

JAN VÁŽNÝ  
PROF. DELLA UNIVERSITÀ DI BRNO

*J. Nežpřemice*  
*p. prof. J. Kalla*  
*svědčí věrně*  
*ant*

LA SOSTITUZIONE PUPILLARE  
NELLA  
GIURISPRUDENZA CLASSICA

14-C-334

ESTRATTO DA

B. I. D. R. "VITTORIO SCIALOJA,"

Vol. V Nuova serie — XLVI della Collezione

Inv. čis.: 398

Signa: 299

SEMINÁRNÍ  
Hist.-práv.



KNIHOVNA  
oddělení

MILANO  
DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE  
1939-XVIII

## III.

LA SOSTITUZIONE PUPILLARE  
NELLA GIURISPRUDENZA CLASSICA

DEL

Prof. JAN VÁŽNÝ  
della Università di Brno

La sostituzione pupillare è certamente uno dei più originali istituti del nazionale diritto quiritario. Connessa strettamente alla famosa *patria potestas* romana, e creata già dagli antichi, «mores», essa non ha perduta la sua specifica impronta quiritaria nell'ulteriore sviluppo del diritto romano, allorché la giurisprudenza cominciò a elaborarne gli schemi nell'ambito di un diritto ereditario considerato da un punto di vista meramente patrimoniale, avendola posta accanto alla sostituzione volgare. Certamente la elaborazione del nostro istituto quale caso speciale della sostituzione ereditaria doveva incontrare notevoli difficoltà. Infatti l'istituto, così come si venne in seguito sviluppando nell'ambito di un diritto ereditario a carattere patrimoniale, veniva a contraddire ai dommi principali del diritto ereditario romano. Esso non era, nell'insieme delle sue disposizioni, nemmeno concepibile come mera eccezione di questi dommi — come invece avvenne molto semplicemente per tutte le disposizioni riguardanti il testamento militare — in quanto esso conteneva anche delle contraddizioni interne. Infatti, ammesso che la sostituzione pupillare sia un'eccezionale negazione del domma *semel heres, semper heres*, ammesso che in base a quest'eccezione il padre di famiglia possa nominare a suo figlio-erede un erede di secondo grado, anche per il caso che il pupillo diventi erede, come spiegare poi che il padre di famiglia possa nominar tale sostituto al figlio, anche diseredandolo, nominando un erede estraneo? Per spiegar tanta complicazione nel nostro istituto, la risposta che ci dà la moderna scienza romanistica, e del resto, almeno in parte, già la scienza pandettistica, è questa: le con-

tradizioni, le complicazioni di struttura si spiegano storicamente, come tracce del concetto originario arcaico.

La questione, quale fu il concetto originario del nostro istituto nel diritto arcaico, appartiene allo studio di problemi d'origine del diritto ereditario romano, e non può esser risolta che in via di ipotesi. Certamente la struttura della sostituzione pupillare, tanto ricca di elementi arcaici, è una delle materie più adatte allo studio storico del concetto originario e il metodo organico delle indagini deve condurre a risultati solidi. La più importante monografia moderna, ricca di problemi e scritta con persuasiva forza dialettica, è quella di Giorgio La Pira (1). Non è mio intento qui di criticare direttamente la dottrina del La Pira circa il concetto originario del nostro istituto, aderente alle indagini del Bonfante (2). In questo studio voglio infatti esaminare dommaticamente il concetto storico del nostro istituto fissato dalla giurisprudenza romana, e analizzare la casuistica e le dottrine in questa materia. Allora il mio campo d'indagini sarà in parte comune a quello che si è prescelto il Wolff (3) nel suo sottile e ben ponderato lavoro. Si tratterà di costruire il concetto dommatico classico della sostituzione pupillare, quale si desume dai dati storicamente sicuri e di confrontare i testi per trarne gli elementi dello sviluppo dottrinale. Vedremo inoltre se nei testi possano scorgersi residui di più antiche vedute, precedenti le concezioni classiche, come fu affermato già dal Windscheid e altri pandettisti e ancor più dai romanisti moderni, ovvero se la portata giuridica dei testi è altra, trattandosi forse di nuove costruzioni dei classici e non già di residui del regime antico. Sotto questo profilo il nuovo studio della sostituzione pupillare può essere utile anche per lo studio storico dei problemi di origine, in quanto si vedrà meglio quale parte del materiale testuale possa esser utilizzato per lo studio del concetto originario. E così avrò anche occasione di occuparmi almeno indirettamente della acuta monografia del La Pira.

1. Anzitutto bisogna avere una chiara idea del posto che la sostituzione pupillare praticamente occupa accanto alla sostituzione volgare. Se ci teniamo a Gaio (2.179 segg.), noi possiamo esprimere

(1) *La sostituzione pupillare* in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, III, 273 segg..

(2) *Istituzioni di diritto romano*, 589 segg..

(3) *Die Pupilarsubstitution* in *Studi in onore di S. Riccobono*, III, 437 segg..

il fenomeno della sostituzione pupillare, o meglio, la sua funzione pratica di fronte alla sostituzione volgare in queste parole: il testatore nomina al figlio, suo erede, un altro erede per il caso che quello, diventato erede, muoia prima di raggiungere la pubertà. Intanto lasciamo da parte i limiti della sostituzione pupillare (che può essere ordinata solo dal *paterfamilias* e non può essere estesa *post quartum decimum annum aetatis*) e le sue anomalie (cioè che possa esser fatta anche al figlio diseredato). E allora possiamo formulare la funzione pratica della s. p. così: il testatore può nominare a suo figlio un sostituto pure per il caso che l'istituito divenga erede. Su questo non può esservi dubbio, che Gaio parla in proposito chiaramente: *liberis nostris impuberibus, quos in potestate habemus, non solum ita, ut supra diximus, substituere possumus... sed eo amplius ut, etiamsi heredes nobis extiterint...*

E allora si pone la questione: questo è il concetto giuridico della s. p., ovvero solamente la sua funzione pratica? Se questo è il concetto giuridico, allora bisogna constatare che si tratta d'un concetto molto infelice, pieno di contraddizioni (eseredazione del figlio, ecc.), le quali, seppure vengono spiegate nella scienza come residui storici, restano sempre dal punto di vista dommatico innegabili contraddizioni. Invece io sono persuaso che la formulazione del fenomeno della s. p. così come è stata fissata da noi e presentata da Gaio non sia definizione del concetto giuridico, bensì descrizione della sua destinazione pratica.

2. Poche parole su questa funzione pratica della s. p. Il testatore può nominare a se stesso due gradi di eredi, il figlio come erede di primo grado e un'altra persona come erede di secondo grado, sotto condizione che il figlio muoia impubere. E per ottenere questo scopo, adopera la formula: *filius meus heres mihi esto, si heres erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres mihi esto* (confr. fr. 1, 1 h. t.). Lo scopo voluto dal testatore sarà però raggiunto con una modificazione, che cioè, avveratasi la condizione posta all'istituzione del secondo erede, vale a dire morto il figlio prima di raggiungere la pubertà, il secondo erede acquisterà non solamente i beni del testatore, ma anche i beni acquistati dal pupillo dopo la morte del padre.

3. Occupiamoci di questa modificazione. E con ciò entriamo nell'analisi del concetto giuridico. Questa disposizione circa il con-

tenuto dell'acquisto patrimoniale del sostituto pupillare rappresenta una anomalia del concetto giuridico? Niente affatto. Si può dire che il sostituto pupillare acquista direttamente « *necessitate iuris* » non solo i beni paterni, ma anche i beni del pupillo, acquistati dopo la morte del padre. Si tratta di una necessità giuridica inderogabile, che non ammette la menoma eccezione. Per meglio illustrare l'idea può servire il paragone colla *institutio heredis ex re certa*: come l'erede, istituito *ex re certa*, acquista necessariamente tutto il patrimonio del defunto, così il sostituto pupillare acquista tutto il patrimonio del pupillo, anche se fosse stato istituito colle parole « *mihi heres esto* ». Anzi la parola « *mihi* » è evidentemente falsa, chè non coincide col risultato che si raggiunge adoperando la formula: il chiamato non subentra quale secondo erede nell'eredità del testatore, bensì nel patrimonio del figlio, ivi compresa l'eredità del testatore. Si capisce che questo vizio verbale non è tale da render la disposizione invalida, ma l'inesattezza vi è e bisogna cancellare la parola « *mihi* ». In altre parole, è solo in base ad una benigna interpretazione che la sostituzione pupillare *mihi heres esto* resta efficace. Questo è anche il risultato esegetico dei testi: Giuliano ritiene che la parola *mihi* sia un'aggiunta inutile, da cancellare; Papiniano interpreta la formula della s. p. come valida per l'analogia colla *heredis institutio ex re certa* (D. 37, 11, 8, 1; fr. 41, 8 h. t.).

4. Il concetto giuridico-dommatico della s. p. non consiste dunque nella nomina d'un secondo erede al testatore, fatta sotto la condizione che il figlio, primo erede, muoia impubere. Questa è solo la funzione pratica dell'istituto, sotto l'influenza della quale la vita pratica generò la formula *mihi heres esto* e simili. Visto che lo scopo pratico, espresso con la formula menzionata, si ottiene soltanto indirettamente, quale conseguenza implicita nell'effetto proprio della s. p., che è l'acquisto del patrimonio del pupillo, si giunge necessariamente già da questa analisi al seguente concetto dommatico della s. p.: nomina d'un erede al figlio sotto la condizione che questi muoia impubere, fatta dal *paterfamilias* nel testamento. A questo concetto corrisponde la formula esatta *filius impuberi heres esto* ed altre sue varianti, esprimenti che il sostituto deve diventar erede al figlio impubere.

Avendo fissato questo concetto giuridico della s. p., non pretendo di aver detto una cosa del tutto nuova. Perchè tale concetto

dommatico della s. p. è riconosciuto nella scienza romanistica già *ab antiquo*. Solo con questo: che nella scienza (4) il concetto si valuta quasi generalmente come un concetto dommaticamente imperfetto, pieno di contraddizioni. Infatti già dai pandettisti si è osservato che il concetto nelle singole applicazioni non apparrebbe mantenuto e che la s. p. sarebbe nei singoli casi dominata da un'altra idea. Così il Windscheid (5), prendendo le mosse dal concetto della s. p. quale nomina di un erede al *filiusfamilias*, rileva che nelle fonti ci sono tracce di un'altra corrente, nella quale la s. p. appare quale nomina di un erede allo stesso *paterfamilias*. E il Vangerow (6), giunge sino a dire che, considerata la s. p. nelle singole applicazioni, si debba quasi rinunciare a definirla in modo preciso: mentre una definizione precisa quale nomina di un erede al *filiusfamilias* si potrebbe dare solo eliminando gli elementi contraddittori, come elementi antiquati di un'epoca precedente al diritto classico, di una epoca originaria. Nella stessa direzione vanno i romanisti d'indirizzo storico più avanzato. Il Girard (7) osserva che l'istituto della s. p. nella sua evoluzione quale nomina di un erede al *filiusfamilias* presenta numerose discordanze, le quali mostrerebbero che l'istituto avrebbe raggiunta quella portata a poco a poco per lavoro di interpretazione. Ancor più avanti va il Perozzi (8) per cui la s. p. manca persino di struttura logica. Il La Pira (9) formula lo stato delle fonti riguardo al concetto della s. p. così: l'istituto ci si presenta sotto un duplice profilo, come nomina di un erede a se stesso e come nomina di un erede al pupillo impubere. In simile direzione

(4) V. COSTA, *Sulla sostituzione pupillare in B.I.R.D.*, 6, 248 segg..

(5) *Pandekten*, III, § 558o.

(6) *Pandekten*, II, § 453 a. È istruttivo leggere l'insegnamento del celebre pandettista. « Es ist unleugbar, dass dann, wenn man in dem Pupillarsubstituten nur einen Erben des Pupillen sieht, ein nur irgend präziser Begriff von Substitution im Allgemeinen gar nicht aufgestellt werden kann, und man es eben darum wahrhaft räthselhaft finden muss, dass doch die römischen Juristen nicht nur ein gemeinschaftliches Wort für zwei so heterogene Verhältnisse gebraucht, sondern dieselben auch stets in unmittelbarem Zusammenhang, und als ganz zusammen gehörig behandelt haben. Alles auffallende verschwindet aber, und nicht nur das gemeinschaftliche Wort, sondern auch die zusammenfassende Darstellung erklären sich vollständig, wenn man in der Pupillarsubstitution ihrer ursprünglichen Idee nur eine modifizierte Vulgarsubstitution anerkennt ».

(7) *Droit romain*, 877.

(8) *Istituzioni di diritto romano*, II, 563.

(9) *Op. cit.*, 274.

va anche il Di Marzo (10). Il Wolff asserisce: il sostituto è nello stesso tempo successore e del padre e del pupillo (11).

Ora tutti gli autori citati, ed insieme a loro pure altri romanisti numerosissimi, spiegano tanta complicazione, tanta illogicità del concetto della s. p. quale nomina del successore al *filiusfamilias* in un modo uniforme: nell'origine la s. p. era nomina di un erede fatta dal *paterfamilias* a se medesimo; solo in un'epoca più recente assunse a poco a poco il nuovo aspetto di nomina di un erede al *filiusfamilias* (12). È veramente da meravigliare la concordia con cui affrontano, anzi direttamente decidono il nostro problema dommatico-storico tanti insigni romanisti non solo dell'epoca recente, ma pure del tempo della pandettistica.

Io non ho il proposito di studiare direttamente l'origine della s. p. Mi interessa il concetto classico dommatico dell'istituto e i singoli elementi della sua struttura. Pertanto mi pongo la questione: ci sono veramente contraddizioni interne nella struttura della s. p.? E se ci sono, esse si spiegano solo storicamente, ovvero anche dommaticamente?

5. Ed ecco la prima anomalia, che si presenta confrontando il concetto giuridico della s. p. con le varie formule usate nel periodo classico per questa disposizione. Nelle fonti troviamo accanto alle formule, corrispondenti al concetto giuridico *filius impuberi heres esto*, anche altre, che non corrispondono a questo concetto. Le fonti ci presentano due specie di tali formule irregolari.

Anzi tutto la formula *mihi heres esto*. Questa formula non solo si trova nei due testi già citati, dove viene criticata da Giuliano e da Papiniano e mantenuta solo per una benigna interpretazione, ma specialmente nel testo fondamentale di Modestino (fr. 1, 1 D. h. t.), dove viene semplicemente citata come modello senza alcuna nota.

Dommaticamente la cosa è chiara, se si prende a base il concetto della s. p. quale nomina di un erede al *filiusfamilias*: interpretando la formula si cancella la parola *mihi*. L'effetto, al quale

(10) *Istituzioni di diritto romano*, 441.

(11) *Op. cit.*, 438 segg.

(12) Il WOLFF modifica quest'opinione: « Der Substitut ist zugleich Erbe des Vaters und des Pupillen: Die erste dieser Vorstellungen beherrscht das älteste und sicher weit zurückreichende Substitutionsformular... Die Auffassung des Substituten als Erben des Pupillen ist gleichfalls alt ».

mirano le parole di tale formula, è sotto questo punto di vista giuridicamente impossibile: *iure communi* nessuno può *substituere his qui heredes exstiterunt* (fr. 5 D. 29, 1 a contr.). Per salvare la disposizione, che *heredis institutiones sunt adiuvandae*, bisogna interpretarla, come se fosse fatta colle parole esatte *filio impuberi heres esto*.

