se il senso letterale del testo concordi anche con la teorica difesa dal BUCHHOLTZ, secondo la quale si dovrebbe ammettere al contrario che l'erede il quale non faccia alcuna dichiarazione entro i tre mesi sia escluso dall'eredità. Se questa opinione avesse un qualche fondamento meriterebbe una preferenza di fronte alla prima, perchè una esclusione dall'eredità per non avere dichiarato nulla entro i termini prescritti dalla legge è naturale, mentre l'obbligo di accettare l'eredità pel solo fatto che non si sia dichiarato nulla entro quel termine non solo è contrario a qualsiasi analogia di diritto, ma è anche cosa contraria in modo gravissimo al naturale andamento delle cose³⁶). Il BUCHHOLTZ fonda la sua opinione principalmente sopra una modificazione della interpunzione ordinaria, ponendo egli una virgola dopo la parola *expectando*, onde il periodo successivo comincia con le parole *sit alienus ab hereditate*: il complesso del testo viene pertanto da lui parafrasato nel modo seguente: chi dentro i tre mesi non abbia fatto l'inventario nè chiesto il termine per deliberare, e neppure accettato puramente e semplicemente, si considera come *apertissime renuncians*; o stando più attaccati alla lettera: se alcuno abbia rinunciato all'eredità anche col semplice non avere dentro i tre mesi fatto l'inventario, ecc., è escluso da essa³⁷). L'essere questa interpretazione fondata sopra un mutamento di interpunzione non è un ostacolo, perchè è risaputo

³⁶) La quale non può essere ammessa, almeno se non vi sia una disposizione chiara di legge, come esiste riguardo al termine per deliberare. Vedi § 1469 b.

³⁷) BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, p. 396 seg.

che l'interpunzione è opera degli interpreti, gli errori dei quali hanno bisogno ancora di molte correzioni. Neppure può essere un ostacolo il fatto che l'imperatore usi le parole introduttive *similique modo*, mentre mancherebbe ogni analogia fra i due principi contenuti nel § 1³⁸). Se GIUSTINIANO voleva veramente esprimere il concetto che il BUCHHOLTZ gli attribuisce, egli poteva benissimo usare le parole introduttive *simili modo*, perchè esse non indicano una somiglianza di casi ma di rapporti, precisamente come la nostra parola *similmente*. Dunque l'imperatore vuol prima determinare in quali casi l'eredità deve considerarsi rinunciata e dice che chi adisce l'eredità senza fare inventario dimostra di volerla accettare com'è con tutti i diritti e con tutti gli oneri: *similmente* chi rinuncia puramente e semplicemente o dimostra la sua volontà di non acquistare l'eredità col non fare l'inventario o non domandare uno spazio per deliberare nel termine di legge, deve essere senz'altro escluso. Non so che cosa si possa obiettare contro la coerenza di questa esposizione. Se esaminiamo però il modo come GIUSTINIANO si esprime effettivamente, appare impossibile che egli abbia detto ciò che il BUCHHOLTZ gli fa dire. Certo le due decisioni sono contrapposte tra loro, ma al primo caso, che l'erede deciso ad accettare lo faccia senza indugio, si deve contrapporre logicamente l'altro di quello che deciso a rinunciare lo dichiara senza indugio. L'imperatore poteva benissimo imporre all'erede un termine di tre mesi per fare la sua dichiarazione e poteva anche stabilire che chi entro tale termine non faccia l'inventario e non chieda uno spazio per deliberare debba considerarsi come rinunciante. Ma tutto ciò può ritrovarsi nelle parole della legge? Essa dice che il chiamato all'eredità deve rinunciare apertissimamente; questo, che è il contrapposto necessario della determinazione precedente, è da aspettarsi; secondo la teoria del BUCHHOLTZ esso manca invece completamente e l'imperatore si limita a dire che l'erede deve rinunciare tralasciando di far l'inventario o di domandare un termine. Questo però sarebbe privo di senso. Il legislatore avrebbe disposto

³⁸) VANGEROW, pag. 196.

per tal modo come deve avvenire la rinuncia, escludendo così ogni rinuncia espressa. Il BUCHHOLTZ sente questo lato debole della sua interpretazione e perciò interpreta le parole della legge nel senso che quelle trascuranze equivalgono alla rinuncia. Ma anche astraendo dall'osservare che bisognerebbe ancora completare il concetto fondamentale « chi rinuncia puramente e semplicemente non è più in alcun rapporto coll'eredità », come si può designare il semplice silenzio quale apertissima rinuncia? Ancora, l'imperatore non dice che chi non fa inventario, ecc. rinuncia apertamente e puramente, ecc. Nè su ciò può elevarsi dubbio alcuno quando si noti che nel testo è detto *intra trium mensium spatium*. Ora, come si concilia con queste parole il concetto che il decorso del termine senza aver dichiarato nulla costituisca una presunzione legale di rinuncia? In altre parole, come si può trovare un nesso logico in questo ragionamento: l'erede deve rinunciare entro tre mesi, se ciò non avviene si ritiene che egli abbia rinunciato? Ciò basta per dimostrare che quella teoria è del tutto inconciliabile colle parole della legge ³⁹⁾.

Sono invece poco gravi alcune altre obiezioni che si sono opposte a questa ed anche alla prima teoria, come quella che colui il quale deve deliberare entro nove mesi od un anno non può essere costretto ad accettare o rinunciare entro tre mesi e che nelle parole della legge non si trova alcuna espressione dalla quale possa conseguire una coazione od accettare, rifiutare o domandare entro quel tempo un termine per deliberare ⁴⁰⁾. Ma l'ultima parte della legge autorizza ad ammettere la possibilità di questa disposizione: e chi potrebbe del resto negarla? Anzi se altri argomenti non si opponessero ad essa si dovrebbe nella menzione dei tre mesi e dell'*alius circuitus* vedere un cenno chiaro del fatto che l'erede, il quale non abbia entro i tre mesi domandato un termine per deliberare, debba essere considerato come accettante, secondo la prima teoria, o come rinunciante, per la seconda. Ma

³⁹⁾ ARNDTS, *loc. cit.*, pag. 24 seg.; MAYER, *loc. cit.*, p. 344 seg. n. a.

⁴⁰⁾ MAYER, pag. 345.

poichè come abbiain visto ambedue le teorie sono difficilmente o meglio non sono affatto conciliabili con altre disposizioni di legge. si può anche richiamarsi all'argomento che un mutamento così essenziale dell'antico diritto non può ammettersi senza una chiara disposizione di legge ⁴¹).

Analoga obiezione può farsi anche all'opinione espressa dal PUCHTA ⁴²). Secondo lui l'imperatore dispone nel § 14 che quegli che domandi un termine per deliberare e non faccia anche contemporaneamente l'inventario sia obbligato poi, ove rinunci entro il termine, a restituire l'eredità secondo il *iusiurandum in litem* degli interessati ⁴³). Il PUCHTA crede che lo stesso valga anche per quello che non abbia domandato alcun termine di deliberazione, ma rinunci dopo i tre mesi. I tre mesi sarebbero così un termine pregiudicievole, non però per l'adizione nè per la rinuncia, ma soltanto per evitare il danno che colpisce l'erede il quale non abbia fatto un inventario. Una conferma di questa opinione trova il PUCHTA nella lezione di Gottinga che egli accetta e che senza dubbio dovettero avere dinanzi agli occhi anche gli autori dei *Basilici* (vedi sopra pag. 388-89). Secondo quella lezione la particella *si* non deve essere congiunta con *renunciet*, ma quest'ultima parola invece deve essere unita al periodo seguente, onde il senso che segue: Se l'erede non vuole acquistare l'eredità deve rinunciare entro i tre mesi senza fare un inventario e senza chiedere un termine per deliberare, *et sit alienus ab hereditate*. Ma queste parole significano forse che egli sia libero dai danni che lo colpirebbero se rinunciasse in seguito? E se esse potessero significare ciò si

⁴¹) MAYER, pag. 346.

⁴²) Prima brevemente nella recensione dello scritto del MAREZOLI, pubblicata negli *Annali* [Jahrbücher] dello SCHUNCK, III, pag. 39 seg.; più diffusamente poi nella recensione dello scritto del VANGEROW, *loc. cit.* p. 12 16 e anche nella *Pandette*, § 491.

⁴³) PUCHTA e VANGEROW chiamano questo un giuramento di manifestazione, col qual nome si designa propriamente il giuramento che i possessori o amministratori di un patrimonio debbono prestare di adempiere pienamente l'obbligo loro incombente di restituzione. Cfr. MALBLANC. *Doctrina de iureiurando*, § 48.

trova nel testo il più lontano accenno che GIUSTINIANO pensasse qui al danno di cui egli viene a parlare soltanto nel § 14 e per evitare il quale egli dispone debba chiedersi il termine per deliberare? La semplice possibilità che il legislatore abbia pensato ciò o la difficoltà di spiegare altrimenti il significato del termine di tre mesi non autorizzano l'interprete a dare alle parole un senso che è loro estraneo ⁴¹).

Le opinioni sin qui espresse partono tutte, benchè ciascuna poi proceda per vie diverse, dal concetto che il termine della L. ult. § 1 sia un termine pregiudiziale coll'osservanza del quale soltanto possono evitarsi taluni danni. Una via diversa batte il VANGEROW. Secondo lui GIUSTINIANO voleva dire che chi rinuncia chiaramente e semplicemente non può più fare l'inventario e non ha più da sperare altro, egli ha rinunciato subito ad ogni pretesa all'eredità ⁴⁵). Secondo questa interpretazione la rinuncia non servirebbe ad evitare un danno, ma fonderebbe invece un pregiudizio perchè non sarebbe più possibile accettar l'eredità neppure se il termine prescritto per l'inventario non fosse al tempo della rinuncia ancora trascorso e perciò soltanto è fatta menzione secondo il VANGEROW del termine di tre mesi; invece se esistesse ancora un dubbio sulla serietà della rinuncia sarebbe sempre possibile sino al decorso

⁴¹) Cfr. VANGEROW, *loc. cit.*, p. 203 seg., § 18. Alcuni degli argomenti di lui però non sono convincenti e già il PUCHTA li confuta nella sua recensione. Un'opinione molto simile a quella del PUCHTA è stata difesa di recente dal SINTENIS in una dissertazione inaugurale, *Capita selecta ex iure civili*, Giessen 1840, cap. III, pag. 67 seg. Egli ritiene che il decorrere del termine di tre mesi senza alcuna dichiarazione dell'erede abbia per effetto che i creditori, i legatari, ecc. possano domandare al giudice di costringere l'erede a decidersi entro un nuovo termine, e se entro questo l'eredità sia rifiutata, si applichino le disposizioni del § 14 contro l'erede deliberante, essendosi col decorso dei tre mesi acquistato il diritto a far l'inventario. Questa opinione risponde alla legge meglio di quella del PUCHTA, in quanto per essa il danno minacciato nel § 14 tocca ancora l'erede deliberante: ma, oltre le ragioni sopra addotte, può ad essa obbiettarsi che essa conduce necessariamente alla conseguenza che prima dei tre mesi non possano i creditori, o legatari, ecc., spingere l'erede alla dichiarazione.

⁴⁵) VANGEROW, p. 206 seg., § 19-21.

del termine per l'inventario ricorrere al beneficio d'inventario. Il VANGEROW cerca di confortare la sua opinione osservando che GIUSTINIANO cercò colla sua disposizione di evitare il concetto che all'erede rinunciante competesse ancora un diritto di pentirsi entro il termine per l'inventario, concetto che facilmente avrebbe potuto nascere pel fatto che nell'antico diritto, finchè il termine per la crezione non era decorso, la dichiarazione di non voler essere erede non poteva pregiudicare il chiamato ⁴⁶⁾. Che tale opinione potesse nascere e che GIUSTINIANO volesse cercare di evitarla colla sua disposizione è un concetto ammissibile ⁴⁷⁾, ma questo è anche a parer mio l'unico merito di questa opinione. Per non essere frainteso osservo che contro la verità del principio che chi ha una volta rinunciato all'eredità non può più fare l'inventario o domandare un termine per deliberare, nulla si può obiettare. Si tratta solo di sapere se GIUSTINIANO volesse dire ciò e se con tale interpretazione si spieghi in modo soddisfacente la menzione dei tre mesi. Questo solo è discutibile e questo io nego. Il VANGEROW vuole sciogliere la costruzione participiale *nullo nec inventario faciendo etc.* in questo modo:

« Qui apertissime intra trium mensium spatium renunciatur, alienus sit ab hereditate, *nec inventarium faciat, nec alium circuitum expectet* ».

Certo il latino di GIUSTINIANO non va preso troppo alla lettera e anch'io sono di opinione che l'imperatore in tutto questo discorso era dominato da un pensiero un po' oscuro, che si può esprimere presso a poco in quella forma, benchè però con un senso un po' diverso. Ma come si può dire che quelle parole non possano anche grammaticalmente avere altro senso? ⁴⁸⁾. Io non arrivo a capirlo ⁴⁹⁾.

⁴⁶⁾ GAIO, II, 168.

⁴⁷⁾ Vedi però le osservazioni contrarie dell'ARNDTS *loc. cit.*, p. 26 seg.

⁴⁸⁾ VANGEROW, *loc. cit.*, pag. 208. Egli si richiama anche alla diversità delle espressioni usate nelle due proposizioni del § 1, ma in fondo egli ritiene soltanto che la sua interpretazione appaia giustificata dal nesso logico.

⁴⁹⁾ Si ritenga il *faciendo* come gerundio, nel qual caso però vorrebbe il caso del verbo, che è l'accusativo, o si ritenga un participio futuro passivo, esso non può mai esprimere un divieto d'inventario o di domanda di un termine per deliberare.

Tuttavia se anche fosse possibile di intendere in quel senso per ragioni grammaticali le parole sopra enunciate, ciò non si concilierebbe colla costruzione del periodo. Ciò appare nel modo più chiaro quando si ammetta la soluzione sopra proposta, ma si mantenga la costruzione della legge, perocchè ne verrebbe il seguente concetto:

« Si non titubante animo . . . abstinendam esse crediderit hereditatem, et apertissime intra trium mensium spatium — — — ei renuntiet, nec inventarium faciat, nec alium circuitum expectet, alienus sit ab hereditate ».

Ciò può tradursi così: chi rinuncia entro tre mesi e in quel termine non ha fatto domanda d'inventario nè di uno spazio per deliberare non è più considerato avere alcun rapporto con l'eredità, oppure anche: chi ha rinunciato e ha in tal modo dimostrato di voler essere estraneo all'eredità non può fare inventario, ecc. ⁵⁰⁾. Il VANGEROW sente questo lato debole della sua interpretazione e infatti egli pone le parole *alienus sit* avanti a *nullo inventario faciendo*, ma poichè questa trasposizione non si può giustificare con alcun argomento non occorrono molte parole per dimostrarne la insostenibilità. Il VANGEROW invoca anche un altro argomento a sostegno della sua opinione, egli nota che le parole *apertissime renuntiet* ricevono per essa sola un giusto significato perchè l'imperatore vuol dire con esse che quando vi sia un dubbio sulla serietà della rinuncia si può sempre ricorrere al beneficio d'inventario. Ma questo argomento potrebbe essere anche invocato dai sostenitori della terza opinione ⁵¹⁾ e in nessun caso ad un argomento di natura così accessoria si può dare tanto peso da fondarvi sopra una interpretazione così gravemente contraddittoria alle regole grammaticali. Il VANGEROW si fa invece da sè stesso

⁵⁰⁾ Forse si potrebbe pensare che dinnanzi ad *alienus* dovesse porsi un punto e virgola, in maniera che queste parole significassero: egli deve per la rinuncia essere estraneo per sempre all'eredità. Ma questo concetto contraddice al nesso logico complessivo, come apparirà facilmente da un semplice sguardo superficiale all'intero testo.

⁵¹⁾ PUCHTA, *Recensione citata*, pag. 11.

L'obiezione che anche colla sua teoria le parole *simili modo* non sembrano facilmente spiegabili perchè non esiste somiglianza fra le due decisioni: egli tuttavia cerca di distruggere l'obiezione osservando che la somiglianza esiste sempre nel fatto che l'imperatore dispone che per ambedue i casi non deve aver luogo il beneficio d'inventario. Non ha invece valore quanto in contrario ha osservato il suo recensente ⁵²⁾ perchè una spiegazione soddisfacente di quella formula congiuntiva non richiede necessariamente una analogia materiale ⁵³⁾. Più forte è invece l'altra obiezione che il VANGEROW si oppone da sè stesso, che cioè secondo la disposizione dello stesso GIUSTINIANO l'inventario deve essere cominciato entro i primi trenta giorni, da che segue che dopo il decorso di questo termine non si può più ricorrere al beneficio d'inventario. Ora se l'imperatore avesse voluto dire veramente ciò che il VANGEROW gli fa dire avrebbe dovuto nominare non già il termine di tre mesi, ma quello di trenta giorni. Veramente, egli segue, anche questa eccezione sarebbe fondata se avessimo a che fare con un legislatore che avesse l'abitudine di pesare le sue parole, ma, com'è noto, questa non era la maggior forza di GIUSTINIANO e perciò non possiamo neppure meravigliarci che egli enunci qui l'intero termine per l'inventario, sebbene io conceda che il pensiero sarebbe stato espresso con maggior precisione se egli avesse fatto menzione soltanto del termine stabilito per il principio dell'inventario ⁵⁴⁾. In queste dichiarazioni deve in ogni caso vedersi una confessione evidente che anche secondo l'interpretazione qui esposta e anche se essa dovesse in tutto il resto accogliersi come buona non si potrebbe avere mai una spiegazione pienamente soddisfacente del motivo pel quale l'imperatore parla qui in generale dei tre mesi ⁵⁵⁾.

Su questo punto sono d'accordo anche tre degli scrittori che si

⁵²⁾ PUCHTA, *loc. cit.*, pag. 12.

⁵³⁾ Vedi sopra, pag. 391.

⁵⁴⁾ *Loc. cit.*, pag. 207, nota 64.

⁵⁵⁾ L'interpretazione del VANGEROW è respinta, oltre che dal PUCHTA, dall'ARNDTs nella cit. recensione, p. 26-27.

sono dopo d'allora occupati della questione e che giungono tutti tre alla medesima conclusione sebbene nessuno conoscesse l'opinione dell'altro. Così nella nuova edizione del mio trattato di *Pandette*⁵⁶⁾: « le parole in questione non si debbono intendere nè nel senso che l'erede che non abbia fatto dichiarazione debba accettare l'eredità, nè di un termine di deliberazione di tre mesi col decorso del quale il diritto degli eredi sparisce. Il testo contiene soltanto l'osservazione superflua ed oscura che l'erede può senz'altro, cioè anche senza l'indugio derivante della confezione di un inventario o dalla domanda di un termine di deliberazione, accettare o rifiutare l'eredità »⁵⁷⁾. In simil modo si esprime l'ARNDT'S⁵⁸⁾, la cui

⁵⁶⁾ § 703 della 3.^a ediz. tedesca e della 4.^a latina.

⁵⁷⁾ Nella nota 22 ivi è ammesso, del resto, che il termine per deliberare debba domandarsi entro tre mesi, e si porta per argomento il fatto che GIUSTINIANO congiunge il termine di tre mesi per la confezione dell'inventario con altra via più lunga (*alio circuitu*), colla quale si allude evidentemente al termine di deliberazione che si può domandare. Questa affermazione pura e semplice avrebbe potuto significare un ritorno alla teoria del BUCHHOLTZ, ciò che sarebbe stato una grave inconseguenza. Ma io ho messo espressamente il lettore in guardia, rimandando alla nota 10, nella quale si parla del termine di trasmissione di un anno; però non avrei dovuto parlare qui di un termine di deliberazione di tre mesi, benchè neppure il BUCHHOLTZ, pag. 44 della diss., come tale lo consideri. La mia opinione era che dopo il decorso dei tre mesi nè il chiamato, nè il suo erede possono più essere esclusi, come ammette invece il BUCHHOLTZ, p. 396 seg., 436; l'ultimo può solo, se il suo autore sia morto senza far la dichiarazione, accettare ancora entro un anno dalla notizia della delazione, il chiamato stesso però, quando vi siano premure degli interessati, deve decidersi subito dopo scorsi i tre mesi senza poter domandare alcun nuovo termine di deliberazione. Con questa teoria si conciliano benissimo le altre disposizioni di legge e ad essa non ostano quindi le difficoltà che si oppongono alla teoria MAREZOLL-BUCHHOLTZ. Ma anche per essa il termine di tre mesi appare come un termine pregiudiziale, onde non potea dirsi, come nel testo, che l'enunciazione dei tre mesi sia superflua. Dopo aver ripetutamente considerata la cosa io abbandono l'opinione che i tre mesi possano in qualsiasi riguardo considerarsi come un termine pregiudiziale e resto fermo all'opinione espressa nel testo senza modificazione alcuna, sopra tutto per la ragione espressa poco sopra che novità di questa specie non possono ammettersi se non siano espressamente attestate dal legislatore; ciò che qui non è.

