

14-C-45

FILIPPO MESSINA VITRANO

PROFESSORE DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI MESSINA

# LA DISCIPLINA ROMANA DEI NEGOZI GIURIDICI INVALIDI

I.

I negozi ' iuris civilis ' sotto condizione illecita.



Inv. čis.: 537  
Sign: 421



TIPOGRAFIA GUERRIERO GUERRA

1922



Koupi od *M. Voborní*  
Darem od  
v *Prm* za Kčs *40-*  
Inv. č. *33. 422*  
Sign

Nelle fonti del diritto classico alcuni negozi difettosi appaiono regolati dai principi della invalidità ' iure civili ' e da quelli della invalidità ' iure honorario '. L'importanza del fatto ci ha spinti ad indagarne la ragione. Ed abbiamo potuto conoscere vicende assai importanti della disciplina del negozio invalido, finora completamente ignorate. Questo scritto concerne soltanto i ' negotia ' ' iuris civilis ' sottoposti a condizione illecita; ma già da esso può intravedersi il risultato generale cui siamo pervenuti.

---

I.

**Opportunità di una nuova esegesi dei testi.**

Della ' stipulatio ' gravata di condizione illecita si afferma nelle fonti che fosse valida ' iure civili ' ed invalida ' iure honorario ', come che fosse affetta di invalidità del diritto civile.

Così, ad esempio, nel fr. 15 § 1 ad legem Falc. 35, 2, tolto dal l. XIII ' responsorum ' di Papiniano, si assevera doversi denegare l'azione, ove alla ' stipulatio ' sia apposta modalità contraria al ' ius ':

« Frater cum heredem sororem scriberet, alium ab ea cui donatum volebat stipulari curavit, ne Falcidia uteretur et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret. privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit et ideo sororem iure publico retentionem habituram et actionem ex stipulatu denegandam ».

Invece, nella c. 2 de inut. stip. 8, 38 (39), di Severo Alessandro, il medesimo negozio vien dichiarato nullo assolutamente secondo il diritto civile:

« Libera matrimonia esse antiquitus placuit. ideoque.... stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat ».

E nel fr. 134 pr. de verb. oblig. 45, 1, estratto dal l. XV ' responsorum ' di Paolo, della ' stipulatio ' onerata di condizione immorale si dice, che desse luogo ad azione e che a questa fosse opponibile la ' exceptio doli ':

« Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habenti filiam: et tempore matrimonii consen-

serunt, ut filia Gai Seii filio Titiao desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta ».

Viceversa, nel fr. 61 eod., del l. II ' ad Urscium Ferocem ' di Giuliano, il rapporto è regolato nell'altra maniera:

« Stipulatio hoc modo concepta: ' si heredem me non feceris, tantum dare spondes? ' inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio ».

Anche taluni negozi a causa di morte, se soggetti a condizione illecita, appaiono colpiti dalla invalidità ' iure honorario ' e da quella ' iure civili '.

Difatti si afferma, che la ' condicio iurisiurandi ' e quella contraria al ' ius ' o ai ' boni mores ' se apposte agli atti in parola venissero rimesse in forza dell'editto ' de condicione iurisiurandi '; e si assevera pure che si fatte dichiarazioni accessorie fossero nulle del tutto ' iure civili '. Il che vuol dire, poi, che i negozi sarebbero stati condizionali per il diritto civile e puri onorariamente; e altresì, che l'una e l'altra branca del diritto li avrebbero ritenuti non soggetti a modalità.

Si legge, ad esempio, nel fr. 8. del cond. instit. 28, 7, del l. L ' ad edictum ' di Ulpiano:

« Quae sub condicione iurisiurandi relinquuntur, a praetore reprobantur.... 1. Hoc edictum (de condicione iurisiurandi) etiam ad legata pertinet, non tantum ad heredum institutionem. 2. In fideicommissis quoque oportebit eos, qui de fideicommisso cognoscunt, subsequi praetoris edictum.... 4. Si quis sub iurisiurandi condicione et praeterea sub alia sit institutus, huic videndum est an remittatur condicio: et magis est, ut remitti iurisiurandi condicio debeat... ».

Invece, nel fr. 12 § 4 de leg. I, tolto dal l. VI ' institutio-num ' di Marciano, si asserisce:

« Divi Severus et Antoninus rescripserunt iusiurandum contra vim legum et auctoritatem iuris in testamento scriptum nullius esse momenti ».

Nel fr. 7, 28, 7 poi, di Pomponio, l. V ' ad Sabinum ' si dice:

« Si quis sub condicione heredes instituisset, si invicem cavissent se legata eo testamento relicta reddituros, placet remitti eis condicionem, quia ad fraudem legum respiceret, quae vetarent quosdam legata capere.... ».

E nel fr. 9 eod., di Paolo, l. XXXV ' ad edictum ', che certo concerneva l'istituzione di erede <sup>(1)</sup>:

« Condiciones, quae contra bonos mores inseruntur, remittendae sunt,.... ».

Viceversa in Consult. 4, 8, di Paolo medesimo, l. III ' sententiarum ', tit. ' de instit. hered. ', è detto:

« .... condiciones contra leges vel decreta principum vel bonos mores nullius sunt momenti ».

Ed il passo pauliano, con qualche variante formale, ritrovasi nella Lex rom. Vis. Paul. 3, 6, 8:

« Condiciones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti... ».

Il fatto che abbiamo posto in rilievo non è spiegato dalla letteratura in maniera soddisfacente.

Per la ' stipulatio ' gravata di condizione illecita si assume che venisse resa inefficace dal pretore mercè la ' denegatio actionis ' <sup>(2)</sup>, come che l'atto non avesse esistenza giuridica <sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, vol. I, col. 1053.

<sup>(2)</sup> Cfr. DE RUGGIERO, *Sul trattamento delle condizioni immorali e ' contra leges ' nel diritto romano*, nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, anno XVI, p. 165 e segg.; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, p. 118 e seg.

<sup>(3)</sup> Cfr. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. SCIALOJA), vol. III, p. 230 e seg.; FERRINI, *Manuale di Pandette*, § 138; MANENTI,

Ma entrambi questi insegnamenti non poggiano sul duplice regime, a cui nei testi del diritto aureo appare sottoposto il negozio.

Pure in ordine agli atti ' mortis causa ' in parola si opina che il pretore rendesse vana la condizione illecita mediante la ' remissio ' (1), ed altresì, che la modalità fosse ritenuta dal diritto come non aggiunta (2). Ed anche queste dottrine non sono fondate sulla esistenza nelle fonti classiche della doppia disciplina di cui abbiamo detto. Senonchè relativamente a tali negozi si assevera pure, che la ' condicio iurisiurandi ' e quella ' contra bonos mores ' venissero rimesse, e che invece la condizione in contrasto col diritto fosse considerata come non apposta (3); e si sostiene ancora, che verso la fine dell'era aurea il domma della ' remissio ' avesse ceduto il posto all'altro della inesistenza della modalità (4). Da fautore, poi, di questa tesi si dice altresì, che prima del cambiamento di regime gli atti fossero nulli del tutto ' iure civili ' (5). Ma neppure si fatte teoriche sono da accogliere.

*Sulla regola sabiniana relativamente alle condizioni impossibili, illecite e turpi in diritto romano, negli Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto, pubblicati in onore di Vittorio Scialoja, vol. I, passim, v. specialmente p. 464 e seg.; LA LUMIA, Le condizioni impossibili e turpi nel testamento romano, nel Circolo giuridico, vol. XLIII 1912, passim, v. specialmente p. 202 e seg.; SUMAN, Appunti sulle condizioni turpi nel testamento romano, nel Filangieri, anno XLII, 1917, p. 41.*

(1) Cfr. DE RUGGIERO, op. cit., loc. cit.; PEROZZI, op. cit., loc. cit.

(2) Cfr. SAVIGNY, op. cit., p. 226 e segg.; MANENTI, op. cit., loc. cit.; LA LUMIA, op. cit., loc. cit.

(3) Cfr. SCIALOIA, *Sulle condizioni impossibili nei testamenti*, nel *Bullettino...* cit., anno XIV, p. 31 e segg.

(4) Cfr. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi*, p. 337 e segg.; *Manuale...* cit., loc. cit.; COSTA, *Papiniano*, vol. III, p. 137 e seg.; SUMAN, op. cit., pag. 46 e segg.

(5) SUMAN, op. cit., p. 41 e segg.

Perocchè, pur basandosi entrambe sulla duplicità del regolamento dei negozi in esame, non sono utilizzati parecchi testi che concernono la questione, di cui qualcuno di importanza fondamentale, e spesso non può dirsi completa l'esegesi di quelli invocati. Nè si può ammettere, che i negozi non avessero esistenza ' iure civili ', se il pretore condonava la modalità di cui fossero affetti. La ' remissio ' presuppone, com'è chiaro, l'esistenza della dichiarazione accessoria; e non è lecito pensare che il pretore desse vita a questa, unicamente al fine di togliergliela.

In conseguenza ci è sembrato opportuno un nuovo esame delle fonti. E questo non è stato inutile. Ne è infatti scaturita una ricostruzione del regime dei negozi ' iuris civilis ' gravati di condizione illecita, che non coincide con alcuna delle tante in proposito.

## II.

### Il diritto antico e classico.

SOMMARIO. — 1. La ' stipulatio ' sotto condizione turpe. — 2. La ' stipulatio ' sotto condizione contraria al diritto. — 3. Il fr. 27 pr. 45, 1. — 4. La ' stipulatio ' e la ' condicio iurisiurandi '. — 5. Gli altri negozi fra vivi e le condizioni illecite. — 6. I negozi ' mortis causa '. La ' condicio iurisiurandi '. Antica disciplina della istituzione d'erede. — 7. E degli altri negozi. — 8. L'editto ' de condicione iurisiurandi ' e la istituzione d'erede. — 9. Gli altri negozi. — 10. La condizione contraria al buon costume. La ' remissio '. A quali negozi si applicava. — 11. La condizione in contrasto col ' ius ': atti in cui la modalità veniva rimessa. — 12. Testi che confermano i rilievi fatti. — 13. Come avveniva la ' remissio '. — 14. Alcuni atti di liberalità ed il ' ius civile '. — 15. Gli altri negozi ' m. c. ' sotto condizione contraria al ' ius ' o ai ' boni mores '.

1. — Di atti fra vivi ' iuris civilis ' ed onerati di condizione illecita incontrasi nelle fonti solamente la ' stipulatio '. La testi-

monianza più antica che concerna il regime di tal negozio è racchiusa nel l. XXVI ' digestorum ' di Celso:

Fr. 97 § 2 de verb. oblig. 45, 1: « ' Si tibi nupsero, decem dare spondes? ' causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est. item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est ».

Lo squarcio, mirabile per concisione e tecnicità, è di alto valore per la nostra indagine. Vi si dice, infatti, che il pretore non può denegare l' ' actio ' nascente dalla stipulazione ' si tibi nupsero, decem dare spondes? ', se non dopo averne accertato il motivo determinante, non essendo raro, che questo fosse eticamente irriprovevole. E si soggiunge che ugual diritto ha vigore, ove prometta la donna; e che non ha luogo ' causae cognitio ', se l' uno o l' altro contratto avesse per fine la costituzione di dote.

Al tempo di Celso, dunque, aveva luogo la ' denegatio actionis ' quando la stipulazione fosse onerata di modalità contraria al buon costume: il negozio cioè era valido ' iure civili ', nullo assolutamente ' iure honorario '.

Tale disciplina dell'atto in questione vive lungamente. Si legge, infatti, nel l. XV ' responsorum ' di Paolo:

Fr. 134 pr. eod.: « Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et <sup>(1)</sup> adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento

(<sup>1</sup>) Il RICCOBONO, *Traditio fieta*, nella *Zeitschrift der Savigny - Stiftung fuer Rechtsgeschichte*. Roman. Abteil., XXXIV Bd., p. 182, crede, che in questo squarcio le parole ' instrumentum et ' siano state sostituite dai compilatori a ' stipulatio ' ; e ciò desume dalla circostanza che in appresso il giurista si richiama solamente a tale contratto. Però con la frase ' adiecta poena ' si indica la ' stipulatio poenae ' (cfr. § 7 l. de verb. oblig. 3,15) e quindi le parole ' instrumentum et ' ben potevano figurare nell' originale pauliano.

fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi *sive futura sive iam contracta* (<sup>1</sup>) ».

Tizia, che ha un figlio, sposa Gaio Seio che ha una figlia. Al momento del matrimonio consentono che tra i loro figli si contraggano sponsali; e stabiliscono una pena, pel caso che l' uno o l' altro dei fidanzati fosse di ostacolo alle nozze. Gaio Seio muore e la figlia si rifiuta di sposare. Si domanda, se possa agirsi contro gli eredi in base alla ' poena stipulatio '. Paolo risponde potersi opporre l' eccezione di dolo, non considerando il negozio in armonia col buon costume, per essere turpe concluder matrimonio mercè il vincolo della pena.

E' notevole, che questa volta il negozio in esame è reso inefficace mediante l'eccezione di dolo: l' ' exceptio ' era un mezzo con cui il negozio valido ' iure civili ' era impugnabile ' iure honorario ', ma era altresì il mezzo, con cui il pretore faceva dichiarare dal giudice la nullità d' un negozio vivo secondo il diritto civile, nullo assolutamente nel diritto onorario (<sup>2</sup>).

(<sup>1</sup>) Le parole ' sive futura sive iam contracta ' sono tribonianee: cfr. RICCOBONO, op. cit., loc. cit.; KRUEGER, *Corporis iuris civilis I ed. XII Supplementum*, ad h. l.; DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, I, p. 18.

(<sup>2</sup>) Il rapporto fra la ' denegatio actionis ' e l' ' exceptio ' cogliesi nitidamente da ULPIANO, l. XXII ' ad edictum ': fr. 7 de iureiurando etc. 12,2: « Ait praetor: ' Eius rei, de qua iniurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo '. ' eius rei ' sic erit accipiendum, sive de tota re sive de parte sit iuratum: nam de eo quod iuratum est pollicetur se actionem non daturum neque in eum qui iuravit neque in eos qui in locum eius cui iusurandum delatum est succedunt ». Fr. 9 pr: « Nam posteaquam iuratum est, denegatur actio:

Per il diritto pauliano i rilievi fatti trovan conforto in altro squarcio di altra opera del giureconsulto:

L. III ' quaestionum ', fr. 8 de *condict. ob turpem etc.* 12, 5: « Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis, tamen si solveris, non posse te repetere, quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est turpitudine, superesset: porro autem et si dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiore esse *et ideo repelitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est* <sup>(1)</sup> ».

Qui Paolo discute ipotesi affine a quella che esamina nel l. XV ' *responsorum* '. Perocchè dice di un tale, che prometta

aut, si controversia erit, id est si ambigitur, an iniurandum datum sit, exceptioni locus est ». Fr. 9 § 5: « Sed et si quis in fraudem creditorum iniurandum detulerit debitori, adversus exceptionem iniurandi replicatio fraudis creditoribus debet dari. praeterea si fraudator detulerit iniurandum creditori, ut iuret sibi decem dari oportere, mox bonis eius venditis experiri volet, aut denegari debet actio aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum ».

Il GRADENWITZ (*Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*, in *Zeitschrift*... cit., Abt. cit., XXXIV Bol., p. 257 n. 1: cfr. pure la sua recensione all'opera del DEMELIUS, *Schiedseid und Beweiseid im roemischen Civilprozesse*, in *Zeitschrift*... cit., Abt. cit., VIII Bd., p. 275 e seg.) pensa giustamente siano spurie le parole ' de qua iniurandum delatum fuerit ' e ' cui iniurandum delatum est ' del fr. 7. E ritiene (*Quotiens*... cit., loc. cit.), pure con buon fondamento, sia forse frase di clausola edittale l' ' aut si controversia erit ' del fr. 9 pr.; e che se esso è ulpiano, sia glossema l' ' id est si ambigitur '.

(1) Il tratto ' et ideo — solutum est ' è interpolato: BESELER, *Beitraege zur Kritik der roemischen Rechtsquellen*, IV Heft, p. 202 e seg. Il critico tedesco però ritiene emblematico pure il brano ' quoniam — autem '.

per causa turpe. E la disciplina che il giurista dà al caso è quella medesima dell'altro brano: dice, infatti, che al debitore da ' stipulatio ' si fatta compete l' ' exceptio doli ' o eccezione ' in factum ' ; che per tale motivo il contratto è inane.

Infine, il regime che abbiamo posto in luce della stipulazione in esame appare ancora in vita imperanti Diocleziano e Massimiano.

In una costituzione, infatti, del 293, è enunciato come in vigore il principio, che si dovesse denegare l'azione nascente da ' stipulatio ' immorale:

Consult. 4, 9: « Neque ex nudo nascitur pacto actio, neque si contra bonos mores verborum intercessit obligatio, ex his actionem dari convenit ».

Il domma è espresso dai due imperatori con eguale energia l'anno successivo, a proposito di un tale che, marito di donna di facili costumi, aveva stipulato ' lenocinii causa ':

C. 5 de *condict. ob turpem causam* 4, 7: « Promercalem te habuisse uxorem proponis: unde intellegis et confessionem lenocinii preces tuas continere et cautae quantitatis ob turpem causam exactioni locum non esse, quamvis enim utriusque turpitudine versatur ac soluta quantitate cessat repetitio, tamen ex huiusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegandas esse actiones iuris auctoritate demonstratur ».

2. — A regime identico era sottoposta la ' stipulatio ' onerata di condizione contraria al diritto.

Si guardi al fr. 7 de *cond. instit.* 28, 7, del l. V ' ad Sabinum ' di Pomponio:

« Si quis sub conditione heredes instituisset, si invicem cavissent se legata eo testamento relicta reddituros, placet remitti eis condicionem, quia ad fraudem legum respiceret, quae vetarent quosdam legata capere: quamquam et si cautum esset, in ipsa actione exceptione tuendus esset promissor ».

Se gli eredi sono istituiti alla condizione, che ognuno si obblighi mediante ' stipulatio ' a prestare in rapporto alla pro-

pria quota <sup>(1)</sup> i legati caduchi, la modalità viene rimessa, violando le leggi, che vietano ad alcune persone l'acquisto di legati; se poi la stipulazione ha avuto luogo, l'erede è da tutelare con la 'exceptio doli'.

La 'stipulatio' quindi in contrasto col diritto al tempo di Pomponio era valida 'iure civili', invalida 'iure honorario'.

In maniera diretta e completa l'assunto nostro è attestato dal l. XVII 'quaestionum' di Papiniano:

Fr. 71 § 1 de condic. et demonstr. etc. 35, 1: « Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem quae viua est ducat: condicio non remittetur et ideo nec cautio remittenda est. huic sententiae non refragatur, quod, si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, praetor actionem denegat: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad testamentum <sup>(2)</sup> certa lege invitari ».

Se alcuno, si dice nella parte che ci interessa dello squarcio, promette di pagare una somma di denaro ove non sposi persona determinata, il pretore denega l'azione, abolendosi con la paura della pena la libertà di scelta nel matrimonio. E questa volta la ragion di decidere è attinta al domma vetusto ed insigne della completa libertà del volere in ordine alle nozze <sup>(3)</sup>; Celso invece e Paolo legittimavano la riprovazione del diritto

<sup>(1)</sup> Questo è il senso da attribuire all' 'invicem': cfr. CUIACIO, *Opera omnia*, t. VII, col. 948 (Napoli, 1758).

<sup>(2)</sup> 'Ad id testamentum': cfr. MOMMSEN, ad h. l.; KRUEGER, ad h. l.

<sup>(3)</sup> « Libera matrimonia esse antiquitus placuit... »: Severo Alessandro, c. 2 de inutil. stipul. 8, 38 (39), a. 223. Cfr. pure Schol, Sin. § 6: . . . τίτλη de sponsalibus ἀρχὴ τῶν ρητῶν de die pone | civera: ἔχεται παρ' ἐξουσίαν repudio λύειν | τὸν γάμον καὶ μνηστειάν. ἀποπον γὰρ τὸν γάμον διηνεκοῦς τῆς ὁμονοίας δεῖν [ενον διὰ] τῆς poenas καὶ μὴ διαθέσει συνίστασθαι ». Per l'ulteriore storia del principio v. Diocleziano e Massimiano, c. 14 de nuptiis 5, 4; Leone ed Antemio, c. 5 § 6 de sponsalibus etc. 5, 1, a. 472.

onorario richiamandosi al motivo etico, donde quel principio giuridico traeva esistenza.

La 'denegatio actionis' applicata alla stipulazione con modalità contraria a norma giuridica incontrasi pure nel l. XIII 'responsorum' del medesimo giureconsulto:

Fr. 15 § 1 ad leg. Falcid. 35, 2: « Frater, cum heredem sororem scriberet, alium ab ea cui donatum volebat stipulari curavit, ne Falcidia uteretur et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret. privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit et ideo sororem iure publico retentionem habituram et actionem ex stipulatu denegandam ».

Un tale istituisce erede la sorella e, volendo donare ad un terzo, ha cura che questi si faccia promettere dalla onorata di non avvalersi della Falcidia e, ove se ne avvalesse, di pagargli una somma di denaro. Un negozio si fatto essendo in contrasto con l'ordinamento giuridico, permane il diritto alla quarta ed è da denegare l' 'actio ex stipulatu'.

3. — I rilievi fatti trovano conferma nel fr. 27 pr. de verb. oblig. 45, 1, tolto dal l. XXII 'ad Sabinum' di Pomponio:

« veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. sed et officio quoque praetoris continetur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari ».

Il brano manca della introduzione. Nelle Pandette essa è costituita dal fr. 26:

Ulpiano, l. XLII 'ad Sabinum': « Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti ».

In base a tale circostanza il Lenel <sup>(4)</sup> colma la lacuna del testo con le parole

« Turpes stipulationes nullius momenti sunt ».