Allora si domanda: come si spiega l'esistenza della formula storicamente? Senza dubbio c'è una incongruenza fra la formula e il concetto giuridico, al quale nella vita pratica serviva, sicchè può dedursi che la formula forse serviva in origine ad un istituto più congruo. E veramente già i pandettisti desumono da questa formula il concetto originario della s. p., secondo il quale il *paterfamilias* avrebbe nominato un erede a se medesimo. Già Dernburg<sup>(13)</sup> deduce dalla formula «dass man den Pupillarubstituten ursprünglich als Erben des Vaters betrachtete». Nello stesso ordine di idee, anzi ancor più recisamente, sono i romanisti d'indirizzo storico-critico, come il Bonfante, Perozzi, Girard, Sohm, La Pira<sup>(14)</sup> e altri innumerevoli.

Ora per quel che riguarda la formula della s. p. *mihi heres esto*, mi par certo che nella parola «*mihi*» non si possa vedere il residuo dell'antichissimo e genuino regime del nostro istituto. A questo mi induce il ragionamento di Papiniano nel testo già citato: non è difettosa (tanto da produrre l'invalidità) la formula della s. p. *mihi heres esto* ugualmente come non lo è la formula dell'istituzione *ex fundo heres esto*; in questo caso l'istituito ottiene tutto il patrimonio, nell'altro caso il sostituto ottiene tutto il patrimonio del pupillo. Certamente nessuno vedrà nella formula anomala *ex re certa heres esto* un residuo del concetto primitivo dell'eredità romana, la istituzione *ex re certa* essendo sicuramente come dice il Bonfante<sup>(15)</sup>, tutt'altro che primitiva. Allora nemmeno nella formula anomala della s. p. *mihi heres esto* può vedersi il residuo di un concetto primitivo. Ma questo paragone sarà persuasivo soltanto quando si riuscirà a mostrare quale fosse il *tertium comparationis*, nel confronto fra la formula anomala *ex re certa* e la formula anomala s. p. *mihi heres esto*. Lo era la *funzione pratica*, imputata in ambedue i casi dal testatore a questo e quello istituto giuridico: per il testatore, che scrive *ex fundo heres esto*, l'effetto

(13) *Pandekten*, III § 89.

(14) *Op. cit.*

(15) *Istituzioni di diritto romano*, 580.

pratico della *successio* consiste nel trapasso del fondo, elemento forse principale del suo patrimonio, all'erede; analogamente si può dire che il testatore vede nell'istituzione di suo figlio come erede, congiunta colla sostituzione pupillare, il trapasso del suo patrimonio prima al figlio, poi, sotto condizione, all'altro erede.

Mi pare certo che nella formula *mihi heres esto*, applicata alla sostituzione pupillare, non si può vedere nient'altro che l'espressione della funzione pratica, sentita come implicita nella s. p., specie da persone non use a esprimersi in termini strettamente giuridici. Si comprende agevolmente che il testatore, istituendo suo figlio come erede e sostituendogli un altro per il caso che il figlio, divenuto erede, muoia impubere, ha praticamente in mente il destino del suo patrimonio dopo la propria morte e lo regola per i due casi senza badare che, giuridicamente, solo il primo chiamato è suo erede, mentre il secondo è erede del figlio.

Allora, visto il problema a lume della nostra distinzione fra concetto giuridico e funzione pratica, si giunge al risultato che la citata formula anomala non può essere indice dell'antichissimo concetto; essa è espressione volgare della funzione pratica e sotto questo punto di vista non ci fa meraviglia di vederla usata nella vita pratica anche ai tempi degli ultimi giurisperiti classici.

Ma v'è di più. Si può precisare con molta probabilità l'epoca in cui bisogna collocare l'origine di questa formula anomala di s. p. Mi par certo che l'origine della formula si debba mettere in connessione coll'avvicinamento del nostro istituto alla sostituzione volgare, in specie nella fase di creazione della così detta *substitutio duplex*.

Che i due casi della *substitutio*, la sostituzione volgare e la sostituzione pupillare, siano dal lato giuridico istituti fondamentalmente diversi, non si può dubitare<sup>(16)</sup>. Nel diritto antichissimo la s. p. dovette essere del tutto separata dalla sostituzione volgare. L'avvicinamento sistematico delle due sostituzioni, compiuto per ragioni pratiche dalla giurisprudenza, appartiene certamente a una epoca relativamente recente. Tanto più recente deve quindi essere quell'ulteriore avvicinamento delle due istituzioni, di cui la particolare espressione si ha nella *substitutio duplex*. A mio avviso l'origine della formula anomala di s. p. *mihi heres esto* sta in rapporto

(16) Lo mostreremo ancora più avanti.

con questo avvicinamento. Si comprende agevolmente che il *patrifamilias* istituendo erede il *filiusfamilias* e sostituendogli un altro e per il caso che il *filius* non divenga erede e per il caso che divenga erede ma muoia ancora impubere, vuole regolare coll'insieme delle disposizioni i suoi rapporti patrimoniali dopo la propria morte. Per effettuare questo scopo pratico adopera la formula: *filius heres mihi esto, si heres non erit sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius mihi heres esto*. La parola «*mihi*» è esatta riguardo al primo caso della sostituzione, non più per il secondo caso, ma corrisponde all'intenzione pratica del testatore, che vuole disporre circa il destino del suo patrimonio per i due casi menzionati. Quest'intenzione pratica, che il testatore vuole raggiungere in tutti e due i casi, si vede chiaramente quando egli istituisce eredi i suoi postumi ed aggiunge *quod si mihi liberi nati non erunt aut intra pubertatem decesserint, tunc heredes ex partibus paribus sunt Mucius et Maevius* (D. 40, 5, 56); a me pare che a chi legge questa disposizione quasi manca la parola «*mihi*»<sup>(17)</sup>.

Questa mia spiegazione della parola *mihi* della formula della s. p. è già di per sé assai probabile. Ma diviene prova quasi decisiva quando si consideri che il testo più importante per questa formula anomala, quello di Modestino, fondamentale nella nostra materia, appartiene appunto alla *substitutio duplex* (fr. 1, 1 h. t.). E quando si adduce che già Cicerone citava la formula della s. p. colla parola «*mihi*», si deve prender in considerazione che già per l'appunto Cicerone stesso come oratore sosteneva la stretta connessione della sostituzione pupillare con quella volgare.

6. Ma non era solo la formula *mihi heres esto* ad attirare l'attenzione dei giuristi, in quanto considerata giuridicamente inesatta e ritenuta valida solo per benigna interpretazione. Il testatore poteva esprimere la stessa intenzione pratica circa il suo patrimonio per il due casi menzionati anche con altre parole, e un esempio è citato da Papiniano nel testo già più volte menzionato: *ille filius meus si intra pubertatis annos decesserit, tunc in locum partemve eius Titius heres esto* (fr. 41, 8 h. t.). La sostituzione non è fatta difettosamente, *cum vitio*, dice Papiniano. Si capisce: non è fatta tanto difettosamente da essere invalida, perchè come caso analogo si

(17) Per questo riguardo cfr. il fr. 39, 1 D. h. t.

menziona il caso della *heredis institutio ex re certa*. Però merita attenzione che il giurista parli della formula, che è certamente inesatta, tanto benignamente: *non videri cum vitio factam substitutionem*. Papiniano ha evidentemente in mente la funzione pratica della s. p.

Molto interessante è il confronto del testo di Papiniano con un passo delle Istituzioni di Gaio, che mirabilmente si connette allo stesso ordine di idee adducendo quasi alla lettera le parole che si trovano nella formula citata da Papiniano, con la sola differenza, che Papiniano decide un caso pratico, Gaio invece è nell'ambiente del diritto astratto. Gaio dice: *non possumus post mortem eius qui heres nobis extiterit alium in locum eius heredem instituere* (2, 277).

Ora si domanda: vi è forse una contraddizione fra Gaio e Papiniano, in quanto Gaio nega recisamente che si possa chiamare un secondo erede, affinché subentri «*in locum*» del primo erede dopo la morte di questi, mentre Papiniano invece ammette che sia possibile l'istituzione d'un secondo erede, cioè di un sostituto pupillare, con la formula «*in locum eius Titius heres esto*»? Bisogna rispondere, che non c'è la menoma contraddizione fra l'autore delle Istituzioni e il celebre casuista. Gaio parla da maestro che esplica astrattamente le principali regole dello *strictum ius civile* nel quale è esclusa la sostituzione dell'istituto quando questi sia divenuto erede; e non fa eccezione il caso della sostituzione pupillare, perchè il sostituto pupillare non subentra *in locum instituti*, ma diviene erede del pupillo. Invece Papiniano decide da casuista, che supera il rigore di diritto interpretando benignamente il caso formulato inesattamente<sup>(18)</sup>.

7. Credo che questo basta per la valutazione delle formule anomale della s. p. Di fronte ad esse ci sono nelle fonti in prevalenza altre formule, regolari (non però più recenti, come afferma

(18) Per la giusta cognizione della s. p. ritengo di importanza fondamentale il confronto di due testi, di Gaio e di Papiniano. Nella letteratura i testi citati non sono stati, a quanto io sappia, ancora abbastanza apprezzati. Nello stesso modo, come ho detto sopra, si esplica la locuzione di Modestino *ut pubes frater in portionem coheredis substituat* (l. 4, 2 D. h. t.). Modestino esamina il caso della *substitutio duplex*. La sua locuzione corrisponde alla funzione pratica della s. p., sentita particolarmente nei casi della s. *duplex*, ma non è esatta come non lo è la sua distinzione dei «*tria genera substitutionis*».

il La Pira), che esprimono esattamente la struttura giuridica dell'istituto, cioè chiamata d'una persona all'eredità del figlio impubere: *impuberi filio meo heres esto*. Questa formula con le sue varianti spesso direttamente citata nelle fonti, specie nella generica designazione del sostituto « *quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto* », in altri testi poi almeno presupposta, esprime esattamente il fenomeno giuridico: il sostituto va chiamato a divenir erede al figlio, morto impubere, ed acquista allora, avveratasi la condizione della sua chiamata, il patrimonio del pupillo.

8. Ma avendo analizzate le varie formole della s. p. e fatte, la classificazione, secondo la loro corrispondenza o meno al concetto giuridico, ci troviamo di fronte alla questione: e allora è giustificata la stessa denominazione del nostro istituto come « *substitutio* » *pupillaris* ?

Credo sia opinione comune nella scienza romanistica che la terminologia non sia esatta (19). E molti traggono da ciò un elemento di prova della tesi che nel diritto antichissimo la s. p. era nomina d'un secondo erede allo stesso testatore, e a questi appartiene fra gli altri anche il compianto romanista di Praga L. Heyrovsky, che dedica al problema una nota nel suo sistema storicodomatico del diritto romano (20).

Bastano poche parole per render chiara questa inesattezza di terminologia. La si vede molto bene quando si osserva il caso della s. p. al figlio diseredato: *L. Titius heres esto; filius meus exheres esto; si filius meus impubes decesserit, tunc ei Seius heres esto*. La denominazione di Seio, quale sostituto, è veramente infondata. Ma lasciamo intanto da parte tale caso di s. p. che alcuni riterranno forse caso anomalo, autonomo. La stessa inesattezza terminologica bisogna constatare pure nel caso più regolare della s. p. in cui il padre istituisce erede il figlio e gli sostituisce un altro per il caso della morte del figlio *ante pubertatem*. *Substituere* significa collocare una persona al posto d'un'altra. Ma la s. p. non è — ce ne siamo or ora persuasi — istituzione di un secondo erede « *in locum* » del primo erede, figlio impubere; quest'idea si sentiva solo

(19) Su questo veggasi il VANGEROW, *Pandekten*, II, § 453 e la citazione riprodotta nella nota 4.

(20) HEYROVSKY-SOMMER-VAZNY, *Dějiny a systém soukromého práva římského*, 545. Confr. SOMMER, *Učebnice s. práva římského*, II, 2, 296.

come funzione pratica dell'istituto nella vita, lontano dal mondo di concetti giuridici.

9. Quale dovrebbe essere il regolamento positivo della s. p., se fosse giuridicamente una vera *substitutio*? È questa una questione molto opportuna, perchè il confronto fra il regime positivo della s. p. quale era, con quello quale si aspetterebbe che fosse se derivasse dall'idea della *substitutio*, ci rende possibile di penetrar più profondamente nel regime romano del nostro istituto. E non è necessario che questo regime rispondente al concetto della *substitutio*, sia da noi stabilito mediante costruzioni razionali, perchè esso ci si presenta già elaborato in modo definito nelle fonti, e cioè nella *substitutio* del testamento militare (21).

Ai giurisperiti romani era chiaro che dal punto di vista meramente razionale si possano costruire due gradi di eredi, non solo nella forma della sostituzione volgare, ma anche come sostituzione all'istituto, divenuto erede. E questo punto di vista essi non esitarono a farlo valere in un campo, quale è il testamento militare, basato su principi meramente razionali. Non vincolati dal dogma fondamentale *semel heres semper heres*, hanno ammesso una istituzione dell'erede sotto condizione risolutiva o col termine finale e, procedendo più oltre, hanno ammesso come ulteriore conseguenza, l'istituzione di un secondo erede, subentrante nel posto del primo dopo avverata la condizione o decorso il termine (fr. 15, 4; fr. 5 D 29, 1). Ma ad essi era chiaro che un tale sostituto non potesse acquistare altro che il patrimonio del testatore: *milites etiam his, qui heredes exstiterunt, possunt substituere in his dumtaxat, quae sunt ex testamento eorum consecuti* (Ulpianus, fr. 5 D. 29, 1). E allora in questo testamento si ammette direttamente ciò che Gaio nega in maniera recisa per il testamento comune. Si può cioè nominare un secondo erede « *in locum* » del primo dopo la sua morte. A ciò corrisponde una formula citata da Trifonino: *quoad*

(21) Ritengo importantissimo questo duplice studio del regolamento della s. p. nel diritto comune romano e del regolamento, razionalmente costruito, dell'istituto parallelo nel più progredito *ius extraordinarium*, cioè della sostituzione nel testamento militare. Sotto questo profilo non si è finora studiato il concetto della s. p., almeno con piena consapevolezza del problema. È questa una delle cause dei pregiudizi, che per tanto tempo si sono mantenuti nella valutazione giuridica del concetto della s. p.

*vivit, Titius heres esto, post mortem eius Septicius*; formula pienamente efficace senza il rimedio di una benigna interpretatio<sup>(22)</sup>. È così potrebbe sembrare che in questa vasta forma di sostituzione all'istituto divenuto erede, quasi si sperdesse la speciale sostituzione pupillare. Ma non del tutto. Il milite testatore poteva aver intenzione di effettuare quello che è il senso specifico della sostituzione pupillare, cioè di nominar l'erede al proprio *filiusfamilias*. Allora si servì di questo diritto di *paterfamilias* e nominò l'erede al proprio figlio, non essendo legato in questo caso a varie prescrizioni formali, specie alla norma di nominar prima l'erede a se. Questa idea è nettamente espressa da Ulpiano: *miles tam sibi* (si intende, con possibilità di chiamar anche i sostituti *in locum* degli istituiti) *quam filio* (s'intende il netto caso della s. p.) *iure militari testamentum facere potest* (fr. 15, 5 D. 29, 1). Facendo la propria sostituzione pupillare il milite poteva esprimere la volontà di limitare il sostituto pupillare al proprio patrimonio acquistato dall'istituto, servendosi forse di qualcuna delle formole anomale di s. p., che abbiamo già esaminate; in questo caso il sostituto pupillare acquistava solo il patrimonio del testatore (fr. 10, 5 D. 29, 1).

