

ESTUDIOS

Este libro es el resultado del esfuerzo colectivo de investigadores de treinta y seis universidades, las de Ankara, Atenas, Bari, Bolonia, Colonia, Ferrara, Génova, Helsinki, Iasi, Jerusalén, La Laguna, Madrid (Complutense, Uned, Autónoma y Cunef), Mesina, Milán (UNIMI, Bicocca y Commerciale L. Bocconi), Nápoles (Federico II, UNINA2 y Parthenope), Navarra, Nueva York, Padua, Palermo, Parma, Santiago de Chile, São Paulo, Sevilla, Teramo, Turín, Trieste, Valencia, Valladolid, Valparaíso y Varsovia. El propósito de la obra es generalista y pretende abarcar un campo amplio de conocimientos y puntos de vista sobre los principios generales del derecho. Por eso, junto a una mayoría de romanistas, intervienen también catedráticos de filosofía del derecho, de derecho tributario, de derecho comparado, de derecho civil, de derecho internacional y ex magistrados del Tribunal General de la Unión Europea.

Esta multitud de autorías polícromas, unida a la extensión casi inagotable de la propia problemática de los principios generales del derecho, ha exigido una distribución de materias provista de la tensión estructural presente en obras de esta naturaleza. Así, un buen número de los artículos aquí recogidos tratan de forma monográfica sobre principios jurídicos concretos –reunidos por orden alfabético en la parte tercera del libro–, pero incluso en ese grupo aparentemente más compacto se abordan las investigaciones con criterios y perspectivas tan diversas y distantes entre sí como lo pueden ser, por un lado, el método historiográfico del «higher criticism» sobre las fuentes primarias del derecho romano o, por otro, el examen epistémico –a forma de escalpelo– de la jurisprudencia actual. Con todo, el coordinador ha estado atento a la pretensión de componer un discurso general no tanto sistemático como lógico en la presentación de los asuntos tratados por los autores.

ESTUDIOS

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.
ANTECEDENTES HISTÓRICOS
Y HORIZONTE ACTUAL

ESTUDIOS

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y HORIZONTE ACTUAL

FERNANDO REINOSO BARBERO
COORDINADOR



C. M.: 10347

ISBN 978-84-9059-236-6



THOMSON REUTERS
ARANZADI

THOMSON REUTERS
ARANZADI

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y HORIZONTE ACTUAL

—Coordinador—

Fernando REINOSO-BARBERO

Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

2. Andrea AMATUCCI (*Napoli, Federico II*)
3. Carlos AMUNÁTEGUI (*Santiago de Chile*)
4. Francisco ANDRÉS SANTOS (*Valladolid*)
5. Francisco BARTOL (*Uned*)
6. Fernando BETANCOURT (*Sevilla*)
7. Paola BIAVASCHI (*Milano*)
8. Adelaide CARAVAGLIOS (*Napoli, Feder. II*)
9. Maria CASOLA (*Bari*)
10. Pietro CERAMI (*Palermo*)
11. Valerius M. CIUCA (*Ancien Juge du Tribunal de l'Union Européenne, Luxembourg*)
12. Giovanna COPPOLA BISAZZA (*Messina*)
13. Carlos CUADRADO PÉREZ (*Madrid, Cunef*)
14. Floriana CURSI (*Teramo*)
15. Claribel DE CASTRO SÁNCHEZ (*Uned*)
16. Gergely DELI (*New York*)
17. Lucetta DESANTI (*Ferrara*)
18. Athina DIMOPOULOU (*Athens*)
19. Elio DOVERE (*Napoli, Parthenope*)
20. Antonio FERNDEZ. DE BUJÁN (*Madrid, Aut.*)
21. Federico FERNÁNDEZ DE BUJÁN (*Uned*)
22. Paolo FERRETTI (*Trieste*)
23. Paolo GALLO (*Torino*)
24. Manuel J. GARCÍA GARRIDO (*Uned*)
25. Luigi GAROFALO (*Padova*)
26. Yuri GONZÁLEZ (*Bari*)
27. Seldağ GÜNEŞ PESCHKE (*Ankara*)
28. Alejandro GUZMÁN (*Valparaíso*)
29. Israel HERNANDO AGUAYO (*Madrid, Cunef*)
30. Julio HERNANDO LERA (*Uned*)
31. Salvador IGLESIAS MACHADO (*La Laguna*)
32. Aleksandr KOPTEV (*Helsinki*)
33. Patricio LAZO (*Valparaíso*)
34. Marta Natalia LÓPEZ GÁLVEZ (*Uned*)
35. Andrea LOVATO (*Bari*)
36. Eliane Maria Agati MADEIRA (*São Paulo*)
37. Hécio M. França MARTÍN (*São Paulo*)
38. Teresa MARCOS MARTÍN (*Uned*)
39. Ana MARTÍN MINGUIJÓN (*Uned*)
40. Antonino METRO (*Messina*)
41. Ana MOHINO MANRIQUE (*Uned*)
42. Marycruz OLIVER (*Navarra*)
43. Laura OSTOS-PALACIOS (*Uned*)
44. Antonio PALMA (*Napoli, Federico II*)
45. Federico PERGAMI (*Milano, L. Bocconi*)
46. Salvatore PULIATTI (*Parma*)
47. Francesca PULITANÒ (*Milano*)
48. Alfredo Mordechai RABELLO (*Jerusalem*)
49. Mariagrazia RIZZI (*Milano, Bicocca*)
50. Stefania RONCATI (*Genova*)
51. Rosanna ROPERTO (*Napoli, Federico II*)
52. Osvaldo SACCHI (*Napoli II*)
53. Roberto SCEVOLA (*Padova*)
54. Mario SERIO (*Palermo*)
55. Alessia SPINA (*Milano, Bicocca*)
56. Simona TAROZZI (*Bologna*)
57. Anna TARWACKA (*Warsaw, CSW*)
58. Fulvio TESSITORE (*Napoli, Federico II*)
59. M^a José TORRES PARRA (*Madrid, UCM*)
60. Fabiana TUCCILLO (*Napoli, Federico II*)
61. Alejandro VALIÑO (*Valencia*)
62. Emilio VALIÑO (*Valencia*)
63. Andreas WACKE (*Köln*)

MADRID 2014

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2014

El presente libro ha sido financiado por el Proyecto de Investigación Fundamental no orientada del Plan Nacional I+D+i, con referencia DER2010-19341, titulado Fuentes históricas de los principios generales del derecho español y de la Unión Europea, dirigido por el prof. Fernando Reinoso Barbero.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70/93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2014 [Thomson Reuters (Legal) Limited /Fernando Reinoso Barbero, Madrid]

Editorial Aranzadi, S. A.

Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)

Imprime: Rodona Industria Gráfica, S.L.
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

Depósito legal: NA 138/2014

ISBN: 978-84-9059-236-6

Printed in Spain. Impreso en España

INDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS ESPECIALES	V
PRESENTACIÓN	IX

PARTE I INTRODUCCIÓN

ALEJANDRO GUZMÁN-BRITO La idea de «principio» mentada en la expresión «principios generales del Derecho»	1
GERGELY DELI How did Good Morals become a General Clause?.....	11
FULVIO TESSITORE Diritto, storia e scienza secondo Rudolf von Jhering: principi generali	31
FERNANDO REINOSO-BARBERO Los principios generales del derecho en la modernización del lenguaje jurídico	69

PARTE II ORÍGENES

MANUEL JESÚS GARCÍA GARRIDO Los principios contractuales visigóticos en la tradición romanística medieval	91
LUIGI GAROFALO Principi e ordinamento romano: una riflessione sulle orme di Fritz Schulz	99
ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN <i>Ius fiscale</i> : principios informadores del sistema tributario romano	109
SALVATORE PULIATTI Giudizio di fatto e nuovi principi nel processo romano tardoantico. La regola <i>unus testis nullus testis</i>	131
ELIO DOVERE Sistema delle fonti e legge-Codice: il <i>Codex Theodosianus</i>	149
EMILIO VALIÑO <i>Fiducia cum precario</i>	163

ANDREA LOVATO	
La giurisprudenza romana come fattore di sviluppo degli ordinamenti giuridici tardo-antichi	169
FERNANDO BETANCOURT-SERNA	
<i>De regulis iuris</i> en el <i>ius commune</i> y en el <i>ius patrium</i> español y colombiano	185
OSVALDO SACCHI	
L'interpretazione del giurista romano come fonte creativa del diritto: problemi della contemporaneità e certezze del passato	209
ALEKSANDR KOPTEV	
Principles of the <i>Nexum</i> and Debt Law in the Twelve Tables	227
ANA MOHINO MANRIQUE	
Los <i>nova negotia</i> y el principio de libertad contractual	247
PAOLA BIAVASCHI	
<i>Vetiti furoris audacia</i> . Il principio della tutela delle acque pubbliche nel Tardo Antico e il problema delle derivazioni abusive dagli acquedotti pubblici	269
CARLOS FELIPE AMUNÁTEGUI PERELLÓ	
La prehistoria de los principios de Derecho natural. La racionalización del concepto de Derecho en el mundo griego desde Hesíodo a Aristóteles	287
ROBERTO SCEVOLA	
Archeologia e genealogia della <i>donatio ex sola cogitatione mortalitatis</i>	299
ROSANNA ROPERTO	
Analisi del rischio da inquinamento ambientale. Principi generali dal diritto romano	329
MARIA CASOLA	
Principi e regole in tema di gravidanza	343

PARTE III

PRINCIPIOS CONCRETOS EN SU GÉNESIS HISTÓRICA: DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA LA ACTUALIDAD

MARIAGRAZIA RIZZI	
<i>Accessio cedit principali</i> : Die Fälle der scriptura und pictura	361
FRANCESCA PULITANÒ	
<i>Actio aquae pluviae arcendae non in rem, sed personalis est</i>	373
ISRAEL HERNANDO AGUAYO	
<i>Actio nondum nata non praescribitur</i> : el <i>dies a quo</i> en la prescripción extintiva	389
JULIO HERNANDO LERA	
<i>Ad impossibilia nemo tenetur</i>	419
FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS	
<i>Audiat et altera pars</i> : el principio de audiencia en el derecho romano y en el derecho común europeo	439
ALFREDO MORDECHAI RABELLO	
Il principio della buona fede precontrattuale: la base romanistica della teoria di Rudolf von Jhering sulla culpa in contrahendo	471
ANDREA AMATUCCI	
Le fundamenta del vigente principio di capacità contributiva nel pensiero di San Tommaso d'Aquino	495
LAURA OSTOS-PALACIOS	
<i>Causa causae, causa causati</i>	507

FABIANA TUCCILLO	
<i>Cogitationis poenam nemo patitur</i>	517
PATRICIO LAZO	
La regla <i>commodum eius esse debet cuius periculum est</i> : para la historia dogmática del artículo 1.820 del Código civil chileno	529
STEFANIA RONCATI	
Il principio consensualistico nella vicenda del mutuo: da contratto reale a contratto consensuale	541
ALEJANDRO VALIÑO	
<i>Probatio incumbit qui dicit, non qui negat</i> : el <i>onus probandi</i> en el Derecho romano	571
M. FLORIANA CURSI	
Il divieto degli atti di emulazione: le contestate origini romane di un principio moderno	603
MARTA NATALIA LÓPEZ GÁLVEZ	
El principio <i>impossibilium nulla est obligatio</i> : litigio sobre el cumplimiento de la normativa de aguas de baño en la UE	635
FRANCISCO BARTOL HERNÁNDEZ	
<i>In homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest</i>	649
ADELAIDE CARAVAGLIOS	
... <i>male nostro iure uti non debemus</i> : abuso di diritto o eccesso di potere nell'esercizio di un diritto?	663
PAOLO FERRETTI	
<i>Nasciturus pro iam nato habetur si de eius commodo agitur</i> : storia di un principio	685
ANNA TARWACKA	
<i>Nihil consensui tam contrarium est quam vis atque metus</i> . The Origins of Provisions against Duress in Roman Law	707
LUCETTA DESANTI	
<i>Poena maior absorbet minorem</i>	717
ANDREAS WACKE	
<i>Potior est qui certat de damno evitando quam qui de lucro captando</i> . Den Vorzug verdient im Rechtsstreit, wer Schaden vermeiden, gegenüber dem, der Gewinn erzielen will –insbesondere: Im Zweifel keine Schenkung und Durch Schenkungen vom Nichtberechtigten kein gutgläubiger Erwerb	737
PAOLO GALLO	
Il principio della prescrizione: dal diritto romano ai testi di Soft Law	753
SIMONA TAROZZI	
Il principio <i>qui habet commoda ferre debet onera</i> e la responsabilità del titolare di un'impresa commerciale gestita da un istitutore	761
ANA MARTÍN MINGUIJÓN	
<i>Qui suo iure utitur neminem laedit</i>	769
FEDERICO PERGAMI	
Il principio <i>Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere</i> nell'esperienza giuridica romana	807
ANTONINO METRO	
<i>Rebus sic stantibus</i>	817
ALESSIA SPINA	
<i>Unum testamentum duarum hereditatum</i> : su alcune applicazioni giurisprudenziali dei principi generali del diritto ereditario romano	827

PIETRO CERAMI	
D. 1.7.25 pr. (Ulp. 5 opin.) e il brocardo <i>venire contra factum proprium</i>	855
SELDAĞ GÜNEŞ PESCHKE	
The reflection of <i>volenti non fit iniuria</i> in personality rights in modern laws	869

PARTE IV PRINCIPIOS JURÍDICOS Y LEY

MARIO SERIO	
Nuovi assetti del diritto inglese: alcune considerazioni.....	879
ANTONIO PALMA	
La clausola generale di buona fede in senso oggettivo: tipicità e fluidità di una regola. Profili di comparazione	889
YURI GONZÁLEZ ROLDÁN	
El principio <i>bonae fidei possessor fructus suos facit</i> y su incorporación en los códigos civiles actuales	907
ELIANE MARIA AGATI MADEIRA & HÉLCIO MACIEL FRANÇA MADEIRA	
Precedente histórico do princípio da defesa do meio ambiente no sistema jurídico romanístico luso-brasileiro	925
CARLOS CUADRADO PÉREZ	
Perspectiva histórica sobre el relativismo de los derechos subjetivos	947
MARYCRUZ OLIVER	
Los “Principios Generales del Derecho Navarro” en la ley 2 del Fuero Nuevo.....	969
ATHINA DIMOPOULOU-PILIOUNI	
Il diritto privato romano nella giurisprudenza dei tribunali ellenici.....	1025
SALVADOR IGLESIAS MACHADO	
Principios apodícticos del recurso de apelación civil.....	1031

PARTE V PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EUROPEA

CLARIBEL DE CASTRO SÁNCHEZ	
Los principios generales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: especial referencia a los derechos humanos.....	1065
VALERIUS M. CIUCĂ	
Euronomosofia sous le parapluie du jus actionum. Les principes qui donnent la substance de l’extraordinaria cognitio, comme héritage ontologique du procès européen modern	1079
MARÍA JOSÉ TORRES PARRA	
<i>Patere legem quam ipse fecisti</i> en la jurisprudencia comunitaria.....	1087
GIOVANNA COPPOLA BISAZZA	
Il diritto di proprietà nella prospettiva europea: un ritorno al modello romanistico?.....	1101
TERESA MARCOS MARTÍN	
El principio de la buena fe en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre derecho de la competencia	1129
FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN	
<i>Damnum y reparatio</i> . Daño resarcible y principio de reparación	1139

ALESSIA SPINA
Università degli Studi di Milano-Bicocca

**UNUM TESTAMENTUM DUARUM HEREDITATUM: SU ALCUNE APPLICAZIONI
GIURISPRUDENZIALI DEI PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO EREDITARIO
ROMANO**

SOMMARIO: 1. Premessa. Sul ruolo dei principi generali nel diritto ereditario romano; 2. L'articolazione del problema in Paul. sing. de sec. tab. D. 30.126; 3. *Legare de suo*: la posizione della giurisprudenza classica; 4. Su alcune esemplificazioni del principio generale; 5. Il significato del parallelismo contenuto nella prima parte del *principium*; 6. La seconda parte del *principium* e la richiesta di *bonorum possessio contra tabulas*; 7. Il paragrafo 1 e la sostituzione del postumo; 8. L'emersione dei principi generali in materia ereditaria tra diritto romano e prassi europea contemporanea.

1. Premessa. Sul ruolo dei principi generali nel diritto ereditario romano

La materia ereditaria è costituzionalmente dominata dall'interazione di principi generali, di regole di struttura e di interpretazione del diritto che ricorrono, in una prospettiva diacronica, a caratterizzare l'evoluzione di talune figure negoziali. Si tratta di principi generali – ma forse anche ‘generalissimi’, in considerazione della vastità di applicazione e della persistenza storica – che hanno origini remote, talvolta risalenti alla legislazione decemvirale, che si rinvengono nella letteratura giurisprudenziale di età repubblicana e poi imperiale, e destinati – seppur in svariate declinazioni – a connotare la storia del pensiero giuridico occidentale sino ai nostri giorni.

