



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Francisco Calabuig Alberola, University of Valencia (Website Editor)

Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusiada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gután, Lucian Blaga University of Sibiu; Alejandro Guzmán Brito, Pontifical Catholic University of Valparaíso; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma; Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Yuri González Roldán, "Problemi di diritto ereditario nei VII Libri Membranarum di Nerazio",
GLOSSAE. European Journal of Legal History 14 (2017), pp. 312-366 (available at
<http://www.glossae.eu>)

Problemi di diritto ereditario nei VII Libri Membranarum di Nerazio

Problems of inheritance law in the VII books Membranarum by Neratio

Yuri González Roldán
Università degli Studi di Bari

Astratto

Nerazio Prisco è stato console il 97 d.C., membro del consiglio di Traiano e Adriano e giurista proculeiano. Tra le sue opere troviamo le *regulae* (in quindici libri), *responsa* (tre libri), *epistulae* (quattro libri?) e *membranae* (sette libri) di cui alcuni brani sono stati riportati nel Digesto. L'opera conosciuta come *Membrana* ha come contenuto annotazioni, appunti fatti da Nerazio nella sua attività di consulenza, di insegnamento o il suo pensiero nella discussione di problemi giuridici nel consiglio imperiale. Diversi testi di quest'opera contengono problemi che riguardano la successione testamentaria e *ab intestato* che abbiamo cercato di approfondire in questo lavoro di ricerca.

Abstract

Neratius Priscus was consul in A.D. 97 and member of the council under Trajan and Hadrian. He was head of the Proculian school. His *regulae* (fifteen books), *responsa* (three books), *epistulae* (four books?) and *membranae* (seven books) are used in the Digest. The *Membrana* is a miscellany of notices which *Neratius* put together from his experience in giving *responsa*, teaching, attending the emperor and discussing legal problems. *Membrana* texts as containing problems of testamentary and intestate succession and in this article I will discuss some problems about the law of the succession.

Membrana

Nerazio, successione, eredità, testamento, sostituzione pupillare

Keywords

Membrana, Neratio, heritage, testament

Contents: 1. Introduzione. 2. Sostituzione pupillare (libro primo e secondo). 3. Furto compiuto dallo schiavo legato nei confronti dell'erede (libro primo). 4. *Actio familiae erciscundae* (libro terzo). 5. La condizione e lo *statuliber* (libro terzo). 6. Legati e designazione nominativa (libro quinto). 7. Editto carboniano (libro sesto). 8. *Petitio hereditatis* (libro sesto e settimo). 9. Garanzie in materia di legati (libro settimo) 10. *Exceptio rei iudicatae* in materia ereditaria (libro settimo).

1. Introduzione

La parola *membrana* ha il significato di pergamena di pelle usata nella scrittura¹ come ad esempio per scrivere i conti², per trascrivere documenti di credito (*chirographa*

¹ Plin., *Nat. Hist.*, 13.21, citando Varrone, afferma che il re Tolomeo Epifane (205-182 a.C.), per impedire al re Eumene di Pergamo (197-159 a.C.) di costruire una biblioteca come quella di Alessandria, impedì l'esportazione di carta e, perciò, a Pergamo fu inventata la pergamena: *Mox aemulatione circa bibliothecas regum Ptolemaei et Eumenis, supprime chartas Ptolemaeo, idem Varro membranas Pergami tradit repertas...* Sull'argomento vedere Lafaye, G., s.v. "membrana", *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, 3, Paris, 1904, p. 1709, Wenger L., *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, pp. 88 ss., e Blanck, H., *Das Buch in der Antike*, München, 1992 = *Il libro nel mondo antico*, Bari, 2008, 87. L'origine del nome è spiegato da Isid. orig. 4.11: *membrana dicuntur, quia ex membris pecudum detrahuntur*. Ricordiamo su questo argomento il brano di Gaio 2.77: *Eadem ratione probatum*

debitorum)³ o per confezionare un testamento⁴. In pergamena si trovavano scritte opere letterarie già dal I secolo d.C.,⁵ e come ricorda più tardi Ulpiano, *libro vicesimo quarto ad Sabinum* in D. 32.52 pr., nella denominazione di libri si ricomprendevano tutti i volumi arrotolati sia in fogli di papiro, sia in pergamena o in ogni altro materiale⁶. Sebbene il papiro fosse il materiale più usato a Roma nel II secolo d.C., per la realizzazione di opere letterarie, poiché Egitto lo produceva in abbondanza, la pergamena, tuttavia, avrebbe avuto pure un ruolo importante nella scrittura come mezzo di diffusione di cultura⁷.

est, quod in chartulis sive membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae chartulis sive membranis cedunt. Itaque si ego eos libros easve membranas petam nec impensam scripturae solvam... Inoltre esisteva l'abitudine di rasare la pergamena in modo da potere eliminare lo scritto e riutilizzarla, come ricorda Mart., *Epigr.* 14.7: *Pugillares membranei. Esse puta ceras, licet haec membrana vocetur: delebis, quotiens scripta novare voles.* Infatti, Quintil. *inst. orat.* 10.3.31, spiega l'utilità di questa procedura: *Illa quoque minora (sed nihil in studiis parvum est) non sunt transeunda: scribi optime ceris, in quibus facillima est ratio delendi, nisi forte visus infirmior membranarum potius usum exiget, quae ut iuvant aciem, ita crebra relatione, quotiens intinguntur calami, morantur manum et cogitationis impetum frangunt.*

² Gaio, *libro primo ad edictum provinciale* in D. 2.13.10.2: *Edi autem ratio ita intellegitur, si a capite edatur, nam ratio nisi a capite inspiciatur, intellegi non potest: scilicet ut non totum cuique codicem rationum totasque membranas inspiciendi describendique potest fiat...*

³ Scevola, *libro septimo decimo digestorum* in D. 32.102 pr.: *His verbis legavit: 'uxori meae lateralia mea viatoria et quidquid in his conditum erit, quae membranulis mea manu scriptis continebuntur nec ea sint exacta cum moriar...' Sull'argomento vedere Bilabel, F., s.v. "Membrana", *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XV-1, Stuttgart, 1931, pp. 598 ss.*

⁴ Ulpiano, *libro trigesimo nono ad edictum* in D. 37.11.1pr.: *Tabulas testamenti accipere debemus omnem materiae figuram: sive igitur tabulae sint lignae sive cuiuscumque alterius materiae, sive chartae sive membranae sint vel si corio alicuius animalis, tabulae recte dicuntur.*

⁵ Mart., *Epigr.* 14.184: *Homerus in pugillaribus membranis. Ilias et Priami regnis inimicus Ulixes multiplici pariter condita pelle latent.* 14.186: *Vergilius in membranis. Quam brevis immensum cepit membrana Maronem! ipsius vultus prima tabella gerit.* 14.188: *Cicero in membranis. Si comes ista tibi fuerit membrana, putato carpere te longas cum Cicerone vias.* 14.190: *Titus Livius in membranis. Pellibus exiguus artatur Livius ingens, quem mea non totum bibliotheca capit.* 14.192: *Ovidi Metamorphosis in membranis. Haec tibi multiplici quae structa est massa tabella, carmina Nasonis quinque decemque gerit.* Riguardo agli strumenti di scrittura vedere Blanck, *Il libro nel mondo antico*, p. 92, l'autore pensa giustamente (pp. 134 ss.), che le opere descritte da Marziale siano state fatte nella forma di codice pergameneo poiché erano più adatte ad essere trasportate durante un viaggio. Riguardo al vantaggio del codice sul rotolo vedere, ad esempio, Reynolds, L. D. e Wilson, N. G., *Copisti e filologi. La tradizione dei classici dall'antichità ai tempi moderni*, Padova, 1974, pp. 30 ss.

⁶ Ulpiano, *libro vicesimo quarto ad Sabinum* in D. 32.52 pr.: *Librorum appellatione continentur omnia volumina, sive in charta, sive in membrana sint sive in quavis alia materia...et Gaius Cassius scribit deberi et membranas libris legatis: consequenter igitur cetera quoque debebuntur, si non adversetur voluntas testatoris.* Sull'argomento vedere Wieacker, F., *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, pp. 105.

⁷ Cfr. Plin., *Nat. Hist.*, 13.21-27. L'autore nomina diversi tipi di papiro in base alla propria qualità (13.23). Il papiro riservato alla scrittura dei testi sacri era chiamato ieratico, più tardi chiamato carta di Augusto, quello di seconda qualità era denominato carta di Livia dal nome di sua moglie: *Hieratica appellabatur antiquitus religiosus tantum voluminibus dicata, quae adulatione Augusti nomen accepit, sicut secunda Liviae a coniuge eius...* Altri tipi di carta di qualità inferiore avevano diversi nomi come la carta dell'anfiteatro, dal luogo della sua fabbricazione: *Proximum amphitheatriticae datum fuerat a confecturae loco*; la carta saitica, dal nome della città in cui esisteva abbondanza di papiro di qualità inferiore: *Post hanc Saitica ab oppido ubi maxima fertilitas, ex vilioribus ramentis*; la teneotica, così chiamata dalla cittadina di Tanis e fabbricata con fibre ancora più prossime alla corteccia che si vendeva a peso, non in base alla qualità: *propiorque etiamnum cortici Taeneotica a vicino loco, pondere iam haec, non bonitate, venalis.* Sulla fabbricazione del papiro vedere la bibliografia citata da Blanck, *Il libro nel mondo antico*, pp., 307. Il valore della carta avrebbe avuto come punto di riferimento la propria qualità, perciò difficilmente potremmo condividere la tesi di Krüger, P., "Ueber die Verwendung von Papyrus und Pergament für die juristische Litteratur der Römer", *ZSS*, 8, 1887, pp. 76, n.2, secondo cui la pergamena avrebbe avuto un valore inferiore a quello del papiro, poiché il prezzo di questo ultimo sarebbe potuto

L'opera *Membranae* di Nerazio trova il suo nome dal materiale in cui è stata scritta; il giurista l'avrebbe realizzata in pergamena e non in papiro pregiato, e questa situazione potrebbe fare pensare, come hanno sostenuto diversi studiosi⁸, che la scelta del materiale non fosse stata casuale, poiché l'opera avrebbe avuto come contenuto annotazioni, appunti, schizzi, abbozzi (Notizen), un genere comunemente scritto su pergamena⁹. Secondo la nostra opinione, il titolo dell'opera non fu una scelta del giurista; pensiamo soprattutto ad una serie di scritti collocati nell'ambito della letteratura casistica-problematica che nel trascorso della sua vita tra il periodo di Traiano e Adriano avrebbe elaborato con la finalità di proporre ad un pubblico, non necessariamente esperto¹⁰, la propria visione delle questioni motivo di indagine¹¹; inoltre, tra questi appunti si trovava, probabilmente, un'opera non conclusa di Nerazio in cui commentava il pensiero di Labeone sull'editto del pretore, di cui è pervenuto soltanto un brano nel suo libro sesto *membranarum* in D. 37.10.9¹². L'uso della pergamena avrebbe concesso al giurista la possibilità di scrivere su cera la propria

variare in relazione alla propria peculiarità. Certamente le opere letterarie acquistate dalla *nobilitas* romana erano fatte con papiro pregiato e non con pergamena anche se, come abbiamo visto negli epigrammi di Marziale citati in nota 5, si sarebbero potute trovare opere scritte anche in *membrana* più adatte a un viaggio e a prezzi più contenuti. Sull'uso della pergamena in questo periodo vedere Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, pp. 104 ss.

⁸ Birt, T., *Das Antike Buchwesen, in seinem Verhältniss zur Litteratur*, Berlin, 1882 (rist. Aalen, 1974), pp. 57 ss.; Krüger, *Ueber die Verwendung von Papyrus und Pergament für die juristische Litteratur der Römer*, p. 76, n.2; Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953 = *Storia della giurisprudenza romana*, (trad. G. Nocera), Firenze, 1968, p. 411; Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, p. 105 e Horak, F., "Rec. Greiner, *Opera Neratii*", ZSS 92 (1975), p. 316. Contrariamente Greiner, R., *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe, 1973, p. 113, nega che il nome dell'opera sia dovuto al materiale, piuttosto che al suo contenuto 'Juristische Skizzen', 'Notizen' o qualcosa di simile, ma se questo tipo di informazione si scriveva in pergamena il suo rilievo non contraddirebbe il nostro pensiero.

⁹ Intorno all'importanza della pergamena per uno scrittore latino vedere ad esempio Havet, L., *Manuel de Critique Verbale appliquée aux Textes Latins*, Roma, 1967, p. 10.

¹⁰ Ad avviso di Nappi, S., *Ius finitum*, Bari, 2005, p. 58, 'la complessità del discorso, cioè, e le sottigliezze nella discussione del caso portano ad escludere che ci si trovi innanzi ad un lavoro pensato per l'insegnamento, o per una prima informazione teorico pratica' e su questo aspetto ha ragione, anche se non possiamo escludere la presenza nelle discussioni fatte dal giurista di personaggi di alto prestigio sociale che di diritto non avevano una conoscenza approfondita; infatti, come si osserva nel suo libro primo *membranarum* in D.28.5.55(54), Nerazio avrebbe fatto un chiarimento, interrompendo un discorso complesso, per spiegare un fatto che sarebbe troppo evidente per un esperto di diritto, 'la possibilità di nominare erede uno schiavo': *Titius eum iam primo testamento facto in secundo testamento liberum heredemque esse iussit. superius testamentum Titii ruptum est, quia is servus et heres potest esse et, ut superius testamentum rumpatur*.

¹¹ Complesse sono le questioni giuridiche che il giurista avrebbe affrontato come membro del consiglio dell'imperatore, come rappresentante di una scuola o sotto una visione personale. In questo senso Knütel, R., "Rec. Greiner", *IURA* 25 (1974), pp. 147 ss., anche se nei brani studiati da noi in questa sede il primo aspetto non sarebbe da escludere: la difficoltà di ritenere con certezza che i casi trattati dal giurista in materia ereditaria fossero stati valutati nel *consilium principis* di Traiano o di Adriano risulta, a nostro avviso, difficile di dimostrare, a eccezione di D. 37.12.5: ... *sed consilio Neratii Prisci et Aristonis*...

¹² Testo analizzato nel § 7 di questo lavoro, certamente la presente ipotesi potrebbe sembrare azzardata, poiché al di là di D. 37.10.9, non abbiamo nessun altro fondamento che potrebbe dimostrare un commento di Nerazio all'opera di Labeone in relazione all'editto del pretore ma, poiché questo brano corrisponde all'editto Carboniano e secondo la ricostruzione di Lenel, O., *Das Edictum Perpetuum*, Aalen, 1956, p. 348, tale argomento sarebbe stato trattato nel tit. XXV § 148 della versione adrianea dell'editto, potremmo pensare che in origine fossero esistiti altri testi di commenti neraziani al pensiero di Labeone di argomenti trattati nell'*edictum* non pervenuti nella compilazione e che essi, visto l'incompletezza degli stessi, fossero stati incorporati nel libro sesto *membranarum* successivamente alla morte del giurista.

soluzione ai problemi, cancellando o aggiungendo più dati¹³ per dare più chiarezza alle sue idee anche in un periodo successivo di ripensamento, senza intenzione di arrivare alla conclusione dell'opera¹⁴. Alla luce della nostra opinione, riteniamo che questa opera sia più una raccolta di scritti su diversi argomenti giuridici nella sua qualità di studioso¹⁵, tra cui quelli di diritto ereditario senza un ordine definito¹⁶; infatti, pensiamo che dopo la sua morte¹⁷ le *membranae* fossero rimaste a casa sua e i suoi allievi, riconoscendo l'importanza di questi scritti, avessero raccolto e pubblicato¹⁸ il materiale,

¹³ Pensiamo a una situazione simile a quella di Plinio, *ep.* 7.17.7: *...Itaque nullum emendandi genus omitto. Ac primum, quae scripsi, mecum ipse pertracto; deinde duobus aut tribus lego; mox aliis trado adnotanda notasque eorum, si dubito, cum uno rursus aut altero pensito; novissime pluribus recito ac, si quid mihi credis, tunc acerrime emendo. Nam tanto diligentius quanto sollicitius intendo.* Infatti, se consideriamo che Nerazio, nel suo libro primo *membrantarum* in D.28.5.55(54), avrebbe fatto un chiarimento, interrompendo un discorso complesso per spiegare una cosa ritenuta evidente per qualunque giurista ma non per un pubblico non esperto, la modifica del testo sarebbe stata apportata da lui stesso probabilmente dopo la spiegazione del caso dinanzi ad un certo numero di persone, delle quali, una non esperta di diritto, avrebbe chiesto: ma come, gli schiavi possono diventare eredi?

¹⁴ Non sappiamo se il giurista avesse scritto di propria mano i suoi appunti o se invece lo avesse fatto uno scrivano; tuttavia, vorremmo soltanto presentare alcuni casi raccontati dalle fonti e citati da Blanck, *Il libro nel mondo antico*, pp. 165 ss., e Dorandi, T., *Le Stylet et la Tablette dans le Secret des Auteurs antiques*, Paris, 2000, pp. 51 ss. Cicerone ricorreva allo scrivano soltanto quando era troppo occupato, come ricorda in *Att.* 4.16.1: *Occupationum mearum vel hoc signum erit quod epistula librari manu est...*, mentre ad Attico quando era ammalato in *Att.* 7.2.3: *Venio ad epistulas tuas; quas ego sescentas uno tempore accepi, aliam alia iucundiores, quae quidem erant tua manu; nam Alexidis manum amabam quod tam prope accedebat ad similitudinem tuae, [litterae manum] non amabam quod indicabat te non valere.* Mart., *Epigr.* 7.11: *Cogis me calamo manique nostra emendare meos, Pudens, libellos. O quam me nimium probas amasque, qui vis archetypas habere nugas.* Mart., *Epigr.* 7.17.5-7: *Septem quos tibi misimus libellos auctoris calamo sui notatos: haec illis pretium facit litura.* Plin. *ep.* 9.36: *...Notarium voco et die admisso, quae formaveram, dicto; abit rursusque revocatur rursusque dimittitur.*

¹⁵ Probabilmente note ad uso personale, pensiamo ad una situazione simile a quella di Plutarco, *De tranq. an.* 464F-465A: 'Anelex£mhn per eU um...aj TMk tin Øpomnhm£twn in TMmautù pepoihmšnoj TMtUgeanon... Blanck, *Il libro nel mondo antico*, p. 129, afferma che i codici di pergamena databili al III secolo (in tutto poco meno di 30 ritrovati in Egitto), pervenuti in frammenti, solo in pochi esemplari risultano vergati in una scrittura appena al di sopra di una qualità media che presuppone un lettore interessato più al contenuto che all'aspetto esteriore del libro; tale affermazione potrebbe fare pensare che probabilmente anche a Roma la pergamena fosse utilizzata soprattutto per fare annotazioni, prima di concretizzare una versione definitiva dell'opera come sarebbe il caso dei sette libri *membrantarum*. Noi vediamo in Nerazio un instancabile giurista che oltre alla sua brillante carriera politica (su questo argomento vedere Grelle, F., *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano*, Napoli, 1972, pp. 156 ss.) aveva dedicato tempo allo studio. Immaginiamo un personaggio simile a Plinio il Vecchio descritto da suo nipote Plin., *ep.* 3.5.7-8: *Miraris, quod tot volumina multaque in his tam scrupolosa homo occupatus absolverit; magis miraberis, si scieris illum aliquamdiu causas actitasse...medium tempus distentum impeditumque qua officiis maximis qua amicitia principum egisse.* 8. *Sed erat acre ingenium, incredibile studium, summa vigilantia.*

¹⁶ Ad esempio, nel libro primo tratta, oltre ad altri argomenti, della sostituzione pupillare in D. 28.5.55(54) e poi, nel libro secondo ritorna sul tema in D. 29.2.59. Questo dato dimostra che in nessun momento il giurista avrebbe avuto intenzione di dividere l'opera in libri, dei quali in ognuno avrebbe inserito argomenti diversi tra loro. L'opera sarebbe stata, secondo una giusta comparazione fatta da Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, p. 11, una raccolta di scritti, come le *Epistulae* di Plinio il Giovane. Manca un sistema organico nei libri *membrantarum*, come sottolinea Grelle, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano*, p. 164 e su questo punto Bona, F., "Rec. Greiner", *SDHI* 40 (1974), p. 510 afferma giustamente che non esistono schemi rappresentativi uniformi.

¹⁷ Come sarebbe accaduto, ad esempio, con le lettere di Cicerone ad Attico, che raccolse e forse pubblicò la sua corrispondenza con l'amico dopo la sua morte.

¹⁸ A differenza, ad esempio, di Plinio, il quale avrebbe raccolto e pubblicato le sue stesse lettere come informa in *ep.* 1.1.1: *Frequenter hortatus es, ut epistulas, si quas paulocuratis scripsissem, colligerem publicaremque.* Un'altra ipotesi sarebbe che lo stesso giurista avesse chiesto a qualcuno di pubblicare le *membranae* come avrebbe fatto Cicerone riguardo alle sue lettere, in *Att.* 13.22.3: *...Scripta nostra nusquam malo esse quam apud te, sed ea tum foras dari cum utrique nostrum videbitur.* Sulla

in sette libri, usando come probabile criterio quello cronologico¹⁹ e denominandolo secondo il materiale originario²⁰, anche se le diverse copie consultate dalla giurisprudenza successiva²¹ avrebbero potuto essere state fatte anche in papiro.

Greiner²² ritiene i *VII libri membranarum* di Nerazio un'opera rimaneggiata nel periodo postclassico, imputabile ad un ignoto rielaboratore in occasione di una sua riedizione, perché, a suo avviso, in diversi brani esistono argomentazioni non giuridiche, sentimentali e moralizzanti (Die Argumentation ist unjuristisch, gefühlsbetonte und moralisierend²³). Lo studioso presenta diversi esempi a riguardo che in materia ereditaria si riducono a due; il primo nel libro terzo *membranarum* in D. 40.7.17 la frase '*maxime sine iniuria dominorum concedi...si ultra quis progredietur, non multum aberit*' non apparterebbe al giurista ma, secondo noi, essa risulta importante per capire il pensiero di Nerazio e trova una spiegazione nel contenuto del

pubblicazione delle opere nel mondo antico vedere ad esempio Dorandi, *Le Stylet et la Tablette dans le Secret des Auteurs antiques*, pp. 103 ss. e Blanck, *Il libro nel mondo antico*, pp. 165 ss. La pubblicazione di quest'opera sarebbe avvenuta dopo il 133 d.C., data del senatoconsulto Tertulliano di cui tratta il giurista nel libro settimo *membranarum* in D. 44.2.11 pr., come vedremo nella nota successiva. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, p. 90, ritiene che la pubblicazione dell'opera sia stata fatta in forma di codice di pergamena e non in rotoli di papiro, ma secondo noi questo non è sicuro. Sebbene gli scritti del giurista si trovassero in origine in questo materiale, dopo essere stati ordinati per la loro diffusione, non vediamo ragioni per escludere l'uso di rotoli di papiro nella versione definitiva (sette grandi rotoli corrispondevano ai sette libri dell'opera neraziana?), anche se questi non rispecchiavano il nome dell'opera attribuita, anche perché un'edizione di prestigio, articolo da regalo sicuramente molto apprezzato tra i giuristi, sarebbe stata fatta in rotoli di questo materiale di altissima qualità. Consigliamo la lettura di Canfora, L., *Tucidide continuato*, Padova, 1970, pp. 17 ss., perché, sebbene riguardi uno studio sull'opera di Tucidide, tanti secoli prima di quella neraziana, si affronta il problema della divisione della stessa in libri nonostante l'autore non l'abbia mai diviso in questo modo; il ragionamento dello studioso potrebbe anche essere utile per capire il motivo per cui i libri *membranarum* di Nerazio sono stati divisi in sette.

¹⁹ Se effettivamente il brano di Ulpiano, *libro septuagesimo quinto ad edictum* in D. 44.2.11 pr., ricorda un testo neraziano appartenente al libro settimo *membranarum*, come pensa Lenel O., *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, Roma (rist.) 2000, p. 773, si potrebbe datare l'ultimo scritto del giurista in questa opera non prima del 133 d.C., momento in cui è stato fatto il senatoconsulto Tertulliano e probabilmente dopo il giurista avrebbe smesso di scrivere a causa del suo decesso. Sull'argomento vedere Meinhart, M., "Die Datierung des SC Tertullianum, mit einem Beitrag zur Gaiusforschung", ZSS 83 (1966), pp. 124 ss., Camodeca G., "La carriera del giurista L. Neratius Priscus", AAN 87 (1976), p. 37, dello stesso autore "Il giurista L. Neratius Priscus Cos. Suff. 97 nuovi dati su carriera e famiglia", SDHI 73 (2007), pp. 291 ss., tesi seguita da Scarano Ussani V., *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, p. 76.

²⁰ Infatti, come sottolinea Karlowa, O., *Römische Rechtsgeschichte*, 1, Leipzig, 1885, p. 705, il contenuto dell'opera non rispecchia il titolo attribuito alla stessa.

²¹ Sembra evidente che i giuristi successivi avessero consultato questa opera e l'abbiano usata come punto di riferimento per la discussione di problemi giuridici allo scopo di contribuire alla discussione scientifica del tempo, su questo aspetto vedere Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, 113 e Bona, "Rec. Greiner", p. 505, così Giuliano, *libro vicensimo secundo digestorum* in D. 9.4.40 avrebbe trattato lo stesso argomento di Nerazio, *libro primo membranarum* in D. 47.2.65(64) e Cervidio Scevola, *libro singolari quaestionum publice tractatarum* in D. 28.6.48.2, avrebbe riproposto un problema trattato da Nerazio nel suo libro primo *membranarum* in D.28.5.55(54); sull'argomento vedere Masiello, T., *Le Quaestiones publice tractatae di Cervidio Scevola*, Bari, 2006, pp. 103 ss. Ulpiano nel suo libro quindicesimo *ad edictum* in D.5.3.13.3 ricorda il libro sesto e settimo *membranarum* di Nerazio e, probabilmente, anche nel suo libro settantacinquesimo in D. 44.2.9.1 e D. 44.2.11 pr. avrebbe citato il libro settimo *membranarum*.

²² Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, pp. 65 ss., 113. Posizione che non sembrerebbe condivisa da Honoré, A. M., "A Study of Neratius and a Reflection on Method", RHD 43 (1975), pp. 225 ss., da Bona, "Rec. Greiner", p. 510 e nemmeno da Horak, "rec. Greiner, *Opera Neratii*", 320.

²³ Sotto una prospettiva moderna si potrebbe pensare così ma come, giustamente sottolinea Knütel, "Rec. Greiner", pp. 146 ss., tale posizione non può essere condivisa in molti punti.

brano, come vedremo nel § 5 di questo studio. Il secondo fondamento di Greiner, per dimostrare la sua tesi, sarebbe l'espressione '*iustior causa*', usata nel libro sesto in D. 37.10.9, ma come vedremo nel § 7 tali parole sono classiche. Un testo che sicuramente potrebbe causare difficoltà, poiché sotto l'aspetto grammaticale presenta problemi, si trova nel libro secondo *membranarum* in D. 29.2.59, ma come vedremo nel § 2, il brano è un riassunto giustiniano, in cui sarebbe stato sintetizzato il pensiero neraziano. Lo studioso²⁴, inoltre ritiene che il passo del libro settimo *membranarum* in D. 5.3.57 sia stato accorciato dai compilatori, eliminando una controversia giurisprudenziale tra le due scuole giuridiche ma, come vedremo nel § 8, tale affermazione sembrerebbe di difficile condivisione.

I testi motivo di indagine in questo lavoro non confermano un intervento postclassico nella presente opera, per cui la tesi di Greiner non sarebbe concludente; essi sono di un'importanza rilevante, poiché dei dodici passi in materia ereditaria studiati in questa sede sicuramente riconducibili ai *VII libri membranarum*, soltanto D. 5.3.13.3 sarebbe un riferimento indiretto fatto da Ulpiano nel suo quindicesimo libro del suo commento *ad edictum*, mentre i restanti sono constatazioni dirette dall'opera originale permettendo così la possibilità di conoscere lo stile usato da Nerazio²⁵.

Nei testi studiati in questa sede troviamo per una o due volte le congiunzioni causali *quia*²⁶ mentre manca l'uso del *cum*²⁷ e il *nam* è utilizzato poche volte²⁸. Il giurista nella

²⁴ Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, pp. 83 ss.

²⁵ L'importanza di determinare il ragionamento e lo stile del discorso di Nerazio è sottolineato da Knütel, "Rec. Greiner", p. 146.