Pomponio quindi avrebbe asserito, che la stipulazione con contenuto turpe non perviene ad esistenza giuridica; avrebbe addotto come esempio di negozio si fatto la promessa di uccidere o di commettere sacrilegio; avrebbe soggiunto esser do-

<sup>(4)</sup> Op. cit., vol. II, col. 130.



vere del pretore denegare l'azione. Senonchè il giurista non avrebbe potuto dire del medesimo atto che fosse inesistente giuridicamente e ne venisse denegata l'azione dal magistrato: la 'denegatio actionis', infatti, presupponeva evidentemente la esistenza della azione e quindi la validità 'iure civili' del negozio. D'altra parte non sarebbe lecito attribuire ai compilatori il tratto 'sed ... officio quoque praetoris continentur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari', che presuppone nel loro pieno vigore il regime processuale dell'era aurea e la distinzione fra 'ius civile' e 'ius honorarium'. In conseguenza, il 'nullius momenti sunt' non poteva figurare nel testo genuino. E neppure poteva esserci l' 'et': è chiaro, oramai, che tale parola fu interpolata al fine di collegare lo squarcio pomponiano con quello precedente.

Quel che il giurista dicesse nella parte lacunosa del testo circa la condizione del negozio in esame, riesce ora agevole determinare. Perocchè, dicendosi nell'originale che l'azione nascente dalla promessa di commettere omicidio o sacrilegio è da denegare, e cominciando la proposizione che esprime tale concetto con l'avversativa 'sed' seguita da 'quoque', è manifesto, che avanti doveva affermarsi l'esistenza giuridica dell'atto. E cioè Pomponio diceva che il negozio era valido 'iure civili'.

Invece, nulla di sicuro risulta intorno alla qualifica data dal giurista alla stipulazione, di cui adduceva esempi ed esponeva la disciplina. Ed invero, l'omicidio ed il sacrilegio costituendo dei crimini, la promessa di uccidere o di commettere sacrilegio era negozio in contrasto col diritto. Ma quei fatti eran riprovati anche dall'ordine morale. Nè la circostanza che nei Digesti il frammento è allacciato a quello precedente ove si discorre della stipulazione immorale, legittima l'assunto, che Pomponio dicesse turpi quelle stipulazioni: il legame, infatti, non potendo appartenere che ai compilatori, rimane sempre verisimile, che il giurista qualificasse come contrario al 'ius' il negozio cui discuteva. Ad ogni modo, alla luce di quello che abbiamo potuto conoscere del tenore genuino del fr. 27 pr., la 'stipulatio' il cui contenuto fosse in contrasto con l'etica e col diritto appare valida 'iure civili', nulla assolutamente 'iure honorario'. E

questa constatazione, come è chiaro, è sufficiente per la nostra indagine. E ne è chiara altresì l'alta importanza.

4. — Concerne la disciplina della stipulazione gravata di condicio iurisiurandi' il fr. 19 §§ 5, 6 de donat. 39, 5, estratto dal l. LXXVI 'ad edictum' di Ulpiano:

« § 5. Sed et hae stipulationes, quae ob causam fiunt, non habent donationem. § 6. Denique Pegasus putabat si tibi centum spondero hac condicione, si iurasses te nomen meum laturum, non esse donationem, quia ob rem facta est (1), res secuta est ».

Il brano è di importanza fondamentale per la nostra indagine. Perocchè Ulpiano vi riferisce, che Pegaso aveva stimato non esserci 'donatio' qualora si promettesse una somma di denaro alla condizione, che lo stipulante prestasse giuramento di portare il nome del promettente. La 'stipulatio' quindi, cui fosse aggiunta condizione di giurare, costituiva un negozio valido 'iure civili' e 'iure honorario'.

Senonchè la sostanza del 'iusiurandum' avrebbe potuto consistere nel compimento di un fatto illecito; di azione cioè od omissione, che violasse norma di etica ovvero di diritto. Ora è chiaro, che in tal caso il pretore non potesse che denegare l'azione o concedere l' 'exceptio doli'; come doveva ricorrere all'uno o all'altro provvedimento, quando ogni altra condizione fosse stata contro il 'ius' o i 'boni mores'.

Nè questa è la sola eccezione al principio che ricavasi dal fr. 19 § 6.

Volgiamoci al fr. 8 § 3 de condic. instit. 28, 7, attinto al l. L della medesima opera ulpiana:

« Et in mortis causa donationibus dicendum est edicto locum esse, si forte quis caverit, nisi iurasset se aliquid facturum, restitutum quod accepit: oportebit itaque remitti cautionem ».

(1) 'Et' ? : MOMMSEN, ad h. l.

L'editto al quale lo squarcio si riferisce è quello 'de condicione iurisiurandi' (1).

Quale ne fosse il tenore, si desume dal tratto seguente del pr. del fr. 8 cit.:

« . . . . voluit (praetor). . . . eum, cui sub iurisiurandi condicione quid relictum est, ita capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis iurisiurandi condicio inseritur . . . ».

Il brano non appare genuino. Sorprendono, infatti, la formulazione personale (2) e l' 'inseritur' (3). Ma riproduce fedelmente il contenuto dell'editto. Dice, invero, che l'onorato di lascito soggetto a 'condicio iurisiurandi' consegua il vantaggio economico come quegli, cui fosse stato lasciato puramente. Ora appunto Giuliano nel l. LXXXII 'digestorum' insegna, che secondo la lettera dell'editto l'istituto sotto condizione di giurare fosse senz'altro ammesso all'acquisto della eredità:

Fr. 26 pr. de cond. et dem. etc. 35, 1: « . . . si quicumque heres scriptus erit sub condicione 'si iuraverit se decem daturum' aut 'monumentum facturum', quamvis verbis edicti ad hereditatem [vel legatum (4)] admittatur, tamen compellitur facere id quod facturum se iurare iussus est solo iureiurando remisso ».

Marcello, inoltre, nel l. L 'digestorum' dice della norma in questione, che rimette il giuramento agli eredi e legatari che ne fossero onerati:

Fr. 29 § 2 de test. mil. 29, 1: « Edictum praetoris, quo iusiurandum heredibus institutis legatariisque remittitur . . . ».

(1) Su tale rubrica v. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, II Aufl., p. 349, n. 8.

(2) Cfr. PERNICE, *Labo, Roemisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, III Bd., I Abt., p. 50.

(3) Il KRUEGER, ad h. l., propone di leggere 'ingeritur'. Sul brano v. pure BESELER, op. cit., IV Heft, p. 142 e seg.

(4) Le parole 'vel legatum' sono probabilmente un glossema: LENEL, *Palingenesia*. . . . cit., vol. I, col. 479 n. 8.

L'editto quindi statuiva, che l'onorato di lascito sotto condizione di giurare conseguisse l'emolumento della disposizione, come se la modalità non fosse stata apposta.

Quel che avvenisse della 'condicio' si apprende dal passo di Giuliano e da quello di Marcello. Essa, ci dicono entrambi, 'remittitur': ne era dunque condonato l'obbligo della esecuzione.

L'editto, poi, concerneva solamente la istituzione d'erede (1): Ulpiano, op. cit., fr. 8 cit. § 1:

« Hoc edictum etiam ad legata pertinet, non tantum ad heredum institutionem ».

Però venne esteso ai legati:

Marcello, loc. cit.;

Ulpiano, loc. cit.;

e ai fedecommissi:

Marcello, l. c., in continuazione:

« locum habet [edictum praetoris] . . . in fideicommissis »

Ulpiano, op. cit., fr. 8 cit., § 2:

« In fideicommissis quoque oportebit eos, qui de fideicommissis cognoscunt, subsequi praetoris edictum ea propter, quia vice legatorum funguntur » (2).

(1) Cfr. PERNICE, op. cit., p. 49 e seg.; DE RUGGIERO, op. cit., p. 180. In proposito è decisivo il tenore del fr. 8 § 1. Secondo il LENEL, *Das Edictum* . . . cit., p. 349, invece, l'editto riguardava la istituzione d'erede ed i legati.

(2) Il BESELER, op. cit., III Heft, p. 107; IV Heft, p. 143, e sulle sue orme il KRUEGER, . . . *Supplementum* cit., ad h. l., assumono essere triboniano il tratto 'ea propter, quia vice legatorum funguntur', sembrando loro che incarni la fusione dei legati e dei fedecommissi operata da Giustiniano. Ma, pur essendo stati i due istituti, come da tempo affermiamo (*Sulla dottrina romana della revoca tacita dei legati e dei fedecommissi*, estratto dal vol. III degli *Annali del Seminario giuridico della R. Università di Palermo*, p. 7, n. 3; *Ancora sulla dottrina romana della revoca tacita dei legati e dei fedecommissi*, estratto dal vol. VI degli *Annali* citt., p. 11), nettamente distinti l'un dall'altro in tutta l'epoca clas-

E sarebbe stato applicato anche alle ' mortis causa donationes '. Questo affermarsi proprio in quel fr. 8 § 3, di cui dobbiamo occuparci.

Al quale, oramai, possiamo volgere completamente la nostra attenzione. Lo squarcio concerne l'ipotesi, che il donante a causa di morte stipulasse la restituzione dell'obbietto della liberalità, ove il beneficiario non giurava ' se aliquid facturum '. E vi si osserva che dovesse aver luogo l'editto cennato, e che quindi la cauzione - condizione fosse rimessa. Il contenuto della ' condicio ', come si vede, è qui l'opposto di quello della modalità discussa da Pegaso ed Ulpiano; ma anche il negozio di cui essa è parte mira ad astringere l'onere alla prestazione ed esecuzione del giuramento. Sicchè per quel fatto non viene in alcun modo attenuata l'importanza del brano per la indagine nostra.

Il Beseler <sup>(1)</sup> stima che esso provenga dai compilatori. Al critico tedesco sembra ingiustificata l'estensione della nuova norma ai beneficiari mediante ' donatio mortis causa ', avendo costoro assunto volontariamente l'onere di giurare. Senonchè pure l'istituto erede, il legatario ed il fedecommisario assumevano di propria volontà il peso della condizione: se non avessero voluto, avrebbero potuto rinunciare all'emolumento su cui essa gravava; così come il donatario a causa di morte per sfuggire al ' iusiurandum ' avrebbe potuto non accettare la ' donatio '. La considerazione quindi del Beseler non ha valore: anzi essa contribuirebbe a spiegare l'estensione del nuovo principio al negozio in esame. Nè la genuinità del frammento ci sembra contestabile altrimenti: esso per la precisione della for-

sica, tuttavia i fedecommessi per la loro struttura e funzione non potevano non essere considerati sempre più come un succedaneo dei legati, e quindi ben potevasi dire da un giureconsulto della fine di quel periodo che ' fideicommissa vice legatorum funguntur '. Si noti, inoltre, la precisione di tal brano ed altresì che l' ' eapropter ' non è adoperato nelle costituzioni giustinianee.

(1) Op. cit., III Heft, p. 107; IV Heft, p. 143 e seg.

ma e la tecnicità del contenuto appare ben degno del giureconsulto classico.

Ciò posto, passiamo ad indagare quale fosse la disciplina della ' stipulatio ' di cui si intrattiene il giurista. ' Iure civili ', non può esser dubbio che fosse pienamente valida. Ed invero, se fu necessario ricorrere all'editto ' de condicione iurisiurandi ' per rendere inefficace la modalità apposta alla ' donatio mortis causa ', è chiaro, che il negozio il quale ne formava la sostanza, e cioè la ' stipulatio ' di restituire ' nisi iurasset se aliquid facturum ', avesse piena validità secondo il diritto civile. ' Iure honorario ', invece, l'atto non poteva che essere inefficace. Perocchè, urtando la condizione ' nisi iurasset se aliquid facturum ' contro la norma che la ' condicio iurisiurandi ' apposta alla ' donatio mortis causa ' fosse da rimettere, la condizione medesima era di quelle contrarie al ' ius ', e quindi doveva il magistrato denegare l'azione o concedere l' ' exceptio doli ', ove lo stipulante avesse voluto far valere la sua pretesa.

Nell'ipotesi in parola dunque si ha un'altra eccezione al principio, che cogliesi dal fr. 19 § 6, 39, 5, della completa validità della ' stipulatio ' sottoposta a condizione di giurare. E la eccezione deriva dalla esistenza della norma, che la condizione ' si iuraverit ' fosse da rimettere se apposta a donazioni a causa di morte.

5. — Non abbiamo notizia alcuna circa la disciplina degli altri atti fra vivi, ' iuris civilis ' e sottoposti a condizione illecita. Le fonti, come dicemmo, non discorrono che di ' stipulatio '. Ma oramai è lecito pensare, che il pretore denegasse l'azione o concedesse l' ' exceptio doli ' anche per tutti gli altri negozi fra vivi, i quali appartenessero al diritto civile e fossero onerati di condizione contraria al ' ius ' o ai ' boni mores ', ovvero di ' condicio iurisiurandi ' dal contenuto illecito.

6. — La notizia più antica intorno alla disciplina di negozio a causa di morte ' iuris civilis ' ed onerato di condizione illecita è offerta da Cicerone, in C. Verrem, II, 1, 47, 123-124:

«... P. Trobanus viros bonos et honestos complures fecit heredes; in iis fecit suum libertum. Is A.

Trebonium fratrem habuerat proscriptum. Ei cum cautum vellet, scripsit, ut heredes iurarent, se curaturos, ut ex sua cuiusque parte ne minus dimidium ad A. Trebonium illum proscriptum perveniret. Libertus iurat; ceteri heredes adeunt ad Verrem, docent non oportere se id iurare: facturos esse, quod contra legem Corneliam esset, quae proscriptum iuvare vetaret; impetrant, ut ne iurent; dat his possessionem. Id ego non reprehendo; etenim erat iniquum, homini proscripto, egentibus, de fraternis bonis quicquam dari. Libertus, nisi ex testamento patroni iurasset, scelus se facturum arbitrabatur; itaque ei Verres possessionem hereditatis negat se daturum, ne posset patronum suum proscriptum iuvare, simul ut esset poena, quod alterius patroni testamento obtemperasset. Das possessionem ei, qui non iuravit; concedo; praetorium est. Adimis tu ei, qui iuravit; quo exemplo? Proscriptum iuvat; lex est, poena est ».

P. Trebonio istituisce eredi diverse persone di specchiata rettitudine, fra cui il liberto, sotto condizione che ognuno giuri di far pervenire non meno della metà della propria quota al fratello proscritto A. Trebonio. Il liberto giura; gli altri invece adiscono il pretore che era Verre; provano di non dover giurare, per non agire contro la legge Cornelia, che vietava di aiutare i proscritti; ne ottengono la dispensa dal gravame. A costoro Verre concede la 'bonorum possessio'; la nega invece al liberto, per avere ottemperato al testamento e perchè non potesse soccorrere il proscritto. Cicerone dichiara conforme al diritto il primo provvedimento, ma contesta la legittimità del secondo, osservando che la 'lex Cornelia' era legge penale e quindi non potesse il pretore urbano conoscere del caso.

Il diritto onorario dunque, quando l'istituzione d'erede fosse gravata di 'condicio' 'si iuraverit' in contrasto col diritto, esonerava l'istituito che ne avesse fatto richiesta dall'adempiimento della modalità. Il rilievo è di alta importanza per la nostra indagine. Anzitutto è notevole, che questa volta la ri-

provazione del pretore si manifesta rendendo inefficace del negozio invalido la sola 'condicio'. Ciò si spiega, tenendo presente la importanza grandissima del testamento nella vita sociale e giuridica di Roma. Limpida, poi, è la situazione del negozio in esame anche nell'altro ramo del diritto. Perocchè, se il pretore accordava il condono del gravame, è chiaro come questo avesse piena efficacia secondo il diritto civile. La dichiarazione principale dunque e l'accessoria costituivano un negozio valido 'iure civili', invalido 'iure honorario'. Nè meno perspicua è la situazione dell'istituito, il quale avesse ottenuto l'esonerazione dall'adempiimento della 'condicio'. Egli riceveva il possesso dei beni ereditari. Diveniva quindi 'bonorum possessor'; ma non anche 'heres': non aveva infatti ottemperato al volere del disponente racchiuso nel gravame e, 'iure civili', la istituzione d'erede in parola era negozio valido in entrambe le sue parti.

All'istituito che aveva giurato, Verre denega la 'bonorum possessio'. E ben a ragione. Avendo, infatti, la norma cui il 'iusiurandum' si riferiva carattere di assoluta, e consistendo in una azione che la violava il fatto sostanza del giuramento, il pretore, se per impedire la violazione della norma in parola scioglieva l'istituito che ne avesse fatto richiesta dall'obbligo dell'adempiimento del gravame, non poteva poi aiutare l'istituito che avesse voluto giurare, per poter compiere il fatto anti-giuridico voluto dal testatore. Era dunque legittima lo 'denegatio' della 'bonorum possessio' a danno del liberto. E quindi risulta chiara anche la situazione dell'istituito che avesse prestato giuramento: diveniva 'heres', trovandosi nelle condizioni volute dal diritto civile per il conseguimento della 'hereditas', ma non diventava 'bonorum possessor'.

Ora possiamo determinare anche la natura della invalidità pretoria, la quale colpiva la istituzione d'erede soggetta a 'condicio' 'si iuraverit', che avesse contenuto in contrasto col diritto. Perocchè, se il pretore denegava il possesso dei beni all'istituito che avesse giurato e rimetteva la modalità a colui che chiedesse di non giurare, vuol dire, che per il diritto onorario il negozio in questione era nullo, e nullo relativamente.

Niente dice lo squarcio ciceroniano intorno al regime della istituzione d'erede sottoposta a 'condicio' 'si iuraverit', in cui la sostanza del giuramento consistesse in azione od omissione contraria al buon costume. E son mute al riguardo anche le altre fonti. La molta analogia però del negozio con quello esaminato dianzi, fa pensare legittimamente che non dovesse essere diversa la sua posizione e nel diritto civile e nel diritto onorario.

In ultimo è da osservare, che, ove il contenuto del 'iusiurandum' fosse stato lecito, la istituzione d'erede era valida 'iure civili' e 'iure praetorio'. Questo si desume dal fr. 62 pr. de *acquir. vel omitt. hered.* 29, 2, estratto dal l. I 'ex posterioribus Labeonis' di Giavoleno:

« Antistius Labeo ait, si ita institutus sit 'si iuraverit, heres esto', quamvis iuraverit, non tamen eum statim heredem futurum, antequam pro herede aliquid gesserit, quia iurando voluntatem magis suam declarasse videatur ».

Dice infatti Giavoleno essere avviso di Labeone, che l'istituito sotto la 'condicio' 'si iuraverit' se presta il giuramento, non possa diventare erede che compiendo atti di gestione 'pro herede', dovendosi ritenere avesse piuttosto manifestato la sua volontà in ordine al giuramento. Dunque, malgrado la condizione di giurare, il designato poteva diventare erede secondo l'uno e l'altro diritto. Il che vuol dire, che il pretore colpiva di invalidità solo quel 'iusiurandum' apposto a istituzione di erede, che astringesse ad azioni od omissioni in contrasto col diritto o con la morale.

7. — Quale fosse la disciplina degli altri negozi a causa di morte derivanti dal diritto civile e sottoposti a 'condicio si iuraverit', non ci dicono le fonti. Però è da ritenere certo, che il pretore li considerasse come inesistenti, ove il contenuto del giuramento risultasse illecito. Così pensiamo, e perchè il diritto onorario certamente non deve essersi comportato in maniera diversa in ordine ai negozi 'inter vivos', e perchè la disciplina cui abbiamo posto in rilievo della istituzione d'erede trova il suo motivo nella necessità di conservare il testamento, mo-

tivo, per cui essa appare come una deviazione dal regime annullatore dell'intero negozio,

8. — In qual momento l'editto 'de condicione iurisiurandi' abbia visto la luce, si apprende dal fr. 12 pr., dianzi ricordato. A commento, infatti, dell'avviso di Labeone, Giavoleno soggiunge:

« ego puto satis eum pro herede gessisse, si ut heres iuraverit: Proculus idem, eoque iure utimur ».

Dice cioè che, differentemente da quel che pensava Labeone, era opinione di Proculo e sua, e costituiva diritto vigente, che l'istituito il quale giurasse come erede, compisse atto di gestione 'pro herede' e quindi diventasse 'heres'. Ora, se nei 'Posteriores' si assumeva, come sappiamo, che il designato dal testatore non divenisse erede per il solo fatto d'aver prestato giuramento, sembrando avesse quegli espresso il suo volere piuttosto nei riguardi del 'iusiurandum', è perspicuo fosse ancora necessario, quando il grande giureconsulto redigeva quell'opera, che si ottemperasse alla condizione di giurare. Viceversa, se Proculo opinava che l'aver giurato si dovesse considerare come vero e proprio atto di amministrazione 'pro herede' e quindi manifestazione di volontà sufficiente a far diventare 'heres' l'istituito, riesce chiaro del pari, che la 'condicio' 'si iuraverit' apposta alla istituzione d'erede al tempo di quel giurista avesse già perduta la sua efficacia. L'editto in questione dunque se fu ignoto ai 'Posteriores' di Labeone e noto a Proculo, venne emanato nei primi momenti dell'impero (1).

Il provvedimento pretorio modificava profondamente il vecchio regime. Esso infatti statuisce, che l'istituito sotto 'condicio iurisiurandi' conseguiva l'emolumento lasciatogli, come se la modalità non fosse stata apposta. Sicchè colpiva di nullità asso-

(1) Cfr. PERNICE, op. cit., p. 50 e segg.; v. anche DE RUGGIERO, op. cit., p. 179; LENEL, *Das Edictum...* cit., p. 350. Diversamente HUSCHKE, *Ueber die conditio iurisiurandi*, nella *Zeitschrift fuer Civilrecht und Prozess*, XIV Bd., p. 366 e segg., e specie pp. 348, 355, 370; FERRINI, *Teoria...* cit., p. 349; SUMAN, op. cit., p. 43.

luta la condizione. E qualsiasi condizione ' si iuraverit ': anche quella, quindi, in cui il tenore del giuramento non fosse stato in contrasto con l'ordine giuridico o morale. Il che importava, che la ' remissio ' avesse luogo in forza dell'editto medesimo, e per ogni condizione di giurare:

Gaio, l. II ' fideicommissorum ', fr. 65 (63) § 9 ad sen. cons. Treb. 36, 1: « Quod si condicio adscripta est (heredi) et ea est, quam praetor remittit, sufficit edictum, ut Iulianus ait... »;

Ulpiano, l. L ' ad edictum ', fr. 8 cit., § 8: « De hoc iure iurando remittendo non est necesse adire praetorem: semel enim in perpetuum a praetore remissum est *nec per singulos remittendum*... <sup>(1)</sup> ».