La mente corre, per tentare qualche sommario esempio, alla nota regola secondo cui «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*», risalente alle Dodici Tavole; oppure al principio in forza del quale i *sui* «*aut instituendi sunt aut exheredandi*». La prima delle ricordate massime esclude che si possa aprire una successione *mortis causa* in parte *ex lege* ed in parte *ex testamento*: il principio, interpretato con rigidità in epoca arcaica, subì presto importanti eccezioni, destinate a sfociare, in epoca imperiale, in fattispecie palesemente contrastanti con esso, come nell'ipotesi – cui si accennerà nel corso della presente indagine – di sopravvivenza di lasciti a titolo particolare in concomitanza di apertura di una successione legittima. Il secondo principio, invece, affonda le proprie radici nella tutela dell'istituzione familiare ed in particolare del legame tra il *paterfamilias* testatore ed i suoi più prossimi discendenti, richiedendosi un'espessa manifestazione di volontà circa la loro sorte all'interno della scheda testamentaria.

I citati principi si intrecciano con altri di più circoscritta applicazione, ma di notevole portata pratica, nati nel più antico diritto quiritario, e poi rielaborati in seno alla giurisprudenza di età classica.

In particolare, vorrei concentrare l'attenzione sull'istituto della sostituzione pupillare, la cui unitaria configurazione e la cui specifica funzione appare di difficile ricostruzione anche per gli stessi giuristi romani. Le maggiori perplessità derivano dal fatto che, con siffatto negozio testamentario, il *de cuius* intende nominare un erede al proprio figlio, se

questi morirà ancora impubere: dunque, nella sostanza, un soggetto decide sulla sorte di un patrimonio non suo, per un momento successivo alla morte del titolare. In simili fattispecie, sembrerebbe posto in pericolo il principio inviolabile della libertà di testare: nonostante la facoltà di testare venga sottratta soltanto nell'evenienza della morte prematura di un soggetto incapace di intendere e volere perché minore di età, e nonostante la delazione del sostituto si possa risolvere, in molti casi, in una seconda nomina da parte del *de cuius*, condizionata all'evento della morte del figlio, tuttavia la sostituzione pupillare fu oggetto di ampio dibattito nelle fonti giurisprudenziali classiche sotto plurimi profili.

Esemplare delle difficoltà esegetiche che la prospettazione di simili problemi solleva è un passo del giurista Paolo, che costituirà l'oggetto precipuo della presente breve indagine. Il brano – che appartenendo a un giurista severiano illustra lo *status* della giurisprudenza tardoclassica in materia – conserva, a mio parere, in una struttura genuina, una testimonianza significativa e, invero, poco studiata, delle pratiche difficoltà di interpretare le *secundae tabulae* – ossia il testamento pupillare – dinanzi a un dubbio di sopravvivenza di lasciti a titolo particolare¹.

Come si avrà modo di notare, anche in fattispecie assai circoscritte, emergono dubbi di compatibilità tra i vari principi operanti in materia.

2. *L'articolazione del problema in Paul. sing. de sec. tab. D. 30.126*

In materia di lasciti *mortis causa* a titolo particolare posti a carico di soggetti nominati sostituti pupillari, la giurisprudenza classica rivela l'applicazione di un regime peculiare, di cui vi è traccia in un brano paolino, escerpito dall'opera monografica *de secundis tabulis*, D. 30.126, che si configura quale significativo esempio delle criticità insite nell'applicazione dei principi generali della successione testamentaria.

Mi pare opportuno ricordare un passaggio delle Istituzioni gaiane che descrive le facoltà del *de cuius* in merito alla nomina del sostituto pupillare, con specifico riferimento alla persona del sostituto diseredato²:

Gai 2.182: *Non solum autem heredibus institutis inpuberibus liberis ita substituere possumus, ut si ante pubertatem mortui fuerint, sit is heres, quem nos voluerimus, sed etiam exheredatis. Itaque eo casu si quid pupillo ex exheredatibus legatisve aut donationibus propinquorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinet.*

La sostituzione pupillare – perché tale è la sostituzione descritta nei paragrafi precedenti a quello riportato – può riguardare tanto l'impubere istituito erede, quanto l'impubere diseredato. In questa evenienza, qualora al pupillo sia stato acquisito qualcosa dalle diseredazioni o dai legati o dalle donazioni dei congiunti, tutto ciò passa al sostituto.

Pertanto, come racconta il giurista antoniniano, può accadere che il padre decida di diseredare il figlio e, tuttavia, gli nomini un sostituto per il caso in cui muoia prima di avere raggiunto la pubertà. In questa evenienza le liberalità gravanti sul patrimonio pupillare diverranno oneri in capo al sostituto.

¹ Ripropone la percezione di un «even more complicated and doubtful case» KNÜTEL, *Grappling with the Difficult Subjects with which the Roman Lawyers Liked to Grapple*, in *Judge and Jurist. Essay in Memory of Lord Rodger of Earlsferry*, Oxford, 2013, 198.

² Ciò premesso, come chiarisce GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*², Torino, 1962, 149 s., è principio classico quello in forza del quale il legato poteva ordinarsi solamente a carico dell'erede testamentario, con cui si intende sia il primo istituito, sia il sostituto volgare o pupillare, «in quanto questo succeda a un pupillo istituito o sia almeno egli stesso erede nel testamento paterno, e nei limiti del patrimonio lasciato dal *pater*». Quanto alla posizione del sostituto nei confronti del legato o del fedecommesso, a parere dell'Autore (p. 165), il problema si sarebbe posto chiaramente a proposito della sostituzione volgare, «in quanto nella sostituzione pupillare giocavano i diversi rapporti ereditari».

Nella ricostruzione di Gaio non vi è alcun indizio di *ius controversum* in merito alla sorte dei lasciati a titolo particolare in caso di nomina di un soggetto diseredato.

Lo stesso Ulpiano, nel commentario di diritto civile, fa salva la possibilità di sostituzione del figlio diseredato, rievocando

D. 28.6.10.5 (Ulp. 4 *ad Sab.*): *Ad substitutos pupillares pertinent et si quae postea pupillis obvenerint: neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, cum et exheredato substituere quis possit ...*

Spettano ai sostituti pupillari anche quei beni che sono toccati in sorte ai pupilli successivamente. Infatti, il testatore non ha creato un sostituto per i propri beni, ma per quelli dell'impubere, sicché anche al diseredato può essere creato un sostituto.

Si abbandoni per ora la prospettiva gaiana ed ulpiana per tornare al parere paolino dal quale si intende prendere le mosse. Preliminarmente, si ritiene opportuno soffermarsi sull'opera da cui il passo in esame è escerpito, indicata, nell'*inscriptio*, come *liber singularis de secundis tabulis*; *secundae tabulae* è espressione che, almeno a partire dalla metà del I sec d.C., indicherebbe «il supporto scrittorio sul quale è scritta la sostituzione pupillare»³. Si tratterebbe di un lavoro dedicato espressamente alla sostituzione pupillare, che consente di giustificare la traduzione del termine latino *substitutus*, da intendersi nel senso di sostituto pupillare, sebbene nel testo non vi sia alcuna esplicita menzione della natura – volgare o pupillare – della clausola di sostituzione. L'opera, in particolare, si colloca tra le numerose monografie dedicate ad argomenti specifici⁴ e nel Digesto sono in tutto sei gli escerti provenienti da essa, di cui solo D. 30.126 viene posto dai Compilatori in un titolo non espressamente dedicato né all'istituzione di erede, né alla sostituzione, bensì ai legati e ai fedecommissi⁵.

³ Per un elenco dei luoghi del Digesto che proverebbero un simile utilizzo dell'espressione, cfr. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1996, 149 s. e nt. 2. Ancora, TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 733, laddove osserva che «dalle fonti risulta che, nella pratica, si procedeva, per la successione del pupillo, alla redazione di un testamento separato (*secundae tabulae*)».

⁴ Nei manuali di storia del diritto romano, l'opera non viene talora neppure menzionata, ma genericamente inserita tra i *libri singulares* dedicati a temi specifici del diritto privato: cfr., a titolo esemplificativo, BONFANTE, *Storia del diritto romano*⁴, I, Roma, 1934, 393; ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 1957, 293; DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, Roma, 1926, 371, riconnette il *liber singularis de secundis tabulis*, insieme a numerose altre monografie paoline, ai commenti *ad edictum* e *ad Sabinum*, di cui costituirebbero un «complemento». Cfr. anche BERGER, voce '*Julius*' ('*Paulus*'), in *RE*, X.1, Stuttgart, 1918, col. 721; ORESTANO, voce *Paolo* ('*Julius Paulus*'), in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1968, 362 s., anche per la bibliografia ivi citata. Sostiene il carattere apocrifo dei numerosi *libri singulares* che risulterebbero attribuiti a Paolo (come anche di quelli attribuiti ad Ulpiano), ma che invece rientrerebbero nella produzione della giurisprudenza postclassica GUARINO, '*Pauli de iure codicillorum liber singularis*', in *ZSS*, LXII, 1942, 214 ss., specificamente dove afferma che «limitando il discorso a Paolo, non è possibile – almeno io penso – che Paolo, autore (fra l'altro) di diciotto *libri ad Plautium*, di ventisei *libri quaestionum*, di ventitré *libri responsorum*, di sedici *libri ad Sabinum*, di settantotto *libri ad edictum*, abbia anche scritto tutta quanta la congerie di opere monografiche di cui si è serbata memoria. L'umana immaginazione stenta a concepire una attività di lavoro così notevole. E si noti che, pur non partendo dai nostri presupposti, già vari autori, ragionando in base a diversissimi motivi, sono giunti a sostenere il carattere apocrifo di molti dei *libri singulares*, oltre che di opere minori di Paolo».

⁵ Gli altri passi del *De secundis tabulis* contenuti nel Digesto, sulla base di LENEL, '*Palingenesia iuris civilis*', I, Lipsiae, 1889, col. 1293, n. 1894 ss., sono, dal titolo D. 28.5, *De heredibus instituendis*, D. 28.5.57(56): *Potest quis ita heredem instituere: 'si intra annum septuagesimum decessero, ille mihi heres esto': non enim pro parte testatus intellegi debet, sed sub conditione instituisse*; e, dal titolo D. 28.6, *De vulgari et pupillari substitutione*, D. 28.6.38: *Qui plures liberos habet, potest quibusdam substituere neque utique necesse habet omnibus, sicuti potest nulli substituere*. 1. *Ergo et ad breve tempus aetatis substituere potest, ut puta 'si filius meus intra annum decimum decesserit, Titius ei heres esto'*. 2. *Itaque et si diversos substituat post finem aetatis, admittendum erit, veluti 'si intra decimum*

D. 30.126 (Paul. *sing. de sec. tab.*): *Ab exheredati substituto inutiliter legatum datur. ergo nec a legitimo exheredati fideicommissum dari poterit, quod et legitimi eo iure praestare coguntur, quo si scripti fuissent. sed si committente aliquo ex liberis edictum praetoris, quo contra tabulas bonorum possessionem pollicetur, scriptus quoque filius contra tabulas bonorum possessionem petierit, substitutus eius legata pro modo patrimonii, quod ad filium pervenit, praestabit, perinde ac si id, quod per bonorum possessionem filius habuit, a patre accepisset. 1. Cum a postumo ita legetur 'si heres erit' et non nato postumo substituti adeant, legata eos debere existimandum est, quae ille, si viveret, debiturus erat*⁶.

Il frammento si apre con l'affermazione di un principio che costituisce la premessa del ragionamento condotto dal giurista nei periodi successivi.

Si dice che il legato posto a carico del sostituto del diseredato è inefficace (*inutiliter datur*)⁷. Il discorso prosegue come conseguenza (*ergo*) della prima affermazione: si dice che, dunque, neppure il fedecommesso a carico dell'erede legittimo del soggetto diseredato può essere imposto, poiché anche gli eredi legittimi sono obbligati a pagare, in forza di quel diritto in base al quale sarebbero stati nominati eredi *ex testamento*.

Tra le due fattispecie esiste una corrispondenza sintattica: nella prima, viene menzionato il sostituto pupillare del minore diseredato, nella seconda fattispecie, invece, si parla dell'erede legittimo del figlio diseredato; in entrambi i casi, il dubbio investe i lasciti a titolo particolare, sebbene nel primo caso si parli di legato e nel secondo di fedecommesso. Paolo, nella proposizione iniziale, menziona specificamente il legato, mentre nel periodo successivo il riferimento è al fedecommesso, che «*dari non poterit*»⁸. Si tratta di una diversità che, alla giurisprudenza del III secolo d.C., verosimilmente non dovette creare problemi, essendosi ormai realizzata, per lo meno nella prassi, l'equiparazione tra i due istituti⁹ (che sarà sancita dalla giustinianea C. 6.43.1, del 529

annum decesserit, Titius heres esto: si post decimum annum intra quartum decimum, Maevius heres esto'. si a patre institutus rogatusque hereditatem restituere coactus ex fideicommissio adierit, quamvis cetera, quae in eodem testamento relicta sunt, per eam aditionem confirmantur, ut legata et libertates, secundas tamen tabulas non oportere resuscitari destituito iam iure civili testamento Quintus Cervidius Scaevola noster dicebat. sed plerique in diversa sunt opinione, quia et pupillares tabulae pars sunt prioris testamenti, quo iure utimur.

⁶ Sui problemi interpretativi che ha sollevato il passo, KNÜTEL, *Interpretierendes Übersetzen*, in *Liber amicorum C. Krampe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013, 215 ss.; ID., *Grappling with the Difficult Subjects*, cit., 195 ss. Un esempio di traduzione esplicativa del passo si ha nell'opera di KNÜTEL, KUPISCH, RÜFNER, SEILER (hrsgg.), *'Corpus iuris civilis'. Text und Übersetzung*, V, Heidelberg, 2012, 337.

⁷ «Nella configurazione classica, il testatore nomina un erede al proprio discendente impubere *in potestate*, per il caso in cui muoia prima di essere arrivato *in suam tutelam* ... Tale nomina è possibile sia che il testatore abbia istituito l'impubere, sia che l'abbia diseredato: e la sostituzione pupillare ha per oggetto non soltanto l'eredità paterna (che manca, ad es., nel caso dell'*exheredatio*), ma anche il patrimonio che il pupillo abbia conseguito prima di morire ancora impubere»: così TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 732 s.

⁸ Il verbo *dare*, più spesso nella diatesi passiva, si accompagna al sostantivo *fideicommissum* in ottanta luoghi del Digesto: voce '*do*' II B, in *VIR*, II, Berolini, 1933, col. 304 ss. e voce '*fideicommissum*', *ibidem*, col. 834.

⁹ Cfr. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II. *Parte speciale. Successione 'ab intestato'. Successione testamentaria*², Milano, 1963, 234 e nt. 45, che cita Gai 2.268 ss., in cui il giurista, dopo avere segnalato le differenze tra legato e fedecommesso enuncia una serie di fattispecie in cui i due regimi sono unificati. Significativo è pure che, in numerosi luoghi delle opere casistiche scevoliane, i due termini – *legatum* e *fideicommissum* – siano utilizzati come fungibili; cfr. anche SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei 'Responsa' di Cervidio Scevola*, Milano, 2012, 14.

d.C.¹⁰), sebbene limitatamente ai negozi ad efficacia obbligatoria: prova ne sarebbe la circostanza che Paolo, pur utilizzando due vocaboli diversi, non senta la necessità di giustificare l'identica disciplina ad essi applicabile.

Il principio valido per entrambi, pur nella diversità dei presupposti fattuali, è il medesimo: l'inefficacia del lascito a titolo particolare.

È verosimile, peraltro, che la seconda vicenda descritta sia stata quella concretamente presa in esame da Paolo, innanzitutto perché il dubbio interpretativo pare concentrarsi solo su di essa: il primo caso, infatti, viene dato come indiscutibile ed il principio che lo regola è enunciato in maniera assoluta¹¹. Inoltre, la seconda ipotesi sembra riferirsi ad un momento precedente rispetto alla redazione della scheda testamentaria contenente la clausola discussa, sicché il parere di Paolo appare quasi una valutazione preventiva; mentre nella prospettiva opposta di un parere successivo, si giustifica la scelta dell'avverbio *inutiliter*, ad indicare la sanzione per un legato redatto in maniera non corretta¹².

