

Gloria Viarengo

Gli sviluppi della «bonorum possessio» del figlio emancipato dall'età di Cicerone a Salvio Giuliano (*)

1. *Bonorum possessio* ed Editto del pretore - 2. La *bonorum possessio* dei figli emancipati - 3. Il pieno sviluppo della *bonorum possessio*: Salvio Giuliano - 4. Un riepilogo.

1. *Bonorum possessio* ed Editto del pretore

In nessun campo come in quello ereditario «il pretore corresse e integrò il diritto civile, con procedimenti che rappresentano la massima estensione raggiunta dalla sua attività discrezionale»¹. Arangio-Ruiz faceva questa osservazione all'inizio della trattazione, lucida ed elegante, sulla eredità pretoria, la *bonorum possessio*, «un nome espressivo del godimento che in fatto il beneficiario otteneva dei beni compresi nel patrimonio del defunto»².

L'istituto sorge, secondo il rimpianto studioso, dalle esigenze del processo³. Fra due contendenti intorno alla titolarità di un'*hereditas* era necessario

*) Ringrazio con affetto e devozione il professor Mario Amelotti che ha letto con pazienza tutto il lavoro, dandomi puntuali e preziosi suggerimenti; ovviamente gli errori e le mancanze sono di mia responsabilità. Pubblico in questa sede una parte di una più ampia ricerca sull'origine e sullo sviluppo della condizione dei figli emancipati.

¹) V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1978, p. 518.

²) ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 518; la trattazione si sviluppa alle pagine 518-521 e 539-547.

³) ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 518; secondo Voci il nuovo strumento successorio sorge dalla concessione della protezione provvisoria e possessoria a chi sostiene di avere diritto ad una data eredità, risparmiandogli, in tal modo, l'onere di esperire l'*hereditatis petitio*: P. VOCI, *Diritto ereditario*, I², Milano, 1967, p. 130; ma cfr. *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi*, in «ANRW.», II.14, Berlin - New York, 1982, p. 392 ss., ora in *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, p. 30, che richiama come causa una migliore tutela

che l'iniziativa dell'azione (*hereditatis petitio*) fosse presa dal non possessore e che, nelle situazioni in cui era incerta o equivoca la situazione di fatto sopra la quale doveva essere impostato il processo, il magistrato intervenisse a qualificare, in base ad una valutazione sommaria delle circostanze, uno di essi come possessore; poi il giudice decideva in base alle prove esposte dalle due parti. In seguito la *bonorum possessio* fu attribuita anche al di fuori del processo a chi presentasse la richiesta in base a ragioni persuasive, che portavano ad identificarlo come probabile erede⁴. Solo verso la fine della Repubblica, in base alla spinta dell'opinione pubblica, la *bonorum possessio* iniziò ad essere accordata in base ad altri criteri, più conformi alle tendenze dei nuovi tempi, come la mancanza di alcuni requisiti formali nel testamento in cui il richiedente era designato erede o quando costui era un figlio emancipato o un parente in linea femminile o la moglie superstite (non *in manu*), persone che il diritto civile escludeva dalla successione intestata.

E' *communis opinio* che la *bonorum possessio* sia sorta per favorire gli eredi chiamati dal diritto civile⁵. Se l'origine può essere delineata sulla base di ipotesi probabili, le tappe della sua evoluzione non sono del tutto evidenti, soprattutto per l'età repubblicana, data la scarsità di fonti giurisprudenziali pervenute; informazioni più consistenti provengono, invece, dalle opere di Cicerone.

Riguardo alle clausole edittali si riscontra la medesima difficoltà: nella ricostruzione dell'Editto del pretore Lenel si è basato sui commenti *ad edictum* di Ulpiano e di Paolo e sul commento *ad edictum provinciale* di Gaio, che stanno alla base del sistema edittale, operando un confronto tra le materie trattate nei singoli libri. Secondo il criterio usato, i luoghi dove gli argomenti coincidono dipendono con certezza da un modello comune⁶. Lo studioso ammetteva, però, che l'impianto doveva risalire ad un'epoca precedente alla pubblicazione definitiva dell'Editto da parte di Salvio Giuliano: in sostanza man mano che si sviluppavano i vari rimedi, essi venivano integrati in un impianto che rimaneva per lo più stabile⁷.

processuale degli eredi. Per una ricognizione sulle ipotesi più rilevanti sull'origine della *bonorum possessio* cfr. G. LONGO, 'Bonorum possessio', in «Enciclopedia giuridica italiana», II.1, Milano, 1911, p. 1211 ss.

⁴) ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 518 s.

⁵) LONGO, 'Bonorum possessio', cit., p. 1216 ss., B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano, 1954, p. 126, e VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 133.

⁶) O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, p. 6, e ID., *L'edictum perpetuum. Un tentativo di ricostruzione. Parte prima: il sistema dell'editto* – cur. I. Fagnoli –, Milano, 2012, p. 28.

⁷) LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 6-7 (= *L'edictum*, cit., p. 6); cfr. A. TORRENT, *La ordinatio edicti en la política juridical de Adriano*, in «BIDR.», LXXXVI-LXXXVII, 1983-1984, p. 61.

Per il titolo XXV ‘*de bonorum possessionibus*’ l’impianto leneliano tiene conto anche dei *Digesta* di Salvio Giuliano, anche se in misura minore, ed è il seguente ⁸:

A. *Si tabulae testamenti extabunt*:

1. *Generalia edicta*.

a. *bonorum possessio contra tabulas* (§§ 142-148) ⁹:

de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita / de collatione bonorum / de dotis collatione / de coniungendis cum emancipato liberis eius / de ventre in possessionem mittendo et curatore eius / Edictum Carbonianum.

b. *bonorum possessio secundum tabulas* (§ 149).

2. *Specialia edicta*.

a) *de bonis libertorum* (§§ 150-153):

si quid in fraudem patroni factum sit / de liberis patroni / quibus bonorum possessio liberti non datur.

b) *si a parente quis manumissus sit* (§ 154).

c) *de bonorum possessione ex testamento militis* (§ 155).

B. *Si tabulae testamenti nullae extabunt* (§§ 156-162) ¹⁰.

unde liberi / unde legitimi / unde cognati / unde familia patroni / unde patronus patroni / unde vir et uxor / unde cognati manumissoris / de postumis.

C. *Clausulae generales*.

1. *Quibus non competit bonorum possessio* (§ 163).

2. *Ut ex legibus senatusve consultis bonorum possessio detur* (§ 164).

3. *Successorium edictum* (§ 165).

2. *La bonorum possessio dei figli emancipati*

Il pretore introduce con il nome di ‘*bonorum possessio*’ un nuovo sistema successorio che tiene conto dei vincoli di sangue, e non solo di quelli potestativi: sono tenuti in considerazione non solo i figli in potestà del defunto, e i parenti in generale, e non solo quelli in linea maschile, ma anche, e, soprattutto, i figli emancipati e i nipoti figli di questi; si aggiungono, inoltre, i figli

⁸) LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 42 s. (= *L’edictum*, cit., p. 82 s.). Lenel, *Das Edictum*, cit., p. 342, nt. 1, puntualizza di aver tenuto conto anche del lavoro di I. ALIBRANDI, *De bonorum possessionibus commentarius* (1869), in *Opere giuridiche e storiche*, I, Roma, 1896, p. 65 ss.

⁹) Lenel non riporta nello schema sintetico le singole materie che fanno parte della *bonorum possessio contra tabulas* e che egli denomina «Anhängen» (*op. ult. cit.*, p. 43): ho preferito elencarle per completezza sulla base dell’*Übersicht des Edikts* (p. XX).

¹⁰) A questo punto LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 43, rimanda alle classi degli eredi *ab intestato*, che ho inserito allo scopo di avere il quadro completo.

dati in adozione, perlomeno in determinate circostanze. La motivazione di questa nuova tutela successoria è stata rintracciata concordemente nei mutamenti delle aspettative sociali, che spingono verso la protezione dei legami di sangue. Dal punto di vista dei rapporti di parentela l'emancipatio implica l'esclusione dai rapporti agnatizi, ma i rapporti di cognatio non sono intaccati: la conseguenza dal punto di vista della situazione ereditaria è il permanere dei diritti successori non fondati sullo *ius civile*¹¹.

Il momento in cui si afferma la comparsa della *bonorum possessio ab intestato unde liberi* e della *bonorum possessio contra tabulas*, che proteggono le aspirazioni ereditarie dei figli emancipati, non è certo. Per collocare nella giusta prospettiva la nuova tutela successoria dobbiamo preliminarmente seguire le tappe dell'evoluzione degli strumenti ideati dal pretore tramite e intorno alla successione pretoria.

Per l'ultimo secolo dell'età repubblicana è fondamentale la testimonianza di Cicerone che cita spesso la *bonorum possessio*, chiamandola *hereditatis possessio*¹². Siamo in grado di ricostruire le clausole che si erano fissate al tempo della pretura di Verre: quella relativa alla *bonorum possessio secundum tabulas* e quella *sine tabulis*¹³. La clausola generale della *bonorum possessio secundum tabulas* è riportata da Cicerone: «*si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam et lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo. Hoc translaticium est: sequi illud oportet, si tabulae*

¹¹ Gai., *inst.* 3.27: «*Adgnatos autem capite deminutos non secundo gradu post suos heredes vocat, id est, non eo gradu vocat, quo per legem vocarentur, si capite minuti non essent, sed tertio proximitatis nomine. Licet enim capitis deminutione ius legitimum perdiderint, certe cognationis iura retinent. itaque si quis alius sit, qui integrum ius agnationis habebit, is potior erit, etiamsi longiore gradu fuerit*». Sul mantenimento dei rapporti di cognatio cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 243; cfr. p. 243 nt. 163; per la cognatio la capitis deminutio è irrilevante.

¹² Sulla terminologia ciceroniana cfr. LONGO, «*Bonorum possessio*», cit., p. 1215.

¹³ Cic., in *Verr.* 2.1.45.117, e in *Verr.* 2.1.44.114. Altri luoghi dove si fa riferimento alla *bonorum possessio* sono: in *Verr.* 2.1.46.118, 47.123-4, *Flacc.* 34.85, *Pro Cluent.* 60.165 e 15.45, *Phil.* 2.25.62, *ad fam.* 7.21 e *top.* 4.18. Sui passi di Cicerone si vedano LONGO, «*Bonorum possessio*», cit., p. 1208 ss., VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 131 ss., A. WATSON, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford, 1971, p. 13 ss. e 71 ss., e DI LELLA, *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, 1984, p. 20 s.; più recentemente L. DI PINTO, *Riflessioni in tema di edictum. Testimonianze ciceroniane e letteratura edittale del III secolo d.C.*, in «*Koinonia*», XXXIX, 2015, p. 303 ss., con le cui conclusioni non sempre concordo: in particolare sull'uso di un passo del commento edittale di Ulpiano, che stabilisce la priorità della *bonorum possessio contra tabulas* dei liberi rispetto alla *bonorum possessio secundum tabulas* (D. 37.11.2.pr.), allo scopo di interpretare il passo di Cicerone (*Verr.* 2.1.45.117) e trarne deduzioni sull'evoluzione della *bonorum possessio* nel I secolo a.C. (p. 312 ss., e in particolare p. 314). Le conclusioni dell'autrice sembrano preconstituire già ai tempi di Cicerone l'inizio della *bonorum possessio contra tabulas*.

*testamenti non proferentur*¹⁴. E' sufficiente la esibizione di un testamento con i sigilli dei testimoni previsti dalla legge (XII *Tabulae*) nel numero previsto per la *mancipatio*, ma con l'aggiunta del *libripens* e del *familiae emptor*, per consentire la concessione della *bonorum possessio secundum tabulas*¹⁵.

Si tratta di uno dei primi interventi del pretore di modifica dello *ius civile*¹⁶. Certamente nella redazione adrianea la clausola edittale si presenta con la previsione '*si tabulae testamenti extabunt non minus quam septem testium signis signatae*': mentre in un primo momento il pretore esige che le tavole fossero presentate (*ad me proferentur*), in un secondo momento ritiene sufficiente che sia provata l'esistenza del testamento (*si tabulae testamenti extabunt*)¹⁷. Un altro passo delle Verrine¹⁸ suggerisce che un precedente di questa innovazione risalga alla pretura di Verre, forse come intervento transitorio, e, come sostiene Cicerone, dato *ad personam*, come era usuale nell'esercizio della sua *iurisdictio* da parte di questo poco raccomandabile personaggio¹⁹.

L'interpretazione del passo delle Verrine e della clausola edittale ha dato luogo, come è noto, alla teoria del cosiddetto testamento pretorio, che ha trovato un ampio seguito²⁰: con questa denominazione si indica il singolo

¹⁴ Cic., in *Verr.* 2.1.45.117.

¹⁵ M. AMELOTI, *Il testamento romano*, Firenze, 1966, p. 191; sul riferimento al numero di testimoni *ex lege* cfr. WATSON, *The Law of Succession*, cit., p. 13 ss.

¹⁶ E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, *Il diritto privato*², Bologna, 1927, rist. Roma, 1964, p. 219, sostiene la risalenza della clausola edittale in epoca molto precedente; si veda anche DI PINTO, *Riflessioni in tema di edictum*, cit., p. 303 s.

¹⁷ LENEL, *Das Edictum*, cit., *Tit. XXV. A*, p. 342; la rubrica nel Digesto compare in D. 37.2. Sull'argomento in particolare si veda D. 37.11.1.2-7 (Ulp. 39 *ad ed.*) e D. 37.2.1 (Paul. 3 *ad Sab.*); sui sigilli dei testimoni D. 37.11.7 (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 365) e D. 28.1.22 (Ulp. 39 *ad ed.*). Nelle *Istituzioni* di Gaio (2.119), inoltre, si legge: '*Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur, et si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem: nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit*'.

¹⁸ In *Verr.* 2.3.7.16: '*Scio te Romae, cum praetor esses, edicto tuo possessiones hereditatum a liberis ad alienos, a primis heredibus ad secundos, a legibus ad libidinem tuam transtulisse; scio te edicta superiorum omnium correxisse et possessiones hereditatum non secundum eos qui proferrent, sed secundum eos qui dicerent testamentum factum dedisse*'.

¹⁹ AMELOTI, *Il testamento romano*, cit., p. 191 nt. 2; molto scettico sull'uso di questa fonte come un precedente dell'innovazione edittale COSTA, *Cicerone giureconsulto*, cit., I, p. 219 s.; una valorizzazione della testimonianza di Cicerone in DI PINTO, *Riflessioni in tema di edictum*, cit., p. 308 ss.

²⁰ Tra i vari autori di ricerche specifiche sul testamento mi limito a citare BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 45 ss., e VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 131 s., e *Il diritto ereditario*, cit., p. 30 e 32. La manualistica, anche più recente, ha seguito questa tesi, nonostante le autorevoli voci contrarie, quali quelle di ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 524,

testamento che, invalido per lo *ius civile*, è considerato idoneo per accordare la *bonorum possessio*, trattandolo come una vera e propria forma a se stante di testamento. Esso sarebbe stato caratterizzato dalla forma scritta e dai sette sigilli, ma farebbe a meno delle altre formalità previste dallo *ius civile*, quali la *mancipatio* e la *nuncupatio*. La tesi è convincentemente criticata da Amelotti²¹ sulla base di diverse e ben fondate argomentazioni, la prima delle quali sottolinea il fatto che fino ai primi decenni del III secolo i testamenti di cui abbiamo notizia sono tutti *per aes et libram* e sono improntati sul modello dell'antica *mancipatio familiae*, anche se il rito si è ridotto ad una clausola di stile (in altre parole si dà per avvenuta) e la *nuncupatio* si è trasformata in una semplice dichiarazione. Il richiamo all'esistenza delle *tabulae* e dei sigilli, che ricorre anche nelle fonti successive²², indica la causa originaria dell'intervento pretorio: l'esigenza di offrire protezione ai testamenti la cui validità *iure civili* è posta in dubbio dalla carenza nell'osservanza delle formalità previste, «(il pretore) vuole riparare a specifiche rigidità formali e sostanziali, che rischiano in singoli episodi di pregiudicarne il valore»²³.

La seconda clausola, riportata da Cicerone in discorso indiretto, è ricavabile dal passo seguente:

Cic., in *Verr.* 2.1.44.114: Posteaquam ius praetorium constitutum est, semper hoc iure usi sumus: si tabulae testamenti non proferrentur, tum ut, uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessio daretur. Quare hoc sit aequissimum facile est dicere, sed in re tam usitata satis est ostendere omnis antea ius ita dixisse, et hoc vetus edictum translaticiumque esse.

Nell'Editto *vetus e translaticium* si stabilisce che, in mancanza dell'esibizione di un testamento da parte degli eredi istituiti, coloro che sarebbero eredi civili se l'ereditando fosse morto intestato possono chiedere la *bonorum possessio*, che è limitata agli eredi civili (*sui*, agnati e gentili)²⁴.

G.G. ARCHI, 'Testamentum civile', 'testamentum praetorium', in «Studi U.E. Paoli», Firenze 1955, p. 11 ss., e M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I², München, 1971, p. 569 s.

²¹) *Il testamento*, cit., p. 191 ss.

²²) Cfr. ad esempio D. 38.6.3 (Ulp. 8 *ad Sab.*): 'Bonorum possessio potest peti ab intestato, si certum sit tabulas non extare septem testium signis signatas'

²³) AMELOTI, *Il testamento*, cit., p. 202.

²⁴) LONGO, 'Bonorum possessio', cit., p. 1209, e VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 133. Intravede nella seconda clausola una *ficcio* di successione legittima G. NEGRI, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso*, Milano, 1975, p. 172 ss. Sul «linguaggio editale» usato nei passi di Cicerone si veda M. KASER, *Zum Ediktsstil*, in «Festschrift F. Schulz», III, Weimar, 1951, p. 25 ss.

La possibilità che il pretore prenda di volta in volta decisioni sulla base dell'*aequitas* è espressa con eleganza in un altro passo di Cicerone, da esaminare in parallelo con un passo dell'orazione *pro Cluentio*. Dall'insieme delle testimonianze si ricava la terza clausola²⁵:

part. or. 28.98: *Atque eius quidem generis finis est aequitas, quae non simpliciter spectatur sed ex comparatione nonnumquam, ut cum de verissimo accusatore disputatur aut cum hereditatis sine lege aut sine testamento petitur possessio, in quibus causis quid aequius acquissimumve sit quaeritur.*

pro Cluent. 60.165: *At heres est Cluentius. Intestatum dico esse mortuum possessionemque eius bonorum, ex edicto praetoris, huic, illius sororis filio, adulescenti pudentissimo et in primis honesto, equiti Romano datam, Numerio Cluentio, quem videtis.*

In mancanza di un testamento o di successibili *ab intestato* il pretore prometteva il possesso dell'eredità a chi, in un giudizio comparativo, compiuto sul presupposto della parentela di sangue, ne fosse risultato più degno sulla base del criterio dell'*aequitas*; ad esempio, si poteva pronunciare, come risulta dal secondo passo, a favore dei *cognati*²⁶.

Riassumendo, quello che si può sapere riguardo agli sviluppi della *bonorum possessio ab intestato* sul finire dell'ultimo secolo dell'età repubblicana è che si conosceva la clausola *unde legitimi*, mentre sicuramente non si conosceva ancora quella *unde liberi*²⁷. Sconosciuta è anche la *bonorum possessio contra tabulas*, che

²⁵ *'Cum hereditatis sine testamento aut sine lege petitur possessio, si qua mihi iusta causa videbitur esse, possessionem dabo'*. La ricostruzione è ipotizzata da B.W. LEIST, *Die bonorum possessio. Ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung*, Göttingen, 1944-1948, in F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, Milano, 1888-1909, XXXVII-XXXVIII.1, 1906, p. 59, ed è accolta da VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 131 e 133. Sui limiti della ricostruzione di Leist, che prevedeva già per quest'epoca una cristallizzazione delle tipologie della *bonorum possessio*, si veda A. CALORE, *La rimozione del giuramento: «condicio insinrandi» e «condicio turpis» nel testamento romano*, Milano, 1988, p. 31 ss.

²⁶ DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione testamentaria*, Napoli, 1972, p. 58 s. e 65, e ID., *Formulae ficticiae*, cit., p. 23 ss: viene evidenziato dall'autore come le numerose impugnazioni davanti al tribunale dei centumviri da parte di *cognati* nel corso dell'ultimo secolo dell'età repubblicana abbiano influenzato il lavoro del pretore: cfr. ad esempio Val. Max., *mem.* 7.7.2, su cui WATSON, *The Law of Succession*, cit., p. 65 ss. e 83, DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti*, cit., p. 52 ss., e ID., *Formulae ficticiae*, cit., p. 25 e nt. 19. Sulla base del criterio del *bonum et aequum* si inizia a tutelare la famiglia naturale: L. VACCA, *In tema di bonorum possessio contra tabulas*, in «BIDR.», LXXX, 1977, p. 167 s.