²⁶ Per spiegare la ragione per cui il primo testamento diventa invalido nel suo libro primo *membranarum* in D. 28.5.55 (54) dichiara: *...quia is servus et heres potest esse...* o nello stesso libro in D. 47.2.65(64) con la finalità di chiarire la causa per cui lo schiavo ha commesso il furto: *...quia neque tunc, cum faceret furtum, eius fuit...*, o con la finalità di spiegare il principio giuridico per il quale il legatario (onorato per *vindicationem*) diventava titolare della *res* dopo l'*aditio* dell'erede, senza che fosse esistita intermediazione fra il diritto del testatore e l'onorato (*recta via*): *...quia ea, quae legantur, recta via ab eo qui legavit ad eum cui legata sunt transeunt*. Nel libro terzo *membranarum* in D. 10.2.54., per determinare il motivo per cui una parte del fondo, sebbene facesse parte dell'eredità, sarebbe uscita dalla comunione: *...quia etiamsi remanet in pristino iure hereditariaque est, tamen alienatione meae partis exit de communione...*; nello stesso libro in D. 40.7.17, per motivare la sua opinione di negare la facoltà dello schiavo di essere liberato con denaro non appartenente al peculio: *...quia id maxime sine iniuria dominorum concedi videbatur*; nel libro quinto *membranarum* in D. 30.124, per chiarire la ragione per cui gli eredi enumerati nominativamente, obbligati a dare qualcosa dovevano darla in parti uguali: *...quia personarum enumeratio hunc effectum habet...* e nel libro settimo *membranarum* in D. 5.3.57, per illustrare due proposte interpretative in materia di *petitio hereditatis* esercitata da due attori; la prima soluzione prevedeva che il possessore avrebbe dovuto restituirla a chi fosse stato giudicato per primo: *...quia neque possideat neque dolo malo fecerit, quo minus possideret quod iudicio revictus restituerit...*, la seconda che il convenuto poteva pretendere una stipulazione di garanzia: *an quia possit et secundum alium iudicari, non aliter restituere debeat quam si cautum ei fuerit, quod adversus alium eandem hereditatem defendit...* Inoltre, Ulpiano, libro *septuagensimo quinto ad edictum* in D. 44.2.11 pr., riporta il pensiero di Nerazio (probabilmente del libro settimo *membranarum*), prima di *ego*, in cui il giurista metteva in evidenza una questione per la quale una madre avrebbe preteso l'eredità del figlio in base al senatoconsulto Tertulliano: *...quia putabat rupto patris eius testamento neminem esse substitutum...*, e per specificare che il testamento del padre non era diventato inefficace: *...quia testamentum patris ruptum non erat...*

²⁷ Infatti, come nota Honoré, "A Study of Neratius", p. 227 n.31 il *cum* è un termine raro utilizzato dal giurista nella sua opera.

²⁸ In un brano del libro secondo *membranarum* in D. 29.2.59, anche se come vedremo nel § 2 il testo sicuramente è stato sintetizzato dai compilatori, mentre nel libro terzo *membranarum* in D. 40.7.17 il *nam* è stato introdotto, per interpretare la clausola testamentaria secondo la volontà del *de cuius*, escludendo altre interpretazioni. Nel libro sesto *membranarum* in D. 37.10.9, anche se l'avverbio *nam* con cui si

presentazione dei casi motivo d'analisi usa di solito la congiunzione *si*²⁹, spiega il problema e indica la soluzione, aggiungendo diversi fondamenti al suo pensiero e utilizzando spesso il verbo *existimare*³⁰, l'idea di dovere³¹, il sintagma, la congiunzione *ut*³², l'avverbio *perinde*³³. Su questo punto vorremmo presentare come esempio un brano del suo libro terzo *membranarum* in D. 40.7.17 (che sarà analizzato con più attenzione nel § 5) che, a nostro parere, è uno dei più rappresentativi del metodo usato da Nerazio nella sua argomentazione³⁴:

a. Nel caso motivo di analisi il giurista usa i verbi al congiuntivo piuccheperfecto, indicativo perfetto e indicativo presente e mostra una predilezione per la ripetizione degli stessi verbi nel suo discorso³⁵. Una disposizione testamentaria in questi termini: il testatore ha ordinato che sia libero lo schiavo, se lo stesso consegna all'erede dieci (*Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse*).

introduce la spiegazione potrebbe sembrare interpolato, noi abbiamo cercato di salvarlo nel § 7. Nel libro settimo *membranarum* in D. 36.3.13 il *nam* introduce la spiegazione della ragione per cui il pretore avrebbe dovuto proteggere i legatari.

²⁹ Nerazio, libro primo *membranarum* in D. 47.2.65 (64) presenta un problema: *A Titio herede homo Seio legatus ante aditam hereditatem Titio furtum fecit* e il *si* incorpora una variabile: *si adita hereditate Seius legatum ad se pertinere voluerit...* Nel suo libro terzo della stessa opera in D. 40.7.17, il caso inizia con la congiunzione *si*: *Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse...*, così come nel libro quinto in D. 30.124: *Si heredes nominatim...* Ulpiano, libro septuagesimo quinto ad edictum in D. 44.2.11 pr., riporta il pensiero neraziano (probabilmente del libro settimo *membranarum*) con le stesse parole usate dal giurista: *Si mater filii impuberis defuncti ex senatus consulto bona vindicaverit idcirco...* Invece manca l'uso del *si* nel libro primo in D. 28.5.55(54) terzo *membranarum* in D. 10.2.54. Visto che il giurista è solito utilizzare un periodo ipotetico, per introdurre un periodo ipotetico, risulta pertanto particolare il modo di esprimersi nel libro secondo *membranarum* in D. 29.2.59 in cui, invece di presentare il caso usando all'inizio della frase il *si*, il giurista, senza partire dal problema, indica l'esistenza di un principio da cui avrebbe dovuto sottintendersi il caso; tale situazione potrebbe dimostrare, come vedremo nel § 2, che tale testo è un riassunto giustiniano.

³⁰ Così Nerazio nel suo libro primo *membranarum* in D. 47.2.65(64), ricorda che un autore (senza nominarlo) pensava diversamente: *...ut maxime quis existimet...*; nel secondo libro *membranarum* in D. 29.2.59: *coniungi eam paternae hereditati et ad crescendi iure adquiri cuicumque patris heredi existimandum est*; nel suo libro terzo *membranarum* in D. 40.7.17: *quod si ultra quis progredietur, non multum aberit, quin etiam eos nummos, quos domino subripuerit, dando statuliberum condicioni satisfactorum existimet*; nel libro settimo della stessa opera in D. 44.2.27: *...nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset...*

³¹ Nel secondo libro *membranarum* in D. 29.2.59 il giurista usa *recipiendum est...existimandum est*; nel libro quinto *membranarum* in D. 30.124: *debeant...debituri essent*; Nerazio, libro sexto *membranarum* in D. 37.10.9: *curare praetore debere* (anche se in questo caso la terminologia dovrebbe corrispondere a Labeone); Nerazio, libro septimo *membranarum* in D. 5.3.57: *oporteat...oportere...restituere debeat...*, in D. 36.3.13: *debentur*.

³² Come aveva notato Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, cit., 778 n.1 e ricordato anche Honoré, "A Study of Neratius", p. 229. Nei brani motivo di studio in questo lavoro troviamo la terminologia nel libro primo *membranarum* in D. 28.5.55 (54): *...si pupillo heres exstitit, propius est, ut Titio quoque, si velit, heres esse possit* e nel libro quinto *membranarum* in D. 30.124: *Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, ut viriles partes debeant...*

³³ Nel libro primo *membranarum* in D. 28.5.55(54): *...si pupillus in suam tutelam pervenerit, perinde ex Titii testamento liber heresque sit...*; libro settimo *membranarum* in D. 5.3.57: *...quaeri solet, utrum perinde ei hereditatem restitui oporteat...*; in D. 36.3.13: *...nam haec quoque praetor perinde salva esse vult atque ea quae iure civili debentur...*; in D. 44.2.27: *...nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis, posteaquam contra eum iudicatum esset...*

³⁴ Infatti, anche Honoré, *A Study of Neratius*, cit., 227 prende in considerazione questo brano per identificare la struttura del caso trattato dal giurista.

³⁵ Come aveva sottolineato Honoré, "A Study of Neratius", p. 229 n. 63 Così nel brano motivo d'analisi: *...dedisset... dando...dare...dare...dandi...dando...*

b. Il giurista identifica il problema con i verbi all'indicativo presente. Lo schiavo, sebbene abbia i dieci, deve altrettanto al *dominus*. (*decem habet et tantundem domino debet*).

c. La soluzione proposta dal giurista usando i verbi al gerundio e indicativo futuro³⁶. Lo schiavo non può essere liberato consegnando i dieci all'erede (*dando haec decem non liberabitur*).

d. Spiegazione del suo responso con uso di verbi all'infinito, indicativo e congiuntivo presente così come al perfetto. Siccome i dieci consegnati dallo schiavo per adempiere la condizione dovrebbero avere come origine il guadagno ottenuto dallo schiavo nella sua gestione del peculio e non diversamente, questo è il presupposto fondamentale del problema, ragione per cui l'interpretazione della clausola testamentaria dovrebbe essere in questo modo; lo schiavo non avrebbe potuto dare quello che si trovava fuori dal suo peculio (*nam quod statulibero ex peculio suo dare explendae condicionis causa concessum est, ita interpretari debemus, ut non etiam ex eo dare possit, quod extra peculium est*).

e. Uso dell'espressione *nec me praeterit*³⁷ per rinforzare la soluzione del suo responso, usando i verbi all'infinito e congiuntivo presente. Questo beneficio economico era considerato parte integrante del peculio benché, secondo Nerazio, in mancanza di denaro lo stesso non sarebbe nemmeno esistito (*nec me praeterit hos nummos peculiares posse dici, quamvis, si nihil praeterea servus habeat, peculium nullum sit*).

f. Esclusione di un'opinione contraria, riconducendo la *ratio* sotto una prospettiva di recupero storico con tempi del verbo all'indicativo, participio e infinito presente, congiuntivo perfetto e imperfetto, gerundio e indicativo imperfetto. Il giurista sulla funzione del peculio afferma che nella mente di coloro che avevano introdotto la norma si era costituita la possibilità dello schiavo di gestire il patrimonio come se fosse stato suo, situazione per cui sarebbe da escludere qualunque tipo di ingiuria contro i proprietari (*sed dubitari non oportet, quin haec mens fuerit id constituentium, ut quasi ex patrimonio suo dandi eo nomine servo potestas esset, quia id maxime sine iniuria dominorum concedi videbatur*).

g. Critica alla tesi contraria attraverso una *deductio ad absurdum*, usando i tempi del verbo al futuro semplice indicativo e participio, congiuntivo perfetto e presente così come gerundio. Se l'adempimento della condizione poteva essere fatto con denaro non appartenente al peculio, ciò comportava la possibilità per lo *statuliber* di adempiere alla condizione anche con denaro sottratto al suo *dominus*. (*quod si ultra quis progredietur, non multum aberit, quin etiam eos nummos, quos domino subripuerit, dando statuliberum condicioni satisfacturum existimet*).

Vediamo un altro caso interessante in cui Nerazio, nel libro primo *membranarum* in

³⁶ Che Nerazio abbia l'abitudine di usare frasi in futuro è sottolineato da Honoré, "A Study of Neratius", p. 229 riportando in note 59, 60 e 61 diversi esempi.

³⁷ Tale espressione è in uso in diversi autori di età imperiale così Seneca, *quaest. nat.* 3.1: *Non praeterit me, Lucili virorum optime...*; Plinio, *Ep.* 1.5.15: *...Nec me praeterit esse Regulum duskaqa...reton : est enim locuples, factiosus...* Ep. 6.29.4: *Nec me praeterit usus et esse et haberi optimum dicendi magistrum...*; Apuleio, *metam.* 6.13: *...Nec me praeterit huius quoque facti auctor adulterinus...*; Gaio, 1.55: *...Nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse.*

D. 28.5.55(54), che sarà analizzato con più attenzione nel § 2, segue questo schema con alcune varianti:

a. Il problema motivo di analisi, usando il verbo all'indicativo perfetto. Un *pater* aveva designato erede suo il figlio impubere nominando come sostituto del figlio uno schiavo al quale si poteva concedere la libertà, nell'eventualità che il minore fosse morto prima di raggiungere la pubertà (*Pater filio impuberi servum heredem substituit liberumque esse iussit*).

b. L'identificazione del problema con i verbi all'indicativo perfetto. Il pupillo vende lo schiavo a Tizio il quale, avendo già redatto un primo testamento, ne elabora un altro, in cui dispose che il *servus* sia erede e libero (*eum pupillus vendidit Titio: Titius eum iam primo testamento facto in secundo testamento liberum heredemque esse iussit*).

c. Interrompe il discorso per puntualizzare un dato evidente a qualunque giurista, ma non a un personaggio non esperto in materia, usando diversi tempi verbali (indicativo presente, infinito presente, congiuntivo presente, futuro anteriore). Il primo *testamentum* di Tizio sarebbe diventato *ruptum* per l'esistenza di uno successivo (ovviamente efficace), poiché uno schiavo poteva diventare erede testamentario e, perciò, il primo testamento sarebbe rimasto senza effetti (*ruptum est*) esistendo nel secondo l'istituzione d'erede (*superius testamentum Titii ruptum est, quia is servus et heres potest esse et, ut superius testamentum rumpatur. sufficit ita posterius factum esse, ut aliquo casu potuerit ex eo heres existere*).

d. La soluzione del problema con verbi all'indicativo, infinito e congiuntivo presente, sottolineandosi l'importanza dell'istituto trattato. La designazione di erede nella sostituzione pupillare avrebbe avuto un alto valore, per cui, finché lo schiavo non fosse diventato erede del pupillo in base alla sostituzione, non avrebbe potuto essere considerato *heres* e libero in base al testamento di Tizio (*quod ad vim autem eius institutionis pertinet, ita se res habet, ut, quamdiu pupillo ex ea substitutione heres potest esse, ex Titii testamento libertatem hereditatemque consequi non possit*).

e. Prima variabile da prendere in considerazione nel caso con una proposta di soluzione usando i verbi al futuro anteriore, congiuntivo presente e congiuntivo piuccheperfetto. Se il pupillo avesse raggiunto l'età necessaria per effettuare il proprio testamento, non avrebbe avuto luogo la sostituzione e lo schiavo sarebbe stato considerato come se non fosse stato mai erede sostituto del pupillo, non esistendo ostacoli per diventare libero ed erede di Tizio (*si pupillus in suam tutelam pervenerit, perinde ex Titii testamento liber heresque sit ac si pupillo substitutus non fuisset*).

f. Seconda variabile con una proposta di soluzione usando verbi al congiuntivo e infinito presente. Se il minore fosse morto prima di diventare pubere, la sostituzione avrebbe avuto luogo e lo schiavo sarebbe diventato erede e libero del pupillo e avrebbe potuto, soltanto se avesse voluto (*si velit*), diventare anche erede di Tizio (*si pupillo heres exstitit, propius est, ut Titio quoque, si velit, heres esse possit*).

Il libro primo *membranarum* di Nerazio tratta diversi argomenti ereditari: la sostituzione pupillare in D. 28.5.55(54) e il furto compiuto dallo schiavo legato nei confronti dell'erede in D. 47.2.65(64). Nel secondo libro l'autore ritorna a parlare della sostituzione pupillare in D. 29.2.59 e nel terzo analizza un caso di *actio familiae*

erciscundae in D. 10.2.54, così come del rapporto tra condizione e *statuliber* in D. 40.7.17. Il libro quarto non include temi in materia di eredità e il libro quinto tratta il problema dei legati in relazione alla designazione nominativa in D. 30.124. Il libro sesto analizza un problema di editto carboniano in D. 37.10.9, e di petizione d'eredità in D. 5.3.13.3, mentre il libro settimo, si riferisce alle garanzie concesse in materia di legati in D. 5.3.57 e D. 36.3.13., e all'*exceptio rei iudicatae* in relazione ad un'ipotesi di applicazione del senatoconsulto Tertulliano in D. 44.2.11pr.

2. Sostituzione pupillare (libro primo e secondo)

In un brano di Nerazio del suo secondo libro *membranarum* in D. 29.2.59 troviamo importanti criteri del giurista riguardo alla sostituzione pupillare:

*Qui patri heres exstitit si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere: quod sic recipiendum est etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit. nam is qui heres exstiterit, pupillo quoque heres necessario erit: nam si ipsum invitum obligat, coniungi eam paternae hereditati et ad crescendi iure adquiri cuicumque patris heredi existimandum est*³⁸.

Il brano inizia enunciando un criterio fondamentale della sostituzione pupillare '*Qui patri heres exstitit si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere*' poi; il giurista spiega che quest'affermazione si sarebbe dovuta ammettere anche (*etiam*) nel caso in cui fosse morto il *pater*, quando era ancora in vita il pupillo e dopo fosse deceduto il minore, prima di raggiungere la pubertà, ipotesi più evidente di sostituzione pupillare.

La critica della dottrina al passo non può passare inosservata sotto l'aspetto formale; infatti, l'uso ripetuto e ravvicinato dell'avverbio *nam* farebbe pensare all'esistenza di alterazioni in età giustiniana, probabilmente finalizzate a sintetizzare il suo contenuto. Finazzi³⁹ pensa che l'ineleganza di linguaggio sia causata dalla particolare natura dell'opera dalla quale il passo è estratto, ma la sua tesi non può essere condivisa, a nostro parere, perché, sebbene il titolo *membranae* avesse come contenuto miniature giuridiche, questo non autorizza a ritenere che il linguaggio scritto dal giurista sarebbe stato usato senza rispetto di regole stilistiche. Il brano è una sintesi giustiniana del pensiero neraziano e come tale dovrebbe essere interpretato; infatti, la massima

³⁸ Secondo Mommsen nella sua edizione *maior* del Digesto, il brano da *nam...erit* sarebbe una glossa postclassica. La tesi è condivisa da La Pira, G., "La sostituzione pupillare", *Studi in Onore di P. Bonfante*, 3, Milano, 1930, p. 309 n. 46, da Wolff, H. J., "Die Pupillarsubstitution. Eine Untersuchung zur Geschichte des 'heres' Begriffs und der römischen Rechtswissenschaft", *Studi in Onore di S. Riccobono*, 3, Palermo, 1936, p. 451n.74 e da Robbe, U., *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953, p. 307, n. 1, il quale include come frase postclassica la parte *nam si...hereditati et*. Il testo sarebbe questo: *si vivo pupillo mortuus erit (substitutus), deinde pupillus impubes decesserit, ad crescendi iure adquiri cuicumque patris heredi existimandum est*. Solazzi, S., "Unum testamentum duarum hereditatum", *Labeo* 1 (1955), p. 192, ritiene inattaccabile la prima parte: *Qui...praetermittere*, Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, pp. 62 ss., pensa che *nam-erit* fosse in origine una glossa finalizzata a chiarire il pensiero neraziano e, secondo noi, certamente il testo è stato rimaneggiato in età giustiniana, come dimostra il ripetuto uso di *nam* e il fatto (come abbiamo visto precedentemente) che il giurista nei libri *membranarum*, quando analizza un problema non indica mai in primo luogo all'inizio del brano un principio giuridico, ma indica il caso motivo di analisi. Nonostante tali perplessità formali il contenuto del testo sicuramente è classico, come vedremo di seguito.

³⁹ Finazzi, G., *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, p. 255 e n.143.

enunciata presupporrebbe elementi sottintesi probabilmente affermati dal giurista nell'opera classica. Su questo punto la proposta di 'Enantiofanoàj in sch. 3 a Bas. 45.1.21 (tesi seguita da Greiner e Honoré)⁴⁰ sembra condivisibile, non soltanto perché è il primo criterio interpretativo rilevato in passato, ma perché risulta il più adeguato: un testatore aveva nominato eredi i suoi figli, uno pubere e l'altro impubere e avrebbe stabilito come erede sostituto del minore il primo in caso di non raggiungimento della *pubertas*. Negando tale proposta interpretativa, dovremmo presupporre che il *de cuius* avesse nominato erede una persona estranea alla famiglia insieme al minore e che lo stesso non avrebbe avuto la possibilità di rifiutare la sostituzione pupillare, nonostante fosse un *heres* volontario del padre, ma evidentemente tale ipotesi risulta meno probabile.

Finazzi⁴¹ mette in dubbio la condivisione del dogma neraziano da parte della giurisprudenza nel suo senso letterale e presenta come fondamento il caso di Africano, del libro quarto delle questioni in D. 28.6.34.1:

Filium impuberem et Titium heredes instituit: Titio Maevium substituit, filio, quisquis sibi heres esset ex supra scriptis, substituit. Titius omisit hereditatem, Maevius adiit. mortuo deinde filio putat magis ei soli ex substitutione deferri pupilli hereditatem, qui patris quoque hereditatem adierit.

Il testatore nomina eredi suo figlio impubere e Tizio (*Filium impuberem et Titium heredes instituit*). Mevio era il sostituto del secondo e, nel caso del minore, la sostituzione corrispondeva a qualunque persona (Tizio o Mevio) che tra gli eredi scritti fosse diventato erede del padre (*filio, quisquis sibi heres esset ex supra scriptis, substituit*). Tizio non accetta l'eredità (*omisit hereditatem*) e perciò il suo sostituto Mevio diventò erede con l'*aditio* (*Maevius adiit*). Il minore non raggiunse la pubertà e Africano, probabilmente ricordando Giuliano (come farebbe pensare l'uso del termine *putat*⁴²), ritiene più adeguato (*magis*) che, in base alla sostituzione, l'eredità del pupillo fosse corrisposta soltanto a chi avesse fatto l'*aditio* del padre; cioè, non bastava la semplice nomina del sostituto, per diventare erede del pupillo, ma era necessario, inoltre (*quoque*), avere fatto l'*aditio* dell'eredità del padre⁴³.

⁴⁰ 'Enantiofanoàj. 'Exele t³⁄ⁿ poupillar...an Øpokat&stasin di| tÕ e,,rhmsnon bib. kq/. tit. b/. dig. nq/. per^ ødelfoà. In Scheltema H.J. e Holwerda D., *Basilicorum libri LX. Series B volumen VII Scolia in libr. XLII, 2-XLVIII*, Gravenhage, 1965, p. 2658. Balditara G., *Diritto Pubblico Romano*, Torino, 2013, pp. 32 ss., afferma che l'Anonimo/Enantiofane del secolo VII chiarisce e concilia le contraddizioni contenute nel Digesto, secondo noi, forse con qualche consultazione del materiale classico rimasto ancora in questo secolo. Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, p. 63, interpreta il brano nel senso che un *pater* ha prole immatura (unmündigem Abkömmling) e un pubere (Den Mündigen) menzionato nel passo con i termini *qui patri heres exstitit*. Allo stesso modo Honoré, "A Study of Neratius and a reflection on method", p. 235. Contrariamente Finazzi, *La sostituzione pupillare*, p. 255 n.139, nega la proposta per mancanza di giustificazione all'asserzione ma, secondo noi, se il brano fosse stato una sintesi giustiniana, non vediamo ragione valida per negare un utile criterio interpretativo.

⁴¹ Finazzi, *La Sostituzione pupillare*, pp. 262 ss.

⁴² In questo senso Finazzi, *La Sostituzione pupillare*, pp. 262 ss.

⁴³ Diversamente Finazzi, *La Sostituzione pupillare*, p. 263, afferma che l'avverbio *quoque* che pone in relazione l'avvenuta adizione dell'eredità del testatore con la delazione della pupillare nella frase *putat magis ei soli ex substitutione deferri pupilli hereditatem, qui patris quoque hereditatem adierit* 'sembra indicare che, malgrado l'avvenuto acquisto dell'eredità paterna, una nuova e separata adizione necessita per acquistare la pupillare'. Il fondamento di tale affermazione di Finazzi lo troverebbe 'nella cesura logica, che si evince dalla formula di sostituzione, tra il concetto di *heres sibi (patri)* e quello di *substitutus filio*, dalla quale sembra emergere una certa irrilevanza, nel caso di specie, del profilo della successione mediata del sostituto al testatore, sintomatica di una prospettiva completamente diversa

Tale brano secondo noi non è in contraddizione con il pensiero neraziano, anzi sembrerebbe più una conferma applicata all'erede volontario, perché, se il sostituto dell'impubere avesse voluto tralasciare l'eredità del figlio, non avrebbe dovuto eseguire l'*aditio* della *hereditas* del padre e, contrariamente, se avesse avuto interesse alla stessa, avrebbe dovuto accettarla, considerandosi da parte del giurista le due eredità in una relazione di dipendenza reciproca.

Si pensa⁴⁴ inoltre che un brano di Papiniano, *libro sexto responsorum* in D. 29.4.27 pr., sarebbe in contraddizione con la tesi neraziana:

Mater secundis tabulis impuberi filio substituta locum edicto facit, si omissio testamento legitimam hereditatem filii possideat. idem iuris erit et si filio heres data sit et substituta.

Il testo tratta dell'applicazione dell'*edictum si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem* (Tit. XXVI § 168 ed. Lenel) nell'ipotesi della madre sostituita del figlio impubere, che preferisce possedere *ab intestato* i beni del figlio, per evitare di pagare i legati disposti a suo carico nelle *secundae tabulae*. Finazzi afferma: 'mentre nel sistema descritto in Ner. 2 *membr.* D. 29.2.59, la madre coerede adeunte *ex institutione*, non potendosi sottrarre all'acquisto dell'eredità pupillare, sarebbe stata tenuta per ciò stesso nei confronti dei legatari, Papiniano, per ipotesi, svincolando le chiamate, si trovava a dover soddisfare la stessa esigenza sul piano del diritto onorario, applicando l'editto *si quis omissa causa*'. Noi non vediamo nessuna contrapposizione, poiché, sebbene Nerazio abbia stabilito l'impossibilità dell'erede sostituto di rifiutare l'eredità del figlio, questo non significa che Papiniano negasse mai tale tesi, che anzi, il giurista avrebbe aggiunto la facoltà ai legatari di recarsi dal pretore per ottenere la protezione dell'editto.

Un altro brano contrario alla tesi neraziana, secondo la dottrina⁴⁵, sarebbe quello di Ulpiano, *libro quarto ad Sabinum* in D. 28.6.10pr.:

Sed si plures sint ita substituti: 'quisquis mihi ex supra scriptis heres erit', deinde quidam ex illis, posteaquam heredes exstiterint patri, obierunt, soli superstites ex substitutione heredes existent pro rata partium, ex quibus instituti sint, nec quicquam valebit ex persona defunctorum.

Un testatore aveva nominato diversi eredi sostituti del figlio e tra quelli diventati eredi del padre alcuni sarebbero morti prima del minore. Il giurista sostiene che soltanto i sopravvissuti sarebbero diventati eredi in base alla sostituzione *pro rata* delle parti, di cui sono stati istituiti, senza bisogno di considerare i defunti.

Il testo effettivamente sembrerebbe contrario alla posizione di Nerazio in D. 29.2.59 (*Qui patri heres exstitit si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem*

rispetto a quella dalla quale si poneva Nerazio'. Non siamo d'accordo con lo studioso, perché non riusciamo a vedere la doppia *aditio* che Finazzi crede di trovare. L'uso di *quoque* indica che la nomina di sostituto dell'impubere non bastava per diventare il suo erede ma esisteva anche il bisogno dell'erede volontario, in questo caso Mevio, di accettare l'eredità del *pater*, per diventare effettivamente erede del minore e non una nuova e separata *aditio*, per ottenere l'eredità dell'impubere. Interpretando il testo in questi termini, non vediamo l'esistenza di contraddizione con il pensiero neraziano.

⁴⁴ Finazzi, *La Sostituzione pupillare*, pp. 263 ss.

⁴⁵ In questo senso La Pira, "La sostituzione pupillare", p. 309 n. 46 e Finazzi, *La Sostituzione pupillare*, pp. 264 ss.

eius praetermittere), perché anche in questo caso gli eredi del padre dovevano diventare eredi sostituti del figlio anche se già fossero morti; cioè, il diritto all'eredità sarebbe corrisposta ai successori di questi ultimi. Tale tesi potrebbe essere spiegata nel senso che il diritto del sostituto pupillare esisteva soltanto se l'erede era ancora in vita; infatti, tale criterio si trova in diversi testi giurisprudenziali come, ad esempio, Celso, *libro sexto decimo digestorum* in D. 28.5.60(59).6, in cui si dichiara che il coerede sopravvissuto escludeva gli eredi del premorto: *...nec potest intellegi datus ei qui tempore dandi in rerum natura non fuit* o il brano di Marciano, *libro quinto institutionum* in D. 38.16.9, in cui chiaramente si distinguono due casi: il primo, riportato anche in Inst. 3.4.4, dove la quota degli eredi legittimi che non potessero accettare l'eredità per causa di morte o per qualunque altra ragione sarebbe accresciuta per tutti gli altri successori e, in caso di loro morte, il diritto di accrescimento toccava ai loro eredi (*Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio et licet decesserint, antequam accresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet*); invece nella sostituzione del coerede le conseguenze potevano essere diverse, poiché l'eredità veniva conferita al sostituto, soltanto se era in vita e, nel caso di morte, il diritto non veniva trasferito all'erede del sostituto (*alia causa est institui heredis et coheredi substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur*).

