

MARTIN AVENARIUS

L'adizione dell'eredità e la rilevanza
della volontà nella prospettiva di Gaio

Estratto
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LV
(2012)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE

Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE

Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzeola	Palermo
Enrico Mazzeola Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Dipartimento IURA - Diritti e tutele nelle esperienze giuridiche interne e sovranazionali.
Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaup@unipa.it

INDICE DEL VOLUME

M. MARRONE, Per il centenario degli <i>Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo</i>	I
GAIO: PROFILI CONCETTUALI E MODELLI DIDATTICI. Seminario internazionale di Dottorato di Ricerca (Palermo, 20 marzo 2012).	
M. AVENARIUS, L'adizione dell'eredità e la rilevanza della volontà nella prospettiva di Gaio.	9
C. BALDUS, I concetti di <i>res</i> in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del <i>praetor urbanus</i>	41
M. BRUTTI, Gaio e lo <i>ius controversum</i>	75
G. FALCONE, Osservazioni su Gai 2.14 e le <i>res</i> <i>incorporales</i>	125
R. MARTINI, Gaio e le <i>Res cottidianae</i>	171
A. CUSMÀ PICCIONE, Vincoli parentali e divieti matrimoniali: le innovazioni della legislazione del IV sec. d.C. alla luce del pensiero cristiano.	189
G. D'ANGELO, Occupazione clandestina e <i>lex Plautia de vi</i> . . .	279
G. D'ANGELO, Un'ipotesi sull'origine del <i>non usus</i>	293
M. DE SIMONE, Una congettura sull'arcaico <i>filiam abducere</i> . . .	321
O. DILIBERTO, La satira e il diritto: una nuova lettura di Horat., <i>sat.</i> 1.3.115-117.	385

M. MIGLIETTA, «Il terzo capo della <i>lex Aquilia</i> è, ora, il secondo». Considerazioni sul testo del plebiscito aquiliano alla luce della tradizione giuridica bizantina. . . .	403
J. PARICIO, <i>Persona</i> : un retorno a los orígenes.	443
G. PURPURA, Gli <i>Edicta Augusti ad Cyrenenses</i> e la genesi del SC Calvisiano.	463
M.V. SANNA, <i>Spes nascendi - spes patris</i>	519
R. SANTORO, Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 <i>ad Quintum Mucium</i>)	553
A.S. SCARCELLA, Il bilinguismo nei fedecomessi e il ruolo di intermediario del giurista tra istituti giuridici romani e <i>novi cives</i> , come strumenti di integrazione sociale.	619
S. SCIORTINO, « <i>Denegare actionem</i> », <i>decretum</i> e <i>intercessio</i>	659
M. VARVARO, Gai 4.163 e la struttura della <i>formula arbitraria</i> nell' <i>agere ex interdicto sine poena</i>	705

GAIO: PROFILI CONCETTUALI
E MODELLI DIDATTICI

Seminario internazionale di Dottorato di Ricerca
(Palermo, 20 marzo 2012)

MARTIN AVENARIUS

L'adizione dell'eredità e la rilevanza della volontà nella prospettiva di Gaio

ABSTRACT

The existing body of texts which Gaius processed for his *institutiones*, had so far treated *cretio* and *pro herede gerere* as two distinct institutions of the material law. In the earlier classical law, both concepts related to an extroverted behaviour of the appointed heir and served the general interest in a swift ascertainment of the person responsible for the inheritance. Julian on the other hand developed a notion of the acceptance of the inheritance based on a theory of will. Gaius adopted this concept and added *voluntas* to the acceptance of the inheritance as a key element in Gai 2.167. Hence, Gaius' *institutiones* portray the entry of Julians *voluntas* theory into the law governing the acceptance of the inheritance. In the long turn, this concept prevailed. Thus *pro herede gerere* was later merely regarded as one form of expression of the will to accept the inheritance. In post-classical law any conduct – even if it did not comprise an actual *gerere*, i.e. the handling of inheritance matters – would suffice.

PAROLE CHIAVE

Adizione dell'eredità; teoria della volontà; Gaio; *cretio*; *pro herede gerere*.

SOMMARIO. 1. Introduzione. 2. L'acquisto dell'eredità nel diritto dell'epoca classica. 3. La supposta genesi del testo. 4. *Cretio* e *pro herede gerere* nel primo diritto classico. a. La concezione oggettiva di *cretio* e *pro herede gerere*. b. Il più risalente *pro herede gerere* e la sua componente soggettiva: la *destinatio animi*. c. Il *pro herede gerere* nel caso della *cretio imperfecta*. d. Gli effetti del *pro herede gerere* prima della scadenza del termine per la *cretio*. 5. La nuova concezione dell'adizione dell'eredità recepita in Gaio e la sua origine nella dottrina della volontà di Giuliano. 6. La nuova disciplina di Marco Aurelio e la ricezione della dottrina della volontà nel diritto concretamente applicato. 7. Riepilogo.*

1. Introduzione

Il diritto dell'età classica si sviluppò in un contesto caratterizzato dal contrasto sia tra concorrenti visioni di fondo, sia tra numerose singole opinioni che, generatesi nella riflessione dogmatica, non di rado confliggevano con il diritto concretamente applicato. In questo senso, la esposizione del diritto di Gaio va intesa come una 'istantanea' di un momento di tale sviluppo.¹ Infatti, per quanto il testo delle Istituzioni a noi giunto abbia certamente subito diversi gradi di rielaborazione,² abbiamo una conoscenza molto più precisa del momento e del contesto scientifico in cui quest'opera è sorta, di quanto abbiamo per gli altri testi classici. La dinamica evolutiva di cui Gaio è testimone deriva probabilmente in primo luogo dal potenziale di modernizzazione connesso al pensiero giuridico del suo maestro Giuliano.

Questo vale anche per la disciplina dell'adizione dell'eredità. Di questa, Gai 2.164-178 ne fornisce un'esposizione relativamente dettagliata, riportando anche una serie di problemi e di controversie,

* Si tratta di una relazione che ho tenuto nell'ambito del seminario romanistico 'Gaio: profili concettuali e modelli didattici' presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo nel 20 marzo 2012. La versione italiana del testo è dovuta al gentile aiuto del dott. Salvatore Marino (Gottinga).

¹ M. AVENARIUS, *L'«autentico» Gaio e la scoperta del Codice Veronese. La percezione delle Institutiones sotto l'influsso della Scuola Storica*, in RSA 38, 2008, 177 ss., 197 nonché in Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto 2009, 9 ss., 36. Più diffusamente, ID., *Das 'gäozentrische' Bild vom Recht der klassischen Zeit. Die Wahrnehmung der Gaius-Institutionen unter dem Einfluß von Vorverständnis, zirkulärem Verstehen und Überlieferungszufall*, in ID. (a cura di), *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*, Baden-Baden 2008, 97 ss., 131.

² M. AVENARIUS, *L'«autentico» Gaio*, cit., 193, nonché in Quaderni Lupiensi, cit., 31; ID., *Das 'gäozentrische' Bild*, cit., 123, 127 s.

da cui è possibile evincere certi concetti che ne sono alla base. La riflessione che segue ha come scopo fornire un ulteriore contributo alle ipotesi ricostruttive finora elaborate dalla dogmatica dell'*aditio hereditatis*.³ Nel far questo, considereremo l'esposizione gaiana come fase intermedia di un processo di trasformazione della disciplina dell'adizione ereditaria, che al tempo stesso rende ragione dello sviluppo della dottrina del negozio giuridico.⁴

2. L'acquisto dell'eredità nel diritto dell'epoca classica

Il diritto ereditario dell'epoca classica prevedeva, com'è noto, che il chiamato all'eredità (qualora non avesse luogo l'acquisizione automatica prevista ad es. per il *suus heres* o il *necessarius heres*)⁵ dovesse procedere all'adizione (*aditio*).⁶ Formalmente, ciò avveniva mediante la *cretio*, ovvero la solenne dichiarazione del chiamato⁷ di

³ Per la letteratura più recente cfr. soprattutto A. CALZADA GONZÁLEZ, *La aceptación de la herencia en el derecho romano. Aditio nuda voluntate*, Zaragoza 1995; G. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio, I. La struttura originaria del 'gerere pro herede'*, Milano 1987; C. BEDUSCHI, *Hereditatis aditio, I. L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana classica*, Milano 1976, e la ricca letteratura ivi citata.

⁴ Per concentrarsi su questo scopo, saremo tuttavia costretti a rinunciare alla discussione delle numerose singole problematiche.

⁵ Cfr. M. AVENARIUS, *Continuatio dominii. Die vorklassische Mitberechtigung der künftigen Hauserben und der Vonselbsterwerb des klassischen Rechts*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, I, Napoli 2007, 231 ss.

⁶ S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, II, Napoli 1933, 15 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, Roma 1930, nuova ed. Milano 1974, 231 ss.