Piuttosto, nel pensiero di Paolo, una giustificazione viene ritenuta necessaria per precisare l'equivalente posizione dei due soggetti sui quali il lascito posto a carico si rivela *inutile*: si dice, infatti, che anche gli eredi legittimi, in base a quel titolo (*eo iure*) sono costretti ad adempiere ai fedecommissi, proprio come se fossero eredi testamentari. E poiché gli eredi testamentari – tra i quali rientra, sebbene *lato sensu*, anche il *substitutus* citato nel primo caso – non sono tenuti a pagare, allora, per proprietà transitiva, in forza della corrispondenza creata da Paolo, anche gli eredi *ex lege* non lo saranno¹³. E in questa interpretazione parrebbe scorgersi un'eco della posizione paolina che negava la sopravvivenza dei legati in caso di apertura – a vario titolo cagionata – di una successione intestata, emergente, invero, da altre decisioni del giurista¹⁴.

L'articolato schema del passo vede poi il giurista indicare un'ipotesi in cui il regime descritto dei lasciti a titolo particolare posti a carico di un sostituto subisce una deroga: si dice che, nell'ipotesi in cui alla categoria dei *liberi* sia concesso richiedere la *bonorum*

¹⁰ Scrive TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 743, in riferimento a C. 6.43.1, che «per la validità e l'individuazione degli effetti del legato non hanno più importanza i *verba*, ma la volontà del testatore, espressa con le parole che ritiene più opportune. Ciò porta all'unificazione, da una parte, delle forme di legato tra di loro e, dall'altra, tra legati e fedecommissi. Tale unificazione si rispecchia nel frammento che apre nel Digesto la trattazione sui legati e i fedecommissi, in cui si afferma che, sotto ogni aspetto, i primi erano equiparati ai secondi (*per omnia equiparata sunt legata fideicommissis*)».

¹¹ KNÜTEL, *Grappling with the Difficult Subjects*, cit., 199 osserva che «it is natural that Paul does not elaborate on this point for obviously one cannot unilaterally be charged with legacies and *fideicommissa* by someone out of whose property one has not received anything at or after that person's death. It cannot be objected that the *pater familias* provided the substitute with a benefit in that he instituted him as the heir of the disinherited *minor* because this would not constitute a benefit out of the father's property».

¹² La struttura «*legatum inutiliter datum*» è frequente nel Digesto: cfr. voce «*inutilis*» e voce «*inutiliter*», in *VIR*, III, Berolini, 1910, col. 906 ss.

¹³ La *ratio* della decisione è ricostruita da JOHNSTON, *On a Singular Book of Cervidius Scaevola*, Berlin, 1987, 36 s. in questi termini: «... but so in this case would a *fideicommissum*. If we work on the principle that *fideicommissa* can be charged on any beneficiary under a will or on intestacy, but conversely cannot be charged on someone who receives no benefit, then it is clear that the sort of *fideicommissum* considered by Paul cannot be valid since the intestate heir of the disinherited pupill cannot be said to have received any benefit from the *testator*». La questione della sopravvivenza dei lasciti a titolo particolare è, invero, assai complicata e variamente risolta dalla giurisprudenza di età classica.

¹⁴ Per una rassegna delle posizioni assunte in merito al delicato problema, che aprirebbe un varco importante nel principio «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*», si possono vedere le considerazioni svolte in SPINA, *Ricerche*, cit., 550 ss. e, in particolare, circa la posizione di Paolo, contraria a quella dei contemporanei Papiniano ed Ulpiano, specificamente, 571 s.

possessio contra tabulas ed un figlio, erede testamentario, l'abbia richiesta, il sostituto pupillare dovrà adempiere ai legati nella misura del patrimonio che sia pervenuto al figlio, come se, quanto il figlio abbia ottenuto attraverso la *bonorum possessio*, lo avesse ricevuto dal padre.

Nel paragrafo 1, infine, si dice che, qualora sia stato posto un legato in capo al postumo sotto la condizione «se sarà erede» e qualora, non essendo nato alcun postumo, i sostituti pupillari adiscano l'eredità, occorre ritenere che essi debbano pagare i legati, i quali sarebbero stati dovuti dal postumo stesso, se fosse vissuto. Dunque, nel paragrafo 1, a differenza del *principium*, la fattispecie è tale da ammettere l'efficacia del lascito: il problema scaturisce dalla circostanza che il postumo, per il quale è previsto il sostituto pupillare, non è mai nato.

3. 'Legare de suo': la posizione della giurisprudenza classica

Il frammento paolino (di cui la letteratura ha – peraltro quasi sempre incidentalmente – preso in esame il *principium*, mentre scarso interesse ha suscitato il più breve paragrafo 1) talora è stato studiato in specifico riferimento alla sostituzione pupillare¹⁵, al fine di indagarne meglio la natura riconosciuta dalla giurisprudenza tardoclassica, talaltra, invece, ha suscitato attenzione in riferimento alle disposizioni a titolo particolare, per le quali è segnalato da Paolo un preciso regime. Ovviamente i due profili sono destinati ad intrecciarsi¹⁶.

La comprensione della prima parte del brano impone di riflettere sulla natura della sostituzione pupillare, così come essa venne elaborata dalla giurisprudenza del III secolo d.C., aggiungendo talune considerazioni a quelle già *supra* proposte.

Posto che, presso i giuristi romani di quell'epoca, si dovette assistere «al consolidamento della concezione della sostituzione pupillare come nomina di erede al figlio» e che, di conseguenza, «la validità dei legati posti a carico del sostituto sembrerebbe fondare sul suo rapporto ereditario mediato con il testatore»¹⁷, i problemi si verificherebbero nelle ipotesi in cui la mediazione stessa manchi, ad esempio proprio perché il figlio impubere è stato diseredato¹⁸. Si tratterebbe, più in generale, di quelle ipotesi di sostituzione pupillare cd. pura, fattispecie da inquadrarsi nel più ampio processo

¹⁵ VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 170 ss. La letteratura dedicata alla sostituzione pupillare è vasta, sicché, a titolo esemplificativo, si possono considerare i contributi di POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, II, Venetiis, 1824, 474 ss.; NEGRI, voce *Sostituzione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 130 ss.; COSTA, *Sopra la natura giuridica della sostituzione pupillare nel diritto romano*, in *BIDR*, VI, 1894, 245 ss.; LA PIRA, *La sostituzione pupillare*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930, 273 ss.; WOLFF, *Die Pupillarsubstitution. Eine Untersuchung zur Geschichte des 'Heres'-Begriffs und der römischen Rechtswissenschaft*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, III, Palermo, 1936, 437 ss.; VÁZNÝ, *La sostituzione pupillare nella giurisprudenza classica*, in *BIDR*, XLVI, 1939, 68 ss.; ID., *Note critiche alla sostituzione pupillare*, in *BIDR*, XLVII, 1940, 31 ss.; VOCI, *La sostituzione pupillare nel diritto romano*, in *AG*, CXLIX, 1955, 3 ss.; FINAZZI, 'Hereditas esse' ed 'in tutelam suam venire': riflessioni sulla struttura della sostituzione pupillare, in *BIDR*, XCIV-XCV, 1991-1992, 105 ss.; ID., *La sostituzione*, cit., 39 ss.

¹⁶ FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 318, nt. 11 ipotizza che alcuni giuristi escludessero *in toto* la validità dei legati a carico del sostituto del diseredato, anche nell'ipotesi in cui questo fosse istituito erede *ex institutione*. Si tratterebbe del regime vigente in età pregiuliana.

¹⁷ FINAZZI, *La sostituzione*, cit. 316 s.

¹⁸ Più precisamente FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 317 osserva che «sembra, anzi, che i giuristi romani ... affrontassero il problema delle condizioni di validità dei legati unicamente in relazione a fattispecie nelle quali la successione mediata del sostituto al testatore non si verificava, in quanto l'impubere era diseredato, o era meno agevolmente individuabile, in quanto la devoluzione dell'eredità paterna al sostituto avveniva al di fuori del normale percorso testatore-impubere-sostituto».

storico che ha riguardato la struttura della sostituzione pupillare, trasformatasi, da una fisionomia necessariamente condizionale (subordinata all'evento «*si mihi heres sit*» o «*quisquis mihi ex supra scriptis heres erit*») ad una sottoposta all'unica *condicio iuris* rappresentata dalla morte del pupillo («*si filius meus intra pubertatem decesserit, Seius heres esto*») ¹⁹.

In altri termini, laddove la sostituzione risulti espressamente sottoposta alla nomina del sostituto quale erede del padre prima che del figlio impubere, *nulla quaestio*. Nel caso, invece, essa risulti subordinata al mero evento della morte del pupillo, senza un'espressa previsione di successione mediata del sostituto, quest'ultimo diventerà erede del padre, nel senso che – per utilizzare il linguaggio gaiano – prenderà il posto del pupillo nell'eredità paterna ²⁰.

In verità, la differenza tra le due modalità di *substitutio* spicca laddove il testamento paterno preveda legati e fedecommissi. L'effetto sarebbe, infatti, che «il padre può ordinare legati e fedecommissi a carico del sostituto, tuttavia con un limite molto importante: gli oneri possono gravare solo su ciò che egli abbia lasciato al figlio. Come dice Papiniano, [*n.d.a.*: il riferimento è a D. 35.2.11.5] *pater legat de suo*. Ne derivano queste conseguenze ... non possono essere imposti oneri al sostituto del pupillo diseredato» ²¹.

Un discorso a parte merita:

D. 35.2.79 (Gai. 18 *ed. prov.*): *In duplicibus testamentis sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater cum moreretur habuerit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel adquisierit aliquid vel deminuerit: sive de legatis quaeramus, tam ea quae in primis quam ea quae in secundis tabulis relicta sunt in unum contribuuntur, tamquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia condicione legasset.*

Gaio, commentando l'editto provinciale, afferma che, nei *duplicia testamenta* – ossia nei testamenti contenenti sostituzioni pupillari – si discute del patrimonio, e gli unici beni cui ci si riferisce sono quelli che il padre avrà posseduto al momento della morte, e non interessa se dopo la morte del padre il figlio avrà aumentato o diminuito in qualche misura il patrimonio. Si discute anche dei legati, e sono conteggiati tanto quelli che sono stati lasciati nelle prime tavole, quanto quelli che sono stati lasciati nelle seconde tavole, e come se anche quei beni, che il testatore aveva lasciato all'erede del figlio, dal proprio erede fossero stati lasciati sotto un'altra condizione.

Dunque, la morte del *de cuius* è il momento in cui si fissa la consistenza patrimoniale sulla quale si dovranno soddisfare i legati, sicché il sostituto pupillare appare un erede del padre e non già del pupillo medesimo. Mentre l'*alia condicio* menzionata da Gaio è naturalmente una condizione ulteriore rispetto alla mera *condicio substitutionis*, sicché pare che il giurista si stia riferendo alla forma di sostituzione pupillare *cd. condizonata*. È quest'ultima considerazione che rileva, laddove si dice che i lasciti a titolo particolare a

¹⁹ Occorre ricordare che nel commentario ulpiano *ad Sabinum* paiono rinvenirsi le tracce di questa duplicità strutturale, che ripercorre le linee di uno sviluppo storico. In particolare, si parla di sostituzione condizonata laddove si impedisce che il sostituto diventi erede del figlio prima di essere divenuto erede del padre: in tal modo si impedisce la separazione tra le due eredità, come osserva NEGRI, voce *Sostituzione (dir. rom.)*, cit., 132 s.

²⁰ Gai 2.180: *Quo casu si quidem non extiterit heres filius, substitutus patris fit heres; si vero heres extiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. quam ob rem duo quodam modo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum hereditatum.*

²¹ VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 181 e nt. 33 ss., dove si citano le fonti che proverebbero tale regime.

favore del sostituto valgono alla stessa stregua di lasciti dell'erede diretto sottoposti a condizione: l'esistenza di una condizione ulteriore, in cui si materializza la scansione padre/pupillo/sostituto consente di meglio chiarire, oltre al momento rilevante, anche i criteri per individuare la consistenza patrimoniale su cui graveranno i lasciti a titolo particolare. Il passo, in altre parole, pur non affrontando direttamente un problema di elisione – nel nostro caso dovuto alla diseredazione – della sequenza poc'anzi evocata, si rivela un' interessante fonte di indicazioni puntuali per risolvere i casi dubbi. Si noti incidentalmente che nel commento all'editto provinciale Gaio non si discosta dalla ricostruzione dell'istituto pupillare emergente dall'opera istituzionale: il giurista antoniniano sembra riferirsi alla sostituzione come negozio puro, in cui l'elemento condizionale si può ottenere mediante l'apposizione di una *alia condicio*. Tuttavia, occorre rilevare che, per quanto attiene ad altro profilo, a parere di illustre dottrina, a differenza di altri luoghi, in cui il giurista antoniniano avrebbe mostrato dubbi in merito alla corretta ricognizione sulla natura della sostituzione pupillare, in D. 35.2.79 risulta scomparso qualunque riferimento alla concezione sabiniana²², parlando Gaio «senza riserve» di *duplex testamentum*²³.

Utile ai nostri fini, appare anche un brano papiniano, versato in:

D. 35.2.11.5 (Pap. 29 *quaest.*): *Quod vulgo dicitur in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari quam potestatem habeat, videndum est: quamvis enim substitutus quae a pupillo relicta sunt, cum filius heres exstitit, ut aes alienum quodlibet debeat, tamen propter ea, quae data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. secundum quae poterit evenire, ne substitutus quicquam retineat vel ut longe plus habeat quartae paternae hereditatis. quid ergo, si non sufficiat pupilli hereditas legatis, cum patris suffecisset? de suo (quadrante nimirum) dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo: nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii, cum in hac parte iuris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub condicione relicta intelleguntur.*

Papiniano afferma che occorre valutare quale valore abbia l'affermazione corrente secondo cui, nelle tavole testamentarie di padre e figlio, deve essere osservata una sola *Falcidia*. Infatti, sebbene il sostituto, alla stregua di ogni altro debito, debba le cose che furono lasciate a carico del pupillo (dunque, anche i legati), quando il figlio divenne erede, tuttavia, per quelle cose che sono date nelle seconde tavole, si fa luogo alla contribuzione unitaria²⁴.

²² Si tratta della tesi secondo la quale il testamento pupillare, con il quale il padre dispone per sé e per il figlio, sarebbe da considerarsi un solo testamento, nonostante ad essere regolate siano due diverse eredità.

²³ SANTALUCIA, *L'opera di Gaio 'ad edictum praetoris urbani'*, Milano, 1975, 29 ss.; SCHANBACHER, *'Ratio legis Falcidiae'. Die falzidische Rechnung bei Zusammentreffen mehrerer Erbschaften in einer Hand*, Berlin, 1995, 100 s. parla dell'applicazione di una finzione del tenore «als hätte der Testator auch die vom Erben seines Sohnes hinterlassenen (Legate) vom eigenen Erben unter anderer Bedingung vermacht», funzionale all'applicazione della *Falcidia*: «indem die Fiktion die Substitutionslegate der *lex Falcidia* unterwirft, macht sie die Zugrundelegung des väterlichen Vermögens auch für sie und damit die *contributio legatorum* möglich». Sul passo, si possono vedere i commenti di FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano, 1889, 430 ss.; GROSSO, *I legati*, cit., 346.

²⁴ Al di fuori di un contesto propriamente romanistico, il passo è stato citato da MARELLO, *Contributo allo studio delle imposte sul patrimonio*, Milano, 2006, 8 s. e nt. 10, dove si osserva che il termine *patrimonium* ricorre in numerosi frammenti del Digesto con riferimento all'eredità, alla dote e al pupillo, «in genere nell'accezione di complesso dei beni su cui un soggetto vanta un qualche diritto». Il passo è posto da BONIFACIO, *In tema di 'lex Falcidia'*, in *Iura*, III, 1952, 230 e nt. 21 tra quelli che ricordano la nullità assoluta dei legati disposti in un testamento relativo ad un'eredità passiva; GROSSO,

In forza di queste circostanze, potrebbe accadere che il sostituto non trattenga alcunché, o che abbia di gran lunga di più della quarta parte dell'eredità paterna. Che cosa, dunque, accade, se l'eredità del pupillo non sia sufficiente ad adempiere ai legati, quando quella del padre sarebbe stata sufficiente? Certamente il sostituto darà sulla quarta parte, che è sua, poiché il padre legò del suo. E non rileva che in forza di nessun testamento un soggetto può essere tenuto oltre le capacità di alcun patrimonio, mentre in questa fattispecie giuridica i legati, che vengono lasciati nelle seconde tavole, s'intendono lasciati come nelle prime, sotto condizione.

Papiniano prende le mosse da quella che viene presentata come una massima generalmente ammessa (*vulgo*), secondo cui nel caso di testamento pupillare il calcolo della *Falcidia* avviene conteggiando tutti i legati gravanti sia sull'eredità paterna che su quella pupillare. L'ipotesi presa in esame dal giurista è quella di una sostituzione cd. condizionata, nel senso che viene espressamente previsto che il figlio sia divenuto erede (*cum filius heres exstitit*)²⁵.