²⁷ WATSON, *The Law of Succession*, cit., p. 183. Incerta è l'esistenza della clausola *'unde cognati'*, che è invece suggerita da LONGO, *'Bonorum possessio'*, cit., p. 1210 ss. E' stato

presuppone la categoria dei *liberi*²⁸. Si è supposto che la clausola edittale 'de ventre in possessione mittendo et curator eius' fosse conosciuta nell'età di Servio Sulpicio Rufo²⁹; forse esisteva già al tempo di Cicerone anche l'editto 'de bonis libertorum', come suggeriscono nuovamente le Verrine, e la dottrina moderna³⁰. Tuttavia questi interventi sporadici, che conosciamo frammentariamente, non costituiscono una prova inconfutabile di quanto si trovava nel testo edittale, bensì segnalano una tendenza a tutelare casi ritenuti meritevoli. Di volta in volta i pretori, nel corso della *causae cognitio*, potevano prendere decisioni che tenevano conto delle circostanze del singolo caso e potevano contrapporsi alle norme consolidate. Una decisione presa dal pretore urbano C. Calpurnio Pisone concede la *bonorum possessio* ad un figlio dato in adozione e diseredato, contro le volontà del testatore: essa non rappresenta un'applicazione edittale, né una *bonorum possessio contra tabulas*, come si svilupperà in seguito, ma si tratta di una *bonorum possessio decretalis*³¹.

anche ipotizzato che si possa desumere da un passo in cui Paolo cita Trebazio Testa a proposito dei *consobrini* e dei *sobrini filii*, che, tuttavia, non richiama esplicitamente la *bonorum possessio*: D. 38.10.1.15 (Paul. *de grad. et adf.*). L'ipotesi è di WATSON, *The Law of Succession*, cit., p. 184 s. Dubitativo sull'esistenza della terza clausola relativa ai cognati CALORE, *La rimozione del giuramento*, cit., p. 41 ss., che accentua, invece, l'idea dell'impiego della *bonorum possessio* da parte del pretore come rimedio eccezionale sulla base di una valutazione discrezionale (*aequus*).

²⁸) La dimostrazione dell'assenza di queste clausole è compiuta convincentemente da LONGO, 'Bonorum possessio', cit., p. 1210.

²⁹) D. 37.9.1.24 (Ulp. 41 *ad ed.*): 'Quod si nondum sit curator constitutus (quia plerumque aut non petitur aut tardius petitur aut serius datur), Servius aiebat res hereditarias heredem institutum vel substitutum obsignare non debere, sed tantum pernumerare et mulieri adsignare'. Per la clausola nell'editto LENEL, *Das Edictum*, cit., § 147, p. 347 s. L'ipotesi è in ALIBRANDI, *De bonorum possessionibus*, cit., p. 71; cfr. WATSON, *The Law of Succession*, cit., p. 81 s..

³⁰) In *Verr.* 2.1.125-126. La discussione è l'ipotesi in A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, p. 231 ss., e ID., *The Law of Succession*, cit., p. 82.

³¹) Val. Max., *mem.* 7.7.5: 'Egregia C. quoque Calpurni Pisonis praetoris urbis constitutio: cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adulescentiam perducerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querellam detulisset, bonorum adulescentis possessionem ei dedit heredesque lege agere passus non est. movit profecto Pisonem patria maiestas, donum vitae, beneficium educationis, sed aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, qui cum patre septem fratres impie exheredatos videbat'. Per un commento del passo si veda WATSON, *The Law of Succession*, cit., p. 80 s.; sulla *bonorum possessio decretalis* VOGLI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 179 ss., che tuttavia nel caso individua una *bonorum possessio contra tabulas*; diversamente DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti*, cit., p. 68 ss., e ID., *Formulae ficticiae*, cit., p. 25 nt. 21. In Valerio Massimo si trovano altri esempi di pronunce pretorie: in un anno tra il 73 ed il 63 a.C. il pretore Q. Metello rifiuta la *bonorum possessio secundum tabulas* ad una persona che di professione svolgeva l'attività di lenone: nel passo non si richiama il testo edittale, il comportamento del pretore si basa sul principio dell'*indignitas* (Val. Max., *mem.* 7.7.7): sul passo WATSON, *The Law of Succession*, cit., p. 75 s. Altri casi di rifiuto della *bonorum possessio* si leggono in Val. Max.,

In questa fase la *bonorum possessio* ha avuto ad oggetto le sole cose corporali e la protezione del *bonorum possessor* avviene tramite la concessione dell'interdetto *quorum bonorum* che ha ad oggetto le cose ereditarie³². Essa era subordinata alla delazione civile: il successore pretorio soccombeva di fronte ad un pretesa fondata sullo *ius civile*³³.

Qualche anno dopo Labeone mostrerà di conoscere sia la *bonorum possessio ab intestato* dei *liberi*, sia il terzo tipo di *bonorum possessio*, quella *contra tabulas*, le cui clausole si sono formate, dunque, a ridosso del Principato. A Labeone si deve, tra l'altro, la definizione di *bonorum possessio* come '*ius magis quam corporis possessio*'³⁴: l'istituto pretorio viene descritto in rapporto con l'*hereditas*, l'una e l'altra accomunate dal fatto di essere astrazioni giuridiche, la cui esistenza prescinde dalle cose materiali che eventualmente rientrino nel patrimonio ereditario³⁵. L'evoluzione della *bonorum possessio* ha voltato pagina.

Il caso che riguarda la *bonorum possessio ab intestato* è riportato in un passo del commento di Giavoleno ai *libri Posteriores* di Labeone:

D. 29.2.60 (Iav. 1 *ex post. Lab.*, Lenel n. 165): *Filium emancipatum pater solum heredem instituit et, si is heres non esset, servum liberum et heredem esse iusserat: filius, tamquam pater demens fuisset, bonorum possessionem ab intestato petit et ita hereditatem possedit. Labeo ait, si probaretur sana mente pater testamentum fecisse, filium ex testamento patri heredem esse. Hoc falsum puto: nam filius emancipatus cum hereditatem testamentum datam ad se pertinere noluit, continuo ea ad substitutum heredem transit nec potest videri pro herede gessisse, qui, ut hereditatem omitteret, ex alia parte edicti possessionem bonorum petat. Paulus: et Proculus Labeonis sententiam improbat et in Iavoleni sententia est.*

mem. 7.7.6, Cic., in *Verr.* 2.1.47.123-124 e 48.124, per i quali rimando a WATSON, *The Law of Succession*, cit., p. 76 ss.

³² Cfr. LONGO, '*Bonorum possessio*', cit., p. 1227 ss., VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 130, e R. QUADRATO, *Hereditatis petitio possessoria*, Napoli 1972, p. 88. L'interdetto è richiamato nelle opere di Cicerone (*ad fam.* 7.21, *top.* 4.18).

³³ Cfr. DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., p. 20, e VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 130 s.

³⁴ E' riportata da Ulpiano in D. 37.1.3.1 (Ulp. 39 *ad ed.*, Lenel Lab. n. 107). Sulla definizione cfr. LEIST, in GLÜCK, *Commentario*, cit., XXXVII-XXXVIII.1, p. 321, e sul passo di Labeone in particolare p. 219 (che ritiene il concetto di '*ius possessio*' come originario della *bonorum possessio*), VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 193 e 195 ss., QUADRATO, *Hereditatis petitio*, cit., p. 90, DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., p. 29 ss., e M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano: le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998, p. 209 s.; dubbi sulla autenticità della definizione in F. PASTORI, *La definizione della bonorum possessio*, in «Studi P. De Francisci», III, Milano 1965, p. 606.

³⁵ BRETONE, *I fondamenti*, cit., p. 209; DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., p. 31 nt. 27, parla di una concezione smaterializzata che comprende anche i rapporti obbligatori.

Il figlio emancipato è stato istituito erede nel testamento del padre, che ha nominato anche un sostituto; nonostante ciò il figlio chiede la *bonorum possessio ab intestato* in quanto considera il padre insano di mente al momento della confezione del testamento e, a questo titolo, riceve l'eredità. Tenendo fermo che non conosciamo il contesto da cui scaturisce l'interpretazione di questo caso, né lo scopo, il problema discusso, anche se non esplicitato, riguarda la possibilità che il figlio sia considerato *heres* e non *bonorum possessor*: dal tenore del testo non è chiaro se esso è stato sollevato dal figlio emancipato o da altri, per esempio da coloro che erano interessati alle disposizioni a titolo particolare presenti nell'atto di ultima volontà; non si può escludere neppure che si tratti di un caso discusso a scopi didattici³⁶. Dal momento che il testamento fatto da un *furiosus* è nullo, la soluzione proposta da Labeone prevede che ci sia un accertamento sulla condizione della *mens* del testatore: se emerge che costui ha testato *sana mente*, il figlio può essere considerato erede in base al testamento. Il fondamento dell'interpretazione offerta dal giurista augusteo è stato individuato in modo differente dalla dottrina: da un lato si ritiene che egli abbia tenuto conto del fatto che un testamento valido è preminente e determina automaticamente il titolo della successione³⁷; dall'altro si è avanzata l'ipotesi che egli consideri la *bonorum possessio* come una *pro herede gestio*³⁸.

L'acquisto dell'eredità tramite il compimento di atti di gestione ereditaria viene tenuto presente, per poi essere scartato, da Giavoleno Prisco (la cui opinione è seguita da Proculo e da Paolo): il Maestro sabiniano si oppone all'interpretazione di Labeone e sostiene che nel caso specifico debba essere nominato il sostituto, in base al ragionamento che il figlio non ha voluto acquistare l'eredità tramite il testamento e ha adoperato un diverso strumento editale³⁹.

³⁶ F. SCOTTI, *Il testamento romano. Studi esegetici*, Roma, 2012, p. 600 nt. 150, ipotizza che il figlio abbia fatto valere la nullità del testamento tramite la richiesta della *bonorum possessio* allo scopo di acquistare la piena disponibilità dei beni ereditari.

³⁷ C. BEDUSCHI, *Hereditatis aditio*, I. *L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana*, Milano 1976, p. 182.

³⁸ L'interpretazione risale a R. WUBBE, *Javolenus contra Labeonem*, in «Satura R. Feenstra», Fribourg, 1985, p. 100; così anche Ch. KOHLAAS, *Die Überlieferung der libri posteriores des Antistius Labeo*, Freiburg, 1986, p. 133 ss., che evidenzia una differente idea di *pro herede gestio* da parte di Labeone e Giavoleno; cfr. G. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio. II. La valutazione dell'animo nel «gerere pro herede»*, Milano, 1999, p. 71 ss. Non affronta il problema VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 601, che si limita ad elencare il passo in nota come esemplificazione della varia casistica di applicazione della *pro herede gestio* (nt. 44).

³⁹ La nota di Paolo è attribuita da KOHLAAS, *Die Überlieferung*, cit., p. 137 s., ad un'aggiunta dei compilatori. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio*, II, cit., p. 72, pone in evidenza come Proculo e Giavoleno, privilegiando la posizione del sostituto, che è uno schiavo, adottino anche il principio del *favor libertatis*.

Per questo motivo si esclude anche la possibilità di tener conto della *pro herede gestio*: il ripudio del testamento e la *petitio bonorum possessionis* spostano l'analisi della fattispecie su un piano differente⁴⁰. Si è rilevato che i giuristi assegnano al 'gerere pro herede' un diverso ambito di operatività sotto il profilo tecnico: Labeone lo considera come uso dei beni ereditari; Proculo e Giavoleno danno, invece, rilievo al momento della richiesta della *possessio* dei beni⁴¹.

La conseguenza più significativa, rispetto agli scopi del nostro lavoro, è che, come ha rilevato Di Lella, la richiesta della *bonorum possessio ab intestato* da parte del figlio emancipato implica il riconoscimento della categoria dei *liberi*, tra i quali vi sono i figli emancipati, e implica l'esistenza nel testo edittale della clausola 'unde liberi'⁴².

Il secondo passo riguarda la *bonorum possessio contra tabulas* nel caso del figlio dato in adozione:

D. 37.4.8.11 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel n. 1106): In adoptionem datos filios non sum-moveri praetor voluit, modo heredes instituti sint, et hoc iustissime eum fecisse Labeo ait: nec enim in totum extranei sunt. Ergo si fuerunt heredes scripti, accipient contra tabulas bonorum possessionem, sed ipsi soli non committent edictum, nisi fuerit alius praeteritus ex liberis qui solent committere edictum. Sed si ipse scriptus non sit, sed alius, qui ei acquirere hereditatem potest, non est in ea causa, ut eum ad bonorum possessionem contra tabulas admittamus.

I figli dati in adozione se istituiti eredi non sono esclusi dalla *bonorum possessio contra tabulas*: la regola è ritenuta giustissima da Labeone in quanto essi non sono estranei alla famiglia⁴³. Tuttavia da soli non possono mettere in atto la procedura prevista dall'editto, ma essa deve essere richiesta dai *liberi* preteriti 'qui solent committere edictum': si tratta della cosiddetta '*petitio commissio per alium edicto*'⁴⁴. Se, invece, non sono istituiti eredi non hanno il diritto alla *bonorum*

⁴⁰) BEDUSCHI, *Hereditatis aditio*, p. 182 s.

⁴¹) COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio*, II, cit., p. 72 s.

⁴²) DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti*, cit., p. 62 s. Segnalo che secondo LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 355, il nome 'unde liberi', come gli altri nomi delle varie categorie di successibili, non è edittale, ma risale ai giuristi.

⁴³) Sui figli dati in adozione ad un estraneo e il diritto alla *bonorum possessio* se istituiti eredi si vedano VOICI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1963, p. 649, G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, p. 346 ss., e C. RUSSO RUGGIERI, *La datio in adoptionem*, I. *Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, Milano, 1990, p. 457 s.

⁴⁴) O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig, 1889, rist. Graz, 1960, I, p. 691, nt. 2. Sulla procedura e le fonti cfr. VOICI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 649 e nt. 12 e 16. Sulla *commissio edicti* si veda più recentemente A. CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, Madrid 1997, p. 53 ss.

possessio contra tabulas, e neppure a quella *ab intestato*, in quanto appartenenti ad un'altra famiglia. Il favorire i figli dati in adozione, sia pure a condizione che sia stata espressa la *voluntas* del padre che li designa eredi, è in contrasto con lo *ius civile*⁴⁵. Secondo La Pira il figlio dato in adozione nel momento in cui viene istituito erede dal padre naturale assume la figura giuridica di *liber*⁴⁶. La soluzione di Labeone si fonda, invece, sulla convinzione che «*nec enim in totum extranei sunt*»: sulla base di questa affermazione e del complesso dei mutamenti sociali in corso, la più recente dottrina ritiene che sia prevalsa la considerazione della tutela dei vincoli di sangue, in applicazione dei principi dell'*aequitas* che si affermano agli inizi del Principato⁴⁷.

Nonostante l'importanza del commento all'editto del giurista augusteo e degli interventi che riguardano la *bonorum possessio*, su questa materia si sono conservati pochi altri passi: uno riguarda l'applicazione dell'Editto Carboniano⁴⁸, l'altro la *bonorum possessio* dei beni del liberto⁴⁹. La definizione di «*cognati*», riportata dal commento editto di Ulpiano nella sezione dedicata alla *bonorum possessio unde cognati*, ha indotto a presupporre che al tempo del giurista fosse definito il relativo strumento editto⁵⁰.

Con le parole di Voci, si può dire che l'età di Augusto conosce la *bonorum possessio contra tabulas* nelle sue linee fondamentali rispecchiate dal lavoro di Labeone⁵¹.

Un passo di Paolo che riporta l'opinione di Gaio Cassio Longino, tratta dal settimo libro *de iure civili*, è di particolare interesse con riguardo alla *collatio*

⁴⁵ LEIST in GLÜCK, *Commentario*, cit., XXXVII-XXXVIII.2-3, p. 518 ss, LA PIRA, *La successione*, cit., p. 338 (che puntualizza come si discosti anche dalla finzione di «sùità» prevista dall'Editto), e VACCA, *In tema di bonorum possessio*, cit., p. 173 s.

⁴⁶ LA PIRA, *La successione*, cit., p. 338; così anche RUSSO RUGGIERI, *La datio in adoptionem*, p. 458.

⁴⁷ Così VACCA, *In tema di bonorum possessio*, cit., p. 174; cfr. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti*, cit., p. 64 s.

⁴⁸ D. 37.10.9 (Nerva 6 *membr.*, Lenel n. 110): «*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 credit, filius eius esse dici coepit: nam eius, qui adgnitus est ab eo, de cuius bonis quaeritur, iustior in ea re causa est quam postumi?*».

⁴⁹ D. 38.2.51 (Labeo 1 *pit.*, a Paulo *epit.*, Lenel n. 203): «*Si eundem libertum et tu capitis accusasti et pater tuus manumisit, non poterit tibi eius liberti bonorum possessio ex edicto praetoris dari. Paulus: immo contra accidit, si quem servum accusaveris, deinde is patris tui fuerit factus et is postea eum manumisit?*».

⁵⁰ D. 38.3.1.1 (Ulp. *ad ed.*). Sull'ipotesi si veda DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti*, cit., p. 65.

⁵¹ VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 135.

emancipati nei confronti dei *sui*⁵² e alla *bonorum possessio contra tabulas cum re*. Per ambedue esso costituisce la più antica testimonianza⁵³:

D. 37.6.2.5 (Paul. 41 *ad ed.*, Lenel Cass. n. 3): Si tres emancipati, duo in potestate sint, Gaius Cassius libro septimo iuris civilis tertias conferendas putat, ut emancipati, quia invicem non conferunt, unius loco sint: nec indignari eos oportere, si plus conferant et minus accipiant, quia in potestate eorum fuerit bonorum possessionem omittere. Iulianus quoque Cassii sententiam sequitur.

Il caso esposto riguarda una complessa situazione di eredità che coinvolge tre figli emancipati e due che sono ancora in potestà del padre: si applicano le regole della *collatio bonorum* nei confronti dei *sui*⁵⁴. Gaio Cassio Longino afferma che ciascuno degli emancipati deve conferire un terzo del proprio patrimonio ai due figli *in potestate*. Il meccanismo della collazione prevede che ciascun figlio emancipato proceda ad una suddivisione del proprio patrimonio in tante quote quanto sono i *sui* con l'aggiunta di un solo tra gli emancipati (cioè il soggetto della *collatio*), indipendentemente dal loro numero effettivo: '*emancipati ... unius loco sint*', come afferma il giurista⁵⁵. Le quote della *collatio bonorum* così ottenute si aggiungeranno alle quote ereditarie per i figli *in potestate*⁵⁶. Il conguaglio tra *sui* ed emancipati risponde a ragioni di equità, mentre quello tra emancipati non avrebbe giustificazioni, dato che ciascuno ha messo insieme personalmente il proprio patrimonio⁵⁷.

Dal momento che i *sui* non hanno avanzato la pretesa della restituzione dei beni ereditari, si evince che la *bonorum possessio* data fosse '*cum re*'. L'introduzione della *collatio* è legata alla evoluzione della *bonorum possessio contra tabulas cum re*⁵⁸. Si definisce '*cum re*' la *bonorum possessio* di chi è sicuro di conservare i beni ereditari, mentre è detta '*sine re*' quella che è soggetta all'eventualità dell'evizione da parte di un successibile *iure civili*⁵⁹. Sull'avvicinarsi della *bonorum pos-*

⁵² DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti*, cit., p. 64, e *Formulae ficticiae*, cit., p. 38 ss.

⁵³ Cfr. A. GUARINO, *Collatio bonorum*, Roma, 1937, p. 15, VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 756 nt. 3, e F. D'IPPOLITO, *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino*, Napoli, 1969, p. 94 s.

⁵⁴ Sul passo si veda in particolare CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 86 ss. Per una analisi più circostanziata della *collatio bonorum* si veda *infra*, § 3 (nt. 134 ss.).

⁵⁵ VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 764 s.

⁵⁶ Sulle quote della *collatio* nel caso esaminato si veda con esemplificazioni CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 88 ss.

⁵⁷ VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 765. Sulla *collatio* Lenel, *Das Edictum*, cit., § 144, p. 345 s.

⁵⁸ Cfr. GUARINO, *Collatio bonorum*, cit., p. 15, e LONGO, '*Bonorum possessio*', cit., p. 1242.

⁵⁹ Sul significato di questa distinzione, cfr. *ep. Ulp.* 28.13: '*Bonorum possessio aut cum re datur, aut sine re; cum re, cum is, qui accepit, cum effectu bona retineat; sine re, cum alius iure civili evincere hereditatem possit ...*' (cfr. Gai., *inst.* 2.125). Sulle conseguenze della *bonorum possessio cum re* e *si-*

sessio *sine re* e *cum re* ci sono margini d'incertezza. Alcuni ritengono che la *bonorum possessio contra tabulas* sia stata *cum re* fin dall'inizio⁶⁰; diversamente una parte della dottrina ritiene che in un primo momento sia stata *sine re*, e sia poi diventata *cum re* in un secondo momento⁶¹. Si è concordi, invece, sul fatto che la *bonorum possessio ab intestato unde liberi* rimane *sine re* fino alla metà del II secolo d.C.⁶².

La regola che i *liberi* o sono istituiti o diseredati, ignota a Cicerone, si è affermata probabilmente agli inizi del I secolo d.C. e presuppone l'esistenza della relativa clausola editale nota a Labeone⁶³. La conseguenza è che la *praeteritio* di uno di essi invalida il testamento: per quanto riguarda in particolare il figlio emancipato, se omesso nel testamento può chiedere la *bonorum possessio contra tabulas*⁶⁴.

ne re si vedano C. ARNÒ, *La bonorum possessio sine re. Il problema dell'origine*, in «Memorie della Regia Accademia di scienze, lettere ed arti in Modena», XII, 1914, p. 215 ss., *Voci, Diritto ereditario*, I, cit., p. 182 s. (cfr. p. 134 e 186), e DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., p. 35 ss.