⁷ Biondi vede una 'decadenza' della *cretio*, che lui considera addirittura una 'degenerazione', costituita dal fatto che '*cretio*' già nel periodo classico non avrebbe più indicato univocamente l'adizione formale, bensì una esplicita accettazione non necessariamente caratterizzata dalla pronuncia di determinate parole. Cfr. B. BIONDI, *Degenerazione della 'cretio' ed accettazione espressa non formale (Contributo alla storia della decadenza delle forme civili solenni)*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli 1948, 67-92 (= *Scritti giuridici*, III, Milano 1965, 545 ss.). Una 'degenerazione' è ravvisata anche da M. AMELOTTI, *Il testamento attraverso la prassi documentale, I. Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966, 76, mentre contro questa idea si è pronunciato G. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio*, I, cit., 34. Biondi (*ibid.* 73) ammette comunque che Gai 2.167 si riferisca all'atto solenne. Anche Paricio vede una 'decadenza' della *cretio*; cfr. J. PARICIO, *¿Tres modos de aceptación de la herencia?*, in *Labeo* 45, 1999, 244 ss., 253.

accettare l'eredità.⁸ La *cretio* non era però l'unica fattispecie cui era collegato l'effetto dell'accettazione. In un testo molto discusso, Gaio descrive la disciplina e le diverse possibilità di realizzare l'*aditio* (Gai 2.167):⁹

At is, qui sine cretione heres institutus sit aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri. Eique liberum est, quocumque tempore voluerit, adire hereditatem; <sed> solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod, si velit, adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.

Il testo riporta le ipotesi dell'erede istituito per testamento senza che il testatore gli abbia imposto la *cretio*, o dell'erede chiamato per successione *ab intestato*, e cioè sul presupposto, in entrambi i casi, che non abbia luogo l'acquisto automatico dell'eredità. Gaio menziona diverse forme di adizione: accanto all'accettazione formale, cui il chiamato può ovviamente procedere di sua iniziativa,¹⁰ è sufficiente che questi 'si comporti da erede'¹¹ o addirittura che abbia anche solo manifestato (in maniera riconoscibile) la volontà di essere erede.¹²

⁸ Sulla disciplina della *cretio* gli scritti scolastici d'età classica ci forniscono informazioni insostituibili, poiché lo stato delle fonti è altrimenti limitato. Questo dipende dal fatto che la *cretio* cadde in disuso nell'età post-classica e Giustiniano decise di espungerne il riferimento nei testi selezionati per la sua compilazione. Cfr. P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Privatrecht*³, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949, 333 e M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München 1971, 717, nt. 25.

⁹ I. 2.19.7 segue Gai 2.167, ma con la rimozione del riferimento alla *cretio*. Cfr. H. L. W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden 1981, 199.

¹⁰ Un tale comportamento non è per niente strano, come invece ritiene B. BIONDI, *Degenerazione della 'cretio'*, cit., 68. Può anzi essere voluto proprio ai fini di una oggettiva certezza giuridica.

¹¹ L'espressione '*pro herede gestio*' si trova solamente in D. 11.7.14.8 (Ulp. 25 *ad ed.*); M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., I², cit., 717, nt. 39 lo ritiene come 'kaum echt'. Sul punto, ancora ID., *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, I, Milano 1965, 95 ss., 126.

¹² In mancanza di un termine fissato dal testatore, ai fini di un rapido accertamento della successione, spesso è il pretore a stabilire un periodo per l'accettazione, su richiesta dei creditori del *de cuius*. Cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, Leipzig 1927, rist. Aalen 1985, 417.

Il testo è stato variamente interpretato. Dibattuto è se Gaio con *'nuda voluntate'* abbia voluto indicare un'autonoma forma di acquisizione¹³ oltre la *cretio* e il *pro herede gerere*.¹⁴ In questo senso, il modo con cui Gaio si esprime ha più volte dato adito alla supposizione che il giurista intendesse proprio una terza modalità di accettazione.¹⁵ Altri hanno rigettato questa congettura, seppur con differenti motivazioni. Kaser ritiene che *'vel etiam...'* non farebbe altro che spiegare il *'pro heredere gerendo'* con altre parole.¹⁶ Schulz, che considera comunque il testo *'suspect'*,¹⁷ ritiene che il possibile senso dell'affermazione risieda nel fatto che si sia voluto considerare *pro herede gerere* una dichiarazione informale davanti a testimoni.¹⁸ Analogamente già Dulckeit ha ritenuto come ora anche Paricio, che Gaio abbia qui inteso un caso di accettazione informale, non dunque un'autonoma fattispecie, ma una sottocategoria del *pro herede gerere*.¹⁹

Più elaborata è la prospettiva di Kunkel. Questi ritiene che, mentre il *pro herede gerere* presuppone lo svolgimento di attività che investono l'asse ereditario, *'nuda voluntate'* farebbe invece riferimento al fatto che l'accettazione può aver luogo anche in assenza di un vero e proprio *gerere*.²⁰ Kunkel spiega la scelta delle parole utilizzate per elencare le fattispecie, facendo notare che solo la *cretio* e il *pro herede*

¹³ Cfr. J. PARICIO, *¿Tres modos de aceptación de la herencia?*, cit., 244 ss.

¹⁴ Una sintesi delle varie spiegazioni avanzate è fornita da M. AMELOTTI, *Il testamento*, cit., 129 s. con nt. 5; cfr. inoltre G. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio, II. La valutazione dell'animo nel 'gerere pro herede'*, Milano 1999, 190 ss.

¹⁵ A. CALZADA GONZÁLEZ, *La aceptación*, cit., 79 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1960, 555. Lo ritiene possibile, ma solo con molta cautela, A. CASTRO, *Observaciones en torno a la aceptación hereditaria en derecho romano: Trebacio, Prócuro, Juliano, Gayo, Paulo y Ulpiano ante la 'aditio'*, in IURA 47, 1996, 43 ss., 90.

¹⁶ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 718, nt. 44; ancora F. KNIEP, *Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Jena 1900, 175; S. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, II², Roma 1928, rist. Roma 2002, a cura di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, 627.

¹⁷ Rilievi linguistici sono discussi da R. BÖHM, *Gaiusstudien*, IV/IV, Freiburg i. B. 1972, 287-289.

¹⁸ F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 285.

¹⁹ G. DULCKEIT, *Erblasserwille und Erwerbswille bei Antretung der Erbschaft*, Weimar 1934, 126, nt. 4; J. PARICIO, *¿Tres modos de aceptación de la herencia?*, cit., 253.

²⁰ P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Privatrecht*, cit., 333, nt. 6. Questa osservazione (come quelle successivamente citate) risale alla rielaborazione dell'opera fatta da Kunkel, ed è mantenuta nella 4a edizione rivista da H. Honsell (1987), p. 471, nt. 14.

gerere sono separate dal disgiuntivo ‘*aut ... aut*’ e quindi trattate come sostanzialmente differenti. Il successivo ‘*vel etiam*’ indicherebbe invece che la *nuda voluntas* si distingue dal *pro herede gerere* in un modo diverso,²¹ cioè nel senso che qui si è di fronte, come spesso in Gaio,²² alla descrizione di un’ulteriore evoluzione, nella stessa direzione, di quanto appena detto. Possiamo concordare con questa opinione. ‘*Vel etiam*’ esprime evidentemente un climax e va inteso quindi come ‘o addirittura’. La descrizione dei diversi modi di adizione mostra verosimilmente che l’idea di Gaio è che il ‘*nuda voluntate*’ – particolarmente caratterizzato dal ‘*nuda*’ – implichi requisiti esteriori di accettazione ancora meno formali del vero e proprio *pro herede gerere*, a sua volta già più informale della *cretio*, pur producendo lo stesso effetto. Dal punto di vista linguistico, l’idea che si sia di fronte ad un climax è rafforzata dalla legge ‘dei termini crescenti’ di Behaghel, per la quale, tra più elementi della frase, quello che contiene l’affermazione più forte o di più ampia portata, di regola, è posto alla fine del periodo.²³ Il senso di Gai 2.167 sarebbe dunque il seguente: laddove non sia richiesta espressamente la *cretio*, il chiamato può acquisire l’eredità con la *cretio*, comportandosi da erede, o addirittura in forza di una volontà che si esprime non impossessandosi dei beni ereditari o in una loro diretta gestione, ma in qualsiasi altro modo.²⁴

3. La supposta genesi del testo

La notizia fornita da Gaio, che l’acquisto dell’eredità può realizzarsi persino *nuda voluntate*, risalta in modo particolare nel contesto del testo, sia per la forma che per il contenuto. Questo è particolarmente evidente se si considerano le caratteristiche dell’opera. Le Istituzioni, com’è noto, risalgono ad un testo scolastico

²¹ Cfr. già H. LÉVY-BRUHL, *Étude sur la cretio*, in NRH 38, 1914, 153 ss., 155, nt. 2.

²² Cfr. Gai 1.56; 2.147; 2.256; 2.264; 3.212; 3.220; 4.74a; 4.144.

²³ Cfr. O. BEHAGHEL, *Beziehungen zwischen Umfang und Reihenfolge von Satzgliedern*, in IF 25, 1909, 110 s., 138 s.. Formulato originariamente da Behaghel per la lingua tedesca, il principio è stato riconosciuto valido anche per quella latina; cfr. R. PLATH, v. ‘*Behagbelsches Gesetz*’, in Der Neue Pauly 2, Stuttgart-Weimar 1997, 544 s.