Si vede così quale dovrebbe essere il regolamento della s. p., se derivasse dall'idea della *substitutio*: si dovrebbe trattare della chiamata del *secondo erede dopo il primo erede*, figlio morto impubere, coll'effetto di *acquistare il patrimonio del testatore*. Invece il regolamento positivo della s. p. è tutt'altro: si tratta della chiamata dell'erede *al figlio*, morto impubere, cosicché il sostituto acquista necessariamente e organicamente *il patrimonio del pupillo*. Queste e altre particolarità della s. p. (ad es., anche la possibilità di compierla nei confronti del figlio diseredato) non sono da valutarsi quali disposizioni anomali<sup>(23)</sup> d'uno speciale caso della *substitutio*, bensì mostrano che si tratta di un istituto autonomo, che solo esteriormente si avvicina alla sostituzione volgare, specie quando si considera la sua funzione pratica. Ed è anche questa funzione pratica dell'istituto, che ci spiega la denominazione «*substitutio*» *pupillaris*, terminologia di per sé giuridicamente inesatta. Spiegata così, questa inesattezza di terminologia, essa non può essere l'indizio dell'antico regime dell'istituto, perchè si connette

(22) Fr. 41 D. 29, 1. Confrontasi a contrario il fr. 41, 8 D. h. t.

(23) Höchst singuläre Sätze, dice il VANGEROW, *op. cit.*

soltanto alla fase del suo avvicinamento alla sostituzione volgare. Insomma essa si spiega colla funzione pratica dell'istituto.

Ci sia permesso di aggiungere ancora una nota a ciò che abbiamo or ora trattato. Allo stesso risultato, a cui siamo giunti confrontando la s. p. colla sostituzione del testamento militare, si giunge ancora, per un'altra via, cioè confrontando la s. p. col fedecommesso *hereditatis*, imposto dal padre al figlio erede, di restituire l'eredità ad un terzo, «*si impubes diem suum obierit*». Tale fedecommesso ci si presenta veramente come una *substitutio* fatta sotto la condizione che il figlio-erede *impubes diem suum obierit*; conseguentemente decide Papiniano che oggetto della restituzione saranno solo i beni paterni, non già *propriae facultates filii* (fr. 41, 3 h. t.). Non è necessario stare a ripetere ciò che risulta da questo confronto per il concetto giuridico della s. p.

10. Occupiamoci adesso dei requisiti della s. p.

La s. p. ci si presenta come un-testamento fatto dal *paterfamilias* al *filiusfamilias*. Allora si richiedono le forme del testamento.

La questione principale, quale si è posta anche ai giureconsulti romani, suona così: può il padre limitarsi a fare il testamento al figlio? La risposta è recisamente negativa: il *paterfamilias* non si può limitare a nominar l'erede al figlio, egli deve prima istituire l'erede a se stesso. Ecco un prezioso indizio, dicono i romanisti moderni, del regime primitivo della s. p.

A me pare che nemmeno questo elemento possa utilizzarsi quale indizio del concetto antico, diverso da quello classico. Il requisito è di carattere piuttosto formale. Lo si sente dal modo d'esprimersi di Modestino: *substituere liberis pater non potest nisi si heredem sibi instituerit: nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet* (fr. 1, 3 h. t.). Come la tutela non si può ordinare che nel testamento, così pure la s. p.; ma il testamento non è valido se non in quanto contiene il nome di un erede del testatore. Allora questo requisito è piuttosto di carattere formale. Lo vediamo pure nel regolamento del testamento militare. Qui la giurisprudenza desiste da questo requisito: *miles et soli filio testamentum facere potest, tametsi sibi non fecerit* (fr. 15, 5 D. 29, 1). Il *paterfamilias miles* ordinando *iure patriae potestatis* la sostituzione pupillare, non è vincolato dalla norma di nominarsi prima l'erede. A me pare chiaro, che questo requisito della s. p. appare ai giuristi come una norma di carattere formale.



II. Dicono poi i giureconsulti che non basta che il *paterfamilias* faccia testamento per sè, ma che bisogna sia *adita quoque patris hereditas* (fr. 2. 1 h. t.). Però questo ulteriore requisito lo interpretano molto liberamente, come si vede nelle singole decisioni.

Se il figlio impubere, a cui è stato sostituito un altro, si sia astenuto dall'immischiarsi nei beni ereditari usando del *beneficium abstinendi*, non ne deriva nessun ostacolo all'acquisto dell'eredità del figlio da parte del sostituto pupillare. Ora è certo che in tal caso il testamento del padre ha avuto efficacia solo formalmente, perchè il figlio erede non acquistò che un *nudum nomen heredis* (24). Il fatto che in tale caso il sostituto pupillare rispondesse ai creditori paterni, è poi una questione che non riguarda questo aspetto del problema e di cui ci occuperemo in seguito.

Se il padre abbia diseredato il figlio impubere e gli abbia sostituito un altro, nominando questi al tempo stesso proprio erede, questi può direttamente ripudiare l'eredità che gli spetta per la sua istituzione diretta, senza pregiudizio per la futura eventuale adizione dell'eredità del figlio in base alla sostituzione, se c'è un altro modo di adizione dell'eredità paterna, ad es., da parte del suo sostituto volgare o da parte del suo coerede. Questo si desume *argumento a contrario* dal testo di Ulpiano (fr. 10, 4 D. h. t.), e nello stesso modo la ragione della decisione: *valet filii testamentum, si patris fuerit adita hereditas*.

Dunque il sostituto pupillare, nominato pure erede del padre, non deve necessariamente adire l'eredità del padre per poter acquistare dalla sostituzione, se vi è un altro modo di adizione dell'eredità paterna. I giuristi (fr. 8 pr. D. h. t.) distinguono in questo riguardo: o l'istituito è chiamato alla sostituzione sotto la condizione *si heres mihi erit*, allora deve adempire questa condizione, se vuole acquistare dalla sostituzione pupillare: ovvero la sostituzione non è legata a questa condizione, nè espressamente, nè implicitamente, e allora vale per l'acquisto dalla sostituzione ciò, che abbiamo testè indicato.

12. Assodato che la s. p. è chiamata dell'erede al figlio di famiglia, assodato che questa disposizione *mortis causa* non si può fare altro che nel testamento, e che allora fra i suoi requisiti vi è l'istituzione dell'erede del padre, entriamo nell'esame delle rela-

zioni che corrono fra il *testamentum filii* e *testamentum patris*. Occupiamoci anzi tutto delle relazioni formali. Già *a priori* possiamo concludere, valutando le norme circa l'*ordo scripturae* fra l'istituzione dell'erede e fra l'ordinazione di legati e altre disposizioni a causa di morte, che il testamento del padre debba precedere quello del figlio. E questo decidono pure i giuristi, conforme ai rescritti imperiali: *prius autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere et non convertere ordinem scripturae: et hoc Iulianus putat... ceterum si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere. Quae sententia rescripto imperatoris nostri ad Virium Lupum Britanniae praesidem comprobata est* (Ulpianus, fr. 2, 4 D. h. t.). Ma il testo continua (§ 5) così da annullare quasi ciò che fu testè detto in modo così fermo: *sed si quis ita fuerit testatus « si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Seius heres esto », deinde « filius heres esto », valet substitutio, licet conversa scriptura filii testamentum fecerit*. A me pare che questa decisione sia interpolata; l'interpolazione si fa evidente non solo per il criterio logico-giuridico (25) (si enuncia il principio per poi subito quasi annientarlo), ma pure per il criterio legislativo (26) (è appunto Giustiniano che ha tolto il requisito dell'ordine della scrittura circa l'*heredis institutio*, motivandolo *quia incivile putavimus esse ordinem quidem scripturae sequi, sperni autem testatoris voluntatem*. § 24 Inst. 2,20). Questo modo d'intendere il testo, che fin oggi non è stato sospettato di rimaneggiamento, mi pare preferibile all'interpretazione della Glossa, la quale vuole superare le difficoltà limitando il principio circa l'*ordo scripturae* al caso della diseredazione del figlio. E il testo continua, approvando il seguente ordine delle disposizioni: *si filius mihi heres non erit, Seius heres esto: filius heres esto*. L'irregolarità sta in ciò che il sostituto volgare è chiamato prima dell'istituito. È assai probabile che già nel diritto classico tale irregolarità non producesse invalidità, nemmeno pel caso che il figlio *extiterit heres et intra pubertatem defunctus est*, perchè la sostituzione pupillare, che certamente non può essere ordinata che dopo l'istituzione dell'erede del padre, non è stata ordinata espressamente e si riguarda solo implicitamente contenuta in quella volgare; solo le ultime parole, disprezzanti il requi-

(25) BONFANTE, *Histoire du droit romain*, v. II, 160, segg.

(26) BONFANTE, *ibidem*, 161 segg. Cfr. RICCOBONO, *Savigny Zeitschrift*, 23, 380 segg.

(24) Cfr. BONFANTE, *Istituzioni*, 547 segg.

sito dell'*ordo scripturae* (27) nella sostituzione pupillare. « *ut non ordo scripturae, sed ordo successionis spectetur* », mi sembrano sospette d'interpolazione.

Dunque, secondo l'insegnamento dei giuristi e le decisioni imperiali, il testamento del padre deve precedere quello del figlio. Quando questi due testamenti sono contenuti nello stesso documento di ultima volontà, allora si richiede un *ordo scripturae* nel senso che la scrittura dell'istituzione deve precedere la scrittura della sostituzione pupillare. Quando invece i due testamenti siano formulati in due documenti indipendenti, oggetti di due atti indipendenti di ultima volontà — e la giurisprudenza ammise che si potessero fare i due testamenti ognuno con atto indipendente, anzi anche in forma differente, il *testamentum patris* per iscritto e il testamento del figlio oralmente o viceversa (28) — allora il testamento del padre deve precedere quello del figlio. E si domanda rispetto a questo caso: sono necessarie tutte le forme testamentarie per ambedue i testamenti, non solo per il testamento del padre, ma pure per il testamento del figlio? Dal punto di vista del diritto civile la risposta non può essere che positiva. Nelle fonti si ventila più volte (fr. 20, 1. h. t.; fr. 8, 4 D. 37, 11), accordandogli pieno effetto, il caso che il testatore abbia fatto due testamenti indipendenti, uno a sè, l'altro al figlio impubere, il primo *scripturam*, il secondo *per nuncupationem* o viceversa. È chiarissimo che ognuno di questi atti, per avere efficacia giuridica, debba rispondere a tutti i requisiti esterni ed interni di ultima volontà, specie ai requisiti della forma, tanto più che si debbono apprezzare « *separatim* ». Ma è alquanto strano che nelle fonti si ammetta una facilitazione riguardo alle forme del diritto pretorio. Ulpiano pronunzia, sotto l'autorità di Marcello, la regola: *sufficiat tabulas esse patris signatas, etsi resignatae sint filii, et septem signa patris sufficiunt* (fr. 20, pr. D. h. t.). La facilitazione nella forma prescritta dal diritto pretorio, si comprende bene nel caso che si siano fatte *tabulae duplices* mediante un unico atto di ultima volontà: a rigore sarebbero stati necessari quattordici suggelli, sette per il testamento del padre, sette per il testamento del figlio; invece bastano sette suggelli, si capisce, *patris signa*. E allora, se

(27) Circa l'atteggiamento dei compilatori rispetto alle forme civili cfr. RICCOBONO, *Savigny Zeitschrift*, 43, 379 segg.; *Corso di diritto romano*, 515 segg.

(28) Fr. 20 D. h. t.; fr. 8, 4 D. 37, 11.

basta che siano suggellate la *tabulae patris* con sette suggelli, si ammettono le *tabulae filii*, anche se siano *resignatae*, cioè aperte. Così si comprende la facilitazione della forma pretoria nelle *tabulae duplices*, erette mediante lo stesso atto di ultima volontà. Molto più difficilmente si comprende la facilitazione di forma nei casi, in cui il *testamentum patris* e il *testamentum filii* siano stati eretti mediante due atti indipendenti di ultima volontà. Mi pare che qui la facilitazione non avesse luogo.

13. Vista la relazione formale che stava fra il *testamentum patris* e il *testamentum filii*, dobbiamo occuparci della questione, quale fosse la *vera relazione giuridica* fra le due disposizioni a causa di morte. Del problema si sono occupati già i giureconsulti romani, formulandolo nel modo seguente: quanti testamenti vi sono nel caso della s. p. e quante sono le eredità? La questione, così formulata, è d'indole nettamente giuridica. Dall'osservazione esteriore risultava che i due testamenti possono farsi con due documenti distinti, anzi con due atti di ultima volontà indipendenti tanto da potersi erigere ognuno con forma differente; ma le due disposizioni potevano anche unirsi in uno stesso documento, formar oggetto di un unico atto di ultima volontà. La questione circa il numero dei testamenti però si pone senza riguardo a questo modo esteriore e la sua soluzione dipende da sole ragioni giuridiche.

La soluzione del problema non era facile. La circostanza che il testamento pupillare potesse far oggetto di un distinto, indipendente atto giuridico, era certamente a favore della concezione che si trattasse di due testamenti. E ancor più lo dimostrava la considerazione che il significato essenziale della s. p. consisteva nella nomina dell'erede al figlio, perchè allora la disposizione, colla quale il *paterfamilias* nominava l'erede a se stesso, appariva giuridicamente separata. Ma d'altra parte, la norma, in origine d'indole formale, che la s. p. si potesse ordinare solo nel testamento del *paterfamilias* e che quindi — e questo era pure conseguenza di quel principio formale — il *paterfamilias* non potesse nominar erede al figlio senza avere prima nominato erede a se stesso, doveva portare nell'ulteriore sviluppo dottrinale una sempre più stretta dipendenza del testamento pupillare da quello paterno. Frutto di questo sviluppo è, ad es., la norma che l'erezione di un nuovo testamento abbia per conseguenza non solo l'annullamento del testamento precedente, ma anche della precedente sostituzione

pupillare (fr. 16, 1 D. h. t.), e in generale la norma che la susseguente invalidità del testamento paterno faccia nello stesso tempo invalidità della s. p. (cfr. fr. 8, 5 D. 5, 2 *sed si in patris obtentum est nec hoc valebit*). Dalla stessa direzione di sviluppo dottrinale è uscita la norma che se il testamento paterno, divenuto « *destitutum* », venga risuscitato per il senatusconsulto Pegasiano in base alla coazione ad adire, si confermi nello stesso tempo anche il testamento pupillare. È sintomatico il motivo che il giureconsulto Paolo adduce (fr. 38, 3 h. t.): *pupillares tabulae pars sunt prioris testamenti*. E lo stesso Paolo accentua la dipendenza nella quale è il testamento pupillare di fronte al testamento del padre, chiamando questo *testamentum principale*. Ma nè tale qualifica, nè il motivo citato sono da ritenersi soltanto elaborazioni di Paolo, che già Gaio (fr. 11 D. 29, 3) esprime il concetto che le « *secundae tabulae* » facciano parte delle *tabulae* principali, « *principalium tabularum* », nel modo dei codicilli di fronte al testamento.

E così il *duplex testamentum*, di cui uno solo degli elementi rappresentava la disposizione principale, l'altro invece la disposizione secondaria, dovette apparire, prima a qualche giurista, poi generalmente quale « *unum testamentum* ».

Al formarsi della concezione del « *unum testamentum* » dovevano contribuire anche altre considerazioni. Ad es., la circostanza che il « *iudicium* » del testatore, la sua « *voluntas* », era fonte comune sia dell'istituzione dell'erede sia della sostituzione pupillare, cosicché si riteneva giusto escludere chi avesse impugnato il *testamentum patris* domandando la *bonorum possessio contra tabulas*, non solo da tutto ciò che gli era stato dato nel *testamentum patris*, ma pure da tutto ciò che gli era dato nel *testamentum filii*, specie per la sostituzione pupillare (fr. 22 D. h. t.; fr. 5, 4 D. 37, 5; fr. 16, 5 D. 38, 2).

