

Annotatiunculae (I)

«Usucapio pro herede» - «aditio hereditatis» : un rapporto da chiarire

1. Prescindendo dalle dispute dottrinali sorte intorno alla funzione originaria dell'antica *usucapio pro herede*, o meglio *usucapio hereditatis*¹, all'interno delle quali in passato anch'io mi sono avventurata², è un dato comunque pacifico che l'istituto in questione abbia subito una evoluzione che permise la sopravvivenza dello stesso, nonostante il mutato contesto giuridico e sociale in cui appunto continuò ad operare³: si passò infatti dall'usucapione dell'*hereditas*, che si credette non più possibile (Gai. *inst.* 2.54), all'usucapione di singole cose ereditarie.

A quest'ultimo riguardo, inoltre, se qualche incertezza permane circa il preciso momento storico in cui si attuò tale mutamento – fine della Repubblica e inizio del Principato⁴, fine II secolo a.C.⁵, fine II e inizio del primo secolo a.C.⁶, epoca preclassica⁷ –, gli studiosi sono oggi in ogni modo pressoché⁸ concordi nel ritenere, sulla scia dell'opinione avanzata nei primi decenni del secolo scorso dal Bonfante⁹, che tale usucapione poteva avvenire anche dopo l'*aditio hereditatis*, fin tanto

1) L'espressione '*usucapio hereditatis*' si attaglia maggiormente ad indicare l'antico *usus* avente ad oggetto l'*hereditas* in quanto più conforme alle locuzioni utilizzate da Gaio nel descrivere questa figura (Gai., *inst.* 2.54: '*ipsae hereditates usucapi credebantur; ipsas hereditates usucapi non posse*'). L'espressione '*usucapio pro herede*' è infatti riferita dalle fonti, incluso lo stesso Gaio (*inst.* 2.52 e 3.201), all'usucapione di singole cose ereditarie. In proposito, *amplius*, G. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio*, I. *La struttura originaria del «gerere pro herede»*, Milano, 1987, p. 66 s. e nt. 1.

2) Cfr. COPPOLA, *Studi*, I, cit., p. 65 ss.

3) Si veda in proposito, tra gli altri, G. FRANCIOSI, *Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli, 1965, p. 13 ss., con letteratura anteriore; *adde* C.ST. TOMULESCU, *Gaius 2,55 e l'«usucapio pro herede»*, in «Studi G. Grosso», IV, Torino, 1971, p. 444 ss., e COPPOLA, *Studi*, I, cit., p. 137 ss.

4) V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, rist. Napoli, 1977, p. 557.

5) M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 693.

6) COPPOLA, *Studi*, I, cit., p. 148 ss. Per ulteriori diverse prese di posizione si veda in particolare p. 156 nt. 44.

7) M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, p. 322.

8) Per un diverso orientamento si veda tuttavia, di recente, MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 272 s.; ma cfr. pure COPPOLA, *rec.* a M.G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente operato dallo schiavo manomesso nel testamento. Lettura esegetica del titolo 47,4 del Digesto*, Milano, 1994, in «Iura», XLV, 1994, p. 180 ss.; per la letteratura più antica (contro la quale si è mosso Pietro Bonfante: cfr. *infra*, nt. 9) si vedano invece, tra i maggiori, A. ASCOLI, *Sull'«usucapio pro herede»*, in «AG», XXXVIII, 1887, p. 326 ss., S. GALGANO, *I limiti subbiettivi dell'antica usucapio. Appunti critici*, Napoli, 1913, p. 70 ss., O. LENEL, *Die Rechtsstellung des proximus adgnatus und der gentiles im altrömischen Erbrecht*, in «ZSS.», XXXVII, 1916, p. 129 ss. e in particolare p. 130, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², Firenze, 1928, p. 483, nt. 1, H. KRÜGER, *Die usucapio pro herede nach klassischem Recht*, in «ZSS.», LIV, 1934, p. 80 ss. e in particolare p. 88 s., e C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, II, Milano, 1949, p. 4 s. nt. 1.

9) Cfr. P. BONFANTE, *I limiti originari dell'usucapione* (1915), in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1926, p. 683 ss., *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, II, Roma, 1926, rist. Milano, 1968, p. 280 s. e 342 ss., e *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni*, Roma, 1930, rist. Milano, 1974, p. 284 ss. L'autore procede comunque sulla scia di altri suoi autorevoli colleghi che, prima di lui, avevano appunto collegato la possibilità di usucapire *pro herede* alla mancata presa di possesso delle cose ereditarie da parte dell'erede: cfr. per tutti D. HUSCHKE, *Ueber die usucapio pro herede, fiducia und ex*

che l'erede non avesse preso possesso dei beni ereditari¹⁰.

A confermare questa veduta starebbe d'altronde, tra gli altri¹¹, anche il «buon Gaio» il quale, in più di un contesto, mostra appunto di connettere la possibilità di usucapire le singole cose ereditarie da parte di un qualsiasi terzo estraneo al fatto che l'erede non sia ancora entrato in possesso dei beni del *de cuius*. In tal senso egli infatti si esprime in particolare sia nel libro secondo, nel discorso relativo all'*usucapio pro herede* (§ 52), che nel libro terzo, a proposito del delitto di furto, appunto escluso qualora si usucapisca una *res* ereditaria non ancora posseduta dall'erede (§ 201)¹².

Non sono d'altronde difettate le giustificazioni circa questo «presunto» collegamento tra *usucapio pro herede* e mancata presa di possesso delle *res hereditariae* da parte dell'erede.

Ponendosi su un piano squisitamente giuridico, Bonfante in particolare individuava la *ratio* di tale collegamento nel principio della mancata lesione del possesso altrui da parte di chi usucapisce *pro herede*: a suo giudizio, infatti, l'erede, per far cessare l'*usucapio pro herede*, sarebbe dovuto entrare nel possesso effettivo delle cose ereditarie, dimostrando, conseguentemente, interesse per le stesse¹³, acquistando con l'*aditio* i diritti, non il possesso¹⁴.

In una prospettiva socio-economica si è mosso invece, più di recente, Tomulescu, riportando il legame tra *usucapio pro herede* e mancata presa di possesso delle cose ereditarie da parte dell'erede fondamentalmente all'esigenza di sanzionare quest'ultimo qualora avesse trascurato i beni ereditari, particolarmente i fondi agricoli¹⁵.

Questi punti di vista però possono essere facilmente superati.

In particolare, per quanto concerne la soluzione suggerita da Tomulescu e ancora di recente richiamata in dottrina, connessa al «presunto» «disvalore che i Romani attribuivano ... all'abbandono della lavorazione della terra per beni fondiari potenzialmente produttivi»¹⁶, essa si basa su una concezione della proprietà che non appartenne affatto al mondo classico, bensì piuttosto al contesto postclassico-giustiniano. Il *dominium ex iure quiritium*, in quanto potere assoluto ed illimitato, nell'ottica dei giuristi classici portò infatti ad una concezione della proprietà intesa come *ius utendi vel*

praedictura, in «ZGRW.», XIV, 1848, in particolare p. 193 s., e gli altri autori citati da ASCOLI, *op. cit.*, p. 326 nt. 16.