²⁴ P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Privatrecht*, cit., 333, nt. 6.

tramandato²⁵ in modo tale che il materiale di insegnamento veniva trasmesso per decenni nell'ambito della 'innere Schriftlichkeit' ('scrittura interna' o, meglio, 'tradizione scritta interna') della scuola, e più volte aggiornato con i più recenti sviluppi del pensiero giuridico della stessa.²⁶ La sistematica del testo sorto intorno al 160 d.C. è caratterizzata dal fatto che il suo redattore procedette ad un aggiornamento del materiale, riorganizzandolo sulla base della dottrina delle fonti giuridiche di Giuliano. Quest'ultima aveva portato ad una mitigazione della tradizionale contrapposizione tra istituti del *ius* e le previsioni del pretore, poi concepite come diritto onorario. La concezione classica del diritto quale sistema di *instituta*, prima limitato agli istituti del *ius*, poteva ora estendersi a tutte le previsioni edittali. Su questa base, Gaio poteva ora concepire un sistema di diritto privato per i suoi tempi moderno, che (a differenza dei più vecchi criteri di ripartizione, che si vedono, ad es. nel *liber singularis regularum* dello ps.-Ulpiano) è ordinato in primo luogo dal punto di vista del diritto sostanziale.²⁷

²⁵ M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, Göttingen 2005, 96 s., con discussione degli argomenti.

²⁶ Behrends ha elaborato l'immagine della 'innere Schriftlichkeit' per riferirsi alla trasmissione dei testi all'interno della chiusa cerchia di esperti del diritto pontificale. Essa si presta bene anche a rendere l'immagine di una lunga tradizione di materiale all'interno della scuola. Cfr. O. BEHREND, *Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie*, in O. BEHREND, W. SELLERT (a cura di), *Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-Historische Klasse*, 3. Folge, vol. 209, Göttingen 1995, 137 ss., 204 (= ID., *Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen. Ausgewählte Aufsätze*, a cura di M. AVENARIUS, R. MEYER-PRITZL e C. MÖLLER, Bd. 1, Göttingen 2004, 91 ss., 172).

²⁷ M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, cit., 124 ss.; ID., *L'autentico' Gaio*, cit., 196, nonché in Quaderni Lupiensi, cit., 35 s.. Diffusamente sul punto ID., *Das 'gaiozentrische' Bild*, cit., 129 s.. L'importanza rivestita dallo ps.-Ulpiano per le riflessioni che seguono si basa sulla mia opinione, che il testo – prescindendo da successive riduzioni che possa aver subito – è stato scritto all'incirca nel 180 e appartiene dunque al pieno periodo classico. Per la genesi del testo cfr. M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, cit., 76 ss. nonché ID., *Il 'liber singularis regularum' pseudo-ulpiano: sua specificità come opera giuridica altoclassica in comparazione con le 'Institutiones' di Gaio*, in Index 34, 2006, 455 ss.. Ulteriori argomenti ora in ID., *Marc Aurel und die Dogmatik des römischen Privatrechts. Kaiserliche Rechtspflege im System der Rechtsquellen und die Ausfüllung von Gestaltungsspielräumen in einer Übergangszeit der Rechtsentwicklung*, in M. VAN ACKEREN, J. OPSOMER (a cura di), *Selbstbetrachtungen und*

Sabino, i cui *libri tres iuris civilis* costituiscono la più influente esposizione di questo settore del diritto nel periodo classico,²⁸ aveva trattato la *cretio* e il *pro herede gerere* in due luoghi separati all'interno del suo sistema.²⁹ Ora invece Gaio poteva porre i due istituti (nonostante la differenza tra le due fattispecie) uno accanto all'altro come 'varianti' dell'adizione. Certo, colpisce qui il fatto che, nel climax con cui spiega come rispetto al *pro herede gerere* per l'acquisto dell'eredità sia sufficiente 'addirittura' la mera volontà, si sente la mancanza di quella accurata riorganizzazione della materia che caratterizza in generale le Istituzioni gaiane. Infatti, se ai fini dell'acquisto è sufficiente una qualsiasi espressione di volontà di accettazione, non è logico considerare autonomamente accanto a questa il più complesso caso del *pro herede gerere*. Da quello che conosciamo delle caratteristiche del sistema gaiano, ci si sarebbe piuttosto aspettato che il giurista, trattando un caso di estensione dell'efficacia dell'*aditio* a requisiti meno formali, avrebbe inserito questa innovazione (laddove si fosse già realizzata) in maniera coerente all'interno della sua esposizione. Questo fa sorgere il dubbio che il testo possa essere stato modificato in un momento successivo alla conclusione della riorganizzazione della materia.

Ora, le Istituzioni rispecchiano il diritto vigente all'incirca dell'epoca di Antonino Pio (Gai 2.151a), ma sono state evidentemente completate dopo la morte dell'imperatore (cfr. Gai 2.195). Questo costituisce argomento a favore della tesi che l'autore

Selbstdarstellungen. Der Philosoph und Kaiser Marc Aurel im interdisziplinären Licht, Wiesbaden 2012, 203 ss., 225 s.

²⁸ Cfr. ora M. AVENARIUS, *Sabinus und Cassius. Die Konstituierung der sabinianischen Schultradition in der Retrospektive und ihre vermuteten 'Gründer' im Wandel der Wahrnehmung*, in K. MUSCHELER (a cura di), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, Berlin 2011, 33 ss., 52 ss.

²⁹ I principali riferimenti al sistema di Sabino sono contenuti nel commento di Ulpiano, qui preso in considerazione con riguardo al tema trattato. Secondo la ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889, rist. Aalen 2000, il 7° libro iniziava trattando del *pro herede gerere* (Pal. Ulpianus n. 2482-2485), quindi si occupava della grandezza delle quote ereditarie nel caso di più eredi (Pal. Ulpianus n. 2486-2489), prima di commentare infine, nell'8° libro, la *cretio* (Pal. Ulpianus n. 2490-2501). Cfr. anche ID., *Das Sabinussystem*, Straßburg 1892, 30 s.

abbia aggiornato il testo in diversi punti.³⁰ Alla luce di queste considerazioni, riteniamo che la formulazione di Gaio, che pone la fattispecie del *pro herede gerere* accanto all'acquisto dell'eredità in forza di volontà manifestatasi in un qualsiasi modo, accenni ad uno sviluppo dogmatico ancora nuovo per i suoi tempi. Questa evoluzione è stata accolta nel testo solo nella forma di un'aggiunta, ma integra in questo modo la precedente disciplina, che conosceva, accanto alla formale *cretio*, solo il *pro herede gerere* come presupposto per l'attribuzione della qualità di erede. Il carattere di eccezione di tale aggiunta è particolarmente evidenziato dal confronto con altri passi dell'opera, in cui sono nominati solo la *cretio* e il *pro herede gerere*.³¹ Simili considerazioni hanno spinto una parte degli studiosi a supporre che il richiamo alla *nuda voluntas* sia frutto di un glossema post-classico.³² Non ci sembra però di trovare qui alcun punto di appoggio a sostegno di una tale ipotesi – per metodologia a noi assai lontana – e rinunceremo quindi ad immaginare una modifica post-gaiana del testo. Proporranno anzi una spiegazione a favore dell'attribuzione di tale aggiunta proprio a Gaio.³³

4. *Cretio* e *pro herede gerere* nel primo diritto classico

Il materiale tradizionale, che Gaio ha integrato con la variante '*nuda voluntate*', aveva descritto fino a quel momento la disciplina vigente della prima età classica, che conosceva, ai fini dell'attribuzione

³⁰ È stata proprio questa considerazione, tra l'altro, che ha portato in parte all'idea di una seconda edizione del testo.

³¹ Cfr. Gai 2.176 e 3.87.

³² S. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, II², cit., 627 s. con nt. 1; F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius secundus*, II, Jena 1913, 309 s.; S. SOLAZZI, *I modi di accettazione dell'eredità nel diritto romano*, in ID., *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, V, Padova 1919, 1 ss.; ID., *Diritto ereditario romano*, II, Napoli 1933, 22 ss.; ID., *Glosse a Gaio III*, in SDHI 6, 1940, 320 ss., 323 s.; F. DE MARTINO, '*Vel etiam*' nelle fonti giuridiche romane, 1937, in ID., *Diritto, economia e società nel mondo romano*, con una nota di lettura di FEDERICO D'IPPOLITO, I, Napoli 1995, 129 ss., 177 ss.; concorde E. WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts*², Basel 1949, 538; cfr. H.W. BUCKLAND, *Cretio and Connected Topics*, in TR 3, 1922, 239 ss., 250. Non condividiamo l'assunto, che è alla base della congettura, che la concezione negoziale qui espressa appartenga ad una successiva e più tarda fase di sviluppo.

³³ V. *infra* p. 32 ss.

della qualità di erede, le fattispecie della *cretio* e del *pro herede gerere*. Possiamo partire dunque dal presupposto che in entrambi i casi il primo diritto classico non collegava principalmente tale attribuzione alla volontà negoziale del chiamato. Lo scopo dell'alternativa non era dunque quello di offrire al chiamato diverse possibilità di adire: piuttosto, l'ordinamento aveva reagito, per esigenze di carattere pratico, alla molteplicità dei possibili comportamenti che poteva tenere il potenziale erede. Invece di sanzionare la volontà di accettazione del chiamato a seconda di come essa si fosse manifestata, l'ordinamento prese in considerazione la *eredità*, mirando a che essa venisse assegnata sulla base di parametri oggettivi.

a. La concezione oggettiva di *cretio* e *pro herede gerere*

Nel corso dell'età classica la *cretio* è più volte diventata uno strumento per il rapido accertamento della situazione giuridica: se generalmente il chiamato disponeva di un periodo indefinito per decidere se procedere all'*aditio*,³⁴ il testatore poteva richiedere che la formale accettazione avvenisse entro un determinato lasso di tempo, pena la diseredazione o la chiamata di qualcun altro.³⁵ Il punto centrale di questa concezione è il rilascio di una dichiarazione formale.³⁶ Le conseguenze dell'*aditio* erano legate ad una dichiarazione del tipo: '*quod me P. Maeuius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque*'.³⁷ La solenne *aditio* non crea

³⁴ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 718. Il chiamato deve però fare i conti col fatto che il pretore può fissare un *tempus ad deliberandum*, e che nel frattempo i beni ereditari possono essere usucapiti da terzi.