Il calcolo unitario condotto sulle due eredità potrebbe determinare – precisa Papiniano – l'assenza di qualunque vantaggio economico sul sostituto, ovvero, al contrario, che quest'ultimo si avvantaggi anche in misura superiore alla quarta parte.

Ciò premesso, nella *quaestio* vera e propria ci si domanda che cosa accada se i legati imposti al sostituto non possano essere soddisfatti sull'eredità pupillare, mentre si sarebbero potuti soddisfare su quella paterna. In ossequio a quanto poco prima affermato, Papiniano ritiene che il sostituto dovrà adempiere i legati anche intaccando la propria quarta, dal momento che il padre ha disposto del proprio patrimonio (*quoniam pater legavit de suo*): nonostante la successione pupillare e nonostante il figlio sia divenuto erede, le disposizioni sono riconducibili al padre e alla consistenza patrimoniale al momento della sua morte, come già Gaio aveva anticipato²⁶.

Quello sinora descritto è, seppur attraverso brevi scorci interpretativi, lo *status* della giurisprudenza romana nel II-III secolo; certamente si tratta di un approdo anticipato da contrasti – di cui rinviene eco nelle parole dei giuristi – in ordine alla precisa natura della sostituzione pupillare, e al principio inviolabile, che appare costantemente messo in discussione nelle ipotesi in esame, dell'insostituibilità del titolare nella redazione della scheda testamentaria. Le difficoltà ed i dubbi si amplificano nei casi – pure, come si è già visto, ammessi dalla giurisprudenza romana – in cui non si passa attraverso la nomina ad erede dell'impubere, come si vedrà nei passi che *infra* si analizzeranno.

I legati, cit., 155 s. ritiene il brano espressione di un principio generale in forza del quale l'onere deve essere contenuto sino alla concorrenza di quanto concretamente pervenuto all'onerato, osservando come «naturalmente, nelle fonti questo principio è affermato nel campo dei fedecommissi, più precisamente per quella sfera per cui non sussiste l'ulteriore limite della quarta Falcidia e Pegasiana, e per cui quindi il principio stesso conserva un significato e valore». Scrive WOLF, *Die Doppelüberlieferungen in Scaevolus Responsumwerken*, in *SDHI*, LXXIII, 2007, 20 e nt. 84, che «die Haftung des Erben für Verpflichtungen aus dem Testament (Erbfallsschulden) war von vornherein auf den Nachlaß beschränkt, und im Nachlaßkonkurs rangierten die Legatäre nach den Gläubigern des Erblassers. Diesen Regeln entsprach Scaevolus Bescheid über die Legatsverpflichtungen».

²⁵ In generale sul tema, MANNINO, *Il calcolo della 'quarta hereditatis' e la volontà del testatore*, Napoli, 1989, 33 ss.

²⁶ Richiama la posizione proculiana SCHANBACHER, *'Ratio legis Falcidiae'*, cit., 103 ss. e, in particolare, 105 s.: «die entgegengesetzte proculianische Konzeption: gegenüber den Legaten aus erstem und zweitem Testament, Pupill- und Substitutionslegaten, jeweils eine Quart, nämlich der väterliche Erbschaft, der Pupillerschaft zu wahren, scheint während der Hochklassik an Bedeutung verloren zu haben».

4. Su alcune esemplificazioni del principio generale

Nei passi sino ad ora considerati, è emerso come la casistica si trovi ad affrontare questioni collegate alla natura stesa della sostituzione pupillare. Nello specifico, la fisionomia di un *unum testamentum* per *duae hereditates* solleva perplessità in ordine al momento della delazione, e le conseguenze maggiori si riverberano sui lasciti a titolo particolare, nonché, concretamente, sulle modalità di calcolo della Falcidia.

Sulla base di alcune decisioni attribuite a giuristi di epoca imperiale – nello specifico, D. 35.2.87.7 (Iul. 61 *dig.*), di D. 36.1.28(27).4 (Iul. 40 *dig.*), di D. 32.103 pr.-1 (Scaev. *lib. sing. quaest. publ. tract.*) e di D. 35.2.11.8 (Pap. 29 *quaest.*) –, la letteratura più recente è giunta alla conclusione che «il fondamento della validità dei legati disposti a carico del sostituto pupillare consisteva ... nel II sec. d.C. nella sua qualità di erede, diretto (in caso di diseredazione dell'impubere) o mediato (in caso di istituzione dell'impubere) del testatore. Sul piano della funzione, verisimilmente, vi corrispondeva la loro considerazione come atti di disposizione della *res sua* del testatore con effetti differiti alla morte del figlio»²⁷. In altri termini, solo l'esistenza di un rapporto ereditario tra il testatore e l'onerato avrebbe assicurato la validità di legati posti a carico del sostituto di un pupillo diseredato: il problema, dunque, si risolve nuovamente in una riflessione sulla struttura – e sulla funzione – della sostituzione pupillare.

Si vedranno ora, seppur sommariamente, i contenuti dei passi segnalati, limitandoci ad indagare gli aspetti funzionali all'indagine in corso.

D. 35.2.87.7 (Iul. 61 *dig.*) *Qui filios impuberes duos habebat, alterum heredem instituit, alterum exheredavit, deinde exheredatum instituto substituit ac postea exheredato Maevium et ab eo legavit: et exheredatus fratri impuberi exstitit heres, deinde impubes decessit. cum iudicio patris facultates paternae per causam hereditariam ex substitutione ad eum perveniant, potest dici legata ab eo relicta praestanda esse habita ratione legis Falcidiae in his bonis, quae pater mortis tempore reliquerit. nec huic contrarium est, quod cum exheredato pater legatum dederit, nihilo magis substitutus legatis obligabitur, quia eo casu non hereditatis paternae portio, sed legatum ad eum pervenit. dicet aliquis: quid ergo, si exheredatus filius non ex substitutione fratri suo heres exstiterit, sed aut lege aut per interpositam personam atque ita impubes decesserit? sic quoque existimandus erit substitutus legata debere? minime: nam quantum intersit, exheredatus filius ex substitutione fratri suo heres existat an alio modo, vel ex eo apparet, quod alias ab eo legare pater potuit, alias non potuit. est igitur rationi congruens ne plus iuris circa personam substituti testator habeat, quam habuerat in eo, cui eum substituebat.*

Nel passo di Giuliano, la vicenda è quella di un testatore che istituisce erede un figlio impubere e disereda l'altro; nomina poi, quale sostituto pupillare del figlio istituito, il figlio diseredato; infine, nomina un sostituto anche per il diseredato. I due figli muoiono e le *secundae tabulae* acquistano efficacia. Su di Mevio, che è sostituto del diseredato, il *de cuius* aveva previsto dei legati: si domanda se siano validi. La risposta di Giuliano è affermativa. Come è stato osservato, «a rigore non si potrebbero dire validi, perché il pupillo è stato diseredato: ma è pur vero che, nel caso, l'eredità paterna gli è pervenuta indirettamente, perché egli era sostituto del fratello e ne aveva acquistato i beni»²⁸.

²⁷ Così letteralmente, FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 322.

²⁸ VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 774 e nt. 84; sul passo: SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln, 1966, 237 ss.; DOLEZALEK, *Azov verschollener Glossenapparat zu den Tres Partes*, in ZSS, LXXXV, 1968, 411; ANKUM, VAN GESSEL-DE ROO, POOL, *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks «in bonis alicuius esse/in bonis habere» im klassischen römischen Recht*, in ZSS, CIV, 1987, 264; PUGSLEY,

Il brano pare un'eccezione alla regola generale enunciata anche da Paolo, che nega la validità dei legati imposti al sostituto di un diseredato, giustificata dal fatto che, sebbene non vi sia una successione mediata in grado di fondare l'efficacia di tali attribuzioni patrimoniali, realizzata, cioè, *ex institutione*, tuttavia il passaggio è avvenuto *ex substitutione*²⁹, ossia senza che l'eredità transiti attraverso la successione mediata del pupillo, bensì attraverso la nomina a sostituto del fratello. Il giurista, poi, aggiunge, ad ulteriore precisazione ed esemplificazione, che non vi sarebbe obbligo di adempimento di legati se il diseredato fosse solamente destinatario di un legato: quest'ultima attribuzione, infatti, non sarebbe in grado – a differenza della sostituzione – di supplire alla mancanza della sequenza testatore-impubere-sostituto spezzata con la diseredazione³⁰ e neppure in caso di una quota ereditaria pervenutagli *ex lege*, perché difetterebbe una chiara *voluntas testantis*³¹.

Un'altra soluzione giuliana suona quale conferma della suesposta ricostruzione:

D. 36.1.28(27).4 (Iul. 40 dig.): *A patre heres scriptus et exheredato filio substitutus si rogatus fuerit hereditatem, quae ad eum ex substitutione pervenerit, Titio restituere, cogendus non est vivo pupillo patris hereditatem adire, primum quia sub condicione fideicommissum datum est, deinde quia non probe de hereditate viventis pueri aget: mortua autem pupillo compelli debet hereditatem patris adire.*

Un padre nomina un erede e disereda il figlio, sostituendogli pupillarmente lo stesso *heres scriptus*; il sostituto viene onerato di adempiere ad un fedecommesso avente ad oggetto l'intera eredità pupillare ad una terza persona (*Titius*). Il fedecommesso è valido e, alla luce di quanto già illustrato, se ne comprende il motivo: il sostituto è certamente erede del padre e, pertanto, si realizza una mediazione tra i due acquisti di eredità. Nella seconda parte del passo, poi, si dice che l'adizione coatta da parte del fedecommissario non potrà essere richiesta se il pupillo è ancora in vita («*cogendus non est vivo pupillo*»), in primo luogo perché il fedecommesso è stato dato sottoponendolo ad una condizione, in secondo luogo, perché «*non probe de hereditate viventis pueris aget*»³², ossia in forza della considerazione che è improbo agire nei riguardi di un fanciullo ancora vivente.

On Compiling Justinian's Digest (5): The Constitution 'ad senatum' of 22 July 530, in *RIDA*, XLII, 1995, 323 e nt. 80 («since Julian has a related text that was probably the source of the constitution»).

²⁹ Cfr. *VOCI, Diritto ereditario*, II, cit., 181 e nt. 37 e 778 e nt. 92; *FINAZZI, 'Hereditatem esse'*, cit., 154.

³⁰ Quest'ultima questione dovette essere oggetto di disputa giurisprudenziale, se ad essa venne data soluzione definitiva da Giustiniano con C. 6.37.24: cfr. *FINAZZI, La sostituzione*, cit., 324 s.; *BONINI, Rec. a Schindler, Justinians Haltung zur Klassik – Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln, Graz, 1966, in *SDHI*, XXXIII, 1967, 464 (la legge rientrebbe in un gruppo di testi con cui l'imperatore intervenne per eliminare talune *differentiae* classiche, giudicate da Giustiniano come *controversiae* o *dubitationes*); *DOLEZALEK, Azos verschollener Glossenapparat*, cit., 412, nt. 50; *PUGSLEY, On Compiling Justinian's Digest*, cit., 323 e nt. 80; *FINAZZI, 'Hereditatem esse'*, cit., 147. *FALCHI, Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-533) e la codificazione di 'leges' e 'iura'*, in *SDHI*, LIX, 1963, 60 s. ricorda il contenuto di C. 6.42.31, con la quale viene risolta negativamente la questione se sia possibile gravare di fedecommesso l'emancipato preterito, estendendo Giustiniano il principio a tutti i soggetti per i quali fosse necessaria la diseredazione. L'Autore collega a tale provvedimento C. 6.37.24, «che dispone l'invalidità dei legati e fedecommissi imposti a carico del sostituto del pupillo diseredato. Papiniano riteneva ciò possibile».

³¹ Ancora *VOCI, Diritto ereditario*, II, cit., 778.

³² *VOCI, Diritto ereditario*, II, cit., 203; cfr. *FINAZZI, La sostituzione*, cit., 281 s.; *VALIÑO, Los precedentes clásicos de la prohibición de negocios sobre la herencia de un vivo en Derecho romano*, in *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*, II, Valencia, 1974, 475 ss.; cita il passo anche *JOHNSTON, On a Singular Book*, cit., 83, nt. 4.

Se i due testi giulianeî appaiono chiari nei contenuti e coerenti nella soluzione, di difficile lettura è un brano di Scevola, per il quale numerose e non sempre soddisfacenti sono state le proposte esegetiche³³.

Si tratta di:

D. 32.103 pr.-1 (Scaev. *sing. quaest. publ. tract.*): *Si pater exheredato filio substituit heredem extraneum, deinde ille extraneus hunc filium heredem instituit et heres factus intra pubertatem decedat, puto a substituto ei filio omnino legata praestari non deberem quia non directo se per successionem ad filium hereditas patris pervenit. 1. Plus ego in fratre, qui, cum heres exstitisset patri, exheredatum fratrem heredem instituit, accepi substitutum eius legatum non debere ac ne quidem si intestato fratri successerit, quia non principaliter, sed per successionem bona fratris ad eum pervenerunt.*

Nel *principium* si dice che un padre ha istituito erede un estraneo e lo ha nominato sostituto pupillare del figlio diseredato; successivamente, l'estraneo nomina erede questo figlio diseredato, il quale, divenuto erede (dunque, deve ritenersi che l'estraneo sia morto), morì a sua volta prima di avere raggiunto la pubertà. Sembra così verificatasi la condizione necessaria all'efficacia della sostituzione pupillare, ma il sostituto è morto; allora «entrano in considerazione i legati disposti dal padre a carico dell'erede-sostituto estraneo e a favore del figlio diseredato», che a parere di Scevola non sono dovuti, dal momento che l'eredità del padre è giunta al figlio «*non directo, sed per successionem*». In altri termini, anche in questo caso, la regola generale, secondo la quale i lasciti a titolo particolare non sono dovuti se posti a carico del sostituto di un *exheredatus*, appare rispettata; e la fattispecie particolare di un'intera eredità paterna che giunga comunque al figlio diseredato, ma senza il tramite del padre stesso, bensì in forza di una diversa delazione ereditaria – ossia, in ultima analisi in forza di una *voluntas testantis* ulteriore rispetto a quella paterna – non è idonea a costituire un'eccezione.

Nel paragrafo 1³⁴, che in letteratura si è ritenuto di dovere emendare, sostituendo il genitivo *fratris* con *patris*³⁵, si dice che un padre ha due figli, ne istituisce erede uno e disereda l'altro, nominando a quest'ultimo un sostituto pupillare, e dispone in capo al sostituto un legato a favore dell'*exheredatus*. Morto il padre, il fratello istituito sceglie quale proprio *heres scriptus* il fratello diseredato; muore il fratello originariamente istituito

³³ MASIELLO, *Le 'Quaestiones publice tractatae' di Cervidio Scevola*, Bari, 2003, 70 scrive che «assai disperante l'interpretazione e la comprensione di D. 32.103 pr., in cui si prevede un'ipotesi che corre anch'essa sul filo del paradosso, non tanto nel suo nucleo problematico, assai bene individuato dal Finazzi, consistente nell'ammettere o non – la conclusione è nel senso del non ammettere – la validità ed efficacia dei legati disposti a carico di un sostituto pupillare e a vantaggio del pupillo e neppure nelle motivazioni della decisione di Scevola, quanto nella esatta individuazione dei contenuti di disposizioni testamentarie afferenti a soggetti diversi e tra loro strettamente intrecciate, stante il più che probabile sunto ad opera dei giustinianeî, del testo originario»; *ibidem*, 75: «estremamente complessa anche l'interpretazione di D. 32.103.1». Ampiamente sul brano FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 320 ss.

³⁴ Sull'espressione «*plus ego ... accepi*», cfr. FREZZA, 'Responso' e 'Quaestiones'. *Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI*, XLIII, 1977, 215, laddove l'Autore ritiene degno di nota, quale caratteristica strutturale tipica delle *quaestiones publice tractatae*, «il ricordo, che ritorna nel discorso del maestro, della tradizione didattica, di cui il maestro sottolinea la continuità ... Il maestro cita Giuliano a memoria davanti all'uditorio; l'attenzione dell'uditorio, che nelle *quaestiones publice tractatae* non è formato soltanto dagli *auditores* abituali ... deve essere richiamata alla presenza ed alla continuità di una scuola». Cfr. sia per il *principium* che per il paragrafo 1: JOHNSTON, *On a Singular Book*, cit., 32 ss. e 80 ss. e le recensioni di BURDESE, in *SDHI*, LIV, 1988, 418 (ora in *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, I, Padova, 2009, 649) e di EVANS-JONES, in *TR*, LVII, 1989, 413; GIARO, in *Rechtshistorische Journal*, VIII, 1989, 59.