¹⁰ Cfr., a titolo puramente orientativo, S. SOLAZZI, *Sul possesso del «suus heres»* (1931), in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, p. 379 ss., *Diritto ereditario romano*, II, Napoli, 1933, p. 142 ss., e *Sul «crimen expilatae hereditatis»* (1936), in *Scritti*, III, cit., p. 547 ss., nonché FRANCIOSI, *Usucapio pro herede*, cit., p. 13 ss., P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, Milano, 1967, in particolare p. 110 e 216 s., e *Istituzioni di diritto romano*³, Milano, 1996, p. 588, TOMULESCU, *Gaius* 2,55, cit., specie p. 446, F. GNOLI, *Hereditatem expilare*, I. *Il principio 'rei hereditariae furtum non fit' e la 'usucapio hereditatis'*, Milano, 1984, in particolare p. 21, 34 s e 80 ss., SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento*, cit., p. 5 s. e 131 ss., e, da ultima, ancora P. BIAVASCHI, *Ricerche sul precarium*, Milano, 2006, p. 119 ss. Per qualche presa di posizione in parte diversa si vedano invece J.A.C. THOMAS, *Rei hereditariae furtum non fit*, in «T.», XXXVI, 1968, p. 489 ss., e G. MAC CORMACK, *Usucapio pro herede, res hereditariae and furtum*, in «RIDA.», XXV, 1978, p. 293 ss.

¹¹ Si vedano infatti anche Pomponio (D. 41.3.29: '*quia nec pro herede usucapi potest quod ab herede possessum est ... nam hic quoque possessio veri heredi obstat tibi*'), Giuliano (D. 41.3.35: '*Si homo ... ab herede numquam possessus subreptus fuisset*'), Paolo in *Paul. Sent.* 2.31.11 ('*Rei hereditariae, antequam ab herede possideatur, furtum fieri non potest*') e in D. 25.2.6.6 ('*quia rei hereditariae nondum possessae non fit furtum*') ed Ulpiano (D. 47.4.1.15: '*Scaevola ait ... idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi, sed nec heredis est possessio, antequam possideat*'). Su questi passi cfr. *infra*, § 2.

¹² Gai., *inst.* 2. 52 ('*Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere usucapiat, veluti si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possiderit, nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem: quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur*') e 3.201 ('*Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, veluti res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem*').

¹³ BONFANTE, *Le successioni*, cit., p. 284 ss.

¹⁴ I fautori dell'opinione che qui si respinge adducono dalla loro, a quest'ultimo riguardo, due testi: uno di Giavoleno, contenuto in D. 41.2.23 pr. ('*Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet*'), l'altro di Paolo, riferito in D. 41.2.30.5 ('*Quod per colonum possideo, heres meus nisi ipse nactus possessionem non poterit possidere: retinere enim animo possessionem possumus, apisci non possumus. Sed quo pro emptore possideo per colonum etiam, usucapiet etiam heres meus*'). Questi brani, tuttavia, nulla hanno a che fare con la materia dell'accettazione dell'eredità e del connesso acquisto del possesso dei beni ereditari, riguardando fondamentalmente il problema della continuazione del possesso in capo al successore ai fini dell'usucapione.

¹⁵ TOMULESCU, *Gaius* 2,55, cit., p. 448 ss.

¹⁶ BIAVASCHI, *Ricerche sul precarium*, cit., p. 121 s. e nt. 15.

abutendi re sua, per usare una espressione cara agli interpreti medioevali, che la coniarono appunto per contrapporre la proprietà all'usufrutto, concepito invece come *ius utendi vel fruendi re sua*¹⁷. L'opinione del Tomulescu, dunque, si sarebbe potuta attingere solo alla diversa concezione della proprietà che, in seguito alla crisi economico-sociale della fine del terzo secolo d.C., portò ad un ridimensionamento dei poteri del proprietario nell'interesse generale della fertilità dei fondi che, se abbandonati, sarebbero andati acquisiti a favore di quanti li avessero resi produttivi¹⁸. Ma a quell'epoca ormai l'usucapione di singole cose ereditarie aveva assunto, come avremo modo di ricordare in maniera approfondita più oltre, la veste di un vero e proprio *crimen*.

Sulla opinione del Bonfante, che ha avuto un largo seguito presso gli autori successivi, tra cui in particolare il Solazzi¹⁹, occorre spendere qualche parola in più.

Intanto penso si debba partire da una considerazione preliminare: i testi che riguardano il nostro discorso e che passerò ad esaminare nel paragrafo successivo, connettono la possibilità di usucapire le singole cose ereditarie alla mancanza di furto delle stesse, delitto appunto escluso fin tanto che l'erede non ne sia entrato in possesso. Ora, se si tien conto che perché vi sia furto occorre un atteggiamento doloso da parte di chi appunto «ruba»²⁰, è consequenziale desumere che il soggetto potrà essere considerato un ladro solo quando consapevolmente sa che la cosa che sta sottraendo appartiene ad altri o su cui comunque altri ha un particolare interesse²¹ e quindi, nel nostro specifico caso, sa che i beni ereditari hanno già un titolare che rispetto ad essi ha mostrato di avere interesse, come può averlo in primo luogo l'erede che, accettata l'eredità, acquista di conseguenza il possesso, anche se virtuale, di tutte le *res hereditariae*. Diversamente stanno le cose durante la giacenza dell'eredità. I beni ereditari, morto il titolare e in attesa ancora di un *heres*, non appartengono a nessuno; né tanto meno appartiene ad alcuno l'*hereditas* nel suo complesso. '*Res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt*', afferma infatti lo stesso Gaio (D. 1.8.1.pr.). Ma in tal senso si esprimono pure Giavoleno (D. 28.5.65: '*servus hereditarius, priusquam adeatur hereditas, quamvis ... nullius sit ...*'), Paolo (D. 47.19.6: '*rei hereditariae ..., quae sine domino est ...*') e Ulpiano in D. 43.24.13.5 ('... *hereditas iacebat ... Labeo ait, quod eo tempore nemo dominus fuerit ...*') e in D. 9.2.13.2 ('*Si servus hereditarius*

¹⁷ La definizione di '*dominium*' inteso come '*usus et abusus*' della propria cosa, risalente a Bartolo, coniata su un passo di Ulpiano (D. 5.3.25.11), ove si dice che i possessori di buona fede, convenuti con la petizione d'eredità, sono esonerati da responsabilità '*si quid dilapidaverunt perdidierunt, dum re sua se abuti putant*', ancora tenuta presente dalla scienza giuridica moderna (cfr. F. PICCINELLI, *Studi e ricerche intorno alla definizione dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*, Firenze, 1886, rist. – con una nota di lettura di L. CAPOGROSSI COLOGNESI – Napoli, 1980, p. 42 ss.), è stata forse eccessivamente criticata dalla dottrina (vedi per tutti sul punto, con letteratura, il recente volume di S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, in particolare p. 69 e nt. 142 e 143); essa infatti coglie in ogni caso l'essenza del *dominium* romano inteso come potere assoluto ed illimitato su una cosa e, sotto questo profilo, assume ben poca importanza che il verbo '*abuti*', utilizzato nel passo su riferito, possa essere tradotto con «consumare» anziché con «abusare», come vuole ad esempio C. LONGO, *Corso di diritto romano. Le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto*, Milano, 1938, in particolare p. 121.

¹⁸ Il fenomeno si inquadra nel contesto di quello che A. GUARINO ha efficacemente qualificato «*dominium unificato*», attuatosi appunto in età postclassica: cfr. *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, p. 690 ss. Sul divieto, sviluppatosi in quest'epoca, di abbandono dei beni immobiliari e, in particolare, dei terreni coltivabili (fenomeno dell'*ager desertus*) si veda soprattutto L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili in diritto romano*, Napoli, 1989, p. 241 ss., con ampia analisi dei relativi provvedimenti imperiali.

¹⁹ Cfr. *supra*, nt. 10.

²⁰ Sul *dolus furis* fonti principali e bibliografia in GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 992 e nt. 88.4.3.