³⁵ Cfr. il testamento di Antonio Silvano del 142 d.C. (FIRA, III, n. 47), l. 9-14: '*cernitoque hereditatem meam in diebus centum proximis. ni ita creverit exheres esto. tunc secundo gradu ... heres esto*'. Gai 2.164 riporta '*extraneis heredibus solet cretio dari*'. Cfr. fondamentale H. LÉVY-BRUHL, *Étude sur la cretio*, cit., 153 ss.; H.W. BUCKLAND, *Cretio and Connected Topics*, cit., 239 ss.; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 35 ss.; B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano 1954, 239 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², Milano 1967, 588 ss.

³⁶ Sulla questione, su cui non possiamo diffonderci, dell'età di questo istituto cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 103 con riferimenti a ID., *Das altrömische Ius*, Göttingen 1949, 336 e a O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II,1, Leipzig 1901, 896 ss.

³⁷ Gai 2.166; Tit. Ulp. 22.28. Documenti che attestano la *cretio* in FIRA, III, n. 59, 60.

problemi sotto l'aspetto soggettivo: chi dichiara formalmente di accettare l'eredità, è di regola consapevole di ciò che fa, e vuole ciò che ha dichiarato. Diverse fonti si contentano quindi di descrivere la *cretio* come un atto dichiarativo formale, cui seguono precise conseguenze giuridiche:³⁸ Varrone aveva spiegato il *cernere* come la produzione degli effetti dell'accettazione,³⁹ ps.-Ulpiano, che qui (come spesso) rinvia a concetti tradizionali, con la pronuncia della formula della *cretio*.⁴⁰ È lecito quindi dedurre una concezione *oggettiva* della *cretio*, risalente al periodo repubblicano, per la quale essa non dipendeva da un atto di volontà.

Sotto quest'aspetto la *cretio* presenta affinità con il più antico concetto di *pro herede gerere*, anche se per motivi diversi. Il *pro herede gerere* porta alla fissazione della successione attraverso il fatto che il chiamato, comportandosi effettivamente da titolare del patrimonio ereditario, si atteneva al significato oggettivo di questo comportamento. Trasferiamo su questo comportamento non verbale del chiamato quel modo formale di intendere le dichiarazioni verbali, per il quale esse valgono esclusivamente per il loro significato tipico, senza considerazione del 'voluto'⁴¹ da ricavarsi eventualmente per via interpretativa. Quindi, prescindiamo, in questa fase del processo evolutivo, dalla qualifica del *pro herede gerere* come una forma di *aditio*, poiché il fine del comportamento di chi 'si comporta da erede' suggerito da *adire* (in qualunque maniera avvenga nella prassi)⁴² non

³⁸ Gaio la descrive in maniera ancora diversa: l'espressione *cernere*, ripresa nella formula, da cui deriva il nome dell'accettazione solenne, significa propriamente 'decidere'. A questo significato accenna anche Gai 2.164, quando spiega l'espressione con le parole: '*ideo autem cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere*'. Dal rinvio al più specifico *decernere* si può dedurre che qui il significato sarebbe 'prendere una decisione'.

³⁹ Varro, *de lingua latina* 7.98 spiega il termine dicendo che '*cernere*' significa *constituere*; '*itaque heres cum constituit se heredem esse dicitur 'cernere'*'. In maniera simile si pronuncia, come abbiamo visto, Gai 2.164 sul *constituere*. Secondo tale visione, dunque, *cernere hereditatem* significa che il chiamato determina la successione ereditaria ponendo se stesso come successore. Cfr. F. Schulz, *Classical Roman Law*, cit., 285.

⁴⁰ Ps.-Ulpiano (Tit. Ulp. 22.28) spiega che *cernere* significa *verba cretionis dicere*.

⁴¹ P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Privatrecht*, cit., 82.

⁴² Convincente, in questo senso, l'osservazione di Arangio-Ruiz, che il *pro herede gerere* 'consiste nel tenere in una qualsiasi occasione un comportamento che non possa ragionevolmente spiegarsi se non supponendo una volontà conforme'; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 82, cfr. *ibid.* 555.

era evidentemente carattere essenziale di tale fattispecie. Tutto ciò corrisponde alle caratteristiche del più antico *pro herede gerere* nel momento in cui lo si percepisce come uno strumento oggettivo di assegnazione della eredità a mezzo di una regola di diritto oggettivo.

L'idea che in questa fase il *pro herede gerere* non servisse solamente e neppure in primo luogo agli interessi del chiamato, bensì al sovraordinato interesse dell'ordinamento, può essere ulteriormente rafforzata dal confronto tra *pro herede gerere* e *usucapio pro herede*. Entrambi gli istituti presentano delle affinità, non solo sul piano terminologico, ma anche in forza di paralleli strutturali di una certa rilevanza. È noto che l'atto esterno di appropriazione che caratterizza il *pro herede gerere* poteva essere compiuto anche da un terzo non chiamato all'eredità, che poteva usucapire il patrimonio ereditario entro appena un anno e difendere contro l'erede (almeno fino ad Adriano) lo stato giuridico acquisto.⁴³ Entrambi gli istituti portano all'attribuzione del patrimonio, che altrimenti, in mancanza di un'accettazione formale, sarebbe rimasto per altro tempo ancora senza titolare. Per la *usucapio pro herede* è ben attestato che l'ordinamento giuridico perseguiva la finalità oggettiva di far cessare una tale situazione di incertezza attraverso una rapida assegnazione del patrimonio.⁴⁴ È lecito supporre che lo stesso valesse per il *pro herede gerere*.⁴⁵

⁴³ P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Privatrecht*, cit., 334.

⁴⁴ Già i giuristi preclassici avevano preso in considerazione questo interesse. Proprio in questo senso Gaio dà conto dei brevi termini per l'usucapione dell'eredità sulla base delle norme decemvirali, spiegando che i *veteres* avevano voluto favorire un rapido acquisto della eredità, affinché ci fosse qualcuno che proseguisse le attività di culto (Gai 2.55) all'epoca oggetto di profonda osservanza ('*quorum illis temporibus summa observatio fuit*'), ma anche affinché ci fosse qualcuno a disposizione dei creditori, cui questi potessero rivolgere le loro pretese ('*ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur*'). Cfr. M. AVENARIUS, *Römisches Erbrecht und Religion: Interdependenzen von Herrschafts-, Vermögens- und Kultperpetuierung in Pontifikaljurisprudenz sowie Dogmatik und Praxis des ius civile*, in R. ZIMMERMANN (a cura di), *Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts*, Tübingen 2012, 7 ss., 27, 46 e 53, nt. 213; v. anche M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 104.

⁴⁵ Secondo Karlowa il *pro herede gerere* subentrò alla *usucapio pro herede*, dal momento in cui questa non portò più all'usucapione dell'intera eredità. Il *pro herede gerere* presupponeva che ci fosse una chiamata all'eredità. Cfr. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II,1, cit., 900. Questa teoria sorregge l'idea di un parallelo strutturale fra

Il comportamento del chiamato al centro della più antica concezione di *pro herede gerere* è in relazione diretta con i beni dell'asse ereditario. Si comportava da erede, pertanto, colui che prendeva possesso di essi o ne entrasse altrimenti in relazione come se ne fosse il proprietario. In questo senso ps.-Ulpiano cita come esempio il caso del chiamato che venda all'asta beni ereditari o che si assuma il mantenimento di schiavi del patrimonio ereditario (Tit. Ulp. 22.26). Per Alfeno, anche la costruzione di un monumento funebre richiesta nel testamento aveva probabilmente lo stesso effetto: si tratta, in effetti, di adempimento di richieste indirizzate specificatamente agli eredi.⁴⁶

A differenza della concezione ora descritta, in letteratura è diffusa l'idea che nel diritto classico e post-classico l'elemento portante del *pro herede gerere* fosse invece la volontà di diventare erede, che il chiamato manifestava di fatto col suo comportamento.⁴⁷ Questo però significa leggere il diritto della prima età classica alla luce di una concezione più tarda, sulla quale ci soffermeremo più avanti.⁴⁸ Le fonti per il primo diritto classico non forniscono alcun punto di appoggio per questa interpretazione. Non è senz'altro possibile quindi partire dal presupposto che il comportamento del chiamato sia solo segno di una precisa volontà costitutiva e produttiva di effetti giuridici e che come tale sia sostituibile con altri modi di espressione.

Un indizio a favore del fatto che il primo diritto classico intendeva *cretio* e *pro herede gerere* in maniera sostanzialmente diversa da Gaio e non come due 'varianti dell'adizione', si può desumere da come le due nozioni sono inserite nel sistema di Sabino: mentre Gaio pone le due fattispecie una dopo l'altra, poiché percepisce l'espressione della volontà come elemento comune, Sabino aveva trattato *cretio* e *pro*

i due istituti avanzata nel testo, poiché lo scopo fino a quel momento perseguito dalla *usucapio pro herede* era ora svolto dal *pro herede gerere*.