L'istituzione d'erede dunque sotto ' condicio iurisiurandi ' ' iure civili ' rimaneva valida interamente ed in ogni caso. ' Iure honorario ' invece il negozio non è più, come nell'antico diritto, nullo relativamente e solo ove la sostanza del giuramento fosse stata in contrasto con l'etica o col diritto: ora è valido ' ab initio ', però solo nel suo elemento nucleare, e qualunque sia il tenore del ' iusiurandum '.

L'istituto, in conseguenza, è sempre ' bonorum possessor '. Ciò è pure attestato in maniera diretta. Gaio, infatti, nel l. II ' fideicommissorum ' dice che gli competesse la ' bonorum possessio ' secondo il testamento:

Fr. 65 (63) § 9 cit., in immediata continuazione: «... hactenus iubendus est (heres), ut constituat praetoris actionibus uti aut petat bonorum possessionem secundum tabulas, ut ita nactus actiones tunc restituta hereditate transferat eas ex senatus consulto <sup>(2)</sup> ».

E certo delle azioni fittizie spettanti al ' bonorum possessor ' diceva Ulpiano nel fr. 8 § 6, 28, 7:

« Quotiens heres iurare iubetur daturum se aliquid vel

<sup>(1)</sup> Le parole ' nec - remittendum ' sono interpolazioni: BESELER, op. cit., IV Heft, p. 143.

<sup>(2)</sup> V. pure il § 10 del frammento.

facturum, quod non improbum est, actiones hereditarias non alias habebit, quam si dederit vel fecerit id, quod erat iussus iurare ».

Nel pr. del fr. 8 cit., ove è, come sappiamo, la sostanza dell'editto, ne è esposta pure la ragione che lo avrebbe determinato:

« Quae sub condicione iurisiurandi relinquuntur, a praetore reprobantur: providit enim, ne is, qui sub iurisiurandi condicione quid accepit, aut omittendo condicionem perderet hereditatem legatumve aut cogere turpiter accipiendi condicionem iurare... et recte: cum enim faciles sint nonnulli hominum ad iurandum contemptu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem, ne vel hi vel illi aut consequerentur aut perderent quod relictum est, praetor consultissime intervenit. etenim potuit is, qui voluit factum, quod religionis condicione adstringit sub condicione faciendi relinquere: ita enim homines aut facientes admitterentur aut non facientes deficerentur condicione ».

Nel testo si dice, che il pretore colpisce di invalidità la ' condicio ' ' si iuraverit ', perchè, costituendo turpitudine il giurare, l'onorato, se religioso, ' metu divini numinis ' se ne sarebbe astenuto, perdendo per tal motivo il comodo lasciategli; se invece miscredente, ' contemptu religionis ' avrebbe giurato, e in tale guisa avrebbe conseguito illecitamente l'emolumento della disposizione. Del resto, si soggiunge, il fatto rimane sempre obbietto possibile, direttamente, di ' condicio ' apposta a lascito.

Senonchè il giuramento, in genere, indipendentemente cioè dal suo obbietto, nell'era classica non veniva considerato quale turpitudine: era illecito soltanto ove il suo contenuto fosse stato in contrasto con l'etica o col diritto. Per non uscire dal presente campo di indagine, ricordiamo solo che Pegaso e Ulpiano medesimo <sup>(1)</sup> riferiscono fosse valida ' iure civili ' e ' iure ho-

<sup>(1)</sup> Fr. 19 § 5, 6, 39, 5.

norario ' la stipulazione soggetta a ' condicio si iuraverit ' ; come al tempo di Labeone <sup>(1)</sup> si riconoscesse uguale efficacia all' istituzione d' erede così modificata ; che Marcello <sup>(2)</sup> dice addirittura, delle ' condicionem iurisiurandi ', esser turpi soltanto ' plerumque '. D' altra parte, nessuno certo ascriverebbe al giurista, per la imprecisione del contenuto e l' ineleganza della forma, i brani ' providit enim — condicionem iurare ' e ' et recte — deficerentur condicione ' <sup>(3)</sup> ; nè possiamo non rilevare come le considerazioni di carattere religioso, che quivi son poste a fondamento dell' editto, ben si potrebbero riannodare all' etica cristiana, la cui influenza nei codici giustiniani è oramai da ritenere assai notevole <sup>(4)</sup>. La ragion di edire dunque che figura nel testo è falsa ed interpolata : la vera è da ricercare in altra direzione.

Come osservammo, l' antica disciplina della istituzione d' erede sottoposta a ' condicio iurisiurandi ' poggiava sulla necessità di salvare il testamento, essendone grandissima l' importanza nella vita sociale e giuridica di Roma. Senonchè col regime della nullità relativa di quel negozio lo scopo di mantenere in vita il testamento raggiungevasi solamente ove l' isti-

<sup>(1)</sup> Fr. 62 pr., 29, 2.

<sup>(2)</sup> ' Apud Iulianum l. XXVII digestorum ', fr. 20 de cond. et dem. etc. 35, 1 : « Non dubitamus, quin turpes condicionem remittenda sunt: quo in numero plerumque sunt etiam invisurandi ».

<sup>(3)</sup> Cfr. PERNICE, op. cit., p. 50; DE RUGGIERO, op. cit., p. 178; ed anche KRUEGER, ed. h. l. e BESELER, op. cit., IV Heft, p. 143 e seg. Al posto di ' aut cogere turpiter accipiendi condicionem iurare ', il MOMMSEN, ad h. l., stima probabile si leggesse ' aut accipiendi condicionem cogere turpiter iurare '.

<sup>(4)</sup> Cfr. in proposito gli studi magistrali del RICCOBONO, *L' influenza del Cristianesimo nella codificazione di Giustiniano*, estratto dalla *Rivista di Scienze « Scientia »*, vol. V, anno III (1909), n. IX-I; *Cristianesimo e diritto privato*, estratto dalla *Rivista di diritto civile*, n. 1, 1911. Contro: BAVIERA, *Concetto e limiti dell' influenza del Cristianesimo sul diritto romano*, estratto dalle *Mélanges P. F. Girard*.

tuito avesse chiesto di non giurare : solo in tal caso, infatti, il pretore concedeva la ' bonorum possessio '. Dovette quindi ben tosto apparire opportuno rendere il diritto in parola più idoneo a conseguire il fine cui mirava. Pertanto il pretore emanò il saputo editto. E così l' istituzione d' erede divenne sempre pura e valida ' iure praetorio ', ed in conseguenza il testamento ebbe sempre efficacia <sup>(1)</sup>.

Di tutto ciò Ulpiano verisimilmente faceva cenno nel fr. 8 pr.; e tutto ciò non avrebbe potuto figurare nelle Pandette, essendo nel diritto nuovo fundamentalmente diversa l' importanza del testamento.

Congegnato in quella maniera, l' editto ' de c. i. ' rimetteva anche la modalità che non fosse in contrasto con l' ordine morale o giuridico. All' inconveniente il pretore rimediò astringendo l' onorato ad eseguirne il gravame. Questo dovette assai probabilmente avvenire subito dopo l' emanazione dell' editto; nelle fonti però il principio appare per la prima volta solo nei Digesti giuliani:

L. LXXXII, fr. 26 pr. de cond. et dem. etc. 35, 1: « Hae scriptura ' si viginti dederit aut <sup>(2)</sup> iuraverit se aliquid facturum ' unam condicionem exprimit habentem duas partes: quare si quicumque heres scriptus erit sub condicione ' si iuraverit se decem daturum ' aut ' monumentum facturum ', quamvis verbis edicti ad

<sup>(1)</sup> L' emanazione dell' editto non può spiegarsi con l' emanazione della ' lex Papia Poppaea ', come vorrebbe il PERNICE, op. cit., p. 51 e segg. Il vecchio regime pretorio, infatti, come è chiaro, sarebbe stato sufficiente ad impedire anche violazioni delle nuove norme sulla ' incapacitas '. L' idea che l' editto dovesse la sua vita alla necessità di impedire che si violassero divieti legali concernenti eredità e legati trovava già nell' HUSCHKE, op. cit., p. 349 e segg.

<sup>(2)</sup> Le parole ' viginti dederit aut ' sono certamente un glossema: il giurista faceva solo il caso della condicione ' si iuraverit ', come risulta dal seguito del brano. Così pure, ma con esitanza, il LENEL, *Palingenesia* . . . cit., vol. I; col. 479, n. 7.

hereditatem vel legatum <sup>(1)</sup> admittatur, tamen compellitur facere id quod facturum se iurare iussus est solo iureiurando remisso ».

La limitazione ebbe valore sino al chiudersi del periodo classico :

Ulpiano, l. L ' ad edictum ', fr. 8 § 6 cit. : « Quotiens heres iurare iubetur daturum se aliquid vel facturum, quod non improbum est, actiones hereditarias non alias habebit, quam si dederit vel fecerit id, quod erat iussus iurare <sup>(2)</sup> ».

9. — Gli altri negozi a causa di morte rimanevano sotto la regola della nullità assoluta dell'intero atto, ove il contenuto del giuramento fosse stato in contrasto con la morale o col diritto.

L'editto però, e forse dopo poco tempo dalla sua emanazione, venne esteso ai legati, ai fedecommessi, alle donazioni a causa di morte. E ne è ben chiaro il motivo: avendo anche questi negozi carattere di atto di liberalità, non appariva giustificabile che fossero soggetti a disciplina diversa. Pure essi quindi ' iure honorario ' divennero invalidi solo relativamente alla modalità ed ebbero vita come puri ' ab initio '.

Nei riguardi dei legati è da notare che l'applicazione dell'editto in esame importava, fra l'altro, che la ' cessio diei ' avesse luogo regolarmente:

Ulpiano, l. XX ' ad Sabinum ', fr. 5 §§ 3, 4 quando dies leg. etc. 36, 2: « Sed si ea condicio fuit, quam praetor remittit, statim dies cedit: ... quia pro puro hoc legatum habetur »;

l. L ' ad edictum ', fr. 8 § 8 cit. : « De hoc iureiurando remittendo non est necesse adire praetorem: semel enim in perpetuum a praetore remissum est... et idcirco ex quo dies legati cesserit, remissum videtur e-

<sup>(1)</sup> Sulle parole ' vel legatum ' v. p. 18 n. 4.

<sup>(2)</sup> Il BESELER, op. cit., IV Heft, p. 143 e seg. invece stima interpolate le parole ' quod non improbum est '.

tiam ignorante scripto herede. ideoque in herede legatarii recte probatur, ut post diem legati cedentem si decesserit legatarius, debeat heres eius actione de legato uti, quasi pure legato relicto ei cui heres exstiterat » <sup>(1)</sup>.

Sembrerebbe, inoltre, rimanesse fuori dell'orbita dell'editto il legato sotto ' condicio iurisiurandi ' a favore degli abitanti di municipio.

Di tale lascito si discorre nel fr. 97 de condic. etc. 35, 1, tolto dal l. II ' ad Neratium ' di Paolo:

« Municipibus, si iurassent, legatum est. haec condicio non est impossibilis. PAULUS, quemadmodum ergo pareri potest per eos? itaque iurabunt, per quos municipii res geruntur ».

Dice Nerazio, che se la ' condicio iurisiurandi ' grava su legato in onore dei ' municipes ', la condizione non è impossibile. Paolo avrebbe soggiunto, che quegli giurerebbero per mezzo della autorità municipale. Sicchè in tale ipotesi avrebbe avuto luogo il diritto comune della nullità assoluta dell'intera disposizione, ove la sostanza del giuramento fosse stata illecita. Senonchè non troviamo motivo che legittimi si fatta esclusione dell'editto in parola <sup>(2)</sup>. D'altra parte è da notare, che il frammento ha subito delle modificazioni da parte dei com-

<sup>(1)</sup> Per il BESELER, op. cit., VI Heft, p. 143 e seg., invece tutto il tratto ' et idcirco — exstiterat ' è manifestamente non classico.

<sup>(2)</sup> Secondo il PERNICE, op. cit., p. 55, il pretore non avrebbe applicato l'editto al caso in questione, perchè, ove fosse stato lecito il contenuto del ' iurisiurandum ', non avrebbe potuto, come faceva con l'istituto erede (fr. 26 pr. 35, 1; fr. 8 § 6, 28, 7), costringere l'onerato ad osequire l'onere sostanza del giuramento col rifiuto dell'azione. Tale tesi però ci sembra priva di consistenza. Il pretore, infatti, come denegava le azioni ereditarie all'erede, avrebbe potuto non concedere al legatario l' ' actio utilis ', cui dava per far valere il diritto al legato, quando fosse manifesta la liceità del gravame e il beneficiato si rifiutasse di eseguirlo.

pilatori. Questo è provato all'evidenza dall' ' itaque ', che presuppone un ragionamento che non esiste nello squarcio <sup>(1)</sup>. Però non sapremmo attribuire al diritto nuovo il principio in questione. Perocchè, secondo abbiamo osservato, i Giustiniani proclamano persino essere turpitudine il giurare (fr. 8 pr. 28, 7). Pensiamo quindi, che Paolo soltanto illustrasse l'affermazione di Nerazio che non fosse di impossibile adempimento la condizione di giurare imposta ai ' municipes ', adducendo la ragione per cui si fatto avviso era da accogliere; e che la soppressione del ragionamento pauliano abbia conferito alla proposizione finale del medesimo un senso, cui non aveva nel testo originale e non era nella mente dei compilatori di attribuirle.

Invece si ha eccezione di fronte all' editto nella disciplina dell' ipotesi, che il testatore onori il liberto sotto la condizione di giurare che presterebbe cose od opere al proprio figliuolo:

Ulpiano, l. XXVIII ' ad Sabinum ', fr. 7 § 1 de op. libert.

38, 1: « Plane quaeritur, si quis liberto suo legaverit, si filio suo iuraverit se decem <sup>(2)</sup> operarum nomine praestaturum, an obligetur iurando. et Celsus Iuventius obligari eum ait parvique referre, quam ob causam de operis libertus iuraverit: et ego Celso adquiesco ».

Celso proclamò la validità di si fatto giuramento evidentemente per la natura della ' promissio iurata ' del liberto. E fu seguito dalla giurisprudenza posteriore.

E' da avvertire, infine, che rimane sottoposta al regime comune l' ipotesi, che si lasci la libertà direttamente e sotto la condizione di giurare, pur basandosi il negozio su spirito di liberalità.

Questo si desume dal fr. 12 pr. de man. test. 40, 4, Ulpiano, l. L ' ad edictum ':

« Si quis libertatem sub iurisiurandi condicione relique-

<sup>(1)</sup> Cf. HUSCHKE, op. cit., p. 376.

<sup>(2)</sup> ' Operas aut aliquid ': ins. MOMMSEN, ad h. l.

rit, edicto praetoris <sup>(1)</sup> locus non erit, ut iurisiurandi condicio remittatur <sup>(1)</sup>, et merito: nam si quis remiserit condicionem libertatis, ipsam libertatem impedit, dum competere aliter non potest, quam si paritum fuerit condicioni ».

Il Pernice <sup>(2)</sup>, non vedendo nel brano « nam — condicioni » che una ripetizione della fattispecie, lo ritiene solamente un tentativo di motivazione dei compilatori. Senonchè il negozio ' iuris civilis ' oberato di condizione di giurare secondo il diritto civile era valido nella sua interezza e qualunque fosse il tenore del giuramento. D' altra parte il diritto onorario non avrebbe potuto largire al servo in parola quello stato, che, eseguendosi la condizione, avrebbe concesso il ' ius civile '. Occorreva dunque non applicare l' editto, affinchè lo schiavo potesse conseguire la posizione giuridica largitagli dal testatore. Ora appunto a tutto questo si riferisce il brano in questione: vi si dice, infatti, che la ' remissio ' avrebbe impedita la ' libertas ', non potendo questa competere che adempiendo alla modalità. Il brano dunque racchiude la ' ratio ' che adduceva Ulpiano della non estensione dell' editto e l' intero frammento testimonia, che la manumissione diretta sotto ' condicio iurisiurandi ' ' favore libertatis ' non fu assoggettata al nuovo regime <sup>(3)</sup>.

10. — Che nell' antico diritto il regime della ' remissio ' applicato dal pretore alla istituzione d' erede sotto ' condicio iurisiurandi ' contraria al diritto avesse luogo anche per la istituzione d' erede oberata di condizione immorale, si può pensare legittimamente malgrado il silenzio delle fonti. Anche in questa

<sup>(1)</sup> Le parole ' praetoris ' e ' ut iurisiurandi condicio remittatur ' furono intruse dai compilatori al fine di chiarire: BESELER, op. cit., IV Heft, p. 144. Nell' originale ulpiano il passo figurava certamente prima del § 4 del fr. 8, 28, 7.

<sup>(2)</sup> Op. cit., p. 54 n. 4; v. pure KRUEGER, ad h. l.; BESELER, op. cit., IV Heft, p. 144.

<sup>(3)</sup> V. pure Giuliano, l. XLIII ' digestorum ', fr. 13 § 3 de statul. 40, 7; Paolo, l. VII ' ad Plautium ', fr. 36 de man. test. 40, 4.

ipotesi, infatti, il testamento secondo la regola comune sarebbe stato nullo assolutamente; ed analogo era d'altra parte il motivo della invalidità che lo colpiva.

Risulta, poi, che la istituzione d'erede, il legato ed il fedecommesso sotto condizione turpe furono disciplinati dall'editto 'de condicione iurisiurandi'. Marcello, infatti, nel l. X 'digestorum' dice:

Fr. 29 § 2 de testam. mil. 29, 1: « Edictum praetoris, quo iurisiurandum heredibus institutis legatariisque remittitur, locum habet... etiam in fideicommissis: idemque si turpis esset condicio ».

E annotando il l. XXVII dei 'digesta' giulianeî, ove discorrevasi del 'testamentum militis' <sup>(1)</sup>:

Fr. 20 de cond. et dem. etc. 35, 1: « Non dubitamus, quin turpes condiciones remittendae sunt: quo in numero plerumque sunt etiam iurisiurandi ».

Paolo, poi, nel l. XLV 'ad edictum', sotto la rubrica 'de condicionibus institutionum', insegna:

Fr. 9 de cond. instit. 28, 7: « Condiciones, quae contra bonos mores inseruntur, remittendae sunt, veluti 'si ab hostibus patrem suum non redemerit', 'si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit' ».

Ed è da ritenere, in conseguenza, fosse soggetta al medesimo regime la 'donatio mortis causa' onerata della modalità in parola.

11. — Che la 'remissio' nel diritto antico si applicasse anche alla istituzione d'erede oberata di 'condicio' contraria al 'ius', è da ammettere senz'altro. Il regime eccezionale, infatti, incontra applicato alla istituzione d'erede viziata da 'condicio iurisiurandi' in contrasto con l'ordine giuridico; da una condizione, quindi, il cui adempimento era giuridicamente completo sol che si fosse giurato di compiere l'azione od omissione riprovata dal diritto.

*litte Sec. V,* Che/poi, avesse luogo anche in ordine al negozio in que-

(1) Cfr. LENEL, Paligenesia . . . cit., vol. I, col. 389.

stione, è attestato perspicuamente dalle fonti. Si guardi, infatti, al fr. 7 de cond. instit. 28, 7, Pomponio, l. V 'ad Sabinum':

« Si quis sub condicione heredes instituisset, si invicem cavissent se legata eo testamento relicta reddituros, placet remitti eis condicionem, quia ad fraudem legum respiceret, quae vetarent quosdam legata capere . . . ».

Nel testo, come abbiamo visto, si dice, che se vengono istituiti eredi parecchi individui a condizione che ognuno in proporzione della propria quota si obblighi mercè 'stipulatio' a prestare i legati caduchi, è diritto fermo ('placet'), che la modalità venga rimessa, essendo in frode alle leggi che vietano a determinate persone l'acquisto di legati.

Il Bremer <sup>(1)</sup> assume che il 'placet' provenga dai compilatori: al tempo di Pomponio si sarebbero avuti dei dubbi circa l'applicabilità della 'remissio' alla condizione in esame. E l'avviso del Bremer è accolto dal Krueger <sup>(2)</sup>. Senonchè la soluzione a cui il 'placet' si riferisce è in completa armonia col diritto che troviamo già fermo al tempo di Cicerone. E la forma del brano appare ben degna del giureconsulto classico. Il frammento dunque è tutto di Pomponio. Ed attesta nitidamente, che anche l'istituzione d'erede viziata da condizione violatrice dell'ordinamento giuridico aveva trovato la sua disciplina nell'orbita dell'editto in parola.

Nè solo a tal negozio venne applicata la 'remissio'. Perocchè nel fr. 71 §§ 1, 2 de cond. et. dem. etc. 35, 1, tolto dal l. XVII 'quaestionum' di Papiniano, si legge:

« § 1: Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem quae vidua est ducat: condicio non remittetur et ideo nec cautio remittenda est. huic sententiae non refragatur, quod, si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, praetor actionem denegat: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, a-

(1) *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, p. a., s. p., p. 392 e seg.

(2) Ad l. 1.

liud ad testamentum [ad id testamento: Pap.] certa lege invitari. § 2. Titio centum relicta sunt ita, ut a monumento meo non recedat vel uti in illa civitate domicilium habeat. potest dici non esse locum cautioni, per quam ius libertatis infringitur.... ».

Papiniano cioè insegna, che se vien lasciato a Titio del denaro con l'onere di sposar Mevia vedova, la condizione non sia da rimettere; e che la 'remissio' al contrario abbia luogo, ove si imponga di non allontanarsi dal monumento del testatore o da città determinata, invitandosi solamente a contrar nozze nella prima ipotesi, infrangendosi il 'ius libertatis' nella seconda. Il grande giurista, quindi, disciplina il lascito in genere, se operato della modalità in esame, alla luce della 'remissio' pretoria.