²¹ Infatti, secondo quanto insegna Gaio, l'*actio furti* competeva anche '*cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit*' (*inst.* 3. 203). In tal senso si veda anche Ulpiano in D. 47.2.10: '*Cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet*, e Paolo in D. 47.2.11: '*Tum is cuius interest furti habet actionem, si honesta causa interest*'. Su questo presupposto al principio *rei hereditariae furtum non fit*, la giurisprudenza classica avrebbe ammesso delle eccezioni, relative al creditore pignoratizio, al comodatario ed all'usufruttuario. Lo attestano in particolare Giuliano, Scevola, Marcello e Giavoleno rispettivamente in D. 47.2.69[68] ('*Hereditariae rei furtum fieri Iulianus negabat, nisi forte pignori dederat defunctus aut commodaverat*'), 70[69] ('*aut in qua usus fructus alienus est*') e 71[70] ('*His enim casibus putabat hereditiarum rerum fieri furtum et usucapionem impediri idcircoque heredi quoque actionem furti competere potest*'). Ma lo attesta ancora Ulpiano in D. 47.2.14.14: '*Si res commodata est et is cui commodata est decesserit: quamvis hereditati furtum fieri non possit et ideo nec heres eius cui commodata est possit agere, tamen commodator poterit furti agere: idemque et in re pignoratata vel in re locata. Licet enim hereditati furti actio non adquiratur, tamen alii, cuius interest, adquiritur*'.

occidatur, quaeritur, quis Aquilia agat, cum dominus nullus sit huius servi ...'). Pur potendo avere la consapevolezza che vi è un chiamato e quindi un potenziale titolare (si veda Gai. *inst.* 2.56: 'nam sciens quisque rem alienam lucri facit'), l'usucapiente non potrà comunque commettere furto perché è ancora incerto se l'erede, accettando, diventerà effettivo proprietario di questi beni. E' allora solo durante la giacenza dell'eredità che potrà essere escluso il furto delle cose ereditarie, essendo esse *sine domino*. Lo assicurano le stesse fonti classiche, a cominciare da Paolo nel libro 1 *ad Neratium*:

D. 47.19.6: Si rem hereditariam, ignorans in ea causa esse, subripuisti, furtum te facere respondit. PAULUS: rei hereditariae furtum non fit, sicut nec eius quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripientis.

Nonostante il diverso orientamento di Nerazio, secondo cui l'atteggiamento psicologico di chi ruba, ignorando che la cosa faccia parte di un patrimonio ereditario, non lo esime da una responsabilità per furto, Paolo afferma infatti recisamente che non si commette furto di una *res hereditaria*, alla stregua di quella che è *sine domino*, e ciò a prescindere dalla *existimatio* che della stessa abbia il ladro²². All'erede pertanto non spetteranno né *actio furti* né *condictio ex causa furtiva*, anche se non gli è preclusa la possibilità di esperire l'*actio ad exhibendum*²³, preordinata alla *rei vindictio*, così come, nell'ipotesi in cui gli venga contestata la sua qualità di erede, potrà, *hereditatem petendo*, dimostrando quindi di essere lui l'erede e pertanto *dominus* anche delle cose rubate, ottenere la revoca di tale usucapione²⁴.

L'*usucapio pro herede* poteva dunque avverarsi solo prima e non dopo l'*aditio*. A favore di questa impostazione depongono d'altronde alcuni dati che ora passerò ad illustrare.

Intanto in tal senso sembra testimoniare la più antica fonte relativa alla figura in discussione: il testo ciceroniano del *de legibus* del quale già in passato mi sono occupata, collegandolo, sulla scia di autorevole dottrina, alla trasformazione appunto dell'*usucapio* dell'*hereditas* in usucapione di singole cose ereditarie²⁵:

de leg. 2.19.48: Quaeeruntur enim qui adstringantur sacris. ... Tertio loco, si nemo sit heres, is qui de bonis quae eius fuerint quom moritur usu ceperit plurimum possedendo.

Lo sganciamento definitivo dell'adempimento dei *sacra* dalla persona dell'*heres* risulta dal brano con-

²²) Il testo è stato infatti il principale *punctum dolens* dell'opinione bonfantiana. L'autore, di fronte all'evidente relazione posta nel testo tra mancanza di furto e qualifica di *res sine domino*, per rimanere fedele alla sua congettura, conclude affermando che «se è vero che non vi ha furto delle *res nullius* in senso assoluto, ... è pur vero che queste cose sono anche *sine possessore*»: cfr. BONFANTE, *I limiti originari*, cit., p. 694 s., e *Le successioni*, cit., p. 290 s.; sul passo si vedano inoltre, a titolo puramente orientativo, B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in «AUPA», XXIII, 1953, p. 195 ss., e *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, ivi, XXV, 1956, p. 210, nonché THOMAS, *Rei hereditariae furtum non fit*, cit., p. 498, MAC CORMACK, *Usucapio pro herede*, cit., p. 298 s., R. ORESTANO, *Hereditas nondum adita*, in «Jura», XXXIII, 1982, p. 6, e MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 273, nt. 203.

²³) Oltre che D. 47.19.2.1 di Ulpiano, sul quale mi soffermerò nel § 3, in tal senso depongono Giuliano in D. 9.4.40 ('*Si servus legatus ante aditam hereditatem rem heredi 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*'), Papiniano in D. 3.5.33[32] ('*Heres viri defuncti uxorem, quae res viri tempore nuptiarum in sua potestate habuit, compilatae hereditatis postulare non debet. Prudentius itaque faciet, si ad exhibendum et negotiorum gestorum, si negotia quoque viri gessit, cum ea fuerit expertus*') e l'Imperatore Gordiano in C. 9.32.4.pr-1 ('*Adversus uxorem, quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur, mariti diem suum functi successores expilatae hereditatis crimen intendere non possunt. Et ideo res, quas per eandem abesse quereris, competentem in rem actione vel, si dolo malo fecerit, quo minus res mobiles consideret, ad exhibendum persequere*'). Su questa problematica cfr. M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in «AUPA», XXVI, 1957, in particolare p. 192, 325 s. e 565 ss., J. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum' en derecho clasico*, in «SDHI», XXVI, 1960, p. 190 ss. e in particolare p. 261. Ma si vedano anche G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i «potestati subiecti»*, Milano, 1960, p. 328 s. e nt. 73, e SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento*, cit., p. 96 ss., in particolare nt. 153; su D. 9.4.40 adde MAC CORMACK, *Usucapio pro herede*, cit., p. 299.

²⁴) Cfr. Gai., *inst.* 2.57.

²⁵) Cfr. COPPOLA, *Studi*, I, cit., p. 138 ss.

nesso proprio alla nuova figura dell'usucapione di singole cose ereditarie: a rispondere di essi la giurisprudenza pontificale chiama infatti in prima linea colui 'qui de bonis, quae eius fuerint quom moritur usu cepit plurimum possidendo', sempre però nell'ipotesi di inesistenza o di mancata accettazione dell'erede²⁶.

Un'ulteriore argomentazione può comunque anche trarsi da quanto si legge in Gai., *inst.* 2.57: il giurista antoniniano, infatti, riprendendo nel § 56 il discorso relativo all'*usucapio pro herede*, interrotto dalla trattazione della più antica figura dell'*usucapio hereditatis*²⁷, dopo aver affermato appunto che 'haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur', nel § 57 ricorda che ai suoi tempi tale '*usucapio iam non est lucrativa*':

Nam ex auctoritate Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur. Et ideo potest heres ab eo qui rem usucepit hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.