⁶⁰ DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., p. 39; LONGO, 'Bonorum possessio', cit., p. 1232 s. è concorde per quanto riguarda la *bonorum possessio contra tabulas*: così anche LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., p. 239 ss. La Pira ipotizza che il pretore prevedesse un termine anche per l'*hereditatis aditio* e ne collega l'introduzione con lo sviluppo della *bonorum possessio cum re*.

⁶¹ BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 129 ss.; LONGO, 'Bonorum possessio', cit., p. 1232 s., ritiene che in un primo momento era *cum re* solo la *bonorum possessio* ottenuta dall'erede civile e quella di chi è chiamato in assenza di eredi civili; solo con il tempo le varie *bonorum possessiones* sono state munite di efficacia definitiva: cfr. *Voci, Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 134 e 182 s.; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 519, ritiene che il momento di transizione da *sine re* a *cum re* sia avvenuto con l'età classica.

⁶² Gai., *inst.* 2.120: 'Sed videamus, an etiam si frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur; rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali'. Un rescritto di Antonino Pio cambia la *bonorum possessio secundum tabulas* da *sine re* a *cum re*: sul rescritto di Antonino Pio si vedano ARNÒ, *La bonorum possessio sine re*, cit., p. 215 ss., *Voci, Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 183, DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., p. 35 s. e 39 ss., e K.P. MÜLLER-EISELT, 'Divus Pius constituit'. *Kaiserliches Erbrecht*, Berlin, 1982, p. 169 ss.

⁶³ La regola è esposta da Gaio, *inst.* 2.124 ('Ceteras vero liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum: sed praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem ad crescunt, si sui heredes sint, in virilem, si extranei, in dimidiam: id est, si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia ad crescendo pro quarta parte fit heres et ea ratione id consequitur, quod ab intestato patre mortuo habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia ad crescendo ex dimidia parte fit heres. Quae de filia diximus, eadem et de nepote deque omnibus ceteris liberorum personis seu masculini seu feminini sexus dicta intellegemus') e 3.71 ('Idque ex eo adparere, quod nominatim exheredatos summoveat; nam videtur de his sentire, qui exheredari a parente solent, si heredes non instituantur; neque autem matri filium filiamve neque avo materno nepotem neptemve, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est, sive de iure civili quaeramus sive de edicto praetoris, quo praeteritis liberis contra tabulas testamenti bonorum possessio promittitur').

⁶⁴ Gai., *inst.* 2.135: 'Emancipatos liberos iure civili neque heredes instituire neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes: sed praetor omnes tam feminini quam masculini sexus, si heredes non instituantur, exheredari iubet, virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim vel inter ceteros:

3. Il pieno sviluppo della bonorum possessio: Salvio Giuliano

La sistemazione di tutte le varie clausole dell'Editto si ha nella redazione giuliana⁶⁵. Salvio Giuliano tratta della *bonorum possessio* nei *Digesta* dal libro 23 al 28: di questi libri si sono conservati nel Digesto 52 frammenti, una mole notevole rispetto ai giuristi precedenti e ai suoi contemporanei⁶⁶. L'opera appartiene ad un periodo successivo rispetto al momento in cui è stata fatta la redazione definitiva dell'Editto del pretore⁶⁷. Nell'espone il contenuto dei di-

quod si neque heredes instituti fuerint neque ita, ut supra diximus, exheredati, praetor promittit eis contra tabulas bonorum possessionem. Sulla estensione ai liberi della regola della *praeteritio* che riguarda i sui e le sue implicazioni si vedano LONGO, 'Bonorum possessio', cit., p. 1237 s., e DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti*, cit., p. 154 e 157 ss. Secondo DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti*, cit., p. 10 ss. e 78 ss., e *Formulae ficticiae*, cit., p. 36 ss., anche la regola che riguarda la *praeteritio* dei sui heredes si sarebbe affermata più tardi di quanto si è usualmente supposto: non prima del 241 a.C. nell'ambito del tribunale dei centumviri; ma si vedano le critiche avanzate da M. MARRONE, «Praeteritio», «exheredatio», «querela inofficiosi testamenti», in «Labeo», XIX, 1973, p. 364; la tesi di Di Lella è accolta da L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976, p. 39 ss. e nt. 3. Sul principio 'sui heredes instituendi sunt vel exheredandi' rimando allo studio più recente di F. LAMBERTI, *Studi sui «postumum» nell'esperienza giuridica romana, II. Profili del regime classico*, Milano, 2001, p. 69 ss.

⁶⁵ VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 135. Sulla revisione dell'editto (o degli editti) da parte di Salvio Giuliano si veda LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 17 s. (= *L'edictum*, cit., p. 45 s.): cfr V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987, p. 103 e nt. 178, che ne sottolinea i compiti di riordino e stabilizzazione. TORRENT, *La ordinatio edicti*, cit., p. 58 ss., ritiene che Giuliano non abbia portato sostanziali cambiamenti al testo editto, ma abbia compiuto solo una edizione riveduta e corretta, molto lontana da una codificazione vera e propria; su questa linea anche F. DE MARINI AVONZO, *Critica testuale e studio storico del diritto*², Torino, 1973, p. 46 ss.: un'edizione riveduta del testo preesistente (nell'edizione più recente, Torino, 2001³, integrata da C. Lanza, ma non rielaborata per questa parte, p. 42), e VACCA, *Contributo allo studio*, cit., p. 82 ss. E' nota la tesi svalutativa delle fonti dell'intervento di Salvio Giuliano rispetto al testo editto elaborata da Antonio Guarino, ribadita più volte: i suoi scritti più significativi sul tema sono in A. GUARINO, *Le ragioni del giurista: giurisprudenza e potere imperiale nell'età del Principato romano*, Napoli 1983, p. 265 ss. e 289 ss.; su questa linea A. CANCELLI, *La codificazione dell'edictum praetoris: dogma romanistico*, Milano, 2010, in particolare p. 231 ss. Per un'utile rassegna delle opinioni sulla *compositio edicti* del giurista adrianeo a partire dal 700 si veda D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, in «La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio (Napoli, gennaio-novembre 1996)», Napoli, 1998, p. 129 ss.: sulla scelta e sulle fonti del termine '*compositio edicti*' cfr. p. 136 ss.

⁶⁶ LENEL, *Palingenesia*, cit. I, c. 380-391, n. 365-416. Nelle Istituzioni di Gaio sorprendentemente si trovano pochissimi riferimenti alla *bonorum possessio contra tabulas*: Gai., *inst.* 2.124, 125, 126, 129 e 3.31 e 71.

⁶⁷ Cfr. C. FERRINI, *Intorno all'ordinamento dell'Editto pretorio prima di Salvio Giuliano* (1891) in *Opere*, II, Milano, 1929, p. 167, E. BUND, *Salvius Iulianus, Leben und Werk*, in

versi frammenti seguirò, a parte qualche piccola eccezione, l'ordine dato da Lenel nella *Palingenesia*, seguendo le rubriche indicate dallo studioso, che ricalcano su questa materia l'ordine editale. Commenterò, ovviamente, solo i passi che riguardano i figli emancipati. La maggior parte dei frammenti giulianeî tratti dai *Digesta* fanno riferimento alla *bonorum possessio contra tabulas*, con le relative appendici e, in particolare, la casistica ivi esposta riguarda specificatamente i figli emancipati, che, se non sono istituiti eredi o espressamente diseredati, possono chiedere al pretore tale rimedio. Non tratterò della *bonorum possessio secundum tabulas* perché essa riguarda altri argomenti attinenti al testamento⁶⁸.

Preliminarmente qualche precisazione sulla terminologia: la *bonorum possessio* si acquista mediante richiesta rivolta al pretore, il quale, se accoglie l'istanza, concede il possesso dei beni ereditari: nelle opere dei giuristi si usa, perlopiù, *petitio* per la richiesta e *datio* per la concessione. Il termine 'agnitio', usato spesso in dottrina, ricorre solo in costituzioni imperiali tarde e il suo significato è controverso, in quanto è inteso sia come indicativo dell'istituto nel suo complesso, e quindi comprensivo di entrambe le fasi, sia esclusivamente come l'equivalente di *petitio*⁶⁹. Per non creare equivoci userò i termini *petitio* e *datio*.

Si tabulae testamenti extabunt

Il punto di partenza della *bonorum possessio* nell'Editto del pretore è la clausola 'Si tabulae testamenti extabunt non minus quam septem testium signis signatae', conosciuta già da Cicerone, di cui abbiamo discusso in precedenza⁷⁰. Questo editto precede i vari tipi di *bonorum possessio* perché è comune sia alla *bonorum possessio contra tabulas* che a quella *secundum tabulas*: stabilisce la condizione per cui si può dar luogo sia all'una che all'altra⁷¹.

«ANRW.», II.15, Berlin - New York, 1975, p. 421 ss., e SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza*, cit., p. 100 ss.

⁶⁸) Rimando per tutti ad AMELOTI, *Il testamento romano*, cit., in particolare p. 200 ss.

⁶⁹) VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 606 ss.; BEDUSCHI, *Hereditatis aditio*, cit., p. 181 nt. 32, evidenzia come 'adgnosere' indichi una procedura in cui le due fasi della *petitio* e della *datio* non sono materialmente distinte. Analoga mi sembra la posizione di AMELOTI, *Il testamento romano*, cit., p. 204 s., che riporta esempi di *agnitiones* dall'Egitto, intese sia come richieste della parte interessata, sia come richieste accolte dal prefetto; per CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 173, con 'adgnitio' si indica «la simple adición a la herencia ex iure bonorario». 'Agnitio' corrisponde invece a 'petitio' per BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 132; cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 719, nt. 2, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. p. 555, e M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 691.

⁷⁰) LENEL, *Das Edictum*, cit., Tit. XXV *De bonorum possessionibus*, A. *Si tabulae etc.*, p. 342. Per l'analisi della clausola al tempo di Cicerone cfr. *supra* § 2 (nt. 13 ss.).

⁷¹) Oltre a LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 342, si veda LONGO, 'Bonorum possessio', cit., p. 1255.

La clausola ha subito delle mutazioni; del testo originario è rimasta solo la parte relativa ai sigilli dei testimoni, come testimonia il passo di Giuliano ad essa relativo: *'Cum tabulae testamenti plurimum signis signatae essent et quaedam ex his non parent, septem tamen signa maneant, sufficit ad bonorum possessionem dandam septem testium signa comparere, licet non omnium qui signaverint maneant signa'*⁷². All'epoca della stabilizzazione dell'Editto del pretore ormai è fissato definitivamente il principio che non è indispensabile esibire materialmente il testamento per concedere la *bonorum possessio secundum tabulas*, ma è sufficiente che ne sia provata l'esistenza⁷³. Riguardo ai sigilli si ammette anche che essi non siano completi: si consolida la tendenza al superamento della formalità testamentarie.

De bonorum possessione contra tabulas

Le disposizioni relative alla *bonorum possessio contra tabulas* sono poste nell'Editto del pretore al primo posto rispetto agli altri tipi di *bonorum possessio*. La clausola edittale non si è conservata e, come abbiamo già detto, non possiamo collocare con precisione la sua creazione, ma porre solo come punto fermo Labeone⁷⁴. Il pretore promette di dare la sua protezione a tutti i *liberi* quando non siano stati istituiti o regolarmente diseredati nel testamento⁷⁵: egli allarga la cerchia delle persone considerate eredi necessari per i quali si richiede la istituzione o la diseredazione formale⁷⁶. Con la categoria dei *liberi* il pretore intende riferirsi sia ai discendenti che erano in potestà del testatore, sia ai discendenti che hanno perduto il vincolo di agnazione e sono meri parenti naturali. Possono chiedere la *bonorum possessio contra tabulas* i figli già esistenti all'atto del testamento (*sui*) ed i *postumi sui* preteriti⁷⁷; parimenti la possono chiedere i discendenti naturali usciti dalla potestà paterna, in particolare gli emancipati, se omessi nel testamento⁷⁸. A tutti i liberi spetta il diritto alla *bo-*

⁷² D. 37.11.7 (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 365).

⁷³ AMELOTI, *Il testamento romano*, cit., p. 191.

⁷⁴ Sulla posizione della *bonorum possessio contra tabulas* cfr. *Iust. inst.* 3.9.3: *'Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hae. prima quae praeteritis liberis datur vocaturque contra tabulas. secunda quam omnibus iure scriptis heredibus praetor pollicetur, ideoque vocatur secundum tabulas'*. Su Labeone cfr. *supra*, § 2 (nt. 34 ss.).

⁷⁵ LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 343, si basa sul breve riferimento di Gaio alla regola della *praeteritio*: *'edicto praetoris ... praeteritis liberis contra tabulas testamenti bonorum possessio promittitur'* (Gai., *inst.* 3.71: il testo è riportato per intero *supra*, nt. 63).

⁷⁶ LONGO, *'Bonorum possessio'*, cit., p. 1238 s.

⁷⁷ I casi in cui è riconosciuta la *bonorum possessio contra tabulas* ai *sui* sono elencati in VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 652 ss.

⁷⁸ D. 37.4.1.6 (Ulp. 39 *ad ed.*): *'Et sui iuris factos liberos inducit in bonorum possessionem praetor (sive igitur emancipati sunt sive alias exierunt de patris potestate, admittuntur ad bonorum possessionem): sed adoptivi patris non potest: ut enim admitti possit, ex liberis esse eum oportet'*.

*norum possessio contra tabulas*⁷⁹. Tutti gli ammessi ad essa concorrono sulla base di quel titolo che avrebbero avuto in caso di eredità intestata: ciascuna stirpe ha diritto ad una quota e in una stirpe il più prossimo esclude il più remoto⁸⁰.

I giuristi di età severiana hanno individuato nella rescissione della *capitis deminutio* il modo in cui il diritto pretorio si concilia con lo *ius civile*: si finge la permanenza del rapporto di «suità», come si suole chiamare in dottrina la condizione dei figli che diventano *sui iuris* solo alla morte del *pater*⁸¹.

Il caso più semplice che si poteva prospettare è quello che segue. Chiesta ed ottenuta la *bonorum possessio contra tabulas* da parte del *liber*, il testamento a favore dell'estraneo va, tuttavia, considerato valido, anche se ne risultano paralizzati gli effetti civili⁸², e l'erede istituito può acquistare l'eredità in base

⁷⁹) D. 37.4.8.14 (Ulp. 40 ad ed.): 'Praetori enim propositum est, cum contra tabulas bonorum possessionem dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset: et ideo sive emancipatus sive is qui in potestatem mansit sive in adoptionem datus ex minima parte heres scriptus sit, non redigitur ad eam portionem, ex qua institutus est, sed virilem accipit'.

⁸⁰) LONGO, 'Bonorum possessio', cit., p. 1244. I passi sono i seguenti: D. 37.4.11.1 (Paul. 41 ad ed.: 'Exemplo iuris legitimi et bonorum possessio contra tabulas distribuitur: igitur nepotes ex uno filio unam partem habebunt'), D. 37.4.6.1 (Paul. 41 ad ed.: 'Quod si et filium et nepotem emancipaverit, vivente quidem filio nepos non veniet, post mortem autem eius ad bonorum possessionem avi veniet') e D. 38.6.5.1 (Pomp. 4 ad Sab.: 'Sed et si filium et nepotem ex eo pater emancipaverit, filius solus veniet ad bonorum possessionem, quamvis capitis deminutio per edictum nulli obstet. quin etiam hi quoque, qui in potestate numquam fuerunt nec sui heredis locum optinuerunt, vocantur ad bonorum possessionem parentium. nam si filius emancipatus reliquerit in potestate avi nepotem, dabitur ei, qui in potestate relictus sit, patris emancipati bonorum possessio: et si post emancipationem procreaverit, illa nato dabitur avi bonorum possessio, scilicet non obstante ei patre suo').

⁸¹) Sulla rescissione della *capitis deminutio* cfr. D. 37.1.6.1 (Paul. 41 ad ed.): 'Bonorum possessionis beneficium multiplex est: nam quaedam bonorum possessiones competunt contra voluntatem, quaedam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus ius legitimum vel non habentibus propter capitis deminutionem. quamvis enim iure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor. legum quoque tuendarum causa dat bonorum possessionem'; cfr. D. 37.4.3.5 (Ulp. 39 ad ed.). Sulla finzione di «suità» cfr. in particolare Gai., *inst.* 3.26 ('Nam eos omnes, qui legitimo iure deficiunt, vocat ad hereditatem, proinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent, sive soli sint, sive etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrant'), D. 37.4.6.2 (Paul. 41 ad ed.: 'Nepote quoque solo emancipato et avo mortuo, deinde patre eius, nepos praeteritus accipiet patris bonorum possessionem, quia suus heres esset futurus patri, si potestate avi non exisset') e D. 37.4.8.14 (Ulp. 40 ad ed.: 'Praetori enim propositum est, cum contra tabulas bonorum possessionem dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset'). Su questi aspetti si vedano soprattutto P. MORIAUD, *De la simple famille paternelle en droit romain*, Genève, 1910, p. 70 ss., LONGO, 'Bonorum possessio', cit., p. 1230 e 1240, LA PIRA, *La successione*, p. 316 s., VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 12, DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., 18 ss., VACCA, *In tema*, cit., p. 169 ss. e in particolare p. 171 nt. 34, ed E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, p. 266 ss.

⁸²) LONGO, 'Bonorum possessio', cit., p. 1242.

ad esso. Le conseguenze si trovano descritte in un passo di Giuliano:

D. 37.4.13.pr. (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 367): Cum emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare: omne enim ius transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum, quem praetor heredis loco constituit.

Quando il figlio emancipato ottiene la *bonorum possessio contra tabulas* l'erede designato nel testamento paterno è obbligato a restituire l'eredità, cioè tutti i diritti di cui è divenuto titolare *iure civili: omne ius* che provenga dall'eredità deve essere trasferito al possessore pretorio, che agisce con l'*hereditatis petitio* in quanto egli è costituito dal pretore *loco heredis*⁸³. Il '*cogendus est*' richiama l'attività giudiziale come via per il conseguimento di quel risultato⁸⁴. L'essere *loco heredis* presuppone che il *bonorum possessor* abbia la possibilità di difendersi sia nei confronti dei *sui* che nei confronti delle pretese di terzi. Giuliano conosce, dunque, l'*hereditatis petitio possessoria* – il passo ne costituisce la prima testimonianza – ed essa è costruita sul modello dell'azione posta a tutela dell'*heres*⁸⁵.

L'esemplificazione di ciò che fa parte dell'eredità è rappresentata da *res mancipi*, quali sono i fondi rustici e gli schiavi. Secondo Voci dovevano essere elencati nel passo tutti i rapporti che passavano in capo all'emancipato, nonché i modi del trasferimento e le *actiones ficticiae*, ma di tutto ciò non ne è rimasta traccia⁸⁶. E' da notare l'uso di '*aequum est*': non c'è il richiamo ad un obbligo sancito dallo *ius civile*, ma all'equità: tornerò più avanti sulla funzione del richiamo a questo principio,

⁸³ Sul passo cfr. QUADRATO, *Hereditatis petitio*, p. 33 ss. e 96 s., con la discussione delle diverse tesi prospettate dalla dottrina contro questa interpretazione. L'espressione '*loco heredis*' che ricorre qui per la prima volta, si trova frequentemente: Gai., *inst.* 3.32, *ep. Ulp.* 28.12, *Iust. inst.* 3.9.2 e 4.12, D. 36.1.6.1 (Ulp. 4 *fideic.*, che cita Giuliano), D. 37.1.2 (Ulp. 14 *ad ed.*), D. 5.5.1 (Ulp. 15 *ad ed.*), D. 50.17.117 (Paul. 11 *ad ed.*). Sul punto VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 192.

⁸⁴ VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 170 s.; QUADRATO, *Hereditatis petitio*, p. 35: l'autore (p. 35 ss.) discute opportunamente la superata interpretazione di LEIST in GLÜCK, *Commentario*, cit., XXXVII-XXXVIII.2-3, p. 128, a proposito del riconoscimento nel passo dell'uso dell'interdetto *quorum bonorum*, opinione seguita anche da B. BIONDI, *Hereditas e bonorum possessio*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1965, p. 530 ss.; LONGO, '*Bonorum possessio*', cit., p. 1231, osserva, giustamente, che la funzione di garanzia della proprietà di *res mancipi* non può essere svolta da un interdetto: cfr. già LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 181 s.

⁸⁵ La nascita dell'*hereditatis petitio possessoria* è probabilmente più risalente: QUADRATO, *Hereditatis petitio*, p. 39; 52 ss., che ne colloca l'origine nel periodo posteriore a Labeone e precedente al Sc. Trebelliano.

⁸⁶ VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 171.

che ricorre frequentemente nelle argomentazioni giuliane⁸⁷.

L'allievo di Giuliano, Africano, fornisce già una concezione unitaria di *bonorum possessio* ed *hereditas*, termini che indicano, a suo parere, sia il diritto di successione che «*quaedam universitas*»: «*Bonorum*» appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat⁸⁸. «*Universitas*» e «*omne ius*» sono equivalenti, i *bona* sono concepiti come *universitas*⁸⁹. Già al tempo di Giuliano l'*hereditas* civilistica e l'eredità pretoria sono equiparate.