Ma ritengo importante di constatare che la concezione dello « *unum testamentum* » era prodotto d'un lento sviluppo dottrinale. Ciò risulta già da quanto abbiamo esposto. Risulta anche dalla semplice considerazione che la concezione più antica doveva essere quella, che si offriva spontaneamente dalla realtà esteriore. L'esistenza reale di due testamenti, di due atti indipendenti di ultima volontà, eseguiti eventualmente con due forme diverse, doveva offrire spontanea la constatazione che si trattasse anche giuridicamente di due testamenti; invece la concezione dell'« *unum testamentum* » è certamente frutto di una molto più elevata meditazione

astratta. Ma della tesi che la concezione dell'« *unum testamentum* » sia prodotto del lento sviluppo dottrinale si può dare la prova diretta: vi è infatti la testimonianza delle fonti.

14. Fra i giurisprudenti che si occupano del problema giuridico del numero dei testamenti nella s. p., vi sono Giavoleno, Gaio e Ulpiano.

In un bellissimo testo, di cui avremo ancora occasione di occuparci e più da vicino — si tratta d'un interessante problema pratico — Giavoleno si esprime così: *me illud maxime movet quod praeceptoribus tuis placet unum esse testamentum* (fr. 28 D. 42, 5). Ecco già Giavoleno sostenitore dell'idea dell'« *unum testamentum* ». Ma si badi che Giavoleno esprime questa idea non già come domma generale, bensì come un responso d'un ignoto maestro di scuola <sup>(29)</sup>, a cui egli aderisce. Si vede che il problema era oggetto delle discussioni nelle scuole e che l'idea, espressa da un « *praeceptor* », ed accettata pure da Giavoleno, era tutt'altro che generalmente ammessa. Anzi si può dire quasi con certezza che era la prima reazione contro la genuina, primitiva dottrina nella s. p. che si abbiano due testamenti.

La discussione teorica circa il numero dei testamenti nella s. p. non era terminata neppure nei tempi di Gaio, chè questo giureconsulto si esprime sul nostro problema nel modo seguente: *duo quodammodo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset, aut certe unum est testamentum duarum hereditatum* (Inst. 2, 180). Gaio ci riferisce imparzialmente le varie opinioni riguardanti il nostro problema. Il senso della sua relazione è certamente questo: vi è un'opinione che si tratti di due testamenti, ma di contro c'è la concezione si tratti d'un solo testamento, però in ogni modo è certo che si tratta di due eredità.

È soltanto al tempo degli ultimi giureconsulti classici che la discussione pare terminata e si riconosce generalmente l'idea dello « *unum testamentum* ». Ulpiano infatti dice: *constat unum esse testamentum* (fr. 2, 4 D. h. t.) ed in un altro testo trasporta questa idea indiscussa anche nell'ambiente del diritto pretorio: *patris et filii testamentum pro uno habetur etiam in iure praetorio* (fr. 20, pr. D. h. t.).

(29) Confr. WOLFF, *op cit.*, 452.

Allora io credo che non si possa dubitare che la questione giuridica, se si tratti di due testamenti o solo di un testamento, vada risolta col riconoscere un progressivo sviluppo dottrinale. Dalla concezione genuina di due testamenti si è giunti a poco a poco all'idea contraria dell'*unum testamentum*. Ma questo è importantissimo dal punto di vista storico. Infatti si ritiene nella scienza romanistica quasi generalmente che la dottrina romana dell'*unum testamentum* nella s. p. sia un indizio molto prezioso dell'antico regime del nostro istituto quale istituzione del secondo erede al padre stesso. Invece quest'indizio va assolutamente escluso. La dottrina dell'*« unum testamentum »* è frutto del progressivo sviluppo dottrinale e ci apparisce come una dottrinale reazione contro l'idea di due testamenti, che è genuina (30).

15. Strettamente connessa col problema ora esaminato è la questione, anch'essa già posta dalla giurisprudenza romana, e cioè quante fossero le eredità nella sostituzione pupillare. Di nuovo bisogna constatare che si trattava di una questione prettamente giuridica. Perché alla questione, riguardata esternamente, senza più profonda analisi giuridica e meditazione astratta, si rispondeva senza dubbio nel senso che vi fossero due eredità, una dopo il padre, l'altra dopo il figlio. Ma la considerazione della vicinanza fra la nostra sostituzione e la sostituzione volgare, vicinanza solamente pratica, ma sentita vivamente, tanto da dar vita alle formule anomale della s. p. (*mihi heres esto* e simili), poteva condurre alla conclusione che si avesse giuridicamente una sola eredità, precisamente come nella sostituzione volgare e nell'istituzione del secondo erede, ammessa nel testamento militare. Guardando la funzione pratica della s. p. era facile giungere alla conclusione che giuridicamente si trattasse di una sola eredità, quella del padre. Di qui la tendenza a dichiarare che quanto nel regolamento della s. p. sia aberrante dall'idea d'una eredità, costituisca una anomalia della costruzione. Che tale conclusione e tale tendenza siano erranee, è chiarissimo e ciò deve riconoscersi da ognuno che abbia approfondito il concetto dommatico della s. p. e la sua base giuridica, fondamentalmente diversa da quella sostituzione volgare, dell'isti-

(30) Dello sviluppo dottrinale sopra descritto, non si è accorto finora nessuno a quanto io sappia. Circa il diverso modo di valutazione del problema, si confrontino GIRARD, *Droit romain*, 879 e LA PIRA, *op. cit.*, 303 segg.

tuzione del secondo erede, ammessa nel testamento militare e del fedecommesso universale. Abbiamo già fatto il confronto dommatico fra questi tre ultimi istituti e la s. p. Se in tutti e tre i casi, quello della sostituzione volgare, dell'istituzione del secondo erede in base al privilegio militare, e del fedecommesso universale si tratta in linea di principio d'una sola eredità, quella del testatore, si deve necessariamente concludere, argomentando *a contrario*, che nella sostituzione pupillare si tratta di due eredità (31). La considerazione della funzione pratica non deve metterci in una falsa direzione, perchè si tratta di individuare il fenomeno nettamente giuridico.

Ciò che si è detto basta per inquadrare astrattamente il problema, e per chi lo studi sotto l'aspetto nettamente giuridico, non vi può essere altra soluzione che si tratti di due eredità. Questa conclusione è pure in piena armonia con le fonti. Basta ricordare quello che dice Gaio: *duo quodammodo sunt testamenta aut certe unum est testamentum duarum hereditatum*. Credo che sia indubbia la seguente parafrasi del testo: si può dubitare se ci siano giuridicamente due testamenti ovvero un testamento, ma certamente vi si tratta di due eredità. E la stessa formulazione si trova nel testo di Ulpiano, senza ragione sospettato dal La Pira (32): *constat enim unum esse testamentum, licet duae sunt hereditates* (fr. 2, 4 D. h. t.).

La locuzione di Gaio e di Ulpiano, nei testi ora citati, è tanto chiara, tanto precisa e sta in connessione tanto armonica col concetto giuridico della s. p., che non dovrebbero nascere dubbi di sorta circa il problema, se ci siano due eredità, ovvero una sola. Unica difficoltà esegetica è quella che nasce da un testo di Giavoleno (fr. 28 D. 42, 5): il *paterfamilias* ha istituito il figlio im-

(31) Di nuovo bisogna constatare che il confronto della s. p. colla sostituzione ammessa nel testamento militare, confronto, quasi completamente trascurato nella letteratura, sia veramente ottima guida per giungere alla netta conoscenza del concetto giuridico. E meraviglioso con quale plasticità risulta l'esistenza giuridica di due eredità nella s. p. Però bisogna aggiungere che le norme straordinarie del testamento militare non si esauriscono solo del regolamento d'istituzione del secondo erede dopo il primo istituito, divenuto erede, ma si riferiscono pure alla propria sostituzione pupillare, liberandola dalle formalità civili. Questa figura del testamento militare, la s. p. militare, privilegiata dal lato formale, è anche molto istruttiva per una conoscenza della s. p. commune cfr. WOLFF, *op. cit.*, 454.

(32) *Op. cit.*, 306. Non trovo sufficiente la sua spiegazione degli altri testi, in cui l'idea delle due eredità si esprime in modo indubbio: « i giureconsulti romani definiscono in un modo ed agiscono in un altro ». L'esistenza giuridica delle due eredità nella s. p. è un elemento organico del concetto cfr. anche WOLFF, *op. cit.* 554.

pubere erede e gli nominato un altro quale sostituto pupillare; il figlio è divenuto erede del padre e dopo è morto ancora impubere; allora il sostituto ha acquistato l'eredità dalla sostituzione pupillare. Dice il giureconsulto: quando il figlio è divenuto erede del padre (nel testo si legge *postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati*, ma questo è interpolato per il genuino *postquam pupillus patri heres extiterit*, come si vedrà meglio in seguito) e dopo che il sostituto ha acquistato eredità, *tunc hereditas et patris et filii una est*. Che significa l'espressione «*una est*»? Questa espressione, certamente un po' inesatta, significa: *unita est*, ovvero, *iuncta est*. Lo si può provare quasi matematicamente. C'è un testo di Ulpiano, in cui si tratta precisamente della stessa fattispecie: *filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est: extitit patri filius heres*; il sostituto non può acquistare se non tutta l'eredità del figlio, compresa l'eredità paterna, e il giureconsulto lo motiva con le parole: *iuncta enim hereditas coepit esse* (fr. 10, 2 D. h. t.). Allora dopo questo confronto è certo, che le parole di Giavoleno *tunc hereditas patris et filii una est* non possono aver altro significato che *iuncta hereditas coepit esse*.

Dunque ritengo certo che alla questione, se nella s. p. si trattasse di due eredità, ovvero d'una sola, c'era una sola risposta, che cioè vi fossero due eredità. Non era possibile la menoma incertezza su questo punto, perchè tutto dipendeva dal concetto giuridico, già posto nei tempi più remoti della storia del diritto romano e rimasto sempre fermo ed uguale anche nello stesso diritto giustiniano, che la s. p. consistesse nella nomina dell'erede al figlio di famiglia. Ora se il presupposto formale era che il *paterfamilias* nominasse a se stesso l'erede, e se il sostituto era erede nominato al figlio, ne seguiva necessariamente, che si dovesse trattare veramente di due eredità. Qualche sviluppo dottrinale (analogo a quello circa il numero dei testamenti) era qui *a priori* e concettualmente escluso. Perciò ritengo possibile di esplicitare le parole di Giavoleno al lume della formulazione di Ulpiano; veramente nessun mutamento di dottrina si può pensare circa la nostra questione, quando il concetto doveva necessariamente essere uguale e per Giavoleno e per Ulpiano (33).

(33) Nella scienza si accetta generalmente l'opinione che Giavoleno sostenesse veramente la dottrina che nella s. p. si avesse una sola eredità, e che quindi ciò sostenendo, egli fosse interprete dell'antico regime della s. p. La sua formulazione

16. Ma ritenendo certo che la giurisprudenza romana sia sempre rimasta ferma nella concezione della sostituzione pupillare, distinguendo le due eredità, l'eredità del padre e l'eredità del figlio, non voglio e non posso però negare che i casi di s. p., le singole fattispecie, fossero molto vari. Talvolta apparivano le due eredità più o meno congiunte, tal'altra apparivano separate. È nostro compito di analizzare giuridicamente i singoli casi della s. p. sotto questo riguardo.

Possiamo distinguere sulla base delle nostre fonti i seguenti casi principali di sostituzione pupillare:

- 1) Il padre ha nominato il figlio impubere erede e gli ha sostituito un altro quale sostituto pupillare.
- 2) Il padre ha nominato eredi il figlio impubere e un altro e nello stesso tempo ha nominato questo coerede sostituto pupillare.
- 3) Il padre ha diseredato il figlio nominando un altro erede a se e ancora un altro come sostituto pupillare del diseredato.
- 4) Il padre ha diseredato il figlio nominandosi un altro erede e ha nominato questo stesso sostituto del figlio diseredato.

Nell'esaminare i singoli casi dovremo tener conto delle varie combinazioni a cui si arriva distinguendo l'eredità del padre e la eredità del figlio.

17. Ad 1). Quando il padre ha nominato erede il figlio impubere e gli ha sostituito un altro, se il figlio divenuto erede di poi muore ancora impubere, il sostituto acquista il patrimonio del figlio ivi compresa l'eredità paterna. Il sostituto, se vuole acquistare dalla sostituzione, non può escludere dal suo acquisto, dalla sua adizione, l'eredità paterna. Questo è quanto mai ovvio e del tutto logico. Lo esprime Ulpiano con queste parole chiarissime: *an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? non potest, sed aut utriusque debet hereditatem habere aut neutrius: iuncta enim hereditas coepit esse* (fr. 10, 2 D. h. t.). Anzi la cosa ci sembra

sarebbe indice dell'antico concetto. Così scrive già il DERNBURG: Die ältere Ansicht ist noch vertreten in der bekannten 1. 28 D. de rebus auctoritate iudicis 42, 5, von Javolenus libro 1. epistolarum, dessen Ausführung auf dem Grundgedanken ruht, «*hereditas et patris et filii una est*», *Pandekten*, III § 89. V. GIRARD, *Op. cit.*, 878 n. 1 LA PIRA, *op. cit.*, 305 segg. V. anche COSTA *op. cit.*, 282 segg. Invece io sono persuaso che la parola «*una*» di Giavoleno, interpretata a lume del testo parallelo come «*iuncta*» perda completamente il valore d'inizio, attribuitole dai romanisti.

tanto naturale da stupirci perchè mai ci si propone la questione, se il sostituto possa separare le due eredità. Ma la spiegazione la troveremo nel testo, già più volte citato, di Giavoleno (fr. 28 D. 42, 5), di cui bisogna adesso affrontare l'esegesi.

È un frammento dal libro primo *epistularum*,

*Pater familias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset, substituit heredem: is filius paterna hereditate se abstinuit ideoque bona patris venierunt: postea filio hereditas obvenit, qua adita decessit. quaero, cum praetor in ipsum pupillum, quamvis postea hereditas obvenisset, creditoribus tamen patris actionem non daret, an in substitutum creditoribus patris danda sit actio, cum ex bonis paternis, quae scilicet ad creditores missos in bona pertinent, nihil adquirat et cum creditores nihil iuris in bonis pupilli habuerint eorumque nihil interfuert, adiretur necne pupilli hereditas, cum ea bona ommissa a substituto hereditate ad creditores non pertinebant. me illud maxime movet, quod praeceptoribus tuis placet unum esse testamentum. respondit: quod praetor filio, qui a paterna hereditate se abstinet, praestat, ne bonis patris eius venditis in eum actio detur, tametsi postea ei hereditas obvenit, creditoribus non reddat, idem in substituto filio herede servandum non est, quoniam filii pudor parcitur, ut potius patris quam eius bona veneant, itaque in id quod postea ei obvenit, actio creditoribus denegatur, quia id ex advectione acquisitum est, non per patrem ad eum pervenit. at cum substitutus filio hereditatem adiit, postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati, tunc hereditas et patris et filii una est et in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitus heres obligatur: et quemadmodum liberum ei non est obligationem, ut non omnimodo, si non defenditur, ipsius bona veneant ita, ne separare quidem aes alienum patris et filii poterit: quo casu efficietur, ut creditoribus in eum actio dari debeat. quod si substitutus heres hereditatem non adierit, creditoribus patris in id, quod pupillus reliquit, actio dari non debet, quoniam neque pupilli bona venire debent propter aes alienum patris neque in bonis patris est quod pupillus adquisiit.*

Giavoleno esamina il caso seguente (34): il *paterfamilias* ha nominato il figlio suo erede nominandogli un altro sostituto; il figlio è divenuto erede, ma si è astenuto dall'immischiarsi nei beni paterni, cosicchè i beni sono stati venduti dai creditori senza la piena soddisfazione dei loro crediti; dopo il pupillo ha acquistato

(34) Cfr. LA PIRA, *op. cit.*, 283 segg., 332 segg.

un'altra eredità e muore poi ancora impubere: si domanda se il sostituto pupillare risponda ai creditori paterni, *an in substitutum creditoribus patris danda sit actio*.