Del legato, poi, sotto condizione contraria al diritto, si dice pure nel fr. 2 § 44 ad sen. cons. Tertullianum etc. 38, 17, del l. XIII 'ad Sabinum' di Ulpiano:

« Tractari belle potest, si pupillo amplum legatum sub condicione sit relictum 'si tutores non habuerit' et propterea ei mater non petierit, ne condicione deficeretur, an constitutio cesset. et puto cessare, si damnum minus sit cumulo legati. quod et in magistratibus municipalibus tractatur apud Tertullianum: et putat dandam in eos actionem, quatenus plus esset in danno quam in legato. nisi forte quis putet condicionem hanc quasi utilitati publicae obpugnantem remittendam ut alias plerasque: aut verba cavillatus imputaverit matri, cur curatores non petierit. finge autem plenius condicionem conscriptam: nonne erit matri ignoscendum? aut hoc imputatur matri, cur non desideravit a principe condicionem remitti? et puto non esse imputandum ».

Ad un pupillo vien lasciato un cospicuo legato sotto la condizione 'si tutores non habuerit'. La madre, per non far mancare la 'condicio', non chiede i tutori. Si domanda 'an constitutio cesset'.

La costituzione è il rescritto di Settimio Severo che esclude la madre dalla successione intestata nei beni dei figli, quando

non avesse chiesto per loro tutori idonei, o avesse ommesso di dar subito nomi di altri, se i primi venivano dispensati o respinti:

Modestino, l. I 'excusationum', fr. 2 § 2 qui petant tutores etc. 26, 6: «... Divus Severus Cuspio Rufino.

Omnem me rationem adhibere subveniendis<sup>(1)</sup> pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo. et ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis vel prioribus excusatis reiectisve non confestim aliorum nomina dederit, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum<sup>(2)</sup> ».

Si domanda dunque se la madre per avere ommesso di chiedere i tutori per il figlio non perda il diritto di successione. E si risponde che il rescritto non è applicabile, ove il danno risentito dal pupillo sia inferiore all'ammontare del lascito. Tertulliano, si soggiunge, tratta la questione relativamente ai magistrati municipali ed opina potersi agire avverso costoro, se il danno arrecato al pupillo sia maggiore dell'importo del legato. Seguono poscia delle considerazioni, che avrebbero potuto consigliare la soluzione non favorevole alla madre: sempre che, si osserva, non si ritenga esser la condizione in contrasto col pubblico interesse e quindi come molte altre condonabile, nel qual caso la madre avrebbe potuto rivolgersi al principe per la 'remissio'; ovvero non si creda, che la madre avrebbe dovuto chiedere dei curatori, non potendo far nominare dei tutori. A questo punto si fa l'ipotesi che il disponente abbia imposto anche di non chieder curatori<sup>(3)</sup>, e si domanda se non sia da indulgere alla madre pure in tal caso. La frase 'et puto non esse imputandum' chiude il lungo ragionamento: si riafferma quindi la decisione data in principio.

Per il Gradenwitz<sup>(4)</sup> è sicuramente interpolata la frase 'si

(1) 'Subveniendi'? : MOMMSEN, ad h. l.

(2) Cfr. Ulpiano, eod., fr. 2 § 23 eod.

(3) Così, con l'Accursio, ad h. v., interpretiamo il 'plenius' della frase 'finge autem plenius condicionem conscriptam'.

(4) *Interpolationen in den Pandekten*, p. 75 e segg.

damnum — cumulo legati', per la parola 'cumulus' e talune ragioni sostanziali. Osserva, infatti, che in forza del concetto cui quel tratto racchiude, verrebbe a dipendere dal risultato di un'operazione di mero calcolo l'infiggere o meno la perdita del diritto successorio; che sarebbe difficile determinare il danno ed assurdo, se minimo, punire la madre; che questa per evitare la pena preferirebbe sempre chiedere il tutore. La frase deriverebbe probabilmente dall'altra 'quatenus — in legato', la quale però non sarebbe immune da ritocchi bizantini. La tesi, nella sua prima parte, ha riscosso il plauso del Lenel<sup>(1)</sup>, del Krueger<sup>(2)</sup>, del Taubenschlag<sup>(3)</sup>, del Solazzi<sup>(4)</sup>, del Beseler<sup>(5)</sup>. Il Taubenschlag<sup>(6)</sup>, poi, stimando che nell'epoca classica al pupillo non potesse darsi il curatore in luogo del tutore, addita come probabilmente triboniano il tratto 'nisi forte — non petierit', in cui anche Ulpiano, dopo avere espressa la propria opinione, avrebbe, e in forma non corretta, fatto valere delle circostanze, da cui scaturirebbe esser più fondata la tesi opposta. Alla idea del Taubenschlag aderisce pienamente il Krueger<sup>(7)</sup>. Più oltre va il Solazzi<sup>(8)</sup>, espungendo il 'nisi forte — non petierit' per i motivi addotti dal Taubenschlag, e dichiarando interpolatizio pure il tratto 'finge — ignoscendum', perchè la 'plenior condicio' non potrebbe essere che quella, la quale comprendesse anche il 'curator': una condizione dunque che avrebbe avuto senso solo per il diritto giustiniano. Del resto dello squarcio ammette, sia pure esitando, la classicità, sembrandogli verisimile che i compilatori abbiano attinto ad esso lo spunto per il tratto 'nisi forte — non petierit', e non verisimile, che uno stesso

(1) Op. cit., vol. II col. 1049 n. 2.

(2) Ad h. l.; ... *Supplementum* cit., ad h. l.

(3) *Vormundschaftliche Studien*, p. 65.

(4) Op. cit., III Heft., p. 122.

(5) *Curator impuberis*, p. 87 e n. 2.

(6) Op. cit., loc. cit.

(7) Op. cit., ad h. l.

(8) Op. cit., loc. cit.

autore ripetesse due volte il tema della 'condicionis remissio'. Allo Scialoja<sup>(1)</sup> invece fa impressione soltanto che la 'remissio' dovesse domandarsi al principe invece che al pretore, e stima sia da pensare ad errore di scrittura, ove non si ammetta che per la peculiarità del caso si dovesse ricorrere al principe. Infine il Beseler<sup>(2)</sup> per la presenza dell' 'imputare' e la menzione del 'curator' espunge addirittura, come certamente triboniano, tutto il tratto 'nisi forte — non esse imputandum'; e solamente esserne probabile l'origine bizantina ritiene il Suman<sup>(3)</sup> per quelle ragioni, l'ampollosità dello stile e l'attribuzione della 'remissio' all'imperatore.

Lo squarcio presenta certamente tracce evidenti e cospicue della penna dei bizantini. Ma, per fortuna, contiene qualche elemento che consente di ricostruire nella sua interezza il pensiero del giureconsulto. Il quale è fondamentalmente difforme da quello che risulta dal frammento o che la critica finora gli ha attribuito.

Certo appartiene ai Giustiniani il tratto 'aut verba cavillatus imputaverit matri, curatores non petierit'. Il Taubenschlag ed il Solazzi hanno dimostrato luminosamente che nel diritto classico non poteva darsi al pupillo indifferentemente il tutore od il curatore. E pure bizantino è il brano 'finge autem plenius condicionem conscriptam: nonne erit matri ignoscendum?', perchè presuppone anch'esso che al tempo di Ulpiano potesse darsi il 'curator' in luogo del 'tutor'.

Viceversa, quasi l'intero brano

« .... nisi forte quis putet condicionem hanc quasi utilitati publicae obpugnans remittendam ut alias plerasque.... ».

è da rivendicare al giurista classico. Ed invero, le norme stabilite per tutelare il patrimonio del pupillo sono di pubblico interesse, costituiscono cioè 'ius publicum'. Questo è affermato

(1) Op. cit., p. 34 n. 2.

(2) Op. cit., loc. cit.; IV Heft, p. 288.

(3) Op. cit., p. 49.

energicamente da Ulpiano medesimo <sup>(1)</sup> ed anche nella introduzione del rescritto di Sottimio Severo <sup>(2)</sup>, del quale è glossa il frammento in parola. La condizione quindi ' si tutores non habuerit ' è modalità in contrasto col ' ius '. Inoltre, se la ' condicio ' aveva questo tenore, se derogava cioè a norma assoluta di diritto, è spiegabile si osservasse, che per tal motivo (' quasi ') venisse rimessa come le molte altre della medesima indole. Da molto tempo si fatte modalità, ove apposte a legato, avevan la loro disciplina nell'orbita dell'editto ' de condicione iurisiurandi '. Nè poteva il giurista affermare che era opinione soltanto di qualcuno, che la ' condicio ' avesse quella natura e perciò quella disciplina: la rescissione con cui anche dallo stesso Ulpiano i principî diretti a conservare il patrimonio pupillare vengono qualificati come ' ius publicum ', esclude del tutto che una condizione la quale mirasse a violarli potesse non essere considerata come contraria al diritto. D'altra parte, dedotte le parole

«... nisi forte quis putet »,  
 quel che rimane del brano

(1) L. XXXV ' ad edictum ', fr. 5 § 7 de admin. et per. etc. 26, 7: « Iulianus libro vicesimo primo digestorum huiusmodi speciem proponit: quidam decedens filiis suis dederat tutores et adiecerat: ' eosque aneclogistos esse volo '. et ait Iulianus tutores, nisi bonam fidem in administratione praestiterint, damnari debere, quamvis testamento comprehensum sit, ut aneclogisti essent: nec eo nomine ex causa fideicommissi quicquam consequi debebunt, ut ait Iulianus, et est vera ista sententia: nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus nec mutare formam antiquitus constitutam... »;

l. XXXVI ' ad edictum ', fr. 1 § 9 de magistr. conven. 27, 8: « Si inter magistratus hoc convenerit, ut alterius tantum periculo tutores darentur, conventiones pupillo non praeiudicare divus Hadrianus rescripsit: conventione enim duumvirorum ius publicum mutari non potest... ».

(2) «... Omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo... ».

« condicionem hanc quasi utilitati publicae obpugnantem remittendam ut alias plerasque... »

sorprende altresì per la correttezza e venustà della forma; ed è notevole, poi, che l' ' obpugnare ' in quella accezione non può essere interpolato: i bizantini l'adoperano solo passivamente e nel senso di impugnare <sup>(1)</sup>.

Quella frase pertanto figurava nel l. XIII ' ad Sabinum ': il giureconsulto cioè affermava, che la condizione in parola era in contrasto con l'ordine giuridico e perciò da rimettere come le molte altre della medesima natura, ove gravassero su legato.

Il rilievo illumina di luce vividissima il resto del frammento.

Anzitutto è da osservare, che non può più considerarsi come originale il tratto

« aut hoc imputatur matri, cur non desideravit a principe condicionem remitti? ».

Essendo infatti la ' remissio ' di diritto onorario ed avendo luogo in forza dell'editto sulla condizione di giurare, senza cioè bisogno di adire il pretore, Ulpiano non poteva dire che avesse luogo su richiesta della parte e a mezzo del principe.

Nè oramai è lecito stimare ancora classico il responso

« ... et puto cessare, si damnum minus sit cumulo legati... »

che nel brano si dà alla questione, se la madre dovesse perdere il beneficio del Tertulliano per non aver fatto quello che l'epistola di Sottimio Severo le imponeva. Perocchè, se il giurista diceva che la condizione apposta al legato fosse di quelle che contrastavano alla pubblica utilità; se affermava che in conseguenza dovesse rimettersi, è chiaro che non soltanto la soluzione che figura nello squarcio, secondo cui la madre deve rispondere solo ove il pupillo sia stato danneggiato dalla mancanza di tutore, ma anche la soluzione negativa pura e semplice ' et puto cessare ' — che è quella attribuita ad Ulpiano anche dai critici più severi del frammento, dopo che il Gradenwitz ebbe a rile-

(1) Cfr. LONGO, *Vocabolario delle costituzioni latine di Giustiniano*, nel *Bullettino*... cit., anno X, ad h. v.

vare la interpolazione dell'altro membro del responso ' si damnum minus sit cumulo legati ' — non potevano costituire la decisione che dava il giureconsulto classico al quesito che gli era stato sottoposto. Questi poteva dire solamente che dovesse aver luogo la sanzione della ' epistola Severi '. La madre cioè perdeva il diritto alla successione intestata nei beni del figlio, diritto che le proveniva dal s. c. Tertulliano, *perchè non era giustificabile la mancata richiesta del tutore*. La condizione ' si tutores non habuerit ' apposta al legato, infatti, era di quelle, che con formula scultoria i giureconsulti avevano qualificato come ' publicae utilitati obpugnantes ' ; di quelle, dunque, di cui il diritto onorario non richiedeva l'adempimento.

Neppure, poi, poteva Tertulliano affermare che i magistrati municipali fossero obbligati soltanto ove il pupillo avesse risentito del danno: contro costoro dovevasi poter agire in ogni caso, essendo pure ingiustificabile la non avvenuta dazione del tutore. Il giurista dunque diceva solo

« .... et putat dandam in eos actionem .... » ;

il criterio del danno racchiuso nelle parole

« quatenus plus esset in damno quam in legato »,

che in questo punto del testo finora è stato concordemente ritenuto genuino, è invece di origine bizantina.

Ciò posto, il procedere dei compilatori appare oramai ben chiaro. Il criterio del danno è da loro adottato per temperare il rigore della soluzione ulpiana nei riguardi della madre e per coerenza viene intruso anche nel parere di Tertulliano. Per rendere, poi, più degno di indulgenza il contegno materno e quindi più legittima la loro decisione, modificano la fattispecie, interpolando con la parola ' amplum ' un nuovo elemento, quello della ricchezza del legato; e la necessità oramai ineluttabile di sopprimere la ' ratio decidendi ' del giureconsulto li induce a poggiarla su un ' nisi forte quis putet ', per cui essa perde la sua importanza positiva e diviene un' idea di valore meramente teoretico, filosofico <sup>(1)</sup>. Nè questo è tutto: colgono

<sup>(1)</sup> Altrove è osservabile un procedimento identico. Secondo ho di-

infatti l'occasione per affermare ripetutamente, in armonia con il loro concetto della funzione del ' curator ', che invece di un tutore al pupillo può darsi un curatore, e, dopo avere per l'occasione creata sul modello della pretoria la ' remissio ' del principe, chiudono finalmente il loro faticoso lavoro con le parole ' et puto non esse imputandum '.

I rilievi fatti trovano splendida conferma nel § 25 del medesimo frammento ulpiano:

« Quid si pater eis peti prohibuerat tutorem, quoniam per matrem rem eorum administrari voluit? incidet, si nec petat nec legitime tutelam administrat ».

Nello squarcio, come ha ben visto il Lenel <sup>(1)</sup>, i compilatori sostituiscono a ' non petat ' ' nec petat nec legitime tutelam ad-

mostrato (*Sulla dottrina...* cit., p. 28 e segg.; v. pure *Ancora sulla dottrina...* cit., p. 4 e segg.; contra ALBERTARIO, *Sulla revoca tacita dei legati e dei fedecommessi nel diritto romano*, estratto dagli *Studi nelle Scienze giuridiche e sociali*, Pavia, anno V, col. V, 1919, p. 19 e segg.; e di nuovo io stesso in *L'alienazione della cosa legata o fedecommessa da Celso a Giustiniano*, estratto da questa rivista, vol. XXXII, p. 10 e segg.), nel fr. 11 § 13 de leg. etc. III, tolto dal l. II ' fideicommissorum ' di Ulpiano, i compilatori strapparono alla decisione ulpiana la ' ratio decidendi ' e questa svalorarono con un ' nisi forte ', al fine di dare soluzione diametralmente opposta al quesito che si poneva il giurista:

Ulpiano, l. II ' fideicommissorum ': « ' Sed ' si nomen quis debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit, ' non ' poterit dici ' fideicommissum ' deberi: hic enim extinguitur ipsa ' substantia ' debiti, ibi res durat, tametsi alienata sit »;

Digesta, fr. 11 § 13, III: « Ergo et si nomen quis debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit, non tamen hoc animo, quasi vellet extinguere fideicommissum, poterit dici deberi: nisi forte inter haec interest: hic enim extinguitur ipsa constantia debiti, ibi res durat, tametsi alienata sit ».

<sup>(1)</sup> Op. cit., v. II, col. 1048, n. 3.

ministrat'. Il giureconsulto quindi decideva che la madre dovesse perdere il beneficio del Tertulliano ed i compilatori invece distinguono alla luce del criterio del danno.

Il fr. 2 § 44, dunque, nel suo tenore originale è veramente prezioso per la nostra ricerca. Perocchè vi si afferma, in completa armonia con quanto abbiamo visto risultare dal fr. 7, 28, 7 di Pomponio e dal fr. 71 §§ 1, 2, 35, 1 di Papiniano, che nell'era classica il legato cui fosse aggiunta condizione contraria all'ordine giuridico, attingeva la sua disciplina all'editto 'de condicione iurisiurandi'.

Il quale, in ultimo, è da ritenere fosse esteso anche alla donazione a causa di morte operata della modalità in parola.

12. — I risultati ottenuti ricevono completa conferma dal fr. 8 § 1 de usu et habit. 7, 8, estratto dal l. XVII 'ad Sabinum' di Ulpiano, nonchè dalla c. 2 de condic. ins. etc. 6, 46 di Settimio Severo e Caracalla:

« Sed si usus aedium mulieri legatus sit ea condicione 'si a vivo divortisset', remittendam ei condicionem et cum viro habitaturam, quod et Pomponius libro quinto probat »;

« Cum patrem familias *filiam* <sup>(1)</sup> fideicommissi nomine, quod in diem certam reliquit, ita cavere praecepisse proponas, si a marito non divortisset, iurisdictionis *ordinem* <sup>(2)</sup> perinde servari aequum est, ac si nihil super ea re scriptum fuisset. 1. Nec exemplum legati vel hereditatis, in quibus condicio divortii nonnumquam remitti solet, huic rei comparandum est, cum absurdum

(1) KRUEGER, ad h. l.

(2) Sostituiamo la parola 'originem', che figura nel testo, e non vi può aver senso, con 'ordinem'. Per la frase 'iurisdictionis ordo' cfr., ad es., Ulpiano, l. I 'opinionum', fr. 2 de variis et extraord. cognit. etc. 50 13: «... praesidem provinciae doceri oportere responsum est, ut is secundum rei aequitatem et iurisdictionis ordinem convenientem formam rei det ».

sit ideo perpetui edicti neglegi formam, quia patris sui voluntati non obtemperatur ». a. 205.

Entrambi i testi trattano della 'condicio divortii'. Dice Ulpiano che se alla moglie vien legato l'uso di case a condizione che divorzii, la modalità è da rimettere e alla donna spetta l'emolumento del lascito. E soggiunge, che tale sentenza è approvata anche da Pomponio.

La fattispecie ed il quesito che diedero luogo al rescritto sono questi. Il padre onera la figlia di fedecommesso 'in diem certam' e dispone, che, ove non faccia divorzio, presti al fedecommisario la 'cautio legatorum servandorum causa'. Essa non ottempera alla condizione, ed essendo questa da rimettere perchè 'libera matrimonia esse placet', chiede agl'imperatori di non prestare la 'cautio'. Settimio Severo e Caracalla rescrivono, che la norma pretoria circa il punto in esame deve aver vigore, come se il defunto non avesse statuito al riguardo. E il responso è legittimato col rilievo, che la petente non può richiamarsi all'ipotesi analoga della eredità o del legato, in cui la 'condicio' in parola talvolta suol rimettersi e l'onorato in conseguenza acquista l'emolumento lasciategli come se la condizione non fosse stata aggiunta, essendo assurdo che non si applichi l'editto sulla cautela, perchè la figlia non ha eseguita la volontà paterna.

La costituzione è genuina salvo che nel 'nonnumquam'. La 'condicio divortii', infatti, nel diritto classico è invalida senza eccezioni. Questo si desume dal frammento dianzi discusso del l. XVII 'ad Sabinum' di Ulpiano. Ed è detto altresì da Severo Alessandro, il quale pure addita la ragione del principio, nonchè da Valeriano e Gallieno:

c. 2 de inut. stipul. 8, 38 (39): « Libera matrimonia esse antiquitus placuit. ideoque... stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat ». a. 223;

c. 5 de instit. vel substit. 6, 25: « Reprehendenda tu magis es quam mater tua. illa enim si <sup>(1)</sup> heredem te sibi

(1) 'Nisi': MOMMSEN, in KRUEGER, ad h. l.

esse vellet, id quod est inutile, matrimonium te dirimere cum viro non iuberet. 1. Tu porro voluntatem eius divortio comprobasti: oportuerat autem, etsi condicio huiusmodi admitteretur, praeferre lucro concordiam maritalem, enimvero cum boni mores haec observari vellent, sine ullo damno coniunctionem retinere potuisti. 2. Redi igitur ad maritum sciens hereditatem matris, etiamsi redieris, retenturam, quippe quam retineres, licet prorsus ab eo non recessisses ». a. 257.

La parola in questione dunque è bizantina. E con tale interpolazione i Giustiniani hanno certo inteso dire, che la 'condicio divortii' debba essere adempiuta, qualora esista serio motivo di scioglimento del matrimonio.

L'importanza per la indagine nostra del passo ulpiano e del rescritto di Severo e Caracalla salta subito agli occhi. La condizione di divorziare, infatti, urtando contro il principio della completa libertà di volere in ordine alle nozze, è insieme in antitesi col diritto e con la morale. E di tale onere si dice che veniva rimesso, ove gravasse su istituzione d'erede o legato. Pure da quei testi dunque risulta, che la 'remissio' era applicata alle condizioni che violassero il 'ius' o i 'boni mores', se aggiunte a quei negozi.

13. — Nel diritto antico anche per la remissione delle modalità in parola dovette esser necessario adire il pretore.