La prevalenza del *bonorum possessor* sugli eredi estranei ha come conseguenza che si affermi la tendenza da parte loro a rinunciare all'eredità: D. 37.5.4 (Iul. 23 dig., Lenel n. 370), «*cum propter hoc plerumque scripti heredes omitant hereditatem, cum scirent emancipatum aut petisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem*»⁹⁰.

Riguardo alla ripartizione delle quote ereditarie in presenza di più appartenenti alla classe dei *liberi*, ci si trova di fronte ad una complessa casistica. Un lungo stralcio tratto dal libro XXIII dei *Digesta*, che segue al frammento appena esaminato, si occupa di risolvere i problemi suscitati dalla presenza di figli e nipoti che hanno uno *status* familiare diverso, pur appartenendo alla stessa famiglia o avendo legami di sangue con essa⁹¹:

D. 37.4.13.1 (Iul. 23 dig., Lenel Iul. n. 367): Qui duos filios et ex altero eorum nepotem habebat, eum in adoptionem dedit et heredem instituit praeterito altero filio: quaeritur, quid in his servari debeat, utrum in partem patris sui admittatur an virilem portionem habeat. Respondi: in adoptionem datus nepos et

⁸⁷ Rimando per ora all'acuta analisi di SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza*, cit., p. 117 ss.

⁸⁸ D. 50.16.208, Afr. 4 *quaest.* Il maestro di Africano definiva così l'*hereditas* (D. 50.17.62, Iul. 6 dig.): «*Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*». L'analogia tra i due testi è forte. La tesi che Africano riporti nelle *Quaestiones* l'opinione di Giuliano si basa sul noto rapporto di discepolato da parte di Africano nei confronti del consigliere di Adriano. La questione è stata ampiamente studiata e mi limito a rimandare ai lavori più importanti: H. BUHL, *Salvius Julianus*, Heidelberg, 1886, p. 67 ss., A.M. HONORÉ, *Julian's Circle*, in «T.», XXXII, 1964, p. 1 ss. e 9 ss., A. WACKE, *D. 19.2.33: Afrikaners Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt*, in «ANRW.», II.15, Berlin - New York, 1976, p. 455 ss., BUND, *Salvius Julianus*, cit., p. 439 ss., e F. CASAVOLA, *Gellio, Favorino, Sesto Cecilio*, in *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 86 ss. Sul passo di Africano si veda più recentemente R. SIRACUSA, *La nozione di «universitas» in diritto romano*, Milano, 2016, p. 35 ss. a cui rimando per una completa bibliografia rispetto alle diverse vicende interpretative; sicura è nel contesto l'identificazione della *bonorum possessio*, pur se si trova solo *appellatio bonorum*, accanto ad *appellatio hereditatis*. Sui passi di Giuliano e di Africano cfr. VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 146 e 170 s.

⁸⁹ VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 192.

⁹⁰ Il passo è posto da Lenel erroneamente, perlomeno secondo il mio parere, sotto il titolo *de legatis praestandis: Palingenesia*, cit., I, c. 381.

⁹¹ VACCA, *In tema di bonorum possessio*, cit., p. 174 ss.

heres scriptus, quamdiu pater eius aut in potestate aut emancipatus est, non potest contra tabulas bonorum possessionem accipere: sed et si pater eius, antequam bonorum possessionem acciperet, decesserit, non admittitur nepos ad bonorum possessionem.

Nel caso proposto vi sono due figli e un nipote, nato da uno dei due, e viene istituito erede quest'ultimo, che viene anche dato in adozione; il padre – non è specificato se emancipato oppure no, ma è presumibile quest'ultima condizione – è tralasciato nel testamento e chiede la *bonorum possessio contra tabulas*. Si domanda quale regola sia da seguire: si deve ammettere costui nella quota del padre oppure ad una quota uguale a quella del padre? Il giurista risponde che il nipote designato erede e dato in adozione non può avere la *bonorum possessio contra tabulas* sia se il padre è in potestà, sia se è emancipato; anche nel caso che il padre muoia prima di avere la *bonorum possessio*, il nipote non è ammesso alla *petitio*. Da questo caso si evince la regola che i nipoti dati in adozione non sono mai ammessi alla *bonorum possessio contra tabulas*, a meno che non siano istituiti eredi in un testamento⁹². Il quesito posto presuppone un richiamo alla clausola '*de coniungendis cum emancipato liberis eius*', introdotta nell'Editto dallo stesso Salvio Giuliano, che, tuttavia, non può essere applicata in questo caso specifico⁹³.

Il caso seguente presenta una situazione diversa da quella precedente, in quanto tutti gli aspiranti alla *bonorum possessio* sono riconosciuti come aventi titolo ad essa: la presenza dell'emancipato, legittimato a chiedere la *bonorum possessio contra tabulas* in quanto ommesso nel testamento, consente agli altri di chiederla ('*commisso per alium edicto*')⁹⁴:

D. 37.4.13.2 (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 367): Si pater emancipato filio praeterito heredes duos scripserit, filium quem in potestate habebat et alterum quem in adoptionem dederat, ex quo duos nepotes in familia reliquerat, qui et ipsi testamento praeteriti sint: bonorum possessionem pro parte tertia emancipatus, pro parte tertia is qui in potestate remansit, pro parte tertia qui in adoptionem datus est et filii eius simul habebunt, ita ut sextans patri, sextans nepotibus cedat.

Un figlio emancipato è preterito nel testamento; dei due eredi designati uno è

⁹²) Per la regola che i figli e i nipoti dati in adozione e istituiti eredi sono ammessi alla *bonorum possessio contra tabulas* si veda D. 37.4.8.11 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel n. 1106) analizzato *supra*, § 2 (nt. 43 ss.).

⁹³) LENEL, *Das Edictum*, cit. § 146, p. 347. Per una descrizione circostanziata della clausola '*de coniungendis*' si rimanda alla rubrica apposita analizzata nel § 3 (nt. 184 ss.).

⁹⁴) Cfr. LA PIRA, *La successione*, p. 338, e VACCA, *In tema di bonorum possessio*, cit., p. 177. La '*commisso edicti*' non è citata espressamente nel testo, ma è presupposta.

un figlio in potestà, mentre il secondo è un figlio dato in adozione che, a sua volta, ha due figli, entrambi preteriti. Il solo che è direttamente legittimato a chiedere la *bonorum possessio contra tabulas* è il figlio emancipato tralasciato nel testamento; i due eredi designati chiedono la *bonorum possessio* aderendo all'impugnazione dell'emancipato: da soli non possono⁹⁵. La soluzione proposta da Giuliano è che l'eredità venga suddivisa in tre parti: una parte all'emancipato, una al figlio ancora in potestà e l'ultima al figlio dato in adozione insieme con i nipoti. La tutela del figlio dato in adozione non si differenzia, dal punto di vista giuridico, da quella dei nipoti dati in adozione, in quanto anche se la *datio in adoptionem* rappresenta un'interruzione del rapporto agnatizio, tuttavia permane la relazione di sangue tra padre e figlio: per questo motivo si ammette il figlio dato in adozione alla *bonorum possessio*, purché sia istituito nel testamento. La soluzione è analoga a quella, già esaminata, proposta da Labeone⁹⁶. Riguardo all'ammissione dei nipoti *ex filio* dato in adozione alla quota del padre, Vacca ritiene che si tratti dell'applicazione estensiva della clausola giuliana «*de coniungendis*»⁹⁷.

La decisione del giurista si basa su un principio equitativo, e non sul diritto pretorio⁹⁸.

Su un piano diverso si situa il caso riportato da Ulpiano che deriva dai *Digesta* di Giuliano:

D. 37.4.17 (Ulp. 35 *ad Sab.*, Lenel Iul. n. 368): Si pater se dederit in adoptionem nec sequatur eum filius emancipatus ab eo antea factus, quia in alia familia sit pater, in alia filius, bonorum possessionem contra tabulas non potest filius eius habere: et ita Iulianus scripsit. Marcellus autem ait iniquum sibi videri excludi eos a bonorum possessione, cum pater se dedit in adoptionem: ubi enim filius non datur in adoptionem, at pater se dat, nullum patrem filio adsignat: quae sententia non est sine ratione.

Se il padre si è arrogato⁹⁹ e il figlio non ha potuto entrare a far parte dell'altra famiglia perché era stato emancipato, quest'ultimo non può avere la *bonorum*

⁹⁵ Su questo significato di «*missio per alium edicti*» si vedano LONGO, «*Bonorum possessio*», cit., p. 1241, e LA PIRA, *La successione*, cit., p. 338. LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 344, la ritiene una vera e propria clausola edittale. Diversa è l'interpretazione di CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 53 ss., che ritiene consista nella possibilità concessa ai *liberi* istituiti eredi di sollecitare la *bonorum possessio contra tabulas* in presenza di *liberi* preteriti. L'ipotesi si basa su un passo di Ulpiano, D. 37.4.10.6 (40 *ad ed.*).

⁹⁶ D. 37.4.8.11 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel n. 1106): cfr. *supra*, § 2 (nt. 43 ss.).

⁹⁷ VACCA, *In tema di bonorum possessio*, cit., p. 177.

⁹⁸ VACCA, *In tema di bonorum possessio*, cit., p. 176 s.

⁹⁹ L'espressione «*se dederit in adoptionem*» indica nel caso specifico l'*adrogatio*.

possessio contra tabulas perché il padre è entrato a far parte di un'altra famiglia. L'arrogazione costituisce un rapporto prevalente rispetto a quello di sangue. Diversa è la posizione di Marcello che ritiene iniqua questa soluzione e sottolinea il fatto che *'nullum patrem filio adsignat'*, interpretazione che secondo Ulpiano *'non est sine ratione'*¹⁰⁰. Il parere di Marcello, che contrasta con le clausole edittali, viene adottato anche da altri giuristi¹⁰¹.

Da questi passi risulta con evidenza come la composizione della famiglia fosse soggetta per volere ed interesse dell'avente potestà a mutamenti di *status (capitis deminutiones)* di varia tipologia che potevano interessare sia i figli che i nipoti, che il *pater* stesso. Il problema che si presenta al giurista e al legislatore è di arginarne le conseguenze sulla base della salvaguardia dei rapporti di sangue¹⁰².

Un passo tratto dalle *Quaestiones* di Africano, ma il cui contenuto è attribuito a Giuliano¹⁰³, riguarda la quota che spetta al figlio emancipato istituito erede, ma escluso dalla *bonorum possessio contra tabulas*:

D. 37.4.14.pr. (Afr. 4 *quaest.*, Lenel n. 34): Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit, alter praeteritus, si institutus adierit, quamvis verbis edicti parum expressum sit, tamen non posse eum petere bonorum possessionem respondit, quia iudicium patris secutus sit: nec enim emancipatum, si legatum acceperit, admitti ad bonorum possessionem, sive ab heredibus institutis sive ab his, qui contra tabulas petierint, acceperit. Sed illud observandum, ut praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem qua scriptus sit tueri debeat, dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si bonorum possessionem accepisset: ut hactenus deteriorem causam suam fecerit, quod, si ex minore parte sit institutus, eam dumtaxat retinere possit et quod extraneis quoque legata praestare cogatur.

¹⁰⁰ Ulpiano adotterà la soluzione suggerita da Marcello in D. 37.4.3.9 (39 *ad ed.*). Sul punto VACCA, *In tema di bonorum possessio*, cit., p. 179.

¹⁰¹ Sul passo si veda VACCA, *op. ult. cit.*, p. 179 ss. La soluzione proposta da Marcello era già stata adottata da Africano in D. 37.4.14.1 (4 *quaest.*, Lenel n. 34): *'Filius in adoptiva familia uxore ducta filium sustulit eumque post mortem patris adoptivi emancipavit: hunc nepotem contra tabulas avi naturalis decreto posse petere bonorum possessionem respondit. item si filius emancipatus sublato filio et emancipato adrogandum se dederit et mortuo adoptivo patre decesserit, et contra patris et contra avi tabulas ex decreto hunc admitti minime dubitari debere, ne alioquin ab omnium bonis excluderetur'*. VACCA, *op. ult. cit.*, p. 180 ss., ritiene che Africano riporti anche qui l'opinione di Giuliano, modificata tuttavia rispetto a quella espressa nel passo esaminato nel testo (sui rapporti tra Africano e Giuliano cfr. *supra*, nt. 83).

¹⁰² Cfr. E. VOLTERRA, *La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio secondo i giuristi romani del II e III sec. d.C.*, in «BIDR.», LXIX, 1966, p. 134, 136, 138 e 140, e VACCA, *In tema di bonorum possessio*, cit., p. 166, 187 e 193.

¹⁰³ Sulla *communis opinio* che attribuisce a Giuliano l'opinione espressa da Africano si vedano LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., I, p. 335, VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 658 e nt. 52, e CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 59 ss.

quod si is qui in potestate est heres institutus sit, quoniam necessarius heres fit, non aliud dici posse, quam et ipsum petere posse bonorum possessionem, si modo hereditati se non immiscuerit: tunc enim, quia iudicium patris comprobasse videtur, in eodem loco quo emancipatum haberi debere.

Di due figli emancipati uno è stato istituito, l'altro è stato omissso nel testamento. L'istituito ha adito l'eredità e si è precluso in tal modo la possibilità di chiedere la *'bonorum possessio contra tabulas commissio per alium edicto'*¹⁰⁴. L'erede ha accettato tramite l'*aditio* la volontà del testatore: il testamento è, sia pure parzialmente, valido e l'erede sarà costretto a prestare tutti i legati disposti. Riguardi alla quota ereditaria di sua spettanza, se è stato istituito in una porzione minore della quota che avrebbe ricevuto con la *bonorum possessio contra tabulas* non può pretendere di più¹⁰⁵; se invece la quota è maggiore, essa deve essere ridotta sulla base di quello che avrebbe percepito con la *bonorum possessio contra tabulas*¹⁰⁶. Il giurista fa poi l'ipotesi dell'*heres suus* che si trova nella medesima situazione e che incorrerà nelle stesse conseguenze¹⁰⁷. Africano sottolinea che a proposito dell'*aditio* di un erede volontario *'verbis edicti parum expressum sit'*: ci si deve dunque basare sull'interpretazione che assimila l'erede volontario con quello necessario¹⁰⁸.

De legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita

La clausola edittale corrispondente si trova nell'Editto al § 143¹⁰⁹. Rispetto alla sorte dei legati disposti nel testamento in caso di *bonorum possessio contra tabulas* si trovano una varietà di regole che riguardano soprattutto i figli emancipati¹¹⁰. Essi conservano la loro efficacia se sono attribuiti a discendenti o ascendenti del testatore (*'exceptae, coniunctae personae'*)¹¹¹, la perdono se sono beneficiati estranei. Si precisa che i legati validamente disposti sono do-

¹⁰⁴) Sul passo cfr. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 708, e VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 658 e nt. 52.

¹⁰⁵) LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., I, p. 335 s. e 352

¹⁰⁶) LONGO, *'Bonorum possessio'*, cit., p. 1244 nt. 9.

¹⁰⁷) CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 60.

¹⁰⁸) Secondo LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 344, Africano farebbe qui riferimento alla clausola relativa *'commissio per alium edicti'*. Sull'annotazione del giurista rispetto alle lacune edittali cfr. D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München, 1974, p. 112 s.

¹⁰⁹) LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 344: D. 37.5.1.pr.-3 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel n. 1107: *'Hic titulus aequitatem quandam habet ... ut, qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nurnique dotis nomine legatum'*).

¹¹⁰) VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 667.

¹¹¹) VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 656.

vuti da parte di chi ha chiesto ed ottenuto la *bonorum possessio contra tabulas*, ma il *bonorum possessor* non può avere i legati disposti a suo nome¹¹².

Nel titolo apposito dei *Digesta* di Giuliano non si sono conservate le regole generali, che invece si trovano nel commento edittale di Ulpiano: lo assumeremo come base per interpretare in maniera adeguata gli interventi giulianei. Ulpiano aveva ben presente il lavoro di Giuliano, che cita frequentemente e che tiene in considerazione anche quando non lo cita esplicitamente¹¹³:

D. 37.5.1.pr.-3 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel n. 1107-1108): Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem et ad aliquid novam, ut, qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum. Generaliter parentes et liberos praetor exceptit nec gradus liberorum parentumve enumeravit: in infinitum igitur eis praestabitur. sed nec personas prosecutus est, utrum ex virili sexu an ex feminino descendent. quisquis igitur ex liberis parentibusque fuerit, ad legati petitionem admittetur, sed ita demum, si iura cognationis sunt inter eos. Liberos autem etiam eos ad legatorum petitionem admittimus, qui in adoptionem dati sunt vel etiam adoptivi, dummodo maneat liberi. Postumis liberis legata relicta utique praestabuntur.

Dopo una generale introduzione sull'equità, definita '*naturalis*', delle disposizioni contenute nel titolo edittale, Ulpiano elenca le regole in base alle quali sono dovuti i legati e i fedecommissi. Il pretore prevede che si faccia eccezione nei confronti di *parentes* e *liberi*, senza specificare il grado di parentela e il sesso: tutti gli appartenenti alle categorie indicate sono ammessi alla *petitio legatorum* in quanto hanno legami di *cognatio* ('*si iura cognationis sunt inter eos*'). E' dovuto il prelegato della dote alla moglie del testatore e alle mogli dei suoi figli¹¹⁴. Tra i *liberi* sono ammessi sia coloro che sono stati dati in adozione che quelli che sono stati adottati, perché conservano legami di sangue con il *pater*. Anche i *liberi* postumi hanno diritto ai legati¹¹⁵.

Proprio ai figli postumi si riferisce il primo passo di Giuliano che si è

¹¹² D. 37.5.3.7 (Ulp. 40 *ad ed.*): '*Ea autem legata sola praestant qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt, quae utiliter data sunt, verum idcirco non debentur, quod filius contra tabulas bonorum possessionem accipit*'. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 654; 657, però, oltre a questo passo, ne cita anche uno di Giuliano che non si riferisce a questa problematica: D. 37.5.4 (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 370).

¹¹³ Lo verificheremo più di una volta nel corso dell'analisi di altri passi che concernono la *bonorum possessio contra tabulas*.

¹¹⁴ LONGO, '*Bonorum possessio*', cit., p. 1246.

¹¹⁵ VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 656, così sintetizza: i figli possono essere *naturales, dati in adoptionem, adoptivi*.

conservato:

D. 37.5.2 (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 369): et ideo si praegnate uxore filius emancipatus fuerit et bonorum possessionem contra tabulas acceperit, legatum nepoti praestare debet.

Il figlio emancipato che ha ottenuto la *bonorum possessio contra tabulas* deve prestare il legato al nipote postumo, nato dopo la sua emancipazione¹¹⁶.

Più complesso risulta il contenuto di un altro passo di Ulpiano, tratto dal medesimo commento, che riporta il pensiero di Giuliano, ma non è annoverato da Lenel tra i passi dei suoi *Digesta*¹¹⁷. Il frammento tocca il problema della sorte dei legati nel caso in cui il testamento preveda sia la nomina di eredi che di sostituti: quando si trovano in un testamento sia eredi di primo, che di secondo o di ulteriore grado, colui che chiede la *bonorum possessio contra tabulas* deve specificare per quale *gradus* la chiede, in quanto le conseguenze possono variare:

D. 37.5.10.2 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel n. 1114): Non omnia, quae ab omnibus gradibus relicta sunt, legata praestare eum oportet qui contra tabulas petit, sed ea sola, quae in eo gradu data sunt, contra quem bonorum possessionem accepit. Sed nonnumquam contra alium quidem gradum petita est bonorum possessio, ex alio vero legata praestanda sunt: ut ecce duos gradus heredum fecit, emancipatum praeteriit, ab utroque tamen gradu liberis et parentibus legata adscripsit. Ait Iulianus: si quidem aliquis ex primo gradu vivit, ea legata praestabit, quae liberis et parentibus a primo gradu data sunt: sin vero nemo vivit eorum, ea quae a sequenti: quod si neque ex primo gradu neque ex secundo quisquam in rebus fuerit humanis, cum testator moritur, tunc ab intestato magis bonorum possessionem praeterito filio competere nec legata cuiquam praestanda: quod si post mortem testatoris ante aditam hereditatem instituti decesserint, contra ipsos quidem videri petitam, verumtamen ab eis relicta legata non esse praestanda, sed quae a substitutis relicta sunt.

Innanzitutto risulta chiaro che sono dovuti i legati disposti nel grado del testamento che viene impugnato: se l'emancipato è omissso nell'istituzione di erede, deve prestare i legati che gli eredi istituiti avrebbero dovuto adempiere¹¹⁸. Se sono stati istituiti sia gli eredi che i sostituti e il figlio emancipato è stato omissso sia nella istituzione di primo grado, che nel secondo grado, è

¹¹⁶ VOICI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 656.

¹¹⁷ Il passo non compare nella *Palingenesia* di Lenel sotto nessun titolo dei *Digesta* di Salvio Giuliano, probabilmente per una dimenticanza dell'Autore.