È la stessa domanda che si propone Ulpiano, trattando di una fattispecie giuridicamente uguale, solo meno complicata, senza cioè particolare discussione circa l'effetto del *beneficium abstinenti*. La questione proposta da Ulpiano, suona: *an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat* (fr. 10, 2 D. h. t.).

Tutti e due i giuristi danno la stessa risposta, solo con diverse parole. Dice Giavoleno: *ita ne separare quidem aes alienum patris et filii poterit: quo casu efficietur, ut creditoribus in eum actio dari debeat*. Ed ecco la risposta di Ulpiano: *non potest (separare hereditates patris et filii) sed aut utriusque debet hereditatem habere aut neutrius*.

Molto impressionante è la motivazione che vi aggiungono ambedue i giuristi, motivazione del tutto uguale.

Ulpiano formula la motivazione nel modo seguente: quando il figlio è divenuto erede del padre, allora l'eredità paterna è necessariamente congiunta coll'eredità del figlio: *exstitit patri filius heres . . . . . iuncta enim hereditas coepit esse*.

Giavoleno dice: *cum substitutus filio hereditatem adiit, postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati, tunc hereditas et patris et filii una est*. La motivazione è identica a quella di Ulpiano. Che l'espressione di Giavoleno «una» est non può significare altro che l'espressione ulpiana «iuncta» est, abbiamo già dimostrato. Una sola differenza fra Giavoleno ed Ulpiano sta in ciò che questi connette il fenomeno giuridico della «hereditas iuncta» colla premessa che il figlio sia divenuto erede del padre, mentre Giavoleno formula la premessa dello stesso fenomeno dal fatto che il pupillo si è immischiato nell'eredità paterna. È chiaro che dal punto di vista del diritto classico non può valere che l'una o l'altra premessa; l'ipotesi di una diversità d'opinione fra i due giuristi si deve a priori escludere. Quale delle due premesse sia la vera, non sarà difficile indovinare. L'ipotesi dell'*immixtio* è in evidente contraddizione colla fattispecie e «viene proprio a capovolgere la soluzione classica» (La Pira). Allora è certo che l'inciso *postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati* sia un'interpolazione, che aveva lo scopo di mitigare la durezza della decisione, conforme al punto di vista di alcuni giuristi, specie di Marcello. Il confronto col testo di Ulpiano ci rende possibile di ricostruire il testo originale di Giavole-

no. Credo che vi si debba leggere: *postquam pupillus patri heres exstiterit*.

Ma il problema era molto più complicato di quanto potesse sembrare dalle considerazioni fatte fin qui. Si offriva spontanea la questione: come si possono dar le azioni ai creditori paterni contro il sostituto, se il patrimonio del pupillo, unico oggetto di tale pupillare sostituzione, era immune sia nelle mani del pupillo, sia nelle mani di un altro dai debiti paterni? Perchè solo nelle mani del sostituto perdeva tale immunità?

La risposta era la seguente: nelle mani del pupillo il patrimonio, acquisito da fonte diversa dai beni paterni, non è sottoposto ai creditori paterni, perchè il pupillo in conseguenza del *beneficium abstinendi* è difeso *iure pretorio* contro i creditori paterni, in quanto non si immischia nei beni paterni; se acquistò un patrimonio «*ex adventicio*», non già «*per patrem*», non si può valutare tale acquisto come «*immixtio*» nei beni paterni. Nelle mani di un terzo (ad es., dell'erede intestato del pupillo) il patrimonio, acquistato *ex adventicio*, era esente dalle azioni dei creditori paterni «*quoniam neque pupilli bona venire debent propter aes alienum patris neque in bonis patris est quod pupillis adquisiit*». Al contrario nelle mani del sostituto pupillare il patrimonio, seppure acquistato dal pupillo, astenutosi dall'eredità, *ex adventicio*, è sottoposto all'azione dei creditori paterni, perchè dal punto di vista civile l'*hereditus patris*, cioè nel caso nostro l'*aes alienum patris*, si è congiunto coll'eredità del figlio, e, dal punto di vista pretorio, non si vedeva, almeno non lo vedeva Giavoleno, una ragione di equità per estendere il *beneficium abstinendi* del figlio pure al sostituto. Una ragione di equità in questo caso vi è soltanto, almeno secondo l'avviso personale del giureconsulto, riguardo al figlio: *quoniam filii pudori parcitur, ut potius patris quam eius bona veneant*.

Allora in ultima analisi il problema complicato si riduceva alla questione, se si dovesse estendere l'effetto del *beneficium abstinendi*, accordato al figlio, pure al sostituto, cioè se gli si dovesse dare la stessa difesa contro i creditori paterni che competeva al figlio-erede. Giavoleno esprime la sentenza, un po' dura, che tale difesa non si dovesse accordare al sostituto. La stessa sentenza seguiva pure Giuliano (fr. 42, pr. D. 29, 2) ritenendo che il sostituto pupillare divenuto erede dopo il figlio, astenutosi dall'eredità, dovesse rispondere ai creditori paterni: *inclinat enim in hoc, ut putet substitutum etiam patris onera subiturum*.

Ma il testo di Giuliano merita una particolare attenzione per il raffronto che vi si fa fra la s. p. e l'eredità comune del pupillo, nel caso che non vi sia sostituzione.

Ulpianus. fr. 42, pr. D. 29, 2. *Iulianus libro vicesimo sexto digestorum scripsit, si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres extitisset, non esse eum compellendum creditoribus paternis respondere, nisi substitutus ei fuit: inclinatur enim in hoc, ut putet substitutum etiam patris onera subiturum*.

Giuliano analizza l'effetto del *beneficium abstinendi* dopo la morte del figlio, astenutosi dall'eredità paterna, e rileva che bisogna far differenza fra la posizione dell'erede comune del figlio (dell'erede *ab intestato*) e la posizione del sostituto pupillare. Il primo non può essere costretto al pagamento dai creditori paterni, *non esse compellendum creditoribus paternis respondere*, — si badi alla fraseologia che, appartiene al tecnicismo del diritto pretorio —, il secondo è sottoposto alle azioni dei creditori paterni.

Il La Pira (35) assegna grande importanza costruttiva a questo confronto, fatto da Giuliano, ed aggiunge: la ragione di ciò è evidente: il primo, quale erede del pupillo, subentra soltanto nei debiti che il pupillo doveva soddisfare: non dunque in quelli paterni dai quali l'*abstentio* aveva liberato il pupillo: il secondo, invece, quale erede del padre, subentra, malgrado l'*abstentio* del pupillo, nei debiti del padre.

Non mi pare che il confronto, fatto da Giuliano, abbia l'importanza concettuale, costruttiva, che gli attribuisce il La Pira.

Si tenga conto anzitutto del modo in cui Gaio spiega l'idea della s. p.: *tamquam si ipse filius heredem sibi instituisset* (Inst. 2, 180). Allora, se è lecito rappresentare il fenomeno della s. p. col'idea che il figlio stesso si sia nominato l'erede, non vi può essere una tale fondamentale differenza di posizione fra un erede comune del figlio impubere ed il sostituto pupillare, perchè tutti e due sarebbero eredi del figlio.

Ma c'è dell'altro. Se Giuliano avesse voluto rilevare la differenza di posizione fra un erede comune del pupillo ed il sostituto come una differenza fondamentale, concettuale, allora certamente avrebbe aggiunto un'adeguata motivazione di valore dogmatico. Invece la motivazione, che Giuliano aggiunge, è tutt'altro che una argomentazione scientifica, concettuale; è una cosa molto modesta

(35) *Op. cit.*, 332 segg.



d'indole pratica: *inclinat enim in hoc ut putet substitutum etiam patris onera subiturum*, cioè, egli è personalmente più proclive a ritenere che non vi sia ragione perchè il sostituto venga liberato dalle azioni dei creditori paterni. Il La Pira ritiene questa motivazione interpolata (36). Ma mi pare, al contrario, che la modesta motivazione d'indole pratica corrisponda pienamente al *milieu*, in cui si muove la discussione. Non si tratta di una questione dommatica, bensì di una questione di utilità pratica. Dommaticamente il problema era esaurito; restava la questione pratica, se fosse giusto o no, che il sostituto pupillare rispondesse dei debiti paterni dopo l'*abstentio* del pupillo. Giuliano era più proclive a sostenere la piena responsabilità del sostituto pupillare.

Ma ecco un giurista più recente, Marcello, che combatte la sentenza di Giuliano: *quae sententia a Marcello recte notata est: impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem: metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit*.

Si badi di nuovo che nemmeno Marcello fa la fatica di combattere la sentenza di Giuliano con argomenti dommatici. Egli la combatte solamente per ragioni di utilità pratica.

Il La Pira ritiene che anche questa motivazione di Marcello sia interpolata insieme alla precedente parola *recte*. Egli pensa che soltanto i compilatori abbiano accettata la sentenza di Marcello quale generale, definitiva e che perciò abbiano interpolata la parola *recte* e tutta la motivazione che segue la sentenza del giurista. Ma nonostante l'eleganza dell'argomentazione dell'insigne romanista, non posso persuadermi. Forse qualche parola è interpolata, perchè qualche ritocco di stile bizantino si sente. Ma bisogna supporre che già Marcello accompagnasse la sua sentenza con qualche parola di motivazione invocando l'utilità pratica. Si comprende molto bene che Marcello, giustificando la sua sentenza collo spirito dell'istituto del *beneficium abstinendi*, avvertisse che la dura sentenza di Giuliano doveva avere nella vita pratica la conseguenza che molto sovente il sostituto pupillare abbandonasse tale rischiosa successione. Allora credo che nella motivazione, quale noi la leggiamo nel Digesto, certamente vi sia almeno un qualche elemento della motivazione classica del giureconsulto.

(36) Cfr. anche BONFANTE, *Istituzioni*, 590, n. 1.

18. Ad 2). Passiamo alla seconda fattispecie cioè che il *pater familias* abbia nominato il figlio erede *ex parte* e abbia al tempo stesso chiamato il suo coerede come sostituto pupillare. Al caso si riferisce il testo di Ulpiano (fr. 10, 3 D. h. t.):

*idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte et filium ex parte et ego patris hereditatem repudiavero: nam neque filii hereditatem habere possum.*

Il testo offre delle difficoltà esegetiche, come si vede dalle note della Glossa. E veramente, perchè mai il sostituto, se vuole acquistare dalla sostituzione, deve prima divenire coerede dall'istituzione? Non si è già avverata la condizione della sostituzione pupillare, cioè che il testamento del padre sia divenuto efficace (*hereditas patris adita*), quando il pupillo sia divenuto erede? Perchè bisogna che pure il sostituto adisca quale istituito, se vuole acquistare dalla sostituzione?

La risposta è nelle prime parole: *idemque est*, cioè si applica pure al nostro caso quell'idea della *hereditas iuncta*, applicata al caso precedente, in cui il pupillo è diventato erede *ex asse* e gli è sostituito un altro. Se il sostituto come successore al pupillo, divenuto erede *ex asse*, non può separare l'eredità paterna (*aes alienum patris*) dall'eredità del figlio, se egli non può separare la sostituzione dall'istituzione, allora pure nel caso, che il sostituto è coerede del padre insieme al pupillo, non può separare la sostituzione dall'istituzione, deve divenire coerede *ex institutione*, se vuole poi acquistare dalla sostituzione (37). Formulata una volta l'idea che, se il pupillo sia divenuto erede del padre, allora nei confronti della sostituzione pupillare, « *iuncta hereditas esse coepit* », e svolta la conseguenza che il sostituto non possa « *separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat* », si doveva ritenere che il sostituto, nominato coerede insieme al pupillo, dovesse adire la eredità paterna per poter poi acquistare dalla sostituzione.

A questa stessa ipotesi appartiene, come variante, la fattispecie, che siano chiamati quali coeredi del pupillo due persone, nominate poi insieme sostituti pupillari del pupillo. Al caso si riferisce un testo di Ulpiano-Giuliano (fr. 11, 1 D. 36, 1). Il testo offre però una gran difficoltà all'esegesi.

*Idem Iulianus ait, si duo fuerint a patre instituti cum filio eius impubere et idem substituti filio, sufficere ei, qui fideicommissum*

(37) Cfr. WOLFF, *op. cit.*, « Für § 3 gilt das nicht weniger als für § 2 ».



*ex secundis tabulis accepit, unum ex heredibus institutis cogere adire patris hereditatem; hoc enim facto confirmatisque patris tabulis poterunt ex substitutione ambo cogi adire et restituere hereditatem.*

Quindi nel caso che vi siano due coeredi nominati insieme al pupillo e gli stessi poi siano chiamati tutti e due alla sostituzione pupillare, basta che adisca l'eredità paterna uno solo per poter poi adire tutti e due l'eredità dalla sostituzione pupillare.

Questo è naturalmente in aperta contraddizione coll'idea della *iuncta hereditas*, la quale si applicava ai casi, dove il pupillo appariva quale erede o coerede del padre.

Ma per fortuna c'è un altro testo, appartenente proprio a Giuliano, nel quale viene analizzato lo stesso caso, prospettato nel testo di Ulpiano-Giuliano, che abbiamo visto or ora, con una sola differenza, che cioè si presuppone l'istituzione di due coeredi, chiamati insieme alla sostituzione del pupillo *diseredato*. Non solo la decisione è del tutto uguale, ma anche la motivazione corrisponde esattamente a quella del testo precedente. Vediamo il testo:

Fr. 28, 5 D. 36, 1. *Quod si duo heredes a patre instituti fuerint et utriusque fidei commissum sit, ut exheredati filii hereditatem restituerent, satis erit vel unum cogi adire: hoc enim facto etiam is, qui patris hereditatem non adiit, filii hereditatem adire et restituere coetur.*

Il confronto di due testi porta necessariamente alla conclusione che il testo precedente deve esser corrotto e che bisogna correggerlo al lume del testo di Giuliano, inserendovi l'ipotesi della diseredazione del pupillo, come aveva già proposto il Cuiacio (38). Non bisogna spendere molte parole per dimostrar come la proposta esegetica del Cuiacio sia giusta. Se prendiamo in considerazione il fatto che in ambedue i testi ci incontriamo con la stessa decisione, anzi persino con la stessa argomentazione, dobbiamo desumerne che anche la fattispecie doveva essere uguale in tutti i due i testi, almeno nei punti rilevanti per la decisione. Ora la circostanza, che il figlio sia divenuto erede o sia stato diseredato, è uno degli elementi essenziali per la decisione. Lo vedremo meglio in seguito. Intanto possiamo constatare che così si spiega la difficoltà, di cui abbiamo parlato.

19. Ad 3) e 4). Vediamo ora i casi della s. p., nelle cui fattispecie è elemento caratteristico la diseredazione del pupillo.

(38) Cfr. MOMMSEN, KRÜGER, *Digesta*, fragm. cit.; BONFANTE, SCIALOJA, *Digesta*.

Anzi tutto una avvertenza generale.

La sostituzione pupillare, fatta al figlio impubere diseredato, è considerata nella dottrina romanistica come un caso anomalo o autonomo (39).

Credo che questa valutazione non sia giusta, specie dal punto di vista storico.

Se la s. p. non è altro che la nomina dell'erede al figlio di famiglia fatta nel testamento del padre, allora è chiaro che il contenuto del testamento, cioè la questione se il figlio sia erede o coerede, ovvero se non sia erede, bensì diseredato, è, per la sostituzione pupillare, come tale del tutto irrilevante. Il caso di s. p., in cui il figlio sia diseredato è tanto regolare in linea di principio, quanto il caso in cui il figlio sia erede.