³⁵ Secondo FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 321, nt. 22 si tratterebbe di «un vizio di trasmissione», da correggersi in quanto «la successione dell'impubere al fratello è diretta, mentre ad essere indiretta è quella dell'impubere al *pater*».

erede dal padre e, dunque, quello originariamente diseredato diviene erede di un patrimonio che comprende quello paterno e quello fraterno. Diviene, di conseguenza, efficace la sostituzione pupillare: ci si domanda se il sostituto debba adempiere al legato a favore del figlio diseredato dal padre. Scevola risponde che il legato non è dovuto, ed aggiunge che neppure sarebbe dovuto se il fratello diseredato fosse divenuto erede dell'istituito non *ex testamento* (come è narrato nel caso *de quo*), ma *ex lege*; la chiusa del passo riecheggia quella del *principium*, affermandosi che l'eredità paterna è pervenuta al pupillo «*non principaliter, sed per successionem*»³⁶.

Il criterio che emerge dalla lettura congiunta dei due brani scevoliani può essere interpretato come una conferma della regola enunciata *supra* e di cui D. 30.126 si rivela una rigorosa applicazione. Come è stato scritto, «l'esclusione della validità dei legati disposti a carico del sostituto pupillare in quanto l'*hereditas patris* è stata acquistata dall'impubere *non directo* o *non principaliter, sed per successionem*, cioè non per volontà del *pater*, ma in forza del testamento dell'erede paterno, *extraneus* o *suus*, o per successione *ab intestato* al fratello, conferma la necessità che il rapporto di successione mediata fra il sostituto ed il testatore avesse natura testamentaria, resa evidentemente ineliminabile dall'esigenza di applicare il principio generale che subordinava la validità dei legati alla qualità di erede testamentario dell'onerato»³⁷.

Si chiuda questa rapida rassegna esemplificativa valutando le posizioni della giurisprudenza coeva a Paolo, in particolare con un passo di Papiniano che vi si avvicina nella fattispecie:

D. 35.2.11.8 (Pap. 29 *quaest.*): *Si quis exheredato filio substituit heredem institutum et ab eo tabulis quoque secundis legaverit, necessario ratio confundetur, cum ideo legata valere dixerit Iulianus a substituto relicta, quod idem patri heres exstiterit.*

Papiniano propone il caso di un soggetto che ha scelto quale sostituto pupillare del figlio diseredato l'erede istituito, e a carico di costui, nelle *secundae tabulae*, ha anche creato dei legati; necessariamente, ai fini del calcolo della *lex Falcidia*, i patrimoni di erede e di sostituto si confondono, avendo sostenuto Giuliano che i legati gravanti sul sostituto sono efficaci dal momento che il sostituto stesso ha conseguito l'eredità paterna.

Sembra evidente che il problema del passo papiniano attenga al computo della *quarta Falcidia* (che pure non viene menzionata, ma a cui deve ritenersi si riferisca il sostantivo *ratio*): ed infatti il parere vero e proprio si risolve nell'indicazione delle modalità di calcolo, da effettuarsi considerando patrimonio del sostituto e patrimonio del testatore un tutt'unico, «*necessario ratio confundetur*». Segue una motivazione, in cui si afferma la validità dei legati nel caso di specie – così sottolineando la natura eccezionale della decisione rispetto al regime normale, che delle attribuzioni sancisce l'inefficacia³⁸ –, avvalorata dall'autorità di Giuliano, che aveva deciso allo stesso modo. Se in D. 35.2.87.7 – il passo giuliano citato in apertura del paragrafo – non si scorge una fattispecie esattamente coincidente con quella papiniana, ma semmai un medesimo approccio ermeneutico, in D. 36.1.28(27)4, invece, è simile il *casus*, nonché la ragione tecnica che ne determina la soluzione, non espressamente richiamata da Giuliano, ma esplicitata da Papiniano nella proposizione che chiude il paragrafo: «*idem patri heres exstiterit*»³⁹.

³⁶ Sul paragrafo 1: MASIELLO, *Le 'Quaestiones publice tractatae*, 75 s.; FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 321 s.

³⁷ FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 321, concludendo che «allo stesso criterio sembra essersi attenuto anche Paolo nel negare la validità dei legati disposti a carico del sostituto del diseredato».

³⁸ Osserva VOICI, *Diritto ereditario*, II, cit., 775, nt. 87 che «il *dixerit* potenziale denota l'estensione».

³⁹ Sul passo ancora VOICI, *Diritto ereditario*, II, cit., 780 «Papiniano trova accolta la teoria della *separatio*. Egli la limita molto ragionevolmente»; JOHNSTON, *On a Singular Book*, cit., 34 s. («Papinian

5. Il significato del parallelismo contenuto nella prima parte del 'principium'

Nel *principium* di D. 30.126 non vi è traccia di una disputa sulla validità dei legati posti a carico del sostituto di un diseredato: che essi siano invalidi è indiscusso, come emerge dal tono assertivo, nonché dall'uso del modo indicativo nella proposizione iniziale. È possibile che Paolo ometta ogni tipo di precisazione circa l'eventualità che i legati siano invece validi (eventualità che si poteva verificare unicamente nei casi eccezionali, come quelli ricordati nei brani giurisprudenziali sopra riportati, quando l'onere di legati era erede testamentario, diretto o mediato, del disponente), poiché essa si verificava, appunto, assai raramente. Si noti ancora che la scelta di menzionare i legati, mentre poco oltre nel testo il giurista farà riferimento ai fedecommessi, può essere determinata dal fatto che la giurisprudenza precedente a Paolo, come già emerso dai passi letti, aveva risolto la questione a riguardo di fattispecie in cui si parla più spesso di legati (solo in D. 36.1.28[27].4, infatti, si tratta di fedecommessi). È pure possibile, però, che la seconda ipotesi, soprattutto in forza dell'equiparazione menzionata tra eredi scritti ed eredi legittimi, si riferisse all'eventualità dell'apertura di una successione *ex lege*, e alla sorte dei fedecommessi, perché per essi, e non per i legati, era ammessa la redazione in codicilli *ab intestato*. Ad ogni modo, può valere a dissipare qualunque dubbio, in merito alla possibile fungibilità dei termini nei paragoni proposti da Paolo, la considerazione che nei passi giuliane sopra riportati, D. 35.2.87.7 e D. 36.1.28(27).4, compaiono in un caso legati e nell'altro fedecommessi, ma la regola applicata risulta la medesima.

Nel brano paolino, si può notare come il giurista non ponga a confronto il sostituto del diseredato con il sostituto dell'erede legittimo (ipotesi, quest'ultima, che permetterebbe di accostare il passo, in un certo senso, a D. 32.103 pr.), bensì tra il sostituto del diseredato e l'erede legittimo del diseredato stesso. Il paragone assume nel discorso di Paolo le sembianze di un sillogismo e la motivazione sembra volta esclusivamente a sfatare i dubbi sulla possibilità che a eredi *ab intestato* vengano imposti fedecommessi. Ed è probabile che pure i commissari giustiniane abbiano colto questo come tema fondamentale del passo, avendolo inserito, come già sottolineato, proprio all'interno del titolo dedicato alle disposizioni *mortis causa* a titolo particolare.

Peraltro, non pare si debba mettere in dubbio la circostanza che in epoca severiana fosse ammessa la possibilità di imporre agli eredi *ab intestato* l'adempimento di fedecommessi⁴⁰; Paolo, tuttavia, lo chiarisce nella parte che va da *quod a fuissent*, in cui,

produces a different case, since in it the father's heir is also the pupillary substitute. Legacies left here from the pupillary substitute are valid. The reason is attributed to Julian, that legacies charged on a substitute are valid when he has become heir to the testator»; FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, cit., 317; PUGSLEY, *On Compiling Justinian's Digest*, cit., 323, nt. 80; FINAZZI, *'Heredem esse'*, cit., 127.

⁴⁰ VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 85 s. e 239; TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 750 s. considera che «oltre che gli eredi, testamentari o *ab intestato*, potevano esserne gravati (*n.d.a.*: di fedecommessi) i legatari (ed i fedecommessari), e chiunque avesse acquistato a causa di morte dal disponente ...». Come è stato scritto, la tutela concessa ai fedecommessi *ab intestato* ebbe il merito di avere segnato il «superamento della divisibilità costruttiva tra la successione basata sul testamento e quella basata sulla *lex*» (LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*, Varsavia, 1997, 181 ss.). In particolare, il *fideicommissum hereditatis ab intestato* poteva vantare una piena autonomia giuridica almeno fin dai tempi dell'imperatore Antonino Pio, come altri luoghi scevoliani dimostrerebbero: D. 5.2.13 (Scaev. 3 resp.); D. 31.88.17 (Scaev. 3 resp.); D. 36.1.80 pr. (Scaev. 21 dig.) = D. 31.89.3 (Scaev. 4 resp.); D. 32.40 pr. (Scaev. 21 dig.); D. 36.1.78 (Scaev. 19 dig.), D. 36.1.77(75) pr. (Scaev. 18 dig.); D. 36.1.80.2 (Scaev. 21 dig.); D. 31.89.7 (Scaev. 4 resp.).

peraltro, si passa dal singolare (*a legitimo*) al plurale (*legitimi*), ossia da un'ipotesi particolare ad un'affermazione di carattere generale⁴¹.

Se tale è la regola generale – ossia la generale ammissibilità di un onere fedecommissario a carico di eredi legittimi – il fatto che Paolo neghi la validità dei lasciti posti a carico del *legitimus exheredati* nel caso *de quo* deve fondarsi su una *ratio* identica a quella in base alla quale si deve negarla ai legati posti a carico del *substitutus exheredati*.

A tale proposito, si può osservare che, così come nel caso di un sostituto pupillare di un soggetto diseredato manca quella forma di successione mediata che giustificherebbe il potere di disposizione di legati, anche per l'erede legittimo di un soggetto diseredato tale configurazione manca: in altri termini, anche un testatore che disereda un soggetto non può pretendere di disporre a carico del successore legittimo di quest'ultimo dei fedecommissi, poiché, tranciando il proprio legame con il soggetto colpito da diseredazione, si è precluso inevitabilmente il potere di disposizione, anche a titolo particolare, dei beni di questi per il momento successivo alla propria morte.

Pare potersi rinvenire un ragionamento consentaneo in un altro passo di Giuliano:

D. 30.94 pr. (Iul. 39 dig.): *Plane si filium impuberem exheredavit, fideicommissum legitimus heres praestare cogendus non erit, nisi idem et patri heres fuerit.*

Il giurista adrianeo ritiene indiscutibile (*plane*) che se sarà stato diseredato il figlio impubere, l'erede legittimo non sarà costretto a pagare il fedecommissato, a meno che lo stesso soggetto non sia stato anche erede del padre.

Il brano non fa menzione di una sostituzione pupillare, ma la precisazione introdotta con *nisi* chiarisce che, soltanto qualora si sia ricostituito l'elemento mediatore tra le due forme di successione, i lasciti patrimoniali verranno dotati di una base logica e giuridica che ne giustifichi la soddisfazione⁴².

La fattispecie rievoca quella descritta da Paolo nella parte da *ergo a fuissent*, anche per le scelte terminologiche: in entrambi i brani, infatti, l'obbligo di prestare fedecommissi gravante sugli eredi legittimi è descritto come *cogere praestare* (*praestare cogendus* in D. 30.94 pr.; *praestare coguntur* in D. 30.126 pr.)⁴³.

Risulterebbe, tra l'altro, conforme al pensiero paolino espresso proprio in D. 30.126 pr., l'annotazione del medesimo giurista ad un *responsum* di Cervidio Scevola, maestro di Paolo, contenuto in un passo, D. 5.2.13 (Scaev. 3 resp.), che ha suscitato numerose perplessità in dottrina, dal momento che il tenore del parere scevoliano e la nota al testo proposta dall'allievo appaiono discordanti⁴⁴.

⁴¹ «È principio generale che possa essere gravato di lascito a titolo particolare chi riceva il beneficio dell'eredità dalla volontà dell'eredando. Ora, se si intendesse questo principio in tutto il suo rigore, un codicillo *ab intestato* non sarebbe ammissibile ... La giurisprudenza evita l'ostacolo, asserendo che uno volontariamente lascia libero corso alla successione *ab intestato*, per il motivo che omette quanto liberamente potrebbe fare, cioè il testamento: dunque i beni provengono al successore *ab intestato ex voluntate defuncti*; e perciò sono ammissibili e le disposizioni a carico di quello e i codicilli che le contengono: gli eredi *ab intestato* sono eguagliati, sotto questo aspetto, agli eredi testamentari»: VOICI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 93 e nt. 46.

⁴² GROSSO, *I legati*, cit., 151, descrive la posizione di Giuliano richiamando anche D. 30.92.2, a tenore del quale il giurista ammetteva che si potesse imporre un fedecommissato anche all'erede *ab intestato* del figlio impubere; dal passo in esame si comprenderebbe, altresì, che qualora il figlio impubere fosse diseredato, il fedecommissato sarebbe stato dovuto solo se l'erede legittimo del figlio fosse stato anche erede del padre.

⁴³ CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano* (punto III), in *Iura*, XLIV, 1993, 28, nt. 340.

⁴⁴ Il confronto tra i due passi è proposto da TALAMANCA, Rec. a D. Johnston, *On a Singular Book of Cervidius Scaevola*, Berlin, 1987, in *BIDR*, XCII-XCIII, 1989-1990, 755.

D. 5.2.13 (Scaev. 3 resp.): *Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit: eodem testamento ita*⁴⁵ *cavit: 'Ea omnia quae supra dari fieri iussi, ea dari fieri volo ab omni herede bonorumve possessore qui mihi erit etiam iure intestato: item quae dari*⁴⁶ *iussero, ea uti dentur fiantque, fidei eius committo'. quaesitum est, si soror centumviralium iudicio optinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur. respondi.*⁴⁷ *si hoc quaeratur, an iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes bonorumve possessores successuros credat, fidei committere possit, respondi posse. Paulus notat: probat autem nec fideicommissa ab intestato data debere, quasi a demente*⁴⁸.

Pur senza affrontare l'annosa questione del rapporto tra testo e nota, e tra questi e lo speculari D. 32.36 (Apud Scaevolam 18 dig. Claudius notat)⁴⁹, è possibile osservare come Paolo si affidi ad una *ratio* simile nella soluzione dei casi: come la diseredazione elimina la possibilità di scorgere una forma di successione mediata tra testatore-impubere-sostituto, così, anche al di fuori di un'ipotesi di testamento pupillare, la facoltà di gravare di lasciti a titolo particolare (che in D. 5.2.13 sono fedecommissi) è ammessa solo se il testamento che li prevedeva possa considerarsi espressione della *voluntas testantis*. Se quest'ultima è vizziata – e in particolare, per il brano scevoliano deve pensarsi che sia intervenuta una dichiarazione di *insania*, come evidente dal riferimento di Paolo ad un soggetto *demens* – sono viziate anche tutte le clausole della scheda testamentaria, che, dunque, non godranno di alcuna salvezza in ipotesi di apertura della successione *ex lege*.

6. La seconda parte del *principium* e la richiesta di 'bonorum possessio contra tabulas'

Ricapitolando, dunque, nella prima parte, Paolo sembra enunciare una regola generale tendenzialmente indiscussa: ammessa la possibilità di nominare un sostituto pupillare al figlio diseredato, i lasciti imposti al sostituto, se presenti nella scheda testamentaria, devono ritenersi inefficaci, perché manca quel nesso tra eredità del padre ed eredità pupillare rappresentato dalla delazione del figlio, in questo caso esclusa dal testatore medesimo.

Nella seconda parte del *principium*, introdotta dall'avversativa *sed*, preannunciando la trattazione di un aspetto che deroga, almeno in parte, a quanto in precedenza detto, la prosa si fa, sintatticamente e concettualmente, più complessa. Si dice che se, nell'ipotesi in cui un appartenente alla categoria dei *liberi* abbia domandato la *bonorum possessio contra tabulas*, anche il figlio istituito erede abbia richiesto l'immissione nel patrimonio ereditario in contrasto col testamento, il sostituto del figlio dovrà prestare i legati nella misura del patrimonio ereditario che pervenne al figlio, come se ciò che il figlio ottenne attraverso la *bonorum possessio* lo avesse ricevuto direttamente dal padre⁵⁰. Occorre, perciò, presupporre, essendosi verificata la sostituzione, che il figlio che aveva domandato la

⁴⁵ Nella versione del *codex Florentinus* è assente l'avverbio *ita*.

⁴⁶ L'Haloandrina ritiene di dovere qui inserire il verbo *fieri*.

⁴⁷ KRÜGER propone in questo punto l'inserimento di un'espressione come «*inofficiosum testamentum non valere: sed...*» o di un'altra simile, come si puntualizza anche nell'*Index Interpolationum*.

⁴⁸ Sul passo, ampiamente, SPINA, *Ricerche*, cit., 550 ss.

⁴⁹ D. 32.36 (Apud SCAEVOLAM 18 dig. CLAUDIUS notat): *Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset, quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet.*

⁵⁰ Su questa prima parte del *principium* scrive JOHNSTON, *On a Singular Book*, cit., 36 che «the latter part of this text is more relevant to the next section, in which *bonorum possessio* is discussed. But the general point made at the beginning is important here».

bonorum possessio sia deceduto prima del raggiungimento della pubertà e che si sia pertanto verificata l'apertura delle *secundae tabulae*.