Sulla base dell'attestazione gaiana si desume che nell'età di Adriano l'*usucapio pro herede* di singole cose ereditarie fu resa inoperante da un *senatusconsultum* che concedeva all'erede, sperando l'*hereditatis petitio*, di recuperare la cosa usucapita 'atque si usucapta non esset'²⁸. Ma quel che più rileva ai nostri fini è che se l'erede era necessitato ad esperire l'*hereditatis petitio*²⁹ significa che il suo titolo era messo in discussione da chi possedeva non solo *pro possessore*, da chi cioè possedeva pur sapendo di non essere erede, bensì anche *pro herede*, reputando essere lui l'erede³⁰. Significa, in ultima analisi, che non era pacifica la sua legittimazione alla titolarità dei beni ereditari. Ancora una volta ciò dunque prova che l'usucapione risultava avvenuta a danno di chi solo in seguito all'esperimento dell'azione ereditaria sarebbe stato riconosciuto effettivo *dominus* delle *res hereditariae*. Il che avrebbe permesso a quest'ultimo, appunto, grazie all'intervento adrianeo, di annullare comunque gli effetti della *lucrativa usucapio* che eventualmente fosse maturata a suo danno.

Ma l'argomento più significativo che depone contro la tesi bonfantiana riguarda l'esclusione dell'usucapione a carico degli eredi *necessari*:

Gai., *inst.* 2.58: Necessario tamen herede extante nihil pro herede usucapi potest. ... 3.201: Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, veluti res hereditarias ... nisi necessarius heres extet; nam necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse.

Se, invero, di fronte al *necessarius*, il quale acquista l'eredità *ipso iure*, senza bisogno di accettazione, non è possibile usucapire, ciò significa che la presenza di un erede, che ha però già accettato, è sufficiente ad escludere la possibilità che altri approfitti indenne di cose appartenenti ad una eredità.

Bonfante ha cercato di aggirare l'ostacolo scaturente dalla lettura di questi passi controbatendo che per il diritto classico il *suus* succedeva immediatamente nel possesso del defunto. Egli infatti afferma che tanto il furto di cose ereditarie che l'*usucapio pro herede* «sono in relazione con il possesso; non è riconosciuto il furto di cose ereditarie finché l'erede non abbia preso possesso delle medesime, e correlativamente è ammessa l'*usucapio pro herede* anche dopo l'adizione, sempre finché

²⁶ Cfr. ancora COPPOLA, *Studi*, I, cit., p. 142 s.

²⁷ La sistematica gaiana è esposta in modo chiaro e conciso da VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 107: «Gaio inizia il discorso riferendosi alla figura più recente (§§ 52 e 53); apre una parentesi per spiegare la figura meno recente (§§ 54 e 55); quindi torna a parlare della *usucapio* più recente (§§ 56-58)».

²⁸ La disposizione, però, pur paralizzandone gli effetti, non scalfiva il principio fondamentale al quale risaliva questa *usucapio*, e cioè che i beni ereditari erano *res nullius* ed in riferimento ad essi non si sarebbe commesso furto. Solo successivamente, come vedremo più oltre, per ovviare alla ingiustizia che una tale conseguenza concretamente comportava, si inserì questa ipotesi nel quadro della nuova figura del *crimen expilatae hereditatis*.

²⁹ Sull'*hereditatis petitio* cfr. per tutti GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 468 ss., con ampia bibliografia.

³⁰ Su questa problematica cfr. M. KASER, «Pro herede vel pro possessore», in «Studi A. Biscardi», II, Milano, 1982, p. 221 ss.

L'erede non abbia preso possesso delle cose ereditarie. Ma di fronte al *suus*, cioè quando erede è il *suus*, la sottrazione di cose ereditarie è considerata come furto, e l'usucapione *pro herede* non ha luogo; ciò significa evidentemente che il *suus* si considera possessore per il fatto stesso della delazione»³¹.

Nel tentativo di difendere questa opinione contro la severa critica mossale dal Perozzi, il quale appunto in polemica col Bonfante aveva asserito che la supposizione che l'erede necessario subentrasse senz'altro al defunto anche nel possesso non fosse né «dimostrata né dimostrabile in alcun modo»³², Solazzi finisce col mettere in evidenza quello che a mio giudizio è il punto più debole della tesi bonfantiana. Egli infatti sostiene³³ come sia «opinione comune che il *necessarius* di Gai 2.58 e 3.201 abbracci tanto il *suus et necessarius*, quanto il *necessarius* propriamente detto. Se ne dovrebbe allora forse inferire che anche il *servus cum libertate institutus* succedesse immediatamente nel possesso del padrone defunto? «... è ciò credibile?». Bonfante sembrerebbe risolvere la questione implicitamente parlando semplicemente di *suus heres*³⁴: «questa posizione del *suus* nell'ordinamento classico della *familia*, in cui essa costituiva un'unità compatta, in cui precisamente i *fili familias* erano ministri e strumenti del *paterfamilias* nella conclusione dei negozi giuridici e nella rappresentanza in ordine al possesso, si comprende più agevolmente e si concilia colla natura del possesso e la ragione per cui negli eredi estranei non trapassa»³⁵.

Ma di fronte a Gai., *inst.* 2.58 e 3.201 come può negarsi che anche rispetto al *necessarius* in senso stretto la sottrazione di cose ereditarie dovesse considerarsi come furto e l'usucapione *pro herede* non dovesse conseguentemente avere luogo? Per non arrivare alla errata conclusione che l'*heres necessarius* fosse anch'egli possessore per il sol fatto della delazione, conclusione anche per Solazzi inaccettabile, quest'ultimo è costretto pertanto a supporre la non genuinità dei passi gaiiani. Ma una tale supposizione poteva essere giustificabile alla luce della corrente interpolazionistica che l'ha fatta da padrone fino alla prima metà del secolo scorso, non certo ancora ai giorni nostri.

E allora, nel momento in cui si afferma che c'è furto e non si compie l'usucapione contro l'*heres necessarius* in senso lato, automaticamente si pone l'antitesi: non c'è furto ed è ammessa l'usucapione contro l'*heres voluntarius*. E poiché le due categorie di eredi si diversificano solo in ciò che la prima acquista l'eredità automaticamente, mentre la seconda ha bisogno dell'*aditio*, è logico concludere che furto ed usucapione stanno in rapporto di dipendenza non con la presa di possesso delle cose ereditarie ma con l'adizione.

2. Resta adesso da chiedersi perché in riferimento all'*usucapio pro herede* i testi classici, a cominciare da Gaio, parlano di possesso e non di *aditio*.

In uno studio dedicato all'evoluzione storica della *pro herede gestio* ho avuto occasione di dimostrare ampiamente come questa figura abbia rappresentato il primo modo di accettazione dell'eredità, cui si venne affiancando la *cretio*, sorta come clausola testamentaria attraverso la quale l'efficacia dell'istituzione veniva subordinata ad un dato contegno che il testatore ordinava al chiamato di tenere e che si concretizzava in una dichiarazione formale da pronunciare entro un certo lasso di tempo che appunto sarebbe servito come termine per l'accettazione³⁶. In quel contesto si è anche detto che punto di partenza del *gerere pro herede* fu costituito dall'usare e disporre delle cose ereditarie, uso e disposizione che ovviamente presuppone la presa di possesso delle stesse³⁷. Ora, nonostante

³¹) BONFANTE, *Le successioni*, cit., p. 178 s.: ma cfr. anche p. 293 ss., e *I limiti originari*, cit., p. 699 ss.

³²) PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 483 nt. 1.

³³) SOLAZZI, *Sul possesso*, cit., p. 381 ss.

³⁴) Vedi in tal senso anche A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.1, Halle, 1895, rist. Aalen, 1963, p. 441 nt. 2, il quale, fondandosi su D. 29.2.57.pr. (Gai 23 *ad ed. prov.*), ha appunto sostenuto che anche Gai., *inst.* 2.58 e 3.201, si riferissero esclusivamente ai *sui heredes*. Diversamente GNOLI, *Hereditatem expilare*, cit., p. 35 ss. e 81.

