

SULLA
LEGGE 77 § 8 DIG. DE LEGATIS II (31)

(Garanzia evizionale tra fratelli nella divisione paterna)

(MEMORIA

DI

GUSTAVO BONELLI

AVVOCATO IN ROMA

Estratto dagli *Studi in onore di Vittorio Scialoja*

PRATO

TIPOGRAFIA GIACHETTI, FIGLIO E C.

—
1904

Il *paterfamilias* romano usava non di rado assegnare a taluno dei suoi eredi determinati corpi ereditarii per via di *praeceptiones* o di istituzioni *in rebus certis*, anche col risultato di *dividere* addirittura a questo modo la sua eredità (divisione *attributiva*) (1). L'effetto era che per quei dati corpi si verificava successione a *titolo singolare* (*jure legati*, non *jure haereditario*). Ma in relazione ai figli, era riconosciuto al padre, che aveva intenzione di dividere, il potere di anticipare addirittura il giudizio arbitrale assegnando i corpi ereditarii come realizzazione della quota ereditaria, cosicchè essi passassero loro *jure hereditario* e non più a titolo singolare; e ciò poteva egli fare non solo in un testamento normale o in un atto di ultima volontà meno solenne, come il codicillo, ma anche in un atto speciale dispensato da qualunque forma, e perfino senza previa istituzione in eredi, cioè sulla stessa eredità intestata (divisione *distributiva*) (2).

Ciò non esclude che potesse il padre anche tra i suoi figli procedere testamentariamente ad assegnazioni di cose certe e di prelegati, e che (specie quando aveva motivo di non vincolarsi all'esigenza della uguaglianza nei riparti) procedesse talvolta a divisione dei propri beni tra loro nel modo stesso che tra estranei, cioè in forma *attributiva* (*verbis legatorum*,

(1) V. L. 15 D. 34, 9; L. 17 pr. D. 29, 1; L. 10 C. 3, 36; L. 1 C. 8, 36.

(2) V. L. 20 § 3; L. 39 §§ 1 e 5; L. 32 D. 10, 2 (*fam. ercisc.*); L. 21 § 5 D. 33, 1 (divisione distributiva accompagnata da prelegato); LL. 16 e 21 C. 3, 36 (*fam. ercisc.*). — Questa è la *divisio inter liberos*.

verbis fideicommissi, datis praeceptionibus, ecc.)(1). Ora in questi casi la giurisprudenza si mostrò propensa ad applicare a codesti legati fatti con intento divisorio tra i figli talune regole proprie degli assegni ereditarii, creando così un *jus singulare*, per cui la divisione attributiva tra figli, a differenza di quella tra estranei, veniva a partecipare in qualche modo agli effetti della vera e propria *divisio inter liberos*.

Uno di questi casi ci è offerto da PAPINIANO nella L. 77 § 8 Dig. *de legat.*, 2. I coeredi divisionari si debbono garantire *tra loro*, in caso di *evizione*, per le cose e sulle cose rispettivamente assegnate. Uguale obbligo non esiste per gli eredi a favore dei legatari. Ma la giurisprudenza estese tale difesa alle assegnazioni divisionali *paterne* anche quando la divisione era stata effettuata in forma attributiva.

Il testo merita peraltro qualche illustrazione. Esso è di questo tenore:

« Evietis praediis, quae pater, qui se dominum esse crederit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit: si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter conjectura voluntatis non patietur eum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservare ».

I. La prima parte della legge contiene la regola: evitto il fondo prelegato, il prelegatario non ha nessuna azione da esercitare verso i coeredi.

Infatti il legato di cosa *altrui* era valido, ma nel presupposto (che il testo esclude nel caso speciale) che il testatore *sapesse* che la cosa era altrui; poichè allora si presumeva che egli ne avesse imposto l'acquisto all'erede coi mezzi dell'eredità (2). Ma se il testatore aveva lasciato la cosa altrui

(1) Vedi, oltre il nostro testo, L. 3 § 4 D. 36, 1; L. 33 D. 10, 2; L. 90 § 1 D. *leg.* I; L. 23 D. 34, 4; L. 34 § 4 D. *leg.* III; L. 89 § 4 D. *leg.* II.

(2) A ciò si prestava il *legatum damnationis* (e in seguito il *fidecom-messo*): « Quo genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat ». GAL., II, 202.

al legatario credendola propria, era il caso, per l'erede, dell'*exceptio doli*, colla quale soleva difendersi l'erede *si probetur alias legaturus non fuisse* (L. 72 § 6 D. 35, 1). Ed espressamente un rescritto di ANTONINO PIO, conformandosi a un parere di NERAZIO, esimeva in tal caso l'erede da ogni obbligo verso il legatario (1). Che anzi veniva addossato al legatario l'onere della prova, che il testatore *sapesse* trattarsi di *res aliena* (L. 21 D. 22, 3). Solamente cessava la ragione della invalidità, epperò il legato ripigliava la sua forza, almeno secondo un'interpretazione equitativa introdotta dalla giurisprudenza imperiale, allorchè, pur stabilito l'errore del testatore sulla proprietà, si poteva presumere p. e. dai vincoli d'affetto che legavano il testatore al legatario, che anche sapendo la cosa aliena, avrebbe ugualmente ordinato il legato a favore di quella persona (2). In altri termini, la liberazione dell'erede dal legato non conseguiva in modo assoluto e necessario dall'errore del testatore sulla proprietà della cosa legata; era una *voluntatis quaestio*, che dovea risolversi caso per caso, apprezzando l'intenzione colla quale il legato era stato ordinato.

Nel caso speciale non c'era ragione di ritenere che, se avesse saputo che i fondi non erano propri, il padre avrebbe fatto ugualmente il legato a quel figlio. È vero che si trattava di persona eminentemente *proxima*, ma l'allusione del testo imperiale al vincolo personale del testatore verso il legatario non ha che una portata esemplificativa (3), e ciò

(1) V. L. 67 § 8 D. *leg.* 2. Cfr. § 4 Ist. 2, 20 (« forsitan enim si scivisset alienam, non legasset »); PAULI, *Rec. Sent.*, IV, 1 § 8 (« non relicturus si alienam scivisset »).

(2) Costituzione di ALESSANDRO SEVERO (L. 10 C. 6, 37): « Quum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens, tam ex legato quam ex fideicommisso ab eo qui legatum seu fideicommissum meruit peti potest. Quodsi suam esse putavit, non aliter videtur relictum, nisi proximae personae, vel uxori, vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset etsi scisset rem alienam esse ».

(3) Ciò si desume dalla motivazione data nella costituzione 10 citata, e che corrisponde a quella che in senso contrario giustifica la regola

che elide nel caso l'importanza di questa considerazione per l'apprezzamento della volontà del testatore è il riflesso che in pari grado prossime a lui erano le persone gravate del legato, cioè gli altri figli (1), e che il figlio legatario era anche erede, e quindi già provvisto della sua quota (2). Il giureconsulto esclude pertanto qualunque azione del figlio prelegatario evitto verso i fratelli coeredi.

Altri spiega la cosa diversamente, e cioè distinguendo la posizione dell'erede verso il legatario secondochè si consideri *prima o dopo la consegna*.

dell'invalidità (v. prec. nota 2). Inoltre corrisponde a quella che in caso analogo vien data per giustificare l'obbligo dell'erede di svincolare il pegno esistente sulla cosa legata (« si scisset, aliud legaturus quod non minus esset »: L. 6 C. 6, 42; L. 57 D. *leg. I*). E conferma la interpretazione stessa il testo della L. 72 D. 36, 1: « Heres *praecepto fundo* rogatus erat hereditatem restituere, fundus alienus erat. Aristo aiebat, videndum utrum *omnimodo* penes heredem fundum esse voluit testator, an ita demum si ipsius est; sed sibi superius placere; ideoque aestimatio eius retinenda est ». La vecchia dottrina pertanto che limitava l'applicazione del principio della costituzione 10 al caso che testatore e legatario fossero *conjunctae personae* può dirsi giustamente abbandonata (v. tuttavia tra i moderni BACHOFEN, *Pfandrecht*, I, pag. 129), e prevalso l'insegnamento di DONELLO (in L. 10 C. 6, 37, *Op. omnia*, IX, pag. 506), per cui comunque possa indursi o congetturarsi saldamente che la volontà del testatore di qualificare il legatario sarebbe rimasta ferma *anche sapendo* che la cosa legata non era propria, doveva considerarsi valido il legato allo stesso modo che se si provasse siffatta scienza del testatore. Cfr. ROSSHIRT, *Verm.*, II, pag. 150; MÜHLENBRUCH, *Pand.*, § 712; *Instit. in re certa*, pag. 273, nota 40; ARNDTS, *Verm.*, I, pag. 157.