La *bonorum possessio contra tabulas*, in quanto provvedimento che, di fatto, colpisce il testamento e, dunque, le clausole in esso contenute, tronca il legame di mediazione rappresentato dall'istituzione di erede del figlio stesso: in questo caso, però, a differenza della diseredazione, in cui il figlio non è *heres* per volontà espressa del padre, il figlio domanda l'immissione nei beni ereditari del padre perché sostiene l'invalidità della scheda testamentaria⁵¹. Ma il pretore gli concede comunque di entrare in possesso dei beni, sicché si dovrà supporre che l'*heres scriptus* dovesse essere, in caso di apertura di una successione intestata, anche *heres legitimus*. Quest'ultimo passaggio è quello idoneo ad accostare la fattispecie all'esempio poco prima proposto, ossia quello dei legati – *rectius* dei fedecommissi – posti a carico dell'erede legittimo del soggetto diseredato, sebbene sia alla prima fattispecie esaminata che Paolo sembri qui fare riferimento. Si parla, infatti, di un sostituto del figlio; tuttavia, tale sostituto non è di un soggetto diseredato, bensì di un figlio istituito erede (*scriptus quoque filius*), il quale domanda al pretore l'immissione *contra tabulas* nei beni paterni. Il ritorno alla prima fattispecie sorprenderebbe perché, dal tenore del complessivo discorso e, soprattutto dall'«*ergo nec*» con cui viene introdotta l'analoga vicenda dell'erede legittimo del diseredato, a quest'ultima dovrebbe essere indirizzato il ragionamento del giurista, non già all'originaria questione. L'osservazione, che può forse legittimare dubbi di manipolazioni compilatorie, ha indotto taluna dottrina a capovolgere la struttura del passo, ritenendo che «dalla motivazione della invalidità del fedecommissario posto a carico dell'erede legittimo del diseredato, *quod et legitimi eo iure praestare coguntur, quo si scripti fuissent*, si ricavi che la disposizione non sarebbe valida neppure se posta a carico dell'*heres scriptus* dell'impubere diseredato, che è appunto il sostituto pupillare»⁵².

Dunque, vi è un figlio nominato erede ed un sostituto pupillare; la frase «*committente alio ex liberis edictum praetoris, quo contra tabulas bonorum possessionem pollicetur*» fa riferimento ad una situazione in cui alla categoria dei *liberi* può essere concessa la *bonorum possessio contra tabulas*. Innanzitutto, si può ricordare che la categoria dei *liberi* legittimati a chiedere la *bonorum possessio contra tabulas* è più estesa rispetto alla prima classe dei *bonorum possessores sine tabulis*, dal momento che vi sono compresi taluni, tra i figli meramente *cognati*, che appartengono alla terza classe pretoria⁵³. I *liberi* possono domandare il provvedimento pretorio sia nelle ipotesi che la dottrina chiama di *bonorum possessio contra tabulas* cd. originaria, ossia quando siano stati omessi o istituiti o diseredati irrualmente nella scheda testamentaria, sia in quelle di *bonorum possessio contra tabulas* cd. derivata, che si verificherebbe, ad esempio, se un figlio sia stato regolarmente istituito, ma un altro sia stato omesso e sia il primo a rivolgersi al magistrato. In questo caso, «la *bonorum possessio contra tabulas* spetterebbe al secondo, non al primo: ma si ammette che pure il primo possa chiederla, già per la sola possibilità che il testamento sia impugnato; né la richiesta da parte dell'istituito deve essere preceduta da

⁵¹ VACCA, *In tema di 'bonorum possessio contra tabulas'*, in *BIDR*, LXXX, 1977, 159 ss., che, a proposito del periodo postgiuliano, ritiene che, in seguito alla cristallizzazione dell'editto quale testo normativo, i giuristi operarono con modalità assai elastiche, utilizzando i meccanismi dell'*aequitas* per finalità concrete, tali da consentire di superare i limiti del *ius civile* e la struttura tecnica delle clausole edittali.

⁵² Così FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 322 s.

⁵³ Così VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 648 s. per l'enumerazione completa dei *liberi* legittimati a domandare la *bonorum possessio contra tabulas* e per l'individuazione della categoria dei meri *cognati*.

quella del figlio omesso»⁵⁴. Nella vicenda *de qua* pare sia stata richiesta proprio una *bonorum possessio contra tabulas* cd. derivata: l'ablativo assoluto «*committente aliquo ex liberis edictum praetoris*», come già proposto *supra* nella traduzione, si riferirebbe non già alla situazione in cui *aliquis liberorum* abbia effettivamente domandato l'immissione nei beni, bensì alla mera possibilità di richiederla da parte di un figlio⁵⁵.

D'altra parte, le fonti testimoniano come, invocata la *bonorum possessio contra tabulas*, il testamento rimanga privo di qualunque validità, fatta eccezione per talune disposizioni, tra le quali rientrava anche la sostituzione pupillare⁵⁶, come si evince chiaramente da⁵⁷:

D. 28.6.34.2 (Afr. 4 *quaest.*): *Etiamsi contra patris tabulas bonorum possessio petita sit, substitutio tamen pupillaris valet, et legata omnibus praestanda sunt, quae a substitutione data sunt*⁵⁸.

Anche se sia stata domandata la *bonorum possessio* contro il testamento del padre, tuttavia, la sostituzione pupillare ha valore, e devono essere adempiuti tutti i legati che sono stati posti a carico della sostituzione medesima.

A parere di Africano, dunque, non soltanto è indiscussa la salvezza della sostituzione pupillare, ma persino dei legati che gravano sul sostituto; invero, la soluzione dei problemi inerenti all'adempimento dei legati da parte del sostituto – ed in particolare in riferimento alla natura di quelli che devono essere corrisposti, allorché vengano a coesistere legati efficaci sia in capo al pupillo che in capo al sostituto – si rivela più complessa.

Ricostruiamo la situazione da cui potrebbe originare il problema. Un testatore ha nominato erede un figlio impubere e gli ha nominato un sostituto pupillare, non istituendo né ritualmente diseredando un figlio emancipato; entrambi i figli possono domandare ed effettivamente domandano la *bonorum possessio contra tabulas*, ma la caduta del testamento non può esimere i *bonorum possessores* dal pagamento dei legati a favore delle

⁵⁴ Cfr. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 649 e nt. 16, dove si elencano i luoghi del Digesto in cui compaiono applicazioni della «*contra tabulas bonorum possessionis petitio commissio per alium edicto*».

⁵⁵ Un altro passo in cui è descritta tale forma di *bonorum possessio contra tabulas* è D. 37.4.10.6 (Ulp. 40 *ad ed.*): *Hi, qui propter alios contra tabulas bonorum possessionem petunt, non expectant ut praerediti possessionem accipiant, verum ipsi quoque bonorum possessionem petere contra tabulas possunt: cum enim semel beneficium aliorum ad id beneficium fuerint admissi, iam non curant, petant illi nec ne bonorum possessionem*. In esso si precisa che i figli non omessi potranno richiedere la *bonorum possessio contra tabulas* anche senza aspettare che la richiedano i *praerediti* (cfr. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 649 e nt. 15).

⁵⁶ A parere di VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 178 s., «se la sostituzione pupillare in questi casi rimane in vita, ciò è dovuto a motivi d'ordine formale e sostanziale: formalmente, le disposizioni valide per *ius civile* non possono essere rese civilmente invalide dal *ius honorarium*; sostanzialmente, il *ius honorarium* nega efficacia pratica solo a quelle disposizioni che sono in contrasto con i principi della successione pretoria, e tra esse non si trova mai la sostituzione pupillare».

⁵⁷ KNÜTEL, *Grappling with the Difficult Subjects*, cit., 204 scrive che «the pupillary substitute's obligation to discharge the legacies imposed by the *pater familias* was consequently based on the indirect acquisition of half of his estate via the minor's *bonorum possessio*. Julian and Africanus had already arrived at this result».

⁵⁸ Precisa FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 400, che «affermando nel fr. 34.2 che *legata omnibus praestanda sunt, quae a substitutione data sunt*, Africano escludeva che l'*edictum* secondo il quale l'impubere doveva i legati disposti a suo carico dal *pater familias* was consequently based on the indirect acquisition of half of his estate via the minor's *bonorum possessio*. Julian and Africanus had already arrived at this result». CASTRO SAENZ, *Contribución al estudio de la sucesión legítima en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos*, in *BIDR*, XCVIII-XCIX, 1995, 774 e nt. 46 precisa che «la *querella*, que es un mecanismo cognitorio de tipo jurídico-material, puede solicitarse dentro de los cinco años siguientes a la aceptación de la herencia; la *bonorum possessio*, que lógicamente es aquí *cum re*, se solicita en un año a contar desde la delación hereditaria».

personae exceptae, ossia degli ascendenti e dei discendenti dell'ereditando⁵⁹. Dal momento che, come si è visto, il testamento pupillare rimane valido, in esso possono essere contenuti dei legati, e alla morte del pupillo, divenuta efficace la sostituzione, esistono legati posti a carico del pupillo e legati posti a carico del sostituto. Ci si domanda quale sia la loro sorte.

Come anticipato, la giurisprudenza romana pare avere vissuto, sul punto, significativi contrasti, ed esemplari appaiono due passi, l'uno di Africano che – è stato scritto⁶⁰ – riferirebbe il pensiero del suo predecessore Giuliano – sulla cui posizione si è avuto modo di già di soffermarsi –, e l'altro di Ulpiano.

Il passo di Africano si differenzia da quello poco sopra riportato perché «riguarda la misura dell'obbligo del sostituto pupillare per i legati disposti a carico dell'impubere e da questo non prestati»⁶¹.

D. 28.6.35 (Afr. 5 *quaest.*): *Etsi contra tabulis patris petita sit a pupillo bonorum possessio, in substitutum tamen eius actionem legati dandam esse ita, ut augeantur praeter ea⁶² quod filius extraneis non debuerit. sic et crescere a substituto data legata, si per bonorum possessionem plus ad filium pervenisset, quemadmodum et ipse filius plus exceptis deberet. his consequens esse existimo, ut, si impubes ex asse scriptus sit et per bonorum possessionem semis ei ablati sit, substitutus in partem legati nomine exoneretur, ut, quemadmodum portio, quae per bonorum possessionem accesserit, auget legata, ita et hic quae abscesserit minuat.*

Sebbene sia stata domandata dal pupillo la *bonorum possessio* contro il testamento del padre, tuttavia, deve essere data l'azione di legato contro il sostituto del pupillo, cosicché i legati si accrescano sino a ricomprensivi anche quelli che il figlio non avrebbe dovuto agli estranei⁶³. Ugualmente, aumentano anche i legati posti a carico del sostituto, nel caso in cui, attraverso la *bonorum possessio*, al figlio fosse pervenuto di più, nella stessa misura in cui anche il figlio stesso dovrebbe più delle cose a lui riservate. Africano ritiene che sia conseguenza di queste condizioni, che se l'impubere sia stato nominato erede universale e, attraverso la *bonorum possessio*, gli sia stata tolta la metà, il sostituto sia esonerato per la parte, a titolo di legato: difatti, come la porzione che sia stata aggiunta attraverso la *bonorum possessio* aumenta i legati, così anche quella che gli sia stata tolta, li diminuisce.

Il passo di Africano – si può anticipare – pare collegare in maniera diretta la consistenza del patrimonio del figlio all'esito della *bonorum possessio*, al patrimonio rilevante, su cui il sostituto pupillare dovrà soddisfare e soddisfarsi.

Vediamo, ora, la posizione ulpiana:

D. 37.5.5 pr.-1 (Ulp. 40 *ad ed.*): *Filium quis impuberem heredem scripsit eique substituit, emancipatum autem filium praeteriit: deinde uterque filius acceperunt bonorum possessionem: legata sunt etiam a substituto impuberis relicta non tantum liberis et parentibus, verum etiam extraneis: quaeritur, an mortuo impubere cogatur substitutus ea praestare. et si quidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt: sin vero a substituto impuberis, omnibus eum praestare oportet habita ratione legis Falcidiae, scilicet ut partis dimidia, quae ad eum ex bonis patris pervenit, quartam, id est totius assis sescunciam retineat. 1. Quod si impubes ex uncia dumtaxat institutus heres fuerit, magis est semissem usque legata praestaturum habita ratione legis Falcidiae: licet*

⁵⁹ VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 206 e 656; cfr. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 400 e nt. 284; LENEL, *Das Edictum perpetuum: ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leizig, 1927, 344 s.

⁶⁰ VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 207 s.

⁶¹ Così FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 400 s.

⁶² Qui MOMMSEN inserisce *legata quae peti non possunt propterea*.

⁶³ JOHNSTON, *On a Singular Book*, cit., 32 ss.; cfr. anche la recensione di BURDESE, cit., 420 (ora in *Recensioni e commenti*, cit., 650).

*enim ex uncia fuerit impubes institutus, tamen quod accessit, augebit legata a substituto relicta*⁶⁴.

Un testatore istituì erede il figlio impubere e gli nominò un sostituto; preterì, però, il figlio emancipato. Successivamente l'uno e l'altro figlio ottennero la *bonorum possessio* dei beni e anche dei legati furono lasciati a carico del sostituto dell'impubere, non soltanto ai figli e ai genitori, ma anche agli estranei. Si domanda se, morto il figlio impubere, il sostituto sia tenuto ad adempierli. E se furono lasciati a carico dell'impubere, debbano essere adempiuti soltanto a favore dei figli e dei genitori. Se, invece, furono lasciati a carico del sostituto dell'impubere, conviene che siano adempiuti a favore di tutti, tenuta in considerazione la *lex Falcidia*, sicché, ottenuta la metà dei beni a lui pervenuti dal patrimonio paterno, trattenga la quarta parte, ossia un'oncia e mezza dell'intero patrimonio. Nel paragrafo 1, si dice che se l'impubere fu istituito soltanto per un'oncia, bisogna piuttosto ritenere che dovranno essere adempiuti i legati sino alla metà, tenuta in considerazione la *lex Falcidia*: sebbene, infatti, l'impubere sia stato istituito per un'oncia, tuttavia, ciò che è stato aggiunto aumenterà i legati lasciati a carico del sostituto.

Nel *principium* si precisa che l'impubere doveva prestare i legati unicamente «*liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine*»; il senso del paragrafo 1, sarebbe invece che, «non essendo specificato nell'editto pretorio il grado né il sesso che qualifica la discendenza e l'ascendenza, l'espressione *liberis et parentibus* si intende *in infinitum* e con riferimento al vincolo agnazio»⁶⁵.

Del passo di Africano – che probabilmente riprende una posizione di Giuliano⁶⁶ –, è stata data una lettura ai sensi della quale, in una determinata ipotesi di *bonorum possessio contra tabulas*, i legati contenuti nel testamento pupillare debbano essere pagati tutti dal sostituto senza alcun dubbio; quanto ai legati disposti nel testamento paterno e a carico del pupillo, quest'ultimo dovrebbe pagare solo quelli destinati alle *exceptae personae*⁶⁷, ma, subentrato il sostituto, a parere di Africano, il sostituto dovrà rispondere di tutti quanti i legati e, dunque, anche di quelli che il pupillo avrebbe potuto non adempiere⁶⁸. Il contenuto così interpretato appare contrastare con quanto si legge nel parere ulpiano⁶⁹.

⁶⁴ Sul *principium* e il paragrafo 1, vedere anche SCHAMBACHER, 'Ratio legis Falcidia', cit., 165 ss., che richiamando l'opinione di risalente dottrina osserva che «die Ausdrucksweise ist vielleicht etwas holprig. Die Ursache dafür wird aber eher in der Entstehungsart der Quaestionen Africans (Vorlesungsnachschrift) als etwa in einem Textverderbnis zu suchen sein». Sul *principium* anche: GILDEMEISTER, *Das 'beneficium competentiae' in klassischen römischen Recht*, Göttingen, 1986 e la recensione di LITEWSKI, in *ZSS, CIV*, 1987, 787; pure, di LITEWSKI, *Das 'beneficium competentiae' in römischen Recht*, in *Studi Volterra*, IV, Milano, 1971, 546.

⁶⁵ FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 400, nt. 284.

⁶⁶ Così ritiene VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 207, desumendone il dato dalla costruzione sintattica, nonché dal discorso indiretto; nello stesso senso anche FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 401, nt. 285 quando scrive che «lo lasciano intendere gli infiniti *dandum esse e crescere*, attualmente privi del verbo reggente, probabilmente retti, nel testo originale, da verbi del tipo *putat o respondit*, il soggetto dei quali doveva essere il maestro di Africano».

⁶⁷ Cfr. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 344 s.