⁵⁸⁾ *Rec. cit.*, pag. 28 seg.

opinione è soltanto motivata più particolarmente. Egli è d'opinione che il legislatore non abbia avuto nessun concetto chiaro nello scrivere quelle parole e perciò nulla di chiaro da esse può apparire. Nel § 1.º, egli nota, si tratta del caso al quale la innovazione introdotta, il beneficio d'inventario, non si applicava, il caso cioè che il chiamato fosse indubbiamente deciso ad accettare o a rifiutare l'eredità. In questo caso non si può parlare d'inventario nè di termine di deliberazione, cioè di nessuno dei due mezzi (*gemini tramites*, § 14) di cui si parla solo in seguito. Ma poichè egli toccava dell'ultimo caso veniva così anche ad occuparsi del termine di tre mesi che nel paragrafo seguente doveva esser stabilito per l'inventario. Nel corso dei tre mesi di solito anche il chiamato il quale non provveda a fare l'inventario sarà spinto dai creditori o dagli eredi successivi a decidersi e così quegli che più tardi rinuncierà all'eredità è già posto nel caso di dover domandare un termine per deliberare. Queste idee che si agitavano oscure nella testa dell'autore della legge dovevano indurlo ad introdurre già nel § 1.º le parole *intra trium mensium spatium* senza attribuire a queste un significato cosciente e senza avere quindi chiaro il concetto che diversamente vanno le cose quando il chiamato rinunci soltanto dopo tre mesi senza aver fatto nulla prima, senza essere prima stato spinto a domandare un termine per deliberare. In simil modo, benchè meno chiaro e preciso, si esprime il MAYER⁵⁹. GIUSTINIANO adunque nel parlare di un *trium mensium spatium* pensava soltanto al termine per l'inventario, quindi ad una regola non necessaria per chi voglia rinunciare all'eredità; bisogna pertanto rinunciare ad una spiegazione soddisfacente dal punto di vista logico e grammaticale. Questo è senza dubbio un risul-

⁵⁹) *Loc. cit.*, pag. 347 seg. In termini assai brevi quest'opinione si trova già presso il WESTPHAL, *Vorlegung und Eroeffnung der Test.* [Deposito e apertura dei testamenti], pag. 187, il quale dice: « i tre mesi sono indicati solo perchè tale è il termine imposto al principio e alla fine dell'inventario. Quelle parole significano che se alcuno non si giova dell'inventario entro il termine nel quale può servirsene e preferisce astenersi dall'eredità, quel beneficio non può giovargli, ma egli deve essere giudicato secondo la sua rinuncia e perder l'eredità ».

tato poco confortante. Non mancano però altre costituzioni di GIUSTINIANO nelle spiegazioni delle quali si è costretti a trascurare alcune espressioni come insignificanti ⁶⁰); in ogni caso però mi sarà permesso di trovare nella trattazione precedente una conferma della mia opinione spesso ripetuta e spesso anche fraintesa sul significato delle nuove costituzioni imperiali per lo studio della giurisprudenza ⁶¹). Anche queste costituzioni, per quanto scarso sia il loro valore intrinseco, ci sono state tramandate per lo studio e per l'applicazione e debbono essere oggetto di ricerca accurata e coscienziosa non meno delle *Pandette*. Me se non si riesce a ricavarne un risultato chiaro e connesso e particolarmente quando si sia persuasi, come lo sono nel caso presente tutti gli interpreti, che la legge non ha nè un buon nesso logico nè chiarezza di espressione, è molto miglior consiglio contentarsi dei risultati sicuri anzichè voler pesare ogni parola colla bilancia del chimico affine di trovarvi un significato netto e preciso, dando così occasione a infinite quanto inutili controversie; perocchè in tal modo non è difficile argomentare nuove opinioni da una legge siffatta e anche senza un grave dispendio d'ingegno si potrebbe alle cinque o sette opinioni sulla nostra legge aggiungerne altrettante.

§ 1468.

In particolare del beneficio d'inventario.

1.º — *Requisiti per la validità dell'inventario.*

L'erede che accetta l'eredità coll'inventario si dice erede beneficiario o meglio si dice di lui che ha accettato *cum beneficio*

⁶⁰) Si pensi per es. alle parole di GIUSTINIANO sull'ignoranza di diritto dei contadini nel principio della L. ult. Cod. *de test.*, e si confronti con esse il vero contenuto della legge.

⁶¹) Confr. i miei cenni nell'*Allgemeine. Literatur Zeitung* [Gazzetta generale di letteratura], di Halle, del 1831, 151-153, e la prefazione all'edizione tedesca delle mie *Pandette*. Ho cercato poi di dissipare gli equivoci, che ne son derivati, colla prefazione alla 4.ª edizione latina.

legis (cioè della L. ult. Cod. h. t.) *et inventarii*. Non è punto necessario il domandare espressamente un tal beneficio, anzi secondo l'opinione più giusta neppure occorre dichiarare di volere accettare *sub beneficio legis et inventarii*. Alcuni sostengono il contrario ⁶²⁾, ma senza fondamento, perchè l'imperatore dice che chi accetta l'eredità ed entro il termine prescritto faccia l'inventario nelle forme dovute può pretendere i vantaggi che la legge collega all'inventario. Chi dunque dimostri con dichiarazione espressa o con atti di gestione ereditaria di volere essere erede e faccia il regolare inventario è senz'altro erede beneficiario ⁶³⁾. L'inventario, detto anche nelle nostre fonti *repertorium* ⁶⁴⁾, è una descrizione del patrimonio fatta nelle forme legali ⁶⁵⁾. Secondo le disposizioni di GIUSTINIANO ⁶⁶⁾ le condizioni di validità dell'inventario sono le seguenti:

I. Per riguardo al tempo l'inventario deve esser cominciato entro il primo giorno (o dentro un mese da computarsi giuridicamente) e deve esser finito entro altri 60 giorni. Se l'erede non è presente dove si trovano tutti o i più dei beni ereditari, egli ha un anno di tempo dalla morte del testatore. Quest'ultima disposizione appartiene alle innumerevoli emanate sotto gli ultimi imperatori delle quali non è facile apprezzare il valore. Per ciò che riguarda la distanza GIUSTINIANO dice che la maggiore o minore entità sua non importa: *sufficit enim praefatum tempus et si longissimis spatiis distant*. Lo stesso deve valere anche quando l'erede, pur non essendo presente, sia però assai vicino e ancora quando nel luogo dove egli si trova sia più della metà della

⁶²⁾ Confr. VOET, *ad Pandectas, h. t.*, § 13; MEVIUS, *Decisiones*, p. V, dec. 145, n. 5, 6. Quest'ultimo crede che almeno l'erede, che s'immischia nell'eredità senza aggiungere alcuna protesta, sia escluso dal beneficio di inventario. Confr. RUMPF, *Diss. cit. de iure deliberandi*, § 16.

⁶³⁾ STUBEN, *Pareri giuridici*, II, n. 2; FRATRES BECMANN, *Cons.*, II, 889; HOEPFNER, *Comm.*, § 549, nota 1. Vedi *infra*, note 67-71 del seguente centinaio.

⁶⁴⁾ L. 4 pr. D. *de adm. et per. tut.*, 26, 7.

⁶⁵⁾ Confr. il § 799 del *Commentario*.

⁶⁶⁾ L. ult., § 2, 3 C. h. t.

sostanza, anche in tal caso egli è legato al termine di uno e tre mesi perchè ivi è la *maxima pars hereditatis*. Viceversa se nel luogo di sua residenza manca anche poco alla metà dell'eredità corre a suo favore il termine di un anno. Spesso però può avvenire che soltanto coll'esame e colla consegna delle carte ereditarie, quindi soltanto dopo cominciato l'inventario, si venga a sapere dov'è situata la eredità o la massima parte di essa. Anzi anche se le parole *locis in quibus res hereditariae vel maxima pars earum posita est* si riferiscono alla situazione delle cose e quindi soltanto alle cose corporali e più particolarmente ai soli fondi ⁶⁷⁾, spesso quella questione non si può risolvere se non nel far l'inventario. La distinzione fatta dall'imperatore non può dunque essere applicata a rigore e inoltre quando si tratti particolarmente di distanze non troppo grandi non può il fatto che l'erede non si trovi nel luogo ove è la massima parte della sostanza autorizzare ad un lungo indugio perchè la legge concede anche espressamente di intervenire all'inventario per mezzo di rappresentante ⁶⁸⁾. Ma un'altra inconseguenza nell'applicazione di questa disposizione deriva dal fatto che il termine regolare di uno a tre mesi è un termine utile, che decorre soltanto dal tempo della notizia giunta all'erede, mentre nei casi in cui il termine è di un anno è detto espressamente che l'erede ha *anni spatium a morte testatoris numerandum*. Se ora supponiamo che l'erede non sappia nulla da un anno del-

⁶⁷⁾ Con ragione ricorda il BUCHHOLTZ, *Rivista di diritto e procedura civile*, vol. X, pag. 394, nota 3, che per fare un inventario completo occorre anche inventariare i crediti. Ma quando soggiunge che, per ragioni se non grammaticali, logiche, pei crediti da esigere in altro paese all'erede è lasciato il termine di un anno per farne l'inventario, difficilmente troverà chi lo segua. L'inventario e la stima degli oggetti corporali non possono farsi convenientemente se non dove si trovano le cose, ma l'inventario dei crediti si fa sulle carte ereditarie, come i libri, i titoli di obbligazioni, la designazione di esse, ecc. I diritti di credito adunque si trovano sempre nel luogo dove il defunto aveva il suo domicilio.

⁶⁸⁾ L. ult. § 3: « — placuit, dare eis facultatem inventarii conscribendi, vel per se, vel per instructos procuratores, in locis, ubi res positae sunt, mittendos ».

L'eredità egli non potrebbe mai domandare la qualità di erede beneficiario. Perciò si ammette di solito che dopo le parole *a morte testatoris* si sottintenda quando l'erede abbia avuto notizia della morte e della delazione dell'eredità a suo favore⁶⁹); ed è anche possibile del resto che l'imperatore avesse proprio di mira questo caso, anzi ciò sembra tanto più probabile perchè nel § 11 della costituzione i due termini, l'ordinario di tre mesi e lo straordinario di un anno, sono indicati complessivamente senza accennare che il primo sia un termine utile, il secondo un termine continuo⁷⁰). Ora questo risultato è inconciliabile con le parole del testo che contengono la vera parte dispositiva⁷¹).

II. Altri requisiti dell'inventario sono l'intervento di tabularii, pei quali s'intende persone adatte alla confezione di documenti e a far fede degli atti giuridici, quelli che noi chiamiamo notari⁷²). L'imperatore dice *praesentia tabulariorum*, dal che si è concluso che i notari debbano essere almeno due⁷³). Ma egli dice in modo generico *sub praesentia tabulariorum ceterrumque qui ad huiusmodi confectionem necessarii sunt* e poichè in seguito si parla di un caso nel quale è necessario ancora un *tabularius* speciale, è da credere che quelle parole si debbano intendere nel senso che anche un solo notaro basti. L'erede deve sottoscrivere di propria mano l'inventario indicando anche l'importo della sostanza ereditaria⁷⁴) e

⁶⁹) La Glossa di ACCURSIO ad *h. l.* ammette che il termine regolare di tre mesi determini qui il rapporto, secondo il quale l'inventario deve essere cominciato entro il primo terzo dell'anno dalla notizia della delazione e compiuto entro il restante dell'anno stesso. Che il termine non possa essere computato dalla morte è ammesso fra gli altri anche dal HELLFELD, § 1468, n. 5, dal HOEPFNER, § 549, n. 2 e dal KONOPAK (vedi nota seg.).

⁷⁰) Questo motivo è messo in evidenza particolarmente dal KONOPAK, *Istituz.*, § 423, nota m.

⁷¹) BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, pag. 406, nota 3.

⁷²) Sui *tabularii* si trovano già notizie in altri volumi di questo *Commentario*.

⁷³) Così la Glossa di ACCURSIO, *Notariorum*, e il DONELLO, *Comm. iuris civilis*, lib. VII, cap. 3, § 16. Contr. RUMPF, *Diss. cit.*, § 17.

⁷⁴) La legge dice: « *significantem, et quantitatem rerum* ». Ciò non può evidentemente riferirsi alle singole partite, ma alle somme dei singoli capitoli dell'inventario. Con ragione osserva la Glossa, *quantitatem*, che basta che l'erede dichiari in generale esatte le partite dell'inventario.

dichiarando di aver tutto indicato fedelmente, nulla trascurato o asportato in mala fede ⁷⁵). Se egli non sa scrivere deve in vece sua sottoscrivere un altro notaro dopo che egli abbia fatto il segno della santa croce dinanzi al suo nome e debbono intervenire testimoni che lo conoscano. In una legge posteriore ⁷⁶) è ancora prescritto che debbano intervenire i creditori e legatari presenti o i loro rappresentanti e se siano assenti, tutti o alcuni, nè siano rappresentati, in vece loro debbono intervenire tre testimoni capaci abbienti e di buona fama.

Per ciò che riguarda l'applicabilità odierna di queste disposizioni è infondata l'opinione di alcuni giureconsulti ⁷⁷) che i termini stabiliti da GIUSTINIANO non debbano più essere osservati in Germania ⁷⁸); finchè invece non si possa dimostrare il contrario sulla base di leggi o consuetudini particolari si devono osservare quei termini ⁷⁹). Si deve però ammettere che il giudice difficilmente si tratterrà dall'interpretare il termine di un anno come decorrente soltanto dal giorno della conoscenza e quindi come un termine utile *ratione initii*; la pratica anzi tende anche ad accordare all'eredità, che non si sia immischiato nell'eredità, i diritti dell'eredità beneficiato quand'anche sia decorso il termine per l'inventario se egli venga dopo molestato dagli interessati ⁸⁰). I ri-

⁷⁵) « — et quod nulla malignitate circa eas (res) ab eo facta, vel faciendā, res apud eum remaneant ».

⁷⁶) Nov. 1, c. 2, § 1 (anno 535).

⁷⁷) Ciò è sostenuto fra gli altri, dal VOET, *ad Pandectas, h. t.*, § 12, dal WERNHER, *Lectissimae Comm. in Pand., h. t.*, II, p. 680 seg., § 6, 7, e, a quanto sembra, anche dal HOEFFNER, § 549, ma non, come dice il BERG, dal HELLFELD. Vedi la nota 80.

⁷⁸) MEVIUS, *Decisiones*, parte V, dec. 145; BERG, *Juristische Beobachtungen und Rechtsfälle* (Osservazioni giuridiche e casi), vol. II, diss. XI, il quale osserva con ragione a p. 115, che lo scopo della legge non concedeva la fissazione di un termine arbitrario.

⁷⁹) WEBER, *Erläuterung der Pandekten* [Spiegazione delle Pandette], § 1468, n. 1, vol. II, p. 250.

⁸⁰) BERG, *loc. cit.*, § 115, 116. In sostanza il HELLFELD non sostiene nulla di diverso quando richiede *nec heredem se immiscuisse hereditati*. Un'altra modificazione alla rigorosa teoria ammessa di solito dai pratici è che non sia essenziale il cominciamento dell'inventario entro tre giorni,

sultati possibili si presentano adunque nel modo seguente: a) secondo una applicazione rigorosa della legge è possibile l'accettazione o la rinuncia dell'eredità anche dopo il decorso del termine e l'erede può ottenere anche uno *spatium deliberandi* e i benefici dell'inventario quando lo faccia⁸¹⁾, ma egli non diviene per ciò erede beneficiario in senso stretto⁸²⁾; b) secondo l'affermazione erronea poco prima enunciata, anche l'erede che si sia già immischiato potrebbe, se spinto dai creditori, domandare la confezione dell'inventario e pagare in seguito i creditori nei soli limiti dell'importare dell'eredità. c) secondo l'opinione enunciata per ultima tale diritto compete dopo il decorso del termine per l'inventario soltanto a coloro che non si siano immischiati. Altri vantaggi dell'inventario, come per es. quello di soddisfare i creditori senza preoccuparsi della priorità, non si possono però concedere a un tale erede⁸³⁾.

L'intervento dei creditori e dei legatari suole oggi considerarsi non necessario e quindi tralasciarsi quando l'inventario sia fatto in una forma propria anche di altri casi, come se fosse fatto da un notaio con l'intervento di due testimoni, o da un impiegato giudiziario⁸⁴⁾. Anche la sottoscrizione dell'erede non è più necessaria oggi; dove però essa è necessaria l'erede che non sappia scrivere è obbligato a sottosegnare l'inventario con una croce, la qual formalità sarà constatata mediante notaio o in altro modo efficace. Inoltre si suole aggiungere all'inventario l'apposizione dei sigilli alle cose del testatore e ciò si fa al più presto per opera di un funzionario o di un notaio. Il diritto romano però non conosce

purchè questo sia compiuto entro tre mesi dalla notizia. Vedi i fratelli BRENCMANN, *Consilia*, t. II, pag. 490 e RUMPF, *Diss. cit.*, § 16, pagina 25.

⁸¹⁾ Vedi il paragrafo seguente.

⁸²⁾ WEBER, *loc. cit.*, pag. 251, n. 3. Confronta il paragrafo seguente.

⁸³⁾ I giureconsulti olandesi ci attestano uno speciale diritto Neerlandese, secondo il quale l'erede testamentario può pretendere il beneficio dell'inventario solo quando non vi siano eredi intestati che vogliano adire l'eredità. HUBER, *Praelectiones ad Pandectas h. t.*, § 3; VOET, *ad Pand.*, § 14.

⁸⁴⁾ WERNHER e HOEFFNER, *loc. cit.*

questa formalità ⁸⁵⁾ ed essa deve ritenersi necessaria soltanto nei luoghi dove sia prescritta o richiesta per consuetudine ⁸⁶⁾, benchè anche in questi essa non sia un requisito essenziale e basti invece di essa un giuramento declaratorio dell'erede col quale egli dichiara di non avere sottratto nè lasciato asportare nulla ⁸⁷⁾. Si disputa se l'erede che fa l'inventario possa togliere privatamente i sigilli e procedere all'inventario prima che la massa ereditaria sia posta a sua disposizione o sia seguita una formale recognizione, ciò deve però negarsi secondo gli argomenti migliori perchè l'apposizione dei sigilli serve appunto a garantire gli altri interessati nell'eredità contro le sue usurpazioni arbitrarie ⁸⁸⁾. I pratici dichiarano superflua la sottoscrizione dell'erede o la dichiarazione di esso sull'entità della massa ereditaria o sull'esattezza dell'inventario, e tale infatti è ⁸⁹⁾. Del resto, quando l'eredità si trovi in più luoghi si debbono fare altrettanti inventari per ciascuno dei quali valgono le formalità speciali del luogo dove si fa, e, come si intende, i difetti di un inventario non possono recar danno agli altri ⁹⁰⁾.

⁸⁵⁾ STRYKIO, *Usus modernus Pandectarum*, h. t., § 5. Il contrario ammette senza ragione il LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, sp. 364, m. 5; ma contro di lui WERNHER, *loc. cit.*, pag. 681; HOEFFNER, *loc. cit.*, nota 3.

⁸⁶⁾ STRUBEN, *op. cit.*, V, n. 7.

⁸⁷⁾ WERNHER, *loc. cit.*, pag. 683. In via sussidiaria già per diritto romano possono gli eredi, che impugnano la esattezza dell'inventario, provocare un giuramento dell'erede beneficiario. L. ult. § 10 cit. Vedi § 1470.

⁸⁸⁾ RUMPF, *Diss. cit.*, § 21; HOEFFNER, *loc. cit.* Il contrario sostiene il LEYSER, *Med.*, *loc. cit.*, p. 410, ma con argomenti così deboli che non appare necessaria una confutazione di essi. Citiamo come esempio quello tratto dal fatto che un testatore possa anche ritirare il testamento da lui deposto in giudizio e suggellato col suggello pubblico e rompere anche il suggello.

⁸⁹⁾ MEVIUS, *Decis.*, parte II, decis. 356, n. 23; BRUNNEMANN, ad L. ult. D. h. t., n. 18.

⁹⁰⁾ MEVIUS, *loc. cit.*, n. 14-22.

§ 1469.

2.º — *Effetti dell'inventario.*

Circa gli effetti dell'inventario bisogna distinguere secondo la legge di GIUSTINIANO due casi: o l'erede adisce l'eredità *sub beneficio legis et inventarii* senza domandare un termine per deliberare, ovvero egli domanda questo termine.

A) Nel primo caso l'erede è divenuto tale in modo irrevocabile e non può più rinunciare all'eredità neppure dentro il termine per l'inventario ⁹¹⁾, l'acquisto dell'eredità però non gli nuoce. Non ha luogo infatti la confusione dei due patrimoni in forza della quale soltanto l'erede è tenuto a pagare i debiti anche di una eredità insolvente ⁹²⁾, e i diritti che egli abbia contro l'eredità o sulle cose ereditarie si estinguono ⁹³⁾. L'inventario gli dà il diritto di ritenersi obbligato per i debiti ereditari soltanto nei limiti dell'importo dell'eredità ⁹⁴⁾; egli conserva intatti i suoi diritti, e perciò egli concorre per i suoi crediti cogli altri creditori dell'eredità come se non fosse mai divenuto erede.

« Si vero et ipse aliquas contra defunctum habebat actiones, non hae confundantur, sed similem per omnia habeat fortunam, temporum tamen praerogativa inter creditores servanda » ⁹⁵⁾.

Inoltre egli può detrarre dall'importo dell'eredità le spese che abbia fatto per essa, come quelle per il seppellimento del testatore, deposito ed apertura del testamento, inventario e simili ⁹⁶⁾. L'inventario però gli dà anche altri diritti tutti speciali e cioè:

⁹¹⁾ Talvolta si è sostenuto il contrario, per es. dal MAREZOLL, *Archivio civile*, VIII, p. 275, ma in senso opposto vedi BUCHHOLTZ, *Zeitschrift*, ecc. [Rivista di diritto e procedura civile], vol. X, pag. 420 seg., n. 7, e VANGEROW, *loc. cit.*, pag. 173-77. Vedi anche le precedenti note 17 e 19.

⁹²⁾ Vedi le mie *Pandette*, § 706, n. III, 1-3.

⁹³⁾ Vedi le mie *Pandette*, § 706, n. III, 1-2.

⁹⁴⁾ L. ult. § 4 C. h. t.: « — nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne, dum lucrum facere sperant, in damnum incidant ».

⁹⁵⁾ L. 22 § 9 in f. C. h. t.