(1) Anche per la vecchia dottrina si diceva che in questo caso *privilegia conquassantur, tamquam privilegiatus non utatur privilegio contra pariter privilegiatum* (SURDI, III, *Cons.* 423, n. 21; MANGIL., *De evict.*, quest. 63, n. 25). Cfr. FURGOLÉ, *Testam.*, cap. 7, sect. 1; MERLIN, *Rép.*, v. *Legato*, sez. III, § 3; VASQUEZ, *De success.*, III, § 23, limit. 18, num. 40.

(2) BUCHHOLTZ, *Prälegat.*, pag. 361; NEUNER, loc. cit. Già BARTOLO, *ad h. leg.*: « Et est ratio, quia licet hic evincatur legatum, remanet hereditas ».

Al legatario non spetta mai un'azione d'evizione, ma solamente, data la validità del legato secondo le regole suesposte, un'*actio legati ex testamento*, la quale, per lo meno quando trattasi di legato di *species* (1) (com'è nel caso attuale), *si consuma colla ottenuta consegna della cosa* (2). Ciò posto, si spiega facilmente la prima parte del nostro testo, dicendo che l'evizione nel caso proposto da PAPINIANO si era verificata *dopo* che il figlio era venuto in possesso dei fondi legatigli, e *perciò* niuna azione poteva essergli rimasta (3).

Ma oltrechè nulla autorizza a desumere dalle parole del testo che nel caso speciale si trattasse di evizione successiva piuttosto che anteriore alla consegna, ed anzi la con-

(1) Pel legato di *genere* si fa appello alla L. 29 § 3 D. *de leg.* 3: « Si heres tibi, servo generaliter legato, Stichum tradiderit, isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere Labeo scribit, *quia non videtur heres dedisse quod ita dederat, ut habere non possis* ». Ma è evidente che la motivazione data nel testo si applica ugualmente al legato di cosa determinata in *specie* (NEUNER, op. cit., pag. 257, nota 27; ARNDTS, *Verm.*, I, pag. 168). Del resto a me non sembra che quando l'oggetto è un *genus* possa mai parlarsi di *legatum rei alienae*.

(2) Così BACHOFEN, *Pfandrechte*, I, pag. 129. Anche CUIACIO professa una simile teorica: se il legato di cosa altrui è di *specie*, l'erede, fosse pur tenuto verso il legatario (per esser *persona conjuncta* al testatore), è fuori d'ogni impegno quando ha consegnato la cosa (vedi *Resp. Papinian.* lib. VIII ad h. L., § *evictis*, e *Recitat. solemn.*, ad h. L.: *Opera omnia*, IV, p. 1151 e VII, p. 1244). Sembra però non comprendere in questa regola il caso in cui il testatore *sapesse* che la cosa era aliena (vedi il brano finale del primo passo). Anche più oltre si spinge in questo indirizzo il FERRINI (*Legati*, pagg. 296, 297): « l'erede condannato a dare Stico (egli dice) non poteva trovarsi in condizione peggiore del promittente obbligato a dare Stico (L. 46 D. *Leg.*, 1). Tanto meno si potrebbe sostenere che, ristretto l'obbligo dell'erede ai casi in cui il testatore sapeva che la cosa era altrui, per questi egli dovesse rispondere in seguito all'evizione. Sempre s'intende parlare della prestazione della cosa, non della garanzia del suo godimento. Il testatore che possiede in mala fede una cosa altrui e questa lega a Tizio non ha manifestato l'intenzione di gravare doppiamente l'erede, ma quella soltanto di fare avere a Tizio la cosa come egli la possiede attualmente ».

(3) Così spiegano infatti CUIACIO e BACHOFEN, ai ll. cc.

nessione colla seconda parte del testo porta piuttosto a presumere il contrario (1), è poi la teorica per sè stessa che non convince.

Sta bene che l'azione del legatario non è una vera e propria azione di *evizione*, ma precisamente un'*actio legati* derivante *ex testamento* e diretta ad ottenere la *cosa legata* anche dopo che è stata evitta, e solo in via subordinata il suo *valore* (2). Sta bene altresì che, una volta sperimentata giudizialmente questa azione, secondo la procedura del diritto antegustiniano, essa doveva ritenersi effettivamente *consumata*, in modo che solo dal giudicato doveva desumersi la tutela del rapporto giuridico (3); epperò l'*arbitrarius familiae erciscundae* doveva provvedere con apposita *cautio* alle eventuali molestie future del legatario (4). Ma ciò che non si può ammettere è che la perdita dell'azione vada connessa come conseguenza al fatto della *consegna* della cosa legata, anche se volontaria. Se il legato fu valido, e se esso importava l'obbligo per l'erede o di acquistare la cosa dal proprietario o di corrisponderne al legatario il valore quando l'acquisto non fosse possibile, non può dipendere dalla circostanza di una affrettata trasmissione del possesso della cosa da parte sua il venir meno di un siffatto obbligo (5) e del correlativo

(1) NEUNER, pag. 257, nota 27; ARNDTS, I, pag. 173.

(2) L'obbietto dell'azione d'evizione è il *quantum ejus interest eam rem evictam non esse* (L. 8 D. 21, 2; L. 23 C. 8, 45). Invece quando l'evizione è dovuta in seguito a un rapporto di natura non onerosa l'obbligo si limita a restituire la cosa evitta o il suo valore. Cfr. VANGEROW, § 610, n. 2; WINDSCHEID, § 366, nota 8.

(3) GAL., III, 180: « Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa iudicati teneri ».

(4) V. DONELLO in L. 10 Cod. 6, 37, loc. cit.

(5) Logicamente si deve andare a negare l'obbligo dell'erede anche prima della consegna (V. infatti il FERRINI in nota al passo succitato).

diritto del legatario, verosimilmente ignaro (specie se lo ignorava lo stesso testatore) del diritto d'un terzo sulla cosa.

Bisogna pertanto tener fermo che se nel caso in esame il giureconsulto nega al figlio ogni azione, non è già perchè l'azione fosse consumata col fatto della consegna, ma perchè trattavasi di legato di cosa altrui, invalido in base alla regola di NERAZIO, confermata da ANTONINO PIO, come sopra fu detto (1).

Questa regola non soffre alterazione nella sua applicazione dall'essere il legato lasciato *a un erede*, cioè dall'essere un *prelegato* (come appunto nella specie).

Taluno in verità ha sostenuto che nel prelegato, ancorchè invalido, quella parte di esso che proviene dalla *porzione ereditaria* del prelegatario debba, in caso d'evizione, essere trattata appunto alla stregua d'una porzione ereditaria la quale è soggetta alla garanzia evizionale dei coeredi (2). Ma chi affacciò questa opinione non considerò che l'obbligo della garanzia si riferisce sempre a una trasmissione operata dal garante all'evitto, poichè è in rettifica dei risultati di questa trasmissione, alterati dall'evizione, che la garanzia è disposta. Ora se noi consideriamo il prelegato nella sua intima struttura troviamo bensì che in esso si ha una parte trasmessa dai coeredi e una proveniente dallo stesso prelegatario, ma la parte trasmessa è proprio quella che ha e conserva significato di *legato*, mentre la parte *ereditaria* è quella *non trasmessa*. Ciò posto, la garanzia non può essere dovuta su questa parte ereditaria, o bisognerebbe dire che debitore della garanzia abbia ad essere lo stesso prelegatario a cui

(1) Ciò è confermato dal passo di ULPIANO nella L. 71 § 1, D. 21, 2: « De evictione an cavere debeat is qui servum praestat ex causa legati videamus; et regulariter dicendum est, *quoties sine iudicio praestita res legata evincitur, posse eam ex testamento peti*; ceterum si iudicio petita est, officio iudicis cautio necessaria est ut sit ex stipulatu actio ». Cfr. NEUNER, op. cit., pag. 257, nota 27; ARNDTS, I, pagg. 165 e segg.