Dopo l'editto 'de condicione iurisiurandi' invece, la richiesta dell'interessato non occorre più. Questo si desume dal fr. 65 (63) § 9 ad sen. cons. Trebell. 36, 1, Gaio l. II 'fideicommissorum':

« Quod si condicio adscripta est (heredi) et ea est, quam praetor remittit, sufficit edictum, ut Iulianus ait.... »; nonchè dal fr. 5 §§ 3, 4 quando dies etc. 36, 2, tolto dal l. XX 'ad Sabinum' di Ulpiano:

« § 3. Sed si ea condicio fuit, quam praetor remittit, statim dies cedit: § 4. Idemque et in impossibili condicione, quia pro puro hoc legatum habetur ».

Gaio infatti dice addirittura, che della condizione cui il pretore rimette — che sappiamo oramai essere anche quella

contro il 'ius' o i 'boni mores' — l'esonero dallo adempimento avevasi in forza dell'editto medesimo; ed Ulpiano insegna, che il 'dies' del legato al quale fosse aggiunta condizione si fatta cede con l'apertura delle tavole testamentarie, considerandosi il lascito quale puro, al pari di quello onerato di condizione che non fosse possibile adempiere.

14. — Senonchè alcuni dei negozi 'mortis causa' dei quali abbiamo discorso, per motivi particolari ricevettero disciplina dal 'ius civile'.

Così, ad esempio, avvenne per la 'heredis institutio' e il 'legatum' soggetti a condizione captatoria. In sì fatti negozi la turpitudine della modalità si rifletteva intensamente sulla disposizione, e la opportuna, più rigorosa disciplina fu imposta dal 'ius civile': un senatoconsulto, infatti, li colpiva di nullità assoluta:

Papiniano, l. VI 'responsorum', fr. 71 (70) de hered. instit. 28, 5: « Captatorias institutiones non eas senatus improbat, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis »;

Gaio, l. XV 'ad edictum provinciale', fr. 64 de leg. etc. I: « Captatoriae scripturae simili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent »;

Filippo, c. 11 de testam. mil. 6, 21: « Captatorias institutiones et in militis testamento nullius esse momenti manifestum est ». a. 246.

Inoltre, in forza della legge 'Iulia de maritandis ordinibus' il beneficiato nel testamento sotto la condizione di non sposare, non aveva l'obbligo di adempiere al gravame. Questo venne considerato 'pro non scripto', violando canoni di peculiare utilità per la repubblica:

Papiniano, l. XXXII 'quaestionum', fr. 74 de cond. et demonstr. etc. 35, 1: « Mulieri et Titio usus fructus, si non nubserit mulier, relictus est. si mulier nubserit, quamdiu Titius et vivet et in eodem statu erit, partem usus fructus habebit: tantum enim beneficio legis ex le-

gato concessum esse mulieri intellegendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset.... »;

Terenzio Clemente, l. V 'ad legem Iuliam et Papiam', fr. 64 § 1 eod.: « Quod si ita scriptum esset 'si Ariciae non nubserit', interesse, an fraus legi facta esset: nam si ea esset, quae aliubi nuptias non facile possit invenire, interpretandum ipso iure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum: legem enim utilem rei publicae, subolis scilicet procreandae causa latam, adiuvandam interpretatione »;

Papiniano, l. I 'definitionum', fr. 79 § 4 eod.: « Quod in fraudem legis ad impediendas nuptias scriptum est, nullam vim habet, veluti: 'Titio patri centum, si filia, quam habet is in potestate, non nubserit, heres dato' vel: 'filio familias, si pater eius uxorem non duxerit, heres dato' » (1).

La disposizione a titolo di pena, come ha osservato il Marchi (2), nell'antico diritto era in contrasto con l'ordine giuridico, non essendo l'obbligo racchiuso in essa fra quelli, che potevano essere imposti all'erede. E certo costituiva gravame del tutto singolare a causa del suo contenuto. Pure questo negozio ricevette disciplina dal 'ius civile'. Nelle fonti classiche, infatti, si legge esser 'nullius momenti', 'inutilis'. Così, ad esempio, in

Africano, l. (3) 'quaestionum', fr. 1 de his quae etc. 34, 6: « Filio familias vel servo herede instituto etiam si in patris dominive poenam *illicite vel probrose* (4)

(1) Numerosi sono i testi che concernono il punto esaminato: noi ci siamo limitati a riportare i più salienti.

(2) *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena, nel Bullettino...* cit., anno XXI, v. specialmente p. 64 e segg.

(3) 'V' ? LÉNEL, op. cit., vol. I, col. 35, n. 1.

(4) Le parole in corsivo furono interpolate per mettere in armonia il testo di Africano con la c. un. de his etc. 6, 41: v. per tutti MARCHI, op. cit., p. 12 n. 1.

datum est, nullius momenti legatum esse respondit: non enim id solum, quod in heredes (1), sed omne, quod in cuiusque lucrum aliquid ex ultima voluntate sententis *talem* (2) poenam in testamento scriptum sit, nullius momenti habendum »;

Gaio, l. II 'institutionum', § 235: « Poenae quoque nomine inutiliter legatur.... ».

Diritto singolare, infine, vi ha pure nel fr. 15 de cond. inst. 28, 7, estratto dal l. XVI 'quaestionum' di Papiniano:

« Filius, qui fuit in potestate, sub condizione scriptus heres, quam senatus aut princeps (3) improbant, testamentum infirmit (4) patris, ac si condicio non esset in eius potestate: nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est ».

Lo squarcio è variamente interpretato.

Per alcuni (5) il giurista avrebbe parificata la condizione illecita alla impossibile, sicchè anche quella sarebbe stata considerata come non scritta nel testamento. Secondo altri (6) invece Papiniano non direbbe della invalidità della condizione apposta, sibbene della nullità della istituzione di un 'suus' sottoposta a condizione potestativa solo in apparenza; e fra questi

(1) 'Heredis': ALOANDRO, in h. l.

(2) V. p. 48 n. 4.

(3) 'Principes': F<sup>2</sup>.

(4) 'Infirmit': EDD.

(5) Cfr. FERRINI, op. cit., pp. 337, 706 n. a p. 337 l. 23; COSTA, op. cit., vol. I, p. 271 e seg.; vol. III, p. 137 e seg.; FERRINI, *Manuale...* cit., p. 181 n. 1.

(6) Cfr. CUIACIO, *Opera...* cit., t. I, col. 418; t. IV, coll. 344, 400 e segg.; t. V, col. 632; t. VII, coll. 941 e seg., 952; SAVIGNY, op. cit., vol. III, p. 266 e segg.; SCIALOJA, op. cit., p. 36 e seg.; LA LUMIA, op. cit., p. 62; SUMAN, op. cit., p. 45 seg.

scrittori c'è chi <sup>(1)</sup> stima, che pure la condizione illegale di cui dice il giureconsulto, fosse da rimettere dal magistrato; e chi <sup>(2)</sup> opina si dicesse nel testo, sia pure indirettamente, che anche le condizioni illecite dovessero considerarsi come non scritte.

Del lato critico poi si osserva <sup>(3)</sup> che se Papiniano parificava la condizione illecita alla impossibile, poiché si fatta modalità avevasi per non apposta, il giurista non avrebbe potuto scrivere che quell'altra infrimasse il testamento. Inoltre si è detto <sup>(4)</sup>, che manchino delle parole dopo 'improbant', ed altresì, che i compilatori abbiano interpolato 'pietatem' al posto di 'aequitatem' <sup>(5)</sup>, o le parole 'et ut generaliter - fiunt' <sup>(6)</sup>, o, probabilmente, tutto il brano 'nam - credendum est' <sup>(7)</sup>. Secondo qualcuno <sup>(8)</sup>, infine, è corrotto l'intero frammento.

Facciamone l'analisi.

Il quesito o la decisione sono racchiusi nelle parole

« Filius, qui fuit in potestate, sub condicione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum 'infirmat' patris »,

le quali hanno un contenuto assai perspicuo: se, dicono, il padre istituisce erede il figlio che ha 'in potestate' sotto condizione riprovata dal senato o dall'imperatore, il testamento è nullo assolutamente secondo il 'ius civile'. Nè riesce difficile determinare il domma che sta a base della decisione. Certo non può illuminare in proposito la circostanza, che della 'condicio' si dica incorresse

<sup>(1)</sup> SUMAN, op. cit., loc. cit.

<sup>(2)</sup> SAVIGNY, op. cit., loc. cit.; e forse anche SCIALOJA, op. cit., loc. cit.

<sup>(3)</sup> FERRINI, *Teoria*... cit., p. 706 n. a p. 337 l. 23.

<sup>(4)</sup> KRUEGER, ad l. l.

<sup>(5)</sup> LA LUMIA, op. cit., loc. cit.

<sup>(6)</sup> COSTA, op. cit., con qualche esitanza in vol. I, p. 271 e seg., recisamente in vol. III, p. 137 e seg.

<sup>(7)</sup> SUMAN, op. cit., p. 46 n. 1.

<sup>(8)</sup> DE RUGGIERO, op. cit., p. 167 e segg.

nella riprovazione di un 'senatus consultum' o di una 'constitutio', e cioè che fosse contraria al diritto civile e da questo considerata come non scritta nel testamento <sup>(1)</sup>: la inesistenza di tal gravame evidentemente non poteva importare l'inesistenza della dichiarazione principale di volontà. Ma luce, e molta, scaturisce dalla frase

« ac si condicio non esset in eius potestate »,

che segue immediatamente a quell'altra. E' chiaro infatti, che non potrebbe essere più tecnica per indicare la condizione non potestativa: la 'condicio' cioè il cui adempimento non dipendesse, ed esclusivamente, dalla volontà della persona che ne fosse gravata. Intesa la frase in tal modo, l'intero brano assume questo senso: « se il figlio è istituito erede dal padre sotto condizione riprovata da senatoconsulto o costituzione, il testamento è nullo assolutamente 'iure civili', come se la 'condicio' non fosse potestativa ». Ora nel periodo classico il padre non poteva istituire erede il figlio sotto condizione, che quando il verificarsi dell'evento dipendesse soltanto dalla volontà dell'onorato: se la 'condicio' non era potestativa, il testamento era inesistente 'iure civili', ritenendosi che il padre avesse preterito il figlio <sup>(2)</sup>. E' manifesto, dunque, che la disciplina della fattispecie in esame venne attinta a tale domma.

Questo rilievo consente di affermare con sicurezza, che sostanzialmente il brano esaminato è papiniano. Ma anche dal lato della forma può dirsi classico: essa per precisione e tecnicità è degna del grande giurista <sup>(3)</sup>.

Segue, nel frammento, la motivazione

<sup>(1)</sup> Sulla accezione che dà Papiniano ad 'improbare' cfr. pure l. VI 'responsorum', fr. 71 (70) de hered. instit. 28, 5.

<sup>(2)</sup> Cfr. Meciano, l. VII 'fideicommissorum', fr. 87 (86) pr. de hered. instit. 28, 5; Ulpiano, l. IV 'ad Sabinum', fr. 4 eod.; Paolo, l. XII 'responsorum', fr. 83 de cond. et dem. etc. 35, 1; Alessandro, c. 4 de instit. vel substit. etc. 6, 25.

<sup>(3)</sup> Per la frase 'filius... testamentum infirmet patris' cfr. Paolo, l. IX 'quaestionum', fr. 43 § 2 de vulg. et pup. substit. 28, 6.

« nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est ».

Il brano è uno dei più famosi dei codici giustinianeici. Cuiacio<sup>(1)</sup> lo proclama degno di voce cristiana; il Savigny<sup>(2)</sup> vi scorge il temperamento etico del giureconsulto; il Kipp<sup>(3)</sup> la sua sentenza più celebre.

Il passo è davvero imponente per la elevatezza del contenuto. Vi si dice, infatti, doversi ritenere che una persona non possa fare quel che ne offenda la pietà, il pudore, la reputazione. Ma tale concetto attinge evidentemente la sua genesi al celebre decreto di Marco Aurelio sulla appropriazione estragiudiziale della cosa da parte di chi pretenda esserne il creditore:

Callistrato, l. V 'de cognitionibus', fr. 7 ad l. Iuliam de vi priv. 48, 7: « Creditores si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent: alioquin, si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, divus Marcus decrevit ius crediti eos non habere. verba decreti haec sunt. 'Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris: interim ille in possessione debet morari, tu petitor es'. et cum Marcianus diceret: 'vim nullam feci': Caesar dixit: 'tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non iure facere. quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo

(1) *Opera* . . . . citt., t. IV, col. 401.

(2) *Op. cit.*, vol. III, p. 229 n. d.

(3) *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*, III - Aufl., p. 136 n. 12<sup>a</sup>.

iudice temere possidere, eumque<sup>(4)</sup> sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit »<sup>(2)</sup>.

Il trinomio 'verecundia, dignitas<sup>(3)</sup>, pietas<sup>(4)</sup>' è persino riprodotto integralmente nel brano papiniano<sup>(5)</sup>.

(4) 'Ipseque': MOMMSEN, ad h. l.; 'isque': l. geminata (fr. 13, 4, 2: v. n. seg.).

(2) La costituzione di Marco Aurelio ci è pervenuta anche nel fr. 13 quod metus etc. 4, 2, costituito dal medesimo punto del l. V 'de cognitionibus' di Callistrato: « Extat enim decretum divi Marci in haec verba: 'Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. cum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam sine ullo iudice temere possidere vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse: ius crediti non habebit' ». In questo testo però il decreto manca proprio delle parole 'non puto autem verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non iure facere'. Ma è da ritenere che esse siano state espunte dai Giustiniani. Sulle operazioni praticate da costoro nel frammento v. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, pag. 46 e seg.

(3) Per il rapporto del concetto di 'existimatio' con quello di 'dignitas' v. Callistrato, l. I 'de cognitionibus', fr. 5 § 1 de variis etc. 50, 13: « Existimatio est dignitatis inlaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur ».

(4) Come acutamente osserva il DE FRANCISCI, *La legittimazione attiva nell'azione funeraria*, estratto dal *Filangieri*, Gennaio-Febbraio 1915, p. 19 e segg., i testi classici rappresentano la 'pietas' come un dovere verso persona determinata. Ma, secondo rileva il de Francischi stesso, in Svetonio, 'Domit.' 11, Domiziano, rivolgendosi al senato, usa la parola nel senso medesimo, in cui l'adopera Marco Aurelio: « Permittete Patres Conscripti, a pietate vestra impetrari . . . ut damnatis liberum mortis arbitrium indulgeatis ».

(5) Si noti che nel l. XIX 'quaestionum' (fr. 67 § 10 de leg. etc.

Il quale, poi, presenta tracce evidenti di alterazioni. Non può, invero, attribuirsi al giurista il barbaro '... quae facta... fiunt... nec facere nos posse...' e l'inclegante generalizzazione 'et ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt': è chiaro che il maggior riguardo all'etica, dovuto all'influenza delle dottrine evangeliche, il quale caratterizza il diritto giustiniano, non poteva non far rivolgere l'attenzione dei compilatori ad un insegnamento, che appariva del tutto consono alle nuove tendenze.

Senonchè, espungendo le parole 'facta' e 'et ut - fiunt', quel che resta

« nam quae laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram nec facere nos posse credendum est »

è perfetto anche dal lato della forma.

E costituisce la 'ratio' che Papiniano dava della decisione, che il testamento fosse nullo assolutamente 'iure civili'. Perchè vi si dice doversi presumere che un uomo non possa fare ciò che ne leda il pudore, il senso del dovere, la fama; vi si racchiude cioè il motivo, per cui la 'condicio' in questione non poteva ritenersi potestativa.

Ricerchiamo ora la ragione per cui il giurista non ha applicato il domma della nullità assoluta 'iure civili' della sola 'condicio'. Per potere tale principio aver luogo, è chiaro che occorre che la dichiarazione di volontà non fosse altrimenti invalida e per motivi, i quali importassero la sua inesistenza secondo il diritto civile. Ora appunto l'istituzione d'erede in esame, per ciò che era disposta dal 'paterfamilias' in favore del figlio 'in potestate' ed era onerata di 'condicio' 'quam senatus aut princeps improbant', vale a dire di modalità che non veniva riguardata quale potestativa, poteva solo costituire un negozio a cui il diritto civile doveva non riconoscere esistenza. Pertanto non era possibile che trovasse applicazione il regime in parola.

II) Papiniano qualifica Marco Aurelio 'Princeps providentissimus et iuris religiosissimus'.

Il frammento papiniano dunque riesce ben chiaro: vi si tratta di istituzione d'erede viziata da onere contrario al diritto, la quale per la sua indole peculiare è sottoposta a peculiare disciplina.

15. — Nel diritto antico, all'infuori della istituzione d'erede, i negozi 'mortis causa' derivanti dal 'ius civile' ed oberati di 'condicio' contraria al 'ius' o ai 'boni mores', eran certo soggetti nella loro interezza alla regola della nullità assoluta del diritto del pretore. Pensiamo in tal guisa, dovendo essere stati certamente nulli del tutto 'iure honorario' i negozi fra vivi sotto tal gravame e perchè la disciplina della 'heredis institutio' trova la sua spiegazione nella necessità di salvare il testamento.

Il regime dell'editto 'de condicione iurisiurandi' ebbe vigore solamente per i negozi di cui abbiamo detto. Non fu esteso alla manumissione per testamento sotto condizione immorale ed in contrasto col diritto, perchè anche in questa ipotesi il servo per ottenere la libertà avrebbe dovuto eseguire il gravame, essendo questo valido 'iure civili'. E pure sotto il regime della nullità assoluta 'iure honorario' dell'intera disposizione dovettero certamente rimanere gli altri atti a causa di morte oberati in quella maniera. L'editto in parola, di fatti, non applicavasi a negozi sotto condizione di giurare, che non avessero a fondamento spirito di liberalità.

### III.

#### Il diritto postclassico e giustiniano.

SOMMARIO. — 1. I negozi fra vivi. Diritto della decadenza. — 2. Diritto giustiniano. — 3. I negozi a causa di morte. Diritto della decadenza. — 4. Diritto di Giustiniano. 'Condicio contra ius vel bonos mores': fr. 65 (63) § 7, 36, 1. — 5. Fr. 27, 28, 7. — 6. Fr. 14, 28, 7 e fr. 112 § 3, I. — 7. C. 5, 6, 25. — 8. 'Condicio iurisiu-

randi'. — 9. Negozi sotto disciplina peculiare. — 10. Ragione per cui il regime particolare del diritto antico e classico diventa comune nel diritto postclassico e giustiniano.

I. — Volgiamo lo sguardo alla Nov. Theod. IX:

Impp. Theodosius et Valentinianus. « Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem, nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententias scaeva praerogativa verborum fraudulentè excusat. 1. Curiales ne ad procurationem rerum alienarum accederent, cautum est providentissima sanctione, cuius in fraudem conducendi eos sibimet usurpare licentiam sublimitatis tuae suggestione conperimus. Quos licet pristinae legis laqueis inretiri cernamus — conductionem namque speciem esse procurationis certissimum est —, ad tamen ne sub fraudis suae velamine legis lateant contemptores neve eis fucata suae calliditatis excusatio relinquatur ac perpetuo lege valitura sancimus conducendi quoque fundos alienos licentiam curialibus amputari, locatas res fisci viribus vindicari. 2. Conductor itaque locatori vel contra locatori conductori contra hanc legem nulla tenebitur actione. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum qui contrahunt lege contrahere prohibente. 3. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legis lator quod fieri non vult tantum prohibuisse sufficiat, cetera quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere: hoc est, ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legis lator prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile debere esse quod factum est. Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id quod interdicens factum est lege, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus. 4. Sed quo omne fraudis semen per hanc legem curialibus ra-

dicitus amputetur, nec fidem suam pro conductoribus fundorum interponere concedimus curiales. Cur enim conductio prohibetur, si conductionis periculum vel sollicitudo permittitur? Secundum praedictam itaque regulam, quam ubique servari factum lege prohibente censuimus, certum est nec stipulationem eiusmodi tenere nec mandatum ullius esse momenti nec sacramentum admittere nec actionem quolibet pacto adversus eum fideiussorem competere locatori. Florenti p(arens) k(arissime) a(tque) a(mantissime). 5. Inlustris itaque et magnifica auctoritas tua providentissime constituta edictis propositis ad omnes provincias perferri praecipiat ». a. 439.

Ad evitare che si eludesse il divieto di assumere amministrazione di beni altrui, fatto nel 382 ai membri della curia da Graziano, Valentiniano II e Teodosio I <sup>(1)</sup>, i due imperatori proibiscono a quei dignitari di prendere in affitto dei fondi ed altresì di far fideiussione per la 'conductio'. La costituzione è di interesse per noi. Perocchè Teodosio II e Valentiniano III inoltre proclamano nulli assolutamente i negozi fra vivi contrari all'ordine giuridico e designano la invalidità con forme, che dai giureconsulti classici erano state adoperate per esprimere quella assoluta del diritto civile.

Importante è pure il § 6 della c. 5 de sponsalibus etc. 5, 1 di Leone ed Antemio:

« Extra definitionem autem huius legis si cautio poenam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet ». a. 472.

Nel passo si dice che la 'stipulatio poenae', la quale miri ad astringere alle nozze, sia inefficace, in omaggio al principio della completa libertà del volere relativamente al matrimonio.

(1) C. 92 c. Theod. de decurionibus 12, 1.

Il Riccobono <sup>(1)</sup> ha assunto, che la costituzione è alterata dalle fondamenta e racchiude soltanto diritto giustiniano. La tesi sembra inaccettabile al Di Marzo <sup>(2)</sup>. Comunque, riguardo al brano in questione quell'illustre romanista dice solo <sup>(3)</sup>, che le forme 'definitio', 'nullas vires habere' e 'potestas' non figurano nelle altre costituzioni di Leone ed Antemio e sono invece adoperate dai compilatori. Ma l'esiguità del numero delle costituzioni a noi pervenute dei due principi, e la brevità dell'intervallo di tempo fra costoro e Giustiniano indeboliscono fortemente quel rilievo; mentre per il 'nullas vires habere' è lecito pensare, che Leone ed Antemio l'abbiano attinto al linguaggio dei classici. Nè, inoltre, vi ha ragione alcuna per denegare a costoro la sostanza del brano. Questo dunque è da ritenere completamente genuino. E la invalidità della 'stipulatio' che irroghi una penale se le nozze dovessero mancare, vi è espressa con formula, che nell'era aurea aveva designato la nullità assoluta del 'ius civile'.