Nondimeno, d'altro lato, bisogna constatare che la giurisprudenza dedicava una particolare attenzione al caso in cui la s. p. era congiunta colla diseredazione del figlio e precisamente dal punto di vista che ora stiamo studiando, cioè per il modo in cui si configura in tal caso la relazione fra l'eredità paterna e l'eredità dopo il figlio. E veramente, quando una volta si è espressa la concezione della *iuncta hereditas patris et filii* nei casi, ove il figlio apparisse quale erede, o quale uno degli eredi del padre, si doveva, nei casi opposti, arrivare ad una soluzione contraria. Si doveva cioè giungere, nel caso in cui il figlio appariva diseredato, alla concezione che le due eredità fossero separate (40).

Il primo caso che qui ci interessa è quello in cui il padre ha diseredato il figlio, nominando per sé un altro erede e chiamando ancora un'altra persona come sostituto pupillare del diseredato.

È questo il caso più netto di separazione fra l'eredità del padre e l'eredità del figlio. L'eredità paterna è tanto separata dall'eredità del figlio, che il sostituto non può essere gravato di legati: (41): *ab exheredati substituto inutiliter legatum datur* (Paulus, fr. 126 D. 30; cfr. la costituzione di Giustiniano, c. 24 C. 6, 37).

(39) Cfr. LA PIRA, 340 segg. Per l'origine relativamente recente di tale figura di s. p. cfr. GIRARD, *op. cit.* Al contrario il PEROZZI dice giustamente che la norma non sia frutto del nuovo concetto della sostituzione; *Istituzioni*, v. II, 567, n. 1. Cfr. WOLFF, *op. cit.*, 439. COSTA, *op. cit.*, 259.

(40) Il WOLFF, mescola a torto i casi di *hereditas iuncta* (§§ 2 e 3) con quelli dell'eredità separata (§ 4 *op. cit.*, 449).

(41) Cfr. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi*, 82.

Manca affatto il presupposto di tale gravame perchè non sono pervenute al sostituto « *iudicio patris facultates paternae per causam hereditariam ex substitutione* » (Giuliano, fr. 87. 7 D. 35, 2).

Per l'avverarsi della sostituzione basta che l'erede istituito adisca l'eredità.

Ma tale separazione dell'eredità del padre da quella del figlio non è propria soltanto del caso testè descritto. Essa si mostra pure nell'altro caso, in cui il padre abbia diseredato il figlio e nominato un altro quale suo erede e al tempo stesso sostituto pupillare del diseredato.

La particolarità di questo caso sta in ciò che il padre può gravare il sostituto di legati, e non solamente gravarlo come istituito, ma pure come sostituto. Ma questa possibilità di onerare di legati il sostituto del figlio diseredato, specialmente *tabulis quoque secundis*, non diminuisce menomamente la netta separazione fra le due eredità.

Infatti il computo della quarta Falcidia si fa in relazione allo stato del solo patrimonio paterno al momento della morte del padre. Il patrimonio propriamente pupillare, che in tal caso è oggetto della successione derivante dalla sostituzione pupillare, sta completamente separato, e di esso non si tiene conto nel rispondere alla domanda, se il sostituto sia o non sia troppo gravato di legati (42).

Base giuridico-patrimoniale di tutti i legati, compresi i legati delle seconde tavole, sono esclusivamente le sostanze del padre, acquistate dal sostituto quale istituito. E allora è del tutto logica la norma, espressa da Giuliano, che condizione di validità di tali legati sia, che il sostituto divenga erede quale istituito (*cum ideo legata valere dixit Iulianus a substituto relicta, quod idem patri heres exstiterit*, fr. 11, 8 D. 35, 2). Ma non si pensi che lo stesso requisito sia pure condizione di validità della sostituzione pupillare stessa. Perchè, come segue con certezza da un testo di Ulpiano (fr. 10, 4 D. h. t.), argomentando *a contrario*, il sostituto può direttamente repudiare l'eredità dalla sua istituzione senza perdere la possibilità di acquistare dalla sostituzione, se vi è un altro modo di adizione dell'eredità paterna, ad es., adizione da parte del sostituto volgare.

(42) FERRINI, *op. cit.*, 444: « Ora quando un erede istituito dal testatore sia sostituito al pupillo diseredato, non viene naturalmente in considerazione l'eventuale sostanza di questo ».

Non vi può essere prova migliore del regime della separazione fra le due eredità.

Sarà opportuno sottoporre questi singoli punti, esaminati ora dommaticamente, ad una approfondita analisi storico-giuridica. Quale conseguenza storica può desumersi dal regolamento classico dei legati, imposti al sostituto pupillare del figlio diseredato in tutti i due casi, testè studiati?

Già *a priori* si può pensare che il *paterfamilias*, avendo il diritto di nominare un successore al figlio, potesse ugualmente ordinare i legati nelle seconde tavole, e che la questione se egli fosse oppur no tenuto a un limite in tali elargizioni patrimoniali, sia una questione che rientra nel più generale problema della riduzione dei legati nella legislazione romana.

Ma al contrario noi vediamo che nella dommatica classica si è giunti ad un altro modo ancora di riduzione, anzi di valutazioni di tali legati. Non è soltanto Paolo, ma già Giuliano a escludere l'obbligazione dai legati imposti al sostituto pupillare del figlio diseredato, ancorchè onorato di un legato. Egli ammette tale obbligazione solo nel caso che il sostituto sia nominato, o *ex asse* o *ex parte*, erede del padre, cioè, nel caso che almeno *hereditatis paternae portio ad eum pervenit* (fr. 87, 7 D. 35, 2). Si consideri che la stessa limitazione valeva persino nel testamento militare: il milite, avendo diseredato il figlio e dato a lui un sostituto, non può *legatum a substituto eius dare, licet ampla legata reliquerit exheredato* (Trifonino, fr. 41, 3 D. 21, 1). Tanta infatti era la forza del nuovo principio della limitazione riguardo ai legati, imposti al sostituto pupillare del figlio diseredato.

Allora si pone la domanda: come si spiega la nuova regola limitativa? E può veramente provarsi che si tratti di una norma, relativamente recente, ovvero si deve riconoscere che si tratta di una norma già *ab antiquo* penetrata nel diritto?

A prima vista si potrebbe pensare che col descritto regolamento limitativo la giurisprudenza abbia voluto esprimere la sua antipatia per il caso della s. p., fatta al figlio diseredato (43).

(43) Si avrebbe un'applicazione della regola *exheredationes non sunt adiuvandae*, fr. 19 D. 28, 2. Giustiniano dichiara espressamente come legislatore la sua antipatia verso questo caso di s. p.; ecco come parla di un tale padre: *maximam scilicet ostendens ad filium suum adfectionem, cui nihil quidem emolumentum reliquit, sed post exheredationis iniuriam etiam substitutionem ei addidit et a substituto legatum reliquit* (c. 24 C. 6, 37).

Già sotto questo punto di vista la limitazione dovrebbe apparire come una norma relativamente recente.

Ma lo studio approfondito mostra una spiegazione più organica. La norma di limitazione dei legati, imposti al sostituto pupillare, non si riferiva solo al caso della diseredazione del figlio, ma pure al caso dell'istituzione del figlio come erede del padre. La nuova massima si può esprimere con quattro parole di Papiniano: *pater legat de suo*. La giurisprudenza ha fatto dipendere la s. p. dal patrimonio del *paterfamilias* per ciò che riguardava la questione di quanto si potesse gravare il sostituto pupillare di legati. Questo significa un nuovo orientamento della giurisprudenza, nel modo di disciplinare la s. p. Si tratta di un *cosciente* mutamento del regime della s. p. per ragioni di equità che avviene contro la logica del concetto giuridico. Del problema ci occuperemo in seguito, in occasione della dottrina circa la *quarta Falcidia*. Intanto basti una sola prova. C'è il testo di Giuliano (fr. 87, 7 D. 35, 2), che tratta del *coheres pupilli*, che al tempo stesso è anche nominato sostituto pupillare. La norma limitatrice dei legati, gravanti tale sostituto, suona nella formulazione del giurista così: *licet enim pupillo heres existat, tamen circa legem Falcidiam perinde ratio habetur ac si patri heres extitisset*. Dunque il giurista sa chiaramente quale fosse la logica giuridica del concetto; si dovrebbe, a rigore di questa logica, prender le mosse dall'idea che il sostituto sia *pupillo heres*; ma la giurisprudenza abbandona tale idea riguardo all'obbligazione per legati gravanti il sostituto. Questo trattamento appare in maniera chiara come relativamente recente; quell'idea, invece, appare l'idea originaria.

20. Ma lasciamo intanto da parte la questione dei legati imposti al sostituto pupillare, di cui torneremo ad occuparci in seguito, e riprendiamo lo studio del caso della s. p., fatta al figlio diseredato.

Abbiamo visto che l'erede del padre, nominato sostituto del figlio diseredato, può ripudiare l'eredità paterna senza pregiudizio per il conseguimento dell'eredità dal figlio diseredato, se vi è un altro modo di adizione dell'eredità paterna, o dal sostituto volgare, o dal coerede. Tanto profonda è infatti la separazione concettuale fra le due eredità. Ma supponiamo adesso che l'erede del padre, sostituito pure al figlio diseredato, sia un altro figlio del testatore, il fratello del pupillo. Allora egli come «*heres neces-*

*sarius*» non solo di fronte all'eredità paterna, ma pure di fronte a quella pupillare (fr. 10, 1 D. h. t.) diviene *ipso iure* erede del padre, e avveratasi la condizione della s. p., pure *ipso iure* erede del diseredato suo fratello. Ma se l'erede estraneo poteva repudiare l'eredità paterna senza pregiudizio per l'acquisto dalla s. p., cioè per l'acquisto del patrimonio del figlio, del tutto separato dall'eredità paterna, allora si offriva spontanea un'analoga questione rispetto all'erede necessario: astenutosi questi dall'immischiarsi nell'eredità paterna, poteva immischiarsi nell'eredità pupillare senza perdere l'effetto del *beneficium abstinendi* di fronte ai creditori paterni?

È questo press'a poco il caso che viene analizzato in due testi di Giuliano e un testo di Papiniano (fr. 40 e fr. 41 D. 29, 2; fr. 12 D. h. t.). Giuliano propone la domanda: *an creditoribus paternis cogatur respondere*; Papiniano si domanda: *si hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, an audiri debeat*.

La questione non si poteva formulare altrimenti. Infatti era certo che l'erede necessario, astenutosi dall'immischiarsi nei beni paterni, non si privava dell'eventuale acquisto come sostituto, perchè l'eredità del padre era e restava nominalmente adita. Questo, e solamente questo trovo espresso nel testo di Giuliano (fr. 41). La questione invece si poneva sotto un altro aspetto: si domandava se il figlio, avendo acquistato rispetto all'eredità paterna il *beneficium abstinendi*, non lo perdesse coll'immischiarsi nei beni del fratello, pupillo diseredato, cioè se l'atto dell'immischiarsi nei beni pupillari non dovesse valutarsi come atto dell'immischiarsi nei beni paterni.

Al lume dei principi esposti per il sostituto come erede estraneo, e specialmente considerando la netta separazione fra le due eredità, vista dalla stessa giurisprudenza nel nostro caso, dovremmo aspettare la soluzione, che l'immischiarsi nei beni pupillari non potesse esser valutato come atto che significasse nello stesso tempo immischiarsi nei beni paterni.

Ma i testi, specialmente il testo di Giuliano, dicono il contrario.

Ulpianus, fr. 40, D. 29, 2.

*Quaesitum est, an licet quis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat vel faciat, an creditoribus paternis cogatur respondere: ut puta si impuberi fuerit substitutus. in qua specie Iulianus libro vicesimo sexto digestorum*

*scripsit incidere eum in edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati: nam qui iudicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quicquam consequi.*

Il La Pira (44) ritiene che il testo sia interpolato ed esprime l'opinione che la fattispecie analizzata dal giurista classico fosse la seguente: « un *paterfamilias* ha due figli in potestà; ne istituisce uno e disereda l'altro. Al diseredato (impubere) sostituisce *pupillariter* il figlio istituito. Costui, però, si astiene dalla eredità paterna... Muore il pupillo *ante pubertatem*: il fratello ne diventa *ipso iure* erede *ex substitutione* (*heres necessarius*). Problema: sarà egli tenuto ora a pagare i debiti paterni? ».

Certamente il testo dà l'impressione d'essere rifatto. È anche sicuro che la fattispecie supposta dal La Pira dovesse essere quella esaminata dal giurista classico. Del resto a questa conclusione si arriva già dagli elementi contenuti nel testo. Dunque bisogna supporre che Giuliano fosse d'avviso che l'immischiarsi nell'eredità del pupillo significhi lo stesso che l'immischiarsi nell'eredità paterna. Come si spiega questa sentenza, che sta in contrasto con ciò che abbiamo sostenuto ed esegeticamente provato per il caso che istituito-sostituito sia un erede estraneo? Quale era la motivazione della sentenza?

Nel testo è attribuita a Giuliano la seguente motivazione: *nam qui iudicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quicquam consequi*, cioè l'*abstentio* dall'eredità paterna escluderebbe l'erede da tutto ciò che gli fu dato nel *testamentum*, quindi anche da ciò che dipende dal *secundum testamentum*.

Ora è interessantissimo rilevare come contro tale interpretazione dell'*abstentio* sarebbe stata una reazione, dovuta a Papiniano, il quale si esprime nel modo seguente: *non enim impugnatur iudicium ab eo, qui iustis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari* (fr. 87 D. 30).

Il confronto risulta ancor più impressionante quando si considera che è Papiniano stesso che decide il nostro caso in maniera contraria alla sentenza di Giuliano: *si filius, qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres existit, hereditatem patris recuset, fraternaltem autem retinere malit, audiri debet* (fr. 12 D. h. t.).

La diversità di opinione fra Giuliano e Papiniano si potrebbe

(44) *Op. cit.*, 337 segg.

quindi spiegare con il diverso modo di considerare la portata dell'*abstentio*.

Ma tale spiegazione, a prima vista plausibile, non è soddisfacente.

C'è ancora un'altra via per risolvere la contraddizione fra il testo citato di Giuliano e gli altri testi, via che ci sembra preferibile a quella testè descritta.

Bisogna considerare che lo stesso Giuliano, al quale si imputa nel testo citato la qualifica dell'*abstentio* quale *oppugnatio iudicii parentis*, in un altro si esprime circa il *beneficium abstinenti* nel modo seguente: *praetor permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna manifestum facit ius se in persona eorum tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuissent* (fr. 89 D. 30).

Allora l'*abstentio*, fatta da parte dell'erede necessario, è da valutarsi pure per Giuliano come la *repudiatio*, fatta da parte dell'erede estraneo. Ma sappiamo (45) che il rifiuto dell'erede, che sia al tempo stesso chiamato alla sostituzione pupillare del figlio diseredato, non lo priva dell'eventuale acquisto dalla sostituzione, se vi è un altro modo di adizione dell'eredità paterna (da parte del sostituto volgare o del coerede).

Allora dobbiamo aspettarci che lo stesso avvenga rispetto al *heres necessarius*. E veramente c'è un testo di Giuliano che mirabilmente coincide con questo ordine di idee, il fr. 41 D. 29, 2: *filius qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit et pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem optinere*. La coincidenza del testo con tutto quest'ordine di idee è tanto organica, che, credo, non sia necessario provare la genuinità del testo stesso (46). Ma si trattava di un'altra questione se, cioè, il sostituto, dato che immischiandosi nell'eredità del figlio non era privato dal vantaggio, acquistato dall'*abstentio* nella eredità paterna, non fosse in conseguenza responsabile verso creditori paterni. Nel caso, che un erede estraneo ripudiasse l'eredità paterna ed acquistasse poi quale sostituto

(45) Fr. 10, 4 D. h. t. di Ulpiano; ma pure un testo di Giuliano, il fr. 41 D. 29, 2.