La *ratio* di questa diversità si presenta nella natura della sostituzione pupillare poiché, come ricorda Gaio in 2.180, in questo istituto si trovava la peculiarità della coesistenza di due eredità contenute in un unico testamento: *aut certe unum est testamentum duarum hereditatum*. Così, il requisito che l'erede fosse in vita era necessario non soltanto alla morte del *pater*, ma pure dopo il decesso del minore, come affermava Ulpiano in D. 28.6.10pr. e nel suo libro tredicesimo *ad legem Iuliam et Papiam* in D. 29.2.81: *Totiens videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adisse, quotiens acquirere sibi possit: nam si mortuus esset, ad heredem non transferret substitutionem*. In conclusione, la tesi giurisprudenziale precedente non è contraria alla posizione neraziana, perché per il giurista antonino era lecito considerare come necessaria l'esistenza del sostituto pupillare al momento della morte dell'impubere⁴⁶.

Il caso considerato da Nerazio in D. 29.2.59 trattava di un testatore che aveva nominato eredi i suoi figli di cui uno era pubere e l'altro no, stabilendo inoltre come erede sostituto del minore il *puber*, il quale doveva essere in vita al momento della morte del fratello, diventando così erede necessario del pupillo (*nam is qui heres exstiterit, pupillo quoque heres necessario erit*). Il giurista aveva una visione unitaria del patrimonio ereditario, perché, sebbene l'eredità del pupillo avesse una propria identità, la stessa sarebbe considerata come parte condizionata dell'eredità paterna; infatti, il pubere, diventando sostituto del fratello, acquistava non soltanto la sua quota

⁴⁶ Su questo argomento Glück, F., *Ausführliche Erläuterung der Pandekten = Commentario alle Pandette*, 28, IV, Milano, 1904, p. 126, il quale dichiara: 'Infatti il principio che nel caso d'istituzione di più eredi la sostituzione avveratasi dopo la morte di uno di essi non abbia alcun effetto per gli eredi di lui non solo corrisponde ai principi generali del diritto, ma è anche confermato da varie testimonianze assai chiare delle fonti'. La Pira, "La sostituzione pupillare", p. 309 n.46, risolve il problema con il criterio della glossa in Ner. 2 memb. D. 29.2.59 in *Digestum infortiatum, Venetiis*, 1581, 452, in cui si distingue tra *ius substitutionis* e *ius accrescendi*. 'Il *ius substitutionis* non potrebbe evidentemente passare all'erede del sostituto. Trattandosi della attribuzione della qualità di erede, attribuzione per sua natura assolutamente personale, è ben chiaro che morto il sostituto prima del pupillo non possa più aver luogo la sostituzione pupillare'.

ereditaria, ma pure la totalità dell'eredità paterna in base al *ius adcrendi*: *coniungi eam paternae hereditati et adcrendi iure adquiri cuicumque patris heredi existimandum est*. La ragione sembra evidente, anche se coesistono due eredità nel testamento, sotto l'aspetto formale la volontà è soltanto del *pater* e per tale motivo nella prospettiva neraziana il patrimonio sarebbe stato considerato uno solo.

L'importanza della sostituzione pupillare è sottolineata da Nerazio nel suo libro primo *membranarum* in D.28.5.55(54) in un brano antecedente a D. 29.2.59, ma che noi abbiamo preferito riportare dopo, perché riguarda un caso specifico:

Pater filio impuberi servum heredem substituit liberumque esse iussit: eum pupillus vendidit Titio: Titius eum iam primo testamento facto in secundo testamento liberum heredemque esse iussit. superius testamentum Titii ruptum est, quia is servus et heres potest esse et, ut superius testamentum rumpatur. sufficit ita posterius factum esse, ut aliquo casu potuerit ex eo heres existere. quod ad vim autem eius institutionis pertinet, ita se res habet, ut, quamdiu pupillo ex ea substitutione heres potest esse, ex Titii testamento libertatem hereditatemque consequi non possit: si pupillus in suam tutelam pervenerit, perinde ex Titii testamento liber heresque sit ac si pupillo substitutus non fuisset: si pupillo heres existit, propius est, ut Titio quoque, si velit, heres esse possit.

Un *pater* aveva istituito come erede suo figlio impubere, nominando come suo sostituto uno schiavo, cui sarebbe stata concessa la libertà se il minore fosse morto prima di raggiungere la pubertà. Il pupillo, ovviamente con l'*auctoritas* del tutore, vendette lo schiavo a Tizio, il quale, avendo già redatto un primo testamento, ne fece un altro con cui concedeva l'eredità e la libertà allo schiavo. Il primo *testamentum* di Tizio diventava *ruptum* per l'esistenza di uno successivo (ovviamente efficace) e su questo punto il giurista si sofferma, per sottolineare, probabilmente a un pubblico non esperto, la *ratio* della validità del secondo⁴⁷, ricordando un dato acquisito in giurisprudenza: uno schiavo poteva diventare erede testamentario, per cui il primo testamento restava senza effetti (*ruptum est*), esistendo nel secondo l'istituzione di erede.

Dopo questa parentesi il giurista riprende il discorso e nello svelare la soluzione del problema ricorda come la designazione di erede nella sostituzione pupillare aveva un alto valore (*quod ad vim autem eius institutionis pertinet*), per cui, finché lo schiavo non fosse diventato erede del pupillo in base alla sostituzione, non poteva considerarsi *heres* e libero in base al testamento di Tizio; invece, se il pupillo fosse giunto all'età necessaria per effettuare il proprio testamento, non avrebbe avuto luogo la sostituzione e lo schiavo sarebbe stato considerato come se non fosse stato mai istituito come sostituto del pupillo (*ac si pupillo substitutus non fuisset*), non esistendo così ostacoli per diventare libero ed erede di Tizio. Se il minore fosse morto prima del raggiungimento della pubertà, la sostituzione poteva avere luogo e lo schiavo diventava erede e libero

⁴⁷ Non riusciamo a capire in modo diverso la ragione per cui il giurista avrebbe dovuto sottolineare un fatto già noto alla giurisprudenza antonina; infatti, che lo schiavo possa diventare erede è chiaramente sottinteso da Nerazio in relazione al contenuto della responsabilità del convenuto per motivo della legge Aquilia, come si osserva in Ulpiano, libro octavo decimo *ad edictum* in D. 9.2.23 pr.: *Inde Neratius scribit, si servus heres institutus occisus sit, etiam hereditatis aestimationem venire*. Questa spiegazione poteva essere fatta in un manuale di istituzioni come quello di Gaio 2.153 o qualora il problema fosse stato trattato davanti ad un pubblico non esperto, che avrebbe avuto bisogno di ulteriori chiarimenti; infatti, come vedremo di seguito, Cervidio Scevola analizzò la stessa *quaestio* in un'opera che probabilmente ebbe questo scopo come sostiene Masiello, *Le Quaestiones publice tractatae di Cervidio Scevola*, pp. 103 ss.

del pupillo e se avesse voluto (*si velit*), poteva diventare pure erede di Tizio.

Il brano è interessante sotto diversi profili; infatti, il forte valore attribuito da Nerazio alla *condicio substitutionis* permetteva la sua prevalenza di fronte ad una libertà concessa allo schiavo nominato erede dall'attuale *dominus* nel suo testamento; inoltre, un secondo elemento è rappresentato dalla facoltà concessa al liberto di scegliere tra l'accettazione o il rifiuto di questa *hereditas* dopo essere diventato erede dell'impubere. La presente tesi ricorda un passo successivo di Cervidio Scevola, *libro singulari quaestionum publice tractarum* in D. 28.6.48.2:

*Si pupillus substitutum sibi servum alienaverit eumque emptor liberum heredemque instituerit, numquid iste in substitutione habeat substitutum universum? ut, si quidem pupillus ad pubertatem pervenerit, necessarius ex testamento emptoris heres exstitit, sin vero intra pubertatem decesserit, ex substitutione quidem liber et heres sit et necessarius patri pupilli, emptori autem voluntarius heres exstitit*⁴⁸.

Il testo presenta lo stesso caso di Nerazio, una sostituzione pupillare in cui lo schiavo liberato diventa erede del pupillo, se non è giunto alla pubertà, ed un compratore dello stesso *servus* che lo libera e designa erede (eliminandosi il ricordo al primo testamento inefficace del compratore). Scevola risolve il problema considerando lo schiavo erede testamentario necessario del compratore, se il pupillo fosse giunto alla pubertà come aveva sostenuto Nerazio ma, nel caso in cui il pupillo fosse morto prima, Scevola dichiarava che lo schiavo sarebbe diventato libero ed erede necessario⁴⁹ del padre del pupillo (*liber et heres sit et necessarius patri pupilli*)⁵⁰ a differenza di Nerazio che lo considerava erede del pupillo in base alla sostituzione (*quamdiu pupillo ex ea substitutione heres potest esse... si pupillo heres exstitit*). Secondo Finazzi⁵¹, se Scevola qualificava il servo *necessarius* in riferimento al rapporto ereditario con il testatore, ciò non implicava che il *servus* non potesse essere erede dell'impubere; l'espressione *patri pupilli* sarebbe stata logicamente collegata a *necessarius* ma, poiché tale aggettivo è preceduto da *et*, non necessariamente considerava che il termine *heres* doveva essere inteso come copula di *patri pupilli*; così, ad avviso dello studioso, il giurista considerava il sostituto pupillare erede diretto del figlio e mediato del testatore, valorizzando quest'ultimo profilo in connessione alla qualifica di *necessarius*. La tesi di Finazzi attribuisce a Scevola una doppia prospettiva del sostituto pupillare, ma la sua spiegazione non sembra priva di dubbi, poiché, se lo schiavo fosse stato ritenuto libero

⁴⁸ Il contenuto del testo è classico, anche se potrebbero esistere interpolazioni formali secondo Wolff, "Die Pupillarsubstitution. Eine Untersuchung zur Geschichte des 'heres' Begriffs und der römischen Rechtswissenschaft", p., 440 n. 14; infatti, Mommsen nella sua edizione *maior* del Digesto sostituisce il termine *universum*, incorpora *sibi servum* e cambia il tempo del verbo da *exstitit* a *existat*, posizione che consideriamo accettabile, allo stesso modo di Johnston, D., *On a singular book of Cervidius Scaevola*, Berlin, 1987, p. 30, G. Finazzi, *La sostituzione pupillare*, p. 133 n. 21, e Masiello, *Le Quaestiones publice tractatae di Cervidio Scevola*, p. 138 n. 38.

⁴⁹ Lo schiavo nominato erede in una sostituzione pupillare diventa un erede necessario come conferma anche il brano di Ulpiano, *libro quarto ad Sabinum* in D. 40.7.2.4: *Quocumque gradu pupillo servus cum libertate substitutus sit, necessarii causam optinet: quae sententia utilitatis causa recepta est et a nobis probatur. Celsus quoque putat libro quinto decimo cum libertate substitutum statuliberi causam optinere.*

⁵⁰ Voci, P., "La sostituzione pupillare nel diritto romano", *AG* 149 fas.1-2 (1955), p. 51 = *Diritto ereditario romano*, 2, Milano, 1967, p. 213, vede il testo troppo sbrigativo, considerandolo un riassunto dell'originale, ragione per cui, a suo avviso, non sarebbe attendibile l'affermazione che il sostituto fosse un erede del *pater* e non del pupillo. Secondo noi la spiegazione sarebbe un'altra, come vedremo di seguito.

⁵¹ Finazzi, *La sostituzione pupillare*, p. 135 n. 29, nello stesso senso Spina, A., *Ricerche sulla successione testamentaria nei responsa di Cervidio Scevola*, Milano, 2012, p. 119.

ed erede (*liber et heres sit*) il termine *et* sarebbe servito come collegamento alle parole *necessarius patri pupilli*, altrimenti il giurista tardo antonino avrebbe dovuto dichiarare ‘libero ed erede del pupillo e necessario del padre del pupillo’.

Secondo noi la differenza di terminologia usata da Nerazio e da Scevola non altera la visione dei giuristi in materia di sostituzione pupillare, perché se il primo ritiene il servo come *heres pupillo* e il secondo come *necessarius patri pupilli* la *ratio* di tale diversità si trova nella stessa redazione dei brani; infatti, nel testo neraziano si dichiara che il *pater* nel suo testamento aveva designato il servo erede sostituto e libero del figlio (*Pater filio impuberi servum heredem substituit liberumque esse iussit*); cioè, la *quaestio* consiste nel determinare se lo schiavo diventa erede del pupillo o del suo compratore. Diversamente il brano di Scevola inizia con la frase ‘*Si pupillus substitutum sibi servum*’; la questione motivo d’indagine consiste nel determinare se con la morte dell’impubere si avvererebbe la *condicio substitutionis* stabilita dal testatore e in questo modo identificare se lo schiavo sarebbe diventato erede del *pater*, che aveva fatto la sostituzione, o del suo acquirente⁵². In conclusione, considerare lo schiavo erede e libero del *pater* o del *filius* è sotto il nostro punto di vista un falso problema⁵³, perché in età antonina erano corrette le due denominazioni. Infatti, la volontà testamentaria era del *pater* che aveva designato un erede, ma le conseguenze giuridiche erano a favore del figlio.

In un brano di Gaio 2.180⁵⁴ troviamo spiegazione alla dichiarazione che, se il figlio, erede del *pater*, fosse morto prima della pubertà, il sostituto sarebbe diventato erede del figlio (*ipsi filio fit heres substitutus*) come sostiene Nerazio. Gaio ritiene l’esistenza di due testamenti ‘*quodam modo*’, uno del padre e un altro del figlio (*Quam ob rem duo quodam modo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii*); poi, continua spiegando la prima dichiarazione e incorpora la comparativa ipotetica ‘*tamquam si*’ con cui esprime un paragone rispetto a quanto dice nella reggente: *tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset*. Evidentemente chi aveva nominato un erede non era il figlio, ma il padre e per questo motivo, secondo Scevola, lo schiavo sarebbe stato considerato *necessarius patri pupilli*; infatti, nella sostituzione pupillare esisteva la peculiarità di due eredità in base ad un unico testamento, come conclude Gaio (*aut certe unum est testamentum duarum hereditatum*), creando il paradosso che l’erede del figlio (nel nostro caso lo

⁵² Masiello, *Le Quaestiones publice tractatae di Cervidio Scevola*, pp. 137 ss., criticando la tesi di Johnston, D., *On a singular Book of ‘Cervidius Scaevola’*, Berlin, 1987, p. 137 n. 30 ss., sostiene che non è in discussione se la sostituzione pupillare avesse la precedenza su ogni altra forma di successione, come sostiene Johnston, ma la priorità concessa alla condizione di statulibero e solo per connessione alla sostituzione pupillare. Secondo noi la posizione dello studioso presenta dei dubbi, perché se il compratore avesse nominato erede lo schiavo e questo fosse morto prima del pupillo, la condizione di statulibero non sarebbe stata la priorità, come sostiene Masiello; infatti, senza la conoscenza della sostituzione pupillare (le *tabulae inferiores* non erano aperte prima della morte del pupillo), lo schiavo sarebbe diventato erede necessario di Tizio e poi, una volta conosciuta la volontà del *pater*, il giurista avrebbe stabilito che in base alla sostituzione lo schiavo liberato da Tizio sarebbe stato liberto del pupillo e non più del suo compratore; perciò, la *quaestio* consiste nel determinare se lo schiavo sarebbe stato erede in base alla sostituzione o invece del acquirente.

⁵³ Infatti lo stesso Scevola, nel suo libro secondo *responsorum* in D. 28.6.47, nel caso di un *pater* che aveva designato come erede sostituto del figlio impubere la sorella (anche impubere) parla dell’eredità del figlio e non del *pater* (*an filii hereditas...iure substitutionis pertineat...*).

⁵⁴ *Quo casu si quidem non extiterit heres filius, substitutus patri 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.*

schiavo) fosse considerato tale grazie alla volontà del *pater*⁵⁵.

Abbiamo visto fino ad adesso che nei brani di Nerazio e Scevola lo *statuliber* diventa libero ed erede dopo la morte del *filius* impubere, restando senza effetti la manomissione testamentaria fatta dall'attuale *dominus* (il compratore dello schiavo), ma tale soluzione presenta conseguenze che richiedono ancora un maggiore approfondimento. Secondo Donatuti⁵⁶ il servo, in pendenza della *condicio substitutionis*, in quanto *statuliber*, sarebbe diventato latino iuniano con la manomissione di Tizio, ma tale affermazione presenta dei dubbi, perché, come è noto, il testatore che nominava lo schiavo erede sostituto del figlio poteva redigere due documenti separati (*tabulae superiores* e *inferiores*) e così il testamento pupillare non sarebbe stato aperto fino alla morte del pupillo, per evitare eventuali insidie dal suo erede⁵⁷. Questo dato dimostra che lo schiavo non aveva conoscenza della manomissione testamentaria in base alla sostituzione pupillare; perciò, se il compratore fosse morto prima del pupillo, lo schiavo sarebbe stato, a tutti gli effetti, erede e libero di Tizio, poiché ignorava d'essere erede sostituto del figlio. L'apertura delle tavole in cui si trovava la sostituzione pupillare produceva successivamente la coesistenza di due cause di libertà, quella del *dominus* acquirente e quella del pupillo, e nonostante la prima fosse precedente alla seconda, quest'ultima prevaleva per il suo alto valore (*quod ad vim autem eius institutionis pertinet*); così, secondo i giuristi, lo schiavo liberato da Tizio non sarebbe stato ritenuto più il suo liberto, ma doveva essere erede e libero grazie alla sostituzione pupillare.

Per ultimo dobbiamo sottolineare la diversa terminologia usata da Nerazio e Scevola in relazione al ruolo dello schiavo liberato dall'acquirente: secondo il primo giurista il liberto poteva essere erede di Tizio, se così si fosse deciso (*si pupillo heres exstitit, propius est, ut Titio quoque, si velit, heres esse possit*), mentre per Scevola poteva diventare erede volontario (*emptori autem voluntarius heres exstitit*). Le conseguenze giuridiche erano le stesse: il liberto ed erede dell'impubere poteva rifiutare l'eredità, poiché non essendo più considerato liberto di Tizio, sarebbe mancato il presupposto logico per essere considerato il suo *heres necessarius*.

Un brano di Pomponio, *libro sexto ad Sabinum* in D. 30.45 pr., ricorda il pensiero di Nerazio e di altri giuristi intorno all'argomento motivo d'indagine:

Si a substituto pupilli ancillas tibi legassem easque tu a pupillo emisses et antequam scires tibi legatas esse alienaveris, utile legatum esse Neratius et Aristo et Ofilius probant.

Pomponio riporta un caso analizzato da Nerazio e Aristone, i quali condivisero la soluzione di Ofilio⁵⁸. Il legatario, ancora ignaro della disposizione del *de cuius*, compra

⁵⁵ Sotto questo profilo sembra difficile condividere la tesi di La Pira, *La sostituzione pupillare*, p. 307, che la decisione di Scevola sia più esatta di quella di Nerazio, perché pone in rilievo nel sostituto pupillare la sua caratteristica essenziale, quella di essere erede del padre.

⁵⁶ Donatuti, G., *Lo statulibero*, Milano, 1940, p. 188, tesi condivisa da Finazzi, *La sostituzione pupillare*, p. 134 n. 26.

⁵⁷ Come ricorda Gaio 2.181: *ceterum ne post obitum parentis periculo insidiarum subiectus videatur pupillus...Illam autem substitutionem, per quam, etiamsi heres extiterit pupillus et intra pubertatem decesserit, substitutum vocamus, separatim in inferioribus tabulis scribimus, easque tabulas proprio lino propriaque cera consignamus, et in prioribus tabulis cavemus, ne inferiores tabulae vivo filio et adhuc impubere aperiantur...*

⁵⁸ Honoré, T., *Ulpian*, Oxford, 1982, p. 232 sottolinea come nelle doppie citazioni di Pomponio viene

schiave dal pupillo (evidentemente con l'*auctoritas* del tutore), per venderle in seguito ad un terzo, nonostante fosse ancora vivo il pupillo⁵⁹. Dopo la morte dell'impubere, aperte le tavole separatamente sigillate, il legatario aveva notizia della disposizione a suo favore. I giuristi citati dichiarano la piena validità del legato, nel senso che doveva produrre pieni effetti giuridici, ma senza spiegare il significato di tali effetti. Secondo Finazzi⁶⁰, 'la *traditio* dall'impubere al primo acquirente e l'alienazione, verosimilmente un'altra *traditio*, dal primo compratore al subacquirente, sarebbero state effettuate *a non domino*, con la conseguenza che, tranne il caso dell'intervenuto acquisto della proprietà per usucapione, il sostituto pupillare, avveratasi la *condicio substitutionis*, poteva rivendicare la cosa legata *per damnationem* presso il terzo subacquirente'.

La tesi dello studioso, secondo noi, non può essere condivisa perché, se il pupillo vendeva le schiave con l'*auctoritas* del tutore, tale vendita non era *a non domino*. Il pupillo aveva pieno dominio sulle stesse, perché era erede del testatore, e le schiave formavano parte dell'eredità. Dopo la morte del pupillo la titolarità dell'eredità passava al suo erede sostituto, il quale doveva consegnare le schiave al legatario, come aveva stabilito il *pater*; ma, siccome il legatario aveva acquistato e venduto le schiave ad un terzo, il problema consisteva nel determinare come adempiere alla volontà del testatore. Il sostituto pupillare, avveratasi la *condicio substitutionis*, non poteva rivendicare la cosa legata *per damnationem* presso il terzo subacquirente, come sostiene Finazzi, perché il legato *per damnationem* non concedeva immediatamente la titolarità della cosa al legatario; perciò, crediamo più probabile che l'erede, per adempiere al legato, dovesse riacquistare dal compratore le schiave, per poi consegnarle al legatario e, se l'acquirente non voleva venderle, pagare il valore delle stesse⁶¹.

3. Furto compiuto dallo schiavo legato nei confronti dell'erede (libro primo)

nominato, in primo luogo, il giurista che cita, il quale, a sua volta cita un altro giurista; Stolfi E., "Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio", *SDHI*, 63, 1997, pp. 38 ss., pensa più ad un richiamo di prima mano di Pomponio, perché in diversi brani della sua opera si osserva la citazione di Aristone. Secondo la nostra opinione, Pomponio consultò i lavori di Nerazio, Aristone e Ofilio di prima mano, allo stesso modo di Nerazio in relazione ad Aristone e Ofilio. Se Pomponio fece un'inversione dell'ordine storico è soltanto perché ritenne necessario indicare per primo il nome del giurista più attuale di cui condivideva il pensiero.

⁵⁹ Secondo Ferrini, C., *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano*, rist. Roma, 1976, p. 610, le parole *antequam scires tibi legatas esse* probabilmente volevano indicare soltanto che l'alienazione avvenne quando era ancora in vita il pupillo. Finazzi, *La sostituzione pupillare*, p. 66, ritiene, invece, più che un aspetto meramente temporale il profilo soggettivo dell'*inscientia* del legatario. Secondo noi, il legatario ignorava l'esistenza del legato, perché siccome ancora non era morto il pupillo, non erano state aperte le tavole separatamente sigillate. Finazzi giustamente ricorda in nota 20 la possibilità anche di disporre la sostituzione nelle stesse tavole nelle quali era contenuta l'istituzione di erede: in tale caso la mancata conoscenza del legatario avrebbe avuto sicuramente un profilo soltanto soggettivo.

⁶⁰ Finazzi, *La sostituzione pupillare*, p. 68.

⁶¹ Ferrini, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi*, p. 610 riconosce giustamente in D. 30.45 pr., una dottrina più benigna di quella di Papiniano, *libro septimo decimo quaestionum* in D. 31.66.1, in cui il giurista considerava estinto uno dei legati, nel caso in cui due testatori diversi concedessero lo stesso legato consistente in una parte del fondo appartenente a Mevio. Se uno degli eredi avesse consegnato la parte del fondo, l'obbligo sarebbe stato estinto per l'erede dell'altro testamento; così, se l'onorato avesse venduto la cosa legata non si sarebbe rinovata l'azione estinta. (*Duorum testamentis pars fundi, quae Maevii est, Titio legata est: non ineleganter probatum est ab uno herede soluta parte fundi, quae Maevii fuit, ex alio testamento liberationem optingere, neque postea parte alienata revocari actionem semel extinctam*).

In una precedente monografia abbiamo studiato il problema della responsabilità del proprietario dello schiavo che aveva commesso un delitto⁶², ma se lo schiavo era concesso ad un legatario e il *servus* rubava una *res* appartenente all'erede, era necessario determinare se quest'ultimo avrebbe potuto agire in giudizio contro l'onorato. Tale argomento è stato trattato da Nerazio, *libro primo membranarum* in D. 47.2.65(64):

A Titio herede homo Seio legatus ante aditam hereditatem Titio furtum fecit. si adita hereditate Seius legatum ad se pertinere voluerit, furti eius servi nomine aget cum eo Titius, quia neque tunc, cum faceret furtum, eius fuit, et (ut maxime quis existimet, si servus esse coeperit eius, cui furtum fecerat, tolli furti actionem, ut nec si alienatus sit. agi possit eo nomine) ne post aditam quidem hereditatem Titii factus est, quia ea, quae legantur, recta via ab eo qui legavit, ad eum cui legata sunt transeunt.

Il testatore aveva nominato erede Tizio concedendo uno schiavo a Seio attraverso un legato *per vindicationem*. Dopo l'*aditio hereditatis* il legatario non ripudiò il legato e pretendeva la consegna dello schiavo, nonostante questo avesse commesso un furto contro l'erede e, poiché l'*heres* era vittima del delitto, gli veniva concessa la facoltà di agire in giudizio contro l'onorato, titolare dello schiavo. Il convenuto poteva scegliere tra la *noxae deditio* del *servus* o la sua difesa⁶³, ma siccome preferiva non ripudiare il lascito ereditario, scelse la seconda opzione per l'interesse che avrebbe avuto in relazione allo schiavo (*Seius legatum ad se pertinere voluerit*).

La *ratio* per cui l'erede poteva agire in giudizio contro il legatario trova come fondamento il principio giuridico in base al quale il legatario (onorato *per vindicationem*) diventava titolare della *res* dopo l'*aditio* dell'erede, senza che fosse esitata intermediazione fra il diritto del testatore e l'onorato (*recta via*) e, di conseguenza, la cosa legata non sarebbe entrata mai nel patrimonio dell'erede. Tale massima⁶⁴ è chiaramente enunciata da Papiniano, *libro primo definitionum* in D. 31.80: *Legatum (per vindicationem) ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas. quod eo pertinet, ut, si pure res relictas sit et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat numquam factum heredis.*

Su questo aspetto Nerazio ricorda che un giurista (senza indicare il suo nome) la pensava diversamente (...*ut maxime quis existimet, si servus esse coeperit eius, cui furtum fecerat*...), probabilmente perché nel suo tempo era rimasta ancora una posizione giurisprudenziale isolata, che al trovare difficoltà nello stabilire la titolarità del *servus* prima della dichiarazione del legatario di non ripudiare lo schiavo, lo riteneva appartenente all'erede. L'applicazione di tale pensiero produceva conseguenze diverse: l'erede non poteva agire con l'azione di furto nossale nei confronti del legatario, perché non era ancora titolare dello schiavo, e se l'erede, dopo il ripudio del legatario, avesse alienato il *servus*, non avrebbe potuto nemmeno agire contro l'acquirente. Non crediamo sia stato Nerazio il primo giurista a negare la validità della precedente tesi, ma sicuramente dopo di lui non sarebbero rimasti dubbi che nel legato *per vindicationem*, le cose legate passavano *recta via* dal testatore all'onorato, senza che fossero considerate

⁶² González Roldán, Y., *Dolo Desinere Possidere fra Editto del Pretore e Scienza Giuridica*, Bari, 2010, pp. 31 ss.

⁶³ González Roldán, *Dolo Desinere Possidere fra Editto del Pretore e Scienza Giuridica*, p. 34.

⁶⁴ Su questo argomento Grosso, G., *I legati nel diritto romano*, Torino, 1962, pp. 371 ss., e Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, pp. 386 ss.

parte del patrimonio dell'erede; infatti, Giuliano, *libro vicensimo secundo digestorum* in D. 9.4.40, condivide l'affermazione neraziana e include, inoltre, l'esercizio dell'*actio ad exhibendum*, se la cosa rubata dallo schiavo faceva parte della stessa eredità:

Si servus legatus ante aditam hereditatem rem heredis futuri subtraxerit, poterit is cum legatario qui legatum agnoverit furti agere: sed si idem servus hereditariam rem subtraxerit, furti actio cessabit, quia huiusmodi rerum furtum non fit: ad exhibendum autem actio competit.