(2) V. in questo senso PFEIFFER, *De praelegatis*, § 26; con der PFORDTEN, *De praelegatis*, § 17; ROSSHIRT, *Verm.*, I, pag. 284.

sarebbe dovuta, perchè quella parte proviene al prelegatario *da se stesso* (1).

Per il prelegatario ha piuttosto importanza decisiva il sapere se il prelegato fu dato in eccesso alla quota ereditaria o in rappresentanza di essa; poichè nel primo caso si ha una circostanza contraria alla presunzione di volontà del defunto sulla conservazione dell'*actio legati*, mentre nel secondo caso si ha all'opposto una presunzione favorevole come si desume dal testo della L. 72 D. 36, 1 citata alla nota 3 pag. 5-6 (*praeceptio certae rei* nel fedecommesso universale).

II. Ed eccoci ora di fronte alla seconda parte del passo di PAPINIANO; colla quale si riconosce una difesa al figlio evitto verso i fratelli coeredi, egualmente prelegatari, allorchè con questi prelegati il padre *inter filios divisionem fecit*. Questa difesa consiste in un *diritto di ritenzione* conferito all'erede prelegatario che subì l'evizione: egli non sarà costretto dall'*arbiter* a sottostare alla sua parte di debito verso gli altri eredi prelegatari, se questi a loro volta non si conformeranno alla volontà paterna verso di lui.

Qual è il fondamento giuridico di questo diritto? e si applica esso anche fuori del caso di divisione *inter filios*? Abbiamo trovato negli interpreti numerose e contraddittorie risposte; ma non una che ci appaghi interamente.

Per verità la dottrina che limita l'applicazione del testo ai *figli* assegnatari nella divisione paterna ha vecchie tradizioni e non fu mai del tutto abbandonata. Ai tempi di BARTOLO (egli ce l'attesta), era questa la dottrina dominante (2). Ma la ragione che se ne portava non aveva nulla di giuridico: « *ne crescat invidia inter fratres* ». A parte l'insufficienza di una simile giustificazione dal punto di vista strettamente

(1) Vedi CLAUSSEN, *Jurist. Zeitschr.* (1845), pag. 179; BUCHHOLTZ, *Prälegaten*, pag. 368. V. altra motivazione in WANGEROW, § 523, n. 1, A. 3; ARNDTS, II, pag. 81; FERRINI, pag. 196; ma, secondo me, meno decisiva.

(2) BARTOLO nel commento a questo paragrafo del Digesto: « Ita solvit Glossa... et Doctores omnes docent ».

giuridico, è certo che la medesima ragione dovrebbe portare alla stessa conseguenza laddove i fratelli coeredi fossero estranei anzichè figli al testatore, ed anche quando invece che fratelli i coeredi fossero in diverso grado di parentela congiunti fra loro. Onde a ragione osserva il BARTOLO (*ivi*): « non video quod sit differentia inter fratres et alios coheredes coniunctos ».

Lo stesso vizio hanno tutte le altre non dissimili giustificazioni che si trovano addotte dai giureconsulti successivi per sostenere che questa decisione è una singolarità propria del caso dei *figli* coeredi e assegnatari di prelegati a scopo di divisione da parte del padre. Sempre si ripone la ragione della limitazione nella fortissima presunzione di *pari affetto* del padre verso tutti i figli, implicante la volontà che tutti abbiano *uguale trattamento*, sicchè la porzione assegnata non venga decurtata per nessuno o lo sia proporzionalmente per tutti (1).

Ma o si parla d'una eguaglianza assoluta e indipendente dal riparto delle quote tra eredi, e siamo fuor di strada. Già il diritto romano classico non ha mai conosciuto un diritto dei figli all'uguaglianza di trattamento di fronte all'arbitrio paterno (2); eppoi se qui si ha riguardo all'uguaglianza come

(1) Così GLÜCK, *Pand.*, XI, pagg. 109, 110. Cfr. STRYK, *Usus modernus Pandect.*, lib. 10, tit. 2, § 9: « *aequalitatis favor*, quam inter liberos suos observatam voluisse censetur pater, evictionis praestationem urget ». BACHOV. *ad Treutl.*, I, diss. 19, th. 11; SCHILTER, *exerc.* 20, th. 86; WESTPHAL, *Verm.*, pag. 586; SCHWEPPE, *röm. Privatr.*, § 944 b; ROSSHIRT, *Verm.* I, pag. 284. Nello stesso senso MOLITOR, *Oblig.*, II, n. 457 così si esprime: « Se la divisione è fatta *tra figli*, non potendosi supporre che il padre abbia voluto derogare all'uguaglianza naturale assegnando a uno dei figli un oggetto che non poteva conservare, si applicherà il principio della L. 77 § 8. Altrimenti si applicheranno i principi stabiliti in materia di legati ».

(2) Nel *Corpus iuris* non si trova assegnato altro limite all'arbitrio paterno nel dividere tra figli, fuori che il rispetto alla *legittima*. L'uguaglianza si trova *consigliata* ai padri da GIUSTINIANO nella Nov. 22, cap. 48; ma è solo nella legislazione postgiustiniana che una tale esi-

voluta o *presunta voluta* dal padre, bisogna stare anzitutto al fatto del padre, il quale può aver benissimo formato le quote diseguali, tanto che è persino possibile che l'evizione della cosa ristabilisca, invece di rompere, l'eguaglianza tra i figli prelegatari. Che se per eguaglianza si ha da intendere la corrispondenza del valore di ciascuna assegnazione a quello della quota rispettiva del coerede, sia che le quote siano state dal testatore esplicitamente fissate e rese note prima di passare agli assegni divisionali, sia che le si abbiano a desumere appunto dall'ammontare delle singole assegnazioni, e allora ciò equivale a dire che va rispettata la volontà del defunto, conservando tra le quote la proporzione che egli stabilì. Lo che non ha ragione di essere applicato alla divisione tra figli più o diversamente che alle altre. Pari assegni sono presunzioni fortissime di pari affetto, siano diretti a figli come a nepoti o ad estranei.

Niuna meraviglia pertanto che divenisse dominante la teoria che applica la disposizione del testo a tutti i coeredi prelegatari tra cui il testatore avesse dimostrato l'intento di dividere l'eredità, senza distinzione tra figli e non figli, e la giustificazione del testo si cercasse in ragioni d'indole generale, considerando come un'accidentalità l'allusione del caso speciale ai figli.

E la prima giustificazione che si presenta è quella appunto dedotta dalle disposizioni suenunciate sull'azione del legatario *rei alienae*. Tanto più che il testo coll'appello alla *coniectura voluntatis* del defunto ci richiama a quello stesso ordine d'idee che giustifica il conferimento dell'azione al legatario evitto. È vero che le ragioni addotte per spiegare la negazione dell'azione al coerede prelegatario evitto, di cui nella prima parte della legge, sembrano restar ferme anche se i coeredi sono anch'essi prelegatari; resta fermo, cioè, che i gravati sono ugualmente dell'evitto *personae conjunctae*

genza comincia a trovare accoglienza (Nov. 19 dell'Imp. LEONE). Cfr. POLACCO, *Divis. d'ascend.*, n. 110.

del testatore, e resta fermo che al prelegatario evitto rimane la quota ereditaria (quando però non resti esaurita col prelegato evitto). Ma ciò che porta a concludere per la volontà del testatore di conservare nel caso l'azione al prelegatario evitto è appunto l'*intento divisorio* con cui i prelegati sono fatti; specialmente poi quando oltre i prelegati non resti nell'eredità null'altro di divisibile tra coeredi, poichè allora può dirsi che ogni prelegato sta in rappresentanza della quota ereditaria.

In ogni modo anche senza di ciò l'*intento divisorio* è sufficiente per arguirne la volontà del testatore che a ciascun prelegatario sia conservato intatto il suo assegno, poichè se egli avesse saputo che la cosa assegnata a un prelegatario sarebbe stata evitta, verosimilmente avrebbe fatta la divisione in modo diverso (1).