⁶⁸ VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 207 s.; ID., *La sostituzione*, cit., 43: «Ulpiano distingue là dove Africano non distingueva: il sostituto paga, dei legati imposti nelle prime tavole, quelli stessi che il figlio istituito pagherebbe; e paga integralmente solo i legati imposti nelle seconde».

⁶⁹ VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 207 legge i passi di Africano e di Ulpiano come contrastanti, mentre FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 400 ss., interpretando diversamente il contenuto del – probabilmente giuliano – D. 28.6.35, giunge a ritenervi conforme la posizione ulpiana, illustrata in D. 37.5.5 pr.-1. Secondo JOHNSTON, *On a Singular Book*, cit., 38, «several texts discuss the effect on legacies if the share to which a filius has been instituted has been amended upwards or downwards as a consequence of *b. contra tabulas*. They are unanimous in stating that legacies are payable in accordance

Altri autori hanno invece ritenuto improponibile che il sostituto dovesse anche i legati disposti *ex institutione*, ossia quelli che il pupillo avrebbe potuto potenzialmente non adempiere: ciò urterebbe contro il complessivo andamento del passo, che suggerirebbe, invece, una diversa lettura. In particolare, ci si è basati sulla parte del brano, a lungo oggetto degli strali della critica interpolazionista, in cui la misura dell'obbligo di prestare i legati imposti al sostituto è indicata come variabile, per effetto della *bonorum possessio*, a seconda che l'impubere ottenga una quota maggiore o minore di quella nella quale era stato istituito dal padre. Alla luce di ciò, sembrerebbe ragionevole ammettere che anche nel *principium* del frammento sia discusso un aspetto dell'incidenza della *bonorum possessio contra tabulas* sulla misura dei legati posti a carico del sostituto pupillare⁷⁰. Se il tenore letterale del passo sembrerebbe ostare ad una simile interpretazione, poiché l'espressione *praeter ea*, «non ha un valore causale, ma eccezzuativo o aggiuntivo», la questione cade se si raffronta il testo con quello dell'*Infortiatum*, dove al posto di *propter ea* si trova *propterea*: «l'incremento dell'obbligo del sostituto per il legati gravanti *ex substitutione* dipende dalla circostanza che l'impubere ed il sostituto in quanto suo erede non dovevano i legati *ex institutione* se non alle *exceptae personae*»⁷¹.

Come già accennato, chi aderisce alla prima interpretazione *supra* ricordata ritiene che il *principium* ed il paragrafo 1 dell'ulpiano D. 37.5.5, si pongano in netto contrasto con D. 28.6.35, prevedendosi che il sostituto sia tenuto a prestare solo quanto sarebbe stato dovuto dal pupillo⁷². Altra dottrina, invece, li ritiene privi di contraddizioni, giungendo a conclusioni del seguente tenore: «è dato rilevare, pertanto ... che, quanto ai legati posti a carico dell'impubere, il sostituto conserva il beneficio, essendo considerato quale successore del figlio, subentrato nella sua stessa posizione giuridica: vi corrisponde la considerazione distinta delle successioni paterna e pupillare»⁷³.

A mio parere, la prima lettura risulta maggiormente persuasiva, percependosi, soprattutto nelle parole di Africano, l'eco di un dibattito giurisprudenziale, appalesato, ad esempio, dall'utilizzo del verbo *existimo* nella seconda parte di D. 28.6.35.

with the actual share received rather than specified in the will. This applies both to the case that the legacies are charged on a pupil and that they are charged on his substitute».

⁷⁰ Cfr. FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 401 s.

⁷¹ Secondo FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 402, «pertanto, secondo Giuliano, gli effetti della limitazione stabilita nell'*edictum de legatis praestandis* in Afr. 5 *quaest.* D.28,6,35, a differenza di quelli dell'*abstentio* dell'impubere in Ulp. 4 *ad Sab.* D.29,2,42 pr., si estendevano al sostituto pupillare. La ragione della differenza di trattamento, più che in una ricostruzione della presunta volontà del testatore, sembra da ricercare nelle profonde diversità intercorrenti fra le due fattispecie». JOHNSTON, *On a Singular Book*, cit., 39 s. vede nel passo una conferma della posizione scevoliana di D. 32.103.2-3, sicché «one text which is closely parallel to that of Scaevola may be discussed more fully. It is regrettably corrupt, and is not transmitted in the *Basilica*», per poi proseguire (p. 40) e concludere che «the parallel between these texts of Scaevola and Africanus is striking ... they end with similar generalisation: more is to be paid if more is received, less if less». Cfr. anche la recensione di BURDESE, in *SDHI*, LIV, 1988, 418 (ora in *Recensioni e commenti*, cit., 650); CERAMI, *Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano (A proposito di D. 35.2.88 pr.)*, in *Iura*, XXII, 1971, 137 e nt. 36 s.; MADDALENA, *'Accedere' e 'cedere' nelle fonti classiche*, in *Labeo*, XVII, 1971, 171, nt. 12; WALDSTEIN, *Konsequenz als Argument klassischer Juristen*, in *ZSS*, XCII, 1975, 44 («das Konsequenzargument dient dabei durchwegs zur Begründung der Richtigkeit der Entscheidung») e nt. 74

⁷² VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 207.

⁷³ Così FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 404, secondo il quale «la posizione di Ulpiano ricalca quella di Africano. Il sostituto pupillare è tenuto a prestare integralmente i legati disposti a suo carico, mentre per quanto riguarda quelli posti a carico dell'impubere e da questo non prestati, egli è trattato come erede diretto dell'impubere, dovendo prestare i legati unicamente alle *exceptae personae*».

Ritornando al passo paolino da cui si sono prese le mosse, nel *principium* non pare si possa scorgere la prospettazione di un problema coincidente con quello sottoposto ad Africano ed Ulpiano, laddove il riferimento risulta meramente quantitativo e funzionale all'identificazione dell'entità del patrimonio su cui calcolare la misura massima di legati da adempiere. Non si può, però, escludere che, alla base della necessità di svolgere un simile calcolo, vi sia un collegamento al problema di quali siano i legati effettivamente dovuti dal sostituto. Un dubbio di questo tipo sembrerebbe, invece, coinvolgere il paragrafo 1 di D. 30.126, che aggiunge alla casistica descritta fino ad ora un'ulteriore fattispecie, relativa alla successione pupillare del postumo.

In primo luogo, però, si ritiene opportuno tentare di cogliere il nesso che logicamente collega le enunciazioni della prima parte del *principium* alla parte in cui si parla di *bonorum possessio*; si potrebbe pensare che tale provvedimento pretorio, proprio in quanto divergente rispetto alla *voluntas testantis*, potesse essere interpretato alla stregua di una di quelle ipotesi di assenza di una successione testamentaria mediata o diretta che legittima, nella normalità dei casi, la costituzione di legati in capo al sostituto pupillare e che, come poco sopra visto, subisce una deroga nell'ipotesi di diseredazione del pupillo. Ecco perché Paolo avvicina due situazioni apparentemente lontane, ossia quella del sostituto del diseredato e quella del sostituto di un soggetto istituito erede, ma che ha agito *contra tabulas* ottenendo il provvedimento pretorio di immissione nei beni ereditari.

Posto che non sussiste un'identità tra le due figure, il sostituto dovrà adempiere ai legati: «*substitutus eius legata ... praestabit*». Tuttavia – precisa Paolo –, la concessione della *bonorum possessio contra tabulas*, se non intacca l'*an* delle disposizioni a titolo particolare, incide sul *quantum*, dovendo il sostituto adempiere «*pro modo patrimonii, quod ad filium pervenit*», ossia in misura di quanto il figlio materialmente ottenne a seguito del provvedimento pretorio.

Il riferimento alla misura in cui sarebbero stati dovuti i legati è stato letto in collegamento al calcolo della *Falcidia*, sicché «il sostituto presta i legati disposti a suo carico commisurandoli, al fine del computo della *Falcidia*, a quanto pervenuto all'impubere come se il figlio impubere avesse ottenuto per volontà del padre ciò che, in effetti, ha ricevuto a cagione della *bonorum possessio contra tabulas*»⁷⁴. Infatti, nonostante nel passo non si rinvenga un'esplicita indicazione in tal senso, appare ovvio che l'entità dei legati rileverà nel momento in cui si dovrà salvaguardare la parte di patrimonio destinata all'erede universale⁷⁵.

Giova a questo punto ripercorrere brevemente le posizioni sinora emerse dall'esegesi dei passi, anche alla luce degli esiti cui è giunta la dottrina che si è occupata del *casus*. Premesso che l'analisi si è concentrata sull'esigibilità e sulla misura della prestazione dei legati *a pupillo relicta* ovvero *a substituto relicta*, una volta morto il pupillo prima che abbia raggiunto la pubertà, avrà effetto la sostituzione pupillare. Una simile possibilità non verrà modificata, neppure nell'evenienza in cui il testamento sia divenuto inefficace, *vivo*

⁷⁴ Così FINAZZI, *La sostituzione*, cit., 404, nt. 296.

⁷⁵ A parere di JOHNSTON, *On a Singular Book*, cit., 39, «the calculation for the *lex Falcidia* is made *pro modo patrimonii*». Sulla *lex Falcidia*, si veda VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 755 ss.; TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 748 s.; in questo senso depongono, tra l'altro, le fattispecie narrate in D. 28.6.35 e in D. 37.4.5.5 pr.-1 o D. 35.2.87.7, poc'anzi citati. Specificamente sulla questione, SCHAMBACHER, '*Ratio legis Falcidiae*', cit., 173 s., concludendo che «*offenbar scheute man sich, die Pupillegaten an excepti einer Kontribution mit Substitutionslegaten auszusetzen. Durch eine separatio legatorum waren die Pupillegaten an extranei freilich notwendigerweise mitbegünstigt*».

pupillo, in conseguenza della *bonorum possessio contra tabulas*, dal momento che la sostituzione trae la propria efficacia dal testamento paterno⁷⁶.

Come si è visto con D. 37.5.5 pr., il sostituto è tenuto a prestare i legati «*non tantum liberis et parentibus verum tamen etiam extraneis*» e, ai fini del calcolo della *Falcidia*, essi dovranno essere prestati proporzionalmente alla quota di sostituzione, coincidente con la quota di istituzione di erede del *pupillo*, e fatta comunque salva la regola secondo cui «*pater legat de suo*».

Muovendo da questa ricostruzione, si è proposto di schematizzare la sorte dei legati in caso di concessione della *bonorum possessio contra tabulas*, in questi termini. I legati a *pupillo relicta* sarebbero stati disposti a favore delle *personae exceptae*, ed erano esigibili in forza dell'editto. I legati a *substituto relicta*, invece, sarebbero stati esigibili *iure civili ex testamento*, sicché si dovevano prestare in misura proporzionale alla quota d'istituzione che sarebbe dovuta toccare al sostituto, «non già in misura del patrimonio ottenuto dal *pupillo* a causa della *bonorum possessio contra tabulas*, dato che tale concessione pretoria non influiva sulla sostituzione pupillare»⁷⁷.

In particolare, nel secondo caso proposto nel *principium* del frammento, sulla base dei comuni principi civilistici, il sostituto avrebbe dovuto prestare i legati imposti a suo carico dal testatore in misura corrispondente alla quota di istituzione. Dal momento che al testatore è preclusa la disposizione di legati che eccedano la quota di istituzione (poi coincidente con la quota di sostituzione), è stato ipotizzato che, affinché il sostituto prestasse i legati in misura proporzionale alla quota di eredità ottenuta a seguito della *bonorum possessio*, occorresse una *formula ficticia* creata dal pretore, in cui la *fictio* vera e propria sarebbe stata versata nelle parole «*id quod per bonorum possessionem filius habuit a patre accepisset*». In altri termini, si fingeva che quanto percepito dall'erede *ex iure praetorio* fosse invece spettato per volontà del testatore, sicché anche i legati validi *ex testamento*, si sarebbero dovuti prestare nella misura della quota testamentaria modificata dalla *bonorum possessio contra tabulas*⁷⁸.

7. Il paragrafo 1 e la sostituzione del postumo

Il contenuto del paragrafo 1, in parte già anticipato, è breve ed è il seguente: essendo stati creati dei legati in capo al postumo, sotto alla condizione “se sarà erede”, ma non essendo mai nato il postumo, adiscono l'eredità i sostituti; si ritiene («*exstimandum est*»), come se fosse un'opinione consolidata, non solo paolina, ma risalente) che costoro debbano quei legati di cui il postumo, se fosse vissuto, sarebbe stato debitore.

Si può notare, in primo luogo che, a differenza del *principium*, concentrato sulla situazione dell'*exheredatus* e sull'invalidità dei lasciti a titolo particolare gravanti sul suo

⁷⁶ LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 352; consentaneo a questa posizione, COSENTINO, *L'edictum de legatis praestandis' e la misura della prestazione nella sostituzione pupillare*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, XXII, 1946, 151 ss.: «di conseguenza, una volta che il sostituto abbia àdito, la sua situazione ereditaria viene regolata dal testamento, sia per quanto riguarda la quota ereditaria, sia per quanto riguarda le altre disposizioni a lui relative, tra le quali, in prima linea, i legati a *substituto relicta*».

⁷⁷ COSENTINO, *L'edictum de legatis praestandis'*, cit., 154.

⁷⁸ COSENTINO, *L'edictum de legatis praestandis'*, cit., 159 ss. – che, a sostegno della propria tesi, cita quali testi significativi D. 35.1.43 pr. (Paul. 8 *ad Plaut.*), D. 37.4.14 pr. (Afr. 4 *quaest.*), D. 35.2.11.2 (Pap. 29 *quaest.*) e D. 31.77.29 (Pap. 8 *resp.*) – richiama la posizione di S. RICCOBONO, '*Formulae ficticiae*': a normal Means of Creating new Law, in *TR*, IX, 1929, 43 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII Tavole a Giustiniano*. Parte II, Milano, 1933-1934, 220, a parere del quale la locuzione «*perinde ac si*» sarebbe idonea a fare riconoscere la presenza di una *formula ficticia*.

sostituto pupillare, qui compare il postumo⁷⁹. Il ragionamento sottinteso dal giurista pare essere che la mancata nascita del postumo non può essere equiparata alla diseredazione, poiché, anzi, la nomina di un postumo mira, per così dire, ad un obiettivo esattamente opposto. Non vi sono, poi, dubbi, sull'esistenza di un obbligo, per i sostituti, di adempiere ai legati; piuttosto sembra trasparire un'incertezza su quali siano i legati effettivamente dovuti dai postumi.

Giova, ad avviso di chi scrive, ricordare come il diritto romano classico avesse formulato una disciplina coerente a proposito dei *postumi*, ossia dei figli e degli ulteriori discendenti, nati dopo la morte del *paterfamilias* o, vivente ancora quest'ultimo, dopo che il testamento fosse stato redatto. In base al principio generale in forza del quale «*sui heredes aut instituendi sunt aut nominatim exheredandi*», anche i postumi dovevano essere nominati eredi testamentari, ovvero essere diseredati in modo formale; in caso contrario, al momento della loro nascita, il *testamentum* sarebbe stato *ruptum*⁸⁰. Si trattava, invero, di una invalidità speciale, mirante a colpire soprattutto l'istituzione di erede quale «*caput et fundamentum totius testamenti*», ma in grado comunque di provocare la caduta di tutte le disposizioni in esso contenute.

Come ci ricorda Gaio, poi, anche per il postumo potevano essere previste sostituzioni⁸¹:

Gai 2.183: *Quaecumque diximus de substitutione inpuverum liberorum vel heredum institutorum ve exheredatorum, eadem etiam de postumis intellegemus.*

Occorre, però, ricordare che la sostituzione pupillare dei postumi doveva necessariamente riferirsi ad individui già concepiti al momento della redazione del testamento, per evitare che si verificasse un'irragionevole discrasia tra la sostituzione pupillare degli impuberi già nati e quella dei postumi non ancora concepiti⁸².

Paolo dimostra di avere presente un problema relativo alla natura dei lasciti da adempiere, da risolversi non in una complessiva somma di tutti i legati dovuti dal pupillo e di tutti i legati dovuti dal sostituto, bensì nella selezione di quelli che sarebbero stati dovuti dal pupillo/postumo nel caso fosse venuto ad esistenza.

Nel caso *de quo* al sostituto l'eredità del padre giunge in via mediata, per il tramite dell'istituzione di erede del postumo: la mancata nascita di quest'ultimo, che pur rompe inevitabilmente la sequenza più volte richiamata che, direttamente o per tramite della delazione da parte del pupillo, collega l'eredità paterna al sostituto.

Eppure, a differenza della diseredazione e analogamente a quanto avviene in caso di richiesta di *bonorum possessio contra tabulas*, i lasciti creati in capo al sostituto sopravvivono.