Il caso trattato da Giuliano sarebbe lo stesso considerato da Nerazio in D. 47.2.65(64). Se l'onorato aveva intenzione di ottenere il legato (*legatum ad se pertinere voluerit, legatum agnoverit*⁶⁵), era responsabile nei confronti dell'erede, titolare della cosa rubata. La ragione è evidente, secondo Nerazio⁶⁶: lo schiavo non era mai appartenuto all'erede, perché le cose legate passavano direttamente dal testatore al legatario (*quia ea, quae legantur, recta via ab eo qui legavit, ad eum cui legata sunt transeunt*) e perciò il legatario, titolare del *servus*, era tenuto a rispondere nei confronti dell'*heres* con l'*actio furti*. Probabilmente il testo di Nerazio è stato accorciato dai compilatori, perché la seconda ipotesi, ricordata da Giuliano, sembrerebbe necessaria per completezza dello stesso ragionamento: se la cosa sottratta dallo schiavo prima dell'*aditio* non apparteneva all'erede, ma faceva parte dell'eredità, il legatario non era tenuto a rispondere con l'*actio furti* ma con l'*actio ad exhibendum*. La ragione di tale diversità è evidente: il furto di una cosa ereditaria richiedeva l'esistenza del possesso⁶⁷ e l'erede, prima dell'*aditio*, non era possessore, come ricorda Ulpiano, *libro nono de officio proconsulis* in D. 47.19.2.1: *...furti agi non potest, scilicet ante aditam hereditatem, vel post aditam antequam res ab herede possessae sunt.*

4. *Actio familiae erciscundae* (libro terzo)

Il libro terzo *membranarum* di Nerazio affronta, tra altri problemi, l'*actio familiae erciscundae*, come si osserva in D. 10.2.54 e, siccome esistono brani sullo stesso argomento in cui è ricordato il giurista indirettamente senza la possibilità di determinare il nome dell'opera, abbiamo deciso d'incorporare l'analisi in questa sede per completezza. Il passo dell'opera neraziana tratta il seguente caso:

⁶⁵ L'intenzione del legatario di ottenere il lascito ereditario è fondamentale per determinare la titolarità dello schiavo. Infatti, Giuliano, *libro trigesimo quarto digestorum* in D. 30.86.2, spiega che quando è legato uno schiavo rimangono in sospenso lo *status* e tutto quanto concernente la persona dello schiavo perché, se il legatario respingeva il legato, si riteneva che non era stato mai suo e se invece non lo respingeva, veniva considerato suo dal momento dell'*aditio*: *cum servus legatur, et ipsius servi status et omnium, quae personam eius attingunt, in suspenso est. nam si legatarius reppulerit a se legatum, numquam eius fuisse videbitur: si non reppulerit, ex die aditae hereditatis eius intellegitur.* Allo stesso modo, Ulpiano, *libro vicesimo secundo ad Sabinum* in D. 30.44.1, riconosce che, se il legatario non ripudiava la cosa (*legatarius non repudiavit*), il legato era valido dal momento in cui l'erede avesse fatto l'*aditio* e, in caso contrario, la *res* apparteneva all'erede: *si quis rem, sibi legatam ignorans adhuc, legaverit (per vindicationem), postea cognoverit et voluerit ad se pertinere, legatum valebit, quia, ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est: si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis.*

⁶⁶ Nappi, *Ius finitum*, p. 60, osserva giustamente che l'andamento del discorso di Nerazio in questo frammento non si riporta ad una 'assiomatizzazione', non è, cioè, assimilabile ad una articolazione logico-deduttiva. Il giurista non enuncia uno o più principi di diritto pertinenti alla questione per poi da essi trarre una soluzione, bensì avanza subito il suo parere e in un secondo momento egli rende esplicita la *ratio*, fondamento di quel suo parere.

⁶⁷ Sull'argomento Voci, *Diritto Ereditario Romano*, 1, p. 216.

Ex hereditate Lucii Titii, quae mihi et tibi communis erat, fundi partem meam alienavi, deinde familiae erciscundae iudicium inter nos acceptum est. neque ea pars quae mea fuit in iudicio veniet, cum alienata de hereditate exierit, neque tua, quia etiamsi remanet in pristino iure hereditariaque est, tamen alienatione meae partis exit de communione. Utrum autem unus heres partem suam non alienaverit an plures, nihil interest, si modo aliqua portio alienata ab aliquo ex heredibus hereditaria esse desiit.

Un *pater familias* concesse in vita ai figli la disponibilità di un fondo, dividendolo in due parti e uno degli eredi, dopo la morte del *de cuius*, prima della *litis contestatio* dell'azione di divisione (*deinde familiae erciscundae iudicium inter nos acceptum est*) vendette la sua porzione. Il problema consiste nel determinare se il prezzo ricevuto dalla vendita dovesse rientrare nella comunione ereditaria. Nerazio decise che il *pretium* ricevuto non rientrava nell'azione, poiché esso non formava più parte dell'eredità e, perciò, sebbene la porzione del fondo assegnato all'altro erede fosse compreso nell'eredità, doveva essere escluso anche dalla divisione⁶⁸. I termini *neque ea pars quae mea fuit in iudicio veniet, cum alienata de hereditate exierit* usati da Nerazio potrebbero causare perplessità, poiché come abbiamo visto in un'altra sede, la 'surrogazione' del prezzo rispetto alle cose ereditarie era stata già utilizzata nella *petitio hereditatis* per qualunque tipo di possessore prima ancora del 129 d.C., data del senatoconsulto 'Giuvenziano'⁶⁹, e se questo era stato possibile era perché la giurisprudenza incorporava il prezzo della vendita delle cose ereditarie nello stesso concetto di eredità; inoltre, dovremmo ricordare le parole di Ulpiano, nel libro quindicesimo *ad edictum* in D. 5.3.25.19 in cui affermava: *hoc senatus consultum ad petitionem hereditatis factum etiam in familiae erciscundae iudicio locum habere placet, ne res absurda sit, ut quae peti possint dividi non possint*. Da questi dati potremmo considerare che la soluzione del caso per Ulpiano era diversa dalla proposta fatta da Nerazio, perché per il giurista severiano il prezzo e la parte del fondo rimanente si dovevano considerare nel patrimonio ereditario.

Anche se la proposta neraziana afferma criteri alternativi a quelli considerati nel 'Giuvenziano', la soluzione del giurista traiano presenta sicuramente aspetti interessanti; infatti, ritenere il prezzo e la parte del fondo fuori della divisione rappresentava una soluzione più rispettosa a beneficio degli eredi. L'applicazione del criterio ulpiano avrebbe causato come risultato che il coerede (che aveva a disposizione la parte del fondo non venduta) avrebbe dovuto consegnare una quota dello stesso all'altro coerede e pretendere inoltre, la parte del prezzo ricavato dalla vendita della porzione del fondo ricevuto dal suo coerede, ma questa tesi era in contrasto con la volontà del *pater familias*, poiché questo ultimo, ancora in vita, avrebbe assegnato ad ognuno dei figli la propria parte del fondo; cioè, il testatore avrebbe fatto prima della sua morte la divisione di una cosa appartenente al patrimonio, situazione per cui sarebbe stato poco adeguato incorporare di nuovo il fondo nel *iudicium familiae erciscundae*, visto che la divisione era stata già stabilita dallo stesso Lucio Tizio.

La soluzione neraziana valeva nel caso che un fondo appartenente all'eredità fosse stato diviso dal testatore ancora in vita in diverse parti tra gli eredi; così questa *res* sarebbe stata esclusa dall'azione se uno di loro avesse venduto la propria porzione

⁶⁸ Sull'argomento Berger, A., *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar, 1912, pp. 15 ss.

⁶⁹ González Roldán, Y., *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari, 2008, pp. 112 ss., 359 ss.

nonostante i restanti coeredi non l'avessero fatto, ciò probabilmente, perché in origine il *iudicium familiae erciscundae* poteva dividere soltanto oggetti appartenenti all'eredità⁷⁰, senza che fosse considerato il prezzo, come invece accadde in un periodo successivo al 'Giuvenziano'. Con le ultime parole il giurista (*Utrum autem unus heres partem suam non alienaverit an plures, nihil interest, si modo aliqua portio alienata ab aliquo ex heredibus hereditaria esse desiit*) applica la soluzione precedente, anche quando uno o più eredi vendevano qualsiasi parte del fondo, senza che la stessa porzione fosse stata assegnata dal testatore ancora in vita. Si doveva considerare, perciò, tale parte esclusa dall'eredità e pertanto non compresa nell'azione di divisione.

Veniva trattato relativamente all'*actio communi dividundo* un caso molto simile in una costituzione di Caracalla del 213 in C. 3.37.1 pr.-1.: un fondo apparteneva a due fratelli e uno di loro aveva venduto la sua porzione. Secondo la cancelleria imperiale l'altro fratello non poteva pretendere la revoca della vendita, ma poteva comunque, richiedere la presenza in giudizio dell'acquirente con l'azione di divisione, poiché il fondo apparteneva a entrambi i proprietari (*Frater tuus si solam portionem praedii ad se pertinentem distraxit, venditionem revocari non oportet, sed adversus eum, cum quo tibi idem praedium commune esse coepit, communi dividundo iudicio consistit*). Nel caso in cui il fratello avesse vinto la *licitatio* sarebbe diventato titolare della totalità del fondo, pagando al comproprietario la sua parte, altrimenti, nel caso in cui un'altra persona avesse fatto una migliore offerta, questo avrebbe avuto diritto a una porzione del prezzo (*ea actione aut universum praedium, si licitatione viceris, exsoluta socio parte pretii obtinebis aut pretii portionem, si alius meliorem condicionem attulerit, consequeris*).

Nella presente soluzione, come abbiamo visto, chi aveva la sua parte del fondo avrebbe ottenuto la porzione del prezzo che gli sarebbe stata corrisposta, se non avesse vinto la *licitatio*. La seconda parte della costituzione sembrerebbe essere più incline alla tesi neraziana, quando dice: se era possibile fare la divisione del fondo facilmente senza causare ingiuria a nessuno, chi aveva la sua parte del fondo poteva possederla una volta aggiudicata con i suoi confini (*Quod si divisio praedii sine cuiusquam iniuria commode fieri poterit, portionem suis finibus tibi adiudicatam possidebis...*).

Questa costituzione è interessante perché, sebbene non riguardi un *iudicium familiae erciscundae*, spiega come la cancelleria imperiale ragionava in questo caso relativamente al problema del fondo condiviso; così, chi aveva la disponibilità di una parte del fondo poteva ottenere la quota del prezzo, cui avrebbe avuto diritto, se non avesse vinto la *licitatio*; se, invece, la divisione fosse stata facile, senza causare ingiuria ad uno dei comproprietari, ognuno poteva ottenere la sua parte che aveva a disposizione come nel caso presentato da Nerazio.

Un altro problema trattato dal giurista antonino in relazione all'argomento è ricordato da Ulpiano, *libro nono decimo ad edictum* in D. 10.2.18.7 senza che sia specificata l'opera neraziana che avrebbe consultato.

Sed et si quis Titio debitum solverit, ne pignus veniret, Neratius scribit familiae erciscundae iudicio eum posse experiri.

Uno degli eredi aveva pagato a Tizio un debito che aveva il *de cuius* e che era stato

⁷⁰ In questo senso Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, p. 16.

garantito con una cosa ereditaria a titolo di pegno per evitare la sua vendita. Nerazio scrisse che egli avrebbe potuto esperire il *iudicium familiae erciscundae* contro gli altri coeredi, per pretendere il rimborso della quantità pagata; infatti, se il coerede, invece di avere pagato la totalità del debito pignoratizio, avesse soltanto consegnato al creditore la quota che gli era stata corrisposta, non avrebbe potuto evitare la vendita della cosa pignorata⁷¹.

Una costituzione di Septimio Severo del 199 d.C., in C. 2. 18(19).3 riconosce la tesi di Nerazio circa l'uso del *iudicium familiae erciscundae* in questo caso oltre all'*actio negotiorum gestorum*:

Sive pro fratre coherede pecuniam solvisti, negotiorum gestorum actione experiri potest, sive pignoris liberandi gratia debitum universum solvere coactus es, actionem eandem habebis vel iudicio familiae herciscundae, si non est inter vos redditum, eam quantitatem adsequeris.

Se una persona pagava una quantità a favore del fratello, il coerede poteva esperire l'*actio negotiorum gestorum* o se era costretto a pagare la totalità di un debito per liberare un oggetto pignorato, egli poteva agire con tale azione, per ottenere la quantità pagata, o con il *iudicium familiae erciscundae*, se quest'azione non era stata esercitata precedentemente. La presente costituzione permette di ricordare un aspetto che sicuramente fu considerato da Nerazio in relazione all'esercizio dell'azione di divisione d'eredità; infatti, le parole *si non est inter vos redditum* sottolineerebbero che l'azione poteva essere esperita soltanto una volta, come fece notare Ulpiano, *libro nono decimo ad edictum* in D. 10.2.20.4: *Familiae erciscundae iudicium amplius quam semel agi non potest nisi causa cognita...*

Nerazio propose l'uso dell'*iudicium familiae erciscundae* non soltanto per la divisione delle cose ereditarie, ma ritenne anche possibile pretendere il rimborso della quantità pagata da uno dei coeredi, per evitare in questo modo la perdita della cosa pignorata che formava parte dell'eredità. Il brano non spiega cosa sarebbe accaduto se gli stessi coeredi non avessero avuto soldi per restituire la quota dovuta; in tale caso probabilmente Nerazio pensava ad una soluzione analoga a quella di D. 10.2.54: siccome la mancanza del pagamento faceva perdere la cosa pignorata, considerandola persa, sarebbe stata esclusa dall'azione, procedendosi poi secondo le regole dell'*actio communi dividundo* stabilite in C. 3.37.1.1. Così, dopo una *licitatio* e pagato il prezzo dall'acquirente, il coerede avrebbe ottenuto il rimborso e la quantità restante sarebbe stata divisa tra gli altri coeredi.

Su questo argomento sembra interessante riportare la tesi di Celso citata da Ulpiano, *libro nono decimo ad edictum* in D. 10.2.18.4, perché presenta un'applicazione della posizione neraziana:

⁷¹ Come ricorda Pomponio, *libro tricentesimo quinto ad Sabinum* in D. 13.7.8.2: *Si unus ex heredibus debitoris portionem suam solverit, tamen tota res pignori data venire poterit, quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset*; Paolo, *libro vicensimo tertio ad edictum* in D. 10.2.25.14: *Idem observatur in pignoribus luendis: nam nisi universum quod debetur offeratur, iure pignus creditor vendere potest*; Marciano, *libro singulari ad formulam hypothecariam* in D. 42.5.35: *...iure in possessione esse placet, donec solidum solvatur...* e la costituzione di Diocleziano e Massimiano del 294 d.C., in C. 8.27(28).16: *Unus ex multis debitoris qui pignora tradiderat heredibus, quod ab eo personali actione peti potuit, solvendo res obligatas distrahendi creditori facultatem non ademit*. Sull'argomento vedere Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, pp. 151 ss.; Wacke, A., "Ungeteilte Pfandhaftung", *Index* 3 (1972), pp. 465 ss.

Celsus etiam illud eleganter adicit coheredem et si non solvit habere familiae erciscundae iudicium, ut cogatur coheres solvere, cum alias non sit liberaturus rem creditor, nisi in solidum ei satisfiat.

Sebbene Nerazio abbia considerato la facoltà del coerede, che aveva pagato la totalità del debito pignoratizio, di agire con il *iudicium familiae erciscundae*, per pretendere il rimborso, in questo caso Celso incorpora anche la facoltà al coerede (anche se non avesse pagato il credito pignoratizio), di agire con la stessa azione, per costringere l'altro coerede a garantire attraverso una *stipulatio (ut cogatur coheres solvere)*⁷² che, nell'ipotesi in cui la somma di denaro non fosse risultata interamente pagata, tutelasse gli altri coeredi o garantisse il rimborso della propria quota a chi avesse pagato l'intero (stipulazione di garanzia *ut de indemnitate caveat per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solveretur, aut ut caveat se ei qui solidum solverit partem praestaturum*). Infatti, il pagamento totale del debito era necessario perché, come abbiamo detto precedentemente, la quota che doveva consegnare ogni erede non liberava la cosa pignorata.

La proposta di Nerazio dell'applicazione del *iudicium familiae erciscundae* non soltanto per dividere l'eredità tra coeredi, ma anche per pretendere il rimborso della somma pagata, per riportare la *res* pignorata tra le cose ereditarie fu un suo contributo di scuola proculeiana; infatti, il giurista applicò un criterio già riconosciuto precedentemente da Labeone in un caso simile [Lab., 4 post. a lav. epit. (D. 18.1.78.2)]. In tale brano il corifeo della scuola proculeiana riconobbe che il coerede, che aveva pagato la totalità del debito del *de cuius*, per ottenere la consegna del possesso di un fondo ereditario, poteva pretendere il rimborso dall'altro coerede attraverso il *iudicium familiae erciscundae (Qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur ei possessio, duobus heredibus relictis decessit. si unus omnem pecuniam solverit, partem familiae herciscundae iudicio servabit)*. Ritenere, inoltre, la facoltà di agire con la stessa azione contro gli eredi per il rimborso del riscatto della cosa ereditaria precedentemente pignorata dal *de cuius* sarebbe stata una proposta neraziana congrua con il criterio laboniano, poichè, siccome l'obbligazione contratta dal defunto doveva essere pagata per intero da uno degli eredi, il mezzo idoneo per pretendere il rimborso era l'azione di divisione. Dopo Nerazio, un passo successivo fu compiuto da Celso in D. 10.2.18.4, così l'azione non era soltanto il mezzo per ottenere il rimborso della quantità pagata, ma aveva, inoltre, come finalità, la richiesta al coerede di una stipulazione di garanzia per fare fronte al debito ereditario e ottenere così la cosa pignorata.

Un altro problema trattato da Nerazio, considerato nei suoi responsi⁷³ ma studiato in questa sede per completezza, è ricordato da Ulpiano, *libro nono decimo ad edictum in*

⁷² Su questo punto sembra adeguato il pensiero di Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, pp. 152 ss., che interpreta i termini *ut cogatur coheres solvere* nel senso delle *cautiones* riferite da Paolo, *libro vicensimo tertio ad edictum in D. 10.2.25.13* in un caso simile, il testatore aveva promesso una certa somma di denaro con una clausola penale e nonostante il debito fosse stato diviso tra gli eredi in forza della legge delle XII tavole era necessario che uno di loro facesse il pagamento totale, poichè pagare la propria quota non avrebbe evitato la penale (*Idem iuris est in pecunia promissa a testatore, si sub poena promissa sit: nam licet haec obligatio dividatur per legem duodecim tabularum, tamen quia nihil prodest ad poenam evitandam partem suam solvere*), a questo punto il giurista propone l'uso di una stipulazione di garanzia *ut de indemnitate caveat per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solveretur, aut ut caveat se ei qui solidum solverit partem praestaturum*.

⁷³ In questo senso Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, pp., n. 94, 777.

D. 10.2.20.7:

Neratius autem respondit: eum, qui plures filios haberet, unum ex filiis ægwnoqes...an suscepturum professum esse et priusquam honore fungeretur, mortuum esse omnibus filiis heredibus institutis, et quaesitum esse, an is filius, quod in eam rem impendisset, familiae erciscundae consequatur: eique respondisse nulla actione idem consequi posse. quod merito displicet. debet itaque hoc in familiae erciscundae iudicium venire.

Una persona con molti figli dichiarò che uno di loro doveva organizzare incontri di lotta (ægwnoqes...an)⁷⁴ o *munus certaminis moderandi* e, prima che fosse portato a termine l'incarico (et priusquam honore fungeretur), il *pater* muore, designando eredi tutti i suoi figli. La questione motivo d'indagine era determinare se il figlio, che doveva svolgere il *munus*, poteva agire con il *iudicium familiae erciscundae*, per ottenere così dal patrimonio ereditario le spese che dal suo peculio avrebbe sborsato per tale funzione. La risposta di Nerazio è in senso negativo e la *ratio* del suo pensiero non si trova nella pubblica dichiarazione del testatore di nominare il figlio come organizzatore dei giochi (autorizzando tacitamente le spese per tale finalità⁷⁵), ma nello scopo pratico della dichiarazione. Infatti, com'è noto, l'organizzatore dei giochi avrebbe ottenuto maggiore prestigio sociale poiché, svolgendo il suo compito (*honor*), avrebbe avuto uno strumento di propaganda politico-elettorale che giovava al figlio designato, facendogli acquistare popolarità tra i suoi concittadini⁷⁶.

⁷⁴ Persone di alto prestigio sociale avevano questa carica, come ricorda Plutarco, Catone il Giovane, 45: kaloŰmenoj d aŰtokrtwr ka^ strathgŰj "lloij tĭ strateŰmata ka^ tĭj tMparc...aj paradšdwken, aŰtŰj d tĭ pŰlei parakŰ htaĭ stŰseĭj ægwno etĭn tMn taĭj paraggel...aj ka^ □orŰbouj mhcanèmenoĭ...; Tito Flavio Giuseppe, *Antiquitates Judaicae*, 16.149 al parlare di Erode il Grande ricorda: ...diĭ d¾ taŰthn t¾n Filotim...an dihnēk¾j ægwno□šthj parĭ toĭj 'Hle...oĭj çnegrf h.

⁷⁵ Le spese erano sicuramente di altissimo valore, poiché, come ricorda Tacito, *Ann.* 4.62-63, siccome un liberto di nome Atilio aveva organizzato uno spettacolo (nel presente caso di gladiatori), senza adeguati mezzi finanziari, aveva causato la morte di un gran numero di persone per il crollo dell'anfiteatro senza fondamenta che aveva costruito per tale scopo. Tale tragico evento è stato la causa per cui i *patres* fecero un senatoconsulto sotto il consolato di M. Licinio e di L. Calpurnio del 27 d.C., il quale stabiliva che in futuro nessuno avrebbe potuto dare uno spettacolo di questo genere, se non avesse una rendita di quattrocentomila sesterzi (*cautumque in posterum senatus consulto ne quis gladiatorium munus ederet cui minor quadringentorum milium res neve amphitheatrum imponeretur nisi solo firmitatis spectatae*).

⁷⁶ Infatti nel racconto di Tacito menzionato nella nota precedente la finalità del liberto Atilio di organizzare lo spettacolo non era quella dell'evergetismo, per acquistare popolarità tra i suoi concittadini (come sarebbe stato il caso analizzato da Nerazio), ma una spregevole cupidigia di profitto: *ut qui non abundantia pecuniae nec municipali ambitione, sed in sordidam mercedem id negotium quaesivisset*. Sull'argomento vedere ad esempio Plass P., *The Game of Death in ancient Rome. Arena Sport and Political Suicide*, Wisconsin, 1995, p. 55, il quale sottolinea l'importanza dei giochi nella società romana: 'Games in general, not only gladiatorial contests, aimed at renewal of the community's vigor through furious discharge of energy, especially on the part of young people, who for that reason occupied a prominent place in public sport'. Riguardo all'organizzazione degli spettacoli fatti dai privati Gregori G. L., *Ludi e Munera. 25 anni di ricerche sugli spettacoli d'età romana*, Milano, 2011, pp. 17 ss. La tesi che il figlio fosse stato l'organizzatore dei giochi, per riuscire a ottenere in questo modo consenso tra i cittadini e ottenere un carico pubblico, potrebbe trovare conferma nel brano successivo in D. 10.2.20.7; infatti questo testo è collegato a D. 10.2.20.6 con la congiunzione avversativa *autem* per sottolineare la diversità della tesi di Nerazio (*Neratius autem respondit*) al pensiero di Papiniano in relazione al costo degli incarichi pubblici che il padre acconsentiva che assumesse il figlio. Mentre il giurista severiano riteneva la facoltà del figlio di prelevare preventivamente il costo di tali incarichi, perché era considerato un debito del padre, Nerazio la pensava diversamente: *Idem scribit et si filius in muneribus publicis, in quibus pater ei consentit, reliquatus est et pro parte heres scriptus est, hoc quoque debere praecipere, quia et hoc patris aes alienum fuit...*

Il responso neraziano non poteva essere a favore della tesi che le spese fossero pagate con il patrimonio ereditario, perché chi otteneva il prestigio sociale (probabilmente a scopo politico) sarebbe stato il figlio tenuto ad adempiere il *munus*; inoltre, il *de cuius* concede nel testamento l'eredità ai figli, senza dichiarare se l'erede, che avrebbe dovuto organizzare i giochi, poteva dedurre tali spese (*mortuum esse omnibus filiis heredibus institutis*), presupponendosi, così, che l'autorizzazione del *pater* di affrontarle aveva come punto di riferimento il suo peculio, escludendosi il carattere di debiti ereditari.

Nerazio negava al figlio la facoltà di agire con il *iudicium familiae erciscundae* (*eique respondisse nulla actione idem consequi posse*), perché probabilmente lo scopo di questa spesa era quello di ottenere un incarico pubblico grazie al consenso del popolo. Questo beneficio giovava soltanto a suo favore; infatti, il prestigio e il potere non potevano essere valutati in un'azione processuale e sicuramente questi aspetti extra patrimoniali per il giurista avevano più rilevanza della stessa ricchezza personale. La tesi di Nerazio rimase isolata, poiché giuristi severiani, tra cui Papiniano e Ulpiano, ritennero le spese erogate come debiti del *pater familias* (*quia et hoc patris aes alienum est*)⁷⁷; così il figlio organizzatore dei giochi ebbe la facoltà di agire con l'azione di divisione (*debet itaque hoc in familiae erciscundae iudicium venire*) e tale criterio giuridico, sebbene generasse una divisione più equitativa tra gli eredi sotto l'aspetto patrimoniale, non necessariamente era il più consono, poiché non veniva preso in considerazione il vantaggio personale extra patrimoniale, che otteneva soltanto uno degli eredi.

5. La condizione e lo statuliber (libro terzo)

Nerazio analizza il problema della condizione, con la quale lo *statuliber* otteneva la sua libertà, previa consegna di una determinata quantità all'erede. Quest'argomento è stato affrontato dal giurista nel suo libro terzo *membranarum* in D. 40.7.17.

*Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse: decem habet et tantundem domino debet: dando haec decem non liberabitur. nam quod statulibero ex peculio suo dare explendae condicionis causa concessum est, ita interpretari debemus, ut non etiam ex eo dare possit, quod extra peculium est. nec me praeterit hos nummos peculiares posse dici, quamvis, si nihil praeterea servus habeat, peculium nullum sit. sed dubitari non oportet, quin haec mens fuerit id constituentium*⁷⁸, *ut quasi ex patrimonio suo dandi eo nomine servo potestas esset, quia id maxime sine iniuria dominorum concedi videbatur. quod si ultra quis progredietur, non multum aberit, quin etiam eos nummos, quos domino subripuerit, dando statuliberum condicioni satisfacturum existimet*⁷⁹.

⁷⁷ Criterio di Papiniano condiviso da Ulpiano in D. 10.2.20.6, sull'argomento vedere Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, pp. 150 ss.

⁷⁸ Intorno al significato di *constituere* in Nerazio vedere Nappi, *Ius finitum*, pp., 65 ss., e per ultima Starace, P., *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, Bari, 2006, p. 225 n.17, nel presente contesto condividiamo la tesi di Nappi che il termine abbia una prospettiva di recupero 'storico'; infatti, l'argomentazione neraziana sembrerebbe trovare, secondo noi, fondamento non tanto in una prassi esistente nel suo tempo, ma nella ricerca di una *ratio* che abbia rispetto del passato.

⁷⁹ Grosso, G., "La finzione di adempimento nella condizione", *Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza di Modena* 47 (1930) = *Scritti storico giuridici*, 3, Torino, 2001, p. 433 n.1, sostiene che il testo sarebbe stato interpolato da *sed dubitari non oportet*, il che, secondo lo studioso 'non rappresenterebbe però un'innovazione sostanziale', ma senza presentare fondamenti alla sua tesi. Greiner,

Il brano tratta il caso di uno schiavo a cui era stato concesso dal *dominus* un peculio, per effettuare una determinata attività commerciale. Il testatore, proprietario dello schiavo, stabilisce nel suo testamento la clausola ‘*Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse*’ per cui, se il *servus* avesse consegnato dieci all’erede ma non avesse pagato i debiti esistenti derivati dalla gestione del peculio, la condizione, secondo Nerazio, non poteva essere ritenuta adempiuta. I dieci consegnati dallo schiavo dovevano avere come origine il guadagno ottenuto dal *servus* nella sua gestione del peculio e non diversamente, poiché questo beneficio economico era considerato parte integrante del peculio; infatti, in mancanza di denaro non sarebbe nemmeno esistito questo tipo di patrimonio. Il giurista, inoltre, sulla funzione del *peculium* afferma che da coloro che avevano introdotto la norma era stata prevista la possibilità per lo schiavo di gestire il patrimonio come se fosse stato suo (*ut quasi ex patrimonio suo dandi*), situazione per cui risultava evidente escludere qualunque tipo di ingiuria contro i proprietari; ad esempio, se si affermava che l’adempimento della condizione poteva avvenire con denaro non appartenente a questo tipo di patrimonio, allora si poteva considerare che lo *statuliber* avesse la facoltà di adempiere la condizione anche con denaro sottratto al suo *dominus*.