⁴⁶ D. 28.5.45(44) (Alfen. 5 *dig.*). Il contesto non è del tutto certo, poiché Alfeno non nomina espressamente il *pro herede gerere*. Che si riferisca a questo modo di acquisto di eredità dovrebbe ricavarsi *e contrario* dal fatto che è improbabile che i compilatori giustiniani abbiano dovuto cancellare qui un riferimento alla *cretio*. Cfr. A. WATSON, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford 1971, 193.

⁴⁷ P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Privatrecht*, cit., 333; E. WEISS, *Institutionen*, cit., 538.

⁴⁸ V. *infra* p. 32 ss.

herede gerere separatamente.⁴⁹

Alla luce di questa fondamentale differenza tra la visione di Gaio e la concezione del primo periodo classico, non può essere convincente che in letteratura si parta dal presupposto di una nozione unitario e immutata del 'classico' *pro herede gerere*. Piuttosto, un passo di Giavoleno, 1 *ex posterioribus Labeonis* D. 29.2.62 pr., ci permette di trarre conclusioni circa il punto di vista di diversi giuristi pre-giulianei:⁵⁰

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

Il testatore aveva sottoposto l'assegnazione dell'eredità alla condizione sospensiva che il potenziale erede prestasse giuramento di compiere una certa prestazione. Alla domanda del se costui divenisse erede nel momento in cui prestava il giuramento, Labeone rispondeva che l'adempimento della condizione posta dal testatore non era sufficiente, neppure con riguardo al fatto che il giurante esprimeva contestualmente la sua volontà di essere erede in maniera concludente. Labeone richiedeva anzi un ulteriore *pro herede gerere* (che evidentemente presupponeva ulteriori attività)⁵¹. Secondo il parere più antico riportato dal testo, dunque, gli effetti non sembrano dipendere dalla manifestazione di volontà di accettazione. Labeone attribuiva invece un'autonoma rilevanza al *pro herede gerere*, da intendersi come uno specifico comportamento avente ad oggetto i beni ereditari. Allo stesso modo ancora Celso, l'antipode classico-proculiano di Giuliano, riteneva necessario che il chiamato procedesse al *pro herede gerere* oltre all'adempimento della condizione potestativa.⁵² Ora, nel nostro testo Giavoleno ritiene, d'accordo con

⁴⁹ V. *supra* p. 17.

⁵⁰ Cfr. S. TONDO, *Osservazioni intorno alla pro herede gestio*, in AG 153, 1957, 3 ss., 35 ss.

⁵¹ S. TONDO, *Osservazioni*, cit., 37.

⁵² D. 28.5.60(59).5 (Celsus 16 *dig.*).

Proculo, che nella prestazione del giuramento sia insito un *pro herede gerere*. Per Giavoleno è quindi sufficiente che il chiamato si 'comporti da erede', anche in maniera diversa da una diretta gestione dei beni ereditari, e cioè attraverso l'adempimento della condizione prevista nel testamento. Tuttavia, anche dal parere di Giavoleno non si può ricavare che la disciplina fosse dipesa, in sostanza, dal fatto che con la prestazione del giuramento si sarebbe manifestata la volontà di accettare l'eredità.⁵³ Tutto quello che sappiamo è che per Giavoleno la prestazione di un giuramento è sufficiente ai fini della accettazione.

b. Il più risalente *pro herede gerere* e la sua componente soggettiva: la *destinatio animi*

Se dunque non vogliamo collegare il *pro herede gerere* della prima età classica neanche con l'idea di una volontà costitutiva di effetti giuridici alla quale accennerebbe il comportamento concludente del chiamato, nondimeno il concetto aveva un aspetto soggettivo.⁵⁴ Il *pro herede gerere* era infatti tra le attività *quae animi destinatione agenda sunt*.⁵⁵ A queste ultime accenna Papiniano 24 *quaestionum* D. 50.17.76, in un passo che nel contesto palinogenetico si riferisce probabilmente al *pro herede gerere*.⁵⁶

In totum omnia, quae animi destinatione agenda sint, non nisi vera et certa scientia perfici possunt.

La terminologia del testo tardo-classico si ricollega alla disciplina

⁵³ Dopo che B.W. LEIST, *Die Bonorum possessio*, II,2, Göttingen 1848, 76 s. con nt. 10 e *ibid.* 120 ss., e O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II,1, cit., 906 erano giustamente partiti dal presupposto che Labeone non aveva comunque ancora riconosciuto l'acquisto in forza di mera volontà, Kniep osserva correttamente che lo stesso deve dirsi per Giavoleno; F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius secundus*, cit., 309.

⁵⁴ Cfr. essenzialmente G. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio*, II, cit., *passim*.

⁵⁵ Correttamente, P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Privatrecht*, cit., 333, nt. 6

⁵⁶ Cfr. O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, I, Leipzig 1889, rist. Aalen 2000, Papinianus nt. 314; G. DULCKEIT, *Erblasserwille und Erwerbswille*, cit., 125.

più antica.⁵⁷ Esso designa le attività che intanto producono effetti giuridici, fintanto che siano accompagnate da una certa *destinatio animi*. La terminologia implica, analogamente ad altre combinazioni con *animus*, che il comportamento deve avvenire nella consapevolezza ed in considerazione del suo tipico significato. Nel primo diritto classico il requisito dell'*animus* non sembra quindi accompagnarsi a una interpretazione secondo la volontà del dichiarante.⁵⁸ Il carattere soggettivo qui preso in riferimento costituisce piuttosto un correttivo della concezione formale che vincola il chiamato al suo comportamento oggettivo, ed offre una soluzione pratica per i casi limite o per casi eccezionali. Se insomma il chiamato teneva un comportamento che non era univocamente qualificabile come 'da erede', ad es., allorché disponeva la sepoltura del testatore o alimentava gli schiavi del patrimonio ereditario, tutto dipendeva dal se avesse agito solamente per pietà o misericordia, o invece, appunto, con una *destinatio animi* diretta a gestire l'eredità come propria.⁵⁹ Da una volontà 'costitutiva' (*voluntas*) di autonomia privata, diretta alla realizzazione di un determinato effetto giuridico, deducibile dal comportamento esteriore, va dunque distinto l'atteggiamento interiore caratterizzato dalla *destinatio animi*.

Qui c'è nuovamente spazio per il confronto con l'analoga struttura della *usucapio pro herede*, la quale, come già visto, risponde, analogamente al *pro herede gerere*, al generale interesse di fissare e attribuire con certezza la responsabilità del patrimonio ereditario. Anche in questo caso non è necessario che l'usucapiente 'voglia' produrre la situazione giuridica da lui generata: piuttosto, dall'ordinamento gli vengono imposti degli oneri senza considerare la

⁵⁷ La terminologia si mantenne anche dopo il cambiamento di concezione. Cfr. *infra* p. 35.

⁵⁸ C. BEDUSCHI, *Hereditatis aditio*, cit., 204 ss. e 241. Di seguito vedremo come questo cambiò con Giuliano.

⁵⁹ Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 718; TH. MAYER-MALY, *Römisches Recht*², Wien New York 1999, 199. Cfr. gli esempi fatti in D. 29.2.20 (Ulp. 61 *ad ed.*), su cui A. CENDERELLI, *Gestione d'affari ereditari, ed editto 'de sumptibus funerum': punti di contatto ed elementi di differenziazione*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, I, Milano 1982, 265 ss., 280 s.

sua volontà in tal senso.⁶⁰

In considerazione di tutto ciò sembra errato interpretare la prima concezione di *pro herede gerere* alla luce della dottrina della volontà, come invece (vedremo in seguito più da vicino)⁶¹ avviene in Gaio. Il contrasto tra le due concezioni sta qui non solo nella prospettiva, ma nella diversa visione di fondo della natura dell'acquisto dell'eredità.

c. Il *pro herede gerere* nel caso della *cretio imperfecta*

Nell'età classica era possibile che il testatore, nel disporre la *cretio*, prevedesse una disciplina alternativa sulla sorte dell'eredità nel caso che il chiamato non accettasse l'eredità entro il termine fissato.⁶² A tale fine la *cretio* era spesso combinata con la disposizione che il chiamato dovesse essere in tal caso diseredato e al suo posto chiamato un sostituto.⁶³ Tecnicamente questo avveniva per mezzo della condizione negoziale e della fissazione di un termine.⁶⁴ L'inserimento nella clausola della *cretio* della esplicita previsione di diseredazione per

⁶⁰ Questo non è limitato alla sola sfera del diritto patrimoniale. Un importante strumento di questo tipo è costituito ad esempio da quelle norme di diritto pontificale che disponevano l'onere della cura dei *sacra* del *de cuius* per colui che avesse acquisito il patrimonio a seguito di *usucapio pro herede* (Cic., *de leg.* II, 19.48-20.49). Cfr. M. AVENARIUS, *Römisches Erbrecht und Religion*, cit., 48 ss. e M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 151. Queste regole sono alla base della descrizione di Jhering della *usucapio pro herede* come 'la trappola per topi del diritto ereditario romano' ('Mausefalle des römischen Erbrechts'): essa può scattare, poiché colui che è alla sua portata non è a piena conoscenza delle conseguenze del suo comportamento; cfr. R. V. JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*¹³, Leipzig 1924, rist. Darmstadt 1988, 162 ss.

⁶¹ Cfr. *infra* p. 32 ss.