⁹⁶⁾ L. 22 § 9 cit. Su questo e sugli altri effetti dell'inventario vedi BUCHHOLTZ, pag. 412-21.

1.° Mentre egli è occupato a far l'inventario non può essere molestato dai creditori o dai legatari, contro i creditori però non corre in questo periodo alcuna prescrizione ⁹⁷⁾. Neppure le azioni ipotecarie possono in questo periodo intentarsi per espressa disposizione della legge; ma poichè la legge nomina soltanto i creditori ed i legatari, sembra ben fondata l'opinione che coloro i quali vogliono far valere diritti di proprietà sulle cose ereditarie senza essere legatari non possano esserne impediti, non potendo essi dirsi creditori ⁹⁸⁾. La parola *creditores* però deve essere intesa in un senso pregno in maniera che debba ritenersi sospesa anche la realizzazione o l'esecuzione dei crediti già liquidati contro il defunto ⁹⁹⁾. S'intende poi da sè che l'erede non è invece impedito di domandare il pagamento dei crediti ereditarij anche in via giudiziaria.

2.° L'erede può soddisfare i creditori come si presentano senza aver riguardo a ragioni di priorità o a privilegi dell'uno di fronte all'altro; egli può anche pagare i legati, abbiano essi per oggetto cose o somme di danaro, nel quale ultimo caso se non vi sia denaro contante egli può vendere cose ereditarie e pagare col ricavo i legatari non meno che i debitori. Se la massa è esaurita contro di lui non si può intentare alcuna azione ¹⁰⁰⁾, i creditori che non siano stati soddisfatti possono però agire contro i legatari o contro i creditori che avrebbero dovuto essere loro posteriori. Contro

⁹⁷⁾ L. 22 § 11 *ibid.* « — nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem praescriptionem praeiudicio generando ».

⁹⁸⁾ VOET, *Comment. ad Pand.*, § 17. Vedi BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, pagina 412, nota 5.

⁹⁹⁾ VOET, *loc. cit.*, e gli altri autori citati dal BUCHHOLTZ, pag. 412, nota 3.

¹⁰⁰⁾ L. 22 § 5 *h. t.*: « Sin — creditores, qui post emensum patrimonium necdum completi sunt, superveniant, neque ipsum heredem inquietare concedantur — ». § 7 *ibid.*: « Contra ipsum tamen heredem, secundum quod saepius dictum est, qui quantitatem rerum hereditariarum expendit, nulla actio extendatur »; cioè, gli è data un'*exceptio doli generalis*, o, come la chiamavano gli antichi scrittori, una *exceptio inventarii conficiendi*. Vedi per questo nome la dissertazione del LAUTERBACH, *De inventario* citata dal HELLFELD.

i primi possono agire coll'azione ipotecaria o colla *condictio indebiti* ¹⁾, contro gli altri coll'azione ipotecaria o coll'azione personale concessa loro da questa legge, che è detta perciò *condictio ex lege*; i possessori però, e non solo i possessori delle cose già precedentemente ipotecate, ma anche quelle che le abbiano ottenute *in solutum*, possono liberarsi dall'azione pagando il debito ²⁾. La legge menziona soltanto i creditori ipotecari, ma gli interpreti concedono un diritto analogo anche ai creditori chirografari privilegiati contro i semplici creditori personali ³⁾; e ciò è consentaneo all'equità non solo, ma sembra anche fondato nella *ratio legis*. Il fondamento è questo: l'erede deve essere libero dalle pretese dei creditori non soddisfatti; ora da ciò è facile il concludere che questi conservano intatto il loro diritto di fronte agli altri. Questa argomentazione però sembrerebbe condurre ad una conclusione ancora più grave di quella che se ne vuol trarre perchè non solo i creditori privilegiati potrebbero richiamarvisi, ma anche quelli aventi gli stessi diritti i quali potrebbero agire contro i creditori già soddisfatti, per ottenere da loro la restituzione di una quota del credito e ciò infatti è sostenuto da alcuni pochi scrittori ⁴⁾. Si è invocato in contrario il principio *occupantis est melior condicio* o l'altro *in pari causa potior est causa possidentis* ⁵⁾, ma se questa regola dovesse applicarsi, lo dovrebbe essere a tutti i creditori soddisfatti. Prima che sia aperta la procedura concorsuale, qualunque creditore, fosse pur l'ultimo, riceve validamente il pagamento ⁶⁾, e soltanto i creditori ipotecari possono far valere i loro diritti contro colui che abbia ricevuto *in solutum* una cosa a loro ipotecata. Se l'espres-

¹⁾ L. 22 § 5 Cod. h. t.

²⁾ L. 22 § 6 C. h. t. Vedi nota 8.

³⁾ PEREZ, *Prael.* in C. h. t., n. 11, IV; VOET, *ad Pand. h. t.*, § 20 in fine; RUMPF, *Diss. cit.*, § 25. Vedi *infra*, nota 5.

⁴⁾ BRUNNEMANN, *Comment. ad h. l.*, n. 31 in f.; A. MERENDA, *Contr. iur.*, lib. XVIII, c. 47, § 10-17.

⁵⁾ SCHWEPPE-MAIER, *Diritto privato romano*, V, p. 108 seg.; WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch* [Trattato di diritto civile comune], III, § 507; BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, p. 417, nota 2.

⁶⁾ L. 6 § 6, 7 D. *quae in fraud. cred. facta sunt*, 42, 8.

sione della legge fosse oscura od equivoca si potrebbe benissimo intendere nel senso che i creditori conservano ed esercitano nei rapporti fra loro i diritti che avrebbero nella procedura di concorso e il principio *occupantis est melior condicio* non si applicherebbe quindi, come non si applica notoriamente, nel caso che il padre di famiglia dividesse la *merx peculiaris* dovuta fra i creditori del proprio schiavo o figlio ⁷⁾). Ma se noi esaminiamo il testo un po' più da vicino vedremo subito che questa interpretazione è impossibile. Ivi è detto :

« Sin vero heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint; liceat aliis creditoribus *qui ex anterioribus veniunt hypothecis*, adversus eos venire, et a posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere, vel per hypothecariam actionem, vel per conditionem ex lege nisi voluerint debitum eis offerre » ⁸⁾).

Qui si ha tuttavia una deroga al diritto generale perchè i creditori ipotecari possono reclamare qui i pagamenti di denaro fatti anche quando il danaro ricevuto sia stato mischiato con quello del ricevente o speso da lui. Il diritto dei precedenti creditori ereditari è dunque rispettato pienamente dal legislatore e in questo riguardo tutto ciò che è stato pagato dall'erede beneficiato si considera come se appartenesse ancora alla massa del patrimonio del testatore. Riguardo agli altri creditori invece vale il principio che *vigilantibus iura sunt scripta*, vale a dire che chi ha ricevuto il pagamento prima del concorso può trattenerlo ⁹⁾). Ma se qui si vuole applicare l'equità, come tendono a fare dottrina e pratica, la conseguenza richiede che si accordi un diritto di reclamare non soltanto ai creditori chirografari privilegiati, ma anche ai non

⁷⁾ L. 5 in f., L. 6, L. 7 pr. D. *de tributoria act.*, 14, 4.

⁸⁾ L. 22 § 6 in f. D. *h. t.*

⁹⁾ Senza dichiararsi espressamente in proposito anche il DONELLO, *Comm. iuris civilis*, VII, c. 3, § 23 limita il diritto di reclamo ai creditori pignoratizii quando dice che tutti i creditori, anche i chirografari, possono ripetere dai legatarii, i creditori ipotecarii anche dai conceditori. Come pure lo ZIMMERN, *Grundriss*, ecc. [Programma del diritto ereditario vigente in Germania], app., pag. 71, n. 3.

privilegiati. Il risultato fin qui ottenuto si può riassumere nei seguenti postulati:

A) Contro i legatari tutti i creditori hanno un diritto di revoca con un privilegio, come è naturale, per gli ipotecari e fra questi pei poziori.

B) Contro i concreditori spetta secondo la legge di GIUSTINIANO un tal diritto soltanto ai creditori ipotecari contro gli ipotecari posteriori e i chirografari: essi hanno a tal fine l'azione ipotecaria e se si tratti di pagamenti fatti in denaro o la cosa data *in solutum* non sia più nelle mani del ricevente hanno la *condictio ex lege*¹⁰⁾, perchè la *condictio indebiti* non si può applicare essendo anche pei creditori inferiori quello che essi ricevono un *debitum*.

Qual'è però il rapporto dell'erede stesso, il quale, come abbiám visto, conserva i suoi crediti verso l'eredità, coi propri concreditori? Non v'è dubbio ch'egli può pagare sè stesso e che egli deve cedere davanti ai creditori ipotecari, o se non sia semplicemente chirografario, ai creditori ipotecari migliori di lui. Ma potrà egli escludere i creditori chirografari e anche i privilegiati? Questo può sembrare contrario all'equità perchè egli ha in mano il patrimonio e quindi si trova nella massima facilità di pagare sè stesso: tuttavia non sarebbe neppur giusto che la sua condizione fosse peggiore di quella degli altri creditori. Se egli deve pagare gli altri tosto che gliene facciano domanda, perchè non dovrebbe pagare anche sè stesso? Egli avrebbe bene un tal diritto contro l'erede se egli stesso non fosse erede e la legge dice espressamente che a lui competono diritti uguali a quelli degli altri creditori (*similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam*), soltanto egli deve dichiarare di essersi pagato prima ch'è altri glie lo domandino. Contro l'opinione qui difesa non potrebbero invocarsi le parole del § 9 in fine *temporum tamen praerogativa inter creditores serranda*, perchè queste parole significano soltanto che nei casi in cui gli altri sarebbero esclusi da tale prerogativa egli pure è escluso. Ora poichè non vi ha alcun privilegio di tempo pei creditori chi-

¹⁰⁾ Glossa d'ACCURSIO, *per conductionem*, ad h. l. GLÜCK, *Comment.*, § 842.

rografari ¹¹⁾, quelle parole non possono riferirsi che ai creditori ipotecari ¹²⁾. Del resto s'intende da sè per i principi generali che l'erede deve nel pagamento dei debiti procedere in buona fede tanto se paghi a sè stesso quanto se paghi ad altri creditori, diversamente egli è responsabile e può essere convenuto coll'azione di danni. Se pertanto ha luogo una vera insolvenza o vi sono circostanze tali che la facciano temere, egli non può pagare senz'altro, ma deve convocare tutti i creditori e preparare così la procedura di concorso ¹³⁾.

3.° L'erede può vendere le singole cose ereditarie libere dal pegno a condizione che spenda il prezzo ricavato per pagare i creditori od i legatari ¹⁴⁾. Che anche qui si tratti di creditori ipotecari appare non solo dalla connessione immediata del testo con ciò che precede, ma anche dal fatto che ai soli creditori aventi una garanzia legale può competere il diritto *adversus emtores rerum venire*, cioè di far valere il loro diritto contro i possessori delle cose. Questo principio deve perciò essere inteso così in modo generale; soltanto esso non può esprimersi come fanno alcuni affermando che il diritto di pegno si estingue per alienazione ¹⁵⁾, perchè altrimenti anche nella dazione *in solutum* ad un creditore c'è una alienazione. In questo senso è fondata pienamente la censura del BUCHHOLTZ ¹⁶⁾, ma è inesatto l'affermare, come egli fa, che la

¹¹⁾ L. 32 D. *de reb. auct. iudic. possidend.*, 42, 5.

¹²⁾ BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, pag. 417, concede all'erede il diritto di occupazione solo riguardo a quei creditori, che nel concorso sarebbero classificati con lui nel medesimo grado. Vedi quanto abbiamo osservato in contrario nel testo sopra alle note 5-8.

¹³⁾ MEVII, *Decis.*, parte II, dec. 358, nota 4; BRUNNEMANN, *ad h. l.*, n. 31.

¹⁴⁾ L. 22 § 5 e 8 *eod.*: « Sed nec adversus emtores rerum hereditariarum, quas ipse heres pro solvendis debitis vel legatis vendidit, venire alii concedatur: quum satis anterioribus creditoribus a nobis provisum est, vel ad posteriores creditores, vel ad legatarios pervenientibus, et suum ius persequentibus ».

¹⁵⁾ Come avviene al MACKELDEY, *Lehrbuch* [Trattato di diritto romano attuale], § 327.

¹⁶⁾ *Loc. cit.*, pag. 415, nota 4.

vendita per parte dell'erede beneficiato non dà luogo alla estinzione del diritto di pegno, ma soltanto ad una limitazione dei soggetti contro i quali si può intentare l'azione ipotecaria. La legge toglie espressamente al creditore ipotecario l'azione contro il compratore quando col danaro ricavato siano stati pagati i creditori o i legatari; sotto questo presupposto il diritto di pegno adunque si estingue effettivamente. Il concetto che domina questa disposizione è quello di garantire l'erede contro le pretese per evizioni, ma evidentemente l'imperatore è andato più in là che non concedessero il diritto e l'equità. Anche il creditore più previdente manca così di garanzia contro la perdita del suo diritto di pegno, perchè non ha modo di saperne nulla o di evitarla, essendo ben facile all'erede beneficiato di trovare un creditore da pagare per vendere così le cose ereditarie libere dal pegno. Soltanto se la vendita fosse fatta di nascosto e in frode dei creditori sarebbe possibile impugnarla o quanto meno potrebbe ai creditori spettare un'azione contro l'erede; ma la prova incomberrebbe ai creditori e ciò significherebbe nella maggior parte dei casi lo stesso che riconoscere questo diritto. Vi è però un mezzo per garantire l'erede senza violare i diritti degli altri e questo è la vendita pubblica delle cose ereditarie dopo citazione edittale di coloro che possono su di esse avere dei diritti. La pratica poi ha fatto un passo più in là della legge imponendo all'erede l'obbligo di effettuare la vendita in un modo nel quale già secondo i principi generali del diritto il pegno sarebbe estinto¹⁷⁾. L'erede si riserva con l'inventario il diritto alla quarta Falcidia¹⁸⁾, quando resti qualche cosa dopo pagati i debiti, perchè in caso diverso nulla potrebbe mai spettare ai legatari.

¹⁷⁾ VOET, *Comm. ad h. t.*, § 19; RUMPF, *Diss. cit.*, § 26 in fine.

¹⁸⁾ L. 22 § 4 *Cod. h. t.* Poichè il diritto romano non conosce altro nome, anche per la così detta quarta Trebelliana, che quello di Falcidia (vedi le mie *Pand.*, III, § 767), s'intende da sè che anche l'erede fiduciario che accetti con beneficio d'inventario è sempre autorizzato a togliere la quarta all'erede fedecommissario. Vedi BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, pag. 413, n. 2. Vedi § 1471.

S'intende da sè che queste disposizioni sui diritti dell'erede con beneficio d'inventario, quando non siano anche, come l'ultimo, diritti competenti in generale ad ogni erede, si debbono interpretare come diritti singolari e quindi non sono estensibili logicamente. Deve perciò respingersi l'opinione di coloro che concedono agli eredi il diritto di costringere i creditori ad accettare una *datio in solutum* ¹⁹⁾, perchè la legge parla semplicemente degli effetti che questa abbia, ma non dice di più ²⁰⁾. Parimenti non è da credere che all'erede beneficiato competa il diritto di costringere i creditori chirografari ad accettare un concordato quando vi sia il consenso della maggioranza di essi. Com'è noto, il diritto romano dispone che l'erede possa prima di accettare un'eredità insolvente fare un concordato coi creditori. L'accordo dei creditori si ottiene colla maggioranza dei voti e questi si apprezzano secondo la somma dei crediti e solo quando le somme dei crediti siano eguali prevale la maggioranza numerica; a questi accordi non sono tenuti i creditori ipotecari ²¹⁾. Come fondamento di questo diritto dell'erede si adduce la cura del buon nome e dell'onore del defunto e il desiderio di evitare l'apertura di un concorso nel suo nome ²²⁾. Ma anche astraendo da ciò questo diritto non può estendersi per diritto romano all'erede beneficiato, perchè esso vien fatto dipendere espressamente dalla circostanza che l'eredità non sia ancora stata accettata. Il VOET ammette il contrario perchè egli ritiene che il concordato sarebbe per i creditori più favorevole che una vendita affrettata ²³⁾; ma anche se si potesse menare per buono questo concetto, esso tuttavia non sarebbe decisivo, perchè il diritto romano non cerca in questo caso di tutelare l'interesse dei creditori, ma piuttosto l'onore del defunto e gli interessi dell'erede ²⁴⁾. Ma che cosa si dovrebbe dire se quel diritto

¹⁹⁾ Vedi fra gli altri WESTPHAL, *Deposito e apertura dei testamenti*, § 33.

²⁰⁾ BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, pag. 418 seg. n. 6.

²¹⁾ L. 7 § 19, L. 8, 9, 10 D. *de pactis*, 2, 14.

²²⁾ L. 23 D. *quae in fraud. credit.*, 42, 8.

²³⁾ *Comment. ad Pand.*, *tit. de pactis*, § 26.

²⁴⁾ Arg. L. 58 § 1 D. *mandati*, 17, 1; *verb.* « nec enim, si quis dixerit

competesse anche a riguardo del patrimonio di un vivo e quindi per ogni patrimonio gravato di debiti? Noi ci asteniamo qui dal trattare la questione se questo sia veramente il caso e ci limitiamo ad osservare che la maggior parte dei nostri scrittori ammette che secondo l'interpretazione comune la disposizione del diritto romano si applichi ad ogni patrimonio sul quale si è aperto il concorso ²⁵). In tal caso anche l'erede che abbia accettato puramente, cioè senza il beneficio d'inventario, può pretendere l'applicazione di quel principio perchè l'erede che ha accettato una eredità insolvente non può aver diritti minori di quello sul patrimonio del quale il concorso si è aperto. Ma venendo a parlare del diritto dell'erede beneficiato, questo non ha interesse che avvenga un concordato perchè la legge lo tutela sufficientemente e quindi non può domandare che i creditori ne concludano uno. Diversa è la questione se i creditori non possano tuttavia concludere un concordato coll'erede e se in questo caso la maggioranza non si imponga alla minoranza. Ciò è stato negato da alcuni e principalmente per il motivo che la L. ult. Cod. *h. t.* determina come si deve procedere in questo caso e stabilisce che non può aver luogo una procedura di concorso e che i creditori debbano domandare singolarmente la soddisfazione dei loro crediti. Se l'erede diviene sospetto possono bensì i creditori ottenere secondo il diritto comune il sequestro e la vendita del patrimonio, ma in questo caso la procedura si fa contro l'erede, il quale non merita alcun riguardo, e il defunto invece non è danneggiato ²⁶). L'ultimo argomento però non prova nulla perchè noi possiamo concedere che l'erede beneficiato non è autorizzato a tali proposte, sia egli

— — — heredi consulitur, sed », etc. Cfr. SPANGENBERG, *Zeitschrift*, ecc. [Rivista di diritto e proc. civile], vol. VI, p. 234.

²⁵) PFEIFFER, *Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft* [Trattazioni pratiche di varie parti della giurisprudenza], vol. III. diss. I, pag. 11 seg. W. H. PUCHTA, *Concursprozess* [La procedura di concorso], § 210-211, e le mie *Pandette*, I, § 172, nota 4.

²⁶) HEFFTER, *Arch. für die civ. Praxis* [Archivio della pratica civile], vol. X, pag. 342, n. 1, col quale concorda SPANGENBERG, *Zeitschrift*, ecc. [Rivista di diritto e procedura civile], vol. VI, p. 233 seg.

sospetto o no: ma non per questo è da ritenere esatto che non possa avvenire una *venditio bonorum* o una procedura di concorso dove l'eredità sia accettata con beneficio d'inventario, perchè, come abbiamo visto sopra alla nota 13, l'erede è sotto certe circostanze obbligato a preparare la procedura di concorso e in tal caso debbono essere leciti tutti gli atti ammessi in questa. Posto però che non vi siano sufficienti motivi per tale procedura, anche una semplice incertezza e la mancanza momentanea di mezzi per pagare possono dare occasione ad una moratoria o ad un concordato. Se l'erede ha per mancanza d'interesse un diritto a domandare ciò, è anche ordinato nel suo solo interesse che i creditori debbano domandare ciascuno separatamente il pagamento, sinchè la massa ereditaria basti. Se pertanto i creditori si presentano in massa e appare che con la vendita momentanea degli oggetti ereditari difficilmente si potrebbero ottenere mezzi per pagarli, non si vede perchè dovrebbe in tal caso escludersi un accordo coi creditori nel quale l'erede si obblighi al pagamento di una percentuale ai creditori chirografari: ora se ciò è possibile deve anche essere ammessa la obbligatorietà del voto della maggioranza, altrimenti difficilmente si eviterebbe il concorso ²⁷⁾. Si discute anche se i creditori ereditari debbano domandare la separazione dei beni per separare il patrimonio del testatore da quello dell'erede. A prima vista si potrebbe credere che la questione dovesse risolversi in senso negativo perchè la legge stessa sembra avere separato in modo abbastanza netto il patrimonio ereditario da quello dell'erede ²⁸⁾. Un esame più preciso però farà ritenere più giusta l'opinione contraria. Lo scopo prossimo e vero della legge è quello di

²⁷⁾ Della stessa opinione è SCHWEPPE, *System des Concurses* [Sistema del concorso], § 19, c. 3 a, il quale esprime in modo un po' oscuro il motivo sopra indicato, ma non è contraddetto dallo SPANGENBERG, *loc. cit.*, pag. 233, perchè questi parte dal concetto che non possa aprirsi concorso sopra un'eredità beneficiata. Confr. PFEIFFER, *loc. cit.*, gli argomenti del quale sui concordati obbligatori possono essere applicati qui, benchè egli non si occupi propriamente del caso presente.