¹¹⁸ VOICI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 657.

tenuto a prestare i legati disposti in ciascun grado, a condizione che gli eredi siano vivi e abbiano fatto l'*aditio hereditatis*. Se gli eredi di primo grado muoiono, si adempiono i legati imposti nel secondo grado; se muoiono sia gli eredi di primo che quelli di secondo grado si passa alla *bonorum possessio ab intestato* e, quindi, secondo l'opinione di Giuliano, non sono dovuti i legati. L'ultima ipotesi presa in considerazione riguarda la morte degli eredi istituiti avvenuta dopo che il testatore è defunto, ma prima di avere effettuato l'*aditio hereditatis*: non sono dovuti i legati imposti agli eredi di primo grado, ma sono dovuti quelli imposti ai sostituti¹¹⁹.

Una quota ereditaria è equiparata ad un legato se attribuita a *parentes* o *liberi*¹²⁰; così Giuliano '*saepissime scripsit*'; la sua opinione viene seguita e ulteriormente confermata in un rescritto di Antonino Pio¹²¹:

D. 37.5.5.4; 6 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel n. 371): Non solum autem legatum denegatur ei, qui bonorum possessionem accepit, verum etiam si quid aliud ex voluntate accepit. Cui consequens est, quod Iulianus scripsit, si fratri suo impuberi substitutus sit acceperitque contra tabulas bonorum possessionem, denegari ei persecutionem hereditatis fratris impuberis mortui, cui a patre substitutus est ... Sed et si portio hereditatis fuerit adscripta ei, qui ex liberis parentibus est, an ei conservanda sit, ut soleat legata? et Iulianus saepissime scripsit in portione quoque hereditatis idem quod in legato probandum, cuius sententia rescripto divi Pii comprobata est, cum hereditates non modo honesto titulo, sed et pleniore onere tribuantur.

Colui che fa la *petitio bonorum possessionis* non ha diritto né ai legati né ad altri tipi di lasciti ('*quid aliud ex voluntate accepit*'): la richiesta della *bonorum possessio*, dunque, impedisce al *bonorum possessor* la esazione di legati, fedecommessi e donazioni *mortis causa*¹²². La regola generale posta da Ulpiano si appoggia sull'opinione di Giuliano richiamata due volte, ai §§ 4 e 6 del passo. Inoltre, chi è stato nominato come sostituto del fratello impubere nel testamento, se ha avuto la *bonorum possessio contra tabulas* non è ammesso alla *persecutio hereditatis*

¹¹⁹) Sulle varianti del caso che coinvolge i sostituti si veda LONGO, '*Bonorum possessio*', cit., p. 1247 s.

¹²⁰) LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit. p. 365 s., fornisce questa giustificazione: nel caso in cui è avvenuta la *bonorum possessio contra tabulas* degli emancipati l'istituzione di erede diventava inefficace: per salvarla essa si considerava come un legato e veniva conservata e sottoposta alle regole edittali '*de legatis praestandis*'.

¹²¹) MÜLLER-EISELT, '*Divus Pius constituit*', cit., p. 73, ritiene che il '*saepissime scripsit*' attribuito a Giuliano sia da intendere come il sintomo di una impellente esigenza di riformare gli aspetti delineati nel passo.

¹²²) LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., p. 357.

della quota del fratello morto, in quanto non gli è consentito di avvalersi della sostituzione. L'esclusione dai legati del *bonorum possessor* viene estesa in tal modo anche alla quota spettante per le sostituzioni pupillari: la motivazione risiede nel fatto che il sostituto aveva invalidato il testamento e non poteva godere delle disposizioni vantaggiose in esso contenute¹²³. Questa tendenza viene ribadita ulteriormente: secondo l'opinione di Giuliano, se qualcuno tra le *personae exceptae, liberi e parentes*, è stato istituito erede nel testamento, la quota ereditaria prevista va conservata, a somiglianza dei legati, e l'istituzione delle persone eccettuate va mantenuta efficace nei limiti della quota virile¹²⁴. Il rescritto di Antonino Pio si allinea su questa posizione¹²⁵. La nuova tendenza interpretativa si afferma anche tramite l'intervento imperiale e acquista una portata generale.

Il passo che segue è molto noto: contiene una richiesta di consulenza di Aristone a Giuliano, in forma di epistola, e una critica puntuale al testo editale da parte del suo «redattore» rispetto all'ammontare dei legati in rapporto all'eredità:

D. 37.5.6 (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 372): [Salvius] Aristo Salvio Iuliano¹²⁶ salutem. qui filium emancipatum habebat, praeterito eo patrem suum et extraneum heredem instituit et patri legatum dedit: filius contra tabulas bonorum possessionem petit: quaero, si aut uterque hereditatem adisset aut alter ex his aut neuter, an et quantum legatorum nomine patri debeatur. respondit: saepe animadverti hanc partem edicti, qua emancipatus accepta contra tabulas bonorum possessione liberis et parentibus legata praestare iubetur, habere nonnullas reprehensiones: nam si dodrans legatus fuerit, plus habiturus est cui legatum erit quam emancipatus. decreto itaque ista temperari debebunt, ut et hereditatis partem emancipatus praestet ita, ne scriptus heres amplius habeat quam emancipatus,

¹²³ G. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli 1997, p. 304 s. e nt. 325; cfr. E. NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Milano, 1937, p. 82 s.

¹²⁴ LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., p. 370. Si segue il criterio fissato dalla *lex Falcidia*: D. 37.5.5.5 (Ulp. 40 *ad ed.*: «*Si legata fuerint relicta liberis et extraneis, licet utrorumque praestatio Falcidia locum faceret legataque liberorum recideret, tamen nunc ob hoc, quod extraneis non praestantur legata, liberorum augentur*»). Per una puntuale analisi del frammento si veda MÜLLER-EISELT, «*Divus Pius constituit*», p. 72 ss.

¹²⁵ MÜLLER-EISELT, «*Divus Pius constituit*», cit., p. 73, definisce Giuliano «*der Wegbereiter der Neuerung*». La *portio virilis* fissata da Antonino Pio è menzionata esplicitamente da Trifonino in D. 37.8.7 (16 *disp.*); cfr. D. 37.5.7 (Tryph. 16 *disp.*) e D. 37.5.8.pr. (Ulp. 40 *ad ed.*). Sulla regola si veda VOGLI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 656 ss. e 659 nt. 54. Sulla contemporaneità dei *Digesta* di Salvio Giuliano rispetto al regno di Antonino Pio cfr. BUND, *Salvius Iulianus*, cit., p. 431 s.

¹²⁶ La correzione è suggerita da Theodor Mommsen («*Digesta Iustiniani Augusti*» – *Editio maior* –, Berlin, 1870, II, *ad loc. cit.*, p. 287 nt. 1); sull'identificazione di Aristo con il giurista Tizio Aristone cfr. NÖRR, *Rechtsgeschichte in der römischen Antike*, cit., p. 111 e nt. 52, che, tuttavia, esprime cautela a causa della maggiore anzianità rispetto a Giuliano.

et legatorum modus temperaretur, ut nihil plus ex legatis ad aliquem perveniat, quam apud emancipatum bonorum possessionis nomine remansurum est.

Un figlio emancipato è omissso nel testamento, il padre di lui è stato istituito erede insieme con un estraneo ed inoltre è stato disposto un legato a favore del padre: il figlio emancipato fa la *petitio bonorum possessionis*. Aristone chiede a chi vada l'eredità prospettando le diverse ipotesi: ad ambedue, a uno dei due, a nessuno; chiede, inoltre, a quanto ammonta il legato, che il figlio deve prestare al padre, in quanto è persona *excepta*. Nella risposta Giuliano critica la parte edittale che riguarda i legati a *liberi* e *parentes*, in particolare con riguardo alla quantità: se il legato ammonta a $\frac{3}{4}$ (*'dodrans'*) spetta al legatario di più che al figlio emancipato, anche se rispetta il limite di $\frac{1}{4}$ posto dalla legge Falciadia¹²⁷. Il giurista ritiene che il pretore deve intervenire con un decreto al fine di equilibrare l'ammontare delle quote ereditarie dell'erede istituito e dei legati, che non doveva superare quanto rimaneva al titolare della *bonorum possessio contra tabulas*, cioè una *'portio virilis'*¹²⁸. Si deve notare come l'editto appaia immutabile: il pretore può intervenire solo con un *decretum*.

Nel caso seguente si suggerisce che il pretore agisca sulla base del principio che la *bonorum possessio contra tabulas* sia data *'sine iniuria ceterarum personarum'*:

D. 37.5.17 (Iul. 36 *dig.*, Lenel n. 528): Si emancipato filio praeterito pater extraneum heredem instituisset et ab eo rem legasset eaque adita hereditate dolo scripti heredis perisset, adversus emancipatum utilis actio dari debebit ei scilicet personae, cui filius legata praestare cogitur, quia praetori propositum est sine iniuria ceterarum personarum bonorum possessionem contra tabulas testamenti dari.

In un testamento il figlio emancipato è preterito, e il *pater* ha istituito erede un estraneo e ha disposto un legato a suo carico. Dopo che l'eredità è stata accettata, la cosa è stata distrutta per dolo dell'erede. Essendo stata data la *bonorum possessio contra tabulas* al figlio emancipato, quest'ultimo, tuttavia, dovrà risponderne: sarà concessa un'azione utile al legatario nei confronti del *bonorum possessor*. Si suppone che si tratti di un'*actio ex testamento utilis*¹²⁹. La re-

¹²⁷) Sulle *reprehensiones* di Giuliano cfr. NÖRR, *Rechtskritik*, cit., p. 111 ss., SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza*, cit., p. 101 ss., MÜLLER-EISELT, *'Dimus Pius constituit'*, cit., p. 73 ss.

¹²⁸) La *'portio virilis'* è prevista da Antonino Pio in D. 37.5.5.4; 6 (Ulp. 40 *ad ed.*), su cui si veda *supra*, § 3 (nt. 121 s.). Sul passo cfr. LONGO, *'Bonorum possessio'*, cit., p. 1247, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 708 nt. 13, e VOICI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 659.

¹²⁹) Cfr. E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, p. 97 s., e W. SELB, *Formulare Analogien in «actiones utiles» und «actiones in factum» am Beispiel Julians*, in «Studi A. Biscardi», III, Milano, 1982, p. 342. *'Actio utilis'* «indica l'estensione di un'azione edittale al di là del campo di applicazione fissato dal diritto civile o dal diritto pretorio»: M. TALAMANCA, *'Processo ci-*

sponsabilità del figlio emancipato che ha ottenuto il possesso ereditario si basa sulla *fictio heredis*.

I due passi che seguono appartengono al medesimo contesto del libro 40 *digestorum* di Giuliano, ma riguardano oltreché i legati, i fedecommissi: sono posti da Lenel, infatti, sotto la rubrica '*de fideicommissis*' 2. '*Ad Sc. Trebellianum et Pegasianum*'¹³⁰:

D. 36.1.28.6 (Iul. 40 *dig.*, Lenel n. 569): Quotiens filius emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, nulla ratio est compellendi heredis ad restituendam hereditatem et sicut neque legata neque fideicommissa cetera praestare cogitur, ita ne ad restitutionem quidem hereditatis compelli debet. Marcellus: plane non est compellendus adire, si iam filius bonorum possessionem, ne interdicat fideicommissum mortuo herede instituto et ommissa a filio bonorum possessione.

D. 36.1.28.12 (Iul. 40 *dig.*, Lenel n. 569): Qui rogatus est emancipato filio restituere hereditatem, cogi debet adire et restituere, quamvis filius contra tabulas bonorum possessionem accipere possit.

Nel primo testo Giuliano, probabilmente rispondendo ad un quesito postogli, afferma che, in presenza della concessione della *bonorum possessio contra tabulas* ottenuta dal figlio emancipato, non è necessario prendere iniziative contro l'erede per la restituzione dell'eredità o ai fini dell'adempimento di fedecommissi e legati; non serve inoltre costringere l'erede ad adire l'eredità perché non vada perduto il fedecommissio¹³¹: il pretore in ogni caso tutela il possessore pretorio. I legati diventano efficaci sotto il profilo civilistico, ma né l'erede né il *bonorum possessor* devono adempiere, a parte nei confronti delle eccezioni previste dall'Editto (*parentes et liberi*)¹³². Diversamente un figlio emancipato, onorato di un fedecommissio universale, deve chiedere l'accettazione coatta da parte dell'erede istituito¹³³: è questa la situazione descritta nel secondo passo.

vile (Diritto romano)', in «ED.», XXXVI, Milano, 1987, p. 5 ss. Nel passo non si fa alcun cenno alla possibilità del *bonorum possessor* di rivalersi sull'*heres scriptus*.

¹³⁰) *Palingenesia*, cit., I, c. 422. Il Sc. Trebelliano risale al 56 d. C. e dispone che una volta avvenuta la trasmissione delle cose corporali da parte dell'erede al fedecommissario siano date come *actiones utiles* tutte le azioni spettanti all'erede e contro di lui. Il Sc. Pegasiano risalente all'età di Vespasiano (69-79 d.C.) concede all'erede la quarta Falcidia e la facoltà di costringere il fedecommissario all'adizione, tramite l'intervento del pretore: ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 575.

¹³¹) J. RASTÄTTER, *Marcelli notae ad Iuliani Digesta*, Freiburg, 1981, p. 90 ss.

¹³²) VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 660 nt. 62.

¹³³) VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 357.

De collatione bonorum

La *collatio bonorum*, chiamata anche ‘*collatio emancipati*’, è posta nell’Editto al § 144¹³⁴; la *sedes materiae* è la *bonorum possessio contra tabulas*, ma essa riguarda anche la *bonorum possessio intestati unde liberi*¹³⁵. Le fonti non consentono di determinare la forma e il contenuto edittale, che è frutto di ipotesi¹³⁶. Il primo giurista che mostra di conoscerla è Cassio Longino, in un passo che abbiamo già esaminato¹³⁷. Su questo rilevante aspetto dell’eredità pretoria il lavoro interpretativo di Salvio Giuliano ha lasciato una forte impronta, come vedremo dai passi che seguono¹³⁸.

La *collatio bonorum* interviene «tra persone che concorrono *iure praetorio* alla successione di un ascendente paterno, di un *pater familias*»¹³⁹. La descrizione fornita da Longo sintetizza una delle peculiarità della collazione: essa può avere luogo se vi siano figli in potestà ai quali quelli non in potestà debbano fare la collazione¹⁴⁰; un’ulteriore condizione è che sia i *liberi* non in potestà che i *sui* abbiano chiesto lo stesso tipo di *bonorum possessio* o *contra tabulas* o *unde liberi*¹⁴¹. La *bonorum possessio contra tabulas*, dunque, deve essere chiesta da tutti i successori e non può aver luogo di fronte ad un testamento inefficace¹⁴².

Un altro presupposto basilare è il pregiudizio arrecato all’*heres suus*. Ulpiano afferma che se la condizione del *suus* peggiora è indispensabile la *collatio emancipati*; se non c’è svantaggio o perdita, la *collatio* non è dovuta: D. 37.6.1.5 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel n. 118: ‘*Totiens igitur collationi locus est, quotiens aliquo incommodo adfectus est is qui in potestate est intervenit emancipati: ceterum si non est, collatio cessabit*’)¹⁴³.

La collazione è stata introdotta allo scopo di parificare la situazione del *suus* e dell’emancipato: se quest’ultimo intende conseguire una quota del pa-

¹³⁴) LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 345.

¹³⁵) VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 756. Sorge con la *bonorum possessio contra tabulas* e poi viene estesa alla *bonorum possessio unde liberi* secondo GUARINO, *Collatio bonorum*, cit., p. 32 ss. L’applicazione della collazione ad entrambi i tipi di *bonorum possessiones* è esplicitato ad esempio in D. 37.6.3.6 (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 375): ‘*vel intestatus, vel testamento facto*’.

¹³⁶) LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 345 s.: la ricostruzione si basa sul XXXX libro *ad edictum* di Ulpiano, sul XXXI di Paolo, oltreché sul libro XXIII dei *Digesta* di Giuliano.

¹³⁷) D. 37.6.2.5 (Paul. 41 *ad ed.*, Lenel n. 374): cfr. *supra*, § 2 (nt. 52 ss.).

¹³⁸) Le regole della *collatio* non sono edittali anche secondo VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 758 nt. 11, che le attribuisce alla *interpretatio* di Giuliano, basandosi su D. 37.4.20.1 (Tryph. 15 *disp.*).

¹³⁹) LONGO, ‘*Bonorum possessio*’, cit., p. 1249.

¹⁴⁰) D. 37.6.3.3 (Iul. 23 *dig.*): ‘*Emancipati bona sua conferre cum his, qui in potestate fuerunt*’; cfr. *ep. Ulp.* 28.4.

¹⁴¹) Si veda anche LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., p. 372.

¹⁴²) VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 757 s.

¹⁴³) CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 76.

trimonio paterno, deve conferire una quota del proprio patrimonio a vantaggio del *suus*¹⁴⁴. Così descrive Guarino la *collatio emancipati*: «l'obbligo posto all'emancipato di apportare i suoi beni, acquistati sino alla morte del padre, ai *sui heredes*, cioè a coloro che non avevano potuto sino allora fare acquisti a nome proprio»¹⁴⁵. Il rapporto di «sunità» diventa elemento fondante della necessità di compensazione tramite la *collatio emancipati*.

Viene sottolineato già dagli *anctores* antichi che, a fondamento della *collatio bonorum*, sta l'*aequitas*¹⁴⁶. La dottrina moderna ha tentato di giustificare in vario modo la nascita di questo istituto. Ricorre, a partire da Fein, la tesi che la *fictio suitalis*, necessaria per la tutela ereditaria dell'emancipato, sia fondamentale per il sorgere della *collatio*¹⁴⁷. Voci, addirittura, imputa alla *fictio suitalis* del *bonorum possessor* la necessità che l'emancipato finga di non avere un patrimonio personale¹⁴⁸. Più concreti sono gli approcci di Leist e Longo. Leist mette in evidenza come la *collatio* scaturisca dalla necessità di una equiparazione motivata dalla diversa capacità giuridica dei soggetti interessati; la partecipazione, inoltre, al patrimonio paterno limita il diritto del *suus*¹⁴⁹. Longo, ha posto in evidenza il fatto che la sottoposizione alla *patria potestas* ha impedito ai figli di fare acquisti per sé, diversamente da coloro che, come gli emancipati, sono *sui iuris* da tempo¹⁵⁰. E', pertanto, necessario compensare «il detrimento che essi (i *sui*) subiscono per la rescissione della *capitis deminutio* di un eman-

¹⁴⁴) VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 756 s.

¹⁴⁵) GUARINO, *Collatio bonorum*, cit., p. 12; la definizione di Guarino è accolta da A. MOZZILLO, 'Collatio', in «NNDI», III, Torino, 1964, p. 445.

¹⁴⁶) Cfr. D. 37.6.1.pr. (Ulp. 40 ad ed.: '*Hic titulus manifestam habet aequitatem: cum enim praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum: consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna*') e coll. 16.7.2 (Ulp. 2 inst.: '*Suis praetor solet emancipatos liberos itemque civitate donatos coniungere data bonorum possessione, ita tamen, ut bona si qua propria habent, his qui in potestate manserunt conferant. Nam aequissimum putavit neque eos bonis paternis carere per hoc, quod non sunt in potestate neque praecipua bona propria habere, cum partem sint ablaturi suis heredibus*'). Sui passi si veda GUARINO, *Collatio bonorum*, cit., p. 23 ss., purtroppo influenzato eccessivamente dalla corrente interpolazionista che valorizza l'analisi formale a discapito del contenuto. Viene accolto il motivo dell'equità da CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 41 s. Sull'*aequitas* e sulle sue applicazioni si rimanda al lavoro di P. SILLI, 'Equità (storia del diritto)', in «Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Civile», VII, Torino 1991, p. 477 ss.

¹⁴⁷) La tesi di E. FEIN, *Das Recht der Collation*, Heidelberg, 1842, p. 119 ss., è discussa in CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 40.

¹⁴⁸) VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 757; l'autore si allinea con la tesi di LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., p. 371 s.

¹⁴⁹) LEIST in GLÜCK, *Commentario*, cit., XXXVII-XXXVIII.2-3, p. 114 ss.

¹⁵⁰) LONGO, 'Bonorum possessio', cit. p. 1249; si veda anche ID., 'Collazione', in «ED.», VII, Milano, 1960, p. 311 ss..

cipato», e tale danno materiale è causato anche dall'aver contribuito essi stessi all'incremento del patrimonio paterno¹⁵¹.

Oggetto di collazione è l'intero patrimonio dell'emancipato, cioè tutto quello che avrebbe acquistato per il padre se fosse rimasto *in potestate*¹⁵²; i beni devono far parte del patrimonio dell'emancipato al momento della morte del *pater*¹⁵³.

I beni dell'emancipato che sono oggetto di *collatio* non sono dati al patrimonio ereditario complessivo, ma a tutti gli eredi che sono in potestà del *pater* alla sua morte¹⁵⁴. La ripartizione dei beni in collazione non tiene conto, invece, degli stessi emancipati, come abbiamo già visto precedentemente nel caso risolto da Cassio Longino¹⁵⁵. Un esempio di suddivisione delle quote si trova nel seguente passo dei *Digesta* di Giuliano¹⁵⁶:

D. 37.6.3.2 (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 375): Iulianus. Quotiens contra tabulas bonorum possessio datur, emancipati bona sua conferre debent his solis, qui in potestate patris fuerint. Hoc quemadmodum expediri oporteat, quaeri solet: nam si bona a patre relicta et emancipatorum in medium conferantur et ita viriles partes sumantur, eveniet, ut et emancipatis quoque collatio ab ipsis facta prosit. Videamus ergo, ne commodissimum sit emancipatos quartam partem ex bonis paternis ferre, ex suis tertiam: quod dico, exemplo manifestius fiet. Ponamus patrem quadringenta reliquisse et duos in potestate filios, duos emancipatos, ex quibus alterum centum, alterum sexaginta in bonis habere: is qui centum habebit centum triginta tria et trientem feret, is vero qui sexaginta contulerit centum viginti, atque ita eveniet, ut collationis emolumentum ad solos, qui in potestate remanserint, perveniat.