⁶² La concentrazione della *cretio* su questa funzione è resa in maniera particolare dal fatto che entrambi gli scritti scolastici utilizzano il termine *cretio* direttamente per indicare il periodo fissato per l'accettazione. Cfr. Gai 2.164: '*cretio ... id est finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem vel, si non adeant, temporis fine summoveantur*'; Tit. Ulp. 22.27: '*cretio est certorum dierum spatium*'. In maniera analoga anche il più tardo Isidor, *etym.* 5.24.15: *certus dierum numerus*.

⁶³ Questo poteva portare, come noto, ad una intera catena di sostituzioni ereditarie. Cfr. il testamento di Antonio Silvano del 142 d.C.: '*cernitoque hereditatem meam in diebus C proximis: ni ita creverit exheres esto*' (ed. Arangio-Ruiz, FIRA, III, n. 47); analogo, per quanto lacunoso, il cd. *testamentum Dasumii* del 108 d. C. (*ibidem* n. 48 nonché ora nell'Epigraphische Datenbank Heidelberg [<http://www.uni-heidelberg.de/institute/sonst/adw/edh/index.html.de>] n. HD000721).

⁶⁴ H.W. BUCKLAND, *Cretio and Connected Topics*, cit., 253.

chi non avesse accettato, non era però ovvio:⁶⁵ nella prassi, piuttosto, la *cretio* era utilizzata anche senza la clausola di diseredazione,⁶⁶ evidentemente favorita in questo dalla prassi documentale di produzione dei formulari.⁶⁷ Questo caso anzi si verificava così frequentemente, da essere ripreso nell'insegnamento elementare e diventare persino, come vedremo, oggetto di normativa imperiale.

L'ipotesi prima avanzata, che *cretio* e *pro herede gerere* nel diritto della prima età classica non fossero accomunate tra loro quali modi di espressione della volontà di adire, permette una convincente spiegazione della disciplina che regolava il caso del chiamato che non avesse ottemperato alla *cretio* impostagli senza la previsione della diseredazione, e che avesse però proceduto al *pro herede gerere*. Ce ne parla Gai 2.177:

Sed si cretio sine exheredatione sit data, id est in haec verba: 'Si non creverit, tum Publius Mevius heres esto', illud diversum invenitur, quod si prior ommissa cretione pro herede gerat, substitutum in partem admittit, et fiunt ambo aequis partibus heredes. Quodsi neque cernat neque pro herede gerat, tum sane in universum summovetur, et substitutus in totam hereditatem succedit.

La stessa disciplina per il diritto altoclassico è riportata anche dal *liber singularis* pseudo-ulpiano. Quest'ultimo testo qualifica come *imperfecta*⁶⁸ la disposizione che Gaio chiama *cretio sine exheredatione*,⁶⁹

⁶⁵ La sempre più diffusa attribuzione da parte del pretore di uno *spatium deliberandi* favori senza dubbio una prassi testamentaria che non premeva direttamente a che l'erede si decidesse. Cfr. B. BIONDI, *Degenerazione della 'cretio'*, cit., 68.

⁶⁶ Su questo M. AMELOTTI, *Il testamento*, cit., 127; P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I², cit., 592 s.. Leonhard insinua che la clausola di diseredazione sia stata 'dimenticata'; R. LEONHARD, v. '*cretio*', in RE, IV, Stuttgart 1901, coll. 1708 ss, 1710.

⁶⁷ Cfr. M. AVENARIUS, *Formularpraxis römischer Urkundenschreiber und ordo scripturae im Spiegel testamentsrechtlicher Dogmatik*, in M. AVENARIUS, R. MEYER-PRITZL, C. MÖLLER (a cura di), *Ars Iuris. Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag*, Göttingen 2009, 13 ss.

⁶⁸ Cfr. L. ARU, *Studi sul 'negotium imperfectum'*, in AG 124, 1940, 3 ss., 8 ss.

⁶⁹ Cfr. G. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio*, II, cit., 264 s. e 267, nt. 196. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II,1, cit., 898 s. considera la *cretio sine exheredatione* la forma originaria; dubbi su questo da parte di F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius secundus*, cit., 324.

rinviano così alla circostanza che, qualora venga anche chiamato un sostituto a seguito della mancata accettazione, per il primo chiamato non opera la conseguenza della diseredazione: la clausola è, appunto, 'imperfetta'.⁷⁰ L'espressione *imperfectus* corrisponde sotto questo aspetto alla terminologia che domina la nota tripartizione delle leggi, in cui la *lex imperfecta* è quella caratterizzata dalla assenza della sanzione di nullità dell'atto (Tit. Ulp., princ. 1). Il testo delle *regulae* pseudo-ulpianee sulla *cretio imperfecta* recita (Tit. Ulp. 22.34):

Si sub imperfecta cretione heres institutus sit, id est non adiectis his verbis: 'si non creveris, exheres esto', sed si ita: 'si non creveris, tunc Mevius heres esto', cernendo quidem superior inferiorem excludit; non cernendo autem, sed pro herede gerendo in partem admittit substitutum.

Entrambi i testi citati riproducono un diritto già da lungo tempo vigente: nel caso che il primo chiamato non proceda formalmente alla *cretio*, ma soddisfi i requisiti del *pro herede gerere*, egli acquista l'eredità congiuntamente al sostituto, a favore del quale si era adempiuta la condizione 'si non creveris, tunc Mevius heres esto'. In tale caso, riferisce Gaio, primo e secondo chiamato succedono al *de cuius* in parti uguali.

La disciplina in base alla quale il primo chiamato si trova ad essere erede insieme al sostituto potrebbe far pensare ad una soluzione di compromesso, che cerca di mediare tra la mancanza di una accettazione formale pur richiesta dal testamento, e la manifestazione di volontà per comportamento concludente da parte del chiamato. Si tratterebbe di una «soluzione, bisogna dire, grezzamente equitativa» come si è espresso una volta Voci,⁷¹ simile ad altri casi di schematici compromessi tra interessi contrastanti e inconciliabili.⁷² Un noto esempio di un 'crudo' compromesso di questo tipo tra interessi confliggenti è dato dalla disciplina adrianea del ritrovamento di tesoro. Essa risolve la controversia tra il proprietario del fondo ove è

⁷⁰ Il che non significa tuttavia che si tratti di un 'atto invalido', come ritiene invece P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², cit., 590.

⁷¹ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I¹, Milano 1960, 545

⁷² Liebs vede in Gai 2.177 s. una «halbherzige Billigkeitsentscheidung», ovvero una «halbherzige Anerkennung der *pro herede gestio* als Ersatz für die ... *cretio*»; cfr. D. LIEBS, *Contrarius actus. Zur Entstehung des römischen Erlaßvertrags*, in ID. (a cura di), *Symptica Franz Wieacker*, Göttingen 1970, 111 ss., 127.

avvenuto il ritrovamento e il rinvenitore, proprio attraverso la attribuzione della proprietà di metà della cosa ai due soggetti (I. 2.1.39).

L'idea che anche nel nostro caso si sia di fronte ad una soluzione 'salomonica', però, non è convincente. L'autonomia negoziale del chiamato non sembra qui avere alcun ruolo. La divisione in parti uguali è piuttosto una logica conseguenza della disposizione testamentaria, che deve essere coerentemente motivata dogmaticamente: poiché la mancata *cretio* non è sanzionata con la diseredazione, il primo chiamato diventa erede in forza del *pro herede gerere*, e, in aggiunta, diventa efficace la contemporanea chiamata del sostituto, la cui nomina ad erede era sospensivamente condizionata. Da ciò consegue inevitabilmente una divisione a metà.⁷³ Tale disciplina non ha dunque nulla a che fare con la considerazione della volontà, in qualsiasi modo manifestatasi, del primo chiamato.⁷⁴

d. Gli effetti del *pro herede gerere* prima della scadenza del termine per la *cretio*

Ricollegandosi a quanto esposto prima, cioè che il *pro herede gerere* di colui cui era stata imposta la *cretio* senza clausola di diseredazione porta alla proporzionale ripartizione della eredità, mentre il suo restare inattivo porta alla successione del solo sostituto (Gai 2.177), Gaio riporta diversi pareri sulla questione del se le conseguenze giuridiche a questo riguardo si determinano già nel momento in cui il chiamato effettua il *pro herede gerere* prima della scadenza del termine fissato per la *cretio* (Gai 2.178):

Sed Sabino quidem placuit, quamdiu cernere et eo modo heres fieri possit prior, etiamsi pro herede gesserit, non tamen admitti substitutum; cum vero cretio finita sit, tum pro herede gerente admitti substitutum. Aliis vero placuit etiam superante cretione posse eum pro herede gerendo

⁷³ Non è quindi, naturalmente, una regola casuale, bensì segue la logica della istituzione congiunta di erede, che porta infatti ad una 'divisione in parti eguali della quota ereditaria'. Cfr. L. ARU, *Studi sul 'negotium imperfectum'*, cit., 9.

⁷⁴ Nè il testatore voleva in genere tale effetto, ovviamente. Cfr. F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 94 e 198, nt. 1, che giudica perciò la soluzione 'formal' e 'hart'.

in partem substitutum admittere et amplius ad cretione[m] reverti non posse.

Sabino si era pronunciato contro l'idea che il sostituto potesse essere chiamato mentre ancora decorreva il termine per la *cretio*, e quindi per lui il primo chiamato aveva ancora tempo per procedere all'atto formale di adizione. Secondo l'opinione contraria, invece, la qualità di erede si determinava subito al momento del *pro herede gerere*, con la conseguenza che anche il secondo chiamato era contestualmente ammesso all'eredità. I due punti di vista derivano chiaramente da differenti visioni della funzione e dell'efficacia del *pro herede gerere*.