²⁸⁾ Quest'opinione è difesa dal WESTPHAL, *Vorlegung*, ecc. [Deposito e apertura dei testamenti], § 336, sull'autorità di vari giureconsulti pratici.

garantire l'erede e spingerlo così ad accettare con beneficio d'inventario. Perciò deve l'erede potersi liberare da ogni pretesa, pagando i creditori ereditari secondo lo stato dell'eredità, ma conservando anche intatti i propri diritti. Da ciò segue che egli non può appropriarsi nulla dell'eredità e può anche soddisfare i propri creditori soltanto nei limiti in cui ciò sia possibile senza impedire il soddisfacimento dei creditori del testatore. La legge anzi garantisce espressamente soltanto il diritto dei creditori ipotecari e in modo completo solo contro i concreditori e i legatari; il diritto dei creditori chirografari è garantito soltanto contro i legatari. Da ciò consegue che i creditori non hanno molto spesso contro le illecite erogazioni dell'erede dal patrimonio ereditario, cioè contro i pagamenti fatti ai suoi creditori, altro rimedio che un'azione personale; non ne hanno mai altro i creditori personali e gli stessi creditori reali quando il pagamento con danaro ereditario sia fatto a persone diverse da quelle enunciate nella legge. La legge perciò non concede ai creditori quello che essi possono ottenere colla separazione dei beni, vale a dire la completa separazione del patrimonio ereditario allo scopo della loro esclusiva soddisfazione su di esso. Essi pertanto avranno sempre il diritto di domandare la separazione finchè le circostanze sian tali che appaia necessaria la procedura preliminare del concorso a loro garanzia ²⁹⁾.

Se anche però non si debbono ammettere modificazioni dell'antico diritto quando esse non siano scritte nella legge o non appaiano sicuramente dallo scopo di esse, nell'interpretazione e nell'applicazione delle disposizioni di diritto singolare non deve però perdersi di mira lo scopo loro, nè la volontà del legislatore. Da tal punto di vista la questione se l'erede sia obbligato a rispettare le disposizioni che il testatore abbia fatto delle cose di lui, deve essere risolta in senso negativo ³⁰⁾. GIUSTINIANO, a dir vero,

²⁹⁾ A. FARRO, *Errores pragmaticorum*, dec. II, err. 2, 3.

³⁰⁾ SCHWEPPE, *R. Privatrecht* [Diritto privato romano], V, § 848, pagina 181, il quale del resto osserva giustamente che l'erede deve però prestar cauzione, nei limiti dell'eredità, a quelli cui il testatore alienò qualche cosa.

parla soltanto di una confusione delle azioni dell'erede contro il testatore, la quale non deve aver luogo ³¹⁾, e le parole *nihil ex sua substantia penitus heredes amittant* della L. 22 § 4 cit. non si riferiscono alla lettera al caso nostro, perchè esse dispongono soltanto che i creditori ereditari non possono far valere le loro pretese contro il patrimonio dell'erede.

Ma si va troppo oltre quando se ne deduce che l'erede debba lasciar valere le alienazioni delle proprie cose fatte dal testatore e non abbia contro di questo che un'azione personale di danno. L'imperatore vuole che l'erede si decida ad accettare l'eredità senza troppi indugi; lo farà egli quando sappia che le cose di sua proprietà sono state alienate dal testatore? Per regola no, se egli non sia persuaso che l'eredità gli darà dei vantaggi prevalenti; il più spesso egli preferirà avere le cose di sua proprietà anzichè una somma a titolo di danno. Ma neppur questa gli sarebbe concessa in modo sicuro dalla legge, perchè la sua azione di danni sarebbe sempre un'azione personale e come tale egli dovrebbe sottostare non solo ai creditori ipotecari, ma anche ai creditori chirografari i quali chiedono il pagamento prima che egli si sia pagato. Molto probabilmente adunque un creditore precedente in questo caso resterà in dubbio se accettare puramente, rifiutare o domandare un termine per deliberare.

Ora ciò non è proibito, ma neppure è favorito dal legislatore, questi anzi cerca d'impedirlo, togliendo all'erede deliberante alcuni diritti e vantaggi che accorda invece all'erede con beneficio d'inventario. Sebbene la legge dica soltanto con riguardo alle azioni contro l'erede e ai crediti di lui contro il testatore che l'adizione non deve nuocergli, lo scopo della legge però fa ritenere che questo non sia che un modo di esprimere un più generale principio e in questo starebbe il fondamento maggiore per rispondere in senso negativo alla questione propositaci ³²⁾. Da un altro punto di vista

³¹⁾ L. 22 § 9 cit. « Si vero et ipse — — non hae confundantur ».

³²⁾ Si è difeso anche il concetto opposto, però colla sola modificazione che l'erede possa impugnare l'alienazione quando non sia indennizzato dall'eredità. VOET, *Pand. de rei vind.*, § 16; WENING-INGENHEIM, *Diritto*

deve forse considerarsi la questione se l'erede beneficiato sia obbligato a rispettare un legato del quale sia oggetto la cosa di lui. Com'è noto, la validità di siffatti legati è riconosciuta a patto che l'erede sia rimborsato sulla massa ereditaria ³³). Questo rapporto però non deriva nè dalla qualità di rappresentante nell'erede, nè dalla confusione dei due patrimoni, come avviene anche per altri onerati ³⁴), onde esso non cade per la mancata confusione. Quando dunque l'erede beneficiato sia effettivamente indennizzato egli deve riconoscere questo legato, come un qualunque erede onerato in simil modo quando abbia accettato l'eredità e sia stato indennizzato; basta qui adunque che l'erede abbia accettato l'eredità qualunque siano gli effetti che abbia per lui quest'accettazione ³⁵).

B) Passiamo ora al secondo caso, quello che l'erede ottenga uno *spatium deliberandi*. In questo caso l'erede può rifiutare l'eredità dentro il termine per deliberare, abbia egli fatto o no un inventario, perchè gli atti di immistione che l'erede fa allo scopo di assicurarsi dello stato dell'eredità e della sua solvenza non

civile comune, III, § 507, n. 4; BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, pag. 421, n. 8. Ma, astraendo anche dall'osservare che per tal modo si offre all'erede una vittima contro lo scopo della legge di GIUSTINIANO, l'applicazione di un tal concetto porterebbe sempre a taluni inconvenienti, che non sarebbero conciliabili nè coi diritti e doveri di un erede, nè cogli altri principi generali del diritto. Non solo infatti l'erede dovrebbe render all'acquirente della cosa il conto dello stato dell'eredità e del modo come essa fu erogata, ma in caso ch'egli avesse subito danno solo parziale dovrebbe limitarsi a una rivendicazione parziale, la quale pure non dovrebbe potersi imporre al possessore, *nemo enim invitus compellitur ad communionem*. L. 26 § 4 D. *de cond. ind.*, 12, 6.

³³) § 1, I. *de sing. rebus per fid. relictis* (vedi nota seguente); L. 11 § 7 D. *de legatis*, II.

³⁴) § 1 I. *de singulis rebus per fid. rel.*: « Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed etiam heredis, legatarii rel. ».

³⁵) Confr. BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, p. 421, nota 4; CUIACIO, al quale egli si richiama, dice soltanto però (*Expositio Novellarum, ad partem post. de Falcidia*), che è *falsum et commentitium* il sostenere « quod interveniente Falcidia legatum rei heredis propriae non debeatur ».

possono essere considerati come inducenti adizione dell'eredità; se poi egli lascia scorrere il termine senza alcuna dichiarazione l'adizione si considera come avvenuta ³⁶⁾. Qui devono distinguersi nuovamente due casi:

1.° Il deliberante tralascia di fare un valido inventario e cioè accettando l'eredità, o, ciò che è lo stesso, non rifiutando. In tal caso egli non solo deve pagare i creditori per intero, ma anche i legati senza detrazione di Falcidia ³⁷⁾. S'intende poi da sè che gli altri effetti dell'accettazione d'eredità pura e semplice si avverano parimente e pertanto l'erede non concorre coi creditori ereditari, nè può rifiutarsi di riconoscere le disposizioni che il testatore abbia fatto a riguardo delle cose di lui. Secondariamente può invece l'erede rifiutare l'eredità dentro il termine di deliberazione. In tal caso egli deve restituire l'eredità ai creditori e all'erede chiamato dopo di lui, e gli aventi diritto alla restituzione possono pretendere che il valore dell'eredità sia apprezzato in base al loro giuramento, salva sempre però la stima del giudice.

« Quod si post deliberationem recusaverit, inventario minime conscripto, tunc res hereditarias creditoribus vel his qui ad hereditatem vocantur, legibus reddere compelletur: quantitate earum sacramento res accipientium manifestanda, cum taxatione tamen a iudice statuenda » ³⁸⁾.

Le parole iniziali di questo testo *quod si post deliberationem* sono tradotte nella versione tedesca del *Corpus juris*: se avesse rifiutato dopo decorso il termine di deliberazione ³⁹⁾, ma questa spiegazione è impossibile. È detto infatti in primo luogo che se l'erede non rinunci entro il termine di deliberazione egli deve pagare completamente i creditori; ora ciò è del tutto inconciliabile

³⁶⁾ L. 22 § 14 C. h. t. Vedi nota seguente.

³⁷⁾ L. 22 § 14 cit.: « Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit, et vel adierit hereditatem vel minime eam repudiaverit, non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis Falcidiae beneficio minime utatur ». Vedi Nov. 1, c. 2 e il § 1471.

³⁸⁾ L. ult. § 14 in f. C. cit.

³⁹⁾ Vol. V, p. 995.

coll'ammettere che possa dopo trascorso quel termine negarsi l'accettazione dell'eredità, potendosi quindi chiedere soltanto la restituzione di questa, secondo il *jusiurandum in litem*. Deve perciò dopo le parole *post deliberationem* sottintendersi l'altra *finitam*. ALOANDRO legge e punteggia così il testo: *res hereditarias creditoribus, vel his qui ad hereditatem vocantur a legibus, reddere compelletur*⁴⁰). In favore della lezione e della interpunzione comune si è osservato che secondo quella difesa da ALOANDRO sarebbero esclusi i coeredi testamentari e i sostituti⁴¹): in contrario però si potrebbero benissimo invocare le parole di ULPIANO:

« Lage obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur »⁴²).

Si può anche domandare da quali *leges* sia ordinata la restituzione dell'eredità nel modo qui indicato da GIUSTINIANO. In sostanza adunque manca, se non altro, un motivo per respingere senz'altro la lezione di ALOANDRO. Quanto poi alle parole finali, che esse si riferiscano al *jusiurandum in litem* appare dalla disposizione, che esprime il diritto particolare di questo giuramento, dicendo che il giudice può diminuire la stima giurata o anche assolvere completamente il convenuto quando dai documenti e dalle prove, da chiunque adottati, appare che il giuramento stimò troppo alto o nulla compete all'attore⁴³). Deve naturalmente supporre che l'erede si trovi in possesso dell'eredità o di una parte di essa, e che non si possa dimostrare che egli l'abbia restituita per intero, dopo, ben inteso, la detrazione delle spese necessarie⁴⁴).

2.° L'erede deliberante compie un inventario. Deve in tal

⁴⁰) Anche il BECK e il traduttore tedesco accettano questa lezione; l'ultimo infatti traduce: « ai creditori o a quelli che sono chiamati per legge all'eredità ».

⁴¹) BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, p. 427, nota 1.

⁴²) L. 130 D. *de verb. sign.*, 50, 17. SCHILLING, *Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte* [Osservazioni sulla storia del diritto romano], pag. 79.

⁴³) L. 4 § 3, L. 5 § 2 D. *de in litem iur.*, 12, 3.

⁴⁴) Della questione se le perdite causali lo tocchino vedi più oltre.

caso distinguersi se egli accetti l'eredità, o, ciò che equivale, non rinunci dentro il termine. L'inventario gli dà in tal caso il vantaggio di poter detrarre la Falcidia dai legati; nel resto questa ipotesi equivale a quella che egli abbia deliberato senza fare alcun inventario; deve pagare i creditori per intero e quindi col suo se a ciò non basti l'eredità. A ragione affermano perciò gli scrittori moderni che non è compatibile l'esistenza del beneficio d'inventario con quella del *jus deliberandi* ⁴⁵⁾. Il testo su cui si fonda questa affermazione ⁴⁶⁾ è però, come tutto in questa costituzione, concepito così malamente ed indeterminatamente che sembra conveniente riferirlo qui accompagnandolo di alcune osservazioni. L'imperatore dopo aver dichiarato che l'erede può ottenere un termine di nove mesi o di un anno seguita:

« Sin autem hoc aliquis fecerit, et inventarium conscripserit (necesse est enim omnimodo inventarium cum omni subtilitate facere) ⁴⁷⁾, non liceat ei post tempus praestitutum ⁴⁸⁾, si non recusaverit hereditatem, sed adire maluerit, nostrae legis uti beneficio, sed in solidum secundum antiqua jura omnibus creditoribus teneatur ».

L'imperatore considera come un beneficio di legge, da lui pel primo concesso, anche il diritto di domandare un termine di deliberazione perchè una tale cautela sarebbe a suo parere divenuta superflua dopo l'introduzione del beneficio d'inventario. L'effetto di questo beneficio è, secondo lui, la facoltà di mischiarsi nelle cose ereditarie, precisamente come un erede deliberante, senza esser costretti a divenire eredi. Soltanto egli deve dichiarare di

⁴⁵⁾ WESTPHAL, *loc. cit.*, § 341 in princ.; SCHWEPPE, *Roemisches Privatrecht* [Diritto privato romano], vol. V, § 848, pag. 177.

⁴⁶⁾ L. 22 § 14 *cit.*

⁴⁷⁾ Le parole in parentesi non vogliono dire che l'erede deliberante debba senz'altro far l'inventario, ma solo che, se lo fa, è legato alle disposizioni di legge su questo, nè può altrimenti procurarsi i vantaggi che la legge ne fa derivare. Vedi Glossa, *facere ad h. l.*: « si velit uti beneficio legis Falcidia » e BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, pag. 427, nota 4.

⁴⁸⁾ Questo è da riferirsi soltanto al termine di deliberazione. Vedi Glossa *ad h. v.*

non voler acquistare l'eredità entro il termine per la deliberazione, altrimenti è tenuto verso i creditori ereditari pel pagamento integrale dei debiti. Ciò che vi ha di indeterminato e vago in questo testo deriva principalmente dal fatto che l'imperatore considera l'erede, che non ha rifiutato dentro il termine di deliberazione, come uno *qui adire maluerit*, vale a dire come uno che abbia rinunciato a questo così detto beneficio di legge. Il dire infatti che ha luogo qui il *jus antiquum* in forza del quale ogni erede è tenuto al pagamento integrale dei debiti significa che ha effetto la disposizione semplicemente limitativa dell'antico diritto dell'erede secondo la quale l'erede si considera come accettante se non abbia dichiarato il contrario entro il termine di deliberazione. Le seguenti espressioni del resto provano chiaramente che l'imperatore ha proprio voluto dire che colui il quale non rinunci all'eredità in tempo deve pagare tutti i debiti:

« Cum enim gemini trāmites inventi sint, unus quidem ex anterioribus qui deliberationem dedit, alter autem — novus, a nostro minime repertus, per quem adeuntes sine damno conservantur: electionem ei damus, vel nostram constitutionem eligere et beneficium eius sentire, vel si eam aspernendam existimaverit, et ad deliberationis auxilium convolavevit, ejus effectum habere; et non secundum modum patrimonii, sed etiam si exiguus sit census hereditatis, tamen quasi heredem eum in totum obligari, et sibi imputet, qui pro novo beneficio vetus elegerit gravamen ⁴⁹⁾. Et ideo ad ipsam deliberationis dationem et divinum rescriptum super hoc promulgatum (il primo si riferisce alla concessione del termine di deliberazione, il secondo alla costituzione sul diritto di domandarla) hoc adjici volumus, ut sciant omnes, quod omnimodo post petitam deliberationem, si adierint, vel pro herede gesserint, vel non recusaverint hereditatem, omnibus in solidum hereditariis oneribus teneantur ».

⁴⁹⁾ Anche qui l'imperatore fa entrare il concetto tante volte espresso che, sebbene egli lasci all'erede la scelta fra il beneficio d'inventario e la deliberazione, questa è inutile e priva di vantaggi per l'erede, senza però ricordare che tale essa è divenuta appunto per la sua disposizione, onde egli irragionevolmente parla qui di un *vetus gravamen*.

L'imperatore sentendo bene che il principio del testo può dar luogo a dubbi ripete colla sua solita diffusione e ampollosità due volte lo stesso concetto, che cioè l'inventario non libera l'erede deliberante dall'obbligo di pagare tutti i debiti. Il BUCHHOLTZ ammette qui una differenza fra il caso che l'erede deliberante accetti espressamente e quello che la sua accettazione venga ammessa per finzione in seguito alla mancata rinuncia entro il termine per deliberare. Nel primo caso egli riconosce all'erede il diritto di detrarre la Falcidia dai legati soltanto quando al tempo in cui sottoscriveva gl'inventari egli fosse di già erede. Nel secondo caso egli riconosce tal diritto incondizionatamente ⁵⁰⁾. Tuttavia la legge non dà il menomo appiglio a tale distinzione ed è anche poco naturale il riconoscere maggiori diritti all'erede, la cui accettazione viene in certo modo finta in contumacia che non all'erede che accettò espressamente. La legge fa dipendere il diritto alla detrazione della Falcidia dal fatto che l'inventario sia stato compiuto nel termine e nel modo prescritti; se all'erede resta ancora una parte del termine per deliberare egli potrà rinunciare od accettare espressamente o tacitamente. Questi due ultimi casi stanno per dichiarazione espressa della legge sulla medesima linea; egli è perciò arbitrario complicare la disposizione di legge con una distinzione di cui la legge nulla sa e che non si può giustificare con i principi generali del diritto.

Passando ora al caso che l'erede deliberante rinunci in tempo debito, non può proporsi altra questione che quella se basti che l'erede consegni l'eredità secondo l'inventario, con riserva però dei diritti competenti agli interessati (v. il paragrafo seguente), o se anche qui sia ammissibile il giuramento estimatorio. La legge non parla di questo caso, ma poichè il giuramento estimatorio si deve considerare come un diritto puramente singolare e all'erede che rinuncia l'inventario non potrebbe giovare e infine la legge designa questo diritto degli interessati come una conseguenza della mancanza dell'inventario (*quod si post deliberationem... tunc... ma-*

⁵⁰⁾ *Loc. cit.*, pag. 427-430.

nifestanda), così la risposta a questa questione non può essere dubbia ⁵¹⁾).

Del resto nella trattazione sin qui fatta si è sempre supposto che l'adizione finta dell'erede deliberante, il quale nulla dichiara dentro il termine, debba essere ammessa non soltanto a favore dei creditori, ma anche a favore di coloro che avrebbero dopo di lui un diritto all'eredità, i sostituti cioè e gli eredi intestati. Ciò però non è riconosciuto da tutti, anzi l'opinione comune tende ad ammettere che l'erede debba considerarsi tale a favore dei creditori e non invece a favore degli altri eredi, sostituti od eredi intestati ⁵²⁾).

Il motivo pel quale questa opinione ha incontrato tanto favore è questo, che quando ad alcuno è imposto un termine per dichiarare se accetti o no un dato diritto, è più naturale ammettere come conseguenza del suo silenzio la rinuncia anzichè l'obbligo dell'accettazione, come è appunto riconosciuto riguardo allo stesso erede deliberante nel diritto delle *Pandette*.

Si aggiunga anche che sembra essere una violazione del diritto dei secondi chiamati (sostituti od eredi intestati), l'escluderli dalla successione per il fatto che il primo erede non ha dichiarato se accettava dentro il termine prescritto ⁵³⁾, mentre d'altro lato i

⁵¹⁾ Confr. BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, pag. 429.

⁵²⁾ Così si esprime il THIBAUT, *Pandette*, § 873. In simil modo il HOEFFNER, *Comm.*, § 548, distingue se siano i sostituti e gli eredi intestati o invece i creditori quelli che hanno spinto l'erede a dichiararsi, ammettendo che nel primo caso in mancanza di dichiarazione dell'erede l'eredità vada a quelli, nel secondo caso si abbia per accettata dall'erede. Così pure il MACKELDEY, *Lehrbuch* [Trattato di diritto privato romano], § 678, n. 1, e il SEUFFERT, *Lehrbuch* [Trattato pratico del diritto delle *Pandette*], § 668. L'UNTERHOLZNER, *Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre* [Svolgimento diffuso e completo della teoria della prescrizione], II, § 165, p. 49, così esprime lo stesso risultato: si ammette che l'indugiante si sia deciso nel senso più favorevole a coloro che hanno richiesto l'imposizione del termine; quindi nell'interesse dei creditori e dei legatarii l'eredità si ha per accettata. Degli scrittori antichi, che accettino quest'opinione, mi limito a nominare VOET, *ad Pandectas*, h. t., WESTENBERG, *eod. tit.*, § 8.