La *ratio* di siffatto trattamento può essere rinvenuta, a mio avviso, nella circostanza che un mero evento esterno aveva impedito che si compisse la previsione del testatore, il quale in nessun modo aveva inteso escludere il postumo dalla propria linea successoria, diversamente, dunque, da quanto accade nell'ipotesi di diseredazione.

⁷⁹ Scrive ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milano, 198 che la sostituzione pupillare veniva applicata ai *postumi* «in tutta la sua estensione e con tutte le regole applicabili agli impuberi già nati».

⁸⁰ Cfr. ROBBE, voce '*postumi*', in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 434 ss.

⁸¹ Precisa LAMBERTI, *Studi sui 'postumi' nell'esperienza giuridica romana. 2. Profili del regime classico*, Milano, 2001, che nel testo riportato Gaio asserisce non soltanto la possibilità di disporre una sostituzione pupillare nei confronti di un postumo, bensì anche che al testatore fosse data la possibilità di sostituire un postumo ad un *heres iam natus*.

⁸² ROBBE, *I postumi*, cit., 199 s.

D'altra parte, la facoltà del testatore di nominare un sostituto al postumo rientra nella generale *facultas instituendi vel exheredandi* e deve ritenersi comunemente ammessa dalla giurisprudenza di età classica⁸³.

8. *L'emersione dei principi generali in materia ereditaria tra diritto romano e prassi europea contemporanea*

Dall'esegesi dei passi proposti, pare trovare conferma la regola generale secondo cui ogni individuo è legittimato a decidere e a disporre solamente per il proprio patrimonio, regola non smentita neppure dall'ambigua e complicata natura della sostituzione pupillare. In particolare, il brano paolino – ma anche, seppur con sfaccettature e finalità diverse, quelli attribuiti a giuristi di epoca anteriore o coeva a quella di Paolo – mostra che siffatto principio si declina, altresì, quale limite nella creazione di legati. Nello specifico, in virtù di quel legame di mediazione che si è visto essenziale per la sussistenza giuridica di tali attribuzioni *mortis causa* a titolo particolare, la regola, in positivo, impone al sostituto pupillare di addossarsene la realizzazione e, in negativo, funge da limite, anche ai fini del calcolo della *Falcidia*, alla *voluntas testantis*.

Ancora, in talune delle fattispecie descritte, apertasi una successione *ex lege*, si opta per la sopravvivenza dei legati e dei fedecommissi, aprendo nell'ambito applicativo dell'antico principio civilistico secondo cui «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*», un varco importante, destinato ad intrecciarsi con la disciplina dei legati imposti al sostituto pupillare ogniquale volta la successione cd. 'mediata' coincida con una successione legittima. Ad ogni modo, lo scopo ultimo, che consente il contemperamento e talora anche il superamento di regole antiche del diritto successorio, risiede incontestabilmente nel rispetto della *voluntas testantis*, come si è visto – a mio avviso chiaramente – nel diverso atteggiamento mostrato dal giurista Paolo dinanzi ad una diseredazione, ovvero dinanzi alla nomina di un postumo poi mai nato.

Tentando di sintetizzare l'ampia e variegata elaborazione casistica romana, si potrebbe dire che le regolamentazioni illustrate attengono a due diversi problemi: un primo aspetto è collegato al concetto di *gradus*, che nella sostituzione pupillare si concretizza nell'esistenza di un *primus gradus* e di un *secundus gradus*, le cui reciproche interazioni determinano dubbi applicativi. Un ulteriore aspetto – invero inscindibilmente connesso al primo – si riferisce al momento della delazione, ed in particolare della duplice delazione che sembra configurarsi quando vi siano due tavole testamentarie riconducibili ad un unico testatore. Sotto questo duplice profilo, la regola enunciata nel diritto romano rivela una propria attualità, verificabile, nell'ambito della giurisprudenza italiana, in talune pronunce della suprema Corte di cassazione, nonché in alcuni contributi dottrinali. Non si tratta di una meccanica applicazione di principi storicamente collocabili e verificabili, ma della mera constatazione che, in maniera peculiare per un diritto come quello successorio la cui evoluzione è assai lenta, talune regole generali conservano un nucleo di durevole efficacia.

Le posizioni più significative si sono espresse a proposito della sostituzione fedecommissaria che è, con ogni probabilità, l'istituto dell'attuale diritto successorio italiano più vicino alla sostituzione pupillare⁸⁴. I confini della figura sono, per la verità, più

⁸³ LAMBERTI, *Studi sui 'postumi'*, cit., 239 ss., dove sono citati ed esaminati i testi giurisprudenziali in grado di provare l'affermazione. Chiarisce l'Autrice che «la necessità dell'esercizio della *potestas* sull'impubere da parte del testatore attrae, per vischiosità, anzi tutto il postumo nella sfera esplicativa della *facultas substituendi*: risultando infatti questi fra i *sui heredes* in base alla finzione per cui, se egli fosse nato in vita del testatore, sarebbe ricaduto nella sua *potestas*, può evidentemente dispiegarsi anche nei suoi riguardi la potestà del testatore di preconstituire un sostituto».

⁸⁴ Ampiamente, sull'evoluzione subita dalla figura della sostituzione fedecommissaria, dalle origini romane all'attuale formulazione codicistica, si veda la capillare indagine di DESANTI, *La sostituzione*

circoscritti, trattandosi di un negozio *mortis causa* in cui agiscono due figure, l'istituto ed il sostituito, che vantano caratteristiche peculiari. Ai sensi dell'art. 692 c.c., infatti, l'istituto deve essere un interdetto, ovvero un minore che versi in una situazione di abituale infermità di mente, sicché occorrerà presumere che intervenga una pronuncia di interdizione nell'ultimo anno della sua minore età. Il sostituito, invece, è la persona fisica o l'ente che, sotto la vigilanza di un tutore, cura l'interdetto o il minore istituito⁸⁵.

La struttura e lo scopo della sostituzione fedecommissaria vantano un carattere spiccatamente assistenziale, introdotto con l'art. 197, l. 19 maggio 1975, n. 151. In particolare, quanto alla struttura, essa si articola alla stregua di una doppia delazione, rivolta ai due soggetti, istituito e sostituito, o, come è stato detto, «una doppia vocazione con una delazione immediata e una differita al momento della morte dell'istituto»⁸⁶. L'oggetto della delazione è rappresentato da un medesimo diritto sullo stesso bene o sugli stessi beni che il *de cuius* devolve, interamente e direttamente, al sostituito: la scelta dei due avverbi, «interamente e direttamente», consente di avvicinare la fattispecie alla sostituzione pupillare quale forma di trasmissione dell'eredità che avviene *directe*. Si articola, altresì, in un ordine successivo delle chiamate, con un obbligo, in capo all'istituto, di conservare e restituire l'oggetto alla morte. In particolare, la giurisprudenza italiana si è trovata a dovere raffrontare e distinguere siffatta struttura con le fattispecie in cui il testatore attribuisce ad un soggetto un diritto parziale di godimento – spesso un diritto di usufrutto – e ad un diverso soggetto la nuda proprietà sullo stesso bene: in questo caso non si configura un *ordo successivus* delle chiamate, e la delazione è senza dubbio simultanea⁸⁷. Peraltro, in diverse occasioni, la dottrina ha avuto modo di sottolineare che mantenere il discrimine tra le due diverse operazioni negoziali sia essenziale per evitare di incorrere in ipotesi di frode alla legge⁸⁸; secondo altri autori, invece, è da negarsi la finalità di frode alla legge, in forza della stessa *ratio* del divieto posto dal legislatore con la

fedecommissaria. Per un corso di *Esegesi delle fonti del diritto romano*, Torino, 1999, in particolare 128 ss. Accanto alla sostituzione fedecommissaria, altri strumenti alternativi al testamento oggi concorrono a regolare *post mortem* il patrimonio di un soggetto; un breve cenno merita il *trust* a favore dei disabili, istituto protettivo concepito per i soggetti infermi ed incapaci di provvedere ai propri interessi: cfr. DI LANDRO, *'Trusts' per disabili. Prospettive applicative*, in *Diritto famiglia*, 2003, 123 ss.

⁸⁵ Art. 692 c.c. Sostituzione fedecommissaria. 1. Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo. 2. La stessa disposizione si applica nel caso del minore di età, se trovasi nelle condizioni di abituale infermità di mente tali da far presumere che nel termine indicato dall'articolo 416 interverrà la pronuncia di interdizione. 3. Nel caso di pluralità di persone o enti di cui al primo comma i beni sono attribuiti proporzionalmente al tempo durante il quale gli stessi hanno avuto cura dell'interdetto. 4. La sostituzione è priva di effetto nel caso in cui l'interdizione sia negata o il relativo procedimento non sia iniziato entro due anni dal raggiungimento della maggiore età del minore abitualmente infermo di mente. È anche priva di effetto nel caso di revoca dell'interdizione o rispetto alle persone o agli enti che abbiano violato gli obblighi di assistenza. 5. In ogni altro caso la sostituzione è nulla.

⁸⁶ Scrive BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. Notariato*, 2000, IV, 789 ss., che «un limite forte all'autonomia testamentaria va rintracciato nel sostanziale divieto di sostituzione fedecommissaria; la marginalità dell'ipotesi oggi contemplata dall'art. 692 c.c. è d'intuitivo apprezzamento, ed eloquente è la formula: "fedecompresso assistenziale", con la quale l'istituto circola fra i giuristi».

⁸⁷ LA MENDOLA, *Sull'interpretazione conservativa di una disposizione olografa in relazione al divieto di sostituzione fedecommissaria*, in *Riv. notariato*, 2006, 785 ss., nota a Cass. civile, 18 luglio 2005, n. 15130.

⁸⁸ Si pensi a CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, 206; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1989, 191.

sostituzione fedecommissaria. Tali limiti risiederebbero, infatti, nel rispetto del principio – anch’esso di matrice romana – secondo cui «*semel heres, semper heres*», che conduce a due corollari di notevole rilevanza pratica: l’inefficacia del termine finale apposto ad un’istituzione di erede ed il divieto di disporre *mortis causa* per altri⁸⁹.

Di recente, poi, il problema della duplice nomina è emerso in una complicata ipotesi di redazione di due schede testamentarie successive in assenza di un’espressa revoca. In una prima scheda il *de cuius* aveva nominato la moglie erede generale e, nel caso di commorienza con lei, aveva nominato una nipote a carico della quale aveva posto una serie di legati in favore di altri parenti. Siamo, dunque, dinanzi ad un’ipotesi di sostituzione e di creazione, a carico del sostituito, di lasciti a titolo particolare, elementi che consentono di accostare prudentemente il caso a D. 30.126. Nella seconda scheda, invece, il testatore aveva lasciato l’intero suo patrimonio alla moglie. La Corte di legittimità ha applicato il principio – a mio modo di vedere espressione di una generale regola di salvezza delle disposizioni *mortis causa* in ossequio ad un’attenta indagine sulla *voluntas testantis* – secondo cui devono ritenersi annullate, *ex art. 682 c.c.*, solamente le disposizioni della prima scheda risultanti incompatibili con quelli della seconda. Circa la sorte della sostituzione – e, dunque, dei legati su di essa gravanti – i Giudici hanno parlato di incompatibilità della disposizione testamentaria avente ad oggetto l’istituzione di erede nella persona della moglie del testatore, mentre la sostituzione dell’erede nominata con un’altra persona – la nipote –, contenuta nel testamento immediatamente precedente era da ritenersi revocata. La suprema Corte ha concluso il proprio ragionamento affermando che la delazione del sostituito, ossia della nipote, non era piena ma condizionata, così determinando l’estraneità alla successione finché fosse operata la chiamata dell’istituito, ossia della moglie del testatore⁹⁰.

Se nel diritto ereditario romano il superamento della massima «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*» è un prodotto tipicamente giurisprudenziale, poiché sono stati i giuristi a sancirne la concreta inoperatività nelle ipotesi – in questo lavoro esaminate – di sopravvivenza di lasciti a titolo particolare, nel diritto italiano attuale l’unicità del diritto di accettazione dell’eredità è stato di recente nuovamente affermato dalla suprema Corte, sancendo l’indipendenza della fonte – testamentaria o legittima – della delazione⁹¹.

Peraltro, merita di essere, altresì, ricordata una recente pronuncia della Corte di Cassazione che ha precisato – sulla scia di quanto aveva già fatto la giurisprudenza di un decennio prima – gli elementi che concorrono alla qualifica di erede, la cui sussistenza, dunque, è ancora oggi motivo di incertezza giuridica. Nello specifico, è stato affermato il principio secondo cui la semplice delazione conseguente all’apertura della successione, pur rappresentandone un presupposto, non è di per sé sufficiente a fare acquistare la qualità di erede. Quest’ultima, infatti, può reputarsi operativa solamente se il chiamato alla successione accetta di essere erede, ovvero mediante una dichiarazione di volontà di

⁸⁹ Ancora LA MENDOLA, *Sull’interpretazione conservativa*, cit., § 2, con richiami alla tesi di SACCO, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 1993, 123 ss.

⁹⁰ La natura sostitutiva di siffatta chiamata rispetto alla generica istituzione di erede avrebbe cagionato la non sopravvivenza alla scheda originaria, anche nell’ipotesi, effettivamente verificatasi, di premorienza dell’istituito: Cass., 11 maggio 2009, n. 10800, in *Diritto & Giustizia*, 2009.

⁹¹ Così Cass. 8 gennaio 2013, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; in *Red. Giust. civ. Mass.*, 2013, 1; si è, altresì, affermata la conseguente unicità della prescrizione del diritto di accettazione, decorrente in ogni caso dall’apertura della successione. Merita menzione, sul punto, anche Cass. 10 maggio 2002, n. 6697, in *Riv. Notariato*, 2003, 222, laddove si afferma che la delazione non muta natura – da testamentaria a legittima – quando, accanto a beneficiari indicati *nominatim*, altri sono indicati in maniera indiretta, con generico riferimento a coloro che, *ex lege*, sono “aventi diritto”. Cfr. anche Cass. 22 settembre 2000, n. 12575, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1984.

accettazione (*aditio*), nonché quando si configuri un comportamento di obiettiva acquiescenza (*pro herede gestio*)⁹².

Se quella illustrata è l'evoluzione storica cui è giunto l'istituto – o più precisamente i principi generali che lo regolano – nel diritto italiano, appare opportuno gettare un rapido sguardo a quello che è accaduto in un altro ordinamento europeo. In particolare, vorrei concludere con un breve cenno al diritto spagnolo, in cui la figura della *substitutio pupillaris*, e maggiormente quella della *substitutio quasi pupillaris*, ha mantenuto una propria vitalità, essendosi posta la questione della relativa natura giuridica, in riferimento ad alcuni articoli del Código civil español: deve essa essere ritenuta un *testamentum factum filio*, ovvero un subentro, in secondo grado, nei beni del testatore? Soltanto in epoca recente, una Resolución della Dirección General de los Registros y del Notariado, emanata il 6 febbraio 2003, si è pronunciata in maniera chiara sul punto e, come è stato scritto, ha optato «por la tesis de que la sustitución cuasi-pupilar, y lo mismo valdría para la pupilar, sólo puede incluir los bienes que al incapaz le haya transmitido el sustituyente y no los que aquél pueda haber recibido de otras personas, aunque ello implique em realidad vaciar de contenido tales sustituciones ya que las estaríamos identificando con la fideicomisaria que comprende sólo los bienes del que la haya ordenado, pero también esta Resolución está encontrando detractores en la doctrina por lo que el tema continúa abierto»⁹³.

La moderna dogmatica e giurisprudenza ancora oggi si confrontano con principi generalissimi del diritto ereditario, che affondano le loro origini e le loro remote applicazioni nel diritto romano, ma sono sopravvissuti nei secoli, applicati ad istituti che hanno subito inevitabili modificazioni strutturali e funzionali, ma che – come la sostituzione pupillare – mantengono un insostituibile valore e rappresentano un intramontato terreno di prova per l'interprete.

⁹² Si tratta di Cass. 21 giugno 2013, n. 15698, che riprende le argomentazioni di Cass. 12 marzo 2003, n. 3696, la quale aveva precisato che, nell'ipotesi di chiamato che sia nel possesso dei beni, l'accettazione *ex lege* dell'eredità è determinata dall'apertura della successione, dalla delazione ereditaria, dal possesso dei beni e dalla mancata tempestiva redazione dell'inventario.

⁹³ Sull'evoluzione storica subita dall'istituto nel mondo iberico, si veda l'indagine di LÓPEZ PEDREIRA, 'Pupillaris substitutio'. *Del derecho romano al artículo 775 del Código civil español*, Madrid, 2006, 9 ss. e soprattutto 117 ss., laddove si analizza il contenuto delle regole codicistiche *sub artt. 775, 776 e 777 del Código civil español*, sotto la rubrica 'De la sustitución'. Si rimanda al lavoro dell'Autrice anche per la bibliografia specifica ivi citata.