La posizione di Nerazio sembra rispondere alla parte della giurisprudenza che, invece, accetta l’adempimento della condizione ‘*Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse*’ con denaro non ottenuto dai profitti dello schiavo nella gestione del peculio, come giustamente ha affermato Scarano Ussani⁸⁰. Infatti, ritenere che lo *statuliber* potesse adempiere alla condizione con denaro sottratto al suo *dominus* sembrerebbe più una *deductio ad absurdum*⁸¹, con cui il giurista voleva difendere la tesi tradizionale. Secondo lo studioso l’affermazione era indirizzata a Giavoleno, il quale, nel libro quarto *ex posterioribus Labeonis* in D. 40.7.39.2, dichiarò una nuova proposta:

Si heres servo pecuniam ad negotiandum dedisset, statuliberum eam ipsam numerando liberari ex testamento non posse Labeo Trebatius responderunt, quia reddere eam magis quam dare videretur. ego puto, si peculiares nummi fuerunt, ex testamento eum liberum futurum.

Il brano presupponeva una clausola testamentaria, la quale concedeva la libertà allo schiavo dopo l’attività commerciale, che avrebbe dovuto compiere con il peculio concesso dal testatore. L’erede, inoltre, aveva consegnato allo schiavo denaro, per effettuare atti negoziali nell’ipotesi in cui il *servus* avesse restituito la quantità stabilita, ma questa non fosse derivata dall’attività commerciale. In tale caso non sarebbe stata

Opera Neratii. Drei Textgeschichten, pp. 34 ss., ritiene non appartenente al giurista i termini *maxime sine iniuria dominorum*, ma queste parole trovano una spiegazione nel contenuto del brano come sottolinea Honoré, *A Study of Neratius*, pp. 230 ss.

⁸⁰ Scarano Ussani, V., “Ermeneutica, diritto e ‘valori’ in L. Nerazio Prisco”, *Labeo* 23 (1977), pp. 188 ss., = *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, pp. 65 ss.

⁸¹ Su questo punto è interessante un brano dello stesso Nerazio del suo libro secondo *membranarum* in D. 25.1.15 in cui il giurista, analizzando il problema delle spese necessarie fatte in relazione ai beni dotali che producono una diminuzione della dote stessa, usa la *deductio ad absurdum* quando afferma che questo tipo di spese non avrebbero incluso le spese necessarie di conservazione che sarebbero state a carico del marito incorporando l’avverbio *alioquin* e dichiarando che, in caso contrario, si sarebbero dovute ritenere in questa categoria gli alimenti proporzionati agli schiavi della dote così come qualunque piccola riparazione degli edifici dotali e le piccole spese per seminare i campi dotali (...*alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data et quaevis modica aedificiorum dotalium refectio et agrorum quoque cultura dotem minuent...*). L’argomento è trattato da Nappi, *Ius finitum*, pp. 62 ss.

considerata adempiuta la condizione poiché, secondo Labeone e Trebazio, lo schiavo avrebbe soltanto restituito la quantità (*quia reddere eam magis quam dare videretur*). Giavoleno, al contrario dichiarò che, se il denaro era appartenuto al peculio in base al testamento, lo schiavo sarebbe diventato libero. Su questo punto noi troviamo difficoltà a ritenere il testo di Giavoleno contrario alla tesi neraziana, come invece sostiene Scarano Ussani, perché i termini *si peculiares nummi fuerunt*, non hanno il significato di ‘nummi dati per incrementare il peculio’, come ritiene lo studioso, ma soltanto che dopo l’attività commerciale, se lo schiavo non aveva ottenuto guadagni, ma sofferto delle perdite, sarebbe stato comunque liberato, poiché la quantità rimasta formava parte del *peculium* concesso dal testatore, distaccandosi così dalla tesi di Labeone e Trebazio.

In conclusione, nella prospettiva neraziana se uno schiavo aveva gestito un peculio e il *dominus* nel suo testamento lo aveva liberato sotto la condizione ‘*Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse*’, il *servus* avrebbe dovuto consegnare dieci corrispondenti al guadagno dell’attività commerciale, oltre al pagamento dei debiti generati dalla stessa in base allo stesso *peculium*. La mancanza di un profitto equivalente a dieci⁸² non avrebbe permesso l’avverarsi della condizione e la possibilità che lo schiavo potesse ottenere i dieci in modo diverso non era ritenuto valido dal giurista, poiché il denaro poteva provenire soltanto dall’amministrazione del peculio concesso dal *dominus* e non da cause diverse; infatti, l’unico guadagno lecito dello schiavo proveniva dalla gestione dello stesso. Contrariamente altri giuristi non identificati accettano l’eventualità che in mancanza di guadagno lo schiavo si potesse procurare la quantità in modo diverso, ma questa tesi avrebbe scandalizzato Nerazio poiché, se lo schiavo avesse ottenuto denaro in altro modo da quello abituale, si creava l’eventualità che il *servus* potesse commettere atti contrari al diritto, per ottenere in questo modo la sua libertà.

Un brano collegato al precedente in cui esiste un ricordo del pensiero neraziano si trova in Pomponio, *libro octavo ad Sabinum* in D. 40.7.5 pr.

Statuliber rationem reddere iussus reliquum quod apparet solvit, de eo, quod obscurius est, satisdare paratus est. Neratius et Aristo recte putant liberum fore, ne multi ad libertatem pervenire non possint incerta causa rationis et genere negotii huiusmodi.

Lo schiavo nella sua attività negoziale svolta grazie al peculio concesso dal *dominus* veniva liberato a condizione che consegnasse i conti della sua gestione. L’erede trova diversi punti oscuri sui conti (senza una specificazione precisa) e il *servus*, di fronte a tali dubbi, propone di garantire per gli eventuali errori esistenti. Aristone e Nerazio non vedono difficoltà di ritenerlo libero, soprattutto per evitare che, con il pretesto di un motivo incerto in relazione ai conti, gli schiavi dedicati ad attività commerciale non potessero ottenere la propria libertà.

Il confronto tra D. 40.7.17 e D. 40.7.5 pr. potrebbe fare pensare ad una visione contraddittoria da parte del giurista poiché, mentre nel primo brano non ritiene valida la possibilità che lo schiavo possa ottenere la libertà, consegnando la quantità richiesta non pervenuta dalla sua gestione del peculio, nel secondo caso, invece, sembra essere un sostenitore del *favor libertatis*. L’apparente contraddizione trova una chiara spiegazione nelle parole del giurista: permettere allo schiavo di pagare i dieci con denaro che non apparteneva originariamente al suo peculio, apriva la strada ad una serie di atti di dubbia legalità, addirittura sottraendo denaro al proprio *dominus* (*non multum aberit, quin*

⁸² Su questo punto Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, p. 33.

etiam eos nummos, quos domino subriperit, dando statuliberum condicioni satisfacturum existimet).

Tale situazione, probabilmente accettata da altri giuristi, doveva essere fermata; infatti, la sua *ratio* rispecchiava una visione rispettosa del passato e non era una proposta innovativa evitando di concedere ad ogni costo la libertà al *servus*. Diversamente i dubbi non specificati in relazione ai conti presentati dallo schiavo potevano essere piuttosto un pretesto dell'erede per ostacolare la libertà e, poiché lo *statuliber* era pronto a garantire per la sua adeguata gestione (*satisdare paratus est*), non esistevano ragioni per negargli la libertà; la proposta di Aristone, condivisa da Nerazio, era una soluzione che sicuramente sarebbe andata a beneficio di tutti i casi in cui, senza pretesto di *obscuritas* dei conti, gli schiavi dedicati a un'attività negoziale non avessero potuto ottenere la libertà concessa dal testatore.

Un altro problema, in relazione alla condizione dello *statuliber* di consegnare i conti della sua gestione, consiste nel luogo in cui doveva avvenire l'obbligo di rendicontare; tale argomento è trattato da Pomponio, *libro duodecimo epistularum* in D. 35.1.112.3, che riporta un responso di Nerazio.

Priscus respondit statuliberum non utique ibi ubi pater familias decessit aut ubi ipse relictus sit aut ubi velit, rationes reddere debere, sed interim proficisci ad eum, cui reddere debeat, utique si is rei publicae causa aberit: verissimum est autem, ut alias aliud ex persona locoque sit aestimandum.

Nerazio affermava che lo *statuliber* non doveva rendere i conti dove era morto il *pater familias*, dove li aveva consegnati o dove li avrebbe voluti consegnare, ma in certe occasioni lo schiavo era tenuto a raggiungere colui che avrebbe dovuto rendicontare, soprattutto se si era allontanato per causa della repubblica. Tale pensiero fu condiviso da Pomponio (*verissimum est*) il quale sostiene che in ogni caso specifico si doveva valutare la situazione precisa in base alla persona e al luogo.

Sicuramente il luogo più adatto per rendicontare e consegnare il rimanente della sua gestione nel tempo stabilito dal testatore⁸³ era dove si svolgeva l'attività negoziale, ma poiché l'erede poteva essere lontano, ad esempio, per causa della repubblica, lo *statuliber* era tenuto ad andare nel luogo in cui si trovava l'erede per adempiere alla condizione. Il giurista non ritiene che sia una facoltà dello schiavo decidere il luogo dove doveva avvenire il rendiconto e il versamento dei *reliquia*, poiché la sua scelta poteva essere la meno adatta all'erede e perciò, secondo Pomponio, in ogni caso specifico sarebbe stato necessario valutare il luogo in cui doveva avvenire il rendiconto.

⁸³ Il giorno in cui doveva essere fatto il rendiconto doveva essere quello determinato dal testatore; infatti Giavoleno nel suo libro sesto del suo commento a Cassio in D. 40.7.28pr., presenta il caso in cui lo schiavo era tenuto a rendicontare all'erede trenta giorni dopo la morte del testatore, per ottenere la sua libertà (*Si hereditas eius, qui servum, intra dies triginta mortis suae si rationes reddidisset, liberum esse iusserat*). Il giurista dichiara che dopo questo tempo non era possibile considerare adempiuta la condizione, ma in base al *favor libertatis* sarebbe stato liberato, se il rendiconto fosse stato fatto dopo, non per colpa dello schiavo, ad esempio, perché l'*aditio* era avvenuta dopo i trenta giorni (*post dies triginta adita est, iure quidem stricto ita manumissus liber esse non potest, quoniam condicione deficitur: sed favor libertatis eo rem perduxit, ut respondeatur expletam condicionem, si per eum, cui data esset, non staret quo minus expleretur*). Sull'argomento Buckland, W. W., *The roman Law of Slavery*, Cambridge, 1908 (rist. 1970), pp. 494 ss., Donatuti, *Lo statulibero*, pp. 311 ss., e per ultima Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, pp. 261 ss.

Nerazio analizza un altro caso di condizione stabilita nel testamento per concedere allo schiavo la sua libertà secondo l'indicazione di Ulpiano, *libro nono decimo ad Sabinum* in D. 40.4.7:

Neratius scribit eius, cui libertas sic data est 'si mihi nullus filius erit cum moriar, Stichus liber esto', impediri libertatem postumo nato. sed dum speratur nasci, utrum in servitute remanere dicimus, an vero ex postfacto respondemus retro liberum fuisse nullo filio nato? quod magis arbitror probandum.

Il giurista analizza la condizione '*si mihi nullus filius erit cum moriar, Stichus liber esto*', e su questo problema si deve determinare il significato di *nullus filius erit* perché, come giustamente fa notare Scialoja⁸⁴, queste parole non corrispondono ai figli concepiti poiché si dovrebbe interpretare come requisito indispensabile la nascita (*postumo nato*). Al momento della morte del *dominus* lo schiavo ignora se il testatore abbia o no concepito un figlio e nel caso della nascita sarebbe ostacolata la sua libertà ma, nell'ipotesi di un aborto spontaneo, lo schiavo poteva diventare libero, poiché si sarebbe avverata la condizione. Ulpiano⁸⁵ circa la soluzione di Nerazio affronta la posizione giuridica del *servus*, nel caso in cui il figlio si trovasse ancora nel grembo materno e propone due soluzioni probabilmente già considerate dalla giurisprudenza precedente: la prima meno fattibile, che lo schiavo sarebbe rimasto fino alla nascita, e la seconda, più adatta (*magis arbitror*⁸⁶), di considerare lo schiavo retroattivamente libero se il figlio concepito non fosse nato. Scialoja⁸⁷ parla di una *condicio in praesens collata*, di cui si ignora l'esistenza e dalla quale dipende lo *status* dello schiavo; se il fatto aveva luogo (aborto spontaneo) lo schiavo era ritenuto libero dallo stesso momento in cui fosse morto il suo *dominus*, producendosi una retroattività (*retro liberum fuisse*), che non si sarebbe riscontrata in altri tipi di condizioni⁸⁸.

⁸⁴ Scialoja, V., *Negozi giuridici*, Roma, 1950, pp. 115 ss.

⁸⁵ Dopo la citazione della tesi di Nerazio la questione è analizzata da Ulpiano come ritengono Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, p. 785 e Wesener, G., "Pendenz, vor Wirkungen und Rückwirkung der Aufschiebenden Bedingung im römischen Recht", *Festgabe für A. Herdlitzka*, München- Salzburg, 1972, p. 283.

⁸⁶ Secondo Mayer-Maly, T., "Problemi della condizione", *Labeo* 14 (1968), p. 299, con i termini *magis arbitror* Ulpiano presenta una certa cautela nella sua posizione, rendendosi conto dei problemi derivati da tale pensiero.

⁸⁷ Scialoja, *Negozi giuridici*, p. 115 tesi condivisa da Masi A., *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966, pp. 144 ss., il quale nega sia effettivamente una vera condizione perché, a suo avviso, 'l'incertezza al momento dell'acquisto dell'eredità può essere soltanto soggettiva'.

⁸⁸ Secondo Donatuti, *Lo Statulibero*, p. 213, la deroga ai principi ispirata dal *favor libertatis* è di carattere troppo legislativo per potersi attribuire alla giurisprudenza classica. Secondo Massi, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, p. 145, 'non esiste una retrodatazione degli effetti della condizione verificata, ma sia pure *ex postfacto*, si constata che la condizione risulta avverata nel momento stesso della morte del testatore', ma tale pensiero è stato messo in discussione da Mayer-Maly, *Problemi della condizione*, p. 299, da Hasmaninger, H., nella sua recensione alla sua opera, *RHD* 36 (1968), p. 574 e da Flume W., "Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker", *ZSS* 92 (1975), 124, perché, come notano gli studiosi, i termini usati da Ulpiano sono *retro competit libertas*, cioè presuppongono l'esistenza di retroattività. Secondo noi, la posizione è sicuramente ulpianea e la particolarità di questo caso è dovuta al problema che la condizione stabilita dal testatore non poteva essere valutata dopo la sua morte, rimanendo lo schiavo in una situazione di incertezza, anche se il *de cuius* non avesse avuto figli nella sua vita. L'esistenza di un concepito avrebbe prolungato il tempo necessario per determinare l'avverarsi della condizione, producendo, perciò, una particolarità non riscontrabile in altri tipi di condizioni.

6. Legati e designazione nominativa (libro quinto)

Com'è noto, il testatore poteva disporre che gli eredi fossero tenuti ad adempiere a determinate disposizioni testamentarie, tra cui legati e fedecommessi; nel caso del legato *per damnationem* sorgeva il problema del criterio da seguire per la ripartizione interna dell'onere tra gli eredi, una volta adempiuto il legato. La posizione di Nerazio sull'argomento si trova in un brano del suo libro quinto *membranarum* in D. 30.124.

*Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequantur in legato praestando, qui, si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent*⁸⁹.

La tesi del giurista può essere spiegata attraverso un caso concreto: Tizio nomina eredi nel suo testamento Sempronio, Mevio e Caio in parti diseguali. Il primo avrà un semiasse (6/12), mentre i secondi un *quadrans* ciascuno (3/12 e 3/12); il testatore stabilisce, inoltre, in un legato *per damnationem*⁹⁰, che Sempronio, Mevio e Caio dovranno consegnare al legatario 20 dal patrimonio ereditario. Se l'eredità avesse avuto, ad esempio, un valore di 120, sarebbe rimasto un patrimonio di 100 una volta adempiuto l'onere; la *quaestio* motivo d'indagine consiste nel determinare la divisione di quest'onere tra gli eredi. Nerazio risolve il problema nel seguente modo: se gli *heredes* fossero stati designati nominativamente, questi avrebbero dovuto consegnare parti uguali al legatario (ognuno 1/3 di venti). Al contrario, se essi non fossero stati elencati, avrebbero dovuto consegnare porzioni ereditarie diverse; così Sempronio sarebbe stato tenuto a dare 10, mentre Caio e Mevio 5 ciascuno. In questo modo se l'eredità avesse avuto un valore di 100, 6/12 dovevano essere corrisposti a Sempronio (50) e i restanti 6/12 divisi tra Mevio e Caio, ossia 3/12 (25) ciascuno.

La posizione di Nerazio probabilmente rispecchia una tesi della scuola proculeiana in materia di designazione nominativa; infatti, vediamo che Pomponio, nel libro ottavo del suo commento *ad Sabinum* in D. 40.7.8.1, ricorda il pensiero di Labeone sull'applicazione della ripartizione tra gli eredi di una quantità che doveva pagare lo *statuliber*, per ottenere la sua libertà:

Si partes suas quisque heredum diversis ementibus vendiderit, quas portiones heredibus dare statuliber debuit, easdem dabit emptoribus. Labeo autem ait, si nomina dumtaxat heredum in testamento posita sint, viriles partes eis dandas: si vero ita 'si heredibus dedit', hereditarias.

Il presente caso potrebbe essere spiegato con un esempio simile a quello che abbiamo riportato precedentemente: Tizio nomina eredi Sempronio, Mevio e Caio in parti diseguali. Il primo avrà un semiasse (6/12) e i secondi un *quadrans* ciascuno (3/12 e 3/12); inoltre, egli concede la libertà ad uno schiavo a condizione di dare 20 agli eredi. Se ognuno degli *heredes* vendesse a diversi compratori le proprie quote dell'eredità, i compratori riceverebbero la quantità che lo *statuliber* è tenuto a consegnare agli eredi,

⁸⁹ Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, p. 40, condivide la tesi di Beseler, G., "romanistische Studien", *RHD* 10 (1930), pp. 215 ss., e "unklassische Wörter", *ZSS* 56 (1936), p. 71, che il brano sia interpolato a partire da *quia* perché, secondo lo studioso, i termini successivi avevano la finalità di spiegare il pensiero del giurista; ma, secondo noi, non esistono motivi per mettere in dubbio che fosse lo stesso Nerazio a chiarire la propria tesi.

⁹⁰ Risulta evidente che il legato di cui ricorda Nerazio sia *per damnationem* in base ai termini *damnati sunt*. Nello stesso senso Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, p. 40.

per diventare libero⁹¹. La ripartizione dei venti (tra eredi o compratori) avveniva, secondo il pensiero di Labeone, in questo modo: se il testatore aveva riportato i nomi degli eredi nella stessa condizione che doveva adempiere lo *statuliber*, ognuno doveva avere la terza parte di venti. Al contrario, se il testatore non aveva scritto i nomi degli eredi nella condizione, lo *statuliber* doveva dare 10 a Sempronio, 5 a Mevio e 5 a Caio.

Ritornando a D. 30.124 risulta evidente che Nerazio condivideva lo stesso criterio di Labeone; così, nel caso in cui il testatore avesse designato gli eredi nominativamente, il debito o il credito doveva essere riscosso secondo porzioni virili (diviso in parti uguali); ma, se nel testamento non erano stati designati gli eredi nominativamente, il criterio applicato doveva essere quello delle quote ereditarie. I termini *propius est*, riferiti da Nerazio, fanno pensare che la tesi proculeiana non fosse condivisa da tutti; infatti esiste un testo di Paolo, *libro octavo ad Plautium* in D. 45.2.17, in cui troviamo la tesi di Sabino, Cassio e Atilicino diversa dalla precedente:

*Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset, sive ab omnibus excepto aliquo, Atilicinus Sabinus Cassius pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros aiunt, quia hereditas eos obligat. idem est cum omnes heredes nominantur*⁹².

Il presente brano riporta l'opinione sabiniana, come giustamente affermato da Voci⁹³, ma sembra interessante sottolineare che la posizione di Sabino e Cassio fu seguita anche da Atilicino, probabile allievo di Proculo⁹⁴. Secondo la tesi sabiniana la designazione nominativa di alcuni o di tutti gli eredi, ad eccezione di qualcuno (*excepto aliquo*), doveva essere interpretata nel senso che erano dovute le quote ereditarie e non virili. Tale criterio andava applicato, anche se tutti gli eredi fossero stati designati

⁹¹ In una precedente monografia González Roldán, Y., *Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano*, México, 1997, pp. 125 ss., abbiamo affermato che il venditore dell'eredità doveva trasmettere i crediti della stessa con la cessione d'azioni (*praestare actiones*) come risulta da Gaio 2.252. Evidentemente, nella presente ipotesi, la quantità di denaro che lo *statuliber* doveva pagare agli eredi, per ottenere la sua libertà, era un credito ereditario e, perciò, doveva essere ricevuto dai compratori e non dagli eredi.

⁹² Grosso, G., "Appunti sulla designazione nominativa", *SDHI* 7 (1941), pp. 151 ss. = *I legati nel diritto romano*, Torino, 1962, pp. 160 ss., condivide la tesi di Ferrini, *Teoria generale dei legati e dei fidecommessi secondo il diritto romano*, p. 120 n.3, secondo cui il brano in origine faceva riferimento ad un legato *per vindicationem*. La presente posizione aveva come fondamento l'esistenza di interpolazioni giustiniane: il *totum* deriverebbe da una corruzione dell'originario *tantum* o da una cosciente alterazione bizantina, la motivazione *quia hereditas eos obligat* sarebbe interpolata così come le ultime parole *idem est*. Questo pensiero non sarebbe condiviso da Fadda, C., *Concetti fondamentali di diritto ereditario romano*, 2, Milano, 1949, p. 344 n.2. Secondo la nostra opinione non esistono ragioni per considerare valida tale posizione; i termini *quia hereditas eos obligat* sono classici e riconducono la fattispecie al legato obbligatorio.

⁹³ Voci, *Diritto Ereditario Romano*, 2, p. 241 n.12.

⁹⁴ Come si osserva in diversi brani del Digesto v.g. Proculo, *libro undecimo epistularum* in D. 23.4.17: *Atilicinus Proculus suo salutatem...*; Paolo, *libro tertio ad edictum* in D. 2.14.27 pr.: *...Neratius Atilicinus Proculus...idem Labeo...*; Ulpiano, *libro tertio decimo ad edictum* in D. 4.8.21.9: *...Proculus et Atilicinus aiunt...*; Ulpiano, *libro septimo decimo ad edictum* in D. 8.3.5.1: *Neratius libris ex Plautio ait...et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait...* Altri brani dimostrano, invece, che Atilicino aveva condiviso anche tesi di Sabino, come era accaduto nel testo motivo della nostra indagine, ad esempio Ulpiano, *libro nono decimo ad edictum* in D. 10.3.6.4: *...Sabinus et Atilicinus responderunt...*; *idem*, *libro trigesimo primo ad edictum* in D. 17.2.52.18: *...et Atilicinus Sabinus Cassius responderunt...*; Paolo, *libro octavo ad Plautium* in D. 45.2.17: *...Atilicinus Sabinus Cassius...aiunt*. Non abbiamo notizie sulla vita di questo giurista, come ha fatto notare anche Kunkel, W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln, 1967, pp. 129 ss.

nominativamente, come sottolineato da Paolo⁹⁵.

La soluzione precedente presentava problemi, nel caso in cui fossero stati designati nominativamente solo alcuni eredi ad adempiere il legato, come si dimostra nel presente esempio: Tizio nel suo testamento nomina eredi, in quote diverse, Sempronio, Mevio e Caio dell'eredità che aveva un valore di 120, il primo avrebbe avuto un semiasse (6/12) e i secondi un *quadrans* ciascuno (3/12 e 3/12); viene stabilito, inoltre, che solo Sempronio e Mevio debbano dare 20 in base a un legato *per damnationem*.

Nella presente ipotesi gli onerati dovevano consegnare 20 al legatario, mentre Caio, visto che era stato escluso dall'obbligo, doveva ricevere 30 (la quarta parte di 120). Il problema si presenta nella determinazione delle porzioni che dovevano consegnare Sempronio e Mevio; considerando che per loro l'eredità aveva un valore di 90 (perché al patrimonio ereditario erano stati sottratti i 30 di Caio), Sempronio sarebbe rimasto con 45 (metà dell'eredità) e Mevio con 22.5 (la quarta parte). Tuttavia, quello che il giurista non prende in considerazione è che la metà dovuta a Sempronio e un quarto dovuto a Mevio, fanno $\frac{3}{4}$ dell'eredità (90), rimanendo aperta la questione del criterio da seguire per il restante quarto di eredità. Voci⁹⁶ propone come soluzione che, nel caso in cui fosse stabilito che Tizio e Caio dovessero adempiere ad un legato *per damnationem*, e il primo fosse erede della quarta parte e Caio della metà, questo significa che Tizio dovrebbe dare la metà di quello che deve dare Caio. Tale soluzione risulta a nostro parere poco condivisibile; infatti, le quote da pagare al legatario risultano ancora mancanti di un quarto per la somma totale.

Un brano di Paolo, *libro tertio ad Vitellium* in D. 40.7.22 pr.-2 riguarda la designazione nominativa sotto un altro punto di vista: non sono gli eredi che devono adempiere ad un legato, ma sono loro ad avere diritto a ricevere un credito; inoltre, l'importanza del testo consiste nel ricordo di una tesi dell'ultimo rappresentante della scuola sabiniana sull'argomento:

Qui pecuniam dare iussus est, nisi adiectum sit, cui det, heredibus dare debet pro partibus hereditariis: pro ea enim parte quisque accipere debet, pro qua dominus est. 1. Si quidam ex heredibus, quibus dare debeat, nominati sint, dabit his pro hereditariis portionibus. 2. Si heredibus nominatis etiam extraneus iunctus sit, extraneo virilis, ceteris hereditariae dari debent: et si non solum Titium, sed etiam alios adiecisset, hos virilem partem habituros, coheredes autem hereditarias Iulianus scribit.

Il brano in origine trattava di uno *statuliber* che avrebbe dovuto dare una quantità di denaro per ottenere la sua libertà⁹⁷ e sul problema si presentano diverse ipotesi:

- a. Il *de cuius* non aveva stabilito nel suo testamento chi avrebbe avuto diritto a ricevere la quantità dovuta dallo *statuliber* per acquistare la sua libertà (assenza di designazione nominativa). Giuliano decise che la somma sarebbe stata ricevuta da tutti gli *heredes*, secondo le proprie quote. La *ratio* troverebbe come fondamento il fatto che ognuno degli eredi riceverebbe la parte di cui era titolare (*pro ea enim parte quisque accipere debet, pro qua dominus est*), così, se Tizio avesse nominato eredi nel suo testamento

⁹⁵ Infatti i termini *idem est cum omnes heredes nominantur* sono di Paolo e non di Sabino come osserva Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, p. 211.

⁹⁶ Voci, *Diritto Ereditario Romano*, 2, p. 241.

⁹⁷ Come si osserva in Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, pp. 1306 ss., che incorpora il testo sotto il titolo *de statuliberis*.

Sempronio, Mevio e Caio in parti diverse, e lo *statuliber* avesse dovuto dare 20, il primo avrebbe avuto diritto a 10, un semiasse (6/12), e i secondi 5 ciascuno, un *quadrans* (3/12 e 3/12).

- b. Il testatore aveva designato nominativamente alcuni eredi e soltanto loro avrebbero dovuto ricevere la quantità: in questo caso si sarebbe applicato lo stesso criterio delle quote ereditarie. Tale tesi presenta lo stesso problema che abbiamo sottolineato nel brano precedente, perché, se il testatore avesse stabilito nominativamente che Sempronio e Mevio avrebbero avuto venti, escludendo Caio, il primo avrebbe preso la metà di 20 e il secondo la quarta parte. Ma in tale soluzione sarebbe mancata nella ripartizione l'altra quarta parte cui Caio non avrebbe avuto diritto.
- c. Nella terza ipotesi agli eredi nominati è stato aggiunto un estraneo, quest'ultimo avrebbe avuto una porzione virile e gli altri porzioni ereditarie, ad esempio: gli eredi sono stati designati nominativamente, Sempronio avrebbe ereditato un semiasse (6/12) e Mevio e Caio un *quadrans* ognuno (3/12 e 3/12); inoltre veniva anche stabilito che lo schiavo Stico per ottenere la sua libertà avrebbe dovuto dare 20 agli eredi e una quota ad un estraneo di nome Tizio. In particolare, quest'ultimo avrebbe avuto una porzione virile (la quarta parte di venti) e i restanti 15 sarebbero stati divisi tra gli eredi pro quota. Tale criterio avrebbe avuto applicazione, secondo Giuliano, non soltanto se fosse stato nominato Tizio, ma anche altre persone nelle stesse condizioni (*et si non solum Titium, sed etiam alios adiecisset, hos virilem partem habituros*).