⁵³⁾ Questo motivo si fa valere in particolare dal DUARENO, *Comm. ad h. t.*, cap. 2.º, *Opera*, p. 424 B.

creditori e i legatari si trovano meglio quando l'erede è costretto a pagare i debiti ed i legati. Quest'osservazione ha indotto molti nell'opinione che questo risultato apparisse già dalle *Pandette* e che GIUSTINIANO non abbia quindi disposto nulla di nuovo in argomento⁵⁴). Veramente è esatto che la L. 69 Dig. *de acquir. her.*, 29, 2, che di solito s'invoca, parla soltanto del rapporto del primo erede coll'erede successivo e non anche con i creditori. Però non si può da ciò trarre un argomento *a contrario* nè quindi ammettere che, poichè il giureconsulto dice che qualora il primo erede non abbia dichiarato nulla entro il termine sottentra il sostituto, e dopo questo il secondo sostituto, valga nei rapporti con i legatari un tutt'altro diritto. Al contrario si può provare in modo sicuro che gli effetti della mancata adizione entro il termine imposto dal Pretore erano sempre gli stessi, cioè l'esclusione dell'erede dall'eredità. Naturalmente il modo come i sostituti o gli eredi intestati sottentrano nel posto del primo erede, non è lo stesso che quello come sottentrano i creditori. A quelli è deferito il diritto di eredità in mancanza del primo chiamato, questi possono invece ottenere soltanto un diritto sulla massa quando ottengono per loro garanzia e soddisfacimento una immissione nel possesso del giudice. Se dunque solo il patrimonio ereditario è oggetto di una tale immissione, s'intende da sè che, astraendo dallo speciale rapporto dell'erede beneficiato di cui qui non è il caso di parlare, l'erede chiamato non può essere considerato erede ed è escluso dall'eredità. POMPONIO però osserva espressamente che il Pretore sulla domanda dei creditori imponeva all'erede un termine colla clausola che, non accettando egli l'eredità, dentro tale termine si dovesse aprire un concorso sulla massa ereditaria, cioè *se praetorem bona defuncti creditoribus possidere iussurum*⁵⁵). È chiaro dunque che GIUSTINIANO dette veramente nuove disposizioni anche per questo riguardo, e perciò non si può che domandare se la

⁵⁴) Vedi UNTERHOLZNER, *loc. cit.*, nota 556; MACKELDEY, *Trattato*, § 688, nota c, e il testo *ivi*.

⁵⁵) L. 25 § 2 D. *de her. inst.*, 27, 5. Vedi la trattazione già fattane sopra a pag. 354 seg. di questo volume.

distinzione fatta dai moderni sia fondata nella legge. L'opinione affermativa si basa sul fatto che dove è parola dell'effetto giuridico dell'adizione vera o finta dell'erede deliberante, si fa menzione soltanto dei creditori e dell'obbligo illimitato che ha verso di essi l'erede; nulla si trova invece sui rapporti cogli altri interessati. Ma noi dobbiamo prima di tutto domandarci se GIUSTINIANO abbia o no mutate le regole del diritto precedente. Se ciò deve affermarsi, come non se ne può dubitare, giusta la precedente trattazione, la conseguenza vuole che il mutamento si debba intendere completo e non limitato a qualche parte soltanto⁵⁶).

L'imperatore anzi lascia intendere molto chiaramente e ripetutamente che la facoltà da lui concessa di chiedere un termine per deliberare ha effetti del tutto particolari sui rapporti dell'erede primo chiamato; egli vuole scoraggiarlo da ciò e però gli toglie soltanto i danni che ne derivano di regola per gli eredi. Se egli abbia adito l'eredità o se sia considerato per finzione di legge come accettante, gli effetti dannosi per lui possono manifestarsi soltanto nei riguardi coi creditori e coi legatari; non c'era dunque alcun motivo per parlare qui degli eredi successivi. Dove però l'occasione si è presentata, egli lo ha fatto e cioè pel caso che l'erede deliberante rifiuti senza aver fatto un inventario; qui è detto che egli deve restituire l'eredità all'erede successivo o ai creditori secondo il loro *jusiurandum in litem*⁵⁷). Questa circostanza è certo un assai serio argomento a conferma dell'opinione che la qualità di erede passi completamente all'erede deliberante il quale non abbia deliberato in tempo⁵⁸). Si aggiunga anche che il motivo

⁵⁶) Di quest'opinione è anche il DONELLO, il quale nei *Comm. iuris civilis*, lib. VII, cap. 3, § 26, dopo aver riferito l'antico diritto, dice: « Iustinianus hoc invertit, et pro eo habet istum heredem, quasi hereditatem advisset ».

⁵⁷) L. 22 § 14 *cit. verb.*: « Quodsi post deliberationem — — a iudice statuenda ».

⁵⁸) Il WESTPHAL, *loc. cit.*, § 341, pag. 190 seg., trova in ciò un argomento per l'opinione divergente. Ma su quali fondamenti! In primo luogo egli riferisce il testo, che parla espressamente di rinuncia dell'erede deliberante, al caso enunciato nel periodo precedente di erede che

fondamentale addotto da GIUSTINIANO è appunto quello di indurre gli eredi ad accettare l'eredità. A ciò è diretta ogni determinazione della sua legge, e semplicemente da questo punto di vista debbono considerarsi i danni minacciati all'erede il quale non si decida ad accettare subito l'eredità col beneficio d'inventario. Un favore degli eredi successivi non poteva essere nel piano di GIUSTINIANO, massime nei riguardi dell'erede testamentario che deve sempre per la volontà del testatore esser preferito ai sostituti ed agli eredi intestati; nè d'altra parte è da considerarsi un favore degli eredi successivi la disposizione per la quale l'erede deliberante è tenuto alla restituzione dell'eredità secondo il giuramento estimatorio quando egli abbia rinunciato senza aver fatto alcun inventario, perocchè questo è un danno che lo colpisce appunto per non aver egli voluto divenire erede. In breve, lo scopo della legge è raggiunto quando l'erede chiamato accetti, volontariamente o per coazione; se l'erede guadagni o perda è cosa che non può essere presa in considerazione. Quando pertanto tutto si fa dipendere colla maggior parte degli scrittori dalla circostanza se siano stati i creditori e i legatari a spingere l'erede alla decisione o invece gli eredi successivi, la soluzione della questione diviene impossibile, se la decisione sia stata provocata da questi o da quelli soltanto o meglio ancora da nessuno, ma sia l'erede che abbia domandato spontaneamente il termine per deliberare. L'ammettere poi, come fanno alcuni, il principio generale che la mancata dichiarazione dell'erede abbia per effetto che l'eredità si debba considerare adita nell'interesse dei creditori e rinunciata nell'interesse degli eredi successivi, dà luogo a così grossi inconvenienti che per ciò solo dovrebbe tale opinione respingersi. S'immagini

non si è dichiarato. Secondariamente egli crede che la disposizione sul *iusiurandum in litem* si debba intendere dei soli sostituti ed eredi intestati, non anche dei creditori, perchè questi dovrebbero essere pagati sino all'ultimo centesimo. Questo non solo è contro la lettera chiara della legge, ma di un obbligo dell'erede deliberante di pagare completamente i creditori si può parlare soltanto quando divenga erede, non anche quando rinunci.

per esempio il caso che non sia avvenuta una convocazione dei creditori e che i creditori presentatisi siano stati soddisfatti sulla massa restituendosi il superfluo agli eredi successivi. Più tardi si presentano altri creditori. Questi debbono rivolgersi verso il primo erede. Ma quale sarà la loro condizione se questi non sia in grado di pagarli? Naturalmente essi avranno il diritto di rivolgersi contro i possessori dell'eredità come contro i veri eredi. Ma di fronte ad un caso così facile ad avverarsi debbono gli eredi successivi sentirsi poco proclivi ad accettare l'eredità e allora anche ad essi deve esser concesso il diritto a far l'inventario e ad ottenere uno *spatium deliberandi* e così pure agli eredi che ad essi succederebbero, di maniera che la cosa non avrebbe un fine se non con l'apertura del concorso. Quanto più facile appare la cosa invece secondo la teoria qui difesa! Il primo chiamato è e rimane erede ed i creditori non hanno da fare che con lui. Vi è bensì un caso in cui una persona già divenuta erede può essere esclusa dalla successione e tuttavia rimanere gravata dei pesi ereditari, ed è il caso di quell'erede che dopo un anno dalla ammonizione fattagli dal giudice non abbia adempiuto i pesi impostigli nel testamento; l'eredità gli vien tolta e vien data ad altri ed egli tuttavia è tenuto per garanzia ad adempiere quei pesi⁵⁹⁾. Ma chi volesse trarre da ciò un argomento per la teoria comune andrebbe contro molte delle più note regole di interpretazione; questa sarebbe non soltanto una deduzione inammissibile da una anomalia ad un'altra, ma sarebbe anche l'estendere oltre i suoi limiti la regola di diritto che qui si vorrebbe applicare, perchè secondo essa l'erede vero e proprio resta obbligato verso i legatari e non anche verso i creditori. D'altronde non può neppure in generale ammettersi una contraddizione alle regole senza una dichiarazione espressa di legge, tanto meno in un caso come il presente dove i motivi adottati rendono sommamente probabile che GIUSTINIANO neppure da lontano pensasse ad una anomalia come quella che si dovrebbe ammettere⁶⁰⁾.

⁵⁹⁾ Nov. 1 pr., cap. 1. Vedi su ciò il precedente volume, pag. 353.

⁶⁰⁾ Confr. BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, pag. 439, 443-448, il quale difende la stessa opinione.

Secondo quanto si è detto fin qui è molto facile a determinare anche il rapporto, da GIUSTINIANO non considerato, fra coeredi. Quando tutti siano diventati eredi, spontanei o coatti, naturalmente non si può parlare di diritto di accrescimento; se l'uno o l'altro di essi abbia ottenuto uno *spatium deliberandi* e entro questo abbia rinunciato all'eredità, il suo diritto passa ai sostituti e in mancanza di questi si accresce ai coeredi ⁶¹). Il rapporto rimane esclusivamente lo stesso quando un coerede si valga del beneficio d'inventario, l'altro ottenga un termine per deliberare. S'intende da sè che anche l'inventario fatto dal primo deve comprendere tutta l'eredità, perchè un inventario di una quota di eredità è qualche cosa di inconcepibile: il coerede inventariante ha poi tutti i diritti che la legge congiunge all'inventario, l'altro non ne gode invece ⁶²). Supponiamo ora che il coerede A accetti l'eredità con beneficio d'inventario ed il coerede B ottenga un termine per deliberare. Se anche quest'ultimo divenga erede, il rapporto fra coeredi non ne è affatto alterato. Ma se egli rinuncia all'eredità, A si gioverà del diritto di accrescimento qualora manchino i sostituti; e per conseguenza se B non aveva fatto alcun inventario la restituzione della quota ereditaria da lui posseduta si farà secondo il *jusiurandum in litem*. Se poi tutti due abbiano ottenuto il termine per deliberare e uno solo divenga erede, la restituzione della quota dell'altro si fa nello stesso modo, ma senza differenza fra il caso che sia stato fatto un inventario e il caso opposto, perchè ciò non ha alcuna influenza sul rapporto dei coeredi salvo che il coerede che ha rinunciato senza inventario deve permettere che contro di lui si faccia il *jusiurandum in litem*.

Se ora si domanda quale sia il diritto dell'erede deliberante, la logica vuole che tutto ciò che vale per questo, danni e vantaggi, valga anche per quello. Così se il primo erede muore durante il termine per deliberare, l'erede di lui ha ancora il re-

⁶¹) Confr. anche qui BUCHHOLTZ, pag. 448 seg., il quale turba la semplicità del rapporto mischiandovi senza necessità il diritto della Nov. 1, c. 1.

⁶²) BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, p. 449, nota 3.

siduo termine per dichiarare se accetti o no⁶³). Egli non può neppure valersi più del beneficio d'inventario perchè nessuno può trasmettere ai suoi eredi diritti maggiori di quelli che egli stesso abbia⁶⁴); soltanto se l'erede primo non avesse ancora fatto nessuna dichiarazione e quindi neppure chiesto il termine per deliberare, e sia morto tanto presto che non fosse ancora trascorso il termine prescritto dalla legge per cominciare l'inventario, all'erede di lui competerebbe naturalmente questo diritto come al suo proprio autore.

In ogni caso egli potrebbe in tali ipotesi procurarsi il vantaggio che l'inventario procura anche all'erede deliberante. Altrimenti egli deve, quando accetti, pagare completamente i creditori e i legatari, o se rifiuti subire il giuramento estimatorio degli interessati. Supponiamo invece che l'erede muoia dopo trascorso il termine per deliberare senza aver fatto alcuna dichiarazione. Anche qui ha luogo lo stesso effetto pregiudizievole a carico suo che avrebbe effetto a carico del suo autore; se egli acquista l'eredità di questo deve assumerne ed eseguirne anche le obbligazioni, fossero pure obbligazioni assunte dal suo autore in qualità di erede⁶⁵). Del resto s'intende da sè che l'erede dell'erede, il quale faccia uso del beneficio di legge riguardo all'eredità deferitagli, può perciò essere esente dagli obblighi che l'accettazione dell'eredità o anche la rinuncia del suo autore imponevano a questo.

Astraendo del resto dagli speciali danni che la nostra legge

⁶³) Vedi sopra pag. 363. Vedi quanto è dimostrato anche a pag. 379. che il termine di trasmissione di un anno ha luogo solo se l'erede non abbia domandato uno *spatium deliberandi*.

⁶⁴) L. 120 D. *de regulis iuris*, 50, 17.

⁶⁵) Nelle nostre fonti è detto espressamente che agli eredi dell'erede passa nel suo complesso il rapporto di successione di questo e le due eredità non possono separarsi, onde gli ultimi debbono considerarsi come eredi del primo testatore. L. 7 § 2 D. *de acq. vel om. her.*, 29, 2; L. 65 D. *de verb. sign.*, 50, 16; L. 194 D. *de reg. iuris*, 50, 17. Anche il BUCHHOLTZ (pag. 394, nota 1, 425, 430) lo riconosce: ma con ciò non si concilia facilmente ciò che ammette appunto questo scrittore a pag. 394, che per gli eredi dell'erede il termine decorra dal momento in cui essi hanno avuto personalmente notizia dell'eredità.

collega alla domanda di un termine per deliberare, spettano all'erede deliberante tutti i diritti che gli dà l'antico diritto ⁶⁶⁾, perchè la legge nulla dice in proposito, e quei diritti si conciliano benissimo anche con le altre disposizioni di essa. Fin qui abbiamo parlato del caso che l'erede accetti col beneficio d'inventario e del caso in cui egli chieda invece un termine per deliberare. Come diverso da questi due il BUCHHOLTZ vuol trattare il caso che l'erede senza dichiarare espressamente di voler divenire erede faccia tuttavia un inventario nel termine di legge. Secondo questo autore, la semplice confezione di un inventario non vale nè come adizione di eredità, nè come gestione *pro herede*, e poichè questo caso non è considerato nella legge di GIUSTINIANO, deve considerarsi per esso ancora in vigore l'antico diritto, e quindi l'erede che ha fatto l'inventario potrà ancora rinunciare o ancora chiedere un nuovo termine per deliberare ⁶⁷⁾. A quest'opinione però si oppongono argomenti molto gravi. È noto che l'accettazione dell'eredità può avvenire non solo per dichiarazione espressa, ma anche mediante atti taciti concludenti, e l'ultima ipotesi si avvera appunto quando l'erede compie degli atti così detti di immistione, tali cioè che soltanto il padrone del patrimonio potrebbe compiere, eccetto soltanto il caso di una esplicita protesta di non voler fare ciò a titolo di erede o di una qualsiasi altra prova che l'immistione avvenne per altro motivo, per es. *pietatis causa* ⁶⁸⁾.

Ora chi fa un inventario completo della massa ereditaria viene con ciò a compiere atti di immistione tali dai quali in dubbio deve argomentarsi una *pro herede gestio*. A ragione perciò si sostiene dai più che simile gestione si riscontri nel fatto di compiere l'inventario ⁶⁹⁾. L'erede inventariante può solo protestare

⁶⁶⁾ Vedi sopra, § 1466.

⁶⁷⁾ *Loc. cit.*, pag. 407, 409-411, 423. MACKELDEY, *Trattato*, § 689, richiede che l'erede dichiari espressamente nell'adire che egli accetta con beneficio d'inventario.

⁶⁸⁾ L. 20 § 1 D. *de acquir. vel omitt. her.*; L. 1 C. *de repud. vel abstin. her.*, 6, 31.

⁶⁹⁾ Lo stesso BUCHHOLTZ, p. 407, note 2-4, lo ammette. Confr. però GLÜCK, *Comm. Pandette*. — Lib. XXVIII, Parte IV. — 55.

contro la intenzione che gli si potrebbe attribuire di accettare la eredità⁷⁰); andare più in là non si può, e ammettere che per un caso di questa specie possa restare in vigore l'antico diritto è cosa contraria alla dichiarazione esplicita dell'imperatore, secondo la quale due vie sono aperte all'erede, l'inventario e la deliberazione (L. 22 § 14 cit.) e questa può chiedersi una volta sola. All'erede adunque non può concedersi di battere una terza via a suo arbitrio per mantenere così in vigore l'antico diritto. Ciò l'imperatore non ha voluto più tollerare e di questa sua volontà si ha la prova indubbia nel fatto che egli designa la liberazione da lui ammessa come un residuo dell'antico diritto (*unus quidem ex anterioribus qui deliberationem dedit*) e inoltre dichiara espressamente che quando l'erede non voglia accettare o rinunciare semplicemente, abbia la scelta soltanto fra l'accettazione coll'inventario e la domanda di un termine per deliberare (§ 14).

L'argomento più grave addotto dal BUCHHOLTZ, che cioè la costituzione fu emanata prima del compimento delle *Pandette* e tuttavia in queste sono testi che parlano di un termine concesso più volte⁷¹) e che anche i *Basilici* riproducono il contenuto di questi testi⁷²), non può esser preso in considerazione contro dichiarazioni così esplicite della legge, e i testi delle *Pandette* debbono qui, come in casi analoghi, considerarsi come aventi valore meramente storico⁷³). Quando pertanto l'erede, invece di domandare un termine

dello stesso p. 411, nota 4 e VANGEROW, *Archivio civile*, XXII, pag. 74, nota 33, il quale si dichiara contro il BUCHHOLTZ.

⁷⁰) Il VANGEROW, *loc. cit.*, sembra pure non ammetterlo, ma poichè l'imperatore nulla dice in proposito, noi non siamo autorizzati a negare all'erede un diritto così naturale e così conciliabile colle disposizioni di legge.

⁷¹) L. 1 in f., L. 2-4 D. *h. t.*

⁷²) Edizione FABROT, IV, p. 811.

⁷³) Vi sarebbe un altro spediente per spiegare l'accoglimento nelle *Pandette* di questo testo, dire cioè che il termine complessivamente non deve superare i nove mesi o un anno, ma può da principio essere stato più breve ed essere stato prorogato per buoni motivi. Questo spediente è accolto dal DONELLO, *Comm. iuris civilis*, VII, c. 33, § 4 e dal MAYER. *Erbrecht* [Diritto ereditario], pag. 348 seg., n. 23. Contro però vedi quanto fu detto sopra, § 1467 e nota 5 ivi.

per deliberare, faccia l'inventario dichiarando espressamente però che egli non intende così di accettare, egli è come se non si fosse immischiato affatto nell'eredità e può quindi rinunciare o accettare a suo piacimento; se però vi sia spinto dagli interessati deve subito dichiararsi o domandare un termine per deliberare di nove mesi o di un anno.

Per esaurire l'argomento dobbiamo ancora trattare brevemente la questione su chi gravino i danni quando, senza colpa dell'erede inventariante o deliberante, gli oggetti dell'eredità vengano deteriorati o distrutti, o viceversa a chi spettino gli eventuali miglioramenti. In ambedue i casi deve necessariamente supporre che vi abbiano un interesse i creditori e i legatari; ciò non avviene nel primo caso se la massa ereditaria superflua basta al loro pagamento, nell'ultimo caso se essi siano già stati pagati sulla massa originaria.

Spesso la questione è stata decisa nel senso che importi vedere se la diminuzione avvenga prima o dopo dell'acquisto dell'eredità. In quest'ultimo caso i danni graverebbero sull'erede come sul proprietario del patrimonio, dei danni precedenti egli non potrebbe invece esser tenuto responsabile se non per colpa o mora. Lo stesso dovrebbe valere anche nel caso di accettazione con inventario, perchè anche in tal caso egli è proprietario del patrimonio e quindi deve sopportare le perdite di questo. Ciò verrebbe confermato dal fatto che a lui spettano tutti i vantaggi e le accessioni; dal che consegue che secondo questi scrittori gli aumenti posteriori a questo tempo non spetterebbero ai creditori nè ai legatari⁷⁴). Perciò gli eredi deliberanti sarebbero messi in condizione migliore degli eredi beneficiati, perchè quelli dovrebbero sopportare i rischi soltanto dal momento in cui accettano l'eredità o l'accettazione loro viene supposta. Questa opinione astrae completamente dallo scopo della legge di GIUSTINIANO e si fonda esclusivamente sopra un concetto giuridico. L'applicazione conseguente

⁷⁴) MEVIL, *Decis.*, parte II, dec. 357; PEREZ, in *C. h. t.*, § 11, n. 7; WERNIER, *Lectiss. comment.*, t. II, p. 685 seg.

dei principî giuridici dovrebbe però condurre al risultato che per la presente questione non sia decisivo il tempo dell'acquisto dell'eredità, ma la morte del testatore. In qualunque momento infatti avvenga l'acquisto dell'eredità, l'effetto deve esserne ricondotto a quel momento ⁷⁵); e ciò è riconosciuto anche per le perdite e per gli acquisti posteriori nel riguardo della quarta Falcidia ⁷⁶). Le disposizioni di GIUSTINIANO sui diritti dell'erede beneficiato contengono però deviazioni così essenziali dagli effetti regolari di un acquisto di eredità che nessuna delle opinioni fin qui esposte si può conciliare con esse. Evidentemente l'imperatore vuole che il patrimonio del defunto e quello dell'erede debbano essere trattati come due patrimoni distinti per quanto riguarda i danni che possono derivarne a quest'ultimo. Da ciò consegue logicamente che l'erede beneficiario debba considerarsi nei rapporti coi creditori ereditari come un gestore di negozi alieni e perciò debba essere responsabile verso di loro soltanto per la colpa o per la mora ⁷⁷); al contrario gli aumenti anche casuali tornano a vantaggio dei creditori perchè quella separazione ha per iscopo soltanto di evitare danni all'erede. In questo senso si esprimono anche i più degli scrittori ⁷⁸).