Il punto di vista di Sabino focalizza l'attenzione sull'alternativa che ha il chiamato, tra accettare entro il termine fissato o lasciarlo decorrere.⁷⁵ Un *pro herede gerere* da parte sua non è quindi irrilevante, anche in considerazione dell'imposizione della *cretio*, perché è pur sempre attraverso quel *gerere* che il chiamato diventa erede. Tuttavia il suo comportamento non ha nessun effetto sulla questione se debba essere preso in considerazione il sostituto. Questo dipende invece unicamente dal se il chiamato effettua la *cretio* entro il termine. Questo è per lui ancora possibile: *quamdiu cernere et eo modo heres fieri possit*. Poiché in questa concezione il tutto dipende dall'adempimento o meno dei requisiti fissati dal testatore, l'opinione di Sabino può essere spiegata sulla base della disciplina della condizione. Il testatore aveva subordinato la chiamata del sostituto alla condizione sospensiva della mancanza definitiva di una accettazione formale da parte del primo chiamato. La condizione si verifica, però, solo col decorso del periodo di tempo stabilito. In questa prospettiva, dunque, il *pro herede gerere* non è per il chiamato una alternativa funzionale della *cretio*.⁷⁶

Invece, secondo l'opinione degli *alii* il chiamato si è già pregiudicato la possibilità dell'accettazione formale, se egli, al posto

⁷⁵ Il formale punto di vista di Sabino, per il quale tutto dipende dal realizzarsi o meno della formale *cretio* richiesta dal testatore, è condiviso anche da ps.-Ulpiano (Tit. Ulp. 22.30), che tuttavia presuppone la clausola di diseredazione.

⁷⁶ Diversamente B. BIONDI, *Degenerazione della 'cretio'*, cit., 70, il quale deduce da Gai 2.178 che i giuristi del I secolo avrebbero concordemente inteso che il *pro herede gerere* sostituisca la *cretio* nel caso di *cretio* senza diseredazione.

della *cretio*, procede al *pro herede gerere*. La convinzione che, durante il periodo di pendenza della condizione, il *pro herede gerere* possa produrre gli effetti previsti dal testatore per il caso di mancata *cretio*, presuppone l'idea che il *pro herede gerere* sia svolto al posto della *cretio* e, che quest'ultima sia quindi per ciò giuridicamente ormai impossibile. Un 'ritorno' alla *cretio* da parte del chiamato è logicamente escluso ('*ad cretionem reverti non posse*'). In questo senso *cretio* e *pro herede gerere* costituiscono evidentemente un'alternativa: la funzione determinante svolta dalla *cretio* può essere realizzata al suo posto dal *pro herede gerere*.

Nel testo non si trova alcun indizio a favore del fatto che gli *alii* facessero riferimento alla manifestazione della volontà di adire nell'uno o nell'altro modo. Più avanti addurremo altri argomenti contro questa ipotesi.⁷⁷ Ci sembra invece corretto ritenere che il parere degli *alii* si basi su una logica molto formale: chi già è erede (anche a seguito di *pro herede gerere*) non può più giuridicamente effettuare una adizione solenne. In questo modo, tuttavia, si perde la condizione prevista dal testamento senza essere arrivati alla scadenza del termine. Dato che, dunque (in mancanza di una diseredazione sospensivamente condizionata) l'ordinamento giuridico collega al *pro herede gerere* l'effetto dell'acquisito dell'eredità, si vanifica la disposizione del testatore, che richiedeva la *cretio*.

Non riteniamo quindi che gli *alii* avessero motivato la loro idea della efficacia del *pro herede gerere* quale definitiva accettazione basandosi già su una teoria della volontà. Tuttavia la loro opinione può avere favorito la tendenza alla instaurazione di un parallelo funzionale tra *cretio* e *pro herede gerere*. In un certo senso, essa apre la via all'affermazione della dottrina della volontà. In riferimento a Gai 2.177 ('*substitutum in partem admittit*') si può supporre che l'autore tenda a preferire il parere degli *alii*. Voci ritiene addirittura che sia questa opinione ad essersi in seguito affermata.⁷⁸ Se si guarda al risultato, questo è vero, ma potrebbe essere piuttosto dovuto alla

⁷⁷ V. *infra* p. 36.

⁷⁸ M. DAVID, H.L.W. NELSON, *Gai institutionum commentarii, IV, Kommentar*, fasc. 3, Leiden 1968, 376.

nuova concezione volontaristica, su cui ora ci soffermeremo.⁷⁹

5. La nuova concezione dell'adizione dell'eredità recepita in Gaio e la sua origine nella dottrina della volontà di Giuliano

La disciplina vigente nel primo periodo classico finora descritta va ora confrontata con l'idea che compare invece in Gai 2.167. Tornando a quanto sopra osservato, la 'variante' indicata da Gaio con *nuda voluntate* doveva essere evidentemente un'innovazione che integrava il diritto fino allora vigente. Con queste parole il giurista, come abbiamo visto, fa capire di ritenere che la disciplina dell'adizione si stesse evolvendo in una direzione che, dal suo punto di vista, era già stata intrapresa con il riconoscimento del *pro herede gerere* accanto alla *cretio* come modalità di acquisto della eredità.

A questo punto, la congettura che la variante dell'adizione '*nuda voluntate*' sia un ulteriore sviluppo di una teoria ritenuta già esistente, non può basarsi sulla classica concezione tradizionale di *cretio* e di *pro herede gerere*, poiché essa guarda in primo luogo al comportamento esteriore del chiamato, e quindi non all'elemento della volontà, al quale invece qui si fa riferimento. Tuttavia, alla luce di una concezione dell'adizione orientata alla volontà negoziale, *Gaio avrebbe potuto rappresentarsi tale concezione proprio in questo modo*. Reinterpretata in questo senso, le fattispecie descritte avrebbero cioè in comune il fatto di richiedere sostanzialmente la volontà negoziale del chiamato diretta ad un preciso effetto, ovvero l'acquisto dell'eredità.⁸⁰ In questo modo la *cretio* può sembrare il modo più formale di dichiarazione della volontà di adire, e il *pro herede gerere* il segno di una volontà informale. Il '*nuda*', infine, rinvia al fatto che secondo la visione di Gaio anche nella *cretio* e nel *pro herede gerere* è decisiva la *voluntas*, solo che lì, appunto – volendo ricorrere alla immaginifica terminologia della disciplina dei *pacta* – la volontà è '*vestita*'.

⁷⁹ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², cit., 591, nt. 19; diversamente A. CASTRO, *Observaciones en torno a la aceptación hereditaria*, cit., 71 ss. e 90 s., che vede concezioni fondamentalmente diverse anche negli autori successivi a Giuliano.

⁸⁰ K. V. CZYHLARZ, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*^{13/14}, Wien Leipzig 1914, 322.

Perciò riteniamo che Gaio realizzi il *climax* sulla base di una nuova interpretazione delle fattispecie tradizionali, interpretandole come modi di manifestazione della volontà negoziale, che al massimo grado è 'nuda'.⁸¹ Quando, sulla base di questa visione, Gaio dice che in sostanza tutto dipende dalla volontà, diventa quindi indifferente che essa si esprima in solenne forma verbale, con altre formalità, o in maniera informale. Questo intende Gaio anche al § 169, quando dice che il chiamato può accettare o acquistare l'eredità *nuda voluntate*.⁸²

In questo modo si dimostra corretta, in tutta chiarezza, anche la supposizione che la menzione del *pro herede gerere* come valida forma di accettazione, da Gaio ripresa dal materiale tradizionale, con i suoi requisiti di comportamento da tenere da parte del chiamato, non era più, a rigor di termini, indispensabile. Nel contesto di una coerente rielaborazione del materiale, questo sarebbe stato da Gaio preso in considerazione, e il giurista avrebbe potuto eliminare questa fattispecie oppure, per mantenersi fedele alla terminologia tradizionale, definire con maggiore libertà i requisiti esteriori del *pro herede gerere*. Che Gaio non abbia proceduto in questo caso ad una rielaborazione del materiale, fa capire però che il processo di modernizzazione che aveva permesso la impostazione delle *Institutiones* doveva essersi concluso già prima della introduzione dell'acquisto della eredità per *nuda voluntas*.

L'idea che l'integrazione sia stata aggiunta da Gaio molto tardi si dimostra dunque corretta, se si guarda al contesto scientifico.⁸³ Nel reinterpretare le fattispecie Gaio poteva ricorrere a un patrimonio di

⁸¹ Anche Beduschi ritiene che Gai 2.167 parta sostanzialmente dal presupposto che l'*aditio* sia qui intesa come un atto di volontà; C. BEDUSCHI, *Hereditatis aditio*, cit., 196. Beduschi non inserisce tuttavia in maniera convincente questa concezione nel contesto scientifico.

⁸² Per la rinuncia all'eredità ps.-Paolo spiega chiaramente che essa si può realizzare non solo verbalmente, ma anche 're' e in qualsiasi altro modo che esprima la volontà di rinunciare; D. 29.2.95 (Paul. 4 *sent.*). Cfr. B. BIONDI, *Degenerazione della 'cretio'*, cit., 75. D'altra parte D. BEHRENS, *Coartare*, in ZRG 67, 1950, 519 ss., 525, proprio dal fatto che il redattore di Gai 2.167 e 169 ha seguito la 'radikalsten Willenstheorie', ricava addirittura che Gaio non poteva avere sostenuto una tale posizione.