(46) In senso diverso il LA PIRA, *op. cit.*, 345 segg. cfr. anche WOLFF, *p. cit.*, 452 segg. Per questo punto cfr. anche COSTA, *op. cit.*, 264.

il patrimonio pupillare del figlio diseredato, tale responsabilità era assolutamente esclusa, perchè egli acquistò separatamente il patrimonio del pupillo. Al contrario, nel caso analogo, ove l'erede necessario si era astenuto dall'immischiarsi nella eredità paterna e s'immischiò invece nella eredità del figlio suo fratello, Giuliano afferma che egli è responsabile verso i creditori paterni, per la perdita del *beneficium abstinendi*, acquistato col non immischiarsi nella eredità paterna: *incidere eum in edictum*.

Ricercando adesso, quale era il fondamento giuridico della decisione, dobbiamo dopo queste considerazioni escludere la motivazione che si legge nel testo del Digesto: la frase *nam qui iudicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quicquam consequi* è certamente interpolata. Ma quale era il vero fondamento giuridico della decisione?

A mio avviso questo va cercato nella speciale posizione giuridica del *heres necessarius*, istituto che ci riporta nuovamente ai primordi del diritto romano. Come la sostituzione pupillare, anche questo è infatti un istituto dell'antichissimo diritto. Il *paterfamilias* può nominare l'erede al figlio. Il *paterfamilias* può nominare un successore quale *heres necessarius*. Combinando queste due facoltà si è giunti alla disposizione, che il *paterfamilias*, nominando come erede al figlio una persona della sua famiglia può nominarla come *heres necessarius*. *Quos possum heredes mihi facere necessarios, possum et filio* (fr. 10, 1 D. h. t.).

Supponiamo adesso che il *paterfamilias* abbia diseredato il figlio, nominando un altro figlio al tempo stesso erede proprio e sostituto pupillare del diseredato. Il chiamato acquista *ipso iure* quale istituito, e dopo averatasi la condizione della sostituzione, acquista *ipso iure* quale sostituto. Si comprende facilmente come si dovesse sentire la stretta connessione delle due disposizioni, anzi la loro unità, che scaturiva, non solo dal comune *iudicium parentis*, ma specialmente dal fatto che il *paterfamilias* avesse chiamato quale erede necessario la stessa persona e come istituito e come sostituto.

Figuriamoci adesso che, introdotto il pretorio *beneficium abstinendi*, il chiamato avesse domandato questo beneficio e non si fosse immischiato nella eredità paterna.

Se in seguito egli si è immischiato nell'eredità pupillare, la stretta connessione delle due eredità, di fronte alle quali era in tutti i due casi *heres necessarius*, doveva far sì che il suo atto

venisse considerato una forma di *pro herede gestio* anche rispetto all'eredità paterna. E così si spiega la decisione di Giuliano.

La sentenza fu sottoposta a critica da parte di Marcello:

*sed Marcellus eleganter distinguit nullum interesse, utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento an ex parte, ut si ex parte, potuerit sine metu remota patris successione impuberis hereditatem amplecti.*

Marcello cercava di eliminare lo svantaggio della posizione del *heres necessarius* e vi è riuscito almeno in parte: se il figlio fosse stato *heres ex asse* e insieme sostituto pupillare, allora non c'era rimedio contro le conclusioni di Giuliano; ma se egli è solo *heres ex parte*, allora non immischiatosi nell'eredità paterna, può immischiarsi nell'eredità pupillare senza perdere l'effetto del *beneficium abstinendi*, chè l'eredità del padre è, possiamo così dire, nelle mani dell'altro erede.

La soluzione definitiva si trova nel testo di Papiniano.

*Si filius, qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres exstitit, hereditatem patris recuset, fratrem autem retinere malit, audiri debet: iustius enim praetorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit. etenim ius dicenti propositum est liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate remove, praesertim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem. itaque legata dumtaxat ex secundis tabulis praestari debent habita ratione facultatim in Falcidia non patris, ut alias solet, sed impuberis.*

Papiniano decide la questione da geniale pratico che si pone sopra le difficoltà dommatiche e scrutando più profondamente lo scopo pratico delle istituzioni pretorie giunge alla soluzione che l'*abstentio* dell'erede dall'eredità paterna non si debba considerare come revocata, quando l'erede s'immischiò nell'eredità pupillare. Tale eredità è in questo caso a tal punto separata dall'eredità paterna che i legati, imposti al sostituto, si riguardano giuridicamente congiunti col solo patrimonio del pupillo. Per il computo della Quarta Falcidia viene infatti in considerazione solo il patrimonio del pupillo. La circostanza che il giurista accentui tanto la separazione del patrimonio pupillare dalla eredità paterna è per me indizio che il giurista abbia in mente il caso della diseredazione del pupillo (47).

(47) Nel testo di Papiniano non si dice espressamente, se fra i punti della fat-

21. Finalmente siamo arrivati all'ultimo punto tipico del regolamento classico della s. p., cioè al trattamento della Quarta Falcidia.

Anche in questo trattamento della s. p. ritrovano i romanisti tracce del regime originario e indizi che sarebbero molto importanti per l'antichissima storia dell'istituto. Contro questa valutazione di elementi dommatici del nostro istituto si potrebbe opporre già a priori che il regolamento positivo della s. p. in base alla legge Falcidia dev'essere un regolamento relativamente recente. Ma la tesi fu ripetuta da moderni romanisti, specie da La Pira<sup>(48)</sup>, in una formulazione molto più accettabile: «i giuriconsulti romani disciplinano questa sostituzione come se si trattasse di una successione originaria ed immediata del sostituto al *paterfamilias*». Allora guardiamo, se nel regolamento positivo della s. p. rispetto alla legge Falcidia si trovino elementi di tale disciplina.

tispecie vi sia la diseredazione del figlio impubere, o la sua istituzione come coerede. Ritengo che il giurista abbia in mente il caso della diseredazione del pupillo. A ciò mi induce oltre quello, che ho menzionato sopra, pure la seguente considerazione. La decisione di Papiniano viene motivata coll'argomento, che se non vi fosse la sostituzione pupillare, il fratello avrebbe come erede intestato l'eredità del fratello, s'intende eredità non gravata dai debiti paterni (*praesertim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem*). Quest'argomento ha valore solo presupponendo che l'eredità del pupillo come tale sia del tutto separata dall'eredità del *paterfamilias*, e che, dunque, il pupillo fosse diseredato e il fratello, di cui si tratta, fosse stato nominato erede *ex asse*. Anche il regolamento di Papiniano circa i legati è un indizio a favore della mia esegesi. Mantenuta la separazione dei beni pupillari dai beni paterni, restano in vigore solo i legati, imposti nelle seconde tavole, da pagarsi sui beni pupillari. Questo si comprende con evidenza solo presupponendo, che il pupillo nel caso in esame fosse diseredato. È in quest'ipotesi infatti che i legati, ordinati nelle prime tavole, perdono l'efficacia in conseguenza del *beneficium abstinendi*, acquistato dal concerned heres quale *heres ex asse*. Eliminato totalmente tutto il patrimonio del *paterfamilias* dovrebbero cadere a rigore tutti i legati, anche quelli imposti nelle seconde tavole, ma l'eleganza della decisione del Papiniano sta appunto in ciò, di aver saputo dedurre tutte le conseguenze della separazione dei beni: il sostituto si deve riguardare esattamente quale erede del pupillo (normalmente il sostituto pupillare, per quel che riguarda i legati viene considerato quale erede del *paterfamilias*, fr. 87, 7 D. 35, 2 *licet enim* ecc.) allora il sostituto paga solo i legati, imposti nelle seconde tavole, e solo dai beni pupillari, non già dai beni paterni, di cui si è astenuto e che praticamente non esistono più. In un altro senso il testo di Papiniano è spiegato, COSTA, *op. cit.*, 272; ivi pure le opinioni di altri scrittori.

(48) *Op. cit.*, 284 segg..

Anche qui bisogna distinguere i casi, in cui il pupillo sia erede o coerede del *paterfamilias*, dai casi, in cui appare diseredato.

22. Il *paterfamilias*, avendo istituito erede il figlio e sostituito un altro *pupillariter*, può imporre i legati così al primo, nelle tavole prime, come all'altro, nelle tavole seconde.

I legati, imposti al pupillo, dovrebbero, a prima vista, riguardarsi come *aes alienum pupilli*, nel quale il sostituto dovrebbe necessariamente subentrare secondo il principio che egli non può separare *hereditates, ut patris* (eventualmente *patris aes alienum*) *non habeat, filii habeat*. Tale trattamento *a priori* si desume dalla struttura della s. p. Esso è pure menzionato da Papiniano nel principio della sua lunga esplicazione della regola *in tabulis patris et filii* ecc. come modo che si offre spontaneo e a prima vista (*quamvis enim substitutus quae a pupillo relicta sunt, cum filius heres existit, ut aes alienum quodlibet debeat*, fr. 11, 5 D. 35, 2). Allora tale trattamento si può ritenere pure come il trattamento più antico.

La giurisprudenza ha reagito contro di esso: *in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari*. La regola si connette alla seguente idea: *pater legat de suo*, ovvero, come dice Giuliano, *semper substitutus rationem legis Falcidiae ex quantitate bonorum, quae pater reliquit, ponet*. Ecco come la s. p. appare per prima volta connessa col patrimonio del *paterfamilias*. La s. p., che nel suo concetto giuridico non è altro che la nomina dell'erede al figlio, senza differenza, sia o non sia il figlio pure erede del padre, appare all'improvviso connessa coll'eredità del padre. È chiaro che si tratta di regolamento recente. È che la s. p. in quanto applicata ai legati subì un mutamento concettuale. In materia di legati i giuristi classici hanno ritenuto necessario di modificare il regolamento della s. p., abbandonando le regole che derivavano logicamente dal concetto giuridico e disciplinando la s. p. come se fosse concettualmente nomina del secondo erede al padre. Non ci interessa direttamente, quale fosse il regolamento precedente a quello introdotto dalla giurisprudenza classica; certo doveva essere congruente col concetto giuridico della s. p., in quanto il diritto del *paterfamilias* di imporre i legati non fosse limitato alla sua eredità. Importantissimo è il constatare che il regolamento della giurisprudenza classica apparisca di certo come un regime recente<sup>(49)</sup>.

(49) Anche in questo differisco dall'insegnamento generale della scienza romanistica. Confr. la pag. 48 n. 54

Dunque il patrimonio del *paterfamilias* diviene limite e criterio giuridico del suo diritto di legare in occasione dell'erezione del *duplex testamentum*. Il patrimonio del padre diviene base di tutti i legati ordinati così nelle prime tavole come nelle seconde tavole, servendo all'adempimento adeguato di tutti i legati, sia quelli imposti al pupillo, sia quelli imposti al sostituto, salva la Falcidia. Così la giurisprudenza giunge alla costruzione che non solo i legati, imposti al pupillo, ma anche i legati, imposti nelle seconde tavole al sostituto, si ritengono giuridicamente come ordinati già nelle prime tavole. Questa costruzione è tutt'altro che un indizio del regime antico della s. p. Al contrario. Perchè, in questa costruzione la sostituzione pupillare passa completamente in ombra e si finge che il pupillo istituito sia gravato dei legati di tutte e due le categorie: *tamquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia condicione reliquisset* (Gaius fr. 79 D. 35, 2).

Il testo di Gaio, testè citato, non corrisponde alle idee che ne desume il La Pira. Contro la sua affermazione, che i giureconsulti considerino il sostituto come erede immediato del *paterfamilias* ed il pupillo come se non fosse mai divenuto erede, possiamo, al contrario, mettere in rilievo che non è il pupillo, a uscire quasi dalla scena, ma il sostituto che quasi sparisce. Infatti i giureconsulti riguardano tutti i legati, non solo quelli delle tavole prime, ma pure quelli delle tavole seconde come imposti tutti al pupillo. Alla formulazione di Gaio ora citata possiamo aggiungere quella di Papiniano: *cum in hac parte iuris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub condicione relicta intelleguntur* (fr. 11, 5 D. 35, 2).

E non è difficile trovare la ragione della costruzione: tutti i legati devono avere lo stesso trattamento, devono essere adempiuti adeguatamente, perchè provengono tutti dallo stesso «iudicium patris» ed hanno la stessa ed unica base patrimoniale, i beni paterni, *pater legavit de suo*.

23. C'è un altro caso, discusso da Papiniano con finissima analisi (fr. 11, 6), che, cioè, il *paterfamilias* aveva chiamato due sostituti pupillari e gravato di legati solo uno di essi tanto che l'onere assorbiva la quota (50). La particolarità del caso stava in ciò che l'eredità come tale non era esausta di legati oltre tre quarti, e che

(50) Cfr. FERRINI, *op. cit.*, 434 segg..

allora, se il sostituto fosse uno solo, non si dovrebbero ridurre i legati.

Una stretta interpretazione della costruzione, che i legati, e delle prime e delle seconde tavole, fossero considerati come tutti imposti nelle prime tavole, portava alla conclusione che il sostituto aggravato non potesse dedurre la Quarta Falcidia. Ma il trattamento in tal modo riservato ad uno dei sostituti dovette sentirsi ingiusto e iniquo. E perciò Papiniano, ma soltanto Papiniano, cerca di fondare giuridicamente una soluzione opposta a quella fondamentale ora esposta, e foggia una nuova costruzione, cioè che si debba fingere come se il sostituto fosse erede immediato del *paterfamilias*: *sed verior est diversa sententia perinde huic quartam relinquendam existimantium atque ita si patri heres exstisset: ut enim opes patris et contributio legatorum inde capiunt et formam et originem, ita plures substituti subducta persona pupilli revocandi sunt ad intellectum institutionis*.

Il La Pira (51) ascrive importanza straordinaria a questa costruzione di Papiniano; «ciò che gli altri giuristi intuitivamente sentono, Papiniano esplicitamente comprende e dichiara». Ma l'autore non valuta adeguatamente il fatto che la costruzione appare come supplementare, aggiungendosi alla dottrina fondamentale di Gaio e dello stesso Papiniano, sopra esposta, per rimediare a qualche inconveniente delle sue conseguenze. Bisogna considerare che Papiniano ed altri giuristi, a cui egli aderisce, arrivano alla costruzione *atque si substitutus patri heres exstisset* solo per giustificare la riduzione della Quarta a favore di uno solo dei sostituti nel caso che l'eredità come tale non è aggravata, cioè appunto nel caso in cui la costruzione fondamentale *legata quae tabulis secundis relinquuntur quasi primis tabulis sub condicione relicta intelleguntur* si mostra insufficiente, iniqua. Trovata la genesi di questa costruzione, allora noi non possiamo assumerla come documento storico di tanta importanza, come fa il La Pira.

24. Dobbiamo adesso occuparci del caso *si quis pupillo coheredem substituisset*. Quanto ai legati, imposti dal *paterfamilias* al pupillo e al sostituto, in quanto tale, valeva il principio: *nullam fieri posse separationem, cum communi calculo subiciantur et invicem in-*

(51) *Op. cit.*, 288 segg..



*ducant contributionem.* Questa è un'applicazione conseguente della costruzione che i legati di tutte e due le categorie *quasi primis tabulis sub condicione relicta intelleguntur.* Conseguente è pure l'ulteriore trattamento dei legati imposti al sostituto quale coerede, *quae ab instituto extero data sunt.* Rispetto a questi legati egli può dedurre la quarta della sua quota: *ideoque quartam pupillo datae portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat ut institutus.*

Lo stesso trattamento si ha già nel testo di Giuliano (fr. 87, 4 D. 35, 2): quando la quota del pupillo è esausta da legati ed invece la quota del suo coerede, chiamato pure alla sostituzione, è libera, questi può come sostituto detrarre la quarta della quota pupillare, *quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli.*

Continuando, Giuliano tratta il caso, che la quota del coerede sia esausta da legati ed invece la quota del pupillo non lo sia: allora il saldo attivo della quota pupillare deve servire a integrare il pagamento dei legati, congiunti colla porzione del sostituto quale coerede.