In ultimo, esaminiamo il § 4 degli Scolii Sinaitici:

« [Ἔ]περ ἐν factō συνέβη τ[ο]ιῷδε . ἔχων τις ἀδελφὴν καὶ δεόμενος Στεφάνου τινὸς ἐπὶ τινὶ πράγματι ἐρώωντος τῆς αὐτοῦ ἀδελφῆς ἑπηγγεῖλατο τῷ Στεφάνῳ παρασκευάζειν τὴν ἀδελφὴν αὐτοῦ συναφθῆναι αὐτῷ, ἑπερωτηθεὶς καὶ πρόστιμον ἰ νομισμάτων, εἰ μὴ τοῦτο ποιήσῃ . ὁ δὲ οὐκ ἠδυνήθη πείθειν τὴν αὐτοῦ ἀδελφὴν ἢ καὶ οὐ θέλει αὐτὴν ἐκδοθῆναι . καὶ ἐρωτηθεὶς εἶπον ἀδύναμον εἶναι τὴν ἐπερώτησιν ὡς contra bonos mores ὑπάρχουσιν, [Ἔ]περ φησὶν ὁ Παῦλος βιβλίῳ ἐξ ἰσπανίου αὐτοῦ . . . . de stipulatio[n] . . . . δε τῆς μὲν πύσεως » .

Un tale promette ad un certo Stefano che avrebbe agito in maniera, da fargli sposare la propria sorella; e promette pure una somma di denaro, se ciò non avesse fatto. Le nozze non hanno luogo, non riuscendo egli ad indurvi la congiunta, o

<sup>(1)</sup> *Arra sponsalicia secondo la const. 5 cod. de sponsalibus V. 1.*, negli *Scritti pel 50° anno d' insegnamento del prof. Francesco Pepere.*

<sup>(2)</sup> *Op. cit.*, p. 30 e seg.

<sup>(3)</sup> *Op. cit.*, p. 146 e seg.

non volendo che avvengano. L'anonimo giurista, interpellato, risponde, che una 'stipulatio' si fatta è nulla completamente, essendo contraria al buon costume.

Il caso è identico a quello che esaminava Paolo nel brano del l. XV 'responsorum', che è il fr. 134 pr., 45, l. Identica è altresì la 'ratio decidendi' a quella del giureconsulto classico. E certo a quel testo pauliano si richiamava lo scoliaste nella citazione

« . . . . [Ἔ]περ φησὶν ὁ Παῦλος βιβλίῳ ἐξ ἰσπανίου . . . . » .

Ma, mentre Paolo affermava doversi concedere l' 'exceptio doli' avverso l'azione nascente dalla 'stipulatio', il giurista della decadenza, pur attingendo al responso pauliano, dice soltanto che il rapporto è 'ἀδύναμος', e cioè nullo del tutto.

E' lecito quindi affermare, che nell'era postclassica i negozi fra vivi che derivavano dal 'ius civile', se oberati di condizione illecita, erano manifestazioni di volontà non più valide 'iure civili' e nulle assolutamente 'iure honorario', ma solo nulle assolutamente.

2. — Veniamo ora al diritto giustiniano.

Nel fr. 61 de verb. oblig. 45, l, tolto dal l. II 'ad Urseium Ferozem' di Giuliano, si legge:

« Stipulatio hoc modo concepta: 'si heredem me non feceris, tantum dare spondes?' inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio » .

Si legge cioè, che la stipulazione 'si heredem me non feceris, tantum dare spondes?' è nulla assolutamente secondo il diritto civile, essendo contraria al buon costume.

Ora il giureconsulto non poteva esprimersi in tale maniera: nell'era classica la 'stipulatio' oberata di condizione immorale era invalida 'iure honorario', ma efficace secondo il 'ius civile'. Ed il brano appare guasto proprio nel punto ove trovasi la soluzione incriminata. I due 'est' invero, son così vicini e costituiscono superfluo chiarimento l' 'haec stipulatio'.

Il domma quindi della nullità assoluta 'iure civili' della stipulazione sotto gravame turpe fu intruso nel frammento dai Giustiniani: Giuliano, almeno sostanzialmente, doveva scrivere così:

« Stipulatio hoc modo concepta: 'si heredem me non feceris, tantum dare spondes?' *iure civili utilis est, sed praetor actionem denegat, quia contra bonos mores est haec stipulatio* ».

I Giustiniani imprimono nei Digesti anche il principio generale, che la stipulazione contraria al buon costume fosse nulla completamente per diritto civile:

fr. 26 eod., Ulpiano l. XXXII 'ad Sabinum': « Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti ».

In questo brano forse non vi ha neppure una parola del giurista classico. E l'intervento dei compilatori è attestato altresì dal 'generaliter'.

Il principio suddetto, poi, è interpolato anche nel Codice, e precisamente in una costituzione di Diocleziano e Massimiano dell'anno 293:

c. 4 de inut. stipul. 8, 38 (39): « Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quia contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est, cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint ».

Il testo è sembrato corrotto al Riccobono (1). L'illustre e-segeta stima, che i compilatori abbiano sostituito 'eo instrumento' a 'ea stipulatione', 'quia' a 'quae'. Inoltre i Giustiniani avrebbero intruso le parole 'stipulatio' e 'vel in pacto vel'. L'originale quindi sarebbe da ricostruire così:

« *Ex ea stipulatione nullam vos habere actionem quae contra bonos mores de successione futura interposita fuit, manifestum est, cum omnia quae contra bonos mores in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint* ».

(1) *Traditio*... cit., p. 183; *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*... cit., Abt. cit., XXV Bd., p. 217 n. 2.

Il Vassalli (1) ritiene probabilmente insitica la chiusa 'cum omnia — sint', costituendo una ripetizione inutile sostanzialmente ed infelice nella forma della ragion di decidere, espressa già ed in maniera esauriente nella prima proposizione. Inoltre osserva che la costituzione si riferiva alla 'stipulatio' e che nella chiusa invece si discorre pure del patto.

Facciano l'analisi del testo.

Il contenuto ne è assai chiaro: vi si dice infatti esser manifesto, che dalla 'stipulatio' 'de futura successione' non compete 'actio', essendo il negozio contrario al buon costume ed inesistente 'iure civili' tutto quanto leda i 'boni mores' e sia dedotto in patto o stipulazione.

Ora è perspicuo, che il domma della nullità assoluta secondo il diritto civile della stipulazione che fosse in contrasto con l'etica non poteva figurare nel testo genuino. Ciò scaturisce con ogni evidenza dalle costituzioni illustrate dei medesimi Cesari, ove si riafferma il principio vetusto, che la 'stipulatio' turpe desse luogo ad azione e che questa venisse denegata.

Nè gl'imperatori nel loro rescritto facevano menzione del patto. Come ha rilevato il Riccobono (2), i bizantini sostituirono 'eo instrumento' a 'ea stipulatione', avendo la scrittura al loro tempo acquistata la forza giuridica della 'stipulatio' classica.

D'altra parte non è lecito attribuire a Diocleziano e Massimiano — le cui costituzioni sono notevoli per la precisione della forma e del contenuto — un concetto come questo: 'tutto ciò che contrasta alla morale e vien dedotto in patto o stipulazione è nullo assolutamente'.

Pertanto gl'imperatori, almeno sostanzialmente, riscrivevano così:

« *Ex ea stipulatione denegandam esse actionem, quia*

(1) *I contratti sull'eredità del terzo vivente*, in questa rivista, serie III, vol. XI, fasc. II, p. 243 e seg.

(2) *Op. cit.*, v. specialmente p. 214 e segg.

contra bonos mores de successione futura interposita fuit, manifestum est » ;

sono invece i bizantini che mediante le parole ' nullam vos habere actionem ' e la chiusa ' cum omnia — momenti sint ' disciplinano alla luce del ' ius civile ' la stipulazione che fosse contraria al buon costume.

Ai rilievi fatti, infine, non è contrario il fr. 27 pr. de verb. oblig. 45, 1, di Pomponio, l. XXII ' ad Sabinum ' :

« veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. sed et officio quoque praetoris continetur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari »,

del quale ci siamo già occupati. Interpolando l' ' et ' ed allacciando il brano al fr. 26, in cui avevano introdotto il domma della nullità assoluta del diritto civile, i Giustiniani evidentemente hanno inteso dire soltanto, che da ' stipulatio ' turpe l'azione non competesse neppure. E questa è altresì l'interpretazione che danno del passo i Basilici :

XLIII, 1 (Heim., IV, 299) :

κέ. « Αἱ αἰσχροὶ ἐπερωτήσεις αἰσχυροὶ εἰσιν ».

κέ. « 1) Ὡς ἔταν τις ὁμολογῆ φόνον ποιεῖν ἢ ἱεροσυλίαν οὔτε ἀγωγὴ ἐκ τῶν τοιούτων ἀρμόζει. 2) Ἀνισχύρως ὁμολογεῖ τις ἱεροσυλίαν, καὶ οὐχ ἀρμόζει ἐκ τούτου ἀγωγὴ ».

Del regime della ' stipulatio ' soggetta a condizione contraria all'ordine giuridico si discorre nel fr. 19 eod., tolto dal l. XV ' ad Sabinum ' di Pomponio :

« Si stipulatio facta fuerit : ' si culpa tua divortium factum fuerit, dari ? ', nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus poenis legum [lege : Pomp. (1)] comprehensis :

(1) Così, e bene, il testo viene emendato dal KRUEGER, ad h. l., sulla scorta dei Basilici (XLIII, 1, 18 : HEIM., IV, 299). Il ' legum ' è dovuto certamente ad errore di amanuense, non ad emblema. ' Lege ', infatti, si ha nel brano ' nisi si et stipulatio tantundem habeat poenae, quanta lege sit comprehensa ', che, come vedremo, è dei compilatori.

nisi si et stipulatio tantundem habeat poenae, quanta lege sit comprehensa ».

Nello squarcio si legge, che la stipulazione ' si culpa tua divortium factum fuerit, dari ? ' è nulla assolutamente per diritto civile, dovendo esser contenti delle pubbliche pene ; che però il negozio è valido, ove la pena che ne è la sostanza sia uguale a quella comminata dall'ordine giuridico.

Ora in tal guisa non poteva certo esprimersi Pomponio.

Al Lenel (1) è sembrato probabile, che il tratto ' nisi — comprehensa ' discenda dai compilatori. E così pure opina il Krueger (2). Per noi tali parole sono sicuramente di origine spuria. E non costituiscono il solo emblema del passo, nè quello fondamentale per la nostra indagine.

Ed invero, la modalità aggiunta alla stipulazione violava il diritto. Nell'epoca classica, essendo il coniuge che avesse dato luogo al divorzio, colpito da svantaggi pecuniari, la ' stipulatio ' in parola avrebbe importato la modificazione di pubbliche pene (3). Il negozio, in conseguenza, non poteva essere valido. Il giurista però non diceva che fosse inesistente ' iure civili '. Perocchè la ' stipulatio ' sottoposta a condizione in contrasto col diritto era nulla ' iure praetorio ', ma valida secondo l'altro ramo del diritto. E questo è anche attestato da Pomponio medesimo, nella medesima opera (l. XXII : fr. 27, 45, 1). Il ' nulla ' dunque proviene dai compilatori. I quali interpolano pure il tratto ' nisi si et stipulatio tantundem habeat poenae, quanta lege sit comprehensa '. Si guardi, infatti, alla inelegante ripetizione ' ... poenae ... lege ... comprehensa '. Nè sostanzialmente il brano può appartenere al giurista. Perocchè, se Pomponio affermava assolutamente, che la stipulazione ' si culpa tua divortium fac-

(1) Op. cit., v. II, c. 121 n. 6.

(2) Ad h. l.

(3) Cfr. Paolo, l. VII ' ad Sabinum ', fr. 5 pr. de pactis dotalibus 23, 4 : « Illud convenire non potest, ne de moribus agatur vel plus vel minus retineatur [sic Paul. : LENEL, op. cit., v. I, col. 1275, n. 2 ; exigatur : Trib.], ne publica coercitio privata pactio tollatur ».

tum fuerit dari? ' era inefficace, perciò che il coniuge, il quale per sua colpa avesse posto l'altro nella necessità di far divorzio, veniva colpito da pubblica pena, non poteva certo soggiungere, che era valida quella ' stipulatio ', che mirasse ad infliggere una pena uguale a quella di legge. E questa volta l'emblema non ci sembra davvero felice. Perocchè i compilatori vengono a dire, che, ove la somma stipulata fosse identica a quella oggetto della pena, il colpevole avrebbe potuto esser punito con la privata o con la pubblica pena.

Interpolato nella medesima direzione è pure il fr. 137 § 6 eod., estratto dal l. I ' stipulationum ' di Venuleio:

« Cum quis sub hac condicione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit vel forum aut basilicam et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictæ sint: ubi omnino condicio iure impleri non potest vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea condicio, quae natura impossibilis est, inserta esset. nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio ».

Nel brano si afferma, che la ' stipulatio ' sotto condizione contraria al diritto <sup>(1)</sup> è nulla assolutamente ' iure civili ', come quella soggetta a modalità di impossibile adempimento. Ora anche questa affermazione è in stridente contrasto col regime classico del negozio in esame. La frase, poi, ' vel id facere ei non liceat ', ove si incarna il concetto, appare certamente

(1) Non può esser dubbio, che con le parole ' vel id facere ei non liceat ' siano indicate solamente le condizioni contrarie al diritto: ' licere ' nella lingua di Giustiniano non significa ' esser permesso moralmente ', sibbene ' esser permesso giuridicamente ' o ' esser possibile ': cfr. Longo, *Vocabolario* . . . cit., ad v. ' licere '.

emblematica <sup>(1)</sup> anche per la sua grande imprecisione. E, espunta, il testo ridiventa degno del giurista classico:

« Cum quis sub hac condicione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit vel forum aut basilicam et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictæ sint: ubi omnino condicio iure impleri non potest, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea condicio, quae natura impossibilis est, inserta esset etc. ».

Il domma della inesistenza ' iure civili ' della ' stipulatio ' onerata di condizione che fosse in contrasto con l'ordine giuridico riappare anche in una ' constitutio ' dell'anno 223 di Severo Alessandro:

c. 2 de inut. stipul. 8, 38 (39): « Libera matrimonia esse antiquius placuit. ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat ».

' Libera matrimonia esse antiquitus placuit ': di conseguenza la stipulazione con la quale si irroghi una pena a chi facesse divorzio è nulla del tutto ' iure civili '.

Il corollario non può appartenere all'imperatore.

Il negozio, invero, infrange il ' ius libertatis ' in ordine alle nozze. Ora, le testimonianze più recenti circa il regime classico della ' stipulatio ' sottoposta a condizione in contrasto col diritto appartengono all'era di Papiniano. Sono, infatti, costituite dal fr. 71 § 1, 35, 1, del l. XVII ' quaestionum ' e dal fr. 15 § 1, 35, 2, del l. XIII ' responsorum ' del grande giurista. Sicchè si potrebbe pensare ad un cambiamento della disciplina di tal rapporto, che sarebbe avvenuto qualche anno prima del 223. Ma risulta, che la stipulazione turpe era ancora valida

(1) La frase ha sorpreso anche lo SCIALOJA, op. cit., p. 37 e seg., che pure stima genuini altri passi, ove le condizioni illecite sono trattate come quelle impossibili. Però l'illustre romanista è esitante nell'attribuirle ai compilatori. Lo SCIALOJA è seguito dal RABEL, *Origine de la règle: ' Impossibilium nulla obligatio '*, nelle *Mélanges Gerardin*, p. 479.

' iure civili ' ed invalida ' iure honorario ' imperante Diocleziano. E questo, di per sè, è già un argomento di gran valore per escludere, che trattamento diverso fosse stato inaugurato per l'ipotesi analoga della ' stipulatio ' onerata di condizione che violasse norma giuridica; senza contare, che un mutamento di regime non potrebbe apparire plausibile, se ammesso solo in ordine a tal negozio. Senonchè non occorre far valere considerazioni di questa natura, per affermare che il domma della nullità assoluta ' iure civili ', il quale figura nella ' constitutio ' in questione, non possa provenire dall'imperatore Alessandro. La condizione, infatti, contro la ' libera facultas contrahendi atque distrahendi matrimonia ' (1) violava una norma giuridica e violava altresì un canone di etica, quella traendo appunto la sua ragion d'essere proprio da questo. E qualche giureconsulto per tal motivo ha affermato, che la stipulazione con modalità in antitesi con quel diritto fosse ' contra bonos mores interposita '. Ora un rapporto, il quale al pari di quello in esame era colpito da riprovazione, perchè in contrasto col principio ' libera matrimonia esse placet ', da giureconsulto che scriveva proprio imperante Alessandro vien dichiarato ' contra bonos mores ' e non nullo del tutto ' iure civili ', sibbene valido secondo tal diritto e invalido ' iure honorario '. Alludo alla fattispecie discussa da Paolo nel l. XV ' responsorum ' (2) (fr. 134 pr., 45, 1). Se quindi fosse vero quanto si desume dalla ' constitutio ' in esame, e cioè che la stipulazione onerata di ' condicio ' in contrasto col diritto al tempo di Alessandro fosse inesistente ' iure civili ', il medesimo negozio, se contro il ' ius libertatis ' relativamente alle nozze, sarebbe stato valido ' iure civili ' e invalido pretoriamente, e, nel contempo, nullo del tutto ' iure civili '!

Di conseguenza è lecito concludere che nell'anno 223 la disciplina del negozio in questione fosse ancora quella preclara

(1) La formulazione è di Diocleziano, c. 14, 5, 4.

(2) Dal l. XIV i ' responsa ' pauliani furono scritti imperante Alessandro: FITTING, *Alter und Folge der Schriften roemischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, II Bearb., p. 98.

dovuta alla saggezza del pretore; l'altra, che figura nella ' constitutio ', secondo la quale il rapporto non avesse esistenza, e ' iure civili ', appartiene ai Giustiniani.

Costoro, poi, enunciano il loro regime del negozio fra vivi contrario al diritto per mezzo della costituzione di Teodosio II e Valentiniano III, che abbiamo esaminata dianzi. Ed invero ne sopprimono le disposizioni concernenti i membri della curia (1) affinché contenesse soltanto diritto generale, e la inseriscono nel titolo ' de legibus et constitutionibus principum et edictis ' del Codice:

c. 5, 1, 14: « Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legem nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulententer excusat. nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. 1. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legis latori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, cetera quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere: hoc est ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legis lator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est. Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus. 2. Secundum praedictam itaque regulam, quam ubique servari factum lege prohibente censuimus, certum est nec sti-

(1) Per i ' curiales ' i compilatori fanno propria la c. 92 c. Theod. 12, 1, cambiandone però le penali: c. 34 de decurionibus etc. 10, 32 (31); e con quanto avevan soppresso nella novella IX compongono la c. 30 de locato etc. 4, 65.

pulationem eiusmodi tenere nec mandatum ullius esse momenti nec sacramentum admitti ».

Infine, i compilatori espongono la loro disciplina dell'atto fra vivi contro il buon costume o l'ordine giuridico nel fr. 123 de verb. oblig. 45, 1, tolto dal l. I ' definitionum ' di Papiniano :

« Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet ».

Infatti nello squarcio si dice essere del tutto nulla, e ' iure civili ', la stipulazione fatta per essersi consumato ovvero perchè si consumasse atto turpe o contrario al diritto <sup>(1)</sup>. Nell'originale papiniano si poteva leggere solamente così :

« Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, praetor actionem denegat <sup>(2)</sup> ».

Anche nel diritto giustiniano quindi i negozi fra vivi che derivavano dal ' ius civile ', se gravati di condizione illecita, eran soltanto nulli assolutamente.

3. — In uno squarcio delle ' sententiae ' di Paolo che abbiamo nella ' Consultatio ' si afferma, che le condizioni contrarie alle leggi, ai decreti imperiali e al buon costume, se aggiunte ad istituzione d'erede, fossero nulle assolutamente ' iure civili ' :

4, 8, Paulus l. III tit. ' de institu. hered. ': « ... condiciones contra leges vel decreta principum vel bonos mores nullius sunt momenti ».

Il brano, con lievi differenze di forma e qualche esempio, ci è pervenuto anche nella ' Lex romana Visigotorum ' :

Paul. 3, 6, 8: « Condiciones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti: veluti si uxorem non duxeris, si filios non susceperis,

<sup>(1)</sup> Per il senso di ' flagitium ' cfr. FACCIOLATI-FORCELLINI, *Totius latinitatis Lexicon*, ad h. v.; SECKEL, *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des roemischen Rechts*, IX Aufl., ad h. v.

<sup>(2)</sup> Attingiamo le parole in corsivo al l. XVII ' quaestionum ' del giurista (fr. 71 § 1, 35, 1).

si homicidium feceris, si larvali habitu processeris, et his similia ».

Pertanto, al momento in cui il giureconsulto scriveva la ' remissio ' avrebbe perduto ogni valore e la condizione illecita gravante sulla istituzione d'erede sarebbe stata considerata come non scritta.

Senonchè Paolo non poteva esprimersi in quella maniera.

Certo non basterebbe invocare a favore di tale assunto la circostanza, che nel l. XLV ' ad edictum ' (fr. 9, 28, 7) del medesimo giurista si afferma nitidamente e recisamente, che le condizioni immorali fossero da rimettere se pesanti sullo stesso negozio. Ed invero, credendosi con fondamento <sup>(1)</sup> essere abbastanza probabile che i ' libri ad edictum ' pauliani siano stati scritti prima del 195, e constando d'altro lato che le ' sententiae ' furono redatte subito dopo il 27 Febbraio 212 <sup>(2)</sup>, si potrebbe pur sempre pensare <sup>(3)</sup>, che queste rispecchiassero diritto nuovo e quelli invece il diritto tradizionale.