Dobbiamo ricordare che Paolo citava il criterio di Sabino in D. 45.2.17, in base al quale se gli eredi fossero stati designati nominativamente sarebbero stati tenuti a pagare il legato secondo le proprie quote ereditarie perché obbligati dalla stessa eredità (*quia hereditas eos obligat*). La situazione che si presenta in D. 40.7.22 pr.-2 corrispondeva al rovescio della medaglia: non un obbligo ereditario, ma un credito dell'*hereditas*. Forse Paolo aveva consultato il libro primo del commento di Giuliano ad Urseio Feroce, perché, come già notato da Lenel⁹⁸, il testo tratta un problema connesso ad un altro della presente opera giuliana, in cui si analizza il problema di porzioni virili ed ereditarie applicate ad un argomento che non è motivo d'indagine nella presente ricerca⁹⁹.

Fino a questo momento abbiamo osservato due posizioni giurisprudenziali in materia di designazione nominativa, quella della scuola proculeiana (Labeone in D. 40.7.8.1 e Nerazio in D. 30.124) che aveva interpretato tale designazione come l'intenzione del testatore che gli eredi fossero tenuti (o avessero un credito a favore) in base a porzioni virili, e la tesi della scuola sabiniana che aveva applicato, invece, il criterio di quote ereditarie e non virili (Sabino, Cassio, Atilicino, ricordata da Paolo in D. 45.2.17 e

⁹⁸ Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, p. 490, pensa che il primo libro del commento di Giuliano ad Urseium Feroce iniziava con D. 28.6.32 e poi il giurista avrebbe trattato del nostro argomento in D. 40.7.22 pr.-2.

⁹⁹ Ricordiamo il contenuto di D. 28.6.32 soltanto per una constatazione della presente affermazione: *qui complures heredes ex disparibus partibus instituerat et in his Attium, si Attius non adierit, ceteros ex isdem partibus quibus instituerat heredes ei substituerat: deinde, si Attius non adisset, Titium coheredem eis qui substituti sunt adiecit. quaesitum est, quam partem is et quam ceteri habituri essent. respondi Titium virilem, ceteros hereditarias: veluti si tres fuissent, Titium partem quartam Attianae partis habiturum, reliquarum partium hereditarias partes, ex quibus instituti erant, reliquos habituros esse. quod si non solum Titium, sed etiam alios adiecisset heredes, hos quidem viriles partes habituros: veluti si tres puta coheredes fuissent substituti, extranei duo adiecti, hos quintas partes Attianae partis, reliquos autem coheredes hereditarias partes habituros esse dixit.*

Giuliano citato da Paolo in D. 40.7.22 pr.-2).

Una terza posizione la troviamo in Pomponio, che, dopo avere riferito il pensiero di Labeone in D. 40.7.8.1, presenta la sua propria tesi sulla designazione nominativa nello stesso libro ottavo del suo commento a Sabino in D. 30.54.3¹⁰⁰:

Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent, si vero omnes, hereditarias.

Il giurista distingue due ipotesi: nella prima, il testatore nomina eredi e soltanto alcuni di loro, designati nominativamente, dovevano adempiere al legato. In tale caso, si applicava la regola delle porzioni virili, come sosteneva la scuola proculeiana; tuttavia, la diversità di opinione sarebbe emessa, quando tutti gli eredi designati nominativamente fossero tenuti ad adempiere al legato, nel qual caso non sarebbero corrisposte porzioni virili, ma porzioni ereditarie. Se per Nerazio l'elenco nominativo degli eredi determinava una condizione di uguaglianza per il pagamento del legato da parte di tutti gli eredi, per Pomponio non vi era tale effetto; probabilmente il suo distacco parziale era dovuto all'influsso sul giurista della tesi della scuola sabiniana. Tale tesi, infatti, si applicava anche quando tutti gli eredi erano stati nominati: *idem est cum omnes heredes nominantur* (come ricordò Paolo in D. 45.2.17).

In conclusione, Pomponio presenta una posizione eclettica, applicando il criterio proculeiano delle porzioni virili quando una parte degli eredi designati era stata designata in modo nominativo, mentre applicava la tesi di Sabino, quella delle porzioni ereditarie, se tutti gli eredi erano stati nominati. Il brevissimo ricordo alla tesi di Pomponio in D. 30.54.3 non permette di conoscere la *ratio* di tale scelta.

7. Editto carboniano (libro sesto)

Un brano di Nerazio, *libro sexto membranarum* in D. 37.10.9 ricorda un commento di Labeone all'editto del pretore in relazione all'editto Carboniano¹⁰¹:

Quod Labeo scribit, quotiens suppositus esse dicitur pupillus, cum quo de patris eius hereditate controversia est, curare praetorem debere, ut is in possessione sit: de eo puto eum velle intellegi, qui post mortem patris familiae, qui se sine liberis decedere credidit, filius eius esse dici coepit: nam eius, qui adgnitus est ab eo, de cuius bonis quaeritur, iustior in ea re causa est quam postumi.

Nerazio si interroga sul significato delle parole usate da Labeone nella sua opera '*quotiens suppositus esse dicitur pupillus, cum quo de patris eius hereditate controversia est, curare praetorem debere, ut is in possessione sit*'. L'interpretazione neraziana era nel senso che il pensiero di Labeone avesse preso in considerazione l'ipotesi di un *pater familias* che in vita non avesse avuto un figlio a cui, dopo la morte, fosse nato un discendente (*de eo puto eum velle intellegi, qui post mortem patris familiae, qui se sine liberis decedere credidit, filius eius esse dici coepit*). Da questa prospettiva, se qualcuno avesse contestato che il pupillo fosse il discendente del *de*

¹⁰⁰ Brano che probabilmente in origine era successivo a D. 40.7.8.1 come avrebbe pensato Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, p. 107.

¹⁰¹ Così Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, p. 515. Sulla conoscenza di Labeone dell'editto Carboniano non ci sono dubbi da Segnalini, S., *L'editto Carboniano*, Napoli, 2007, p. 199 e n.11.

cuius (partus suppositus), il pretore avrebbe dovuto concedere la *bonorum possessio Carboniana*, come se non fosse esistita controversia, rimandando la decisione al tempo della pubertà¹⁰².

L'ultima parte del brano '*nam eius, qui adgnitus est ab eo, de cuius bonis quaeritur, iustior in ea re causa est quam postumi*' non è ritenuta genuina da Donatuti¹⁰³, il quale dichiara che il *nam* non darebbe ragione all'opinione di Nerazio, giacché non è detto che Labeone dovesse parlare della causa meno giusta; ma secondo noi tale pensiero è di difficile condivisione poiché, se Labeone si fosse riferito al pupillo, riconosciuto dal *pater* in vita, l'ipotesi risulterebbe poco probabile. Infatti, se qualcuno avesse dichiarato che l'impubere non era l'erede legittimo del suo *pater*, tale affermazione avrebbe avuto poco fondamento visto il riconoscimento del *de cuius*. Lo studioso, inoltre, nega la genuinità dell'affermazione che la condizione dell'*adgnitus iustior in ea re est quam postumi* poiché, a suo parere, 'il pretore concedeva la *bonorum possessio ex Carboniano edicto* «*causa cognita*», e la decisione circa la maggiore o minore idoneità dello stato di chi doveva essere immesso veniva lasciata al suo apprezzamento. Egli, perciò, giudicava in base a circostanze concrete'. Ma, come abbiamo detto precedentemente, se il figlio fosse stato riconosciuto dal *pater*, questo fatto sarebbe stato considerato dal pretore una circostanza concreta che avrebbe escluso la mancanza di legittimità del pupillo ai beni del padre. Il pretore nella sua *cognitio* non avrebbe valutato l'applicazione dell'editto Carboniano, poiché mancherebbe una *ratio* valida per negare che l'impubere venisse considerato discendente del *de cuius*; infatti, si trovava giustificato dalle circostanze (il riconoscimento del *pater*). Tale situazione sarebbe stata diversa nel caso del postumo, di cui potevano esistere dubbi sulla sua paternità, ragione per cui la causa avrebbe dovuto essere rinviata al momento della pubertà.

8. *Petitio hereditatis (libro sesto e settimo)*

Nerazio tratta l'argomento della petizione di eredità nei libri sesto e settimo *membranarum*, come ricorda Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* in D.5.3.13.3.

Neratius libro sexto membranarum scribit ab herede peti hereditatem posse, etiamsi ignoret pro herede vel pro possessore defunctum possedissee. idem esse libro septimo ait etiam si putavit heres eas res ex hac hereditate esse quae sibi delata est.

¹⁰² Su questo punto un brano di Ulpiano del libro quarantunesimo del suo commento all'editto del pretore in D. 37.10.1 pr., stabilisce dati importanti dell'editto carboniano, corrispondenti all'editto adrianeo. Non vediamo motivi per negare l'esistenza di un contenuto simile già dal periodo di Labeone: *si cui controversia fiet, an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset, et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur*. Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, p. 58, fa notare la sua perplessità sull'affermazione di Labeone poiché, secondo lo studioso, se il pretore, previa valutazione delle circostanze del caso (*causa cognita*) avesse concesso il possesso dei beni al minore, lo stesso pretore avrebbe avuto facoltà di negare tale possesso; invece Labeone dichiara che il pretore avrebbe dovuto sempre '*müsse immer*' concedere il possesso (*quotiens; curare praetorem debere*). Ma su questo punto dobbiamo sottolineare che la proposta di Labeone è proprio in questo senso, la *causae cognitio* avrebbe avuto come finalità quella di capire le ragioni della contestazione sulla legittimità del pupillo e differire la controversia in ogni caso, perché per il giurista il pupillo doveva essere protetto sempre in modo che si potesse difendere una volta raggiunta la pubertà.

¹⁰³ Donatuti, G., "*Iustus, Iuste, Iustitia* nel linguaggio dei giuristi classici", *Studi di Diritto Romano*, Milano, 1976, pp. 76 ss., posizione seguita da Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, pp. 58 ss.

Com'è noto, l'erede possiede *pro herede* o *pro possessore* similmente al defunto perché egli ne continua la personalità¹⁰⁴, ma tale dicotomia trova difficoltà di applicazione nel caso in cui la *petitio hereditatis* sia esercitata contro l'*heres*, che ignori se il defunto lo abbia come erede o come possessore, poiché non potrebbe assumere nessuno dei due atteggiamenti¹⁰⁵. Anche se in tale caso non sarebbe possibile applicare tale criterio di distinzione¹⁰⁶, Nerazio scrisse nel libro sesto *membranarum* che comunque poteva essere esercitata l'azione nei confronti dell'erede¹⁰⁷ e inoltre, nel libro settimo della stessa opera, indicava lo stesso criterio valido nel caso in cui l'erede avesse pensato che quelle cose che possedeva formavano parte dell'eredità, propria del defunto, che gli era stata deferita.

L'erede che ignorava il tipo di possesso che aveva avuto il *de cuius* era legittimato da Nerazio a essere convenuto in giudizio e, in questo modo, era costretto ad accettare la *litis contestatio*, perché altrimenti il pretore poteva concedere all'attore l'*interdictum quam hereditatem*. Se il convenuto accettava il giudizio, era tenuto a garantire il debito attraverso la *satisfactio iudicatum solvi*, per evitare che il possesso venisse trasferito all'attore che, in tale ipotesi, doveva a sua volta garantire con la stessa *satisfactio*, altrimenti il possesso sarebbe rimasto in mani del convenuto¹⁰⁸.

La petizione d'eredità poteva essere esercitata contro il possessore da due attori in *iudicia* diversi come ricorda Nerazio, *libro septimo membranarum* in D. 5.3.57:

Cum idem eandem hereditatem adversus duos defendit et secundum alterum ex his iudicatum est, quaeri solet, utrum perinde ei hereditatem restitui oporteat, atque oporteret, si adversus alium defensa non esset: ut scilicet si mox et secundum alium fuerit iudicatum, absolvatur is cum quo actum est, quia neque possideat neque dolo malo fecerit, quo minus possideret quod iudicio revictus restituerit: an quia possit et secundum alium iudicari, non aliter restituere debeat quam si cautum ei fuerit, quod adversus alium eandem hereditatem defendit. sed melius est officio iudicis cautione vel satisfactione victo mederi, cum et res salva sit ei qui in executione tardior venit adversus priorem victorem.

Un possessore era stato convenuto in giudizio con la *petitio hereditatis* da un attore e

¹⁰⁴ *Videtur enim una eademque esse persona testatoris et heredis* come si afferma nello scolio 7 a Bas. 42.1.13 (trad. Heimbach 4, 196). Sull'argomento vedere Longo G., *L'Hereditatis petitio*, Padova, 1933, p. 249.

¹⁰⁵ In questo senso Lenel, O., "Die Passivlegitimation bei der *hereditatis petitio*", ZSS 46 (1926), pp. 7 ss.

¹⁰⁶ Infatti la stessa problematica si riscontrava nel caso in cui fosse stata acquistata un'eredità e il vero erede avesse convenuto l'acquirente: siccome lo stesso non possedeva *pro herede* o *pro possessore* ma *pro emptore*, la soluzione non era quella di esercitare la *petitio hereditatis directa*, secondo lo scoliaste citato nella nota 104, che in via utile ricorda il brano di Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, in D. 5.3.13.4: *Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur? venditorem enim teneri certum est: sed finge non extare venditorem vel modico vendidisse et bonae fidei possessorem fuisse: an porrigi manus ad emptorem debeant? et putat Gaius Cassius dandam utilem actionem*. Sull'argomento vedere per ultimo González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, pp. 146 ss.

¹⁰⁷ Talamanca, M., *Studi sulla legittimazione passiva alla 'hereditatis petitio'*, Milano, 1956, p. 20, afferma giustamente che la *possessio* come situazione legittimante viene considerata in una situazione precedente alla fase *in iure* e senza che assuma rilevanza il comportamento del convenuto.

¹⁰⁸ Come si osserva in *Fragm. Vindob.* 4 e *Pauli Sententiae* 1.11.1., rinvio alla nostra monografia González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, pp. 175 ss., lo studio di questi brani.

dopo la *litis contestatio* un'altra persona, per motivo della stessa *hereditas*¹⁰⁹, aveva esercitato l'azione. La questione analizzata da Nerazio è determinare cosa sarebbe accaduto se uno dei giudici (del primo o del secondo giudizio) avesse deciso a favore di uno degli attori poiché, se il convenuto avesse restituito l'eredità, la seconda decisione poteva essere anche favorevole al secondo attore. La prima soluzione indicata dal giurista (e probabilmente proposta in giurisprudenza) era la restituzione dell'eredità all'attore, che per primo avesse avuto una sentenza favorevole, come se non fosse esistito il secondo *iudicium* e, se la seconda sentenza fosse stata favorevole al secondo attore, il convenuto doveva essere assolto poiché, sebbene avesse posseduto l'eredità prima e dopo la *litis contestatio*, al momento della seconda sentenza non sarebbe stato più possessore, escludendosi un'ipotesi di dolo indicato dalle fonti come *futurus*¹¹⁰; infatti, come giustamente sottolinea Fabro¹¹¹ '*quis enim nescit Dolo non facere illum, qui iussu iudicis facit, cum parere habeat necesse*' ricordando il brano di Paolo, libro *quadragesimo nono ad edictum* in D. 50.17.167.1: *Qui iussu iudicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, qui parere necesse habet*. La seconda soluzione, che sembra essere più adeguata a Nerazio¹¹², sarebbe quella di non restituire l'eredità all'attore vittorioso, se lo stesso non garantisse con una *cautio* per evitare un *duplex damnum* al convenuto¹¹³.

¹⁰⁹ Il possessore, nonostante fosse stato convenuto in un primo giudizio da un attore, non avrebbe avuto la possibilità di interporre un'*exceptio* contro il secondo, per evitare un nuovo giudizio sulla stessa eredità. Infatti, su questo punto ricordiamo un brano di Ulpiano, libro *quarto decimo ad edictum* in D. 5.3.5.2 il quale rileva come l'autorevolezza dei giudizi di *petitio hereditatis* era tale che in rapporto a un tale giudizio non avrebbe potuto essere fatto un accertamento pregiudiziale (*eorum iudiciorum, quae de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in praeiudicium eius iudicii fieri debeat*), escludendosi, perciò, la possibilità di interporre qualunque tipo d'eccezione, ad esempio l'*exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat*, che avrebbe avuto uno scopo ben diverso come abbiamo fatto notare in una precedente monografia *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit., 136 ss. Il convenuto in entrambi i casi era tenuto ad accettare la *litis contestatio* ed eventualmente poteva essere condannato nei due processi a restituire l'*hereditas* ma, poiché non sarebbe stato adeguato un *duplex damnum* contro il possessore, la finalità del giurista era quella di individuare la strategia per evitare tale conseguenza giuridica.

¹¹⁰ Dobbiamo sottolineare che il presente caso riguardava un problema di esclusione di perdita dolosa del possesso dopo la *litis contestatio* indicato dalle fonti come *futurus* (ad esempio Ulpiano, libro *trigensimo ad edictum* in D. 16.3.1.20 in ordine all'azione di deposito: *non tantum praeteritus dolus in depositi actione veniet, sed etiam futurus, id est post litem contestatam*) e non del dolo accaduto prima della *litis contestatio* o dolo preterito come invece si ricorda nel senatoconsulto Giuvenziano. Su queste differenze vedere González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, pp. 192 ss., con bibliografia.

¹¹¹ Faber A., *Rationalia in Pandectas*, 2.1., Lugduni, 1659, p. 320.

¹¹² La considerazione che Nerazio fosse più favorevole alla seconda posizione sembrerebbe essere la più corretta, non tanto per i termini *sed melius est* che, come vedremo di seguito, potrebbero essere stati aggiunti dai compilatori, ma perché, come giustamente sottolinea Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, p. 86, il giurista, ricordando le tesi giurisprudenziali riguardo a un determinato problema, condivide alla fine l'ultima tesi, come ad esempio, nel suo libro terzo *membranarum* in D. 43.20.6, dove, per determinare il concetto di *aqua aestiva*, propone diversi criteri: *De interdicto de aqua aestiva, item cottidiana quaerentes primum constituendum existimabamus, quae esset aqua aestiva...an ex natura...an ex utilitate...placebat igitur aquam ob has duas res, naturam suam utilitatemque locorum in quae deducitur...* o nel libro quinto della stessa opera in D. 41.1.14.1., in cui il giurista, analizzando il problema della titolarità dell'area del litorale in cui si trovava costruito un edificio che non esisteva più, presenta diverse tesi, dichiarandosi favorevole all'ultima riferita: *quod propius est, ut existimari debeat...* Senza esprimersi su questo punto per causa dell'interpolazione *sed melius est* vedere Marrone M., *L'effetto normativo della sentenza. Corso di diritto romano*, Palermo, 1960, p. 95.

¹¹³ L'assenza del possesso originata dalla restituzione della cosa al primo attore che avesse avuto la sentenza favorevole non avrebbe evitato la *condemnatio* nella seconda sentenza; su questo aspetto con critica alla dottrina vedere Schipani S., *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino, 1971, pp. 161 ss.

Parte della dottrina¹¹⁴ ritiene l'esistenza di due posizioni giurisprudenziali già sostenute dalle scuole giuridiche e presenta come fondamento un brano di Paolo, *libro vigesimo ad edictum* in D. 5.3.40 pr., che abbiamo avuto opportunità d'analizzare parzialmente in un'altra sede (in relazione all'*oratio principis* che avrebbe dato luogo al senatoconsulto 'Giuvenziano'¹¹⁵). Il testo ricorda la proposta di Adriano al senato di stabilire che, dopo la *litis contestatio*, il valore dell'eredità dovesse essere considerato a partire dal momento in cui essa era stata chiesta giudizialmente dall'attore (*Illud quoque quod in oratione divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas...*), posizione considerata da Paolo come troppo severa (*interdum durum est*), spiegando con esempi la ragione del suo pensiero:

quid enim, si post litem contestatam mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? damnari debet secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet: Cassius contra sensit...

Cosa sarebbe accaduto se dopo la *litis contestatio* fossero morti gli schiavi, i cavalli o il bestiame? Secondo i termini dell'*oratio* il possessore avrebbe dovuto essere condannato, perché l'attore avrebbe potuto alienare quelle cose se l'eredità gli fosse stata restituita. E a Proculo pare bene che ciò sia giusto nelle rivendiche di cose specifiche; Cassio, invece, ritiene il contrario. Risulta interessante constatare come nella *petitio hereditatis* l'autore del brano ricordasse due criteri diversi applicati, non a questa azione ma ad altre, che avrebbero avuto come finalità le rivendicazioni di cose specifiche (*in specialibus petitionibus*). Il giurista che dette il nome alla scuola proculeiana era a favore della condanna del convenuto, anche se lo stesso avesse perso la cosa motivo della controversia, invece Cassio, giurista della scuola contraria, era propenso all'assoluzione del convenuto¹¹⁶.

Un altro brano di Gaio, *libro nono ad edictum provinciale* in D. 16.3.14.1 ricorda la posizione sabiniana applicata all'azione di deposito:

Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede eius et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori.

Se si fosse agito con l'*actio depositi* contro il depositario o l'erede e prima della sentenza la cosa fosse perita per cause naturali, ad esempio, un servo fosse morto, Sabino e Cassio sarebbero stati dell'idea che si sarebbe dovuto assolvere il convenuto

¹¹⁴ Herdlitzka, A. R., "Die Bedeutung des Besitzes für die Verurteilung des Vindikationsbeklagten im klassischen römischen Recht", ZSS 49 (1929), pp. 299 ss.; Kaser, M., *Restituere als Prozessgegenstand. Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht*, München, 1968, pp. 70 ss., Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, pp. 84 ss. e Müller-Ehlen, M., *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Köln, Weimar, Wien, 1998, pp. 377.

¹¹⁵ González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, pp. 373 ss.

¹¹⁶ Sulla controversia giurisprudenziale tra le due scuole vedere Schipani, S., "Zum iusiurandum in litem bei den dinglichen Klagen", *Studien in römischen Recht. M. Kaser zum 65. Geburtstag*, Berlin, 1973, pp. 177 ss., e Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, pp. 376 ss.

poiché, sarebbe stato equo che all'attore fosse corrisposta la perdita per cause naturali, così come sarebbe accaduto se lo stesso avesse avuto la cosa una volta restituita al momento del perimento.

Un altro probabile ricordo della tesi sabiniana potrebbe trovarsi nel passo di Ulpiano, *libro sexto decimo ad edictum* in D. 6.1.15.3:

Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt...

La morte dello schiavo o dell'animale senza dolo o colpa del possessore si doveva considerare un perimento naturale e per tale motivo il convenuto non era tenuto verso l'attore a consegnare il valore della *res* secondo la maggiore parte dei giuristi (*plerique aiunt*); certamente il giurista severiano non esprime il suo parere riguardo ai sabiniani perché, com'è noto, nel suo tempo non esisteva più questa *secta*, ma soltanto riconosce una tendenza della giurisprudenza a condividere il pensiero che in origine era stato proposto da Sabino e Cassio, rimanendo pochi tracce (*minor pars*) di giuristi che ancora erano propensi a ritenere ancora valida la posizione proculeiana¹¹⁷.

Affermare che nel brano di Nerazio in D. 5.3.57. esista il ricordo delle due posizioni delle scuole giuridiche, com'è stato sostenuto, sembrerebbe difficile da condividere poiché, sebbene risulti evidente una diversità di prospettiva tra i proculeiani e sabiniani in D. 5.3.40 pr. (Proculo era a favore della condanna del convenuto, mentre Cassio era propenso alla sua assoluzione come sosteneva anche Sabino in D. 16.3.14.1.), la diversità di tesi giurisprudenziali riguardava un problema di assenza del possesso *post litem contestatam* per causa del perimento naturale della *res*, situazione completamente diversa dal problema trattato da Nerazio, in cui la perdita del possesso *post litem contestatam* non aveva come causa un evento naturale, ma una sentenza di condanna da parte dal giudice¹¹⁸.

Un criterio di Alfeno, *libro sexto digestorum* in D. 6.1.57 trova grande somiglianza con il pensiero neraziano, ma in relazione alla rivendicazione di un fondo:

*Is a quo fundus petitus erat ab alio eiusdem fundi nomine conventus est: quaerebatur, si alterutri eorum iussu iudicis fundum restituisset et postea secundum alterum petitem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret. respondi, uter prior iudex iudicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui iubere, ut possessori caveret vel satisdaret, si alter fundum evicisset, eum praestare*¹¹⁹.

¹¹⁷ Talamanca, M., "Osservazioni sulla legittimazione passiva alle *actiones in rem*", *Studi economico-giuridici dell'università di Cagliari*, 43, 1964, pp. 166 ss., ritiene che i termini *plerique aiunt* presupporrebbero che i giuristi proculeiani fossero di avviso contrario come informa D. 5.3.40 pr.; nello stesso senso Sacconi, G., *La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano, 1977, p. 29. Invece noi vediamo in D. 6.1.15.3 la constatazione che in età severiana la tesi prevalente era quella proposta dai sabiniani e che ancora in questo periodo storico era rimasta una piccola parte della giurisprudenza a ritenere valida la posizione proculeiana.

¹¹⁸ Anche Talamanca, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, p. 167 nota questo aspetto, infatti lo studioso dichiara: 'la responsabilità è affermata non in ordine, genericamente, alla perdita del possesso, ma in ordine a quella particolare perdita del possesso, che deriva dal perimento della cosa oggetto della lite'. Nello stesso senso Sacconi, *La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, pp. 30 ss.

¹¹⁹ I termini *vel satisdaret* sono interpolati come giustamente sottolinea De Ruggiero, R., "*Satisdatio e pignoratitia* nelle stipulazioni pretorie", *Studi in Onore di C. Fadda*, 2, Napoli, 1906, p. 104 n. 2, posizione

Il possessore di un fondo era convenuto con la *rei vindicatio* ed un'altra persona agiva ugualmente riguardo alla stessa *res*. Se il convenuto avesse restituito il fondo in base alla prima sentenza di condanna e fosse stato condannato pure nel secondo giudizio, la questione sarebbe consistita nel determinare come evitare un *duplex damnum*. La tesi di Alfeno era quella di restituire il fondo all'attore che per primo avesse avuto una sentenza favorevole¹²⁰ e, vista l'eventualità di una seconda sentenza, il convenuto poteva pretendere da questo attore di essere garantito attraverso una stipulazione per l'eventualità che dovesse essere pure condannato nella seconda sentenza¹²¹.

Confrontando i brani riportati vediamo come Nerazio seguì la posizione di Alfeno in relazione al fondo, per cui il convenuto era tenuto a restituire l'eredità secondo il comando del giudice nella prima sentenza e l'obbligo dell'attore di garantire a favore del possessore, per evitare il *duplex damnum*. I termini *sed melius est* con cui Nerazio accettò la seconda tesi non appartengono al giurista perché, come giustamente ha fatto notare Faber¹²², la garanzia proposta da Nerazio non corrispondeva a quella spiegata dal

condivisa da Arangio-Ruiz, V., "La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano", *AG* 81-82 (1908-1909), p. 56 n.1 = *Scritti di diritto romano*, 1, Camerino, 1974, 188 e Nardi, E., *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, Milano, 1947, pp. 92 ss., il quale afferma che il testo originario doveva limitarsi a parlare genericamente di *cautio*, senza che si potesse desumere se la garanzia dovesse darsi come *repromissio* o invece come *satisdatio*; infatti, come vedremo in D. 5.3.57, il ricordo di Nerazio alla *cautio* (*non aliter restituere debeat quam si cautum ei fuerit*) sarebbe stato interpretato dai compilatori in questi termini: *sed melius est officio iudicis cautione vel satisfactione victo mederi*.

¹²⁰ La prima sentenza favorevole non necessariamente sarebbe stata quella del primo giudizio in cui fosse stata accettata la *litis contestatio* su questo aspetto vedere Levy, E., *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar, 1962, p. 29 n. 133, infatti, giustamente sostiene Talamanca, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, p. 169 n. 140, 'quello che va osservato è come nelle decisioni dei giuristi non ha alcuna importanza lo stabilire su quale delle due azioni sia avvenuta per prima la *litis contestatio*, ma quale delle due cause sia stata decisa per prima'. Nello stesso senso De Marini Avonzo F., *I limiti alla disponibilità della «res litigiosa» nel diritto romano*, Milano, 1967, p. 297 n. 91.