¹⁵¹) LONGO, 'Bonorum possessio', cit., p. 1249.

¹⁵²) Cfr. LONGO, 'Bonorum possessio', cit., p. 1250, e VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 760.

¹⁵³) Sull'oggetto della *collatio* cfr. GUARINO, *Collatio bonorum*, cit., p. 72 ss., e *Über Begriff der Kollation*, in «ZSS.», XLIX, 1939, p. 409 ss.; si veda anche J. BURILLO, *Sobre la 'collatio emancipati'*, in «SDHI.», XXXI, 1965, p. 202 s. Un elenco dei beni che possono, oppure non possono, fare parte della *collatio* in GUARINO, *Collatio bonorum*, cit., p. 138 s., CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 177 ss., e VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 760 ss. Certamente ne era esclusa la dote della moglie e della figlia dell'emancipato: D. 37.6.3.4 (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 375): 'Quare sicut is, qui in potestate est, dotem uxoris praecipit, ita emancipatus quoque, quasi praecipiat, retinere debet'; cfr. anche D. 37.6.4 (Afr. 4 *quaest.*: 'Filius emancipatum dotem, quam filiae suae nomine dedit, conferre non debere, quia non, sicut in matris familias bonis esse dos intellegatur, ita et in patris, a quo sit projecta') e D. 37.6.1.20 (Ulp. 40 *ad ed.*: 'Emancipatus filius si dotem habeat ab uxore acceptam, hoc minus confert, etsi ante uxor decesserit').

¹⁵⁴) Cfr. il passo di Giuliano citato *supra*, nt. 140.

¹⁵⁵) D. 37.6.2.5 (Paul. 41 *ad ed.*, Lenel n. 374): cfr. *supra*, § 2 (nt. 52 ss.). E' uno dei principii strutturali della *collatio*.

¹⁵⁶) Per le critiche formali, che non pregiudicano la sostanziale genuinità del passo, rimando ad A. GUARINO, *Collatio bonorum*, cit., p. 72 s., *Sul modo di attuazione della «collatio emancipati»* (D. 37.6.3.2.3), in «SDHI.», IV, 1938, p. 521, e *Über Begriff der Kollation*, cit., p. 514 ss.

Un padre ha lasciato un patrimonio di 400 che deve essere suddiviso, dopo la *bonorum possessio contra tabulas*, tra due figli emancipati e due figli in potestà. Uno dei figli emancipati mette a disposizione come attivo 100, l'altro 60 e tali cifre si suddividono per tre, i due *sui* e un solo emancipato (33,3 e 20 per ciascuno, oltre alla quota del patrimonio paterno). I due *sui* acquistano 100 + 33,3 + 20 (= 153,3) per ciascuno, mentre agli emancipati spetta rispettivamente 133,3 e 120. Il vantaggio va ai figli in potestà¹⁵⁷. Alla prospettiva della eventuale perdita provocata dalla collazione l'emancipato può sottrarsi solo rinunciando a chiedere la *bonorum possessio*¹⁵⁸.

Diversa è la suddivisione nell'eventualità in cui ci siano figli dell'emancipato, sia quelli che sono in potestà dell'avo per adozione, sia quelli che sono in potestà dell'emancipato. Il caso, riportato da Giuliano nei suoi *Digesta*, è giunto in due versioni, che vale la pena confrontare soprattutto per la divergenza della parte finale¹⁵⁹:

D. 37.6.3.6 (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 375): Qui duos filios in potestate habebat et ex uno eorum nepotem, emancipavit filium, ex quo nepotem habebat: deinde emancipatus factus procreavit filium, quem avus in locum filii adoptavit et vel intestatus, vel testamento facto praeterito emancipato filio, decessit: quaesitum est, quid de bonorum possessione, quid de collatione iuris esset. Respondi bonorum, de quibus quaeritur, tres partes fieri debent, ex quibus una pertinet ad filium qui in potestate remansit, altera ad nepotem, qui in locum filii adoptatus est, tertia ad emancipatum filium et nepotem, qui in potestate remanserit, ita ut pater soli ei conferat, cum quo bonorum possessionem accipiat.

D. 37.4.13.3 (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 367): Si pater ex duobus filiis alterum habentem filios emancipaverit et unum ex nepotibus, quem ante emancipaverat, in locum filii adoptaverit, praeterito deinde emancipato decesserit, aequius erit nepoti, qui in locum filii venerit, succurri et in tres partes hereditatem diduci, ut unam habeat qui in potestate remanserit, alteram nepos adoptatus in locum filii, tertiam emancipatus cum filio suo, qui nepotis loco fuerit. Sed etsi mortuo

¹⁵⁷ L'esempio di Giuliano è analizzato puntualmente da CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 32 ss. (lo schema delle quote è a p. 34). Sul procedimento della suddivisione dei beni dati in *collatio* tra i *sui* si veda anche VOGLI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 764 s. Un'analoga suddivisione si trova in un passo di Ulpiano: D. 37.6.1.24 (Ulp. 40 *ad ed.*).

¹⁵⁸ LONGO, *'Bonorum possessio'*, cit., p. 1252 ss.

¹⁵⁹ Il caso è riportato anche da Ulpiano in D. 37.8.1.9 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel Iul. n. 376): *'Si pater ex duobus filiis, quos in potestate habuit, alterum emancipaverit et nepotem ex eo in locum filii adoptaverit et praeterito emancipato decesserit: Iulianus ait nepoti in locum filii adoptato succurri oportere, ut quasi filius portionem habeat, quam haberet et si extraneus adoptatus esset. Sic fiet, inquit, ut filius, qui in potestate fuit, tertiam partem, nepos in locum filii adoptatus aliam tertiam emancipatus filius cum nepote altero retento in potestate partiatur: nec enim minus debet ferre nepos in locum filii adoptatus, quam si ab extraneo esset adoptatus'*.

filio alter ex nepotibus in locum filii adoptatus fuerit, tres partes in bonis fient, cum sit aequius eum, qui in locum filii adoptatus est, non minus habere, quam si non ex numero nepotum, sed extraneus adoptatus esset.

I due testi si integrano per alcuni punti a vicenda, ma presentano alcune importanti divergenze: l'inciso *'vel intestatus, vel testamento facto'* che compare nel primo (che forse è una aggiunta successiva) non compare nel secondo testo¹⁶⁰; nel secondo manca il *'quaesitum est'* che indica la richiesta di consulenza sul caso. Il riferimento alla *collatio* compare solo nel primo frammento. Nel secondo, invece, si prospetta nell'ultimo paragrafo l'ipotesi della morte dell'emancipato e dell'adozione del secondo figlio rimasto sotto la sua potestà.

Il quesito posto riguarda una questione ereditaria che coinvolge due figli, uno dei quali è in *potestate*, mentre l'altro, che ha un figlio, viene emancipato e, dopo l'emancipazione, procrea un altro figlio, il quale viene adottato *in locum filii* dall'avo paterno prima di morire¹⁶¹; il figlio emancipato è omissso nel testamento¹⁶². Secondo Giuliano l'eredità si deve suddividere in tre parti: una al figlio in potestà, la seconda al nipote adottato *loco filii*, la terza al figlio emancipato e al secondo nipote¹⁶³. In questo caso la *collatio emancipati* spetta solo nei confronti del figlio con cui il padre emancipato divide la quota ereditaria. Si applica la clausola *'de coniungendis cum emancipato liberis eius'*, su cui torneremo al prossimo paragrafo¹⁶⁴. La *coniunctio* non avviene, invece, rispetto all'altro nipote adottato dall'avo *in locum filii*. Il giurista ritiene più equo far prevalere i rapporti costituiti in base all'*adoptio* sui vincoli naturali: la stessa soluzione viene proposta nel caso, previsto nel secondo testo, della eventuale adozione del secondo nipote, pur essendo un estraneo, in quanto non aveva legami agnatizi con l'avo: merita ugualmente una quota di eredità alla pari con gli altri sulla base dell'*aequitas* (*'sit aequius ... non minus habere'*).

Nel passo che segue il problema della *collatio emancipati* si intreccia con quello della *successio in locum* dei nipoti:

¹⁶⁰) Per le critiche formali al testo GUARINO, *Collatio*, cit., p. 80 ss., che ritiene il frammento nel suo complesso rielaborato dai compilatori di Giustiniano.

¹⁶¹) RUSSO RUGGIERI, *La datio in adoptionem*, cit., I, p. 229, sottolinea come il ricorso all'adozione in questo caso ha lo scopo di far ricadere sotto la potestà dell'avo naturale il nipote *ex filio emancipato natus*.

¹⁶²) Diversamente CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 147, riconduce il caso ad una *bonorum possessio intestati unde liberi*, ma la preterizione del figlio emancipato presuppone l'esistenza di un testamento.

¹⁶³) Cfr. VACCA, *In tema di bonorum possessio*, cit., p. 177 s., VOLTERRA, *La nozione dell'adoptio*, cit., p. 138 ss., e ID., *L'acquisto della patria potestas*, cit., p. 221 ss.

¹⁶⁴) GUARINO, *Collatio bonorum*, cit., p. 80. s.; esempi a p. 82 ss.

D. 37.6.7 (Cels. 13 *dig.*, Lenel n. 111): Si nepotes in locum filii successerunt, una portio is conferri debet, uti bonorum possessionis unam partem habent: sed et ipsi ita conferre debent, quasi omnes unus essent.

Se i nipoti succedono per diritto di rappresentazione al proprio padre, che era un *filius in potestate*, lo zio, figlio emancipato dell'avo, deve conferire loro una sola quota. La stessa regola vale anche da parte dei figli degli emancipati che, se succedono al padre, conferiscono una sola quota, *'quasi omnes unus essent'*¹⁶⁵.

Un caso esemplifica come lo scopo della *collatio* sia quello di evitare di ridurre la quota ereditaria del *suus*: è, inoltre, l'unico luogo in cui si propone con evidenza una soluzione di *collatio* proporzionale¹⁶⁶: *'ei confertur, cui auferitur'*¹⁶⁷. Un *pater familias* fa testamento e istituisce il *suus* per $\frac{3}{4}$, l'estraneo per $\frac{1}{4}$ e omette il figlio emancipato, che chiede la *bonorum possessio contra tabulas* e fa cadere il testamento. I figli vanno in successione ciascuno per la metà, ma il figlio emancipato è tenuto alla *collatio* sulla quota dell'estraneo, cioè $\frac{1}{4}$ e quindi è tenuto a conferire la quarta parte dei suoi beni¹⁶⁸:

D. 37.6.1.3 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel Iul. n. 373): Si ex dodrante fuit institutus filius qui erat in potestate, extraneus ex quadrante, emancipatum accipientem contra tabulas pro quadrante tantum bona sua collaturum Iulianus ait, quia solum quadrantem fratri abstulit: argumentum pro hac sententia adfert Pomponius, quod filius emancipatus nepotibus ex se natis solis conferre cogitur.

La collazione viene proporzionata allo svantaggio che il *suus* istituito subisce a causa della *bonorum possessio contra tabulas* ottenuta dall'emancipato¹⁶⁹. La quota dell'emancipato è tratta in parte dal *suus*, in parte dall'*extraneus*: la porzione che ottiene è il risultato di quello che ha sottratto all'erede, ma la perdita del *suus* è di $\frac{1}{4}$. Il pregiudizio subito dal *suus* è il presupposto dell'am-

¹⁶⁵) CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 91.

¹⁶⁶) Il frammento, spesso oggetto di interpretazioni contrastanti, è stato più recentemente riesaminato da M.G. VITA, *D. 37.6.1.3 e la collatio emancipati*, in «Opuscula», I, Macerata, 2001, p. 6 ss. e 13 ss., a cui rimando in particolare per la lucida sintesi delle opinioni più risalenti prospettate a partire dai glossatori.

¹⁶⁷) La massima è stata estratta dalla Glossa di Accursio: *Glossa in Infortiatum*, in «Corpus Glossatorum Juris Civilis», Venezia, 1569, *Pro quadrante a l. Si ex dodrante*, ma non se ne conosce la paternità.

¹⁶⁸) Così anche CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 84 s., e VITA, *D. 37.6.1.3 e la collatio*, cit., p. 23 ss.; VOICI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 758 s., dà un'interpretazione scorretta del passo perché inverte le quote del *suus* e dell'*extraneus*; non convince l'ipotesi di GUARINO, *Collatio bonorum*, cit., p. 84 ss.: all'emancipato andrebbe un solo quarto di eredità.

¹⁶⁹) LA PIRA, *La successione ereditaria intestata*, cit., p. 373.

montare della *collatio*¹⁷⁰. Tralascio di commentare l'opinione di Pomponio, inserita nella parte finale del passo, che, a mio parere, presuppone un passaggio mancante, in quanto sposta il discorso sui nipoti¹⁷¹.

Non si può rintracciare un sistema di regole astratte da applicare a tutti i casi, ma la ricerca di soluzioni avviene caso per caso, tenendo conto del principio della perdita subita dal *suus*. Nel passo che segue si analizzano due situazioni diverse. Nel primo l'*heres suus* è morto dopo che la *bonorum possessio contra tabulas* è stata concessa al figlio emancipato. Nel secondo l'*heres* muore prima della concessione della *bonorum possessio contra tabulas*:

D. 37.6.1.8 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel Iul. n. 373): Ibidem Iulianus ait, si bonorum possessione accepta decesserit is qui in potestate est, ad collationem bonorum cogendum emancipatum, ut tantum heredi eius conferat, quantum conferret ipsi, si viveret. Quod si ante acceptam bonorum possessionem decesserit suus, heredem eius praetor ita tueri debet, inquit, pro ea parte, qua heres scriptus fuit is qui in potestate erat, non tamen ultra virilem: ad collationem autem non admittit eum in hunc casum, quia bonorum possessio admissa non est.

Nel primo caso l'emancipato deve conferire all'erede dell'*heres* tanto quanto era dovuto al precedente: il diritto alla collazione si trasmette in via ereditaria¹⁷². Nel secondo il pretore deve tutelare il *suus heres* nella quota del padre istituito, purché essa non superi la *portio virilis*; egli non ha però alcun diritto alla *collatio*.

Il modo per garantire la *collatio* da parte dell'emancipato è la *cautio de conferendis bonis*. Il pretore obbliga l'emancipato a promettere di fare la *collatio* del proprio patrimonio a ciascuno dei coeredi, che hanno ottenuto a loro volta la *bonorum possessio*, mediante una *stipulatio* garantita (*satisfactio praetoria*)¹⁷³. La

¹⁷⁰) CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 96.

¹⁷¹) Anche CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 93 s., avverte le incongruenze, pur non rilevando una vera lacuna. L'autrice collega l'opinione di Pomponio, che allude all'editto '*de coniungendis cum emancipato liberis eius*', con un passo del medesimo giurista (D. 38.6.5.pr., 4 *ad Sab.*). Ma si vedano sul punto diversamente GUARINO, *Collatio bonorum*, cit., p. 85 ss., la cui interpretazione non appare stringente, e VITA, *D. 37.6.1.3 e la collatio*, cit., p. 25 e nt. 28.

¹⁷²) CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 71.

¹⁷³) LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 536, ipotizza così il contenuto della clausola editale: '*Quidquid moriente patre in bonis habuisti dolove malo fecisti, quo minus haberes, in boni viri arbitrato collaturum te dolumque malum abesse afuturumque esse*'. Sulla *stipulatio* si veda R. DE RUGGIERO, «*Satisfactio*» e «*Pignoratitia*» nelle *stipulationi praetoriae*, in «*Scritti C. Fadda*», II, Napoli, 1906, p. 117 ss. Si ammette anche la *collatio re* tramite consegna dei beni o di denaro: D. 37.6.3.5 (Iul. 23 *dig.*) e D. 37.6.1.11 (Ulp. 40 *ad ed.*); sui diversi modi di fare la collazione cfr. A. PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, Milano, 1942, p. 41, e CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 156 s. Sulle stipulationi praetoriae e la loro classi-

cautio fornisce all'*heres* un'azione protettiva che costringe il *bonorum possessor* ad adempiere tramite l'*actio ex stipulatu*¹⁷⁴. Il problema discusso dalla dottrina è l'identificazione del momento in cui è necessario che avvenga la promessa. Per Guarino è un requisito preliminare alla *bonorum possessio*, che si richiede dopo la *petitio* ma prima della *datio*¹⁷⁵; la sua tesi non è condivisa dalla maggior parte della dottrina che, invece, la colloca dopo la concessione da parte del pretore¹⁷⁶. Alcuni autori propongono una soluzione intermedia tra le due: si poteva fare la *cautio* sia prima che dopo, e questa variabile è presente nelle fonti¹⁷⁷. Uno dei testi più discussi appartiene a Salvio Giuliano:

D. 37.6.3.pr. (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 375): Praetor non sub condicione collationis bonorum possessionem contra tabulas promittit, sed demonstrat, quid data bonorum possessione fieri oportet. Alioquin magna captio erit emancipati, si non aliter bonorum possessionem accipere intellegeretur, nisi cavisset de collatione: nam si interim ipse decessisset, heredi suo nihil relinqueret. Item si frater eius decessisset, non admitteretur ad bonorum possessionem. quid ergo est? intellegendum est bonorum possessionem accipere et antequam caveat, sed si non caverit, ita observabitur, ut tota hereditas apud eum, qui in potestate fuerit, remaneat.

Il giurista afferma che il pretore non promette di concedere la *bonorum possessio sub condicione collationis*, ma annuncia quello che è necessario avvenga dopo la sua concessione. Se l'emancipato ha frainteso e ha ritenuto di dover prestare la *cautio* prima di avere il possesso dei beni '*magna captio erit emancipati*': le conseguenze per lui possono essere rischiose. Infatti nel caso in cui nel frattempo egli morisse, non lascerebbe nulla al suo erede; se il fratello con cui ha fatto la *stipulatio* dovesse morire, l'emancipato non sarebbe ammesso alla *bo-*

ficazione si veda A.M. GIOMARO, *Ulpiano e le «stipulationes praetoriae»*, in «Studi A. Biscardi», IV, Milano, 1983, p. 413 ss.

¹⁷⁴ GUARINO, *Collatio*, cit., p. 145 ss.

¹⁷⁵ GUARINO, *Collatio*, cit., p. 88 ss., 95 ss., 105 ss. e 123 ss, in particolare p. 110. Allude ad una *cautio* addirittura preliminare alla *petitio* un testo tratto dalle *Pauli Sententiae* (5.9.4): '*Emancipati liberi praeteriti si velint miscere se paternae hereditati et cum his qui in potestate remanserunt communis patris dividere hereditatem, antequam bonorum possessionem petant, de conferendo cavere cum satisfactione debebunt. Quod si satisfacere non possunt, statim ex fide bonorum confusionem excepto peculio castrensi facere cogendi sunt*'; cfr. anche D. 37.6.8 (Pap. 3 *quaest.*), ed *ep. Ulp.* 28.4.

¹⁷⁶ Cfr. LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 345 nt. 8, LEIST in GLÜCK, *Commentario*, cit., XXXVII-XXXVIII.2-3, cit., p. 530, LONGO, '*Bonorum possessio*', cit., p. 1251, e VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 762 e nt. 31: cfr. p. 758 e nt. 10; si veda CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 159 ss. e 161 ss., con sintesi e discussione delle ipotesi fatte.

¹⁷⁷ KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 731 nt. 22, e CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 174.

*norum possessio contra tabulas*¹⁷⁸. E' un ragionamento per assurdo che indirizza verso quello che il giurista considera l'ordine usuale della procedura: prima c'è la richiesta della *bonorum possessio*, poi l'emancipato fa la *stipulatio*. Se non presta la *cautio*, l'emancipato perde la quota ereditaria che rimane al *suus*¹⁷⁹. Secondo la visione di Guarino il non prestare la *cautio* preliminarmente rispetto alla *petitio* porterebbe, invece, come conseguenza, che il pretore non concederebbe la *bonorum possessio*¹⁸⁰.

E' documentato da Giuliano anche il caso in cui un emancipato ha preferito garantirsi preventivamente di prestare la *cautio collationis* prima di fare la richiesta della *bonorum possessio*, come nel caso seguente:

D. 37.6.3.5 (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 375): Emancipatus praeteritus si, dum deliberat, caverit de bonorum collatione nec bonorum possessionem petierit, agente fratre ex stipulatu ipso iure tutus erit. sed et si pecuniam contulerit, condictione eam repetit: ommissa enim bonorum possessione incipit pecunia sine causa esse apud heredem.