Ma con tutto ciò, se noi arriviamo a spiegarci la *conjectura voluntatis* del defunto favorevole a una azione del prelegatario evitto verso i coeredi, non ancora ci spieghiamo la soluzione adottata dal giureconsulto. Il prelegatario evitto avrà, dopo provata la volontà di dividere nel testatore, l'azione verso i coeredi per esigere che gli sia rifatto il valore del prelegato sulla restante massa ereditaria. Ma la ritenzione dei prelegati lasciati ai fratelli è una cosa diversa: essa implica un rapporto diretto di reciproca dipendenza tra gli stessi prelegati, che ha bisogno di essere a sua volta giustificato.

L'affermazione che si legge in BARTOLO (loc. cit.), che fra più prelegatari *non debetur evictio jure actionis*, ma si soc-

(1) Non v'è perciò ragione di limitare l'applicazione della regola al caso che la divisione sia fatta tra persone *congiunte* al testatore, come fa per esempio il VOET (*de fam. erisc.*, cap. II, § 17), il quale, applicando appunto alla divisione del testatore la precisa regola che vale pei legati, e facendo appello alla const. 10 Cod. *de leg.* (*supra* nota 2, pag. 5), dice che se la divisione è tra estranei, l'obbligo dei coeredi verso l'evitto non vale che pel caso in cui il testatore *sapesse* che la cosa era aliena.

corre all'evitto *ope exceptionis* (1), è una enunciazione affatto gratuita, e di cui non s'intende neppur bene la portata precisa. In sostanza però sembra si voglia marcare il contrapposto tra la prima e la seconda parte del testo, come se dicesse: al prelegatario evitto non si concede mai *azione* verso i coeredi; solo si concede una *eccezione*, se i coeredi sono anch'essi prelegatari a scopo di divisione.

Ad un risultato analogo arriva il NEUNER (op. cit. p. 261 e segg.), argomentando ingegnosamente in ordine al nostro testo nel modo seguente.

Bisogna distinguere, egli dice, secondochè coi prelegati *divisionis causa* fu esaurito l'intero asse ereditario, ovvero ne rimase un residuo indiviso, e questo sia sufficiente per sopperire al valore della cosa evitta. In questo secondo caso l'*actio legati* del prelegatario evitto non trova ostacoli, e deve applicarsi la regola relativa al legato di cosa altrui, quando si può presumere che il testatore lo avrebbe tenuto fermo *si scivisset*. Ma se residuo non esiste (o se ed in quanto questo non è sufficiente), il prelegatario evitto non ha più dove rifarsi; colla intrusione della cosa altrui l'eredità risulta sovraccarica (*überschwert*). Allora se dovessero compensare l'evitto dell'*aestimatio rei legatae*, i coeredi dovrebbero farlo del proprio, sacrificando cioè una parte dei propri legati; e con ciò sarebbero essi che, per dare a quello, non riceverebbero più essi stessi ciò che *iudicio patris* dovrebbero avere. Dunque nessuna obbligazione giuridica dei coeredi, e nessuna azione diretta dell'evitto. Ma d'altra parte, soggiunge il N., neppur essi, i coeredi, possono in tal caso pretendere nulla dall'evitto, cosicchè questi si trattiene quanto si trova nella sua *pars hereditaria*. E siccome la *divisio* va tenuta ferma per quanto è possibile, così si arriva al risultato finale che i coeredi abbiano facoltà di ritirare la loro parte dal fratello evitto, solo quando siano disposti a pre-

(1) Ripetuta frequentemente dai prammatici posteriori: v. MENOCH., *Consil.* 87, n. 98; PEREGRIN., *De fideicomm.*, art. LII, n. 72, ecc.

stargli *con mezzi propri* la cosa evitta o il suo valore; a ciò l'evitto non può sottrarsi. Ora questo appunto è il caso regolato nella seconda parte del testo di PAPINIANO.

A questa costruzione, pur accettando che il caso del testo si riferisca all'ipotesi dell'asse interamente esaurito coi prelegati, si potrebbero fare parecchie obbiezioni.

a) è proprio certo che l'azione del legatario non abbia alcuna portata personale verso l'erede? (1)

b) il non esserci più nulla d'indiviso nella eredità basterà ad esimere l'erede prelegatario da ogni obbligo verso i legatari? la regola è che l'onere del legato non può gravare su chi non consegue qualcosa dall'eredità (2). Ma si potrà dire, a questo effetto, non aver ricevuto nulla dall'eredità coloro che riceverono prelegati in sostituzione della quota ereditaria?

c) per lo meno saranno i coeredi prelegatari tenuti all'adempimento del legato colla *pars hereditaria* del loro legato? (3).

d) tutto concesso, la mancanza di mezzi ereditari con cui sopperire alla domanda del legatario potrà rendere inutile praticamente l'azione; gli eredi si difenderanno con una *exceptio*; ma ciò implicherà un'indagine di fatto, che non può esser preclusa privando il legatario dell'azione.

e) il risultato dell'azione non sarebbe mai quello che teme NEUNER, cioè che l'evitto riceverebbe ciò che *judicio patris* deve avere e gli altri non più. In fatti nella forma-

(1) Per lo meno nel *legatum damnationis* se ne può dubitare. Vedi HÖLDER, *Stellung des röm. Erben* (1895), pag. 48.

(2) V. L. 114 § 3 D. leg. 1: « Placet non plus posse rogari quem restituere quam quantum ei relictum est ». L. 1 § 17 D. 36, 1: « Neminem enim oportere plus legati nomine praestare quam ad eum ex hereditate pervenit ». L. 17 § 2 D. leg. 2: « Nam hactenus erunt obligati quatenus quid ad eos pervenit ».

(3) V. L. 15 D. 29, 7: « Sed cum ea testatoris voluntas fuerit ut universa hereditate legata erogarentur, dicendum scriptis heredibus profuturam doli exceptionem si amplius quam hereditaria portio petatur ».

zione dell' *aestimatio* dovrebbe concorrere, come altro dei coeredi, anche lo stesso evitto. Lo nega il NEUNER ivi (nota 32), ma senza addurre alcuna giustificazione. Egli assume che l'onere grava *esclusivamente sugli altri coeredi*, dando così ai prelegati *divisionis causa* la portata di *legati reciproci*. Invece il senso della parola *praelegatum* è sempre quello di un legato a carico dell'eredità (1). Del resto se si trattasse di legati reciproci, l'ingiustizia del risultato si avrebbe ugualmente, anche sostituendo la *ritenzione* della quota degli altri all' *azione* pel ricupero delle proprie. Cioè, supposti quattro eredi con un prelegato ciascuno di valore corrispondente a tre *unciae*: o che l'evitto agisca contro gli altri perchè gli diano ciascuno l' *uncia* dovutagli, o che egli trattenga a ciascuno l' *uncia* che gli dovrebbe, sempre sta che egli ricostituisce le sue tre *unciae*, lasciando gli altri con due. Ciò conferma piuttosto che l'idea dei legati *reciproci* è estranea alla divisione dell'eredità per via di legati, ove è dal campo stesso dell'eredità che i legati, nell'intenzione del testatore, devono separarsi.

f) Ma l'obbiezione sulla quale ci preme più di tutto insistere, pel nostro studio, è l'assoluta gratuità dello asserto del NEUNER, che se l'evitto non può nulla pretendere direttamente dai coeredi *neppur questi possono nulla pretendere da lui*. Per quale ragione il fatto della evizione di un prelegato subita da un erede lo liberi dall'obbligo di adempiere i legati per le parti che gravano su di lui, non si comprende. A buon conto egli non paga del proprio, ma coi mezzi dell'eredità. (Prescindiamo qui dai suoi diritti di falcidia e di legittima, che possiamo supporre salvi, e per cui varrebbero in ogni caso appositi rimedi). Il NEUNER dice che egli non consegna le *partes praelegatae* ai coeredi *animo solvendi*, ma nel supposto e coll'aspettativa di ricevere da loro altrettanto

(1) Cfr. BUCHHOLTZ, pag. 142 e segg.; ARNDTS, II, pag. 24. I quali infatti non annoverano tra i legati reciproci i prelegati di cui nel testo (v. BUCHHOLTZ, pagg. 166, 167; ARNDTS, ivi, pagg. 4 e segg.).

secondo il giudizio del defunto; tanto che se ciò non accadesse, dopo che egli avesse già consegnato, gli competerebbe una *conditio c. data c. non secuta* (ivi nota 33). Tale reciprocità di posizione — lo ammettiamo — è nell'intenzione del defunto. Ma egli ha scelto per attuarla un mezzo che non risponde allo scopo, perchè egli ha ordinato altrettanti legati, la cui sussistenza non è punto subordinata alla condizione di reciprocità.