Però a far denegare a Paolo il domma in esame è sufficiente osservare, che Ulpiano in armonia col diritto già secolare dice ancora nel l. XIII ' ad Sabinum ' (fr. 2 § 44, 38, 17), che la condizione ' si tutores non habuerit ' fosse rimessa e nel l. XVII della medesima opera (fr. 8 § 1, 7, 8), che ugual trattamento si facesse a quella ' si a viro divortisset ', qualora l'una o l'altra modalità fosse aggiunta a legato. Perocchè l'opera ulpiana ' ad Massurium Sabinum ', a partire dal l. VI, venne redatta proprio dopo il 27 Febbraio 212 <sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> Cfr. FITTING, op. cit., p. 82 e segg.; KRUEGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des roemischen Rechts*, II Aufl., p. 230. Per le varie opinioni v. BERGER, *Iulius Paulus*, in *Paulys Real-Enzyklopaedie der klassischen Altertumswissenschaft*, neue Bearb., X Bd., col. 706 e seg.

<sup>(2)</sup> FITTING, op. cit., p. 95 e segg.

<sup>(3)</sup> E così pensa il SUMAN, op. cit., p. 46 e segg.

<sup>(4)</sup> Cfr. fr. 2 § 4, 28, 6, l. VI: ' rescriptum imperatoris nostri '; fr. 6 § 3, 29, 2, l. VI: ' Divus Pius et imperator noster rescripserunt '; fr.

Gli squarci quindi racchiudono solamente diritto postclassico: Paolo invece scriveva così:

« *Condiciones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae remittendae* <sup>(1)</sup> sunt, veluti si filios non susceperis, si homicidium feceris, si larvali habitu processeris, et his similia <sup>(2)</sup> ».

Il domma della nullità assoluta ' iure civili ' della condizione illecita nella ' *Consultatio* ' e nella ' *Lex romana Visigotorum* ' è riferito solamente alla istituzione d'erede. Questo è provato per la prima opera dalla circostanza, che il redattore ha conservato la rubrica pauliana e per il Codice Alariciano dal fatto, che la sentenza precedente e la seguente concernono soltanto la ' *heredis institutio* '. E l'adozione del principio non appare tanto recente. E' infatti intruso nella identica maniera nei due brani esaminati ed è appena probabile, che l'autore della ' *Consultatio* ' abbia conosciuto ed utilizzato la ' *Lex romana Visigotorum* ' <sup>(3)</sup>.

Come poi nell'era della decadenza fossero disciplinati gli altri negozi a causa di morte che provenivano dal ' *ius civile* ', se oberati di condizione illecita, non dicono le fonti. Ma adesso si può almeno pensare, che pure in ordine a tali manifestazioni di volere il regime della nullità assoluta del diritto pretorio sia stato sostituito da quello del diritto civile.

23, 24, 1, l. VI: ' *Oratio divi Severi* '. Se Geta fosse stato ancora in vita, Ulpiano avrebbe detto ' *imperatores nostri* '. La circostanza è sfuggita al FITTING, op. cit., p. 111 e segg., e quindi questi afferma che l'opera ulpiana venne scritta tra il 211 ed il 217.

<sup>(1)</sup> Attingiamo il ' *remittendae* ' al fr. 9, 28, 7, che presenta anche notevoli analogie di forma con il brano in questione.

<sup>(2)</sup> Senza dubbio il giurista diceva pure del trattamento che il ' *ius civile* ' faceva a qualche condizione: fa fede di ciò la presenza nel testo alariciano della ' *condicio* ' ' *si uxorem non duxeris* '.

<sup>(3)</sup> Sui rapporti fra la ' *Consultatio* ' ed il Breviario Alariciano cfr. KRUEGER, op. cit., p. 346 e seg.

4. — Concerne la istituzione d'erede onerata di condizione contraria al buon costume il fr. 65 (63) § 7 ad sen. cons. Trebell. 36, 1, estratto dal l. II ' *fideicommissorum* ' di Gaio:

« Si sub condicione heres institutus sit, qui suspectam sibi hereditatem esse dicit, si neque difficultatem neque turpitudinem ullam habet condicio nec impendium aliquid, iubendus est parere condicioni et adire et ita restituere: si vero turpis aut difficilis sit condicio, aperte iniquum est cogi eum explere eam alterius gratia. sed et remitti eam ab initio visum est: plus enim tribui a praetore ei qui fideicommissum petit, quam testator voluit, absurdum est: utique autem testator, nisi expleta sit condicio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit neque per hunc illi voluit restitui hereditatem ».

Lo squarcio è uno dei più vessati dalla critica, a causa delle gravi difficoltà che presenta.

Vediamone il tenore.

Tizio viene istituito erede sotto condizione e con l'onere di restituire l'eredità. Poichè questa gli appare dannosa, si rifiuta di adire. Per tal motivo e se la ' *condicio* ' non sia turpe o difficile, ovvero importi delle spese, ha luogo il senatoconsulto Pegasiano <sup>(1)</sup>, e quindi il pretore deve imporre all'erede di adempiere alla condizione, accettare l'eredità, restituirla al fedecommissario. Questo è il senso della prima parte del brano. Nella seconda si legge, che, ove la ' *condicio* ' sia immorale o difficile, è evidentemente iniquo astringere l'erede all'adempimento per far piacere al fedecommissario; che però è sembrato doversi la modalità rimettere ' *ab initio* ', essendo assurdo, che il pretore attribuisca al fedecommissario più di quello che ha ordinato il defunto: questi, nè chiamò l' ' *heres* ' alla eredità, nè volle che da questi il comodo passasse all'onorato del fedecommissario, senza che si fosse avverata la ' *condicio* '.

<sup>(1)</sup> Cfr. Gaio, l. II ' *institutionum* ', § 258; Ulpiano, l. s. ' *regularum* ', 25, 16; § 6 l. de fideicomm. hered. 2, 23.

Il testo dunque nella parte nucleare contiene due principi che sono in stridente contraddizione fra loro. Ed invero, mentre si afferma, che, ove la 'condicio' apposta alla istituzione d'erede sia turpe o difficile, la modalità non deve essere adempiuta, perchè condonata

« si vero turpis aut difficilis sit condicio, aperte iniquum est cogi cum explere eam alterius gratia. sed et remitti eam ab initio visum est »:

si soggiunge subito dopo, essere assurdo che si attribuisca al fedecommissario più di quello che ha voluto il defunto:

« plus enim tribui a praetore ei qui fideicommissum petit, quam testator voluit, absurdum est: utique autem testator, nisi expleta sit condicio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit neque per hunc illi voluit restitui hereditatem »;

si viene a dire cioè non essere ammessa la remissione della 'condicio'. E tal concetto funge da 'ratio' all'altro, che appare come la decisione del quesito discusso dal giureconsulto.

Nè può non sorprendere la circostanza, che della 'condicio' gravante sulla istituzione mentre dapprima si dice che non doveva presentare difficoltà, essere turpe od importare una spesa per l'erede

« si neque difficultatem neque turpitudinem ullam habet condicio nec impendium aliquid »,

poco dopo si dica solamente, che non dovesse offendere il buon costume od essere di difficile adempimento:

« si vero turpis aut difficilis sit condicio . . . ».

D'altra parte i dommi che animano lo squarcio appaiono in stridente antitesi con quelli, i quali nel diritto classico disciplinavano la condizione che fosse contraria ai buoni costumi. E' chiaro, infatti, che, dicendosi essere apertamente iniquo, che l'onorato della eredità dovesse adempiere ad una condizione sì fatta per procurare un vantaggio al fedecommissario, si dice pure, che, se apertamente iniquo non fosse stato, vale a dire ove l'erede avesse potuto conseguire una qualsiasi utilità dalla disposizione, il pretore gli avrebbe imposto il compimento del fatto violatore del buon costume. E non meno perspicuamente

si avverte il contrasto in parola, leggendo la motivazione 'plus enim — restitui hereditatem'. Se, infatti, il testatore ha voluto che l'erede fosse chiamato alla eredità e questa venisse restituita al fedecommissario solo 'expleta condicione', ed è assurdo ammettere che il pretore possa staccarsi dal volere del defunto, e cioè che possa rimettere la modalità, si è detto altresì, che questa dovesse eseguirsi, pur potendo essere 'contra bonos mores'.

Presso gli interpreti troviamo le opinioni più varie intorno al frammento.

A. Fabro <sup>(1)</sup> infatti, ed il Suerin <sup>(2)</sup> assumono non esistere nel testo alcuna menda; il De Ruggiero opina al contrario, che tutto il contenuto dello squarcio sia guasto e sospetto di interpolazione <sup>(3)</sup>. E questa tesi ha avuto il plauso del Beseler <sup>(4)</sup>, il quale anche addita l' 'absurdum' come triboniano.

Vi ha, poi, tutta una serie di proposte di emendazione, dirette a rimuovere i contrasti esistenti nel corpo del frammento. Così l'Aloandro <sup>(5)</sup> legge 'impedimentum aliquod' invece di 'impendium aliquid'. E 'impedimentum' leggono pure D. Gothofredo <sup>(6)</sup> e, sia pure con esitanza, il De Ruggiero <sup>(7)</sup>. Il Cannegieter <sup>(8)</sup>, seguito dal Vangerow <sup>(9)</sup>, propone si sostituisca 'sed nec' a 'sed et'. Per il Cuiacio <sup>(10)</sup> il testo è da emen-

<sup>(1)</sup> *Coniecturarum iuris civilis libri viginti* (Lugduni, 1661), l. VI cap. XI.

<sup>(2)</sup> *Repetitarum lectionum iuris civilis liber*, in Orro, *Thesaurus iuris romani* (Basileae, 1744), tom. IV, col. 19 e seg.

<sup>(3)</sup> Op. cit., p. 173 e segg.

<sup>(4)</sup> Op. cit., III Heft, p. 30.

<sup>(5)</sup> In h. l.

<sup>(6)</sup> Ad h. l.

<sup>(7)</sup> Op. cit., p. 174 e seg.

<sup>(8)</sup> *Ad Coll. leg. Rom. et Mos.*, II, 4. Attingo la citazione al VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, II Bd., § 588, Ann. 1.

<sup>(9)</sup> Op. cit., loc. cit.

<sup>(10)</sup> *Opera . . .* citt., t. III, col. 633 e seg.

dare leggendo 'absurdum' al posto di 'ab initio'; mentre secondo il Mommsen (1) tale frase deriverebbe probabilmente da un erroneo scioglimento della abbreviazione APR·INICŪ delle parole 'a praetore iniquum'. A tale opinione accede il Krueger (2); per la congettura del Cannegieter o quella del Mommsen, indifferentemente, è il Windscheid (3). Per l'Heraldo (4) infine, il problema è da risolvere espungendo dal § 7 tutta la motivazione 'plus enim — restitui hereditatem': questa nell'originale gaiano avrebbe figurato come 'ratio decidendi' nel paragrafo successivo.

Per conto nostro il valore del frammento, come parte del l. II 'fideicommissorum' del giurista classico e come legge della compilazione giustiniana, è fundamentalmente diverso da quello finora attribuitogli. E diversa è pure la via da battere per porlo in luce.

Volgiamo lo sguardo al § 8 eod. In esso si legge:

« Si danda pecuniae condicio adscripta est heredi, debet ei offerre pecuniam is qui poscit fideicommissum, ut hereditatem impleta condicione possit adire et restituere »;

si legge cioè, che, se grava sulla eredità la condizione di dare del denaro, il fedecommissario deve offrire all'erede la somma necessaria per la esecuzione della modalità.

Ora il brano

« plus enim tribui a praetore ei qui fideicommissum petit, quam testator voluit, absurdum est: utique autem testator, nisi expleta sit condicio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit neque per hunc illi voluit restituere hereditatem »

(1) Ad h. l.

(2) Ad h. l.

(3) *Lehrbuch des Pandektenrechts*, III Bd., § 664, n. 3.

(4) *Observationum et emendationum liber*, in Orto, op. cit., t. II, col.

non può essere la 'ratio' di quella decisione. Vi si afferma, infatti:

a) che il dispenente ha voluto che l'erede fosse chiamato alla eredità e che avesse luogo la trasmissione della medesima al fedecommissario solo nel caso, che fosse stata adempiuta la 'condicio' gravante sulla istituzione;

b) che in conseguenza non potesse il pretore esonerare l'erede dalla esecuzione della modalità.

Sicché il brano può concernere solo la soluzione del quesito, se dovesse o no la 'condicio' essere rimessa dal magistrato.

Invece nel § 8 non si legge, se non che l'onorato del fedecommissario avesse l'obbligo di offrire all'erede il denaro, che questi secondo la condizione doveva prestare a terza persona; non si ha dunque che una 'decisio', la quale presuppone non il quesito, se dovesse la modalità esser rimessa — chè anzi questo è presupposto già risolto — sibbene la 'quaestio', se per l'adempimento della 'condicio' dovesse l'erede subire il danno del pagamento della somma, ovvero questa gli dovesse essere corrisposta dal fedecommissario.

Il brano in parola quindi non può essere la 'ratio' della decisione racchiusa nel § 8.

E non è affatto interpolato. E' chiaro, infatti, che incarna concetti che sono in armonia con il diritto classico. Nè dal lato formale vi ha elemento alcuno, che possa farci, anche lontanamente, pensare ad una sua origine spuria. L' 'absurdum' medesimo, che si è additato come tribonianismo, è aggettivo proprio del linguaggio gaiano: nelle Istituzioni viene adoperato ben 3 volte e in significato e funzione, che coincidono perfettamente con quelli che ha nel brano in esame:

I § 45: «...erat enim sane absurdum...»;

II § 244: «...quia quod nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere, quia vitam longius traxerit, absurdum esset »;

III § 141: «... absurdum videri...» (1).

In disaccordo stridente, poi, con la motivazione discussa è, secondo abbiamo rilevato, il famoso

« sed et remitti eam ab initio visum est ».

Nè può dirsi, tal tratto, in armonia con quello che lo precede

« si vero turpis aut difficilis sit condicio, aperte iniquum est cogi eum explere eam alterius gratia ».

Perocchè, contenendosi in queste parole l'affermazione, che fosse evidentemente iniquo astringer l'erede allo adempimento della modalità ' alterius gratia ', ed iniziandosi il brano in esame con ' sed et ', è chiaro, che il rilievo originale non avrebbe potuto essere che diametralmente opposto a quello racchiusovi.

Il ' sed et — visum est ' dunque non solo urta contro il brano che lo segue, ma anche contro quello che lo precede. In tale punto quindi il frammento è stato colpito dai Giustiniani.

E colpito a morte.

Infatti, dando luogo lo squarcio finale solo ad una soluzione diametralmente opposta a quella che figura nel frammento e presupponendo il ' sed et ' una osservazione del pari contraria a quella che lo segue, perchè lo precede il tratto ' si vero turpis — alterius gratia ', è manifesto, che fra le parole ' sed et ' e ' visum est ' il giureconsulto affermava l'opposto di quanto i Giustiniani gli fanno dire. E cioè Gaio diceva, che la condizione non fosse da rimettere.

Nè nel l. II ' fideicommissorum ' poteva discorrersi della condizione immorale. Secondo abbiamo messo in rilievo, negli squarci ' aperte — gratia ' e ' plus enim — restitui hereditatem ' si presuppone, che all'erede possa imporsi l'adempimento del gravame.

(1) Togliamo le citazioni dal *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, del ZANZUCCHI, ad h. v. — Più che mai ci sembra opportuna, anzi necessaria la massima cautela nell'avvalersi del criterio della lingua per la critica dei testi.

Inoltre è certo altresì, che Gaio non faceva cenno della ' condicio ' che importi dispendio. Già mettono in sospetto la forma ' impendium (1) aliquid ' e la circostanza, che tali parole sono rette da ' habet condicio '. Come pure è significante, che nella seconda parte del frammento, ove si dice di nuovo della condizione, non si faccia più cenno di quella che dia luogo ad una spesa. Ma v' ha di più. Di tale modalità il giurista si intrattiene a parte, e proprio, come si è visto, nel paragrafo successivo a quello in parola.

Viceversa, quel che resta del frammento armonizza con la ' condicio ' la quale ' difficultatem ullam habet '. Direbbe infatti il giurista che se la condizione non è difficile, si applica il Pegasiano e quindi l'erede è astretto ad adempiere e restituire l' ' hereditas ' ; che se invece l'onere presenta difficoltà, è evidentemente iniquo astringere alla esecuzione; che però non è da rimettere, non potendo il pretore attribuire al fedecommissario più di quanto ha voluto il defunto: questi ha disposto, che l'erede scritto sia chiamato alla eredità e che questa venga restituita al fedecommissario solo ' expleta condicione '.

Ciò posto, Gaio nel l. II ' fideicommissorum ', almeno sostanzialmente, diceva di sicuro così:

« Si sub condicione heres institutus sit, qui suspectam sibi hereditatem esse dicit, si difficultatem nullam habeat condicio, iubendus est parere condicioni et adire et et ita restituere: si vero difficilis sit condicio, aperte iniquum est cogi eum explere eam alterius gratia. sed et remitti eam iniquum (2) visum est: plus enim tri-

(1) Il leggere ' impedimentum ' invece di ' impendium ' darebbe luogo ad una categoria di ' condiciones ', che non vedremmo come poter distinguere da quella delle ' condiciones quae difficultatem ullam habent '.

(2) Attingiamo al MOMMSEN l' ' iniquum '. Viceversa non accogliamo, della proposta di emendazione mommseniana, le parole ' a praetore ', seguendo esse nel testo poco dopo la decisione incriminata. E quindi anche per tal motivo la ragione di quella proposta ci sembra

bui a praetore ei qui fideicommissum petit, quam testator voluit, absurdum est: utique autem testator, nisi expleta sit condicio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit neque per hunc illi voluit restitui hereditatem ».

Il cenno della ' condicio ' che importi una spesa o violi il buon costume, ed il domma della ' remissio ab initio ' figurano nel testo solo ad opera dei Giustiniani. Costoro, al fine di rimuovere le difficoltà le quali avevano determinato la dottrina, che il Pegasiano non avesse luogo quando l'erede dichiarasse sospetta l'eredità e la condizione fosse di difficile adempimento, proclamano rimesso ' ab initio ' il gravame. Ed allora, diveniva naturale ricordare anche la condizione turpe e quella che importasse dispendio.

Si può quindi concludere, che nel diritto giustiniano la condizione immorale aggiunta alla istituzione d'erede fosse rimessa inizialmente.

5. — Il ' remittere ' però nel diritto nuovo non designa la disciplina vetusta dell'editto sulla ' condicio iurisiurandi '.

Esaminiamo il fr. 27 de cond. instit. 28, 7, estratto dal l. VIII ' responsorum ' di Modestino:

« Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali condicione ' si reliquias eius in mare abiciat ': quae-rebatur, cum heres institutus condicioni non paruisset, an expellendus est ab hereditate. Modestinus respondit: laudandus est magis quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non in mare secundum ipsius voluntatem abiecit, sed memoria humanae condicionis (1) sepulturae tradidit. sed hoc prius inspiciendum est,

destituita di fondamento. Non siamo d'accordo, poi, col DE RUGGIERO, op. cit., p. 174, nel ritenere che un secondo ' iniquum ' sarebbe inellegante. La bontà formale dello squarcio non ne rimane in alcun modo turbata.

(1) ' Sed immemor inhumanae condicionis? ' MOMMSEN, ad h. l.

ne homo, qui talem condicionem posuit, neque compos mentis esset, igitur si perspicuis rationibus haec suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi ».

Lo squarcio è anch'esso uno dei più tormentati dalla critica.

All'Eisele (1) appare molto sospetto l' ' expellendus est ab hereditate ', a causa dell'indicativo ' est ' dopo il ' paruisset ', e perchè il giurista non poteva domandarsi se dovesse l'erede esser cacciato dalla ' hereditas ', non avendola questi ancora ottenuta. Inoltre gli sembra giustiniano anche il brano ' sed hoc — heredi ' per la forma bizantina, non dicendosi anche prima di quanto ' prius inspiciendum est... ', perchè il testatore deve esser ritenuto non sano di mente fino a prova in contrario e per una ' condicio ', di cui non può dirsi sia dettata da follia. Anche il De Ruggiero (2) stima probabilmente triboniani i due brani ' expellendus est ab hereditate ' e ' sed hoc — heredi '; mentre per lo Scialoja (3) è forse spurio solo l'ultimo tratto e per il Beseler (4) son certo interpolazioni le parole ' igitur — amoveri potest '. Le parole intermedie ' laudandus — tradidit ', poi, sono state attribuite ai bizantini dal Riccobono (5): l'insigne Maestro vi scorge un vestigio luminoso dell'etica di Cristo. Infine, denegano a Modestino gli squarci in parola il Krueger (6) ed il de Francisci (7).

Facciamo l'analisi del frammento.

Un tale istituisce il suo erede a condizione che ne getti in

(1) *Beitraege zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen in Zeitschrift* . . . cit., Abt. cit., XVIII Bd., p. 30 e seg.

(2) *Op. cit.*, p. 172 e seg.

(3) *Op. cit.*, p. 36 n. 3.

(4) *Op. cit.*, III Heft, p. 107.

(5) *Cristianesimo* . . . cit., p. 10 e seg.

(6) *Ad h. l.*

(7) *La misura delle spese ripetibili coll' actio funeraria*, estratto dai *Rendiconti del Reale Istituto lombardo di scienze e lettere*, vol. XLVIII, fasc. 7, p. 301.

mare il cadavere. L' crede non obbedisce. Si chiede, se non sia da escludere dalla ' hereditas '. E si risponde, esser quegli meritevole più di lode che di biasimo per aver dato sepoltura al cadavere; e che, ove consti la sanità di mente del defunto, l'erede legittimo non può in alcun modo muover lite a quello testamentario.

Questo è il contenuto della legge.

Senonchè non possono essere attribuiti al l. VIII ' responsorum ' di Modestino i brani ' expellendus est ab hereditate ' e ' laudandus — scripto heredi ': i rilievi dell' Eisele e del Riccobono costituiscono una prova completa della origine bizantina di essi. E, disgraziatamente, quel che resta non permette di ricostruire il pensiero del giurista. Forse questi si domandava, se la condizione non fosse contraria al buon costume e quindi di quelle, cui l' onorato non dovesse adempiere. Il contenuto della modalità renderebbe verisimile sì fatta ipotesi, mentre appare destituita di fondamento quella dell' Eisele <sup>(1)</sup>, secondo la quale Modestino si sarebbe domandato, se l' eredità non diventasse caduca per deficienza della ' condicio '. Quale poi potesse essere la decisione del quesito, non ci sembra lecito neanche congetturare.