Non ci interesserebbe tanto questa particolarità del regolamento di Quarta Falcidia, se non vi fosse nel testo una sorprendente motivazione e costruzione giuridica: *poterit dici perinde agendum, ac si cuilibet coheredi substitutus fuisset eoque omittente hereditatem ex asse heres exstitisset, quia semper substitutus rationem legis Falcidiae ex quantitate bonorum, quae pater reliquerit, ponet.*

Quale fosse per la giurisprudenza il principio fondamentale del trattamento della Quarta Falcidia nella s. p., noi già lo sappiamo: che *pater legat de suo.* Nel nostro testo questa regola riceve la formulazione: *semper substitutus rationem legis Falcidiae ex quantitate bonorum, quae pater reliquerit, ponet.* Questa regola significava una limitazione: il *paterfamilias* può *legare de suo*, non già *de bonis pupilli.* Ma la regola ha pure un altro significato. Sappiamo che l'ammontare della eredità paterna nel momento della sua morte era la misura che decideva l'ammontare dell'insieme di legati. Orbene, se il padre ha nominato il figlio erede *ex parte*, un'altra persona coerede ed insieme sostituto pupillare, allora egli poteva gravare il sostituto di legati non solo nei limiti, salva la quarta, della sua quota, ma perfino, avendo in mente il caso della *substitutio*, nei limiti, salva la quarta, di tutta la eredità. Qui il sostituto appare come direttamente istituito *ex asse*, cioè come se il pupillo non fosse affatto divenuto erede.

Non so perchè il La Pira non approfitta di questo testo me-

raviglioso, che sembra fornire un argomento impressionante a favore della sua tesi. Però la coincidenza del testo colla tesi del La Pira è a mio credere solo apparente.

Perchè il modo in cui la giurisprudenza disciplina la questione dell'onere dei legati e del calcolo della Falcidia nei casi di sostituzione pupillare, deve apparire certamente come una reazione cosciente della giurisprudenza contro il regolamento precedente. Per quel che riguarda l'obbligazione del sostituto per i legati, la giurisprudenza ha posto la sostituzione pupillare in dipendenza del patrimonio del *paterfamilias*, mentre in generale una connessione col patrimonio del testatore si ha nel diritto romano solo per la sostituzione volgare, non già anche per la pupillare. Quando però la sostituzione pupillare, almeno per quel che riguardava l'imposizione dei legati al sostituto si è messa in dipendenza del patrimonio del testatore non c'è meraviglia, che essa in questa applicazione venga paragonata con la sostituzione volgare: *perinde agendum ac si cuilibet coheredi substitutus fuisset eoque omittente hereditatem ex asse heres exstitisset.* È evidente che sotto questo riguardo la giurisprudenza abbia messa la s. p. in una nuova direzione, trattandola, forse per la prima volta, come se fosse una vera « *substitutio* » (52).

25. Abbiamo ora da occuparci, rispetto all'onere dei legati imposti al sostituto, dei casi in cui il *paterfamilias* ha diseredato il figlio, al quale sostituì *pupillariter.*

Sappiamo già dalle considerazioni precedenti che *ab exheredati substituto legatum inutiliter datur*, perchè messa la sostituzione in dipendenza del patrimonio paterno, manca affatto la base patrimoniale dei legati, non essendo pervenute al sostituto *iudicio patris facultates paternae ex substitutione* (Iulianus, fr. 87, 6 D. 35, 2; Paulus fr. 126 D. 30).

(52) Una prova dell'esattezza del nostro pensiero si ha pure nel testo di Giuliano, fr. 87, 8 D. 35, 2. Il giurista tiene fermo il concetto giuridico della s. p.: *Licet pupillo heres existat*; ma dichiara di non potersi accettare le sue conseguenze riguardo alle questioni della quarta Falcidia: *circa legem Falcidiam perinde habetur ac si patri heres exstitisset*; in questa materia viene abbandonato il concetto giuridico e la sostituzione si fa dipendere dalla eredità paterna. Questa è la prova decisiva del cosciente abbandono del concetto giuridico della impossibilità di servirsi del regolamento positivo della s. p. nella nostra materia quale indizio del concetto genuino del nostro istituto.



Il *paterfamilias* poteva imporre i legati al sostituto del figlio diseredato solo quando lo avesse chiamato suo erede, sia *ex asse*, sia *ex parte*. Ma c'è da notare una interessantissima particolarità: mentre la validità dei legati dipende dalla condizione che il sostituto fosse divenuto erede del padre (fr. 11, 8 D. 35, 2), invece l'acquisto della sostituzione non dipende dalla condizione che il sostituto sia divenuto erede (fr. 10, 4 D. 28, 6, *a contr.*). C'è in questo una prova lampante del duplice modo in cui viene trattata la s. p. (53). Una volta la s. p. ci appare come dipendente dal matrimonio del *paterfamilias*, un'altra volta invece ci appare isolata, indipendente dall'eredità paterna. È chiaro che appunto questo secondo modo di intendere la s. p., è quello che corrisponde all'idea genuina, originaria, mentre il trattare la s. p. come un'eventuale istituzione riferentesi sempre alla eredità paterna rappresenta una concezione più recente, una cosciente reazione della giurisprudenza contro il regolamento precedente, regolamento che scaturisce logicamente dal concetto giuridico della s. p., ma che è ritenuto inopportuno dal punto di vista patrimoniale perchè conduce nelle applicazioni pratiche a risultati iniqui.

Quale fosse il regolamento precedente a quello attestato nelle fonti non si può dire esattamente con certezza. Si può solo dire che dovette adattarsi più organicamente, più logicamente al concetto giuridico della s. p. Basta considerar questo. Il diritto antico permetteva al *paterfamilias* di nominare l'erede al figlio nel caso che questi morisse impubere, ciò persino quando il *paterfamilias* avesse escluso il figlio dalla sua eredità per diseredazione. Quest'ultima ipotesi non può certo esser considerata molto equa. Si legga quel che ne dice il legislatore Giustiniano nella costituzione c. 24 C. 6, 37. Ciò non ostante in questo caso resta intatto il diritto del padre di nominare il successore al figlio. Se quindi il diritto antico non si fermò davanti a questo caso per ciò che riguarda la *heredis institutio* al figlio, come si può supporre che si sia fermato davanti a quel caso per ciò che riguarda l'imposizione dei legati? Se la *heredis institutio* al figlio era indipendente dalla eredità del padre, lo doveva essere anche rispetto alla ordinazione dei legati in nome del figlio. La regola che il padre non potesse *legare* se non *de suo* non può derivare dalla stessa fonte giuridica della regola che il padre

(53) Di questo duplice trattamento della s. p., per quanto io abbia potuto constatare finora nessuno s'è mai accorto.

può nominare l'erede al figlio. Questa è regola antichissima, l'altra è regola più recente, che proviene dal cosciente mutamento della s. p. nella materia dei legati (54).

Dopo avere studiato i problemi della quarta Falcidia e dell'onere dei legati riguardo al sostituto pupillare, possiamo riassumere.

«*In hac parte iuris*» la giurisprudenza classica deviò dal concetto giuridico generale della s. p. Ma non si può abbastanza accentuare quanto fosse chiaro alla giurisprudenza che questo «particolare» trattamento significasse abbandono del concetto generale. Così, ad es., per Giuliano il concetto generale della s. p. sta in ciò che il sostituto *pupillo heres existat*; e solo in ragione della legge Falcidia si fa valere una nuova idea, *circa legem Falcidiam perinde ratio habetur ac si patri heres existisset*. È chiaro che questo trattamento particolare di fronte al concetto generale significhi logicamente un *posterius*.

Mentre nella scienza romanistica si insegna che la s. p. sarebbe stata nell'origine nomina di un erede allo stesso *paterfamilias* e che solo più tardi si sarebbe sviluppato a poco a poco il nuovo concetto quale nomina di un erede al figlio, a me invece sembra che il vero sviluppo del nostro istituto si sia svolto precisamente in senso opposto. Non voglio studiare in quest'occasione la s. p. nella preistoria romana. Ma se ci teniamo ai dati storicamente sicuri, dobbiamo riconoscere che la s. p. appare già *ab antiquo* come no-

(54) È veramente impressionante di leggere una decisione in cui il giurista (Papiniano, fr. 12 D. h. t.) senta la necessità di ritornare al concetto genuino della s. p. quale nomina di un erede al figlio, per trovarvi la base della decisione. Il sostituto, nominato anche proprio erede dal *paterfamilias* si è astenuto dell'eredità paterna, ma si è poi immischiato nell'eredità pupillare. Il giurista decide anzitutto, che lo immischiarsi nell'eredità pupillare non lo priva dell'effetto del *beneficium abstinendi* rispetto all'eredità paterna. Quest'eredità praticamente non esiste più. Allora nemmeno i legati, imposti dal *paterfamilias*. Ma la stessa ragione di equità che consigliava di mantenere ferma la separazione dei beni, effettuata per non immischiarsi nei beni paterni, consigliava di trarne tutte le conseguenze cioè di riguardare l'eredità pupillare come separata del tutto dall'eredità paterna. Allora soltanto saranno trattati come inefficaci i legati delle prime tavole, mentre i legati delle seconde tavole restano in vigore, però strettamente connessi coll'eredità pupillare. Ecco come il giurista ritorna nella materia dei legati al vero concetto giuridico della s. p. quale nomina di un erede al figlio, giungendo perfino alla norma che siano validi i legati imposti al sostituto a carico della netta eredità pupillare. Qui, in questa singolare decisione c'è un indizio preziosissimo dell'antico regime, in cui era permesso al *paterfamilias* di imporre i legati indipendentemente dalla sua eredità.

mina di un erede al *filiusfamilias* e che il regolamento dominato dall'opposta idea della nomina di un erede al *paterfamilias* stesso — del resto idea solo concomitante, supplementare — appare quale regime giuridico relativamente recente.

Per illustrar meglio il mio pensiero voglio aggiungere all'esposizione del particolare trattamento *circa legem Falcidiam* ancor due casi, che mostrano chiaramente il vero sviluppo giuridico della s. p.

Trattando della incapacità relativa del sostituto verso il *paterfamilias* la giurisprudenza più antica (pregiuliana) decide che il sostituto può acquistare tutto *quasi a pupillo capiat*; si vede la netta idea della successione al pupillo. Ma Giuliano, lo stesso giureconsulto che cominciò a trattare la s. p. riguardo ai legati da successione al *paterfamilias*, distingue anche qui: in quanto si tratti di beni paterni, il sostituto può acquistare solo nei limiti della sua capacità; i beni pupillari invece acquista senza nessun limite (Trentius Clemens, fr. 6 D. h. t.).

Ancor più avanti va Paolo (fr. 46 D. h. t.), il quale reputa che ogni sostituzione pupillare al figlio impubere, che sia divenuto erede dal *paterfamilias*, dia luogo ad una successione duplice: la successione al pupillo e la successione al padre (*cum verum sit eum et testatori heredem exstitisse*).

È interessante il progresso dottrinale del nuovo indirizzo. Mentre per la vecchia giurisprudenza la s. p. era semplicemente la successione al *filiusfamilias*, mentre Giuliano distingueva solo dal lato patrimoniale fra beni paterni e beni acquistati dal pupillo, Paolo fa una distinzione giuridicamente più profonda, attribuendo al sostituto quasi una duplice posizione, cioè di successore al figlio e di successore al *paterfamilias*.

In tutti e due i giureconsulti resta però in pieno vigore il concetto della s. p. quale successione preordinata al *filiusfamilias*. Ma, come si vede, i giureconsulti cominciano ad analizzare, in quanto nel fenomeno di tale successione al *filiusfamilias* sono implicitamente compresi elementi della successione al *paterfamilias*. I singoli spunti di tale analisi, del resto pochissimi, possiamo considerarli come un riconoscimento giuridico di ciò che in origine non era altro che una funzione pratica. Noi già sappiamo l'importanza che la formazione della *substitutio duplex* ha avuto per lo sviluppo della concezione pratica della s. p., quale nomina di un secondo erede allo stesso *paterfamilias*. È quindi sintomatico e non certo

dovuto al caso il fatto che l'audace costruzione di Paolo, or ora illustrata, appartenga all'ipotesi della *substitutio duplex*.

27. — Possiamo terminare il nostro studio con questa conclusione.

Già nei primordi del diritto romano, secondo quanto conosciamo dai dati storicamente sicuri, era fermo il concetto della s. p. quale nomina dell'erede al figlio sotto condizione che questi muoia impubere, fatta dal padre nel suo testamento. Il figlio *sui iuris* che fosse morto impubere doveva infatti necessariamente decedere come *intestatus* ed è per rimediare a questo inconveniente che già *ab antiquo*, viene riconosciuto al padre il diritto di nominare l'erede al figlio. Si trattava d'un concetto autonomo, prodotto dal peculiare carattere dell'antico diritto familiare. La giurisprudenza trasportò il concetto nell'ambiente del diritto ereditario, collocandolo accanto alla sostituzione volgare. Da questo punto, le due sostituzioni dovevano avvicinarsi malgrado il loro diverso fondamento giuridico. Da tale avvicinamento provenne la famosa *substitutio duplex*. Ma il concetto della s. p. restò giuridicamente inalterato. Solo in un campo esso subì una profonda alterazione per cosciente opera della giurisprudenza: riguardo all'obbligazione nei legati del sostituto pupillare, per la quale la giurisprudenza modificò la s. p. ponendola in dipendenza della eredità paterna. Ma per altro, astraendo da qualche analisi, dobbiamo constatare che il concetto della s. p. restò giuridicamente uguale a quello che ci è dato conoscere per le origini. Studiando il concetto dommatico della s. p. abbiamo visto come nella sua struttura, a volte forse un po' complicata, non c'era niente di anomalo, di contraddittorio. Ciò dobbiamo constatare contro l'opinione comune della scienza romanistica, sia antica che moderna. Ora possiamo anche capire quale fosse la causa del pregiudizio, che ha dominato tanto tempo nella nostra scienza. Essa consisteva nel collocamento sistematico della s. p. accanto alla sostituzione volgare, nella denominazione del nostro istituto quale *substitutio* e nel concepirlo giuridicamente come tale. Per questa via doveva giungersi ad un concetto pieno di contraddizioni ed anomalie. Invece noi abbiamo cercato di dimostrare che il collocamento sistematico della s. p. accanto alla sostituzione volgare e la denominazione del nostro istituto possono giustificarsi e nello stesso tempo spiegarsi solo esternamente, cioè solo con la funzione pratica della s. p. Al lume di quest'idea, cioè ponendo

una differenza tra il concetto giuridico e la sua funzione pratica, siamo giunti a togliere le difficoltà della struttura. Abbiamo visto come le anomalie e le contraddizioni nella struttura della s. p., supposte dalla scienza romanistica, siano solo apparenti. Le irregolarità si spiegano in altro modo. Le anomale formule di s. p. (*mihi heres esto* e simili) si spiegano con la funzione pratica della s. p. La concezione del *unum testamentum* si è rivelata un prodotto dello sviluppo dottrinale. La concezione della *una hereditas* si spiega colla idea della *iuncta hereditas*, costruita per alcuni casi particolari di s. p. Il trattamento della s. p. in correlazione coll'eredità paterna si è dimostrato come un regolamento relativamente recente, cosciente modificazione del nostro istituto per fini pratici della quarta Falcidia. Pertanto io credo di aver provato — e spero che il gentile lettore mi dia ragione, anche se non in tutto almeno per gran parte dello svolgimento — che nè i singoli punti della struttura della s. p., nè il trattamento del nostro istituto da parte della giurisprudenza, nè le dottrine e costruzioni dei giurisperiti classici, possano valutarsi come tracce del regime originario, indizi utili per la storia antichissima. Questo potrà essere ricostruito solo ipoteticamente in base a dati storici molto più modesti di quel che si riteneva.