³⁵) BONFANTE, *Le successioni*, cit., p. 179.

³⁶) G. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio*, II. *La valutazione dell'animum nel «gerere pro herede»*, Milano, 1999, p. 53 ss. e 245 ss.

³⁷) COPPOLA, *Studi*, II, cit., p. 53 ss.

col tempo si passò da una rappresentazione materialistica del *gerere* ad una rappresentazione smaterializzata, ove tendenzialmente qualsiasi comportamento poteva essere interpretato in termini di accettazione se fatto con tale intenzione, alla primordiale configurazione di questo istituto rimase tuttavia ancorato un giurista «conservatore» come Gaio³⁸, a ciò indotto probabilmente anche dagli inconvenienti che potevano scaturire nell'attribuire ad un qualsiasi altro comportamento concludente il significato di accettazione dell'eredità. Infatti, l'apertura attuata in seno alla giurisprudenza classica più matura, che portò in concreto alla creazione di una figura di *gerere pro herede* dai contorni «atipici», pose problemi non indifferenti, soprattutto nel caso in cui fosse stato difficile per il chiamato dimostrare di aver intrapreso un certo contegno per il raggiungimento di scopi diversi da quelli che gli si venivano ad attribuire. Da qui la connessa tendenza a bloccare gli effetti negativi di questa apertura attraverso accorgimenti tesi a recuperare in concreto l'esatta portata dell'atto intrapreso³⁹. Tanto ciò è vero che persino la stessa presa di possesso di cose ereditarie da parte del chiamato, se compiuta in circostanze o con atteggiamenti particolari, avrebbe potuto assumere, quanto meno nell'ottica della giurisprudenza severiana, un significato completamente diverso:

D. 29.2.21 pr. (Ulp. 7 *ad Sab.*): Si quis extraneus rem hereditariam quasi subripiens vel expilans tenet, non pro herede gerit: nam admissum contrariam voluntatem declarat.

Comunque, a prescindere da questa posizione estrema assunta da Ulpiano⁴⁰ e giustificabile alla luce della creazione della nuova figura del *crimen expilatae hereditatis*, il cui riconoscimento, come vedremo, rappresentò uno dei più significativi momenti che portarono al superamento del principio *hereditariae rei furtum non fit*, la presa di possesso ed il conseguente uso dei beni ereditari dovette essere considerato il comportamento che con maggiore univocità era rappresentativo della volontà del chiamato di acquistare la qualifica di *heres*; ad esso pertanto si continuò a fare riferimento per escludere l'*usucapio pro herede*, visto che qualsiasi altro comportamento avrebbe potuto essere intrapreso con intenti differenti rispetto a quello di accettare appunto una eredità.

E' partendo da questa impostazione che vanno conseguentemente intesi, non solo i passi gaiani relativi alla questione⁴¹ e cioè:

Gai., *inst.* 2. 52: Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere usucapiat, veluti si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possiderit, nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem: quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur;

Gai., *inst.* 3.201: Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, veluti res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem,

ma anche gli altri testi, appartenenti alla giurisprudenza classica, a partire da

D. 41.3.29 (Pomp. 22 *ad Sab.*): Cum solus heres essem, existimarem autem te quoque pro parte heredem esse, res hereditarias pro parte tibi tradidi. Propius est, ut usu eas capere non possis, quia nec pro herede

³⁸ Il conservatorismo del giurista è ben visibile nella definizione che dell'istituto di cui si discute Gaio ci dà in *inst.* 2. 166: '... *Quodsi ita non creverit, finito tempore cretionis excluditur; nec quicum proficit, si pro herede gerat, id est si rebus hereditariis tamquam heres utatur*'. Com'è evidente, qui ci troviamo di fronte ad una definizione del *gerere pro herede* legata ad una visuale materialistica dell'atto, già ai tempi di Gaio ormai superata nella prassi giurisprudenziale. Per questo aspetto, quindi, l'insegnamento gaiano risulta legato fedelmente alla tradizione e poco incline a dar conto dei più recenti orientamenti giurisprudenziali. Questo carattere, d'altronde, risulta proprio della struttura delle opere «istituzionali», che non hanno certamente lo scopo di fornire ai lettori un approfondimento in riferimento alle più recenti dottrine. Su questa problematica cfr. comunque *amplius* COPPOLA, *Studi*, II, cit., p. 186 ss.

³⁹ COPPOLA, *Studi*, II, cit., in particolare p. 129 ss.

⁴⁰ Su cui cfr. COPPOLA, *Studi*, II, cit., p. 167 ss., con bibliografia.

⁴¹ Su cui si veda in particolare GNOLI, *Hereditatem expilare*, cit., p. 41 ss.

usucapi potest quod ab herede possessum est neque aliam ullam habes causam possidendi. Ita tamen hoc verum est, si non ex transactione id factum fuerit. Idem dicimus, si tu quoque existimes te heredem esse: nam hic quoque possessio veri heredi obstabit tibi.

Il chiamato, credendo di non essere unico erede, prende possesso delle cose ereditarie e consegna una parte delle stesse a chi crede suo coerede. Pomponio, commentando Sabino, esclude che quest'ultimo possa acquistare le cose consegnate dal vero erede per usucapione in quanto appunto l'unico erede, avendo preso possesso delle *res hereditarias*, ha mostrato con ciò di volere accettare l'eredità, precludendo conseguentemente al «presunto» coerede di usucapirle, a prescindere dalla sua buona o mala fede⁴².

D. 41.2.21 pr. (Iav. 7 *ex Cassio*): Interdum eius possessionem, cuius ipsi non habemus, alii tradere possumus, veluti cum is, qui pro herede rem possidebat, antequam dominus fieret, precario ab herede eam rogavit.

Nonostante anche questo testo sia stato, pure di recente, invocato a favore della tesi bonfantiana⁴³, esso tuttavia, ad una attenta riflessione depone a suo discapito. Ivi, infatti, la cosa poteva essere usucapita in quanto l'erede, non avendo ancora accettato l'eredità, non aveva mostrato alcun interesse nei confronti della stessa. Ma nel momento in cui il possessore *pro herede* chiede la *res* in precario allo stesso erede, ottenendo da quest'ultimo una risposta positiva, il possessore della *res*, da possessore diventa detentore appunto perché l'erede, affermando di concedere la cosa in precario, ha con ciò stesso dimostrato la sua intenzione di acquistare l'eredità.

Altro testo addotto a favore della tesi che qui si contesta è

D. 41.3.35 (Iul. 3 *ad Urseium Ferozem*): Si homo, cuius usus fructus legatus erat, ab herede numquam possessus subreptus fuisset, quaesitum est, quia heres furti actionem non haberet, an usucapi possit. Sabinus respondit nullam eius rei usucapionem esse, cuius nomine furti agi possit, agere autem furti eum, qui frui deberet, posse. Quod sic accipiendum est, ut fructuarius poterit uti frui: aliter enim homo in causa non perduceretur. Sed si utendi iam et fruendi abductus homo fuerit, non solum ipse, sed etiam heres furti agere poterit.