Se uno dei legati non può essere adempiuto non ne deriva che siano invalidi gli altri, e se ognuno degli altri legatari conserva il diritto alla riscossione del proprio legato, non può negarsi che la prestazione di questo avvenga *animo solvendi* da parte di ciascuno dei gravati.

In conclusione, l'*actio legati* diretta si può spiegare anche fra coeredi prelegatari dopo l'evizione di uno di essi, il *diritto di ritenzione* sulle quote degli altri prelegati no. Per dare una base giuridica a questo diritto, occorre figurarsi il rapporto fra collegatari come se ricevessero gli uni dagli altri, al pari dei coeredi in divisione, e non ciascuno dal testatore; che cioè la cosa assegnata a ciascuno rappresentasse la realizzazione della quota ereditaria, fatta dal testatore sostituendosi all'*arbiter*, in una vera e propria divisione *distributiva*. Infatti dalla divisione, sia essa convenzionale o giudiziale, fra coeredi deriva sempre un diritto d'*evizione* per ciascun assegnatario, equiparandosi essa, sotto questo rispetto, ad una *permutatio*, e con ciò riportandoci all'obbligo del venditore di garantire l'evizione della cosa venduta.

Questo diritto di garanzia evizionale differisce pertanto dal diritto del legatario, non solo nel suo contenuto (*supra* nota 2 pag. 8); ma più ancora nel suo fondamento giuridico. Esso suppone realmente un rapporto di reciprocità che rende le singole assegnazioni subordinate l'una all'esistenza dell'altra. Tanto vero che esso può esercitarsi, anzichè direttamente sulla *aestimatio* della cosa evitta, sulla restituzione della cosa prestata da chi patì l'evizione (1). Ora da ciò alla

(1) « ... At enim si, cum venalis possessio non esset, permutatio

ritenzione della cosa stessa, se l'evizione si verifica prima della consegna, è breve il passo.

Ed è infatti come una vera azione di garanzia evizionale che spiegano il rapporto fra coeredi prelegatari quegli scrittori che non hanno difficoltà di ammettere il significato *distributivo* d'ogni divisione fatta dal testatore anche *verbis legatorum* (1). Così pure BUCHHOLTZ, secondo cui ogni assegnazione che uno fa tra i suoi eredi in un testamento senza usar parole di legati o, fuori di testamento, con qualunque espressione, è senz'altro una *anticipata divisione ereditaria* (op. cit., pag. 240), spiega agevolmente allo stesso modo il caso della L. 77 § 8, dicendo che nella divisione mercè prelegati vi è tale mescolanza di eredità e di legato, da render necessaria

facta est, idque, quod ab adversario praestitum est, evictum est, quod datum est, si hoc elegeris, cum ratione restitui postulabis ». L. 1 in fine C. 4, 64.

(1) Già vi sono scrittori che non dubitano di ammettere il significato ereditario di ogni assegnazione di *cosa certa* fatta a un erede, quando ciò corrisponda alla volontà del testatore. Così HENNEMANN in apposita monografia scritta nel 1790, e la cui opinione ebbe gran voga nella prima metà del secolo scorso, distaccando dalla teorica dominante, che riguardava gli *heredes ex re certa* come legatari, il GLÜCK, e attirando a sè giureconsulti di gran valore, come MÜHLENBRUCH, VANGEROW, SIXTENS, dei quali i primi due cangiarono però in seguito opinione. La teorica ebbe una scossa decisiva sotto la critica del NEUNER, nella citata sua opera, che ristabilì sostanzialmente la teorica tradizionale ma con una nuova costruzione, più artificiosa che esatta, e che divenne dominante, contando fra i suoi seguaci i nomi del VANGEROW, dell'ARNDTS, del WINDSCHEID (v. fra noi il DE CRESCENZIO, *Sist. del dir. rom.*, II, pag. 75). Tuttavia vi si ribellarono, sostenendo il significato *ereditario* dell'istituzione almeno fino a GIUSTINIANO, il nostro PADELLETTI (nell'*Archiv. Giurid.*, IV, pag. 234) e il KUNTZE (in apposita monografia del 1875). — Vi sono poi scrittori che sostengono che per lungo tempo (fin verso il principio dell'Impero, secondo VOIGT, *Die XII Tafeln*, pag. 231; fino ad ADRIANO, secondo KRETSCHMAR, *Natur des Prälegats*) il legato per *praeceptionem* altro non significasse che attribuzione di cose in realizzazione di quota ereditaria (v. anche FERRINI, *Legati*, pag. 189). E tale opinione ha un fondamento di verità, secondo noi, ma purchè s'intenda applicata ai soli figli (*infra* testo a nota 2, pag. 25).

l'applicazione delle regole che valgono per l'evizione delle quote ereditarie (pag. 368) (1).

Ma è ammissibile che il testatore possa assegnare a un erede cose singole considerandole come comprese nella sua *quota ereditaria*? Noi non lo crediamo affatto.

III. L' *hereditas* è nel diritto romano classico una *universitas iuris*, cioè un tutto individuo e organico, che, *come tale* e non come semplice riunione di singoli *bona*, viene trasmesso dal defunto all'erede. La successione *universale* vera e propria (cioè *ereditaria*) si contrappone alla successione *singolare* come avente un contenuto suo proprio, dipendente dalla propria natura del titolo successorio, che è di *continuazione della persona dell'autore*. L'erede non succede direttamente nelle cose singole e nemmeno in una collettività di cose, ma addirittura nell'intera *posizione giuridica* del defunto, che è ciò che si designa nelle fonti colle espressioni *omne jus*, *totum jus*, *universum jus*. La trasmissione ereditaria opera pertanto direttamente l'attribuzione di una *qualità*, piuttosto che di cose e diritti; le cose e i diritti vengono, ma come accessioni di quella qualità e insieme con ogni altra accessione di essa, sia che rappresenti un valore economico *attivo o passivo*, sia che abbia un significato di tutt'altro ordine che economico (come l'obbligo dei *sacra*). Questa *universitas* comprende i *bona*, le cose appartenenti all'autore; e precisamente tutti quei *bona* di cui questi non ha disposto singolarmente durante la sua vita, sia pure con un atto di ultima volontà. *Disporre* significa appunto *separare* singoli beni dall'unità

(1) Simile concezione si ha in CUIACIO, nel commento alla nostra legge, ove, senza che sia chiarito bene peraltro se s'intenda dare al testo una portata generale o ristretta al caso dei figli, è spiegato che l'evizione è dovuta dai fratelli coeredi *ex voluntate defuncti, non ex legati natura, legatariis enim non est actio evictionis*; e prosegue: « quia divisione facta hoc videtur voluisse ut inter se eam divisionem ratam perpetuo facerent... et hoc modo facta divisione bonorum veluti certa lege inter se permutationem faciant; omnis divisio fit permutatione; ex permutatione autem constat nasci actionem evictionis » (*Op. omnia*, VII, pag. 1245¹).

patrimoniale, destinata a passare nel *continuatore della persona*. Questa facoltà dell'autore di fronte all'erede — salvo temperamenti pratici — teoricamente non ha limiti. Ed è questa unità residuale che l'erede raccoglie, abbia o non abbia ancora un substrato materiale; perchè l'*univ. juris* ha una esistenza ideale e astratta, appunto come ideale e astratta è l'esistenza dell'*ius*, la *posizione giuridica* di una persona (1).

Dalla natura una, indivisibile e astratta della *hereditas* deriva che qualunque cosa venga separata dal suo contenuto per opera del *de cuius*, per esser trasmessa come cosa singola, quand'anche le cose singole così separate esaurissero il contenuto materiale attivo dell'eredità, perde irremissibilmente il carattere ereditario (2). Anche se la trasmissione è subordinata al fatto della morte, noi non abbiamo dinanzi che un *legato*, cioè una trasmissione al cui obbietto manca la qualità di *universitas juris*, e un *legatario*, cioè una persona a cui manca la qualità di continuatore della persona del defunto.