Tuttavia la cosa merita ancora una più attenta considerazione. E in primo luogo il principio che danni e perdite non debbano essere sopportati dall'erede si deve limitare all'erede beneficiato,

⁷⁵) L. 54 D. *de acq. her.*: « Heres quandoque adeundo hereditatem, iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur ». L. 138 pr., L. 193 D. *de reg. iur.*

⁷⁶) L. 30 pr. D. *ad Leg. Falcid.*, 35, 2.

⁷⁷) Egli è in mora, non soltanto quando non faccia l'inventario entro il termine prescritto, nel qual caso non può pretendere il diritto di un erede beneficiario, ma anche quando dopo compiuto l'inventario (prima non potrebbe esser disturbato) non paghi i creditori che si presentano nei limiti della massa. BRUNNEMANN, *ad Cod. h. t.*, n. 56.

⁷⁸) Confr. i seguenti scrittori, alcuni dei quali però si limitano a trattare la questione, chi debba sopportare i danni. MERENDA, *Controversiae iuris*, lib. XVIII, cap. 43, § 13-19; HERTIUS, *De effectibus non confecti inventarii*, sez. II, § 10; SCHWEPPE, *Diritto privato romano*, V, § 648, e, f, pag. 181 seg.; BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, pag. 417 seg., n. 4.

perchè solo a riguardo di questo erede è determinata la separazione dei patrimoni. Per l'erede deliberante, che diviene effettivamente erede, è invece disposto espressamente che egli deve pagare i creditori per intero. Ma se anche ciò non fosse, dovrebbe per lui valere il diritto comune e quindi gravare su di lui la perdita causata dalla morte del testatore senza distinguere se l'accettazione sia stata volontaria o no? Basta notare che egli non ha il diritto di un erede beneficiato e perciò non può pretendere diritti migliori di un erede comune, nè può sottrarsi al principio generale che gli effetti dell'acquisto retroagiscono al momento della morte del testatore, qualunque sia il tempo in cui egli è divenuto erede (nota 75). Ma se egli abbia rinunciato all'eredità dentro il termine per deliberare, la perdita casuale non lo può toccare, come non toccherebbe qualunque altro rinunciante, perchè la legge non minaccia all'erede deliberante, che abbia rinunciato, altro danno che quello di dover subire il giuramento estimatorio degli interessati, quando non abbia fatto l'inventario. Riguardo ai legatari però non possono, anche per gli eredi beneficiati, valere altre regole che quelle del diritto comune⁷⁹⁾, perchè la legge vuole garantirli soltanto contro i danni, mentre la legge Falcidia è per gli eredi un vantaggio e tale è sempre considerato nelle fonti⁸⁰⁾. Lo stesso vale per l'erede deliberante il quale abbia fatto l'inventario; che ad esso pure la legge attribuisce soltanto il diritto alla quarta Falcidia. Ma che cosa si dirà quando l'eredità sia aumentata? Per regola è riconosciuto che anche in questo riguardo sia decisivo il momento della morte del testatore, onde la detrazione della Falcidia deve avvenire anche se computando il posteriore acquisto l'erede avrebbe libera la quarta senza alcuna deduzione. Le eccezioni particolari a questa regola non ci interessano qui. Non vi è poi motivo alcuno per ammettere una regola diversa per l'erede deliberante che abbia fatto un inventario perchè le fonti non dicono nulla in questo senso. Al contrario sembrerebbe

⁷⁹⁾ MERENDA, *loc. cit.*, § 19 in fine. Il contrario sostiene il BUCHHOLTZ, *loc. cit.*; vedi però gli argomenti avversi nel testo.

⁸⁰⁾ L. 9 § 5 D. *de iuris et facti ign.*, 22, 6.

a prima vista che questo diritto non potesse essere invocato dall'erede beneficiato⁸¹); perchè la legge lo tutela contro i danni e qui egli non ne soffrirebbe anche se fosse costretto a restituire il guadagno ai legatari.

Ma la separazione dei patrimoni è stabilita bensì soltanto a vantaggio dell'erede beneficiato, ma non gli è tolto perciò il diritto che compete agli altri eredi. Divenuto erede pertanto, egli non può pretendere di fronte ai legatari un diritto migliore degli altri eredi, ma è sempre erede di pieno diritto e non gli possono essere negati quei vantaggi che la legge attribuisce ad ogni erede.

§ 1470.

Prova della inesattezza dell'inventario.

Per la verità ed esattezza delle dichiarazioni contenute in un inventario regolare sta una presunzione di diritto, o con altre parole l'inventario costituisce la prova di tutte le partite in esso contenute; ma tutti coloro che hanno un interesse, in particolare i creditori ed i legatari, sono autorizzati a dimostrarne l'inesattezza con i mezzi di prova leciti; e se per tal modo si dimostri che l'erede ha nascosto o sottratto alcune cose, egli deve pagare il doppio valore alla massa⁸²). Fra i mezzi leciti la legge enumera anche il giuramento decisorio:

« Licentia danda creditoribus, seu legatariis vel fideicommissariis, si majorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam, quam heres in inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis — — — approbare, — *vel per sacramentum illius, si aliae probationes defecerint* ».

Però sulle condizioni per l'ammissibilità di questo giuramento

⁸¹) Questo è ammesso anche dal BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, pag. 418.

⁸²) L. 22 § 10 *h. t.* « — — si ex hereditate aliquid heredes surripuerint, vel celaverint, vel amovendum curaverint, postquam fuerint convicti, in duplum hoc restituere, vel hereditatis quantitati computare compellantur ». Dunque non al creditore danneggiato, ma alla massa deve essere pagato il doppio. WESTPHAL, *Deposito e apertura dei testamenti*, § 337.

non vi è pieno accordo fra gli scrittori. Com'è noto, il giuramento decisorio non può valere come prova diretta contro la presunzione, perchè nessuno può esser costretto a giurare contro ciò che è già provato pienamente a suo favore⁸³). Tuttavia ciò non si applica al caso in cui la prova contraria si ottenga artificialmente e la delazione del giuramento si fondi su premesse di fatto diverse da quelle su cui si fonda la presunzione⁸⁴); inoltre anche un'affermazione che in sè starebbe contro la verità e l'esattezza della pretesa dell'avversario può in certe circostanze apparire come vera eccezione o replica, e la prova di essa assumere perciò il carattere di una controprova impropria o indiretta. Si pensi, per es., al caso che secondo ciò che appare si consideri provata l'esistenza di un contratto già adempiuto e l'avversario adduca fatti speciali in base ai quali quella prova dovrebbe dichiararsi insufficiente. In sostanza qui si deve provare soltanto l'inesattezza della prima prova, ma poichè la controprova non va qui direttamente contro ciò che è apparso provato a prima vista, essa ha natura di una controprova indiretta e può ottenersi anche mediante giuramento⁸⁵).

Facciamo ora l'applicazione di questi principii al nostro caso. L'inventario legittimamente fatto costituisce di per sè la prova completa della verità del suo contenuto. Supponendo ora, ciò che pel momento ammettiamo come indiscusso, che qui sia applicabile la regola che la prova contraria non possa farsi mediante giuramento, l'erede non potrebbe essere invitato a giurare che egli ha dichiarato tutto fedelmente, nulla ha nascosto e nulla ha sottratto. Se al contrario si affermino alcuni difetti o inesattezze, la prova di queste affermazioni si può fare mediante giuramento, come mediante qualsiasi altro mezzo. Da questo punto di vista spiega il MEVIO⁸⁶) la

⁸³) Cap. 2 X *de probationis*, 2, 19. DANZ, *Ordentlicher Process* [Processo ordinario], § 253; GOENNER, *Handbuch des Processes* [Manuale della procedura], XLI, § 7; BAYER, *Vorträge über den gemeinen Civilprocess* [Studi sul processo civile comune], pag. 334, n. 3, 2.^a ediz.

⁸⁴) MARTIN, *Civilprocess* [Procedura civile], § 186, nota *i*, ultima ediz.; LINDE, *Civilprocess* [Procedura civile], § 236, 5.^a ediz.

⁸⁵) Cfr. il mio *Progetto di procedura civile*, § 284 della 2.^a ediz.

⁸⁶) *Decisiones*, parte IV, dec. 92. Lo segue il HELLFELD in questo paragrafo.

disposizione di GIUSTINIANO sull'ammissibilità del giuramento, ma il richiedere poi, come egli fa, che le affermazioni contrarie debbano in qualche modo apparire probabili, non è affatto fondato. Astraendo da ciò, nulla si può osservare contro l'opinione che la delazione del giuramento non possa essere portata come mezzo di prova contro l'esattezza dell'inventario. Un'altra questione però è quella se il diritto degli interessati di deferire un giuramento all'erede sia legato alle condizioni delle ordinarie prove contrarie. Ciò deve negarsi assolutamente. Vi è un giuramento che chiunque deve prestare su domanda degli interessati, anche senza che esistano motivi di sospetto, quando possieda una massa di cose o una quota di esse o anche semplicemente singole cose non determinate, o si trovi in tal rapporto con tali cose da poterne facilmente sottrarre o appropriarsene alcune; questo è il così detto giuramento di manifestazione ⁸⁷⁾. L'aver fatto un inventario nelle forme di legge non può esonerare da tale giuramento, perchè le cose esistenti al tempo dell'inventario possono anche essere tutte indicate esattamente, eppure resta la possibilità che qualche cosa fosse già sottratta o alienata prima. Questo può essere avvenuto per parte di chiunque si trovasse nella casa del defunto prima dell'apposizione dei sigilli (ed è perciò che il giuramento di manifestazione può essere deferito anche ai domestici), tanto più quindi a colui che deve sulla massa soddisfare gli altri e trattenere qualche cosa per sè. Si pensi soltanto ai casi così frequenti che l'erede abitasse col testatore o che si trovasse nella sua casa e ne prendesse la direzione subito dopo la morte e prima dell'apposizione dei sigilli; in simili casi sarebbe altamente iniquo se si volesse far dipendere l'ammissibilità del giuramento dalle condizioni di una vera prova contraria od anche soltanto dall'esistenza di motivi di sospetto. Spesso è impossibile anche l'indicare soltanto tali

⁸⁷⁾ STRYKIO, *De cautelis iuramentorum*, parte III, sez. III, cap. 1. GLÜCK. *Comm.*, § 729, il quale dice: « il giuramento di manifestazione, che può essere imposto anche senza alcun motivo di sospetto, a chiunque si trovasse nella casa del defunto poco prima o poco dopo la morte e si sia trovato così in grado di poter facilmente asportare qualche cosa ».

motivi; la sicurezza degli interessati sarebbe dunque perciò messa troppo a repentaglio se si volesse far dipendere la delazione del giuramento di manifestazione da condizioni diverse da quella, che quegli a cui il giuramento si deferisce fosse in condizione di utilizzare la massa ereditaria a suo vantaggio e di diminuirla, ancorchè ciò non potesse dimostrarsi con sicurezza. Il giuramento di manifestazione potrebbe rifiutarsi soltanto nel caso che potesse dimostrarsi con sufficiente probabilità che simili sottrazioni non furono possibili, come se per esempio l'erede era assente e non ebbe alcun contatto nè diretto, nè indiretto per mezzo di suoi incaricati o dipendenti, colla massa ereditaria prima dell'apposizione dei sigilli⁸⁸). Solo una cosa si può in tal caso pretendere, che manchino cioè altre prove in contrario, ciò che può ottenersi col *iusiurandum calumniae*. Questo giuramento non è, almeno per diritto romano, un mezzo di prova semplicemente sussidiario⁸⁹); l'equità però non soltanto richiede che l'erede non possa, massime quando esista un legittimo inventario, essere presunto spergiuro, ma inoltre anche la legge dice espressamente *si aliae probationes defecerint*. Non vi è poi alcun motivo per una tale presunzione, massime se si pensi che la regola riconosciuta anche nel diritto romano stabiliva proprio l'opposto, onde è da ammettere che il legislatore sia stato indotto a questa disposizione da motivi speciali, al modo stesso che per altri casi sono riconosciute deroghe alla regola che il giuramento non può essere un mezzo di prova sussidiaria⁹⁰). Del resto è fuori di dubbio che i coeredi

⁸⁸) LEYSER, *Meditationes*, sp. 364, m. 6, 7, ma specialmente MALBLANC, *Doctrina de iureiurando*, § 48, pag. 122, 123; WEBER a questo paragrafo. Concorda in sostanza anche il WERNHER, *Lectissimae observationes*, parte VII, obs. 146.

⁸⁹) Questo non è riconosciuto in generale, ma è fondato sulla lettera delle leggi. L. 25 § 3 D. *de prob.*, 22, 3; L. 34 § 6 D. *de iureiurando*, 12, 2; L. 9 C. *de rebus creditis*, 4, 1. Vedi MALBLANC, *Doctrina de iureiurando*, § 52; GLÜCK, *Comm.*, § 800; LINDE, *Abhandlungen aus dem Civilprocess* [Dissertazioni di procedura civile], vol. I, pag. 77. Nel *Trattato di procedura civile* [Lehrbuch], § 303, nota 4, sembra invece che egli ammetta il contrario, ma non adduce argomenti.

⁹⁰) L. 35 pr. D. *de iureiur.*; GLÜCK, § 800.

hanno lo stesso diritto di deferire il giuramento di manifestazione che gli altri interessati, sotto le medesime condizioni ⁹¹⁾. La condizione dell'erede deliberante, che abbia fatto l'inventario, non può poi essere sotto questo riguardo diversa da quella dell'erede beneficiato. Veramente si potrebbe pensare che per i creditori in tal caso manchi un legittimo interesse a deferire il giuramento di manifestazione, dovendo sempre l'erede deliberante pagarli per intero; ma essi non possono esser costretti a riconoscere come loro debitore unicamente l'erede; finchè non siano soddisfatti essi conservano anche le loro pretese sulla massa ereditaria e deve perciò esser attribuito loro ogni mezzo di difesa che compete ai creditori in generale per salvaguardare l'attivo dell'eredità.

Non debbono scambiarsi colle querele contro l'esattezza dell'inventario quelle che si rivolgano contro l'amministrazione dell'erede per deteriorazione o perdita delle cose ereditarie. A chi compete in tal caso l'obbligo di fornire la prova è questione che si risolve secondo i principî generali sull'onere della prova ⁹²⁾; il giuramento di manifestazione non si applica invece a questo caso ⁹³⁾. Per evitare errori e immistioni di concetti fuori di luogo bisogna dunque tener presente che i lamenti contro l'inventario non sono punto una cosa stessa colle querele dell'ultima specie ⁹⁴⁾.

§ 1471.

IV. *Conseguenza della mancanza d'inventario* ⁹⁵⁾.

Casi nei quali questa mancanza non nuoce.

Chi accetta in modo espresso, si immischia nell'eredità senza compiere entro i termini di legge l'inventario, deve pagare comple-

⁹¹⁾ LEYSER, *Med. ad Pand.*, sp. 364, n. 8; MALBLANC, *loc. cit.*, § 48, n. 1.

⁹²⁾ Confr. il mio *Progetto*, § 278.

⁹³⁾ È applicabile invece il *iusiurandum in litem* degli interessati, quando vi siano i requisiti, dolo, colpa lata o contumacia dell'erede.

⁹⁴⁾ Confr. WESTPHAL, *Rechtsgutachten*, ecc. [Pareri e decisioni di diritto civile], II, pag. 290 seg., nota 305.

⁹⁵⁾ Vedi in argomento una dissertazione assai mediocre di HERT, *De effectibus non confecti inventarii*, nel vol. II degli *Opuscula*, t. III, pagina 161 seg.

tamente i creditori e non può pretendere alcuno dei diritti che la legge fa derivare dall'inventarlo ⁹⁶). In seguito fu anche ordinato che un tale erede non solo non potesse detrarre la Falcidia, ma dovesse pagare per intero i legati anche quando il patrimonio ereditario non fosse a ciò sufficiente ⁹⁷). Non ostante la chiarezza di questa disposizione si è da alcuni creduto che GIUSTINIANO abbia con essa voluto semplicemente ripetere il concetto espresso nella sua Const. ult. h. t., la quale toglieva soltanto all'erede il diritto di detrarre la Falcidia: per lui adunque le parole *pura substantia* indicherebbero la sostanza che resta dopo detratta la quarta e significherebbero che l'erede deve pagare i legati per intero anche se per tal modo venga intaccata la sua quarta ⁹⁸). Ma questa è una interpretazione sforzata. L'imperatore parla espressamente del patrimonio netto del testatore, vale a dire di ciò che rimane di esso dopo detratti i debiti e i pesi a questi parificati, come le spese funerarie, il valore degli schiavi manomessi ⁹⁹). Gli scrittori per ciò si sono in generale pronunciati contro l'interpretazione restrittiva ¹⁰⁰), anzi essi attestano in generale l'applicazione estensiva della legge nella pratica ¹). Al contrario essa non si può ap-

⁹⁶) L. 22 § 12 C. h. t.

⁹⁷) Nov. 1, cap. 2, § 2: « — complebit legatarios et fideicommissarios, licet pura substantia morientis transcendat legatorum datio ».

⁹⁸) Ulv. HUBER, *Prael. ad Pand. h. t.*, § 8 in f.; HERTIUS, *Diss. cit.*, sect. I, § 2.

⁹⁹) THEOPHILI, *Paraphr.*, lib. II, tit. 22, § 3: « — eximi oportet quae a defuncto debentur, impensam in funus et servorum manumissorum pretia, et tum reliquum spectare, quantum sit: hoc enim purum esse censetur patrimonium ».

¹⁰⁰) Una trattazione profonda in proposito trovasi in PUFENDORF, *Observationes iuris universi*, t. II, obs. 100. Confr. anche FRITZ, *Archiv* [Archivio della pratica civile], vol. XI, *Ueber die Collision der Legatate*, ecc. [Sulla collisione dei legatarii coi creditori dell'eredità e coi creditori dell'erede], § 9.

¹) PUFENDORF, *loc. cit.*, in f. Per ciò che riguarda la collisione viene qui in considerazione il solo caso che non sia stato fatto alcun inventario e per ciò l'erede debba pagare del suo anche i legatarii. La conseguenza richiede che i legatarii, quando il loro diritto non possa soddisfarsi sulla sola massa ereditaria, vengano considerati creditori dell'erede, i

plicare al fedecommissario universale, perchè questi non può pretendere che il patrimonio effettivamente lasciato dal testatore e non già singole cose come il legatario. Anzi può nascere persino il dubbio se all'erede che non abbia fatto l'inventario sia vietato di detrarre la così detta quarta Trebelliana. Infatti nella L. 22 Cod. *h. t.* menzionandosi il diritto alla deduzione a favore dell'erede, che abbia fatto l'inventario, sono nominati soltanto i legatari ²⁾, dal che si potrebbe argomentare *a contrario* che di fronte all'erede fedecommissario non occorra l'inventario per poter detrarre la quarta. E nulla importa che la Novella 1.^a cap. 2.^o § 2 nomini insieme i legatari e i fedecommissari, perchè qui si parla soltanto dell'obbligo dell'erede di soddisfare i legatari col proprio patrimonio, e questo non esiste che pei legatari singolari. Tuttavia nel determinare i danni che spettano all'erede deliberante, è detto in modo generale che egli perde il diritto alla Falcidia anche se non faccia l'inventario ³⁾. Ora poichè il diritto romano designa con questo nome anche la quarta spettante all'erede fiduciario e poichè questo danno non deriva dalla domanda di un termine per deliberare, ma dall'aver tralasciato l'inventario, e poichè infine la Novella, dove parla in generale dell'inventario, della sua forma e delle conseguenze dell'inosservanza delle prescrizioni di legge, enuncia espressamente anche il fedecommissario universale ⁴⁾, è da credere che i motivi teorici contro la deduzione della così detta quarta Trebelliana abbiano la prevalenza ⁵⁾. In pratica però si segue di solito l'opinione opposta ⁶⁾, come attesta anche il VINNIO, il prin-

quali concorrono coi creditori ereditari e cogli altri creditori dell'erede secondo i principii della priorità. Cfr. la citata dissertazione del FRITZ, la quale però considera anche altri casi.

²⁾ L. 22 § 4 D. *h. t.*

³⁾ L. 22 § 14 D. *eod.*

⁴⁾ Nov. 1, c. 1.

⁵⁾ VINNIUS, *Sel. iur. Quaest.*, lib. II, c. 28, pag. 559-563; RUMPF, *Diss. cit.*, § 29.

⁶⁾ GAIL, *Observat. pract.*, lib. II, obs. 138; PEREZ, *Prael. in C. h. t.*, n. 15; ULR. HUBER, *Prael. iur. civ.*, t. I, lib. II, tit. XIX, § 5, p. m. 222; HERTIUS, *Diss. laud.*, s. II, § 1-4.

cipale difensore dell'opinione giusta. Appunto questo scrittore difende l'opinione che gli eredi necessari aventi diritto a legittima non possano neppure far valere tal diritto contro i legatari ⁷⁾ ⁸⁾). Questa opinione non ha trovato seguito ⁹⁾, eppure essa si può giustificare più facilmente dell'altra secondo la quale all'erede fiduciario è negato il diritto alla detrazione della Falcidia. E questo non pel motivo adottato da GIUSTINIANO che non merita fiducia l'erede il quale trascuri di far l'inventario ¹⁰⁾, perchè tale presunzione non potrebbe estendersi oltre i confini tracciati dallo stesso legislatore: e neppure perchè la legittima sia nelle nostre fonti designata talvolta come Falcidia ¹¹⁾, derivando ciò soltanto dal fatto che la misura della legittima si determinava secondo la Falcidia ¹²⁾. Invece non si potrebbe argomentare in contrario dal fatto che la legittima è un debito del testatore, e i legatari debbono esser posposti ai creditori, perchè, una volta riconosciuto che l'erede debba pagare i legati per intero anche dal suo stesso patrimonio, egli non può naturalmente invocare la sua qualità di creditore del defunto. Il vero motivo è piuttosto il seguente: l'erede può far valere il suo diritto alla legittima solo quando non sia stato onorato od escluso nei modi di legge; il testatore non ha pertanto violato i diritti di successione necessaria se abbia lasciato aprirsi la successione intestata, colla quale possono coesistere legati lasciati per codicillo, o abbia istituito l'erede necessario. Questo è obbligato ad osservare tutte le disposizioni che la legge dà per gli eredi in genere; e le disposizioni che riguardano l'inventario e le conseguenze della trascuranza di questo sono indipendenti dall'esistenza di diritti di eredità necessaria. L'erede

⁷⁾ Essi infatti debbono naturalmente essere posposti ai creditori. L. 8 § 9 D. *de inoff. test.*, 5, 2.