Anche in questo caso, però, il problema circa il furto e la possibile usucapione di uno schiavo ereditario lasciato, tramite legato, in usufrutto si pone in quanto l'erede non ne è entrato in possesso, non avendo egli accettato l'eredità. Ma, per evitare appunto che l'usufruttuario potesse da questa situazione di incertezza ricevere un danno, sulla base dell'insegnamento di Sabino, Giuliano sostiene che quest'ultimo avrebbe potuto ugualmente agire per furto in quanto potenzialmente titolare di un interesse a che la cosa non venisse sottratta⁴⁴; mentre, se il servo fosse stato rubato a chi già ne usufruiva, ad agire per furto poteva essere, oltre che l'usufruttuario anche l'erede, e ciò appunto in quanto, per potere esercitare l'usufruttuario il suo diritto, è presumibile che l'erede avesse ormai accettato l'eredità; pertanto, in qualità di titolare dello schiavo, avrebbe avuto anch'egli, alla stregua dell'usufruttuario, interesse a che non venisse rubato⁴⁵.

Né contraddice quanto fin qui affermato

D. 47.4.1.15 (Ulp. 38 *ad ed.*): Scaevola ait possessionis furtum fieri: denique si nullus sit possessor, fur-

⁴² Sul testo si vedano, oltre BONFANTE, *La proprietà*, cit., II, p. 345 ss., anche P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà (Corso di diritto romano)*, Milano, 1952, p. 208 s., e KASER, «*Pro herede vel pro possessore*», cit., p. 246 s.

⁴³ Cfr. BIAVASCHI, *Ricerche sul precarium*, cit., p. 117 ss.

⁴⁴ Si ricordi quanto Giuliano, e con lui i maggiori esponenti della giurisprudenza classica, affermano in proposito: cfr. *supra*, nt. 21.

⁴⁵ Sul testo si vedano, tra gli autori più recenti, THOMAS, *Rei hereditariae furtum non fuit*, cit., p. 490 ss., MAC CORMACK, *Usucapio pro herede*, cit., p. 302 ss., e M. FRUNZIO GIANCOLI, *Sabino e l'usucapione delle «res furtivae»*, in «*La-beo*», XLII, 1996, p. 405 s., con altra letteratura.

tum negat fieri: idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae factis est et animi. sed nec heredis est possessio, antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis, non autem fuit possessio hereditatis.

Il brano è inserito nel titolo del Digesto relativo all'azione pretoria concessa contro il servo, cui era stata data la libertà fedecommissaria, che avesse sottratto o danneggiato cose ereditarie prima che l'erede avesse adito l'eredità, dopo ovviamente la morte del testatore⁴⁶. La concessione di tale azione era volta appunto ad evitare che il servo, in quanto ancora tale, potesse sottrarre o danneggiare impunemente *res* facenti parte di un'eredità che, proprio perché priva di padrone, era esposta all'usucapione. L'accettazione anche di uno solo degli eredi, infatti, avrebbe condotto alla libertà del servo ed alla sua conseguente responsabilità per furto per qualsiasi sottrazione perpetrata ai danni del patrimonio ereditario.

Ulpiano inizia con un'affermazione di Scevola secondo il quale, consistendo il furto nella sottrazione del possesso, inteso questo ovviamente nel senso più ampio di detenzione⁴⁷, non potrà configurarsi *furtum* quando non vi è un *possessor*. Per il giurista, pertanto, non potrà integrare gli estremi del furto la sottrazione dei beni ereditari, non potendo essere l'*hereditas*, ovviamente non ancora adita, titolare di *possessio*⁴⁸; ma la *possessio* – afferma Ulpiano – non è neppure dell'erede prima che possieda, cioè prima di aver compiuto un atto dal quale traspaia in maniera non equivoca la sua intenzione di prendere possesso delle cose ereditarie; egli infatti acquista soltanto ciò che fa parte dell'asse ereditario, ma non vi fu possesso dell'eredità.

In quest'ottica va letta pure l'affermazione di Paolo contenuta nella sua opera di commento a Sabino:

D. 25.2.6.6 (Paul. 7 *ad Sab.*): Quod si mortuo viro amoverit, non facit furtum, quia rei hereditariae nondum possessae non fit furtum: ideoque aut vindicari poterunt aut in hereditatis petitionem venient.

Pure in quest'ultimo testo, infatti, la mancanza di furto, e conseguentemente l'impossibilità di esperire l'*actio rerum amotarum*⁴⁹, è connessa allo stato di giacenza dell'eredità, non ancora accettata e quindi posseduta dall'erede. Questo tuttavia non esclude, ricorda il giurista, che le cose sottratte non possano essere rivendicate dall'erede, o comunque, in virtù del provvedimento adrianeo di cui parla Gai., *inst.* 2.57, essere ricomprese nell'*hereditatis petitio* esperita dall'erede contro chi contesta il suo titolo⁵⁰.

Nella direzione segnalata va quindi interpretata anche la frase che si legge in

Paul. Sent. 2.31.11: Rei hereditariae, antequam ab herede possideatur, furtum fieri non potest.

Del resto, che questo fosse l'orientamento di Paolo, e cioè che va escluso il furto di una *res hereditaria* fin tanto che l'eredità è *sine domino*, è confermato dal già menzionato D. 47.19.6, ove appunto il giurista severiano sostiene che *rei hereditariae furtum non fit sicuti nec eius, quae sine domino est*.

3. E veniamo, per finire, all'unico testo che sembrerebbe cozzare con l'opinione fin qui sostenuta.

⁴⁶ Su questa problematica rinvio per tutti al lavoro di SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento*, cit.: sul testo in esame si veda in particolare p. 116 ss., con ampio ragguaglio bibliografico; ma si vedano anche le mie considerazioni esposte nella ricordata *recensione*, p. 176 ss., in particolare p. 180 ss.

⁴⁷ Tant'è che anche al comodatario, all'usufruttuario e al creditore pignoratizio spettava l'*actio furti*: cfr. *supra*, nt. 21. In tal senso cfr. anche SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento*, cit., p. 121.

⁴⁸ Notevoli dubbi ha suscitato in dottrina l'inciso '*quae factis est et animi*', che chiude il periodo. Si sono infatti pronunciati per la natura glossematica dello stesso C.A. CANNATA, *Dalla nozione di «animus possidere» all' «animus possidendi»*, in «SDHI.», XXVII, 1961, p. 79 ss., P.P. ZAMORANI, *Possessio e animus*, I, Milano, 1977, p. 14, e SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento*, cit., p. 122 ss., alla quale rinvio il lettore per un approfondimento della questione.

⁴⁹ Su quest'azione, sostitutiva dell'*actio furti*, cfr. per tutti GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 581 e nt. 42.2.5.

⁵⁰ Si veda in tal senso anche Giuliano, in D. 25.2.22.1: '*Si mulier mortis causa res amoverit, deinde mortuus est maritus, hereditatis petitione, vel actione ad exhibendum consequi poterit heres id, quod amotum est*'.

Trattasi di D. 47.19.2.1, preceduto, nel *principium*, da una presentazione del *crimen expilatae hereditatis*:

(Ulp. 9 *de off. procons.*): Si expilatae hereditatis crimen intendatur, praeses provinciae cognitionem suam accommodare debet: cum enim furti agi non potest, solum superest auxilium praesidis. Apparet autem expilatae hereditatis crimen eo casu intendi posse, quo casu furti agi non potest, scilicet ante aditam hereditatem, vel post aditam antequam res ab herede possessae sunt. nam in hunc casum furti actionem non competere palam est: quamvis ad exhibendum agi posse, si qui vindicaturus exhiberi desideret, palam sit.

Dopo aver precisato che il *crimen expilatae hereditatis* è un illecito soggetto a repressione *extra ordinem* mediante *accusatio* al funzionario imperiale, il giurista di Tiro informa circa i limiti entro i quali l'istituto trovava applicazione, limiti connessi alla mancanza della possibilità di esperire l'*actio furti*⁵¹. Nel § 1 precisa pertanto che ciò avviene non solo nel caso in cui al momento del fatto l'erede volontario non abbia ancora accettato, ma anche qualora, pur essendo già intervenuta l'*aditio*, l'*heres* non sia entrato in possesso dei beni ereditari⁵².