Dall'unità e indivisibilità dell'*hereditas* non segue che l'erede abbia necessariamente da esser uno solo. Segue però questo, che sulla massa ereditaria i coeredi si trovano in rapporto di comunione: ciascuno è investito di una *quota ideale*, vale a dire di *tutta* l'eredità *pro rata*, ma di *nessuna parte concreta di essa*. Ciò che ognuno di essi riceve dal defunto è appunto questa *quota ideale*, la *partecipazione nella comunità*. Ma ogni quota comprende *tutte* le singole cose e *tutte* le *obligationes* (3). L'attribuzione delle cose singole agli

(1) « Hereditas juris nomen est, iuris intellectum habet » (LL. 119 e 178 § 1 D. 50, 16; L. 50 pr. D. 5, 3).

(2) V. per questa dimostrazione specialmente l'opera del NEUNER, *Die heredis institutio ex re certa* (1853).

(3) Fu solamente in forza delle XII Tavole (v. L. 25 § 13 D. 10, 2) che fu consacrata legislativamente, per motivi pratici che s'intuiscono, la divisibilità *ipso iure* delle obbligazioni attive e passive. Ciò dimostra, a nostro credere, che prima d'allora la regola fosse, come doveva logicamente essere, la *solidarietà* dei coeredi nelle obbligazioni (cfr. HÜLDER, *Beitr. z. Gesch. des röm. Erbrecht*, pag. 29).

eredi segna la liquidazione di questa comunione, la sua cessazione, ed è un fatto che di sua natura suppone la comunione già formata, epperò non può emanare che dai coeredi stessi o da chi agisce per essi nell'apposito giudizio divisorio *dopo* che l'autore si è reso defunto. Il testatore non potrebbe anticipare i risultati di questo giudizio, per la ragione che se egli vuole direttamente attribuire singole cose o somme a singole persone, fossero anche i suoi stessi eredi, con ciò stesso egli *separa* dalla *hereditas* quelle tali cose o somme, le quali per conseguenza da allora non ne fanno più parte, e le trasmette a quelle persone (sia pure per le interposte persone degli eredi) non più mercè il veicolo ereditario (*per universitatem*), ma staccatamente *singolarmente*, in modo immediato, facendo di colui che acquista un successore singolare, non più *iuris successor* (§ 11 I. 2, 10; L. 9 § 1 D. 2, 13). Invece la divisione che gli eredi (o l'*arbiter* per essi) fanno dell'eredità, mentre riesce ad attribuire le *res* singolarmente a ciascun assegnatario, non fa perdere a queste il carattere e le qualità di cose *ereditarie*, che acquistarono per essere state lasciate all'eredità, e con essa e per essa, non per diretta disposizione dell'autore, pervenute agli assegnatari (1). Il testatore — e specie il testatore romano — ha certo lottissime facoltà, ma non può immutare le istituzioni stesse, non può alterare la concezione giuridica dell'*erede*, quale si trova consacrata nelle leggi (2).

Ne segue che non può darsi *heres ex re certa*, non nel senso che una istituzione così formulata sia inutile o invalida, ma nel senso che essa sia interpretata come una isti-

(1) A questo punto ci stacciamo recisamente dal NEUNER, pel quale il coerede riceverebbe le cose attribuitegli in divisione non più *titulo hereditario*, ma *titulo singulari inter viros (adjudicatio o permuta)*. Op. cit., pag. 374. Con ciò si confonde l'acquisto del dominio coll'acquisto della qualità ereditaria. È la stessa confusione che domina la teorica della così detta *divisione attributiva*.

(2) Cfr. L. 120 D. 50, 16.

tuzione in erede pura e semplice, accompagnata da prelegato della *res certa* (1). E appunto l'ipotesi di più coeredi tutti *in rebus certis* si confonde con quella della divisione delle cose ereditarie tra coeredi, ed ha la medesima portata. Ne segue altresì che, disposto in qualsiasi forma un lascito di cose singole o somme, sia pure in *compenso* o *sostituzione* di quota ereditaria, quelle cose o somme non possono mai dirsi trasmesse *iure hereditario* (2). Ciò è conseguenza logica del sistema ereditario romano.

IV. Se non che questo sistema, come il concetto stesso di *hereditas*, piega dinanzi a un concetto storicamente più antico e le cui manifestazioni sopravvivono a quello: intendo il concetto della *familia*.

L'evoluzione naturale della proprietà è dalla proprietà collettiva (del gruppo) alla familiare, da questa alla individuale. Gli incunabuli del diritto romano trovarono già sorpassato il primo stadio e profondamente vulnerato il secondo, perchè il tratto caratteristico della civiltà romana è l'importanza assorbente attribuita alla *volontà individuale*, alla *libertà* del singolo nei rapporti di diritto privato. Nella lotta tra l'*individuo* e la *famiglia* quello ebbe pertanto il sopravvento, ma non tanto da non lasciar sussistere larghe tracce della potenza di questa.

In specie nel sistema *successorio*, e cioè di fronte all'istituto dell'*hereditas*, la *familia* conserva un'importanza decisiva. Ed ecco perchè. La formazione del concetto di *hereditas* così come venne or ora tratteggiato fu la conseguenza e nello stesso tempo il correttivo necessario di quell'idea fondamentale romana dell'assoluta egemonia della volontà individuale. La quale porterebbe logicamente a questo risultato,

(1) V. L. 17 pr. D. 28, 1; L. 35 pr. D. 28, 5; L. 13 C. 6, 24.

(2) Neppure nel caso (che è il più controverso) della *retentio rei data ex trebelliano* al fiduciario incaricato di restituire: v. L. 30 § 3 D. 36, 1; § 9 I. 2, 23. Cfr. WINDSCHEID, § 652, nota 17; NEUNER, op. cit., pagina 96; VANGEROW, *Pand.*, § 536. Contra: BRINZ, III, § 417, not. 28; FERRINI, *Legati*, pag. 191.

che la morte dell'individuo produrrebbe lo sfascio del suo patrimonio (1). Di qui la tendenza della volontà individuale ad estendere il suo dominio oltre la morte, e di qui il processo inconscio che condusse lo spirito romano a concepire l'*hereditas* come una *universitas juris* e come la *continuazione della persona del defunto*. Ma una tale necessità è sentita soltanto *fuori della famiglia*. La famiglia come organismo sociale è, al pari di ogni collettività organizzata, la negazione dell'individualità; in quanto essa possieda un patrimonio lo sottrae all'assorbimento dell'individuo. Ora anche nel suo stadio *dominicale*, quando cioè la volontà individuale del capo ha il dominio esclusivo e illimitato entro la famiglia, ciò non importa il dissolversi di quella collettività organica; la quale riafferma il suo influsso alla morte del capo, la cui persona trova la sua naturale continuazione e perpetuazione in quelle esistenze che costituivano già come un'estensione della sua propria e che sono destinate a sopravvivere alle stesse accessioni attive e passive, reali e personali. In presenza dell'*unità naturale della famiglia* e della *continuazione naturale della personalità* che essa importa, nessun bisogno di creare una unità artificiale come l'*hereditas*.

Fu infatti la *familia* che servì di modello, e fu in essa che si elaborò la formazione dell'*hereditas*. Ivi alla morte del padre tutto ciò che non era stato separato dal suo patrimonio individuale non diveniva già *res nullius* (2), ma re-

(1) Che ciò corrispondesse a un primo stadio dell'eredità romana resta confermato eloquentemente dal concetto di *res nullius* applicato anche in seguito, e nella stessa giurisprudenza classica, alle cose d'una eredità giacente, ritenute non suscettibili di *furto*. Certo, l'espressione non corrisponde più nei tempi classici al suo vero significato, ma (osserva il FADDA, *Conc. fondam. del dir. credit. rom.*, § 250) « il concetto primitivo originario deve essere stato ben più reciso: la formula *res nullius* deve aver corrisposto alla realtà ». Si provvede coll'*usucapio pro herede*: istituto che suppone già sorta la nozione di *hereditas*.

(2) FADDA, loc. cit.: « L'idea che quanto appartiene all'individuo resta *nullius* alla morte di lui, radicata nella coscienza comune, si estese alla successione del *paterfamilias*, quando essa perdettesse il carattere pri-

stava nella *familia*, proprietà naturale dei figli e senza atti di trasmissione. In modo da autorizzare la dottrina a ritenere i figli in certo modo già *condomini* del patrimonio *vivente patre* (1). E non meno strettamente degli elementi materiali del patrimonio restavano aderenti ad essi gli elementi personali, i rapporti di diritto e le obbligazioni. Sicchè l'oggetto della successione loro è e fu sempre l'*universitas* patrimoniale. E questa nozione di *universitas* come *ens juris* nacque appunto e si stabilì nella successione dei *sui*; poichè, come continuatori naturali della volontà paterna, i figli si presumevano esecutori (*fiduciarii*) anche delle accessorie volizioni del padre in ordine al patrimonio, senza che questi le dettasse.