¹²¹ Arangio-Ruiz, "La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano", p. 55 n.1 = *Scritti di diritto romano*, 1, pp. 187 ss., interpreta il brano in questo senso: 'A intendere il testo alla lettera, il vincitore della prima lite dovrebbe senz'altro aspettare la seconda condanna del convenuto e sostituirsi a lui nella nuova restituzione del fondo; una evidente stranezza, che tuttavia sembra riaffermata alla fine del fr. 5.3.57'. Tale interpretazione è da escludersi poiché come vedremo nella nota successiva tale conferma in D. 5.3.57 sarebbe stata un'interpolazione giustiniana; infatti, lo studioso sicuramente ha ragione quando determinando la natura della cauzione afferma che il testo di Paolo, *libro tertio epitomarum Alfeni digestorum* in D. 6.1.58 potrebbe dare qualche lume sulla tesi di Alfeno; in tale passo si presenta il problema dell'esercizio di un'azione di rivendicazione di uno schiavo il quale avesse commesso un furto, situazione per cui si agiva anche nossalmente contro il *dominus*. Se il convenuto fosse stato condannato in entrambi i giudizi, il giurista dichiarava che se lo schiavo fosse stato evitto, il giudice non avrebbe dovuto costringerlo a consegnare lo schiavo, a meno che non gli fosse data garanzia 'che fosse tenuto correttamente indenne di quanto avrebbe dovuto dare per avere accettato il giudizio di furto' (*A quo servus petebatur et eiusdem servi nomine cum eo furti agebatur, quaerebat, si utroque iudicio condemnatus esset, quid se facere oporteret. si prius servus ab eo evictus esset, respondit, non oportere iudicem cogere, ut eum traderet, nisi ei satisdatum esset, quod pro eo homine iudicium accepisset, si quid ob eam rem datum esset, id recte praestari...*)

¹²² Faber, *Rationalia in Pandectas*, 2.1., p. 320: *Ut tamen dicam, quod sentio, mihi valde hic locus suspectus est, videturque sapere Tribonianum ab illis potissimum verbis, sed melius est. Nam & verba ipsa parum elegantia Triboniani manum hoc ipso produnt, & sententia non valde congruit cum ratione iuris, quia procul dubio securus esset possessor, qui iubente iudice hereditatem priori victori restituisset...* Su questo aspetto la dottrina è d'accordo come ad esempio: Herdlitzka, *Die Bedeutung des Besitzes für die Verurteilung des Vindikationsbeklagten im klassischen römischen Recht*, p. 299, Chiazzese, L., *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958, p. 71; Marrone, *L'effetto normativo della sentenza*, p.

compilatore nell'ultima parte del testo. Talamanca¹²³ analizza il contenuto della *cautio* ricordata dal giurista e sembrano valide le sue considerazioni: 'la *cautio* doveva, con ogni probabilità contenere l'impegno del primo *petitor* di restituire la cosa, oggetto della controversia, al secondo *petitor*, ove vittorioso, e di risarcire, nel caso ciò non avvenisse, il danno'.

9. Garanzie in materia di legati (libro settimo)

In una monografia precedente¹²⁴ abbiamo analizzato la *cautio legatorum servandorum causa* con cui l'erede si obbligava nei confronti dei legatari a pagare il legato secondo le modalità stabilite dal testatore per evitare che, mentre si adempivano la condizione o il termine, l'erede dissipasse la cosa lasciata in legato. Nerazio, *libro septimo membranarum* in D. 36.3.13 presenta un'altra applicazione di questa *cautio*.

Ei quoque, cui legatorum actio datur in eum, qui praetermissa institutione ab intestato possidet hereditatem, legatorum satisdatur et, nisi satisdabitur, in possessionem legatorum servandorum causa mittitur: nam haec quoque praetor perinde salva esse vult atque ea quae iure civili debentur. Idem Aristoni placet.

Come abbiamo fatto notare in un'altra sede, l'erede testamentario, che con furbizia pretendeva di possedere l'eredità *ab intestato* per evitare di pagare i legati, era tenuto a pagarli in base all'editto *si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem* (Titolo XXVI § 168 ed. Lenel)¹²⁵ e, in questo modo, era considerato come se avesse fatto l'*aditio* dell'eredità testamentaria. Ma poteva accadere anche che l'*heres* rifiutasse l'eredità testamentaria, per ottenerla *ab intestato* per motivi diversi, ad esempio una condizione molto gravosa. In tale caso Nerazio condivideva la tesi di Aristone nel senso che, siccome l'intenzione del pretore era quella di proteggere i legati efficaci concessi dal *de cuius* in un testamento, il rifiuto dell'erede testamentario per ottenere l'eredità come legittima non lo liberava verso i legatari; infatti, il pretore li avrebbe protetti e i legati sarebbero rimasti validi come se fossero dovuti secondo il *ius civile*: *nam haec quoque praetor perinde salva esse vult atque ea quae iure civili debentur*.

L'erede doveva garantire il pagamento dei legati attraverso la *cautio legatorum servandorum causa* e, in mancanza della stessa, il pretore doveva concedere ai legatari

94; Levy, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, p. 29; Talamanca, "Osservazioni sulla legittimazione passiva alle *actiones in rem*", p. 172 n.149; Schipani, S., *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino, 1971, p. 162 n. 7; Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, p. 85 ss., e Sacconi, G., *La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano, 1977, p. 29 n. 70.

¹²³ Talamanca, M., "Osservazioni sulla legittimazione passiva alle *actiones in rem*", *Studi economico-giuridici della Università di Cagliari*, 43, 1964, p. 170 n.143. Infatti, Arangio-Ruiz, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, p. 55 n.1 = *Scritti di diritto romano*, 1, Camerino, 1974, p. 187, constatò come Nerazio in D. 5.3.57 accennasse ad una cauzione di simile portata a quella dichiarata da Alfeno in D. 6.1.58 (brano precedentemente ricordato in nota 121). Lo studioso giustamente considera le parole *quod adversus alium tandem hereditatem defendit* del testo neraziano come il principio della formula cauzionale. Intorno all'utilità pratica di questa *cautio* vedere Schipani, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, p. 162 e n.7.

¹²⁴ González Roldán, *Dolo Desinere Possidere fra Editto del Pretore e Scienza Giuridica*, pp. 245 ss.

¹²⁵ L'argomento è stato oggetto di nostra indagine in un'altra sede, González Roldán, *Dolo Desinere Possidere fra Editto del Pretore e Scienza Giuridica*, p. 226 ss.

la missio in possessionem legatorum servandorum causa: et, nisi satisdabitur, in possessionem legatorum servandorum causa mittitur.

Il testo di Nerazio non spiega se dopo la *missio in possessionem* concessa dal pretore ai legatari l'erede si era rifiutato ad adempiere la disposizione del pretore. Su questo punto Ulpiano, *libro quinquagesimo secundo ad edictum* in D. 36.4.5.27¹²⁶ chiarisce il problema: se il *missus in possessionem* non era stato ammesso nel legato, il pretore avrebbe concesso l'interdetto *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit* (Titolo 43 § 230 ed. Lenel). A tal proposito, alla fine del brano, si trovano scritti i nomi di funzionari che avevano il compito di introdurlo nel possesso (*aut per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratus introducendus est in possessionem*) tuttavia, siamo propensi a ritenere che questa parte del passo non appartenga al giurista, come gran parte della dottrina avrebbe sostenuto¹²⁷.

¹²⁶ *Missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum* (interdetto *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit*): *aut per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratus introducendus est in possessionem*. Sull'argomento vedere Betancourt, F., "La difesa pretoria del *missus in possessionem*", *AHDE* 52 (1982), pp. 480 ss.

¹²⁷ Biondi, B., "Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano", *Studi in Onore di P. Bonfante*, 4, Pavia, 1929, p. 85, nega l'origine classica della parte finale del brano perché, secondo lo studioso, Ulpiano non poteva mai citare il *magistratus* accanto al *viator* e all'ufficiale del *praefectus*. Secondo Solazzi, S., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, 1, Napoli, 1937, p. 159 n.2, Biscardi, A., *La protezione interdettale nel processo romano*, Padova, 1938, p. 84. Lepri, M.F., *Note sulla natura giuridica delle 'missiones in possessionem'*, Firenze, 1939, pp. 50 ss. Arcaria, F., 'Missio in possessionem' e 'cognitio' fedecommissaria, *BIDR* 89 (1986), p. 278 n. 124. e Kaser, M.- Hackl, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, p. 512 n. 14., il *magistratus* non era il pretore, ma uno dei tanti funzionari dell'amministrazione imperiale. Fuenteseca, P., "Reflexiones sobre la tricotomía «actio» «petitio» «persecutio»", *AHDE* 40 (1970), p. 146 e Betancourt, *La defensa pretoria del missus in possessionem*, p. 481 n.233., ricordano che il *magistratus* era un funzionario imperiale di età severiana in materia di fedecommissio, che, secondo gli studiosi, avrebbe potuto procedere coattivamente alla *missio in possessionem* senza bisogno che fosse chiesto un interdetto. La soluzione degli autori di lingua spagnola secondo noi non risolve il problema degli altri funzionari menzionati nel brano. Il termine *viator* ha diverse connotazioni nel Digesto, 'viaggiatore' (nel titolo IX del libro IV '*Nautae caupones stabularii ut recepta restituant*', e in testi di Ulpiano del libro quattordicesimo in D.4.9.2, D. 4.9.5pr., D. 4.9.6.3), 'subalterno al servizio dei magistrati' (in Ulpiano, *libro primo de officio consulis* in D. 5.1.82 e nel libro trentacinquesimo *ad edictum* in D. 27.9.5.13, oltre al testo motivo della nostra indagine). Il secondo significato di *viator* è precedente a Ulpiano, infatti già dal tempo di Cicerone, *In P. Vatinius testem oratio* 22.5 era un messaggero investito di forza pubblica: *...miserisne viatorem, qui M. Bibulum domo vi extraheret...* Lo stesso autore, *De senectute*, 16.56 menziona un dato citato anche da Columella, *De re rustica*, nella parte introduttiva 18, per cui i cittadini più insigni, quando fosse sorta la necessità di convocare il consiglio pubblico, venivano chiamati in senato dalle fattorie, tanto che gli incaricati di portare l'ordine di convocazione venivano chiamati *viatores*: *illis enim temporibus, ut ante iam diximus, procures civitatis in agris morabantur et, cum consilium publicum desiderabatur, a villis arcessiebantur in senatum; ex quo, qui eos evocabant, viatores nominati sunt*. Festo, *De verb. sign.* (Lindsay, 508), s.v. *viatores* afferma che i *viatores* si trovavano al servizio dei magistrati e, inoltre, offre una spiegazione ancora più antica, ricordando come all'inizio di Roma gli uomini appartenenti alle tribù vivevano in campagna. I magistrati quando facevano una convocazione richiedevano ai *viatores* di farla recapitare in campagna, rimanendo questi funzionari più in viaggio che in città: *viatores appellantur qui magistratibus apparent, eo quia initio, omnium tribuum cum agri in propinquo erant urbis atque assidue homines rusticabantur, crebrior opera erat eorum in via quam urbe, quod ex agris plerumque homines evocabantur a magistratibus*. Sull'argomento vedere Giovanelli, B., *Discorso sopra un'iscrizione trentina del tempo degli antonini in Intorno all'origine e condizione antica di Trento*, Trento, 1824, pp. 56 ss., Mommsen, T., *römisches Staatsrecht*, 1, Graz (rist.) 1953, pp. 360 ss., *Le Droit public romain*, 1, Paris, 1887, pp. 413 ss., e Lécrivain, Ch., s.v. "viator", *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, 5, pp. 817 ss. Anche se questo funzionario esisteva molto prima di Ulpiano, come abbiamo visto, questo dato non ci permette di credere alla sua facoltà di incorporare al *missus in possessionem* nel

Il testo di Nerazio in D. 36.3.13 è l'unica testimonianza della compilazione giustinianea dell'utilizzo della *cautio legatorum servandorum causa* quando l'erede testamentario rifiuta il testamento per ottenere l'eredità *ab intestato*. Aristone fu il primo giurista ad includere anche tale ipotesi in questo tipo di garanzia che in origine aveva altri scopi (*Idem Aristoni placet*) e Nerazio condivise il suo pensiero perché, a suo parere, anche in questo caso (rifiuto del testamento per ottenere l'eredità *ab intestato*) l'intenzione del pretore era quella di conservare i legati come se fossero dovuti in base al diritto civile: *nam haec quoque praetor perinde salva esse vult atque ea quae iure civili debentur*.

10. Exceptio rei iudicatae in materia ereditaria (libro settimo)

Nerazio tratta l'*exceptio rei iudicatae* nel libro settimo *membranarum* come dimostra il suo testo pervenuto in D. 44.2.27, situazione per cui sembra accettabile ritenere che Ulpiano, *libro septuagensimo quinto ad edictum* in D. 44.2.9.1 e D. 44.2.11 pr. quando ricorda il pensiero neraziano sull'argomento, abbia presso in considerazione tale opera¹²⁸.

Il tema motivo di analisi corrisponde a D. 44.2.11 pr., poiché tratta della materia ereditaria, ma prima del suo studio dobbiamo analizzare D. 44.2.27, perché il giurista spiega i criteri guida necessari¹²⁹ per determinare l'applicazione dell'*exceptio rei iudicatae*¹³⁰ di cui si parla nel brano che dovremo approfondire:

legato così come gli ufficiali del *praefectus urbi*. Infatti, lo stesso Ulpiano, *libro singulari de officio praefecti urbi* in D. 1.12.1. pr.-14 ricorda diverse funzioni del *praefectus urbi* e non cita mai una di carattere coercitivo riguardo all'*interdictum ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit*, soltanto in D.1.12.1.6 cita la sua facoltà di '*audire*' nell'*interdicto quod vi aut clam factum erit, ut restituatur* e nell'*unde vi: sed et ex interdictis quod vi aut clam aut interdicto unde vi audire potest*. Tali dati dimostrano, secondo noi, che l'ultima parte di D. 36.4.5.27 non sarebbe appartenuta a Ulpiano ma a i compilatori giustiniane.

¹²⁸ In questo senso Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, p. 773.

¹²⁹ La determinazione dei criteri per l'applicazione dell'*exceptio rei iudicatae* è stata considerata da Nerazio nei libri *membranarum* e ciò potrebbe spiegare lo scopo di questa opera, che è quella di illustrare, ad un pubblico non necessariamente esperto le basi della scienza giuridica.

¹³⁰ La ricostruzione dell'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* fatta da Lenel, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, p. 506, è in questi termini: *si ea res qua de agitur iudicata non est in iudicium deducta non est*. Nello stesso senso Mantovani, D., *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999, p. 99. Riguardo all'uso della congiunzione disgiuntiva *ve* e non *vel* vedere. Kaser, M., "Zum Ediktsstil", *Festschrift F. Schulz*, 2, Weimar, 1951, pp. 59 ss., = *Ausgewählte Schriften*, 1, rist. Camerino, 1976, p. 247. Problemi riguardo a se fossero due o un'eccezione sono stati trattati da Ankum, H., "Deux problèmes relatifs à l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* dans la procédure formulaire du droit romain classique", *MNHHM. G. A. Petropoulos*, Athènes, 1984, pp. 189 ss., = *Extravagantes. Scritti sparsi sul diritto romano*, Napoli, 2007, pp. 91 ss. e Marrone, M., "Due interessanti testi di Pomponio: a proposito di preclusione processuale, *litis contestatio* e sentenza", *Mélanges F. Sturm*, 1, Liège, 1999, pp. 369 ss. = *Scritti Giuridici*, 2, Palermo, 2003, pp. 691 ss., così come dello stesso studioso, '*Res in iudicium deducta*'-'*res iudicata*', *BIDR* 98-99 (1995-1996), 66 = *Scritti Giuridici*, 2, pp. 590 ss. Tali autori sono del secondo parere, come riteniamo anche noi, l'ultimo autore spiega inoltre giustamente, che il termine '*iudicium*', nell'espressione *in iudicium deducere*, aveva il significato di *formula*, per cui *deducere rem in iudicium* era il comportamento dell'attore che «portava» nella formula la *res qua de agitur*, con la conseguenza di «consumarla» una volta che la formula, con la *litis contestatio*, fosse diventata definitiva. La *res in iudicium deducta* sarebbe stata la *res*, la questione, la pretesa attrice, il rapporto, preclusi per essere stati contemplati in una formula concordata tra parti e pretore, e quindi definitivamente fissata con la *litis contestatio*'. Come vedremo di seguito il caso

Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis, posteaquam contra eum iudicatum esset, nova instrumenta causae suae repperisset.

Il convenuto per difendersi dall'attore che aveva esercitato l'azione in un secondo giudizio aveva la possibilità di interporre l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, se la questione riguardava lo stesso problema (*eadem res*¹³¹). Nerazio determina i presupposti necessari per stabilire l'identità tra i due giudizi; il primo criterio è quello dell'identità tra le persone (*personae*), l'attore e il convenuto sono gli stessi in entrambi giudizi, la controversia è identica alla prima (*id ipsum de quo agitur*), così come la ragione per cui si agisce in giudizio (*causa proxima actionis*).

Paolo, *libro septuagesimo ad edictum* in D. 44.2.12 e in D. 44.2.14 pr., ripropone gli stessi presupposti ricordati da Nerazio con un'altra terminologia:

Cum quaeritur, haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est, an idem corpus sit,

et an eadem causa petendi et eadem condicio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est...

In Paolo il requisito dell'identità tra le persone (*personae*) sarebbe corrisposto alla

analizzato da Nerazio in D. 44.2.11 pr., non trattava della *res in iudicium deducta*, ma di una questione già decisa in una sentenza (*res iudicata*), per cui sebbene sembri adeguato pensare che i compilatori avessero sostituito in alcuni testi classici il nome dell'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* in *exceptio rei iudicatae* come sostiene Marrone in p. 380 = 702 e Kaser- Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, p. 302 n.6, nel caso di Nerazio in D. 44.2.11 pr., non era così, secondo noi, perché siccome il giurista aveva trattato un problema di *res iudicata*, l'*exceptio* doveva essere nominata soltanto in relazione alla clausola dell'eccezione applicabile (*si peteret rursus hereditatem, obstaturam exceptionem rei iudicatae Neratius ait*). Infatti, nel brano 4.110 dei *Fragmenta Augustodunensia* si osserva come il convenuto avrebbe potuto scegliere una delle clausole della presente eccezione: *Ne autem idem litigans audiat in iudiciis diversis post primam actionem...er...ei opponitur exceptio rei in iudicium (hoc est si adhuc pendet iudicium) rei in iudicium deductae, (si iudicata in legitimo iudicio) rei iudicatae. Deductae in iudicium vel iudicatae...* Contrario all'attendibilità della fonte Rodríguez Martín, J. D., *Fragmenta Augustodunensia*, Granada, 1998, pp. 407 ss., il quale sottolinea la lontananza esistente tra la pratica processuale formulare e il maestro di Autun e inoltre dichiara 'Que el augustodunense sepa diferenciar entre una acción consumida en la *litis contestatio* y una situación de cosa juzgada, debe aceptarse sin reparos; pero que FA 4,110 sea el reflejo de una práctica procesal real, conteniendo por tanto información sobre el tenor literal de la fórmula o fórmulas del *album*, parece un tanto arriesgado'. Certamente la contestazione dello studioso spagnolo non si può sottovalutare, ma se Nerazio in D. 44.2.11 pr., usava il termine *exceptio rei iudicatae*, tale dato farebbe pensare ad un'adeguata interpretazione dell'autore dei *Fragmenta Augustodunensia* della pratica processuale classica; inoltre, sembra logico il pensiero scritto nel brano, poiché risulta poco probabile la possibilità che il convenuto, che avrebbe voluto fare valere l'eccezione, avesse nominato anche la clausola che non corrispondeva al suo caso specifico. Sacconi, G., "L'«*exceptio rei in iudicium deductae*»", *Sodalitas. Scritti in O. di A. Guarino*, 4, Napoli, 1984, pp. 1909 ss., nega la veracità dei *Fragmenta Augustodunensia*, poiché secondo lui sarebbe stata smentita da Cicerone, *De oratore* 1.37.168, in cui, in un evidente caso di applicazione di eccezione di *res iudicata*, l'autore usò i termini che ricondurrebbero a un'*exceptio rei in iudicium deductae: petitor rursus cum peteret, ne exceptione excluderetur, quod ea res in iudicium ante venisset*. Secondo noi, probabilmente al tempo di Cicerone non era stata ancora fatta la distinzione delle due clausole dell'eccezione così come accadeva nella codificazione dell'editto in età adrianea; infatti, la stessa autrice alla fine della sua ricerca non esclude tale possibilità.

¹³¹ Riguardo agli elementi da considerare nell'*eadem res* nel pensiero neraziano vedere Pugliese, G., s.v., "Giudicato civile (storia)", *ED* 18 (1969), pp. 738 ss.

*condicio personarum*¹³², la stessa controversia (*id ipsum de quo agitur*) avrebbe riguardato il *idem corpus* e la *causa proxima actionis* sarebbe stata la *causa petendi*. La mancanza di uno dei presupposti ricordati avrebbe escluso l'applicazione all'*exceptio*.

Dopo avere ricordato i presupposti per l'applicazione dell'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* abbiamo gli strumenti necessari per analizzare il problema ereditario trattato da Nerazio e ricordato da Ulpiano, *libro septuagensimo quinto ad edictum* in D. 44.2.11 pr.

Si mater filii impuberis defuncti ex senatus consulto bona vindicaverit idcirco, quia putabat rupto patris eius testamento neminem esse substitutum, victaque fuerit, quia testamentum patris ruptum non erat, postea autem apertis pupillaribus tabulis apparuit non esse ei substitutum: si peteret rursus hereditatem, obstaturam exceptionem rei iudicatae Neratius ait. ego exceptionem obesse ei rei iudicatae non dubito: sed ex causa succurrendum erit ei, quae unam tantum causam agit rupti testamenti.

Il testo è stato considerato dalla romanistica una prova che ancora nel 133 d.C., data in cui è stato fatto il senatoconsulto Tertulliano, Nerazio era in vita e in piena lucidità mentale¹³³; il giurista, probabilmente nel libro settimo *membranarum*¹³⁴ analizza il problema di una madre che pretendeva i beni del figlio impubere in base al senatoconsulto Tertulliano¹³⁵ con una *petitio hereditatis*¹³⁶ perché, sebbene esistesse un testamento del *pater*, in cui era stato stabilito un erede sostituto dell'impubere, la stessa riteneva il testamento *ruptum*, restando perciò senza validità la sostituzione. Siccome la piena validità del testamento del *pater* era stata dimostrata in giudizio, la donna era stata vinta (*victaque fuerit, quia testamentum patris ruptum non erat*), ma il paradosso era che, nonostante l'efficacia del *testamentum*, aperte le tavole pupillari (*tabulae inferiores*), mancava il sostituto, forse perché il disponente aveva nominato come tale un postumo non nato o il sostituto era premorto all'impubere¹³⁷. Se la donna avesse

¹³² Anche se dobbiamo notare che il requisito dell'identità tra le persone presenta alcune differenze rispetto alla *condicio personarum* poiché, come giustamente sottolinea Pugliese, s.v., “*Giudicato civile (storia)*”, p. 738, poteva esservi *eadem res* anche se i soggetti fossero fisicamente diversi, ma avessero avuto la stessa posizione giuridica come dimostra il brano di Ulpiano, *libro septuagensimo quinto ad edictum* in D. 44.2.11.7; infatti nel secondo *iudicium* poteva agire a nome dell'attore il procuratore, il tutore o curatore del *furiosus* o del pupillo, così come l'*actor municipum* e nel caso del convenuto il *defensor*: *Hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt: inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum: ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit.*

¹³³ Sull'argomento vedere Meinhart, “Die Datierung des SC Tertullianum, mit einem Beitrag zur Gaiusforschung”, p. 124 ss., Camodeca, “La carriera del giurista L. Neratius Priscus”, p. 37, dello stesso autore “Il giurista L. Neratius Priscus Cos. Suff. 97 nuovi dati su carriera e famiglia”, pp. 291 ss., tesi seguita da Scarano Ussani, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, p. 76.

¹³⁴ In questo senso Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, cit., 773.

¹³⁵ Come abbiamo fatto notare in una precedente monografia González Roldán, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, pp. 197 ss., il senatoconsulto Tertulliano concedeva alla madre il beneficio (così Ulpiano in D. 38.17.2.20: *senatus consulti beneficium*) a essere considerata erede civile del figlio sotto determinate condizioni: che la stessa avesse avuto il *ius liberorum*, che il figlio non avesse *sui heredes* e che mancassero il padre naturale e i fratelli consanguinei. Qualora il figlio avesse avuto sorelle, la madre avrebbe condiviso l'eredità con loro.

¹³⁶ L'uso della *petitio hereditatis* nel primo giudizio contro i possessori dei beni ereditari si dimostra con i termini *bona vindicaverit*, inoltre, quando il giurista parla del secondo giudizio fa un chiaro riferimento a tale azione, usando il termine *rursus* (*si peteret rursus hereditatem*).

¹³⁷ Ipotesi proposte da Finazzi, *La sostituzione pupillare*, p. 196 n.47. Difficilmente può essere

agito in giudizio una seconda volta contro i possessori dell'eredità per pretendere *ex senatoconsulto* i beni del figlio con la stessa azione, i convenuti potevano interporre l'*exceptio rei iudicatae* secondo Nerazio¹³⁸.

Vediamo la ragione del suo pensiero in base ai presupposti dell'*eadem res* ricordati dal giurista in D. 44.2.27¹³⁹. La madre aveva agito nel primo giudizio contro il possessore o i possessori dell'eredità e lo stesso sarebbe accaduto nel secondo giudizio; evidentemente esisteva identità di persone (*personae*): la madre era attrice in entrambi casi così come il convenuto (convenuti). Siccome nel primo e nel secondo giudizio l'attrice pretendeva l'eredità del figlio *ex senatoconsulto*, risultava certo che agiva con la *petitio hereditatis* per la stessa ragione (*id ipsum de quo agitur*), cioè ottenere il *idem corpus* e, in relazione al terzo requisito, la *causa proxima actionis* o *causa petendi* dobbiamo sottolineare alcuni aspetti interessanti. L'inefficacia del testamento nel primo giudizio era una *causa* diversa dall'inesistenza del sostituto nella seconda controversia, ma non corrispondevano ai termini *causa proxima*; infatti su questo argomento dobbiamo ricordare il concetto di causa usato da Cicerone, *De fato* 15.34:

...*causa autem ea est, quae id efficit, cuius est causa, ut vulnus mortis, cruditas morbi, ignis ardoris. Itaque non sic causa intellegi debet, ut, quod cuique antecedit, id ei causa sit, sed quod cuique efficienter antecedit...*

Applicando il concetto di causa come il fatto precedente che produce un determinato avvenimento dovremo distinguere tra due tipi: la *causa pristina* e la *proxima*¹⁴⁰; così nel caso trattato da Nerazio D. 44.2.11 pr. si osserva la catena causale esistente nei due giudizi: nel primo, la causa per cui la donna aveva esercitato l'azione era perché riteneva di essere erede in base al senatoconsulto Tertulliano. Infatti, ad avviso dell'attrice, il testamento del padre non poteva produrre effetti giuridici, situazione che si dimostra falsa nella sentenza. Nel secondo giudizio la donna in base al Tertulliano esercita l'azione, perché nel testamento efficace del padre la sostituzione pupillare non poteva produrre effetti. Nei due giudizi, come si osserva, sebbene non esista un'identità

condivisa la tesi di Biscotti, B., "Non dubito: sed ex causa succurrendum erit. Ulpiano giurista Post-Postmoderno?", comunicazione *SIHDA Salzburg*, 10-14 settembre 2013, p. 1, reperibile on-line, che il padre non prevedeva un sostituto; infatti le parole *postea autem apertis pupillaribus tabulis* dimostrano l'esistenza di *tabulae inferiores*, in cui il padre aveva nominato un sostituto pupillare, ma che non era diventato tale per i motivi proposti precedentemente.

¹³⁸ Il caso sarebbe diverso da quello presentato da Giuliano, *libro quinquagesimo primo digestorum* in D. 44.2.25 pr., dove una persona, che non aveva il titolo di erede, aveva agito in giudizio con la *petitio hereditatis* e poi, diventata tale, richiedeva di nuovo l'eredità con la stessa azione (*Si is, qui heres non erat, hereditatem petierit et postea heres factus tandem hereditatem petet*); infatti, nel testo di Giuliano l'attore non era ancora titolare dell'eredità, quando aveva agito per la prima volta (ad esempio, riteneva di essere erede di una persona che credeva morta, ma invece era ancora in vita). Nel caso neraziano la donna era erede *ex senatoconsulto* in mancanza dell'erede sostituto ma, anche se questa situazione fosse diventata nota a partire dall'apertura delle *tabulae inferiores* già dal primo giudizio, avrebbe avuto diritto all'eredità, non perché il testamento fosse inefficace, come erroneamente riteneva la donna, ma perché mancava l'erede sostituto. Mentre nel caso di Giuliano il convenuto non avrebbe avuto la facoltà di interporre l'*exceptio rei iudicatae* (*exceptione rei iudicatae non summovebitur*), poiché nessuno avrebbe potuto pretendere l'eredità di una persona ancora in vita, nel caso di Nerazio tale eccezione avrebbe avuto seguito anche se, come vedremo, sarebbe stata paralizzata, secondo la nostra opinione, da una *replicatio*.

¹³⁹ Su questo argomento vedere Greiner, *Opera Neratii*, *Drei Textgeschichten*, pp. 112 ss.