⁸⁾ *Sel. quaest.*, *loc. cit.*, pag. 563 segg.; STRYK, *Cant. test.*, c. 22, memb. 2, § 2.

⁹⁾ Vedi gli scrittori citati dal VINNIO, *loc. cit.*, pag. 563 e HERT, *loc. cit.*, sect. II, § 5.

¹⁰⁾ Su questo motivo insiste particolarmente il VINNIO, pag. 564.

¹¹⁾ L. 8 § 14 D. *de inoff. test.*, 5, 2.

¹²⁾ Vedi § 1421 b, vol. II di questo libro XXVIII.

non può lamentarsi se subisce dei danni che avrebbe potuto evitare quando avesse fatto ciò che poteva fare: e neppure può invocare la regola che la legittima non possa essere onerata ¹³⁾, perchè anche astraendo dal fatto che qui non si tratta di un onere della legittima, ma dell'obbligo di pagare integralmente i debiti ed i legati, quella regola si riferisce soltanto agli oneri imposti all'erede dal testatore, non a quelli imposti dalla legge ¹⁴⁾.

I soldati sono esonerati espressamente da queste disposizioni di legge. Di loro parla la L. ult. § 15 C. h. t.

« *Milites, etsi propter simplicitatem praesentis legis subtilitatem non observaverint, in tantum tamen teneantur, quantum in hereditate invenerint* ».

Al contrario nella Novella 1.^a cap. 4.^o § 2.^o è detto che questa legge deve valere per tutti. Occorre riferire qui la legge per intero:

« *Quia vero duplex est testamentorum modus, aut in scriptam delatus dispositionem, aut in non scriptam voluntatem: haec omnia obtinere similiter, et secundum aequam observationem, et in non scriptis testamentis et in omni ultima voluntate sancimus, et in omni persona, sive privata, sive militari, sive sacerdotali, sive imperiali, sive alterius cujuslibet. Communem namque omnibus hominibus hanc legem ponimus* ».

Di solito questa disposizione s'intende nel senso che la Novella determini soltanto che l'erede non inventariante debba pagare i legatari per intero e che questo valga anche per i soldati, mentre per ciò che riguarda l'obbligo del pagamento dei debiti ereditari sia per essi rimasto in vigore l'antico diritto: ognun vede però come con ciò si attribuisca al legislatore una vera inconseguenza ¹⁵⁾.

Un'interpretazione strana si trova presso lo SCHWEPPE: secondo

¹³⁾ Gli avversarii hanno addotto anche questo argomento.

¹⁴⁾ Per l'opinione qui difesa si può invocare anche un argomento *a contrario*, questo cioè, che nel cap. 4, § 1 della Novella è detto che i patroni sono esclusi dalla disposizione della legge e che, anche non prestando obbedienza a questa, cioè non adempiendo agli oneri testamentarii, hanno sempre il diritto di trattenerne la legittima.

¹⁵⁾ FRITZ, *loc. cit.*, nota 9; BUCHHOLTZ, *loc. cit.*, pag. 431, nota 6.

lui i militari non hanno bisogno di osservare queste forme dell'inventario per non essere obbligati a pagare più dell'importo dell'eredità, ma essi non sono liberati dall'obbligo di fare l'inventario, bensì soltanto dalle forme prescritte per esso ¹⁶⁾. Nella L. ult. § 15 Cod. cit. e nella Nov. 1.^a non si trova nulla che giustifichi neppur da lontano questa opinione. Già l'essere quella prima disposizione nella chiusa della costituzione conferma, ciò che è provato anche dal principio di essa, che la disposizione contenuta qui sul diritto speciale dei soldati si riferisce all'insieme della legge; ma è detto anche espressamente che non debba nuocere al soldato se non osservi *praesentis legis subtilitatem*. Soltanto il massimo arbitrio nell'interpretazione può condurre qui al risultato d'intendere sotto quelle parole soltanto la forma dell'inventario e ritenere che in tutto il resto il soldato debba osservare le prescrizioni della legge. Adunque le disposizioni della L. ult. Cod. cit. non si applicano affatto ai soldati; per essi è mantenuto in vigore il diritto della costituzione di GORDIANO, per la quale anche le disposizioni contenute nella legge circa la forma dell'inventario sono ad essi inapplicabili. Se ora esaminiamo la Novella, essa contiene alcune nuove disposizioni sulla forma dell'inventario, ma dove è detto che queste non debbono valere per i soldati? Un tal senso non può certamente attribuirsi alle parole sopra riferite della Novella, bisogna riferirle necessariamente a tutto il contenuto della legge, oppure conciliarle col privilegio concesso ai soldati. Forse si potrebbero interpretare riferendole soltanto alla questione se le disposizioni della legge siano applicabili a tutti i testamenti. Il legislatore avrebbe dichiarato che il testamento può essere scritto o nuncupativo, l'autore, un soldato, un sacerdote o l'imperatore, ma in ogni caso l'erede è legato alle disposizioni di legge ¹⁷⁾. Ma, si domanderà, come mai l'im-

¹⁶⁾ *Roemisches Privatrecht* [Diritto privato romano], ediz. MAYER, § 848, vol. V, pag. 178 seg.

¹⁷⁾ Quest'interpretazione è data come possibile, almeno, dal DUARENO. *Comm. ad tit. Dig. de militari test.*, cap. 7 in fine. Vedi nota seguente.

peratore è venuto a fare una tale determinazione mentre si parlava soltanto dell'obbligo dell'erede e non anche delle diverse specie di testamento? Collo stesso buon diritto però si potrebbe domandare che cosa significhi la menzione del testamento nuncupativo e del testamento scritto; perocchè anche ciò non si spiega se non ammettendo che l'imperatore, menzionando i militari, li abbia considerati non come eredi, ma come testatori. Con tutto ciò si può concedere che le parole *et in omni persona*, ecc. si riferiscano agli eredi, senza esser costretti ad ammettere che l'imperatore abbia abrogato espressamente il privilegio concesso ai soldati nella L. ult. Cod. *h. t.* o anche semplicemente voluto limitarlo. Se si consideri il complesso della Novella, due punti principali sono quelli cui essa si riferisce: in primo luogo l'erede deve essere escluso dall'eredità, ma non è esonerato dalle sue obbligazioni se non adempie gli oneri impostigli entro un anno dall'ammunizione giudiziaria, in secondo luogo egli non può più dedurre la quarta Falcidia quando non abbia fatto l'inventario nelle forme prescritte, o quando il testatore glie l'abbia vietato (capo 2, § 2) La novità più importante della legge era oltre quella del primo punto, anche quella contenuta in queste ultime parole, e questa novità soltanto aveva l'imperatore dinanzi agli occhi quando diceva che all'erede non era più lecito invocare altri privilegi personali ¹⁸⁾. Forse egli pensava anche allo svantaggio indicato pel primo, perchè soltanto di questo è nuovamente parola nel 4.º capitolo ¹⁹⁾. In ogni caso, trattandosi di una disposizione dubbia, come è certamente la presente, deve preferirsi l'interpretazione che si allontana il meno possibile dal diritto vigente.

Altre persone privilegiate, oltre i soldati, non vi sono ²⁰⁾. Ve-

¹⁸⁾ Quest'opinione si trova già accennata da CUIACIO, *Expos. Nov. 1* in f. DUARENO, *loc. cit.*, riferisce la disposizione alla perdita della Falcidia, la quale ha luogo anche pel soldato quando egli non faccia l'inventario.

¹⁹⁾ Questa è l'opinione di BALDUINO, *Sch. in Novellas*, ad *h. l.*, sch. 5, in *Iurisprudentia Romana et Attica*, t. I, p. 1317.

²⁰⁾ Gli antichi scrittori nominavano ancora qui il fisco e le chiese, non ostante il principio che i *iura singularia* non debbano interpretarsi

ramente è stabilito pel Fisco che un patrimonio che a questo cada per eredità o per altro motivo, non possa essere incamerato finchè gli ufficiali a ciò destinati non si siano procurati un'esatta conoscenza dell'attivo e del passivo di esso, dopo di che deve l'inventario esser mandato all'imperatore affinchè dichiararsi se debba accertarsi o no ²¹). Una volta però avvenuta l'accettazione, il Fisco è tenuto per i debiti come un qualunque erede ed ha soltanto azione per i danni contro i pubblici ufficiali negligenti. Il Fisco può bensì procurarsi i vantaggi di un erede beneficiato mediante la confezione di un inventario, ma l'aver trascurato di fare questo lo obbliga come un erede qualunque, nè può esser considerato inventario di eredità l'inventario dei beni fatto per l'incamerazione, perchè necessariamente deve precedere la dichiarazione di accettazione ²²).

Neppure ai minori è concesso in questo riguardo alcun privilegio; essi hanno soltanto la restituzione in intero, o un'azione di danni contro il loro tutore, che sia stato negligente, come è riconosciuto espressamente nella legge ²³). In generale però ha luogo la restituzione contro i danni minacciati dalle due leggi, quando vi sia una giusta causa, come un impedimento di fatto casuale ed inevitabile, ad esempio se le cose ed i documenti appartenenti alla massa ereditaria si trovino in mano di terzi, dai quali l'erede non possa ottenerli ²⁴) o in luoghi inaccessibili per malattie contagiose, per invasione nemica o simili ²⁵). [*Vedi nota a pag. seg.*].

estensivamente. Con ragione però questi privilegi furono respinti già dallo STRYKIO, *Cautelae testamentorum*, c. 22, membr. 2, § 3, e dal HERT, *loc. cit.*, sect. I, § 1. Sul diritto del fisco vedi quanto è detto in seguito nel testo.

²¹) L. 3 C. *de bonis vacantibus et de incorporatione* 10, 10. L. 1 Th. C. *de incorporatione*, 10, 9. L. 5 C. *eod.*, L. 5 Th. C. *de bonis vacant.*, 10, 8.

²²) Confr. GLÜCK, *Intestaterbflge* [Successione intestata], pag. 772 seg., 2.^a ediz.; BUCHHOLTZ, *Iuristische Abhandlungen* [Dissertazioni giuridiche], n. IV; SCHROETER, *Zeitschrift für Civilrecht*, ecc. [Rivista di diritto e procedura civile], vol. X, pag. 108-20; SCHMIDT, *De successione fisci in bona vacantia*, Ienae 1836, § VIII, p. 47 seg., § X, p. 67 seg.

²³) Nov. 1, cap. 4, § 1.

²⁴) MEVIO, *Decisiones*, parte VI, dec. 180, nota 5.

GLÜCK, *Comm. Pandette* — Lib. XXVIII. Parte IV. — 57.

Un'affermazione non sufficientemente motivata di alcuni scrittori è quella secondo la quale non sarebbe necessario l'inventario quando fosse noto di quali oggetti consti la massa ereditaria e per ciò non sarebbe necessario in molti casi di comprendere gli immobili nell'inventario ²⁶). La legge ha prescritto una volta che debba farsi un inventario completo; una disposizione di questa specie non ammette modificazioni o limitazioni per le quali sarebbe resa problematica la sua applicazione sicura. S'intende da sè che l'ignoranza scusabile deve già considerarsi come un impedimento di fatto. Non più accettabile di quella affermazione è l'altra che i piccoli errori non debbano esser presi in considerazione quando non vi sia sospetto di frode ²⁷). Questa opinione deve rigettarsi per le stesse ragioni che furono addotte contro la prima. Però quando si parla dei requisiti di un inventario valido devono tenersi presenti soprattutto le disposizioni delle leggi e delle consuetudini particolari, perchè in questo riguardo difficilmente potrebbe ammettersi che possano applicarsi tutte le disposizioni del diritto romano.

L'erede deve fare l'inventario da sè o incaricarne altri; a nulla vale un inventario fatto od ordinato da altri, per es. da un pubblico ufficiale ²⁸).

I pratici però ammettono chesia valido un inventario fatto nei modi di legge da un gestore di negozi, il quale agisca per l'erede ²⁹). A rigore ciò non è esatto e l'erede non potrebbe perciò valersi dei benefici dell'inventario. Infatti nel mandato a far l'inventario può essere compresa una tacita accettazione, mentre invece non si può ammettere accettazione per mezzo di un gestore di negozi ³⁰). Ma se anche si volesse ammettere qui l'analogia coll'ac-

²⁵) LEYSER, *Med.*, sp. 333, m. 13; STRUBEN, *Rechtliche Bedenken* [Pensieri giuridici], III, n. 86.

²⁶) STRUBEN, *Pensieri giuridici*, IV, 95, n. 2.

²⁷) VOET, *ad Pandectas h. t.*, § 28. Anche quest'opinione è accolta dallo STRUBEN, *loc. cit.*

²⁸) STRUBEN, *Pensieri giuridici*, IV, 95, n. 1.

²⁹) STRUBEN, *loc. cit.*

³⁰) L. 90 pr. D. *de acq. vel om. her.*, 29, 2.

quisto della *bonorum possessio* ³¹⁾, quest'analogia porterebbe a pretendere almeno la ratifica dell'erede dentro il termine prescritto per il compimento dell'inventario ³²⁾.

GIUSTINIANO dispone anche che un inventario fatto dal testatore o da un terzo, o anche la semplice descrizione della massa ereditaria fatta nel testamento sia obbligatoria per l'erede quando il testatore giuri l'esattezza di essa o anche soltanto l'affermi nel testamento in luogo di giurarla; solo ai creditori è concessa in tal caso la prova contraria ³³⁾. Certamente l'imperatore non ha qui pensato alle disposizioni della L. ult. Cod. *h. t.* e della Nov. 1.^a, ma poichè gli eredi sono obbligati a ritenere esatto un tale inventario e tuttavia non è a loro tolta la possibilità di procurarsi i benefici dell'accettazione con inventario, evidentemente un'accettazione con richiamo all'inventario o alla specificazione del testatore, deve ritenersi sufficiente purchè fatta nei termini stabiliti per l'inventario.

Fu già sopra osservato che l'inventario fatto da uno degli eredi non procura agli altri i diritti dell'erede beneficiato. Si domanda però come si regolino le cose quando abbia luogo il diritto di accrescimento. La questione non è risolta nelle fonti, e una esposizione precisa dei principi dai quali dipende la risoluzione di questa e di altre questioni può essere fatta soltanto a luogo opportuno ³⁴⁾. Come risultato di una applicazione conseguente di essi può dirsi quanto segue. Immaginiamo prima il caso che manchi l'erede che non ha fatto inventario. Se ciò avviene in un tempo nel quale non si era avverata ancora alcuna perdita, il diritto di accrescimento può avere soltanto i suoi effetti regolari riguardo ai creditori come riguardo ai legatari. Per esempio: l'erede che non ha fatto inventario muore o rinuncia senza aver domandato un

³¹⁾ La quale poteva avvenire per mezzo di rappresentante. L. 3 § 7 D. *de bon. poss.*, 37, 1.

³²⁾ L. 24 pr. D. *ratam rem haberi*, 46, 8: « Bonorum possessionem ab alio agnitam ratam haberi oportere eo tempore, quo adhuc in ea causa sit, ut peti possit ».

³³⁾ Nov. 48, § 1.

³⁴⁾ Lib. XXIX, tit. 2 in f.; lib. XXXV, tit. 2, § 1576.

termine per deliberare. Poichè l'inventario non può limitarsi ad una quota di eredità, s'intende da sè che l'erede inventariante può pretendere i diritti di erede beneficiato per tutta l'eredità. Ma per lo stesso motivo ciò deve valere anche quando contro l'erede mancante si erano già avverati dei danni, come per esempio se questi avesse domandato un termine per deliberare. I creditori ed i legatari (questi ultimi nel solo caso che l'erede non avesse fatto inventario) acquistano perciò un diritto contro il patrimonio dell'erede che possono far valere anche contro gli eredi di lui, ma non contro il coerede che non succede a lui, ma al defunto ed acquista l'intero patrimonio ora come se non avesse mai concorso con altri sin da principio. Supponiamo ora il caso inverso, vale a dire che manchi l'erede inventariante. Come può immaginarsi ciò? A rigore non altrimenti che se un erede chiamato abbia fatto un inventario senza però accettare l'eredità, come avviene pel deliberante; di regola però la confezione di un inventario equivale ad accettazione di eredità, contro la quale è possibile soltanto la restituzione. È lecito però dubitare che questa possa concedersi perchè l'inventario garantisce l'erede contro i danni dell'accettazione e qui manca un vero danno. Ma non ci preoccupiamo di questa questione e ammettiamo, come molti sostengono, che l'inventariante possa rinunciare all'eredità come qualunque altro chiamato e allora la questione si pone generalmente in questi termini: I diritti di colui che ha fatto l'inventario passano agli eredi non inventarianti? La risposta non può non esser negativa. Il diritto di accrescimento opera necessariamente *ipso iure* ³⁵⁾ e i creditori hanno contro l'erede che si è giovato dell'accrescimento lo stesso diritto che avrebbero se egli fosse stato sino da principio *heres ex asse*. Egli non doveva limitare l'inventario alla sua sola quota e perciò nulla interessa che l'eredità gli fosse deferita soltanto per una parte. È vero che per i legatari ha luogo una separazione delle singole quote quando venga a mancare uno dei coeredi ³⁶⁾, ma ciò suppone necessariamente che l'erede abbia

³⁵⁾ L. un. § 10 D. *de cad. toll.*, 6, 51.

³⁶⁾ L. 78 D. *ad legem Falc.*, 35, 2. Vedi le mie *Pandette*, III, § 758, n. 3.

il diritto di detrarre la Falcidia, diritto che è tolto agli eredi che non abbiano fatto l'inventario. Il diritto spettante ad un erede di accettare l'intero o di rifiutare anche la propria parte, quando il coerede sia stato restituito contro l'acquisto³⁷⁾, non può esser tolto all'erede che non ha fatto inventario. Egli si è obbligato così illimitatamente verso i creditori e potrebbe parere perciò che non gli fosse lecito di sciogliersi da quest'obbligo; ma, come questo è possibile per ogni erede che si obbliga coll'accettazione dell'eredità verso i creditori e i legatari, lo stesso diritto deve spettare anche all'erede che non ha fatto inventario. Le disposizioni di GIUSTINIANO sui danni che derivano dall'aver tralasciato l'inventario sono abbastanza dure, e noi dobbiamo astenerci dal renderle più gravose colla nostra interpretazione. Quel diritto di scelta contiene una inconseguenza e toglie ai creditori diritti già acquisiti; tuttavia questa inconseguenza appare pienamente giustificata da motivi di equità; massime se si colleghi ciò col contenuto delle leggi di GIUSTINIANO sui danni derivanti dall'inventario. Pongasi per esempio che uno dei coeredi sia istituito in una parte piccolissima e si decida ad accettare l'eredità perchè non corre un grave rischio, avendo anche l'erede istituito nella maggior parte già accettato. Questo ottiene poi la restituzione e dopo di ciò l'eredità appare insolvente e per di più gravata di legati. Sarebbe certamente iniquo togliere all'erede il beneficio competente in generale ai coeredi e le leggi di GIUSTINIANO nulla contengono che autorizzi una tale durezza. Ma la facoltà di fare un inventario e procurarsi così i diritti di un erede beneficiario non potrebbe farsi valere dall'erede; egli non ha che la scelta di accettare l'eredità puramente e semplicemente, come gliene spetta il diritto non avendo fatto l'inventario, o di rinunciare³⁸⁾. In quest'ultima ipotesi egli è naturalmente obbligato, in quanto abbia preso possesso delle cose ereditarie, a sottostare al giuramento estimatorio degli interessati³⁹⁾.

³⁷⁾ L. 55, L. 61 D. *de acq. her.*, 29, 2.

³⁸⁾ *Ant. MERENDA, Controv. iur.*, lib. XVIII, c. 44, § 9-12.

³⁹⁾ Arg. L. 22 § 14 C. *h. t.*

Quanto al fedecommissario universale può sicuramente affermarsi, benchè non sia indiscusso, che esso non ha bisogno di far l'inventario per limitare il suo obbligo pei debiti all'importo della massa restituitagli e detrarre la quarta dai legati ⁴⁰⁾, ma gli giova l'inventario fatto dall'erede fiduciario ⁴¹⁾. Lo spettare infatti a lui e contro di lui le azioni ereditarie nei limiti in cui l'eredità fu da lui adita ⁴²⁾ non lo fa divenire per nulla un coerede dell'erede fiduciario, la qualità di erede diretto rimane sempre solo a quest'ultimo, e quando pure di ciò si volesse dubitare ⁴³⁾ nessuno potrebbe mai contestare che sino alla restituzione, la quale avviene spesso lungo tempo dopo l'acquisto dell'eredità, egli solo è autorizzato ad agire come erede. Un'altra questione è quella se il fedecommissario debba fare egli l'inventario, quando il fiduciario non l'abbia fatto, per procurarsi i diritti dell'erede beneficiato. Se si ricordi che le leggi parlano sempre soltanto dell'*heres*, ove è parola degli effetti dell'inventario, e che lo scopo della legge sarebbe in molti casi raggiunto incompletamente o non raggiunto affatto quando si volesse trattare l'erede fedecommissario come un nuovo erede, non si esiterà a risolvere la questione in senso negativo. Certo non si può negare che in questo modo la posizione del fedecommissario può facilmente essere per fatto dell'erede resa peggiore che se quegli fosse il vero erede, perchè egli dovrà pagare i debiti in proporzione della quota ereditaria spettantegli senza alcuna diminuzione. Ma dipende sempre da lui di accettare o rifiutare l'eredità e nessuno certamente gli impedisce di informarsi prima sulla convenienza di ciò. Inoltre nei casi nei quali il vero erede può essere costretto ad accettare o l'accettazione si considera come avvenuta in contumacia ⁴⁴⁾, i creditori i

⁴⁰⁾ Qui dobbiamo, del resto, trascurare la questione se e fino a qual punto il fedecommissario universale debba soddisfare i legati dei quali è gravata l'eredità. Vedi le mie *Pandette*, § 763, nota 15.