Se la morte del padre liberando il figlio dalla *subiectio* e rendendolo *sui iuris* lo lascia naturale raccoglitore dell'*universum jus* della famiglia, egli è perchè fin dalla nascita egli ne fa parte. Il rapporto di dipendenza dal padre non elimina la posizione di membro della famiglia, di subbietto nella collettività domestica, a cui è già inerente l'aspettativa del potere. La morte del padre non fa che realizzare questa aspettativa, togliendo l'ostacolo all'appropriazione individuale del patrimonio di famiglia. Il patrimonio si trova allora aggruppato attorno a lui così come già ci si trovava vivente il padre, di cui egli occupa ora il posto, ma colla differenza che il potere direttivo e centralizzatore è ora passato a lui.

Il figlio *nasce* pertanto erede, non lo diventa (2): nella

mitivo (*gentilizio*) per la cessazione della proprietà collettiva e del carattere politico del gruppo... È solo la presenza dei figli che impedisce la dispersione del patrimonio. Essi lo ricevono senza alcuna soluzione di continuità, epperò non si può parlare di *res nullius* neppure per un istante. Ma quando manchino gli *heredes sui*, e non vi siano neppure *heredes necessarii*, allora l'idea primitiva fa di nuovo la sua comparsa ».

(1) PAOLO nella L. 11 D. 28, 2; GAI, *Istitut.*, II, 157. Cfr. § 2, I. 2, 19.

(2) « In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso

cerechia della famiglia l'*universitas juris* che costituirà l'*hereditas* è già presente prima della morte del capo (1). E se più sono i figli, il loro rapporto in questa unità non può essere che di *comunione* sotto il potere paterno.

Ed ecco come l'idea d'una divisione con significato *distributivo* (vera e propria divisione) diventa concepibile tra loro prima che l'*hereditas* siasi fermata, diventa cioè possibile che il capo destini, sè vivente, non solo le porzioni di eredità (quote) che ciascuno dei figli dovrà avere, ma che stabilisca altresì il contenuto concreto delle quote, senza che tale operazione costituisca da parte sua una *separazione* delle singole cose dall'*universitas*. E come l'assegnazione di cose fatta in vita con trasmissione attuale conservava nelle mani del figlio il vincolo d'appartenenza al patrimonio paterno da cui giuridicamente non si separava (*peculio*), così l'assegnazione di cose singole ereditarie ai figli in forma di *praeceptio* dovè, almeno ne' primi tempi, conservare il significato di assegnazione *entro la quota ereditaria* (2). Se non che le esigenze logiche del sistema dovettero a un certo momento impedire

iure *heredes existunt* » (GAIO, L. 14 D. 38, 16). E PAOLO nella L. 11 citata: « post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur ».

(1) Anzi è la *familia* che costituisce l'*hereditas*, come risulta dal testo delle XII Tavole: « si intestato moritur cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto », e dalle espressioni *familiae emptor*, *mancipatio familiae*, *actio familiae erciscundae*, ecc. « Secondo la costituzione della famiglia romana nella successione ereditaria si tratta soprattutto del diritto famigliare; era la successione *nella sovranità domestica*. Il nuovo sovrano nella famiglia ne assumeva tutti i diritti e ne assumeva il potere. Al governo e alla prosecuzione della famiglia le XII Tavole nella successione intestata chiamavano il *suius* e nessun altro; *agnati* e *gentiles* sono chiamati in altra forma; essi non mantengono la famiglia, ma l'assorbono. *Heres* in antico dovea significare il *suius* succeduto nella sovranità, senza che il carattere patrimoniale avesse molta importanza. Nominare un *heres* era dunque eleggere il successore nel governo della famiglia » (V. SCIALOJA, nel *Bullett. dell'Ist. di dir. rom.*, 1890, pag. 176).

(2) Cfr. BERNSTEIN, *Zur Lehre v. röm. Voraus.* nella *Z. f. Rechtsgesch.*, XXVIII (1894), pag. 137.

che una stessa figura (legato *per praeceptionem*) avesse significato diverso nei vari casi, e la *praeceptio* venne adeguata ad ogni altra forma di prelegato (1). Cosicchè il potere distributivo del padre nella comunione ereditaria non restò definitivamente riconosciuto ed ammesso che nel caso speciale in cui egli intendeva operare veramente la divisione *fra tutti i suoi figli*, sostituendosi all'*arbiter* (2).

La *divisio inter liberos* è perciò, secondo noi, istituzione antichissima del diritto romano, che la giurisprudenza venne modificando, e GIUSTINIANO ritoccò nella forma e disciplinò. Con essa il padre non separava dall'eredità gli obbietti delle assegnazioni, non faceva de' *prelegati*, ma delle vere e proprie distribuzioni d'eredità: « si pater in filios... bona divisit... non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudici divisionem (PAPINIANUS ait) » (L. 20 § 3 D. 10, 2) (3).

(1) Anche l'istituzione *in re certa* è probabile che per qualche tempo fosse valida limitatamente ai figli. Tale dottrina attesta il BARTOLO (ad L. 35 D. *de her. inst.*) essere stata professata da Dottori come il MATARELLO e il BUTTRIGARIO. Cfr. anche VOIGT, *die XII Tafeln*, I, 231 e segg.

(2) Tuttavia rimase anche in seguito questione di volontà il vedere se il legato al figlio crede fosse talmente connesso coll'eredità che la rinunzia a questa importasse rinunzia a quello; conseguenza che era poi immancabile, allorchè per via di tali legati il padre avesse inteso dividere l'eredità tra figli: v. LL. 87, 88, 89, 90 pr. e § 1 D. *leg. I.*

(3) Le *assegnazioni ereditarie* sono ben distinte e d'altra natura che i *legati*. La distinzione tra i due ordini di disposizioni è ben marcata nella L. 21 § 5 D. 33, 1, ove si trovano entrambi (« *in partem certa predia reliquit et certam pecuniam legavit* »). I testi relativi alle prime si trovano a preferenza nel titolo *familiae erciscundae* (v. nota 2). Oggetto di esse sono frequentemente anche i *debiti* (L. 20 §§ 3 e 5; L. 39 § 5 D. 10, 2), il cui accollo è appunto materia di divisione, *citra speciem legati*. Ma ciò che soprattutto s'opponne al conferire il carattere di legati alle assegnazioni paterne nella *divisio inter liberos* vera e propria è la natura originariamente e prevalentemente *extratestamentaria* della disposizione e la sua compatibilità normale colla successione *intestata* (L. 39 § 1 D. 10, 2; L. 16 C. 3, 36), nonchè la *forma* con cui poteva effettuarsi. Una divisione d'eredità intestata in senso *attributivo* non sarebbe stata possibile in nessun modo, nè tra estranei, nè tra figli, non concependosi disposizioni d'ultima volontà a titolo singolare, se non in presenza d'un