Il passo non è uscito indenne dalle mani degli «interpolazionisti». Riguardo al *principium* si è, in particolare, sottolineato come l'espressione '*solum superest auxilium praesidis*' sia «iterativa» della frase '*provinciae cognitionem suam accommodare debet*', mentre la motivazione '*enim furti agi non potest*' si è detto anticipi il discorso del § 1; il che ha portato a considerare l'intera frase '*cum ... praesidis*' non genuina⁵³. Non si è però mancato in proposito di sottolineare come tutto *principium* abbia fondamentalmente la «funzione di informare circa la sussistenza del *crimen*», identificando «la competenza del funzionario e il tipo di processo» da applicare e che pertanto ben si addice ad un'opera, come quella ulpiana, «considerata nella sua natura originaria, di prontuario per l'attività amministrativa e giurisdizionale dei governatori provinciali»⁵⁴.

Altrettanto invasivi sono stati gli interventi relativi al § 1, come quello effettuato dal Solazzi il quale ha ritenuto la distinzione '*ante aditam vel post aditam*' «inutile, dal momento che l'adizione non conta e ciò che rileva è la presa di possesso. Ulpiano» dimenticherebbe inoltre «che v'è un erede, l'*heres necessarius*, il quale non ha bisogno di fare l'adizione e tuttavia non ha l'*a. furti*, se la cosa ereditaria sia stata sottratta prima che ne abbia preso possesso»⁵⁵. Su questa base egli pertanto conclude per la necessaria sostituzione della frase '*scilicet ante aditam hereditatem vel post aditam*' con quella '*scilicet necessario herede extante vel post aditam hereditatem, antequam res ab herede possessae sunt*'. L'autore, per arrivare a questa soluzione, è stato però costretto a riferire la locuzione '*heres necessarius*' al solo servo del testatore, da questi istituito erede *cum libertate*, il quale sarebbe esentato dall'*aditio*, ma avrebbe l'onere, a differenza del *suus et necessarius*, di prendere possesso dell'eredità, al pari di un qualsiasi *extraneus*. Il che lo ha portato, come logica conseguenza, a ritenere alterati tutti i passi giurisprudenziali, a cominciare da Gai., *inst.* 2.58 e 3.201, nei quali l'uso di '*necessarius*' ha significato estensivo, comprendente cioè anche il *suus*: ma questa presa di posizione, come si è già detto⁵⁶, non appare

⁵¹ La dottrina è pressoché concorde nel ritenere che l'introduzione del *crimen expilatae hereditatis* si debba ad un *senatusconsultum* ispirato da Marco Aurelio: cfr. per tutti ORESTANO, *Hereditas*, cit., p. 6. Si è discostato tuttavia da questo orientamento GNOLI, *Hereditatem expilare*, cit., p. 9 ss., il quale, sulla scia di SOLAZZI, *Sul «crimen expilatae hereditatis»*, cit., p. 547 ss., ha ritenuto invece che tale *crimen* abbia trovato la sua origine non in uno specifico provvedimento legislativo, ma «in una prassi, fondata sulla potestà discrezionale, delegata dagli imperatori a prefetti e governatori provinciali, di applicare la propria *cognitio* a fattispecie ritenute degne di sanzione al di fuori dell'*ordo iudiciorum publicorum*». Sul punto cfr. anche SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento*, cit., p. 9 e nt. 17.

⁵² Sul brano in esame si vedano anche, tra gli autori più recenti, MAC CORMACK, *Usucapio pro herede*, cit., p. 300 ss., ORESTANO, *Hereditas*, cit., p. 6, SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento*, cit., p. 133 ss., e GNOLI, *Hereditatem expilare*, cit., p. 17 ss.

⁵³ G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, p. 87: sul punto si veda *amplius* GNOLI, *Hereditatem expilare*, cit., p. 18 e nt. 1.

⁵⁴ Così GNOLI, *Hereditatem expilare*, cit., p. 18.

⁵⁵ SOLAZZI, *Sul possesso*, cit., p. 387, e *Sul «crimen expilatae hereditatis»*, cit., p. 549, nt. 5.

⁵⁶ Cfr *supra*, p. 6.

oggi più condivisibile.

Certo, questo non esclude che nel nostro passo non ci sia ugualmente qualcosa che non funziona: che senso ha infatti affermare che non si può agire per furto prima che l'eredità sia stata adita, oppure dopo che è stata adita ma prima che i beni ereditari siano entrati nel possesso dell'erede? Che senso ha il riferimento all'accettazione se il momento determinante per escludere il furto risulta alla fine essere la presa di possesso delle *res* da parte dell'erede?

A mio parere in proposito ben ha visto il Perozzi⁵⁷ il quale, appuntandosi dal punto di vista formale sulle locuzioni '*eo casu ... quo casu ... in hunc casum*', che si riferiscono ad un solo caso, poste in relazione all'alternativa '*ante aditam ... vel post aditam*', in cui i casi presentati verrebbero invece ad essere due, propende per la soppressione della frase '*ante aditam hereditatem vel post aditam*', opera dei Compilatori⁵⁸.

E' invero plausibile ritenere che ivi Ulpiano abbia descritto, alla stregua di quanto si legge negli altri brani che abbiamo analizzato, l'unica ipotesi significativa che, in quanto escludente l'*actio furti*, avrebbe legittimato l'esperimento del *crimen de quo*, e cioè la mancata *possessio* dei beni ereditari che l'erede avrebbe potuto conseguire a buon diritto solo grazie appunto alla sua accettazione. Le parole '*ante aditam vel post aditam*' suonano infatti come superflue e non credo affatto possa scartarsi l'ipotesi che esse siano frutto dell'intervento dei Commissari giustiniani⁵⁹. Certamente c'è da chiedersi anche il perché di un tale intervento sul testo classico. E se a questa domanda Perozzi non è riuscito a dare una risposta⁶⁰, proverò io a darne una che sia abbastanza plausibile⁶¹.

E' stato infatti autorevolmente dimostrato come una predisposizione propria dell'epoca post-classica e giustiniana sia stata quella volta a considerare il furto non più come delitto privato, ma come *crimen*, in ciò del resto accentuando una linea di tendenza, già in atto in epoca classica avanzata, in base alla quale, appunto, per il furto si poteva agire *plerumque* anche per le vie criminali⁶². Nul-

⁵⁷ S. PEROZZI, *Un'interpolazione* (1918), in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, p. 265 ss.

⁵⁸ In proposito vd. *amplius* la mia nota D. 47.19.2.1 (*Ulp. 9 de off. proc.*) e la bontà di un'interpolazione, in corso di stampa in «Iura», LX, 2012.

⁵⁹ *Contra* invece GNOLI, *Hereditatem expilare*, cit., p. 19 ss., in particolare p. 21 s., a giudizio del quale il *casus* preso in esame da Ulpiano sarebbe stato effettivamente uno e sarebbe ricorso quando «non è possibile intentare l'*actio furti*: ciò può accadere», dice l'autore, «perché l'eredità non è stata ancora adita, oppure perché – nonostante l'adizione sia intervenuta – l'erede non ha ancora preso possesso dei beni ereditari». Ora io credo che anche così impostata la questione, essa non si sottrae all'obiezione che ho formulato nel testo: che senso ha il riferimento all'accettazione se il momento determinante per escludere il furto risulta alla fine essere la presa di possesso delle *res* da parte dell'erede? Né appare plausibile affermare, come fa l'autore, che Ulpiano prospetterebbe nel brano, tratto da un'opera che non è altro che un prontuario per i governatori delle provincie, una doppia indagine: «Dunque l'indagine circa l'avvenuta adizione, se avrà dato esito negativo, precluderà ogni altra indagine; se invece l'esito sarà positivo, l'accertamento proseguirà per la verifica della situazione possessoria». Io mi chiedo: perché Ulpiano in questo contesto avrebbe dovuto sollecitare una doppia indagine, quando negli altri testi esaminati, anche appartenenti al giurista severiano, si ripete pedissequamente che per escludere l'*actio furti* occorre semplicemente che l'erede non abbia preso possesso delle *res hereditariae*?