⁴¹⁾ VOET, *ad Pand. h. t.*, § 26.

⁴²⁾ § 7 I. *de fideic. heredit.*

⁴³⁾ Anche questa è questione che non può essere trattata qui. Vedi gli argomenti portati nelle mie *Pandette*, § 763.

⁴⁴⁾ L. 7 § 1 C. *ad S. C. Trebell.*, 6, 49.

quali solo da lui hanno da aspettare il pagamento, tanto più volentieri verranno ad una transazione la quale assicurerà loro il pagamento dei crediti meglio che con qualunque altro erede disposto a rifiutare ⁴⁵).

Se il testatore esonera l'erede dall'inventario, tutti coloro ai quali il testatore lasciò qualche cosa senza esservi obbligato, debbono subire tale esonero; al contrario i creditori, quando non venga loro offerto l'intero pagamento, e gli eredi necessari aventi diritto alla legittima possono domandare di prendere cognizione dell'entità dell'asse ereditario mediante un inventario fatto regolarmente ⁴⁶). In tal caso può l'erede acquistare i diritti di un erede beneficiato.

Ma che cosa si dovrà dire quando il testatore proibisca all'erede di fare un inventario? L'erede stesso è tenuto a rispettare questo divieto, che può essere stato dettato al testatore da buoni motivi ⁴⁷), e non gli resta perciò altra via che quella indicata da GIUSTINIANO nella L. ult. Cod. h. t., informarsi cioè dello stato dell'eredità e accettare o rifiutare secondo che più gli convenga. Ma tale divieto non obbliga naturalmente i terzi e per questi la volontà del testatore non può avere altra efficacia che quella di imporre quella forma d'inventario che garantisce i diritti di loro, evitando per quanto è possibile la pubblicità ⁴⁸). Anche quelli però che dipendono dall'arbitrio del testatore e non possono quindi sottrarsi ai suoi comandi, non possono esser privati del diritto di chiamar responsabile l'erede per aver dolosamente nascosto o sottratto qualche cosa, perchè, quand'anche si possa ammettere che il testatore volesse colla sua disposizione favorire particolarmente l'erede, non è a questo concesso di agire dolosamente contro le

⁴⁵) Quest'opinione è difesa anche dal MERENDA, *Controv. iuris*, lib. XVIII, c. 44, § 13-24.

⁴⁶) WERNHER, *Observ.*, parte I, obs. 17; parte III, obs. 96; LEYSER, sp. 364, m. 1-3; RUMPF, *Diss. cit.*, § 31; F. H. SCHRÖDER, *Diss. de inventarii confectione, ei cui omnium bonorum ususfructus relictus est inutiliter remissa* (Rost. 1810, 4), § 4-6.

⁴⁷) L. 2 C. de aliment. pup. praest., 5, 50: « — ne secreta patrimonii et suspectum aes alienum pandatur ».

⁴⁸) VINNIUS, *Sel. iur. quaest.*, lib. II, c. 16, p. 417 seg.

regole generali del diritto ⁴⁹). Non deve però confondersi colla presente questione l'altra, se l'erede perda per tale agire doloso i diritti dell'erede beneficiato. Per questa conclusione sembrerebbe stare il fatto che l'imperatore impone all'erede inventariante l'osservanza dell'onestà come un suo dovere particolare e richiede anche che egli ne dia assicurazione scritta di proprio pugno ⁵⁰). Ma solo quest'ultima imposizione appartiene alla forma, la prima invece è cosa che s'intende da sè, e l'inosservanza di quell'obbligo può bensì dar luogo a qualche pretesa dei terzi contro l'erede, ma non togliere a questo un diritto che la legge fa dipendere unicamente dal fatto che l'inventario sia compiuto nelle forme legittime ed entro il tempo prescritto. Aggiungasi che il legislatore ha minacciato per la sottrazione e pel nascondimento doloso la pena speciale del doppio ⁵¹); questa solo pertanto deve ritenersi la pena dell'erede che agì dolosamente ⁵²).

§ 1472.

Dell'inventario privato giurato.

Secondo l'antico diritto tedesco gli immobili sono per regola ereditati liberi dai debiti e anche pel patrimonio mobiliare l'erede deve pagare i debiti finchè la massa ereditaria sia sufficiente; onde può dirsi che per l'antico diritto tedesco non esiste nell'erede la figura di un rappresentante obbligato pei debiti anche col suo patrimonio ⁵³).

Questo diritto è riconosciuto ancora nello *Specchio sassone* ⁵⁴),

⁴⁹) Arg. L. 23 D. *de reg. iuris*, 50, 17. Vedi HELLFELD alla fine di questo paragrafo.

⁵⁰) L. 22 § 2 C. h. t.: « — — significantem — — —, quod nulla malignitate res apud eum remaneant — ».

⁵¹) L. 22 § 10 *eod.*

⁵²) MERENDA, *Controv. iur.*, lib. XVIII, c. 42.

⁵³) Vedi pag. 2 del vol. III di questo lib. XXVIII, e gli scritti e le fonti citati nelle note ivi.

⁵⁴) *Specchio sassone*, lib. I, art. 6.

dal quale è nato il principio del diritto Sassone vigente, che l'erede non sia per regola tenuto oltre le forze dell'eredità⁵⁵). Nel resto della Germania è stato invece accolto il principio del diritto comune, ma insieme è stato anche spesso riconosciuto un altro principio del diritto Sassone, quello cioè che un inventario dell'eredità fatto dall'erede e confermato con giuramento abbia gli effetti stessi di un inventario formale e attribuisca all'erede tutti i diritti dell'erede beneficiato⁵⁶). Anche sotto questo riguardo però si presume sempre la efficacia del diritto comune, e quindi la necessità dell'inventario formale tutte le volte che le leggi e le consuetudini locali non prescrivano diversamente⁵⁷). L'affermazione giurata, che l'erede non abbia trovato nulla prima, può essere ammessa soltanto quando sia accertato che egli non si trovava nella casa del defunto al giorno della morte, perchè in tal caso certamente egli doveva aver trovato qualche cosa, e occorre anche che egli denunci tosto al cominciare delle sue operazioni di non aver trovato nulla prima⁵⁸). Dipende dalle circostanze di fatto il decidere se si debba ammettere un semplice giuramento di credibilità; di regola però dall'erede dell'erede non può pretendersi che un tale giuramento⁵⁹). Quando del resto si ammetta la possibilità di una *iurata specificatio* in luogo di un vero inventario, debbono a quella riconoscersi anche tutti gli effetti dell'inventario formale. La limitazione talvolta affermata, che essa debba valere soltanto contro i coeredi e non contro i creditori e i legatari⁶⁰), può am-

⁵⁵) HAUBOLD, *Lehrbuch des königlicher Sächsischen Privatrechts* [Trattato del diritto privato reale Sassone], § 348, n. 1 e nota a.

⁵⁶) WERNHER, *Obs.*, parte II, obs. 440; LEYSER, *Med. ad Pand.*, sp. 365.

⁵⁷) WEBER, *Erläuterung der Pandekten* [Spiegazione delle Pandette secondo il sistema di Hellfeld], II, § 1472; HARTITZSCH, *Erbrecht* [Diritto ereditario], § 209, nota e.

⁵⁸) LEYSER, *loc. cit.*, m. 2 e WERNHER, *Lectiss. comment.*, t. II, pagina 686 seg., § 10.

⁵⁹) LEYSER, *loc. cit.*, m. 3-5 e HELLFELD in f. di questo paragrafo.

⁶⁰) PUFENDORF, *Observationes*, II, obs. 101, § 2, col quale concorda STRUBEN, *Pensieri*, III, 86.

mettersi solo in quanto sia confermata dalla legge o dalla consuetudine. S'intende però da sè che è concessa agli interessati la prova contraria alla specificazione giurata non meno che il diritto alla pena per le sottrazioni dolose, qui come nel caso dell'inventario formale ⁶¹⁾.

⁶¹⁾ Vedi le mie *Pandette*, § 708, nota 8.

INDICE ALFABETICO

DELLE PRINCIPALI MATERIE TRATTATE NEL PRESENTE VOLUME

A			
Accrescimento		<i>pag. 46 seg.</i>	
Arrogazione (d'impubere)		» 107	
B			
Beneficio d'inventario		» 363, 401	
C			
Cautio Muciana		» 294, 335	
Condizione (concetto)		» 193	
» derisoriana		» 233	
» casuale		» 269	
» impossibile		» 214, 223	
		e segg.	
» <i>in praesens collata</i>		» 205, 212	
» <i>in praeteritum collata</i>		» 205, 212	
» necessaria		» 213	
» potestativa		» 269	
» risolutiva		» 194	
» sospensiva		» 194	
» tacita		» 207, 217	
» turpe		» 224	
Cornelia (lex)		» 134	
Cretio		» 65, 351	
D			
Diem cedere		» 198	
» venire		» 198	
			Dies <i>pag. 198</i>
			» incertus » 201
			Diseredazione » 271
F			
			Furioso » 151
I			
			Inventario. V. Beneficio d'.
			Ius deliberandi » 361
P			
			Postumo » 134
S			
			Sordomuto » 151
			Sostituzione » 1
			» diretta » 3
			» <i>duplex</i> » 13
			» espressa » 3
			» fedecommissaria » 3
			» militare » 7
			» pupillare » 9, 81
			» quasi pupill. » 7, 151
			» <i>simplex</i> » 13
			» tacita » 13
			» volgare » 8, 57

INDICE DELLE FONTI

a) *Pandette.*

<p style="text-align: center;">LIB. I.</p> <p>Tit. 3. — <i>De legibus senatusque consultis et longa consuetudine.</i></p> <p>L. 21 pag. 52</p> <p>Tit. 7. — <i>De adoptionibus et emancipationibus et aliis modis quibus potestas solvitur.</i></p> <p>L. 19 pag. 111</p> <p>L. 22 § 1 » 113</p> <p style="text-align: center;">LIB. V.</p> <p>Tit. 2. — <i>De inofficioso testamento.</i></p> <p>L. 8 § 5 pag. 95 nota 40.</p> <p style="text-align: center;">LIB. IX.</p> <p>Tit. 2. — <i>Ad legem Aquiliam.</i></p> <p>L. 23 pag. 306</p> <p style="text-align: center;">LIB. XII.</p> <p>Tit. 1. — <i>De rebus creditis, si certum petetur et de condictione.</i></p> <p>L. 37 pag. 206</p> <p>L. 39 » 206</p> <p style="text-align: center;">LIB. XXVIII.</p> <p>Tit. 1. — <i>Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamentaria fiant.</i></p> <p>L. 1 pag. 333</p> <p>Tit. 5. — <i>De heredibus instituendis.</i></p> <p>L. 1 § 13 pag. 53</p> <p>L. 23 § 1, 2 » 328</p> <p>L. 41 » 67 nota 10</p> <p>L. 73 » 40 nota 3</p>	<p>Tit. 6. — <i>De vulgari et pupillari substitutione.</i></p> <p>L. 1 § 1 pag. 13 nota 23</p> <p>L. 1 § 3 » 91 nota 25</p> <p>L. 2 pr. » 82 note 85, 86, 87</p> <p>L. 2 § 4 » 92-93 note 33, 34</p> <p>L. 4 » 16</p> <p>L. 5 » 42</p> <p>L. 10 » 52, 94</p> <p>L. 10 § 2 » 114</p> <p>L. 10 § 6 » 107</p> <p>L. 12 » 131</p> <p>L. 20 » 92</p> <p>L. 23 » 54</p> <p>L. 28 » 133, 136, 137</p> <p>L. 29 » 139</p> <p>L. 34 » 146</p> <p>L. 38 § 2 » 54</p> <p>L. 40 » 109</p> <p>L. 41 § 3 » 98 nota 51</p> <p>L. 42 § 1 » 132</p> <p>L. 43 pr. » 152</p> <p>L. 43 § 1 » 90</p> <p>L. 45 » 29</p> <p>L. 45 § 1 » 52</p> <p>Tit. 7. — <i>De condicionibus institutionum.</i></p> <p>L. 6 pag. 260</p> <p>L. 8 pr. » 228</p> <p>L. 8 § 6 » 345</p> <p>L. 9 » 244</p> <p>L. 11 » 312</p> <p>L. 12 » 210</p> <p>L. 17 » 289</p> <p>L. 20 » 297</p> <p>L. ult. (28) » 326</p>
--	--

Tit. 8. — *De iure deliberandi.*

L. 5	pag. 358
L. 7	» 360, 361
L. 8	» 357
L. 10	» 354

LIB. XXIX.

Tit. 1. — *De testamento militis.*

L. 41 § 3	pag. 106
-----------	----------

Tit. 2. — *De acquirenda vel omittenda hereditate.*

L. 10	pag. 354 nota 24
L. 28	» 358 nota 36
L. 35	» 49
L. 40	» 121
L. 41 § 4	» 56
L. 41 § 5	» 57
L. 42 pr.	» 115
L. 53 pr.	» 53
L. 53 § 1	» 51 nota 41
L. 59	» 123
L. 72 pr.	» 62
L. 76 pr.	» 50 nota 39

Tit. 3. — *Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur.*

L. 8	pag. 12 nota 22
------	-----------------

LIB. XXX.

De legatis et fideicommissis (I).

L. 42 § 2	pag. 243 nota 55
L. 65 § 1	» 209
L. 112 § 3	» 236

LIB. XXXIII.

Tit. 4. — *De dote praelegata.*

L. 12	pag. 266
-------	----------

LIB. XXXIV.

Tit. 5. — *De rebus dubiis.*

L. 9 pr.	pag. 143
L. 18 pr.	» 142

LIB. XXXV.

Tit. 1. — *De conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur.*

L. 1	pag. 218
L. 2	» 319
L. 3	» 215
L. 4 § 1	» 298

L. 6 pr.	pag. 316 nota 12
L. 7 pr.	» 340
L. 7 § 1	» 298
L. 11 pr. e § 1	» 319, 321
L. 19	» 210, 216
L. 27	» 316 nota 12
L. 29	» 324
L. 31	» 315
L. 51	» 289
L. 59	» 262
L. 68	» 322
L. 71 § 1	» 226
L. 72 pr.	» 338
L. 72 § 2	» 337
L. 72 § 7	» 223
L. 74	» 331
L. 78 § 1	» 288
L. 89	» 290
L. 91	» 318
L. 94	» 314
L. 99	» 217
L. 100	» 254
L. 101	» 216 nota 62, 337
L. 106	» 338

Tit. 2. — *Ad legem Falcidiam.*

L. 3 § 11	pag. 101
L. 87 § 4	» 100 nota 54
L. 88 § 7	» 106

Tit. 3. — *Si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicatur.*

L. 1 § 1	pag. 102 nota 58
----------	------------------

LIB. XXXVI.

Tit. 1. — *Ad senatus consultum Trebellianum.*

L. 7	pag. 234
L. 22	» 38
L. 63 §§ 7, 9, 10	» 261
L. 63 § 14	» 234
L. 64 §§ 7, 9	» 234

Tit. 2. — *Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.*

L. 21 § 1	pag. 222
L. 25 § 1	» 220

LIB. XXXVII.

Tit. 2. — *De bonorum possessione secundum tabulas.*

L. 2 § 8	pag. 48 nota 35 ^a
L. 8 pr.	» 48 nota 35 ^b
L. 11	» 145

LIB. XXXVIII.

Tit. 9. — *De successorio edicto.*L. 1 pr. pag. 351
L. 1 § 12 » 356Tit. 16. — *De suis et legitimis.*

L. 9 pag. 48

LIB. XL.

Tit. 4r — *De manumissis testamento.*

L. 61 pag. 252

Tit. 7. — *De statuliberis.*L. 4 § 1 pag. 252
L. 20 § 3 » 315
L. 20 § 6 » 328 nota 38

LIB. XLII.

Tit. 4. — *Quibus ex causis
in possessionem eatur.*

L. 9 § 1 pag. 360 nota 41

Tit. 5. — *De rebus auctoritate iudicis
possidendis seu vendundis.*

L. 28 pag. 116

Tit. 7. — *De curatore bonis dando.*

L. 1 pag. 327

LIB. XLV.

Tit. 1. — *De verborum obligationibus.*

L. 137 § 6 pag. 236

LIB. XLIX.

Tit. 15. — *De captivis et de postliminio
et redemptis ab hostibus.*L. 10 pr. § 1 pag. 133, 135
L. 11 § 1 » 137

LIB. L.

Tit. 16. — *De verborum significatione.*L. 130 pag. 422
L. 213 » 198Tit. 17. — *De diversis regulis iuris.*

L. 174 pag. 324

b) Codice.

LIB. III.

Tit. 28. — *De inofficioso testamento.*

L. 30 pag. 276

LIB. VI.

Tit. 21. — *De testamento militis.*

L. 6 pag. 33 nota 86

Tit. 23. — *De testamentis, quemadmodum
testamenta ordinantur.*

L. 25 pag. 252

Tit. 25. — *De institutionibus vel sub-
stitutionibus seu restitutionibus sub
condicione factis.*

L. ult. (10) pag. 31

Tit. 26. — *De impuberum et aliis
substitutionibus.*

L. 6 pag. 50

L. 8 pag. 13 nota 25
L. 9 » 156Tit. 30. — *De iure deliberandi et de
adeunda vel acquirenda hereditate.*L. 19 pag. 64 nota 95,
363 seg.

L. 20 » 127

L. 22 (ult.) » 363 seg., 387
seg., 409 note
97 e 100 e 411.
413 nota 14,
421, 424, 446Tit. 37. — *De legatis.*

L. ult. pag. 343 nota 96

Tit. 51. — *De caducis tollendis.*L. un. § 7 pag. 247, 324
L. un. § 13 » 61

c) *Istituzioni.*

LIB. II.		Tit. 24. — <i>De singulis rebus per fideicommissum relatis.</i>	
Tit. 15. — <i>De vulgari substitutione.</i>		§ 1	pag. 420 nota 34
§ 1	pag. 156 nota 53		
§ 4	» 106		
§ 5	» 91 nota 25		

d) GAI0 (*Istituzioni*).

LIB. II.		LIB. III.	
§ 55	pag. 351 nota 4	§ 98	pag. 215
§ 164	» 351	§ 181	» 12 nota 21
§ 171	» 65 nota 100		
§ 172	» 65 nota 100		
§ 173	» 65 nota 100		

INDICE GENERALE

LIBRO VENTOTTESIMO (Vol. IV).

TITOLO VI.

De vulgari et pupillari substitutione.

§ 1445. Concetto e distinzioni	1
§ 1446. Sostituzione volgare e sostituzione pupillare	8
§ 1447. <i>Substitutio simplex, duplex, expressa, tacita</i>	13
§ 1448. Soggetto della sostituzione	39
§ 1449. Effetti della sostituzione volgare e mancanza di essa	57
§ 1450. In particolare della sostituzione pupillare. — 1.º Chi possa ordinare tale sostituzione ed a riguardo di chi	81
§ 1451. 2.º Durata della sostituzione pupillare	87
§ 1452. 3.º Del modo come deve avvenire la sostituzione pupillare	91
§ 1453. 4.º Effetti della sostituzione pupillare	106
§ 1454. Motivi di estinzione della sostituzione pupillare a) durante la vita del testatore	131
§ 1455. b) Gli altri motivi di estinzione della sostituzione pupillare	141
§ 1456. Della sostituzione quasi pupillare	151

TITOLO VII.

De conditionibus institutionum.

§ 1457. Concetto dell'istituzione condizionata e sua ammissibilità	192
§ 1458. Corollario della precedente trattazione	212
§ 1459. Varie specie di condizioni	223
§ 1460. Significato giuridico delle condizioni impossibili e di quelle ad esse parificate	249
§ 1461. Effetto della condizione possibile e lecita	268
§ 1462. Adempimento della condizione	305
§ 1463. In particolare del tempo dell'adempimento	318
§ 1464. Delle condizioni potestative negative e della cauzione Muciana	335
§ 1465. Altre modalità oltre la condizione sospensiva. <i>Dies incertus pro condicione est.</i> Condizione tacita	342

TITOLO VIII.

De iure deliberandi.

§ 1466. Introduzione. — Diritto antegustiniano sui termini per l'adizione e per deliberare	350
§ 1467. Riforma di Giustiniano riguardo all'adizione e al <i>ius deliberandi</i> degli eredi.	361
§ 1468. In particolare del beneficio d'inventario — 1.º Requisiti per la validità dell'inventario	401
§ 1469. 2.º Effetti dell'inventario	408
§ 1470. 3.º Prova della inesattezza dell'inventario	438
§ 4471. 4.º Conseguenza della mancanza dell'inventario. — Casi nei quali questa mancanza non nuoce	442
§ 1472. Dell'inventario privato giurato	456
Indice alfabetico	459
Indice delle fonti	460

Gal. m.
11/11/11