Una volta fissato che nel rapporto della successione ereditaria dei figli verso il padre il concetto di *hereditas* subiva una radicale modificazione, che, in conseguenza del concetto di *familia*, in forza di cui i figli potevano considerarsi come partecipanti insieme col padre e sotto il suo dominio all'*universitas* patrimoniale domestica (1), potè sopravvivere un

erede testamentario. Nè esiste alcun frammento che parli di divisione d'eredità intestata fra estranei. Anche l'atto con cui si può ordinare la divisione tra figli è una emanazione diretta della volontà paterna, non soggetta a vincoli di forme; per essa non occorre nè *testamento*, nè *codicillo* (L. 20 § 3 D. 10, 2; LL. 16 e 21 C. 3, 36); ma appunto un atto simile non potea fondare nè legati, nè fedecommissi. — La preoccupazione degli Imperatori fino a GIUSTINIANO fu di mantenere intatta questa prerogativa dei padri (« Parentibus arbitrium dividendae hereditatis adimendum non est » dice ALESSANDRO SEVERO nella L. 8 pr. C. 3, 28), e di proclamarla esente da ogni vincolo di forma (v. oltre le citate LL. 11, 16 e 21 di DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, le costituzioni di COSTANTINO nella L. 26 C. 3, 36 e L. 1 C. Theod. 2, 24, e quella di TEODOSIO L. 21 § 2 C. 6, 23; intese ad assicurare la validità della divisione tra figli, ancorchè disposta in un testamento *imperfetto* o commista a disposizioni simili a favore d'estranei, e perciò invalide); mentre d'altra parte la giurisprudenza ne estendeva l'applicazione dal padre ai genitori, dai *sui* a tutti i figli, compresi gli emancipati. — Le citate costituzioni imperiali dettero luogo a un abuso attestatoci da GIUSTINIANO nel Prologo alla Nov. 107, la pratica valendosene per applicare la stessa sconfinata libertà anche alle altre disposizioni d'ultima volontà paterna diverse dalle divisioni. Quell'imperatore colse l'occasione per disciplinare l'intera materia, distinguendo esattamente i due istituti del *testamentum* e della *divisio inter liberos*; istituto nuovo il primo, da lui creato per dare una soddisfazione alla pratica introdotta sulla abusiva interpretazione delle costituzioni precedenti; istituto vecchissimo il secondo, e per la prima volta da lui assoggettato ad alcuni temperamenti di forma suggeriti dall'esperienza (atto scritto, sottoscrizione autentica del padre o dei figli).

(1) Non *condominio* adunque, ma *predominio* paterno nella comunione di famiglia. Il concetto di *condominio* sarebbe, oltrechè inesatto applicato alla famiglia romana, inadeguato alla spiegazione del nostro istituto, poichè esso importerebbe un *diritto* già esistente nei figli sulla quota, e quindi la illegittimità d'una disposizione del padre su di essi sia pure nel senso della sua realizzazione. L'istituto infatti non potè esistere e non esistè nel diritto *germanico* (ove si aveva un vero condo-

diritto speciale, tenuto fermo appunto dal rispetto dei rapporti di patria potestà, mercè cui il padre potè, sèmpre con atto di ultima volontà, assegnare ai figli le cose dell'eredità conservando il carattere *ereditario* (cioè il *titolo universale*) del trapasso, non è difficile rendersi ragione della facilità con cui i giureconsulti si inducevano ad attribuire effetti di rapporto ereditario alle assegnazioni ai figli, che, pur essendo ispirate all'intenzione di dividere il patrimonio, risultavano concepite con formule di lasciti singolari, quali erano ordinariamente adoperate (e non potevano a meno di essere adoperate) verso le altre persone. Con ciò non si faceva che dar prevalenza alla sostanza sulla forma, alla *mens* sulla parola, e trattare per quei riguardi le assegnazioni come se costituissero una *divisio inter liberos*.

Così abbiamo veduto (nota 2, p. 26) che, come interpretazione della volontà paterna, veniva eccezionalmente riconosciuto alla effettiva distribuzione dell'eredità tra i figli fatta con parole di legati l'effetto di subordinare la esistenza del legato all'accettazione dell'eredità, appunto come sarebbe stato se avesse operato esplicitamente una divisione (PAPINIANO nella L. 90 § 1 D. *leg. I*) (1).

Similmente troviamo per opera dello stesso PAPINIANO riconosciuto, in un caso di eredità materna lasciata insieme con certe *praeceptiones* ai figli *sub conditione emancipationis*, esser validamente acquistato il legato dai figli eredi, non ostante

minio domestico). Generalmente gli scrittori che combattono il principio della comproprietà familiare come fondamento della *div. inter liberos* (v. tra noi POLACCO, *Divis. d'ascend.*, n. 12) non avvertono la portata speciale di questa comunione, che invece di parità di diritti fra i suoi membri importa completo assorbimento dei diritti di tutti nella *potestas* di un solo.

(1) « Dixit quidem se *legare* ita singulis, sed hoc legatum aliud nihil est quam hereditatis distributio... Ergo evidens est eum velle ut qui amittit hereditatem perdat etiam legatum, quia etsi sit usus verbo legati; tamen distribuere voluit; verba sunt legatorum, mens est hereditatis dandae et distribuendae inter filios ». CUIACIO, *Quaest. Papin.* in lib. XVIII, ad h. L. 90 (*Opera omnia*, IV, pag. 471).

che si trovassero *sub potestate* al momento del *dies legati cedens*, e quindi per la legge dei legati questi dovessero devolversi al padre (L. 70 D. 35, 1: « quia emancipando filios, obsecutus voluntati, pater supremum iudicium uxoris suae custodiri voluit » (1).

Così infine per venire a un caso più vicino al nostro, se in uno dei legati fatti con intento di divisione dal padre capita una cosa vincolata a pegno, i coeredi sono tenuti a indennizzare e garantire codesto legatario, il quale (come nel caso del nostro testo) può recusarsi di consegnare la parte dovuta ai fratelli, se questi non gli liberano la cosa dal pegno (2). Laddove nei legati ordinari i vincoli che gravano a insaputa del testatore la cosa legata restano a carico del legatario, salvo però una contraria presunzione di volontà, come per ogni altro caso di evizione (*supra* nota 3, pag. 5); ma non seguirebbe mai il diritto per il legatario che fosse anche erede di recusare il pagamento dei legati ai coeredi in causa dell'evizione da lui subita o del vincolo scoperto.

A questo modo resta pertanto giustificata l'antica e tradizionale teorica che limita ai rapporti tra padre e figli l'applicazione del nostro testo; ma per la ragione che verso i

(1) CUIACIO, *Quaest. Papinian.* in lib. XVI ad h. L. (*Opera omnia*, IV, pag. 419): « Cur igitur a praelegato submovetur pater? quia supremum iudicium matris omnimodo constituisse intelligitur... ne emancipando filios partim videretur probasse iudicium matris, partim improbasse » (lo che peraltro non avrebbe avuto nulla d'irragionevole se i prelegati fossero stati indipendenti dall'eredità).

(2) « Si paterfamilias singulis heredibus fundos legando divisionis arbitrio fungi voluit, non aliter partem suam cohaeres praestare cogetur, quam si vice mutua partem nexu pignoris liberam consequatur »: L. 33 D. 10, 2. Sta bene che *paterfamilias* non equivale sempre a *pater*, adoperandosi spesso per indicare qualunque persona *sui iuris*; tuttavia l'uso di questa parola in questo testo sarebbe abbastanza inopportuno, se non si riferisse proprio alla qualità di *pater*, come del resto è ammesso comunemente.

figli, e solo verso i figli, il padre può procedere anche a divisione distributiva dell'eredità esercitando le funzioni dell'*arbiter*. E quando l'intenzione di dividere è evidente nel padre (specie se risulti assegnato l'intero asse ereditario), la divisione *in forma di legati* tra figli viene apprezzata nei suoi effetti come distributiva anzichè attributiva. Ciò risponde meglio alle intenzioni del padre, che per ragioni speciali, o anche per inesattezza di nozioni giuridiche, qualificò come legati gli assegni, senza intendere di far cosa diversa da una vera e propria divisione (1). E poichè l'obbietto diretto della trasmissione resta allora la quota ereditaria, e l'assegno, benchè qualificato legato, non è che la realizzazione della quota, anche il principio della *reciproca garanzia evizionale* degli assegni tra coeredi resta pienamente giustificato. Difatti esso si basa sul concetto di *permutatio* che è inerente, come vedemmo, alle divisioni tra coeredi, e che PAPINIANO ci attesta doversi egualmente ritenere insito nel rapporto tra i figli in seguito a divisione paterna (L. 20 § 3 D. 10, 2: « quasi certa lege permutationem fecerint »).

(1) In questa guisa la *conjectura voluntatis* assegnata nel testo come motivo della decisione non resta affatto senza significato, come nella teorica di BUCHHOLTZ e degli altri che a qualunque divisione per via di *prelegati* danno obbiettivamente lo stesso significato di divisione di eredità. Ma d'altra parte la presunta volontà non è già la motivazione diretta e immediata dell'evizione, come nella teorica che riconduce il caso sotto la regola generale dell'evizione dei legati, ma lo è bensì della equiparazione, in quel caso speciale, della divisione attributiva alla distributiva.