Il caso descritto è quello di un figlio emancipato preterito che decide di prestare subito la *cautio collationis*. Alla *stipulatio* però non fa poi seguito la *petitio bonorum possessionis*. In questo caso specifico le conseguenze non sono penalizzanti nei confronti dell'emancipato. Se l'erede, che evidentemente ha chiesto la *bonorum possessio*, avanza nei suoi confronti la pretesa dell'adempimento della promessa con l'*actio ex stipulatu*, egli sarà protetto dal pretore¹⁸¹. Anche nel caso in cui avesse versato direttamente del denaro all'erede (*collatio re*) potrà usare la *condictio (actio certae creditae pecuniae)* per la restituzione della somma di denaro, che, *sine causa*, si trova nelle mani del *suus*¹⁸². La sua posizione non è compromessa, dunque, da una *cautio* preventiva.

La *cautio* è necessaria anche in caso di lite ereditaria con un impubere 'qui se filium et in potestate patris fuisse dicit', che può aspirare alla *bonorum possessio*¹⁸³.

¹⁷⁸) CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 164 ss.

¹⁷⁹) VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 762 e nt. 31. Sulle conseguenze della mancata *cautio* cfr. anche D. 36.3.5.1 (Pap. 28 *quaest.*), D. 37.6.2.9 (Paul 41 *ad ed.*) e D. 37.6.1.10 (Ulp. 40 *ad ed.*).

¹⁸⁰) GUARINO, *Collatio*, cit., p. 150 ss. Puntuali le critiche a questa tesi da parte di CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 163 s.

¹⁸¹) CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 159 s.; sul passo GUARINO, *Collatio*, cit., p. 120 ss.

¹⁸²) KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 595 e nt. 26. Sul passo Th. FINKENAUER, *Stipulation und Geschäftsgrundlage*, in «ZSS», CXXVI, 2009, p. 305 ss.; sulla *condictio sine causa* del passo cfr. F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln, 1952, p. 212.

¹⁸³) D. 37.6.3.1 (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 375): 'Emancipatus filius controversiam facit impuberi,

De coniungendis cum emancipato liberis eius

La clausola edittale «*de coniungendis cum emancipato liberis eius*», la cui creazione è attribuita a Salvio Giuliano, è riconoscibile in un passo di Ulpiano *ad edictum* e in un passo di Pomponio *ad Sabinum*; riporto solo il primo dei due¹⁸⁴:

D. 37.8.1.pr.-1 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel n. 1123): Si quis ex his, quibus bonorum possessionem praetor pollicetur, in potestate parentis, cum is moritur, non fuerit, ei liberisque quos in eiusdem familia habuit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit neque notam exheredationis meruerunt, bonorum possessio eius partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate permansisset, ita ut ex ea parte dimidiam, reliquam liberi eius hisque dumtaxat bona sua conferat. 1. Hoc edictum aequissimum est ...

Prima di esaminarne il contenuto, occorre fare qualche premessa. Se il *pater familias* emancipa uno dei figli e trattiene in potestà il nipote, figlio dell'emancipato, sorge una sorta di collisione tra *ius civile* e *ius honorarium*. Secondo lo *ius civile* sono eredi i *sui*, quindi i figli, e il nipote rimasto presso l'avo. Secondo lo *ius honorarium* ha diritto a succedere il figlio emancipato, che esclude il proprio figlio¹⁸⁵. Si doveva, quindi, prospettare non infrequentemente

qui se filium et in potestate patris fuisse dicit: quaero, si bona sua ei emancipatus conferre debeat. Paulus notat: puto conferendum esse exacta cautione, ut victus sicut hereditatem, ita et quae collata sunt praestet. Sul passo S. SEGNALINI, *L'editto Carboniano*, Napoli, 2007, p. 167 nt. 37. Non concordo con l'autrice sull'interpretazione dello stato giuridico rivendicato dall'impubere che a suo parere doveva essere stato emancipato a sua volta: da «*qui se filium et in potestate patris fuisse dicit*» si deduce che non solo egli si dichiarava figlio dell'emancipato, ma anche che era rimasto sotto la potestà del *pater familias*. Il caso ricade sotto il regime dell'Editto Carboniano.

¹⁸⁴) LENEL, *Das Edictum*, cit., § 146, p. 347; cfr. la rubrica VIII del libro 37 del Digesto di Giustiniano. Il passo è quasi identico (Lenel, *ibid.*, lo definisce *lex gemina*) a D. 38.6.5.pr. (Pomp. 4 *ad Sab.*, Lenel n. 429): «*Si quis ex his, quibus bonorum possessionem praetor pollicetur, in potestate parentis, de cuius bonis agitur, cum is moritur, non fuerit, ei liberisque, quos in eiusdem familia habebit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit neque nominatim exheredes scripti erunt, bonorum possessio eius partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate permansisset, ita, ut ex ea parte dimidiam habeat, reliquum liberi eius, hisque dumtaxat bona sua conferat*». Il passo appartenente a Pomponio è situato nel Digesto sotto la rubrica «*Si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi*», mentre l'altro apre il titolo «*de coniungendis*» del Digesto; cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, c. 698. Sulle divergenze e coincidenze cfr. MORIAUD, *De la simple famille*, cit., p. 206 s., U. BABUSIAUX, *The nova clausula Iuliani - a change of paradigm in praetorian law of succession?*, in «*Philippika. Altertumswissenschaftliche Abhandlungen. Contributions to the Study of Ancient World Cultures*», Wiesbaden, 2014, p. 111 s. e nt. 13 s. Sulla rubrica del Digesto 37.8 e i passi che la compongono cfr. BURILLO, *Sobre la 'collatio emancipati'*, cit., p. 207 ss.

¹⁸⁵) Il rischio del contrasto tra i due regimi giuridici è espresso da Ulpiano in D. 37.8.1.1 (40 *ad ed.*): si veda nel testo *infra*, nella pagina successiva. Il problema è chiaramente espresso da VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 11.

mente un conflitto di interessi tra il padre emancipato e i propri figli, rimasti in potestà dell'avo: un conflitto che aveva le sue radici nel contrasto tra norme civilistiche e norme pretorie, dal quale erano danneggiati soprattutto i figli degli emancipati, ma talvolta anche i padri emancipati¹⁸⁶. La regola che i *liberi* sono chiamati alla *bonorum possessio contra tabulas* in base al diritto e nell'ordine con cui si è chiamati alla successione dallo *ius civile*¹⁸⁷ portava, secondo una parte della dottrina, ad una conseguenza iniqua in quanto il padre emancipato escludeva i figli rimasti in potestà dell'avo dalla quota ereditaria loro spettante: «Qui la finzione pretoria della rescissione della *capitis deminutio* dell'emancipato comportava che questi riprendesse il suo posto di capo della stirpe e come più prossimo escludesse i nipoti suoi figli, mentre questi ultimi sarebbero stati i soli *sui heredes* per diritto civile»¹⁸⁸. Analogamente si muove la sintesi del problema proposta da Vacca «Questo editto ... aveva lo scopo di evitare che il figlio emancipato escludesse dalla successione i nipoti del *de cuius* rimasti in potestà e, nel contempo che i nipoti, legati da rapporto agna-

¹⁸⁶) Esemplicazioni si trovano nella innovativa ricerca di BABUSIAUX, *The nova clausola Iuliani*, cit., p. 11 ss. e 17 ss.

¹⁸⁷) Sull'ordine di chiamata dei *liberi* si veda D. 37.4.1.1 (Ulp. 39 *ad ed.*): '*Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo iure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex iure civili*'. Sulla successione dei nipoti come *sui heredes* per il diritto civile cfr. Gai., *inst.* 3.2: '*Sui autem heredes existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerunt, veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote filio nato prognatus prognatave. Nec interest, utrum naturales sint liberi an adoptivi. Ita demum tamen nepos neptisve et pronepos proneptisve suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit sive alia ratione, veluti emancipatione; nam si per id tempus, quo quis moriatur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegemus*'. La parte mancante del manoscritto che riporta questo passaggio delle *Istituzioni* di Gaio è ricostruita tramite *Inst. inst.* 3.1.2, *Gai. ep.* 2.8.pr., *ep. Ulp.* 26.1, e *coll.* 10.3.4 e 8 (*Paul. Sent.* 4). Per il diritto pretorio si veda D. 38.6.5.1-2 (Pomp. 4 *ad Sab.*, Lenel n. 429): '*Sed et si filium et nepotem ex eo pater emancipaverit, filius solus venit ad bonorum possessionem, quamvis capitis deminutio per edictum nulli obstet. quin etiam hi quoque, qui in potestate numquam fuerunt nec sui heredes locum optinuerunt, vocantur ad bonorum possessionem parentium. nam si filius emancipatus reliquerit in potestate avi nepotem, dabitur ei, qui in potestate relictus sit, patris emancipati bonorum possessio: et si post emancipationem procreaverit, ita nato dabitur avi bonorum possessio, scilicet non obstante ei patre suo. Si filius emancipatus non petierit bonorum possessionem, ita integra sunt omnia nepotibus, atque si filius non fuisset, ut quod filius habiturus esset petita bonorum possessione, hoc nepotibus ex eo solis, non etiam reliquis ad crescat*'. Sul passo cfr. recentemente BABUSIAUX, *The nova clausola Iuliani*, cit. p. 18.

¹⁸⁸) LONGO, '*Bonorum possessio*', cit., p. 1245 s.; l'opinione è accolta da F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, 1951, p. 229; cfr. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 583 s, e BABUSIAUX, *The nova clausola Iuliani*, cit., p. 11 ss. e 13 ss. Segnalano la contraddizione superata dalla *clausola Iuliani*, senza pronunciarsi sulle regole usate precedentemente, VACCA, *In tema di bonorum possessio*, cit. p. 174 ss., e CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 146 nt. 17.

tizio all'avo, fossero di impedimento al padre, il quale era invece più vicino nella linea di discendenza naturale»¹⁸⁹.

Un'interpretazione diversa sulla situazione creatasi tra padri emancipati e figli *in potestate* è proposta da Arangio-Ruiz, a proposito della *bonorum possessio sine tabulis*: secondo l'illustre studioso ad una sola stirpe dovevano essere assegnate due quote, una ai nipoti *in potestate*, l'altra al padre emancipato: a questo squilibrio si sarebbe provveduto tramite la nuova clausola edittale¹⁹⁰. La tesi non appare, tuttavia, coerente non solo con la regola delle stirpi, ma neppure con l'innovazione ideata da Salvio Giuliano, che risulta protettiva dei legami di sangue¹⁹¹. Il problema posto dalla dottrina si fonda su una incertezza di fondo: infatti non si trova nelle fonti precedenti a Giuliano una casistica di questo tipo (tralasciata, evidentemente, dai compilatori perché superata dalle nuove norme). Il proseguimento del passo di Ulpiano che contiene la clausola edittale può suggerire qualche idea su come potevano essere regolati questi casi:

D. 37.8.1.1 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel n. 1123): Hoc edictum aequissimum est, ut neque emancipatus solus veniat et excludat nepotes in potestate manentes, neque nepotes iure potestatis obiciantur patri suo.

Ulpiano elogia la nuova clausola edittale perché evita le seguenti conseguenze: da una parte l'emancipato non ottiene da solo la quota ereditaria e non esclude i propri figli rimasti in potestà; dall'altra, questi ultimi non sono di impedimento *iure potestatis* alla richiesta del padre. La rappresentazione delle due contrapposte conseguenze può essere interpretata in due differenti modi: 1) il giurista descrive una situazione di contrapposizione che doveva essere risolta caso per caso dal pretore; 2) il giurista sintetizza due momenti che si sono alternati nel tempo. In questa seconda ipotesi troviamo rappresentata nella seconda parte del frammento la situazione più antica, regolata dallo *ius civile*. Invece nella prima parte viene descritta la situazione regolata dalla successione pretoria. Questa seconda ipotesi accredita l'idea che i nipoti fossero esclusi dalla *bonorum possessio* del padre emancipato per la regola delle *stirpes*¹⁹².

¹⁸⁹) VACCA, *In tema di bonorum possessio*, cit., p. 175.

¹⁹⁰) ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 540; così anche BURILLO, *Sobre la 'collatio emancipati'*, cit., p. 211 ss., che, a sostegno della sua tesi, cita altri studiosi a favore della tesi, tra cui Voci, ma nella vecchia edizione del 1956; si veda, invece, VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 11 s., che non prende posizione.

¹⁹¹) Cfr. MORIAUD, *De la simple famille*, cit. p. 204 ss., e VACCA, *In tema di bonorum possessio*, p. 174 ss.

¹⁹²) Interpreta così anche BABUSIAUX, *The nova clausola Iuliani*, cit., p. 19.

Veniamo al contenuto della nuova clausola: i nipoti, figli di un figlio emancipato, che siano rimasti *in potestate* dell'avo, concorrono con il padre emancipato, nel senso che tutti insieme ottengono quella quota che sarebbe spettata all'emancipato se fosse rimasto in potestà; la quota va divisa per metà al padre e per l'altra metà ai nipoti da lui nati, con diritto reciproco di accrescimento e con pari obbligo nella prestazione dei legati¹⁹³. La *bonorum possessio* attribuita ad ambedue e la quota condivisa a metà attutisce le conseguenze del contrasto di interessi.

La clausola era applicata sia alla *bonorum possessio contra tabulas* sia a quella *ab intestato unde liberi*¹⁹⁴. Alla *coniunctio* sono ammessi anche i figli dati in *adoptionem*, purché possano fare la *bonorum possessio contra tabulas* in quanto istituiti nel testamento e la *bonorum possessio* si apra '*commisso per alium edicto*'¹⁹⁵. La congiunzione avviene se il nipote è un figlio naturale dell'emancipato. I nipoti e i pronipoti vengono ammessi purché siano *sui* del testatore, mentre sono esclusi se estranei (adottati '*in locum nepotis ex filio natus*')¹⁹⁶; inoltre non vengono ammessi se il nipote figlio di un emancipato viene adottato dall'avo¹⁹⁷. Sono esclusi i diseredati, sia che siano figli emancipati che nipoti¹⁹⁸. L'edicto non trova applicazione se sono stati emancipati i nipoti, mentre il figlio rimane in potestà, oppure se sono stati emancipati sia i nipoti che il figlio: in questo caso il padre come capo della stirpe esclude i figli¹⁹⁹.

Un'altra conseguenza importante di questa *nova clausula* riguarda la *collatio emancipati*, di cui ci siamo occupati in precedenza²⁰⁰:

D. 37.8.1.13 (Ulp. 40 *ad ed.*): Emancipatus filius si quidem nepotes in avi potestate non habeat, fratribus suis conferet: sed si sint nepotes, voluit eum praetor

¹⁹³ Cfr. LONGO, '*Bonorum possessio*', cit., p. 1245, e LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., p. 265.

¹⁹⁴ Cfr. il passo di Pomponio citato *supra*, nt. 187, che riguarda la *bonorum possessio unde liberi*.

¹⁹⁵ D. 37.8.1.2 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel n. 1123): '*Et in adoptionem datus filius et beres institutus ad hoc edictum pertinet, ut ei iungatur nepos, qui in avi sui naturalis potestate est. Iungitur autem nepos patri suo emancipato, sive pater praeteritus sit sive institutus. et haec erit differentia inter in adoptionem datum et emancipatum, quod in adoptionem quidem dato non alias iungitur nisi instituto et alio committente edictum, emancipato autem, sive sit institutus emancipatus sive sit praeteritus*'.

¹⁹⁶ D. 37.8.6 (Scaev. 5 *quaest.*): '*Si quis filium habens in potestate extraneum in nepotis locum quasi ex eo filio natum adoptet, mox filium emancipet, non iungetur hic nepos filio emancipato, quia desiit esse emancipato ex liberis*'.

¹⁹⁷ D. 37.8.1.9 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel Iul. n. 376) e D. 37.4.13.3 (Ulp. 23 *dig.*).

¹⁹⁸ D. 37.8.1.4-5 (Ulp. 40 *ad ed.*) e D. 37.8.3 (Marcell. 9 *dig.*).

¹⁹⁹ LONGO, '*Bonorum possessio*', cit., p. 1246 e nt. 1: in questo caso il padre come capo della stirpe esclude i suoi figli.

²⁰⁰ Cfr. *supra*, § 3 (nt. 134 ss.).

filiis suis qui sunt in potestate solis conferre, merito, quia veniendo ad bonorum possessionem illis solis iniuriam facit.

Quando avviene la congiunzione il padre emancipato è tenuto alla *collatio* solo nei confronti dei figli con cui condivide la quota ereditaria. Inoltre la rinuncia di una delle parti giova solo all'altra²⁰¹.

Il passo di Ulpiano, che riporta la clausola editale '*de coniungendis*', fa parte di un lungo brano tratto dal XXXX libro dell'*ad edictum* del giurista (D. 37.8.1.pr.-17) dove si commenta l'innovazione introdotta da Salvio Giuliano, richiamandola come *novus edictum* e citando il suo autore²⁰². Ulpiano definisce questo editto '*aequissimum*'²⁰³. Dell'oggetto e della modalità con cui questa innovazione è introdotta nell'Editto da Salvio Giuliano ci informa ancora più puntualmente Marcello²⁰⁴:

D. 37.8.3 (Marcell. 9 *dig.*): Nepoti tamen retento in potestate bonorum possessio dari debet, quoniam, si pater eius emancipatus praeteritus esset, simul cum eo bonorum possessionem accipere posset propter id caput edicti, quod a Iuliano introductum est, id est ex nova clausula.

Dal passo di Marcello risulta che la *nova clausula* è stata introdotta nel testo editale, presumibilmente prima della redazione definitiva, anche se questo aspetto non è sicuro²⁰⁵.

²⁰¹ Cfr. D. 37.8.1.pr.-1 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel n. 1123) e D. 38.6.5.pr. (Pomp. 4 *ad Sab.*, Lenel n. 429). Sulla *collatio emancipati* nella *coniunctio* si vedano MORIAUD, *De la simple famille*, cit. p. 211 ss., VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 759, e II, p. 11 s., CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 146 s., e BABUSIAUX, *The nova clausula Iuliani*, cit., p. 19 ss.

²⁰² D. 37.9.1.13 (Ulp. 41 *ad ed.*): '*Si pater nuru praegnate filium emancipaverit, non in totum repelli uterus debet: namque natus solet patri ex novo edicto iungi. et generaliter quibus casibus patri iungitur natus, admittendus est venter in possessionem*'.

²⁰³ D. 37.8.1.1 (Ulp. 40 *ad ed.*): '*hoc edictum aequissimum est*'.

²⁰⁴ L'intervento di Salvio Giuliano di modifica dell'editto con l'introduzione della clausola '*de coniungendis*' è respinto come invenzione postclassica da C. COSENTINI, *Breve nota sull'origine dell'edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius*, in «Studi S. Solazzi», Napoli, 1948, p. 219 ss., sulla scia dello scetticismo di Antonio Guarino a proposito dell'apporto del giurista adrianeo alla redazione definitiva dell'Editto (cfr. *supra*, nt. 65); così anche R. REGGI, *Note anonime ai Digesta di Marcello*, in «Studi Parmensi», IV, 1953, p. 56 s., e BUND, *Salvius Iulianus*, cit., p. 125 s. Per l'autenticità del riferimento all'intervento di Giuliano, cfr. KASER, *Zum Edictsstil*, cit. p. 66 (che riconosce la rarità dell'intervento compiuto e documentato), E. WEISS, '*Nova clausula Iuliani*', in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft», XVII.1, Stuttgart, 1936, c. 1124, BURILLO, *Sobre la 'collatio emancipati'*, cit., p. 205 ss., CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 145 ss., e BABUSIAUX, *The nova clausula Iuliani*, cit., in particolare p. 11

²⁰⁵ Sul contenuto del caso esposto da Marcello, su cui non mi soffermo, cfr. LA PIRA,

Sull'applicazione della *clausula Iuliani* vi sono diversi passi in cui è menzionata l'opinione di Giuliano o che appartengono a Giuliano stesso²⁰⁶. Nel commento di Ulpiano viene citata esplicitamente l'opinione del giurista:

D. 37.8.1.3 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel Iul. n. 376): Filio in potestate ex besse, emancipato ex triente herede instituto Iulianus ait nepotem praeteritum petita contra tabulas bonorum possessione patruo sextantem, patri unciam ablaturum.

In un testamento è stato disposto dall'avo che i $\frac{2}{3}$ dell'eredità spettino al figlio in potestà e $\frac{1}{3}$ al figlio emancipato, che è erede istituito; il nipote, figlio di quest'ultimo, è preterito. A seguito della *bonorum possessio contra tabulas* il nipote condivide la quota *ab intestato* del padre emancipato nel seguente modo: $\frac{3}{6}$ vanno a ciascuno dei due figli; il figlio emancipato divide la sua quota a metà con suo figlio; la quota di quest'ultimo è, in realtà, ricavata dalle due precedenti con la seguente percentuale, $\frac{2}{12}$, dalla quota dello zio e $\frac{1}{12}$ da quella del padre²⁰⁷.

Un richiamo di Ulpiano al *novum edictum* si trova anche in un passo collocato sotto la rubrica del Digesto '*de ventre in possessionem mittendo et curatore eius*':

Dig. 37.9.1.13 (Ulp. 41 *ad ed.*, Lenel n. 1133): Si pater nuru praegnate filium emancipaverit, non in totum repelli uterus debet: namque natus solet patri ex novo edicto iungi. Et generaliter quibus casibus patri iungitur natus, admittendus est venter in possessionem²⁰⁸.