¹⁴⁰ Come ad esempio aveva fatto Paolo, *libro tertio quaestionum* in D. 12.5.8: *Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis, tamen si solveris, non posse te repetere, quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est turpitudine, superesset...*

di *causa pristina*, la *causa proxima actionis* era la stessa e corrispondeva al diritto che la madre aveva *ex senatus consulto* sui beni del figlio nella sua qualità di erede civile¹⁴¹.

Il problema della causa nell'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* è trattato da Paolo, *libro septuagensimo ad edictum* in D.44.2.14.2 (l'ultima parte del brano è riportata anche in D. 50.17.159); il giurista distingue tra azioni reali e azioni personali in questo modo:

Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae aequantur nec ulla earum alterius petitione vitatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.

Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse.

Questi testi sono stati citati perché la *causa proxima actionis* di Nerazio denominata da Paolo in D. 44.2.14 pr. *causa petendi* era un criterio di distinzione tra azioni reali e personali; così, mentre la *petitio hereditatis* aveva soltanto una *causa proxima* (il diritto alle cose ereditarie in ragione del titolo d'erede), la situazione era diversa nelle azioni personali, nelle quali potevano esistere diversi tipi di cause prossime e, nonostante fossero le stesse persone e oggetto, l'attore poteva agire diverse volte per la prestazione, senza che il convenuto potesse interporre l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*¹⁴².

Dopo avere osservato la ragione per cui Nerazio aveva concesso al possessore o possessori dell'eredità l'*exceptio rei iudicatae* contro la madre dell'impubere, dovremmo determinare se, secondo il giurista, l'attrice non avesse modo di ottenere i beni del figlio *ex senatus consulto*; infatti, i termini *ego exceptionem obesse ei rei iudicatae non dubito: sed ex causa succurrendum erit ei, quae unam tantum causam egit rupti testamenti*, per cui si proporrebbe una *restitutio in integrum* concessa dal pretore¹⁴³, non può essere attribuita al giurista traiano ma a Ulpiano (*ego*). Secondo la nostra opinione risulta impensabile sostenere che Nerazio, per ragioni di logica giuridica, lasciasse senza protezione una madre soltanto, perché nel presente caso

¹⁴¹ Su questo punto condividiamo il pensiero di Marrone, M., "La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'*eadem res*", *SDHI* 64 (1998), p. 58 = *Scritti giuridici*, 2, Palermo, 2003, p. 670, nel senso che la dottrina ha ragione quando afferma che la *causa* delle azioni reali si identifica con lo stesso diritto soggettivo ma ha torto quando nega al contempo che essa consista nel titolo di acquisto: 'in realtà le due cose, nel rapporto reale concretamente dedotto in giudizio, si identificavano'.

¹⁴² Ad esempio, se una persona agisce in giudizio contro l'erede per il dolo commesso dal defunto e poi la stessa persona agisce per il dolo dell'erede, Paolo, *libro trigesimo primo ad edictum* in D. 44.2.22 sostiene la non procedibilità dell'eccezione *quia de alia re agitur (et si actum sit cum herede de dolo defuncti, deinde de dolo heredis ageretur, exceptio rei iudicatae non nocebit, quia de alia re agitur)*. Su questo argomento vedere Pugliese, s.v., "Giudicato civile (storia)", p. 739.

¹⁴³ Il verbo *succurrere* identifica, com'è noto, l'esistenza di una *restitutio in integrum*; ad esempio, Gaio, 2.163 in relazione al minore di venticinque anni che ha fatto l'*aditio* dell'eredità *damnosa*: ...*Nam huius aetatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita etiam si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit...*, o il passo di Marcello, *libro tertio digestorum* in D. 4.1.7.1, che si trova appunto nel titolo *de in integrum restitutionibus* della compilazione giustiniana: *Nec intra has solum species consistet huius generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit...*

esistevano i requisiti identificati dal giurista per concedere al convenuto l'*exceptio rei iudicatae*¹⁴⁴; infatti, non poteva essere così poiché, in un caso analogo di esercizio di un'azione reale, il giurista in un testo di Ulpiano, *libro septuagensimo quinto ad edictum* in D. 44.2.9.1, aveva trovato la soluzione alla problematica:

Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit: re secundum petito rem iudicata an restituere cogatur? et ait Neratius, si actori iterum petenti obiciatur exceptio rei iudicatae, replicare eum oportere de re secundum se iudicata.

Il testo è motivo di discussione in dottrina e sembrerebbe più probabile condividere la posizione di Pugliese, nel senso che i compilatori avrebbero unito due casi in un solo brano¹⁴⁵, il primo riguardante un convenuto, il quale, ritenendo erroneamente di possedere un fondo¹⁴⁶, aveva accettato la *litis contestatio* e subito dopo (*mox*¹⁴⁷) aveva

¹⁴⁴ Contrariamente Biscotti, "Non dubito: sed ex causa succurrendum erit. Ulpiano giurista Post-Postmoderno?", p. 1. La studiosa dichiara 'può la poverina chiedere di nuovo in giudizio l'eredità? La risposta di Nerazio, riferita da Ulpiano, è tranchante quanto lapalissiana, giuridicamente fondata quanto umanamente ingiusta: ed è no'. Il brano non dice proprio così, Nerazio dichiara soltanto la possibilità del convenuto di interporre l'*exceptio rei iudicatae: obstaturam exceptionem rei iudicatae Neratius ait* e come vedremo probabilmente il giurista aveva trovato una soluzione a questa problematica non pervenuta in D. 44.2.11 pr. La proposta di Ulpiano era che una volta interposta l'eccezione dal convenuto l'attore avrebbe dovuto essere soccorso dal pretore, dichiarando 'quae unam tantum causam egit rupti testamenti'. Certamente queste parole più che chiarire la sua soluzione lasciano più dubbi che certezze; infatti, la *ratio* della *restitutio in integrum* aveva come presupposto il fatto che la madre aveva fatto valere nel primo processo soltanto la circostanza del *testamentum ruptum*, ma tale affermazione sembra più un sotterfugio che una vera e propria spiegazione giuridica, poiché la *causa proxima actionis* o *causa petendi* era la stessa nel primo e nel secondo processo. Guarnieri Citati, A., "Di un criterio postclassico per la determinazione della *res iudicata*", *BIDR* 33 (1923), p. 207 n.6, ritiene i termini *unam-testamenti* interpolati e Beseler G., "Romanistische Studien", *ZSS*, 50, 1930, p. 72, elimina tutto il pensiero ulpiano ma, secondo noi, questa non può essere una soluzione alla problematica. Forse il giurista voleva dichiarare che, nonostante nei due casi la *causa proxima actionis* fosse la stessa, il primo giudizio aveva come *causa pristina* un testamento *ruptum*, situazione diversa dal secondo *iudicium*, perciò l'uso dell'avverbio *tantum*. Senza esprimersi a questo riguardo Sacconi, *La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, cit., 47 ss., e Finazzi, *La sostituzione pupillare*, p. 197 n.51. Che sia ulpiano il rimedio della *in integrum restitutio* è dichiarato da Marrone, "La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'*eadem res*", p. 66 n. 62 = *Scritti giuridici*, 2, p. 678 n. 62. Tentativi di spiegazione di quest'ultima frase si trovano in Biscotti, "Non dubito: sed ex causa succurrendum erit. Ulpiano giurista Post-Postmoderno?" p. 2 ss.

¹⁴⁵ Pugliese, G., "Due testi in materia di «*res iudicata*»", *Studi in Onore di G. Zanobini*, 5, Milano, 1965, pp. 494 ss., = *Scritti giuridici scelti*, 2, Camerino, 1985, pp. 118 ss., con ricordo alla posizione della dottrina del secolo XIX, tesi condivisa da Talamanca, "Osservazioni sulla legittimazione passiva alle *actiones in rem*", p. 173 n. 153.

¹⁴⁶ Deve sottolinearsi che il convenuto aveva accettato la *litis contestatio* senza possedere, non per causa della sua mala fede ma per un errore; ad esempio, il convenuto aveva acquistato precedentemente un fondo e pensava che la causa riguardasse tale *res*, invece il *fundus* era un altro diverso da quello che effettivamente possedeva. La situazione sarebbe stata diversa se il convenuto, nonostante avesse avuto piena conoscenza di non possedere, si fosse offerto alla *lis*; questo argomento è stato trattato da noi, González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consilium factum nella lettura di Ulpiano*, pp. 177 ss.

¹⁴⁷ Risulta convincente sostenere che il termine *mox* corrisponda al significato 'subito dopo' in relazione al *defenderit*, perciò l'acquisto avvenne appena fatta la *litis contestatio*, come giustamente ritiene Pugliese, "Due testi in materia di «*res iudicata*»" p. 495., = *Scritti giuridici scelti*, 2, p. 119, tesi precedentemente sostenuta da Erman, "recensione a L. Rudolf, Die Replik des Prozessgewinns (*replica rei secundum me iudicatae*)", *ZSS* 27 (1906), pp. 408 ss. Infatti Marrone, M., "Riflessioni in tema di giudicato: l'autorità del giudicato e Cicerone sulla c.d. funzione positiva dell'*exceptio rei iudicatae*", *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008, pp. 71ss., dichiara: 'Si tratta del caso di un tale che, convinto erroneamente di possedere un fondo, accetta di sostenere il giudizio di rivendica; nel corso del

acquistato la cosa. La questione da determinare era se il convenuto era tenuto a restituirla (*an restituere cogatur?*) e la soluzione a questo problema, purtroppo, non ci è pervenuta¹⁴⁸, poiché subito dopo il brano si interrompe e si presenta un'opinione di Nerazio in relazione ad un caso diverso. Il problema del giurista traiano riguarda un giudizio in cui il convenuto era stato assolto per mancanza del possesso del fondo¹⁴⁹ e dopo la sentenza assolutoria aveva acquistato la *res*. La questione che rimaneva aperta era se il titolare poteva agire contro il possessore nonostante nella prima sentenza fosse stato assolto per mancanza del possesso; secondo i criteri ricordati dal giurista era evidente la facoltà del convenuto di interporre l'*exceptio rei iudicatae*, ma era inadeguato permettere all'acquirente di conservare una cosa, nonostante il suo titolare fosse l'attore del primo giudizio.

La soluzione del giurista è quella di concedere all'attore una *replicatio* denominata *replicatio de re secundum se (actorem) iudicata*¹⁵⁰ e la ragione di questa soluzione

processo compra il fondo e ne diviene possessore', anche se lo studioso, a differenza di Pugliese, interpreta il testo come un solo caso trattato e non due come invece riteniamo noi.

¹⁴⁸ Nello stesso senso Marrone, "Riflessioni in tema di giudicato: l'autorità del giudicato e Cicerone sulla c.d. funzione positiva dell'*exceptio rei iudicatae*", p. 72. Pensiamo che il giudice, una volta dimostrata la titolarità del fondo dell'attore in giudizio e verificato il possesso dello stesso da parte del convenuto, ne avrebbe intimato la restituzione (o in caso di inottemperanza, condannato); e poi, quest'ultimo avrebbe potuto agire in giudizio contro il venditore per motivo di evizione.

¹⁴⁹ Attenzione, nel primo giudizio l'attore aveva dimostrato di essere titolare della cosa ma, data l'impossibilità (anche per i proculeiani tra cui Nerazio) di condannare un convenuto rimasto fino all'ultimo privo di possesso, sarebbe stato assolto come giustamente ha fatto notare Talamanca, *Studi sulla legittimazione passiva alla 'hereditatis petitio'*, p. 43 n. 110 e "Osservazioni sulla legittimazione passiva alle «*actiones in rem*»", pp. 141 ss., e nello stesso senso Pugliese, "Due testi in materia di «*res iudicata*»", p. 499, = *Scritti giuridici scelti*, 2, p. 123. Infatti, la controversia giurisprudenziale tra sabiniani e proculeiani trattata da noi *supra* in relazione a D. 5.3.57 riguardava la perdita della cosa dopo la *litis contestatio*, invece, in questo caso, nel primo giudizio il convenuto non avrebbe avuto mai il fondo nel trascorso del processo. Su questo aspetto in relazione alla *petitio hereditatis* vedere il *principium* di D. 44.2.9., in cui si osserva che Ulpiano affermava che il convenuto che non possedeva la *res* sarebbe stato assolto proprio per questo fatto: ...*adversarius, quia nihil possidebat, absolutus est*...

¹⁵⁰ Su questo punto dobbiamo sottolineare che nel caso in cui il convenuto nel primo giudizio fosse stato assolto per mancanza del possesso e poi fosse diventato possessore, l'attore avrebbe potuto agire in giudizio per pretendere la cosa di cui era titolare, su questo punto il testo di Gaio, *libro trigensimo ad edictum provinciale* in D. 44.2.17: *Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris sine dolo malo te desisse possidere, deinde postea coeperis possidere et ego a te petam: non nocebit mihi exceptio rei iudicatae*. Probabilmente il meccanismo era diverso tra le due scuole: mentre per i sabiniani (tesi affermata da Gaio), l'*exceptio rei iudicatae* non poteva essere proposta dal convenuto in giudizio, per i proculeiani (tra cui Nerazio) il convenuto poteva interporre l'eccezione, anche se questa poteva essere paralizzata dalla *replicatio*, arrivandosi alla fine agli stessi risultati ma per strade diverse. Noi, comunque, siamo prudenti su questo punto, poiché i termini *non nocebit mihi exceptio rei iudicatae* potrebbero interpretarsi anche in un altro senso: l'*exceptio rei iudicatae* interposta dal convenuto non nuoce all'attore, poiché avrebbe a disposizione la *replicatio*. Pugliese, "Due testi in materia di «*res iudicata*»", p. 502 ss., = *Scritti giuridici scelti*, 2, pp. 126 ss., pensa all'esistenza di due posizioni diverse tra le scuole. Riguardo alla *replicatio* Wacke, A., "In integrum restitutio propter dolum?", ZSS 88 (1971), p. 118 n. 55 pensa a una *replicatio doli*, anche se riteniamo difficile condividere tale pensiero, poiché se il convenuto avesse acquistato la cosa da un terzo e ottenuto il possesso che prima non aveva, non necessariamente significherebbe che l'acquisto era stato fatto con intenzione dolosa (altrimenti sarebbe stato sottolineato nel brano). La *replicatio de re secundum se iudicata* era un rimedio proposto da Nerazio, per evitare una situazione che altrimenti sarebbe risultata assurda: l'attore dimostrava la titolarità della cosa, il convenuto era assolto per mancanza del possesso e poi con l'uso dell'*exceptio rei iudicatae* non poteva ottenere il fondo, nonostante dimostrasse la sua titolarità nel primo *iudicium*. Sull'argomento vedere Pugliese, "Due testi in materia di «*res iudicata*»" p. 495, = *Scritti giuridici scelti*, 2, pp. 119 ss., lo studioso, contro la posizione di Marrone, M., "L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano", AUPA 24 (1955), pp. 168 ss., che attribuiva ai giustiniane l'inserimento della *replicatio*,

aveva come fondamento una situazione particolare: l'attore, nel primo giudizio, aveva dimostrato d'essere titolare della *res* ma, nonostante tale fatto, il convenuto era stato assolto poiché non possedeva il fondo¹⁵¹. Se lo stesso fosse convenuto di nuovo, dopo avere acquistato il possesso del *fundus*, poteva interporre l'*exceptio rei iudicatae* per i motivi visti precedentemente, ma l'attore poteva replicare che nel primo giudizio la causa era stata giudicata a suo favore; infatti, aveva dimostrato la sua titolarità, nonostante l'assoluzione del convenuto.

Evidentemente il presente caso è completamente diverso da D. 44.2.11 pr., e tale tipo di *replicatio* non trova gli stessi presupposti logici del problema motivo della nostra indagine, ma dobbiamo comunque sottolineare che esistono diversi punti di contatto che ci farebbero pensare a una soluzione analoga; da una parte in D. 44.2.9.1 si tratta di un'azione reale allo stesso modo della *petitio hereditatis* esercitata dalla madre nei confronti del possessore o possessori dell'eredità e, siccome nella prima sentenza l'attore non aveva ottenuto la *res*, poiché il convenuto non la possedeva, lo stesso non perdeva la titolarità della cosa. Nel caso della madre esistevano i tre presupposti richiesti da Nerazio in D. 44.2.27, per concedere al possessore o possessori dell'eredità l'*exceptio rei iudicatae*, ma l'erede *ex senatoconsulto* poteva replicare che, sebbene nel primo giudizio non avesse potuto dimostrare il suo diritto, poiché il testamento era efficace, dopo l'apertura delle *tabulae inferiores* e mancando l'erede sostituto, esistevano i presupposti necessari per ottenere *ex senatoconsulto* l'eredità del figlio.

Apendice bibliografico

- Ankum, H., "Deux problèmes relatifs à l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* dans la procédure formulaire du droit romain classique", *MNHMH. G. A. Petropoulos*, Athènes, 1984. = *Extravagantes. Scritti sparsi sul diritto romano*, Napoli, 2007.
- Arangio-Ruiz, V., "La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano", *AG* 81-82, (1908-1909) = *Scritti di diritto romano*, 1, Camerino, 1974.
- Arcaria, M F., 'Missio in possessionem' e 'cognitio' fedecommissaria, *BIDR* 89 (1986).
- Berger A., *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar, 1912.
- Beseler, G., "romanistische Studien", *RHD* 10 (1930).
- Beseler, G., "unklassische Wörter", *ZSS* 56 (1936).
- Betancourt, F., "La difesa pretoria del *missus in possessionem*", *AHDE* 52 (1982).
- Bilabel, F., s.v. "Membrana", *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XV-1, Stuttgart, 1931.
- Biondi, B., "Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano", *Studi in Onore di P. Bonfante*, 4, Pavia, 1929.
- Birt, T., *Das Antike Buchwesen, in seinem Verhältniss zur Litteratur*, Berlin, 1882 (rist. Aalen, 1974).
- Biscardi, A., *La protezione interdettale nel processo romano*, Padova, 1938.
- Biscotti, B., "Non dubito: sed ex causa succurrendum erit. Ulpiano giurista Post-Postmoderno?", comunicazione *SIHDA Salzburg*, 10-14 settembre 2013, reperibile on-line.
- Blanck, H., *Das Buch in der Antike*, München, 1992 = *Il libro nel mondo antico*, Bari, 2008.

sostiene giustamente la difficoltà di pensare che i compilatori avessero inserito un rimedio classico nel tempo in cui il processo formulare non era più vigente. Sull'argomento vedere Kaser-Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, p. 382 con bibliografia nella nota 53 e più esempi dell'uso della *replicatio* nei confronti dell'*exceptio rei iudicatae* sono riportati da Pugliese, s.v., "Giudicato civile (storia)", pp. 736 ss.

¹⁵¹ Come giustamente sottolinea Kaser, M., "Nochmals über Besitz und Verschulden bei den *actiones in rem*", *ZSS* 98 (1981), p. 138 e n. 235: 'Die *pronuntiatio* ist *secundum petitorem* ergangen'.

- Bona, F., "Rec. Greiner", *SDHI* 40 (1974).
- Buckland, W. W., *The roman Law of Slavery*, Cambridge, 1908 (rist. 1970).
- Camodeca, G., "La carriera del giurista L. Neratius Priscus", *AAN* 87 (1976).
- Camodeca, G., "Il giurista L. Neratius Priscus Cos. Suff. 97 nuovi dati su carriera e famiglia", *SDHI* 73 (2007).
- Chiazzese, L., *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958.
- De Marini Avonzo, F., *I limiti alla disponibilità della «res litigiosa» nel diritto romano*, Milano, 1967.
- De Ruggiero, R., "Satisfactio e pignus nelle stipulazioni pretorie", *Studi in Onore di C. Fadda*, 2, Napoli, 1906.
- Donatuti, G., "Iustus, Iuste, Iustitia nel linguaggio dei giuristi classici", *Studi di Diritto Romano*, Milano, 1976.
- Donatuti, G., *Lo statulibero*, Milano, 1940.
- Dorandi, T., *Le Stylet et la Tablette dans le Secret des Auteurs antiques*, Paris, 2000.
- Erman, "recensione a L. Rudolf, Die Replik des Prozessgewinns (*replica rei secundum me iudicatae*)", *ZSS* 27 (1906).
- Faber, A., *Rationalia in Pandectas*, 2.1., Lugduni, 1659.
- Fadda, C., *Concetti fondamentali di diritto ereditario romano*, 2, Milano, 1949.
- Ferrini, C., *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano*, rist. Roma, 1976.
- Finazzi, G., *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997.
- Flume, W., "Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker", *ZSS* 92 (1975).
- Fuenteseca, P., "Reflexiones sobre la tricotomía «actio» «petitio» «persecutio»", *AHDE* 40 (1970).
- Giovanelli, B., *Discorso sopra un'iscrizione trentina del tempo degli antonini in Intorno all'origine e condizione antica di Trento*, Trento, 1824.
- Glück, F., *Ausführliche Erläuterung der Pandekten = Commentario alle Pandette*, 28, IV, Milano, 1904.
- González Roldán, Y., *Dolo Desinere Possidere fra Editto del Pretore e Scienza Giuridica*, Bari, 2010.
- González Roldán, Y., *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari, 2008.
- González Roldán, Y., *Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano*, México, D.F., 1997.
- Gregori, G. L., *Ludi e Munera. 25 anni di ricerche sugli spettacoli d'età romana*, Milano, 2011.
- Greiner, R., *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe, 1973.
- Grelle F., *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano*, Napoli, 1972.
- Grosso G., "Appunti sulla designazione nominativa", *SDHI* 7 (1941).
- Grosso G., *I legati nel diritto romano*, Torino, 1962.
- Grosso G., "La finzione di adempimento nella condizione", *Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza di Modena*, 47, 1930 = *Scritti storico giuridici*, 3, Torino, 2001.
- Guarnieri Citati, A., "Di un criterio postclassico per la determinazione della *res iudicata*", *BIDR* 33 (1923).
- Havet, L., *Manuel de Critique Verbale appliquée aux Textes Latins*, Roma, 1967.
- Herdliczka, A. R., "Die Bedeutung des Besitzes für die Verurteilung des Vindikationsbeklagten im klassischen römischen Recht", *ZSS* 49 (1929).
- Honoré, A. M., "A Study of Neratius and a Reflection on Method", *RHD* 43 (1975).
- Honoré, T., *Ulpian*, Oxford, 1982.
- Horak, F., "Rec. Greiner, Opera Neratii", *ZSS* 92 (1975).
- Johnston, D., *On a singular book of Cervidius Scaevola*, Berlin, 1987.
- Karlowa, O., *Römische Rechtsgeschichte*, 1, Leipzig, 1885.
- Kaser M.- Hackl, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996.
- Kaser, M., "Nochmals über Besitz und Verschulden bei den *actiones in rem*", *ZSS*, 98, 1981.
- Kaser, M., *Restituere als Prozessgegenstand. Die Wirkungen der litis contestatio auf den*

- Leistungsgegenstand im römischen Recht*, München, 1968.
- Kaser, M., “Zum Ediktsstil”, *Festschrift F. Schulz*, 2, Weimar, 1951. = *Ausgewählte Schriften*, 1, rist. Camerino, 1976.
- Knütel, R., “Rec. Greiner”, *IURA* 25 (1974).
- Krüger, P., “Ueber die Verwendung von Papyrus und Pergament für die juristische Litteratur der Römer”, *ZSS* 8 (1887).
- Kunkel, W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln, 1967.
- Lafaye, G., s.v. “membrana”, *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, 3, Paris, 1904.
- La Pira, G., “La sostituzione pupillare”, *Studi in Onore di P. Bonfante*, 3, Milano, 1930.
- Lécrivain, Ch., s.v. “viator”, *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, 5.
- Lenel, O., *Das Edictum Perpetuum*, Aalen, 1956.
- Lenel, O., “Die Passivlegitimation bei der *hereditatis petitio*”, *ZSS*, 46, 1926.
- Lenel, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, Roma (rist.) 2000.
- Lepri, M.F., *Note sulla natura giuridica delle ‘missiones in possessionem’*, Firenze, 1939.
- Levy, E., *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar, 1962.
- Longo, G., *L’Hereditatis petitio*, Padova, 1933.
- Mantovani, D., *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999.
- Marrone, M., “Due interessanti testi di Pomponio: a proposito di preclusione processuale, *litis contestatio* e sentenza”, *Mélanges F. Sturm*, 1, Liège, 1999. = *Scritti Giuridici*, 2, Palermo, 2003.
- Marrone, M., *L’effetto normativo della sentenza. Corso di diritto romano*, Palermo, 1960.
- Marrone, M., “La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell’*eadem res*”, *SDHI* 64 (1998) = *Scritti giuridici*, 2, Palermo, 2003.
- Marrone, M., ‘*Res in iudicium deducta*’-‘*res iudicata*’, *BIDR* 98-99 (1995-1996) 66 = *Scritti Giuridici*, 2.
- Marrone, M., “Riflessioni in tema di giudicato: l’autorità del giudicato e Cicerone sulla c.d. funzione positiva dell’*exceptio rei iudicatae*”, *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, Padova, 2008.
- Masi, A., *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966.
- Masiello T., *Le Quaestiones publice tractatae di Cervidio Scevola*, Bari, 2006.
- Mayer-Maly, T., “Problemi della condizione”, *Labeo* 14 (1968).
- Meinhart, M., “Die Datierung des SC Tertullianum, mit einem Beitrag zur Gaiusforschung”, *ZSS* 83 (1966).
- Mommsen, T., *römisches Staatsrecht*, 1, Graz (rist.) 1953. = *Le Droit public romain*, 1, Paris, 1887.
- Müller-Ehlen, M., *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Köln, Weimar, Wien, 1998.
- Nappi, S., *Ius finitum*, Bari, 2005.
- Nardi, E., *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, Milano, 1947.
- Plass P., *The Game of Death in ancient Rome. Arena Sport and Political Suicide*, Wisconsin, 1995.
- Pugliese, G., “Due testi in materia di «*res iudicata*»”, *Studi in Onore di G. Zanobini*, 5, Milano, 1965. = *Scritti giuridici scelti*, 2, Camerino, 1985.
- Pugliese, G., s.v., “*Giudicato civile (storia)*”, *ED* 18 (1969), Varese.
- Reynolds, L. D. e Wilson, N. G., *Copisti e filologi. La tradizione dei classici dall’antichità ai tempi moderni*, Padova, 1974.
- Robbe, U., *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953.
- Rodríguez Martín, J. D., *Fragmenta Augustodunensia*, Granada, 1998.
- Sacconi, G., “L’«*exceptio rei in iudicium deductae*»”, *Sodalitas. Scritti in O. di A. Guarino*, 4, Napoli, 1984.
- Sacconi, G., *La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell’oggetto del processo*, Milano, 1977.
- Scarano Ussani, V., “Ermeneutica, diritto e ‘valori’ in L. Nerazio Prisco”, *Labeo* 23 (1977).
- Scarano Ussani, V., *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su*

- Nerazio e Celso, Napoli, 1979.
- Schipani, S., *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino, 1971.
- Schipani, S., “Zum iusiurandum in litem bei den dinglichen Klagen”, *Studien in römischen Recht. M. Kaser zum 65. Geburtstag*, Berlin, 1973.
- Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953 = *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968.
- Scialoja, V., *Negozi giuridici*, Roma, 1950.
- Segnalini S., *L’editto Carboniano*, Napoli, 2007.
- Solazzi, S., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, 1, Napoli, 1937.
- Solazzi, S., “Unum testamentum duarum hereditatum”, *Labeo* 1 (1955).
- Spina, A., *Ricerche sulla successione testamentaria nei responsa di Cervidio Scevola*, Milano, 2012.
- Starace, P., *Lo statuliber e l’adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, Bari, 2006.
- Stolfi, E., “Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio”, *SDHI* 63 (1997).
- Talamanca, M., “Osservazioni sulla legittimazione passiva alle *actiones in rem*”, *Studi economico-giuridici dell’università di Cagliari* 43 (1964).
- Talamanca, M., *Studi sulla legittimazione passiva alla ‘hereditatis petitio’*, Milano, 1956.
- Voci, P., *Diritto ereditario romano*, 1 e 2, Milano, 1967.
- Voci, P., “La sostituzione pupillare nel diritto romano”, *AG* 149 fas.1-2 (1955).
- Wacke, A., “*In integrum restitutio propter dolum?*”, *ZSS* 88 (1971).
- Wacke, A., “Ungeteilte Pfandhaftung”, *Index* 3 (1972).
- Wenger, L., *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953.
- Wesener, G., “Pendenza, vor Wirkungen und Rückwirkung der Aufschiebenden Bedingung im römischen Recht”, *Festgabe für A. Herdlitzka*, München- Salzburg, 1972.
- Wieacker, F., *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960.
- Wolff, H. J., “Die Pupillarsubstitution. Eine Untersuchung zur Geschichte des ‘heres’ Begriffs und der römischen Rechtswissenschaft”, *Studi in Onore di S. Riccobono*, 3, Palermo, 1936.