⁶⁰ PEROZZI, *Un'interpolazione*, cit., infatti, a pag. 270 afferma: «Il B. chiede: 'ma quale motivo avrebbe avuto Giustiniano per l'interpolazione?' Vi sono, oltre a questa, altre domande da fare, data la nostra tesi sul testo esaminato. Ma poiché a rispondere converrebbe scrivere molte pagine, rinvio la risposta ad altro tempo». Una conclusione, questa, che ha suscitato le perplessità sia del Bonfante (*La proprietà*, II, cit., p. 280 s. nt. 2) che del Solazzi (*Sul possesso*, cit., p. 387 nt. 27).

⁶¹ Non penso lo sia infatti quella proposta dal Solazzi, il quale – basandosi sulla segnalata alterazione del brano ulpiano '*scilicet necessario herede extante ... possessae sunt*' –, afferma: «La frase *post aditam hereditatem* qui è logica, perché serve a distinguere l'erede volontario dall'erede necessario e a porre le due condizioni, con l'una o l'altra delle quali non si poteva *antequam res ab herede possessae sunt* avere il caso del furto su cose ereditarie. Giustiniano, che non conosce più differenze tra le varie specie di eredi, aveva un eccellente motivo per interpolare; e poco importa se l'interpolazione avrebbe potuto essere migliore di quella che è»: così in *Sul possesso*, cit., p. 387.

⁶² Si veda per tutti B. ALBANESE, *La nozione del «furtum» nell'elaborazione dei giuristi romani* (1958), in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, p. 326: cfr. in particolare D. 47.2.93 (*Ulp. 37 ad Ed.*): '*Meminisse oportebit nunc furti plerumque et criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere, non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. non ideo tamen minus, si qui velit, poterit civiliter agere*'. Non starò certamente qui ad approfondire la complessa e dibattuta questione della repressione criminale del furto semplice in epoca classica;

la di strano dunque che i Compilatori abbiano voluto estendere la portata del *crimen expilatae hereditatis* anche alle ipotesi di sottrazioni effettuate dopo l'*aditio*, anteriormente ricomprese nella disciplina privatistica del furto. Pertanto, sarebbe stato considerato *crimen* non solo il furto di cose ereditarie avvenuto *ante aditam hereditatem* (e quindi quando ancora l'*hereditas iacet*) – ipotesi che i classici escludevano potesse qualificarsi come furto e che, nonostante l'introduzione del *crimen expilatae hereditatis*, poteva essere ancora nell'età dei Severi sanzionata semplicemente attraverso l'esperimento di una *hereditatis petitio*⁶³ –, ma anche quello, effettuato *post aditam hereditatem*, di *res* non ancora possedute materialmente dall'erede e che avrebbe in ogni caso legittimato, in epoca classica, l'interessato ad esperire l'*actio furti*, mentre ora sarebbe stato qualificato, alla stregua dell'altro, come un *crimen*.

Il *casus* prospettato da Ulpiano, invece, sarebbe stato solo uno: quello dell'eredità non ancora adita che, in quanto tale, non autorizzava a considerare l'erede possessore dei beni ereditari. Ed è proprio in tale *casus*, del resto, che, pur non potendosi esperire l'*actio furti*, le fonti ricordano come fosse possibile ricorrere *extra ordinem* al *praefectus urbi* o al *praeses*, o, alternativamente, *iure ordinario* agire attraverso una *hereditatis petitio*, come chiaramente testimonia Marciano in D. 47.19.3, non essendo preclusa comunque nemmeno la possibilità di avvalersi del rimedio dell'*actio ad exhibendum* a cui le fonti classiche fanno del resto più volte riferimento⁶⁴. A tale ultimo strumento processuale infatti si allude pure alla fine del nostro testo⁶⁵, ulteriore conferma, quest'ultima, che il caso considerato da Ulpiano fosse appunto solo quello del furto perpetrato *ante aditam hereditatem* e quindi *antequam res ab herede possessae sunt*.

propendo comunque ad accettare l'idea che i furti che producevano un più grave allarme sociale davano luogo a un intervento repressivo che presentava i caratteri propri della giurisdizione criminale già a quell'epoca, come del resto afferma – sulla scia di G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in «Aufstieg und Niedergang der römischen Welt», II.14, Berlin - New York, 1982, p. 783 nt. 157 (ora anche in *Scritti giuridici scelti*, Camerino, 1985, II, p. 714 s. nt. 157) e *Il diritto privato*, in «Storia di Roma» (dir. A. Schiavone), II.3, Torino, 1992, p. 202 s. – anche B. SANTALUCIA, «*Crimen furti*». *La repressione straordinaria del furto nell'età del principato*, in «Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener», Madrid, 1994, p. 785 ss. Nel senso della punibilità *extra ordinem* in epoca classica anche del furto semplice si veda invece M. BALZARINI, *In tema di repressione «extra ordinem» del furto nel diritto classico*, in «BIDR.», LXXII, 1969, p. 203 ss. Sulla questione cfr. comunque anche C. SANFILIPPO, *Gli atti illeciti. Pena e risarcimento. Corso di diritto romano*, Catania, 1960, p. 99 ss., in particolare p. 103, e, più di recente, G. ZANON, *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato*, Padova, 1998, p. 93 s. e nt. 106. Sulla propensione, generalizzatasi soprattutto nel periodo postclassico e nell'età giustiniana, ad attrarre nell'orbita criminale e quindi pubblicistica gli illeciti penali di diritto privato (*delicta*) rinvio invece per tutti a G. CERVENCA e R. BONINI, in «Lineamenti di storia del diritto romano»² (dir. M. Talamasca), Milano 1989, rispettivamente p. 580 ss. e 676 ss.

⁶³ Lo attesta Marciano in D. 47.19.3: «*Divus Severus et Antoninus rescripserunt electionem esse, utrum quis velit crimen expilatae hereditatis extra ordinem apud praefectum urbi vel apud praesides agere an hereditatem a possessoribus iure ordinario vindicare*». Il riferimento ad una *petitio iure ordinario*, come alternativa al giudizio criminale *extra ordinem*, evidenzia, tra l'altro, come l'atteggiamento del principe fosse assolutamente neutrale, non imponendo egli nessuno dei due rimedi, ma limitandosi a richiamare l'attenzione del richiedente sul fatto che poteva scegliere, a sua discrezione, l'uno o l'altro. Sul passo cfr. N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, Milano, 1974, p. 81 s., e J.P. CORIAT, *Le prince législateur*, Roma, 1997, p. 347 s.

⁶⁴ Cfr. *supra*, nt. 23.

⁶⁵ Nonostante le scorrettezze linguistiche già rilevate dal SOLAZZI, *Sul crimen*, cit., p. 549 nt. 5, il quale propende per la natura glossematica dell'inciso «*nam ... palam sit*», seguito pure da GNOLI, *Hereditatem expilare*, cit., p. 29, io credo infatti possa accettarsi la sostanziale genuinità dei riferimenti all'*actio ad exhibendum* e alla *rei vindicatio* contenuti nell'ultima parte di D. 47.19.2.1.