Il testo però è importante per il diritto di Giustiniano.

Perocchè, affermando che l' istituito è degno di lode e non di biasimo se non eseguì l' inumano gravame, ed attribuendogli l' eredità quando il defunto fosse sano di mente, i compilatori dicono con chiarezza esser valida la dichiarazione principale e nulla del tutto l' accessoria, ove alla istituzione d' erede venisse aggiunta condizione immorale. Inoltre, dichiarando che non competesse all' erede legittimo la petizione di eredità avverso il chiamato per testamento, i Giustiniani designano pure con lucidezza la dottrina della nullità assoluta da loro applicata: essa può solo esser quella del ' ius civile ', potendo il vocato in parola diventar ' heres ' non quando avesse luogo la ' remissio ', sib-

(1) Op. cit., loc. cit.

bene e solamente ove la condizione fosse considerata come non scritta.

6. — Volgiamo ora l' attenzione ai fr. 14 eod. e 112 § 3 de leg. etc. I, appartenenti l' uno al l. IV, l' altro al l. VI delle istituzioni di Marciano:

« Condiciones contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem obtinent scriptae vel quae contra bonos mores vel derisoriae sunt aut huiusmodi quas praetores improbaverunt, pro non scriptis habentur, et perinde, ac si condicio hereditati sive legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumve »;

« Si quis scripserit testamento fieri, quod contra ius est vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid vel contra edictum praetoris vel etiam turpe aliquid ».

Nel primo squarcio si legge, che consideravasi non scritta la condizione contro il diritto o la morale gravante su istituzione d' erede o legato; si legge nel secondo, che la modalità non aveva valore se aggiunta a qualsivoglia disposizione testamentaria.

Di conseguenza, al momento in cui il giurista scriveva, la disciplina della condizione illecita imposta ad istituzione d' erede, legato o fedecommesso non sarebbe stata quella pretoria della ' remissio ', sibbene l' altra della nullità assoluta secondo il diritto civile. Ed uguale trattamento avrebbe ricevuto l' onore contro il diritto o il buon costume, ove fosse stato apposto ad ogni altra disposizione testamentaria.

Ora anche questi brani sono interpolati.

L' antica disciplina della remissione aveva incontrato il plauso unanime dei giureconsulti e da costoro era stata elaborata fino alle più lontane conseguenze. Al tempo, poi, in cui il giurista scriveva era ancora vivissimo il contrasto fra il ' ius civile ' e il ' ius honorarium ': il diritto insigne degli editti, come dice con frase assai felice Marciano medesimo nel l. I della medesima opera <sup>(1)</sup>, era ancora la ' viva vox iuris civilis '.

(1) Fr. 8 de iust. et iure 1, 1.

Inoltre è attestato direttamente che, almeno sino ai primi anni del regno di Caracalla, le condizioni immorali e contrarie al diritto, se gravanti su legato, erano ancora colpite dalla nullità assoluta del diritto pretorio. E le forti escludono del tutto l'esistenza di dubbiezze al riguardo. D'altra parte, le istituzioni di Marciano furono redatte non molto dopo la morte di quell'imperatore, forse sotto Macrino o Elagabalo <sup>(1)</sup>. E il diritto nuovo è esposto in tutti e due gli squarci in maniera da far pensare che vigesse senza contrasti. Pertanto non è lecito credere che la giurisprudenza avesse innovato circa il punto in esame. Essa non poteva abbattere di colpo l'istituto già secolare della 'remissio'.

Nè crediamo si possa congetturare, che l'innovazione sia avvenuta per mezzo di 'constitutio principis', oppure di 'oratio in senatu habita'. L'avvenimento, di importanza fondamentale, si sarebbe svolto quasi o addirittura sotto gli occhi del giurista, e questi avrebbe certamente citato la fonte imperiale.

Neppure, poi, riesce favorevole alla classicità del domma in questione la critica dei due squarci.

Per quel che concerne il § 3 del fr. 112, osserviamo solamente, che il 'non valet' manca di soggetto. Il frammento quindi è interpolato tra le parole 'bonos mores' e 'veluti', vale a dire proprio nel punto, ove è il cuore del principio in parola.

Guasto è pure il fr. 14.

Anzitutto è da osservare, che, avendo anche gli editti imperiali forza di legge <sup>(2)</sup>, non poteva Marciano contrapporli alla categoria delle fonti 'quae legis vicem obtinent'. D'altra parte, sostituendo 'praetorum' <sup>(3)</sup> a 'imperatorum', scomparirebbe l'errore di diritto, e alle fonti del 'ius civile' verrebbe ad essere contrapposta quella dell' 'ius honorarium':

(1) FITTING, op. cit., p. 122; KRUEGER, op. cit., p. 251.

(2) Cfr. Gaio, l. I 'institutionum', § 5; Ulpiano, l. I 'institutionum', fr. 1 § 1 de const. princ. 1, 4.

(3) Si noti che il giurista più giù dice 'praetores' e non 'praetor'.

« Condiciones contra edicta praetorum aut contra leges aut quae legis vicem obtinent scriptae... ».

Lo squarcio allora, poggiando sulla distinzione del 'ius' in 'civile' ed 'honorarium', sarebbe anche in armonia con il brano del l. VI, ove come esempio di condizione contraria al diritto si adduce quella contro la legge o l'editto del pretore:

« Si quis scripserit testamento fieri, quod contra ius est vel bonos mores... veluti si quis scripserit contra legem aliquid vel contra edictum praetoris vel etiam turpe aliquid ».

Inoltre, appartiene certo ai Giustiniani anche il cenno delle 'derisoriae' quale categoria autonoma di condizioni. La giurisprudenza non le aveva distinte da quelle contrarie al buon costume e la distinzione è ignota anche all'altro brano delle istituzioni marcianee.

Neppure, infine, può essere genuino l' 'huiusmodi': esso è già sospetto di per sé e tanto incolore e si aggiunga, che le condizioni 'quas praetores improbaverunt' furono quelle contrarie al 'ius', civile od onorario, e ai 'boni mores'.

D'altra parte, confrontando la chiusa del frammento in parola

« et perinde, ac si condicio hereditati sive legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumve »  
col tenore dell'editto 'de condicione iurisiurandi'

Ulpiano, l. L 'ad edictum', fr. 8 pr. 28, 7: « Quae sub condicione iurisiurandi relinquuntur, a praetore reprobantur:... voluit ergo eum, cui sub iurisiurandi condicione quid relictum est, ita capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis iurisiurandi condicio ingeritur... », ci si accorge che Marciano, per indicare la conseguenza della invalidità che colpiva le condizioni di cui discorreva, adoperava il disposto vetusto ed insigne, da cui era provenuta la disciplina di tali gravami.

E' lecito quindi affermare che il giurista nel l. IV 'institutionum', almeno sostanzialmente, dicesse così:

« Condiciones contra edicta praetorum aut contra leges et quae legis vicem obtinent aut contra bo-

nos mores scriptae, quas praetores improbaverunt, 'remittendae sunt' et perinde, ac si condicio hereditati sive legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumve ».

E non diversamente Marciano poteva esprimersi nel l. VI. Sono invece i Giustiniani che, accogliendo la tradizione post-classica, sottopongono al vetusto regime della nullità assoluta del 'ius civile' i negozi a causa di morte oberati di condizione illecita. E li disciplinano tutti nella maniera benigna, forse non innovando neppure in questo: l'ingiustizia del trattamento rigoroso poteva essere sentita anche nell'era della decadenza.

7. — In ultimo, nella c. 5 de instit. vel substit. etc. 6, 25, già ricordata, di Valeriano e Gallieno, si legge:

« Reprehendenda tu magis es quam mater tua. illa enim si (nisi) heredem te sibi esse vellet, id quod est inutile, matrimonium te dirimere cum viro non iuberet. 1. Tu porro voluntatem eius divortio comprobasti: oportuerat autem, etsi condicio huiusmodi admitteretur, preferre lucro concordiam maritalem. enimvero cum boni mores haec observari vetent, sine ullo damno coniunctionem retinere potuisti. 2. Redi igitur ad maritum sciens hereditatem matris, etiamsi redieris, retenturam, quippe quam retineres, licet prorsus ab eo non recessisses ». a. 257.

La figlia, istituita erede dalla madre alla condizione 'si a viro divortisset', esegue l'onere. Di ciò le si volge rimprovero: se anche, si dice nel testo, la 'condicio' non fosse stata 'inutilis', avrebbe ella pur sempre dovuto preferire al lucro la concordia coniugale. Rilevatosi poi, che, essendo la modalità vietata dal buon costume, la donna avrebbe potuto rimanere sposa senza alcun danno, le si consiglia di tornare al marito, facendole pure presente, che conserverebbe l'eredità, poichè l'avrebbe ritenuta anche non divorziando.

La condizione quindi 'si a viro divortisset' aggiunta alla istituzione d'erede appare nella legge nulla assolutamente secondo il diritto civile. E perchè il gravame, violando il principio 'libera matrimonia esse placet', era pure contro il di-

ritto, nulle del tutto 'iure civili' sarebbero state le condizioni immorali e quelle contrarie al 'ius', se apposte a quel negozio.

Ora non poteva essere così al tempo di Valeriano e Gallieno.

Fino a poco dopo il 212 è attestato, che alla 'condicio divortii' gravante su 'legatum' applicavasi la remissione pretoria. E risulta pure, che la 'remissio' avesse luogo ancora sino a qualche anno dopo la morte di Caracalla per le condizioni contrarie al buon costume o al diritto, se aggiunte ad istituzione d'erede o legato. Pertanto, la riforma nel regime degli oneri in questione sarebbe avvenuta tra tal momento ed il 257. Però sappiamo che la condizione di divorziare aggiunta alla 'stipulatio' dava luogo alla duplice disciplina del diritto civile e del pretorio ancora imperante Alessandro. Ed anche Diocleziano e Massimiano dicono, che la stipulazione turpe era valida secondo il 'ius civile'. Nè, poi, scorgeremmo alcun motivo per spiegarci un mutamento di regime, il quale non concernesse tutti gli atti 'iuris civilis' oberati di condizione illecita.

Si può dunque ritenere che le modalità in parola, regnanti Valeriano e Gallieno, fossero ancora soggette all'antica regola: la nuova, che si incarna nella frase 'id quod est inutile', appartiene pure in questa legge ai compilatori bizantini.

8. — Concerne la 'condicio iurisiurandi' il fr. 112 § 4 de leg. etc. I, tolto dal l. VI 'institutionum' di Marciano:

« Divi Severus et Antoninus rescripserunt iusiurandum contra vim legum et auctoritatem iuris in testamento scriptum nullius esse momenti ».

Nello squarcio si legge, che in forza di un rescritto di Severo e Caracalla il 'iusiurandum' in contrasto con l'ordine giuridico, se inserito nel testamento, fosse nullo assolutamente secondo il diritto civile.

Sicchè l'editto 'de condicione iurisiurandi' sarebbe stato abrogato in parte dai due imperatori: sotto l'antica disciplina sarebbero rimasti la donazione a causa di morte, e, ove il contenuto del giuramento fosse stato lecito o contrario al buon costume, anche l'istituzione d'erede, il legato ed il fedecommesso. Inoltre la nullità assoluta del diritto civile avrebbe col-

pito pure il gravame di ogni altra disposizione testamentaria, in cui il giuramento avesse mirato a far violare norma di diritto.

Ora non è possibile ascrivere a Severo e Caracalla innovazioni sì fatte.

Già appare strano che la nuova disciplina non concerna tutti i negozi a causa di morte onerati di 'condicio iurisiurandi', e quelli cui fosse aggiunta condizione in contrasto con l'etica o col diritto.

Ma v'ha di più. Ulpiano nel l. L 'ad edictum' dice:

fr. 8 pr. de cond. instit. 28, 7: « Quae sub condicione iurisiurandi relinquuntur a praetore reprobantur <sup>(1)</sup>:... »;

§ 1: « Hoc edictum (de condicione iurisiurandi) etiam ad legata pertinet, non tantum ad heredum institutionem »;

§ 2: « In fideicommissis quoque oportebit eos, qui de fideicommisso cognoscunt, subsequi praetoris edictum.... »;

§ 3: « Et in mortis causa donationibus dicendum est edicto locum esse, si forte quis caverit, nisi si iurasset se aliquid facturum, restitutum quod accepit: oportebit itaque remitti cautionem »;

§ 4: « Si quis sub iurisiurandi condicione et praeterea sub alia sit institutus [huic videndum est an remittatur condicio: et <sup>(2)</sup>] magis est, ut remitti iurisiurandi condicio debeat.... »;

§ 5: « Sed si sub iurisiurandi condicione sit institutus aut si decem milia dederit [hoc est alternata condicione, ut aut pareat condicione aut iuret aliud quid, videndum numquid <sup>(3)</sup>] remitti ei condicio non debet.... ».

(1) Per il BESELER, op. cit., IV Heft, p. 142 e segg., invece, tali parole sono interpolate. [All' avviso del BESELER sul fr. 8 pr. aderisce il KRUEGER, nei recentissimi *Nova supplementa adnotationum ad Digesta*, ad h. l. Nota aggiunta nella bozza di stampa.]

(2) BESELER, op. cit., p. 143.

(3) BESELER, op. cit., p. 143 e seg.

Al momento quindi in cui il giureconsulto scriveva, il regime antico dei negozi 'mortis causa' oberati di condizione di giurare vigeva ancora integralmente: istituzioni d'erede, legati, fedecommissi e donazioni a causa di morte soggetti al gravame in parola appaiono ancora disciplinati dal diritto editale, e qualunque fosse la sostanza del giuramento.

Ora, mentre Settimio Severo e Caracalla regnarono insieme dal 198 al 211, l'opera ulpiana 'ad edictum' dal 36° al 50° libro venne redatta e pubblicata tra il 212 e il 217 <sup>(1)</sup>.

Dunque nel rescritto in parola, a proposito della 'condicio iurisiurandi' contraria al diritto, i due Cesari potevano soltanto ricordare il diritto insigne del pretore: sono invece i Giustiniani che, in armonia con le loro vedute, dichiarano la modalità nulla assolutamente 'iure civili', se apposta a negozio 'mortis causa'. E certo costoro intesero disciplinare alla stessa maniera ogni altra condizione di giurare, che gravasse su atto a causa di morte.

9. -- Qualche novità, infine, è osservabile in ordine ai negozi che nel diritto classico erano disciplinati in maniera particolare.

La 'stipulatio' sotto condizione di giurare, quando costituisse gravame di donazione a causa di morte, nel diritto della decadenza e nel nuovo (fr. 8 § 3, 28, 7) non poteva essere che un negozio soltanto nullo assolutamente.

Anche nel diritto giustiniano rimane valido l'intero atto, ove alla disposizione in onore del liberto il defunto avesse aggiunta 'condicio iurisiurandi' diretta a far avere al figlio donativi od opere: fr. 7 § 1, 38, 1.

La disciplina, inoltre, che il 'ius civile' aveva imposto a qualche negozio a causa di morte incontrasi anche dopo il secolo terzo. Così la condizione di non contrarre nozze appare nulla assolutamente nell'era della decadenza se aggiunta ad istituzione d'erede (Lex rom. Visig., Paul 3, 6, 8), sotto Giustiniano ove gravasse su ogni liberalità testamentaria (fr. 64 § 1,

(1) FITTING, op. cit., p. 101 e segg.

fr. 79 § 4, 35, 1, etc.). Ed è chiaro che il caso cessava di costituire eccezione. Parimenti nel diritto ultimo sono nulle del tutto le disposizioni captatorie (fr. 64, 1; c. 11, 6, 21 etc.) e la istituzione d'erede in favore del figlio in potestà e sotto condizione illecita (fr. 15, 28 7). Se Giustiniano, poi, in omaggio alla volontà del defunto proclama validi i lasciti penali, conserva però il vetusto regime per quelli che violassero il diritto o la morale:

c. un. de his etc. 6, 41: « Supervacuum observationem veterum legum, per quam voluntates testatorum ad effectum duci impediabantur, amputamus praecipientes nullum valere, dicendo poenae nomine quaedam esse relicta vel adempta in supremis testantium voluntatibus, ea infirmare, sed licere testanti pro implenda sua voluntate vel pecunias dari praecipere vel aliam pecuniariam poenam inferre quibus voluerit... § 1. Quod si aliquid facere vel legibus interdictum vel alias probrosum vel etiam impossibile iussus aliquis eorum fuerit, tunc sine ullo damno etiam neglecto testatoris praeepto servabitur ». a. 528;

fr. 1 de his quae etc. 34, 6: « Filio familias vel servo herede instituto etiam si in patris dominive poenam *illicite vel probrose* datum est, nullius momenti legatum esse respondit: non enim id solum, quod in heredes, sed omne, quod in cuiusque lucrum aliquid ex ultima voluntate sentientis *talem* poenam in testamento scriptum sit, nullius momenti habendum »;

§ 36 I. de leg. 2, 20: «... generaliter ea quae relinquuntur, licet poenae nomine fuerint relicta vel adempta vel in alios translata, nihil distare a ceteris legatis constitimus vel in dando vel in adimendo vel in transferendo: exceptis his videlicet, quae impossibilia sunt vel legibus interdicta aut alias probrosa: huiusmodi enim testatorum dispositiones valere secta temporum meorum non patitur ».

10. — Un cambiamento di regime è dunque avvenuto in ordine ai negozi di diritto civile e sotto condizione illecita, i

quali fossero colpiti di invalidità dal diritto edittale. Ed invero, quelli fra vivi nella decadenza e sotto Giustiniano non sono più, come fino agli ultimi istanti del terzo secolo, degli atti validi ' iure civili ' e nulli assolutamente ' iure honorario ', sibbene e soltanto manifestazioni di volontà che non pervengono a vita giuridica. E pure i negozi a causa di morte, mentre fino al chiudersi dell'era classica erano validi secondo il diritto civile, e nell'elemento accessorio o anche nel principale nulli del tutto secondo l'altro ramo del diritto, nel periodo postclassico e giustiniano sono disciplinati alla luce della nullità assoluta del ' ius civile '.

Viceversa, nessun mutamento di regime si osserva nei negozi a causa di morte sotto condizione illecita, che il diritto civile aveva colpito di invalidità: come nell'epoca precedente, si considera non aggiunto l'elemento accessorio o inesistente l'intera disposizione.

Or come è da spiegare tal fatto?

Secondo è noto, nell'era della decadenza ed in quella di Giustiniano non vi ha più la distinzione del ' ius ' in ' civile ' ed ' honorarium ', alla quale precipuamente il diritto di Roma aveva attinto la sua grandezza. Il diritto è diventato unico e scaturisce dal potere imperiale. Ora la nullità assoluta del diritto pretorio non poteva essere accolta in un sistema giuridico, le cui norme provenissero da unica fonte. Ed invero, la manifestazione di volontà veniva ad essere nel contempo esistente ' iure civili ' ed inesistente, in tutto od in parte, ' iure honorario '. Invece, essendo il negozio cui colpiva soltanto nullo assolutamente nell'elemento accessorio o anche nel nucleare, la nullità assoluta del diritto civile appariva in completa armonia col nuovo ordinamento. Il regime del pretore quindi non poteva che svanire; l'altro, al contrario, doveva rimanere in vita ed altresì pigliarne il posto (1).

(1) I rilievi del presente studio rendono insostenibile l'opinione (v. FERRINI, *Manuale*... cit., § 155; MITTEIS, *Roemisches Privatrecht*

## IV.

**Conclusione.**

La disciplina degli atti ' iuris civilis ' oberati di condizione illecita si delinea oramai nitidamente.

Nel diritto antico e classico questi negozi furono validi ' iure civili '. ' Iure honorario ' furono nulli assolutamente. Ma già al tempo di Cicerone il pretore rimetteva la ' condicio ' illecita che gravasse su istituzione d'erede. L'editto ' de condicione iurisiurandi ', emanato nei primordi dell'impero, rimise la condizione di giurare della ' heredis institutio ', e la disciplina a poco a poco fu estesa ai legati, fedecommessi, donazioni a causa di morte. La ' condicio ' però rimase valida, ove il testatore l'avesse aggiunta a disposizione in onore del liberto, per far avere al figlio donativi od opere. Il regime edittale fu applicato anche alla ' condicio ' ' contra ius vel bonos mores ' che pesasse su quei negozi. Il ' ius civile ', poi, colpiva di nullità assoluta qualche condizione, ad es. quella di non sposare inserita nel testamento, ed altresì i lasciti captatori, l'istituzione d'erede sotto condizione contraria al diritto e a favore del figlio in potestà, i lasciti a titolo di pena.

Nel diritto postclassico e giustiniano invece i negozi in parola, se fra vivi, sono nulli assolutamente. E nulla del tutto è la condizione della ' heredis institutio ' e forse degli altri atti a causa di morte nella decadenza, di tutti questi negozi sotto Giustiniano. Nel diritto ultimo però è valido il lascito a beneficio del liberto, ove il disponente apponesse la condizione del giuramento per procurare al figlio opere o doni; e sono nulle assolutamente le disposizioni captatorie, la istituzione d'erede in onore del figlio in potestà e sotto condizione illecita, le disposizioni penali in contrasto con il diritto od il buon costume.

*bis auf die Zeit Diokletians, I Bd., pp. 237 n. 1, 235 n. 35), che attribuisce ai giureconsulti classici la grande inesattezza della terminologia delle fonti relativa alla invalidità dei negozi giuridici.*

## I N D I C E

Prefazione . . . . .	pa.	3
I. — Opportunità di una nuova esegesi dei testi . . . . .	»	5
II. — Il diritto antico e classico . . . . .	»	9
III. — Il diritto postclassico e giustiniano . . . . .	»	55
IV. — Conclusioni . . . . .	»	110



REV15

ÚK PrF MU



3129S04691