Viene proposta un'analogia tra l'editto '*de coniungendis*' e quello '*de ventre in possessionem mittendo et curatore eius*'²⁰⁹. Il *venter* è ammesso alla *bonorum possessio* '*iunctus cum patre*'²¹⁰.

La clausola '*de coniungendis*' è applicata sia alla quota ereditaria che ai

La successione ereditaria, cit., p. 369 s., COSENTINI, *Breve nota sull'origine*, cit., p. 219 ss., BURILLO, *Sobre la 'collatio emancipati'*, cit., p. 205, e BABUSIAUX, *The nova clausula Iuliani*, cit., p. 28 ss.

²⁰⁶ Alcuni casi di *coniunctio* risolti da Giuliano sono stati già esaminati: D. 37.6.3.6 (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 375), D. 37.4.13.2 (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 367), D. 37.4.13.3, (Iul. 23 *dig.*, Lenel n. 367); cfr. D. 37.8.1.9 (Ulp. 40 *ad ed.*, Lenel Iul. n. 376). Nella *Palingenesia* sotto il titolo '*de coniungendis*' Lenel, tuttavia, riporta solo un passo: D. 37.8.1.3 (Ulp. 40 *ad ed.*). Altri esempi di applicazione di *coniunctio* da parte dei giuristi successivi sono D. 37.6.9 (Pap. 5 *resp.*), D. 37.8.1.14 (Ulp. 40 *ad ed.*), D. 37.8.1.16 (Ulp. 40 *ad ed.*) e D. 37.8.1.17 (Ulp. 40 *ad ed.*). Su tali passi cfr. CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 147 ss.

²⁰⁷ CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, cit., p. 80 nt. 15.

²⁰⁸ Cfr. *infra*, nt. 220, D. 37.9.1.11 (Ulp. 41 *ad ed.*, Lenel n. 408).

²⁰⁹ A. METRO, *La datazione dell'editto 'de inspiciendo ventre custodiendoque partu'*, in «Syn-teleia V. Arangio-Ruiz», Napoli 1964, p. 947.

²¹⁰ Voci, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 403.

legati, come testimoniano due passi di Africano:

D. 37.5.18 (Afr. 4 *quaest.*, Lenel n. 35): Nepos qui in potestate mansit et filius suus heredes instituti sunt: nepoti legatum dedit: pater eius emancipatus petit bonorum possessionem: nepos legato contentus est. Quidam in eum solum, qui in potestate esset, legati actionem nepoti dandam responderunt, quia ei nihil auferatur et emancipatus partem filii sui occupet, in qua onus legatorum non consisteret. sed rectius dicitur in emancipatum solum dandam esse actionem nepoti, et quidem non ultra quadrantem.

D. 37.5.19 (Afr. 5 *quaest.*, Lenel n. 47): Quia, et si omnes petissent bonorum possessionem, semis nepotis inter eum et patrem eius divideretur.

La clausola influisce sulla determinazione della quota di eredità e del legato che sarebbero toccati al nipote quando il padre avesse ottenuto la *bonorum possessio contra tabulas*. Influisce anche sulla determinazione della persona a carico della quale doveva considerarsi disposta la prestazione della porzione ereditaria o del legato²¹¹. La quota ereditaria viene equiparata al legato.

La *nova clausula* ha avuto un'importanza rilevante: rappresenta una svolta nella storia del diritto di successione in quanto armonizza il diritto civile e il diritto pretorio²¹². E' stato evidenziato come il criterio elaborato da Giuliano si basi sul principio dell'accrescimento, ben conosciuto dal diritto civile: il giurista traspone il criterio nella successione pretoria, facendo fare una svolta al diritto ereditario²¹³ e proteggendo dal punto di vista giuridico i rapporti tra i figli emancipati e i loro figli, garantendo a questi la conservazione del patrimonio paterno. Non è una novità che Giuliano abbia introdotto innovazioni nell'ambito del diritto successorio anche al di fuori della *bonorum possessio*, come, ad esempio, nei confronti dell'applicazione della *lex Velleia*, che ha avuto una ricaduta anche sui figli postumi dell'emancipato, favorendone la valida istituzione²¹⁴.

²¹¹) LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., p. 368.

²¹²) Così BABUSIAUX, *The nova clausola Iuliani*, cit., p. 31, che lo definisce «a new paradigm of a uniform law of succession».

²¹³) BABUSIAUX, *The nova clausola Iuliani*, cit., p. 26 s.

²¹⁴) La *lex Iunia Velleia*, emanata tra il 26 e il 28 d.C., consentiva di istituire come eredi i discendenti divenuti *sui heredes* dopo la perfezione del testamento; in altre parole rendeva possibile istituire persone nate quando il testatore era in vita, ovviando alla scomodità di rifare il testamento. Alle due categorie di *postumi ex lege Velleia* previste Giuliano ne aggiunge un'altra, quella detta dei *postumi Iuliani*: essi sono da identificare con i nipoti che acquistano la qualifica di *sui heredes* per la morte del loro padre, avvenuta dopo la perfezione del testamento e prima della morte dell'avo testatore. Sull'interpretazione VOGLI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 404 s. e nt. 14 e p. 405: il nome '*postumi Iuliani*' è stato coniato dalla dottrina romanistica. Sulla *lex Iunia Velleia* e la sua applicazione LAMBERTI, *Studi sui*

Unde liberi

Nella *bonorum possessio sine tabulis* la prima classe dei chiamati è quella *unde liberi*: la relativa clausola non è pervenuta, ma è ricostruita da Lenel sulla base dell'*ad Edictum* di Ulpiano e dei *Digesta* di Giuliano²¹⁵. La forma 'unde' accompagnata dal sostantivo indicante la classe dei successibili (*liberi, legitimi, cognati, vir et uxor*), non è ritenuta edittale, ma sarebbe invalsa convenzionalmente nell'uso dei giuristi come forma ellittica utilizzata per abbreviare i riferimenti a queste categorie²¹⁶.

Alla *bonorum possessio unde liberi* sono chiamati in primo luogo i *liberi*, tra i quali sono compresi, insieme ai *sui*, anche i discendenti usciti dalla potestà dell'ereditando: i figli emancipati e i figli dati in adozione e, successivamente, emancipati dal padre adottivo²¹⁷. La condizione è che non facciano parte di un'altra famiglia.

La *bonorum possessio unde liberi*, come anche gli altri tipi di *bonorum possessio*, deve essere chiesta:

«*postumis*», cit., p. 93 ss.

²¹⁵ LENEL, *Das Edictum*, cit., § 156, p. 355: cfr. D. 38.6.1.5 (Ulp. 44 *ad ed.*: 'Recte autem praetor a liberis initium fecit ab intestato successionis, ut, sicuti contra tabulas ipsius defert, ita et ab intestato ipsos vocet'), D. 38.6.4 (Paul. 2 *ad Sab.*: 'Liberi et capite minuti per edictum praetoris ad bonorum possessionem vocantur parentium, nisi si adoptivi fuerint') e coll. 16.7.2 (Ulp. *inst.*: 'Suis praetor solet emancipatos liberos itemque civitate donatos coniungere').

²¹⁶ LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 355, che porta ad esempio D. 38.6.2 (Iul. 27 *dig.*): 'ex illa parte edicti unde legitimi vocantur'; l'opinione è seguita da LONGO, 'Bonorum possessio', cit., p. 1261 nt. 6; cfr. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 10 nt. 2.

²¹⁷ ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 540; sulla configurazione dei *liberi* cfr. LONGO, 'Bonorum possessio', cit., p. 1261 s., LA PIRA, *La successione*, cit., p. 323, e VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 10 s. I passi più rilevanti sono i seguenti: D. 38.6.1.6 (Ulp. 44 *ad ed.*: 'Liberos autem accipere debemus quos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos diximus, tam naturales quam adoptivos. sed adoptivos hactenus admittimus, si fuerint in potestate: ceterum si sui iuris fuerint, ad bonorum possessionem non invitantur, quia adoptionis iura dissoluta sunt emancipatione'), D. 38.6.4 (Paul. 2 *ad Sab.*: 'Liberi et capite minuti per edictum praetoris ad bonorum possessionem vocantur parentium, nisi si adoptivi fuerint: hi enim et liberorum nomen amittunt post emancipationem. Sed si naturales emancipati et adoptati iterum emancipati sint, habent ius naturale liberorum'), *Inst. inst.* 3.1.9 ('Emancipati ... praetor naturali aequitate motus dat eis bonorum possessionem unde liberi, perinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent, sive soli sint sive cum suis heredibus concurrant. Itaque duobus liberis extantibus, emancipato et qui mortis tempore in potestate fuerit, sane quidem is qui in potestate fuerit solus iure civili heres est, id est solus suus heres est: sed cum emancipatus beneficio praetoris in partem admittitur, evenit ut suus heres pro parte heres fiat'), e *Inst. inst.* 3.1.11 ('Emancipati autem liberi iure civili nihil iuris habent: neque enim sui heredes sunt, quia in potestate esse desiderant parentis, neque alio ullo iure per legem duodecim tabularum vocantur. Sed praetor naturali aequitate motus dat eis bonorum possessionem unde liberi, perinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent, sive soli sint sive cum suis heredibus concurrant').

D. 38.6.2 (Iul. 27 *dig.*, Lenel n. 407): Emancipatus praeteritus si contra tabulas bonorum possessionem non acceperit et scripti heredes adierint hereditatem, sua culpa amittit paternam hereditatem: nam quamvis secundum tabulas bonorum possessio petita non fuerit, non tamen eum praetor tuetur, ut bonorum possessionem accipiat unde liberi.

Se l'emancipato praeterito non ha chiesto la *bonorum possessio contra tabulas* e gli eredi scritti hanno ottenuto l'eredità, perde l'eredità paterna per sua colpa: senza la richiesta della *bonorum possessio contra tabulas* il testamento rimane efficace e l'eredità spetta agli eredi in esso istituiti. Il pretore non lo può proteggere nei confronti della *bonorum possessio unde liberi*²¹⁸. Il riferimento evidente è alla regola che prevede per chi ha titolo di chiedere la *bonorum possessio contra tabulas* e se non la ottiene, di chiedere successivamente quella *secundum tabulas* e, infine, la *unde liberi*; ma in questo caso la regola non è applicabile²¹⁹.

Anche il nascituro figlio dell'emancipato è ammesso alla *bonorum possessio unde liberi*:

D. 37.9.1.11 (Ulp. 41 *ad ed.*, Lenel n. 408): Etiam ex emancipato venter ad possessionem admittitur. Unde apud Iulianum libro vicensimo septimo digestorum quaeritur, si emancipatus quis sit uxore iam praegnate, deinde decessisset et pater eius mortuus sit, an venter in possessionem emancipati patris mitti possit. Et rectissime scripsit rationem non esse, cur venter, quem edictum admittit, repelli debeat: est enim aequissimum partui consuli, qui natus bonorum possessionem accepturus est. Sed et si avus viveret, similiter ventrem admittemus²²⁰.

Se il figlio emancipato muore mentre la moglie è incinta e anche suo padre è morto si domanda se il *venter* è ammesso alla *bonorum possessio unde liberi*. La protezione degli interessi del nascituro è un problema di *aequitas*. Si ammette anche nel caso che l'avo sia ancora vivo, sulla base di quanto Giuliano '*rectissime scripsit*'.

Anche nella *bonorum possessio unde liberi* vige il principio della spettanza ad una sola stirpe e si applica la *coniunctio*²²¹.

²¹⁸ Cfr. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 655 nt. 36, e KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 708 nt. 17.

²¹⁹ LONGO, '*Bonorum possessio*', cit., p. 1227. La regola si trova nel passo seguente: D. 38.9.1.11 (Ulp. 49 *ad ed.*): '*... item hoc dici poterit et in secundum tabulas bonorum possessione, ut, si secundum tabulas non petierit bonorum possessionem is qui potuit et ab intestato succedere, ipse sibi succedat*'.

²²⁰ Cfr. *supra*, nt. 208, D. 37.9.1.13.

²²¹ Si vedano ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 540, LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., p. 259 ss., e VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 11 ss.

De successorio edicto

Il titolo ‘*de successorio edicto*’ corrisponde alla rubrica edittale ‘*quis ordo in possessionibus servetur*’²²². Il momento in cui si è formato è ignoto; esso è posto dopo l’esposizione delle classi di successibili. Le parole dell’Editto sono riportate pressoché letteralmente in un passo di Ulpiano²²³:

D. 38.9.1.10 (Ulp. 49 *ad ed.*): Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit aut in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit.

L’*Edictum successorium*, oltre a prevedere l’ordine dei successori, prescrive la durata della delazione della *bonorum possessio*: se il primo delato non accetta, oppure non accetta entro i termini fissati, scatta la delazione in favore del successivo. Si ammette la devoluzione da grado a grado (*successio graduum*) e da classe a classe (*successio ordinum*)²²⁴.

Un passo dei *Digesta* di Giuliano tratta dei termini temporali entro cui deve essere inoltrata la *petitio bonorum possessionis*; trascorso tale termine la *bonorum possessio* deve essere deferita al grado ulteriore:

D. 38.15.4.1 (Iul. 28 *dig.*, Lenel n. 416): Filius non solum si tamquam filius, sed et si tamquam adgnatus vel tamquam cognatus ad bonorum possessionem vocatur, annum spatium habet: sicuti pater, qui filium manumisisset, quamvis ut manumissor bonorum possessionem accipiat, tamen ad bonorum possessionem accipiendam annum spatium habet.

²²²) LENEL, *Das Edictum*, cit., § 165, p. 361; nel Digesto si trovano, in realtà, ambedue i titoli: 38.9 e 38.16: Lenel li adopera alternativamente (*Das Edictum*, cit., p. 43 e p. 361 nt. 1). LONGO, ‘*Bonorum possessio*’, cit., p. 1225, nt. 6, attribuisce l’inserimento del titolo ‘*de successorio edicto*’ al periodo postadrianeo e ritiene che l’altro titolo si usava in precedenza. Per la collocazione del titolo nei *Digesta* di Salvio Giuliano, cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit., I, c. 391.

²²³) Cfr. anche i paragrafi precedenti e seguenti (D. 38.9.1.pr.-16); si veda *Iust. inst.* 3.9.9: ‘*Cum igitur plures species successionum praetor introduxisset easque per ordinem disposuisset et in unaquaque specie successionis saepe plures extent dispari gradu personae: ne actiones creditorum differrentur, sed haberent quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur et eo modo sibi consulere, ideo petendae bonorum possessioni certum tempus praefinivit. Liberis itaque et parentibus tam naturalibus quam adoptivis in petenda bonorum possessione anni spatium, ceteris centum dierum dedit. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, eiusdem gradus personis adcrevit: vel si nemo ex eo sit, deinceps ceteris proinde bonorum possessionem ex successorio edicto pollicetur ac si is qui praecedebat ex eo numero non esset*’.

²²⁴) D. 38.15.1pr.-1 (Mod. 6 *pand.*): ‘*Intestati hi gradus vocantur: primum sui heredes, secundo legitimi, tertio proximi cognati, deinde vir et uxor. 1. Sive tabulae testamenti non exstent, sive exstent, si secundum eas vel contra eas bonorum possessionem nemo accepit, intestati detur bonorum possessio*’.

Il termine è di cento giorni, ma si dilata ad un anno nel caso in cui il richiedente sia un *filius* oppure il *pater* del figlio emancipato²²⁵. Rispetto al figlio si specifica che gode di questo spazio temporale ampio ai fini della *petitio* sia se si trova in veste di *filius*, sia di *agnatus* e *cognatus*. Nelle fonti successive si trova al posto di '*pater*' il termine '*parentes*', con cui si fa riferimento ai genitori²²⁶.

I termini temporali influiscono anche sulle azioni processuali, come documenta il passo che segue:

D. 44.7.15 (Iul. 4 *dig.*, Lenel n. 58): Qui cum herede egit, exceptione summotus est hac: 'si non in ea causa tabulae testamenti sint, ut contra eas emancipato bonorum possessio dari possit'. Emancipato omittente bonorum possessionem non inique postulabit creditor restitui sibi actionem adversus scriptum heredem: nam quamdiu bonorum possessio contra tabulas filio dari potest, heres quodammodo debitor non est²²⁷.

L'erede testamentario paralizza tramite un'eccezione l'azione da parte di un creditore delle cose ereditarie. L'*exceptio* ha il seguente contenuto: '*si non in ea causa tabulae testamenti sint, ut contra eas emancipato bonorum possessio dari possit*'. Trascorsi i termini per la richiesta della *bonorum possessio*, che non è avvenuta, al creditore deve essere restituita l'azione²²⁸. Fino a quando sussiste l'eventualità di una *bonorum possessio contra tabulas* l'erede non è debitore.

4. Un riepilogo

Il riconoscimento dei diritti ereditari dei figli emancipati non trova spazio nelle fonti del I secolo a.C. Il cambiamento coincide con l'inserimento nell'Editto del pretore della *bonorum possessio contra tabulas* e la sua applicazione ai *liberi*, tra i quali spiccano i figli emancipati.

²²⁵ Sul termine, cfr. VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 314 s.

²²⁶ *Iust. inst.* .3.9.9: '*Liberis itaque et parentibus tam naturalibus quam adoptivis in petenda bonorum possessione anni spatium, ceteris centum dierum dedit*'; cfr. *ep. Ulp.* 28.10 e D. 38.9.1.12 ss. (*Ulp.* 49 *ad ed.*). Il mutamento del termine forse presuppone l'introduzione del Sc. Tertulliano, che ammette la madre tra i *cognati* nella *bonorum possessio ab intestato*.

²²⁷ Il testo è riportato anche da Ulpiano in D. 44.2.2 (*Ulp.* 13 *ad ed.*): '*Qui cum herede eius egit, qui filium praeterierat, et exceptione summotus est 'ac si non in ea causa sint tabulae testamenti, ut contra eas bonorum possessio dari possit': omittente emancipato filio bonorum possessionem non inique restituetur, ut agat cum herede: et ita Iulianus libro quarto digestorum scripsit*'.

²²⁸ Cfr. LONGO, '*Bonorum possessio*', cit., p. 1243 e nt. 3, e DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., p. 43; per K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidend den Konstitutionen*, Köln-Graz, 1966, p. 302, si tratta di una '*exceptio ne praedictum hereditati fiat*'.

Nell'ampia casistica sopra esaminata risulta evidente come sia proprio la *bonorum possessio contra tabulas* richiesta dai figli emancipati a suscitare problemi e a suggerire soluzioni interpretative. La posizione preferenziale dei figli legittimi emancipati emerge con evidenza²²⁹. L'imponente mole di lavoro casistico compiuta da Salvio Giuliano suggerisce anche che il fenomeno dell'emancipazione dei figli era diventato molto diffuso: dai casi esaminati si nota come nell'ambito familiare perlomeno un figlio venisse emancipato dal *pater familias* e talvolta venissero emancipati anche uno o più nipoti.

E' stata da tempo sottolineata la frequenza di interventi sullo *status familiae* dei sottoposti da parte del titolare della *patria potestas* che, tramite adozioni, emancipazioni, o anche arrogazioni, trasformava l'assetto della sua famiglia a seconda delle sue necessità²³⁰. La conservazione del patrimonio familiare, oppure il suo incremento erano certamente gli scopi principali da raggiungere. Dal punto di vista delle emancipazioni dei figli, l'obiettivo era quello di offrire la possibilità che essi avessero un proprio patrimonio da gestire autonomamente, con piena capacità di compiere atti giuridici a nome proprio.

I mutamenti sociali ed economici che incrementano le emancipazioni spingono verso la tutela delle aspirazioni ereditarie dei figli emancipati. I principii suggeriti dall'*aequitas* sorreggono la struttura giuridica di questo profondo cambiamento dell'assetto successorio, che passa attraverso l'Editto del pretore, ma la cui costruzione vede come artefici i giuristi, a partire da Labeone. E' una creazione casistica: le clausole edittali, quando si sono conservate, sono scarse ed essenziali.

Questo diritto pretorio, pur innovando, mostra di rispettare il diritto civile sia nelle aspettative dei *sui heredes* che degli ascendenti e discendenti (quote ereditarie riservate; ammissione alla *bonorum possessio contra tabulas* con la *commissio per alium edicti*; collazione dei beni dell'emancipato; i legati disposti nel testamento garantiti a *liberi e parentes*).

Una delle innovazioni più rilevanti è la protezione degli interessi ereditari dei figli degli emancipati, sia nel caso in cui siano rimasti in potestà dell'avo, sia nel caso in cui siano sotto la potestà del padre: la quota ereditaria viene condivisa con i figli, così come la *collatio* dei beni; per gli uni e per gli altri è ammessa la *successio in locum*.

Prevale la filiazione naturale contro la rigidità della concezione della *patria potestas* e della famiglia agnaticia; nel contempo si rispetta la linearità

²²⁹) VACCA, *In tema di bonorum possessio*, cit., p. 169.

²³⁰) VOLTERRA, *La nozione dell'adoptio*, cit., p. 134 ss.; le sue tesi sono riprese da VACCA, *In tema di bonorum possessio*, cit., p. 166, 187 e 193.

della stirpe, di origine civilistica, nell'allargata nozione dei *liberi*. Le «nuove» famiglie vengono protette dal diritto ereditario pretorio²³¹.

²³¹) MORIAUD, *De la simple famille*, cit., p. 6 s. e *passim*, definisce questo tipo di famiglia «simple famille paternelle», contrapponendola alla famiglia agnaticia.