⁸³ Questa supposizione è surrogata dal fatto che Gaio evidentemente continuò a lavorare alle sue Istituzioni, come di recente ha mostrato Manthe sulla base del confronto tra diversi passaggi dei Frammenti Fiorentini (PSI, 1182) e del Codice veronese. Cfr. U. MANTHE (a cura di), *Gaius. Institutionen*, Darmstadt 2004, 17 s.

idee ancora relativamente recente, che non aveva ancora potuto fissarsi nel materiale di insegnamento tradizionale. Gaio, infatti, trae evidentemente le conseguenze di un'innovazione dogmatica ricca di effetti, sostenuta dal suo maestro Giuliano. Questi, capo della scuola sabiniana, aveva sviluppato un'ampia teoria della volontà.⁸⁴ Secondo la sua concezione, la volontà negoziale (*voluntas*) era alla base dell'effetto giuridico. Questa dottrina è esplicitamente sostenuta da Giuliano per il caso del *pro herede gerere*, come riporta Ulpiano 61 *ad edictum* D. 29.2.20 pr.:

Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. et generaliter Iulianus scribit eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit: pro herede autem gerere non esse facti quam animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres.

A differenza della concezione tradizionale, Giuliano collegava dunque il *pro herede gerere* non all'effettivo svolgimento del *gerere* (*factum*), bensì alla volontà di essere erede.⁸⁵ Proprio nel contrasto evidenziato dalla scelta delle parole, si ricava ancora una volta in tutta chiarezza la differenza con la precedente terminologia.⁸⁶ Ora si arriva, come ha correttamente osservato Calzada González, a una sostituzione del concetto tradizionale di *animus* a favore di uno caratterizzato dalla concentrazione sulla volontà.⁸⁷ Anche Beduschi ha voluto dedurre da questo testo la rilevanza della volontà come base del negozio. Egli,

⁸⁴ Cfr. già M. AVENARIUS, *Marc Aurel und die Dogmatik des römischen Privatrechts*, cit., 203 ss., 252 ss.

⁸⁵ Il testo è stato oggetto di critica da parte degli interpolazionisti. In particolare, rincresce che Dulckeit, nel corso della sua differenziata analisi del significato della volontà per l'acquisto della eredità, abbia scartato il testo e rinviato in blocco all'Index Interpolationum. Cfr. G. DULCKEIT, *Erblasserwille und Erwerbswille*, cit., 119, nt. 2. D'altro canto il passo di Ulpiano è prevalentemente considerato una testimonianza della dottrina della volontà di Giuliano; cfr. Cfr. B. BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., 253 ss.; C. SANFILIPPO, *La valutazione dell' 'animus' nella 'pro herede gestio'*, in *Annali Catania* 2, 1948, 166 ss.; A. PLACHY, *Indicium voluntatis*, in *BIDR* 57/58, 1953, 295-382 (358-368); diffusamente S. TONDO, *Osservazioni*, cit., 3 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², cit., 596 ss.

⁸⁶ Cfr. S. TONDO, *Osservazioni*, cit., 3.

⁸⁷ A. CALZADA GONZÁLEZ, *La aceptación*, cit., 85; cfr. A. CASTRO, *Observaciones en torno a la aceptación hereditaria*, cit., 66 ss. e 90.

tuttavia, attribuisce l'affermazione contenuta nel testo ad Ulpiano.⁸⁸ In effetti, il cambio dal congiuntivo all'indicativo fa sorgere il dubbio del se Ulpiano non intendesse più ricondurre a Giuliano la spiegazione dell'*animus* con '*velit*'. Poiché però la teoria della volontà di Giuliano è ben documentata, è preferibile ritenere che anche in questo caso si tratti di una ripresa della dottrina di Giuliano. Questi evidentemente *identifica* la caratteristica dell'elemento tradizionale dell'*animus* nella volontà. Talvolta si sollevano dubbi sul fatto che possa essersi imposta una concezione del *pro herede gerere* orientata alla volontà, e si suppone invece che si sia affermato il concetto precedente di *animus*.⁸⁹ Contro tale idea però si porrebbe il successo della dottrina della volontà di Giuliano in numerosi settori della dogmatica giuridica.⁹⁰ In particolar modo nel diritto privato l'orientamento alla volontà produsse una fondamentale spinta di modernizzazione, che produsse a lungo i suoi effetti.⁹¹ Fu solo la terminologia connessa con *animus* che fu mantenuta dalla letteratura anche nel periodo post-giuliano.⁹²

Ci atteniamo dunque al fatto che l'acquisto dell'eredità era evidentemente stato concepito come un atto di volontà dalla scuola di Giuliano. Al suo centro vi era dunque una volontà negoziale (*voluntas*), che doveva solamente esprimersi in qualche modo.

⁸⁸ C. BEDUSCHI, *Hereditatis aditio*, cit., 199 s.

⁸⁹ Cfr. C. BEDUSCHI, *Hereditatis aditio*, cit., 199 s. e 243. Analogamente Lévy-Bruhl aveva immaginato che Gaio manifesti qui una singola opinione che non si poté affermare, almeno non nell'età classica; H. LÉVY-BRUHL, *Étude sur la cretio*, in NRH 38, 1914, 153-183 (155 s., nt. 2).

⁹⁰ Essa costituisce la base di diverse opinioni giurisprudenziali che, sotto l'influsso di Giuliano, si affermarono nel periodo altoclassico, quali la dottrina della consuetudine; D. 1.3.32.1 (Iul. 84 dig.); cfr. O. BEHREND, *Die Gewohnheit des Rechts und das Gewohnheitsrecht. Die geistigen Grundlagen des klassischen römischen Rechts mit einem vergleichenden Blick auf die Gewohnheitsrechtslehre der Historischen Rechtsschule und der Gegenwart*, in D. WILLOWEIT (a cura di), *Die Begründung des Rechts als historisches Problem*, München 2000, 19 ss., 95 ss.

⁹¹ Cfr. S. RICCOBONO, *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel Diritto romano*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Milano 1946, 17 ss., 67 ss.

⁹² Qui la causa poteva anche risiedere nel fatto che le *regulae* pseudo-ulpianee, che erano basate sulla descrizione del diritto vigente, citano la costituzione di Marco Aurelio (di seguito analizzata) come diritto applicabile, senza riferire che alla base potesse esservi il pensiero di Giuliano.

Collegare tale idea con il maestro di Gaio, il capo della scuola sabiniana Giuliano, ci dà anche una spiegazione del perché il ps.-ulpiano *liber singularis regularum* si limita alla descrizione della *cretio* e del *pro herede gerere* (Tit. Ulp. 22.25-34): questo testo è sorto infatti al di fuori della scuola sabiniana e, sebbene leggermente più recente del testo gaiano, non ha partecipato a quello scatto di sistematica modernizzazione recepito dalle Istituzioni gaiane, e rimane sostanzialmente vincolato al pensiero classico convenzionale.

La concezione descritta, derivante dalla teoria della volontà di Giuliano, di trattare *cretio* e *pro herede gerere* come due differenti forme di manifestazione della volontà di accettazione, significa che intanto esse svolgono la stessa funzione, in quanto ognuna delle due attività comporta accettazione e rende quindi l'altra inconsistente. Con questa idea si arriva così a giustificare l'opinione, che gli *alii* hanno sostenuto, secondo quanto riportato in Gai 2.178: che questi non avessero ragionato volontaristicamente è particolarmente chiaro, se consideriamo il rapporto tra Gaio e il pensiero giuridico di Giuliano. Invece di citare il suo maestro quale fondatore di questa teoria, come fa in altri passi, egli riconduce l'opinione a giuristi non nominati. Inoltre qui non c'è (a differenza di Gai 2.167) nessun indizio formale che tale dottrina sia stata successivamente inserita nel testo con riferimento alla teoria di Giuliano. Infine la forma al perfetto (*placuit*) parla contro il fatto che gli *alii* avessero già fatto riferimento alla (dal punto di vista di Gaio relativamente recente) teoria della volontà.

6. La nuova disciplina di Marco Aurelio e la ricezione della dottrina della volontà nel diritto concretamente applicato.

La dogmatica giuridica si sviluppa autonomamente. La sua vita propria porta non di rado ad un rapporto conflittuale tra le dottrine sviluppate dalla riflessione giurisprudenziale e il diritto concretamente applicato. Questo è vero in particolar modo per opere didattiche quali le Istituzioni di Gaio. Il contrasto non è costituito solo dal fatto che ciò che è considerato obsoleto è tralasciato a fini didattici ma, anzi, possiamo osservare come trovino esposizione anche opinioni dottrinali che non avevano ancora avuto una ricaduta nel diritto applicato. Nel caso di Gaio ciò riguarda in particolare le opinioni del

suo maestro, che, rispetto ai concetti tradizionali del diritto classico, dovevano ancora trovare riconoscimento.

Nel contesto dell'adizione dell'eredità possiamo però vedere che l'orientamento alla volontà negoziale trovò presto accoglienza nel diritto vigente. Riacciandosi alla descrizione delle conseguenze del *pro herede gerere* nel caso della *cretio imperfecta*, ps.-Ulpiano (Tit. Ulp. 22.34) riferisce infatti di una nuova disciplina di Marco Aurelio che aveva riformato in parte il diritto fino allora vigente della divisione proporzionale della eredità.⁹³ Gaio non cita la costituzione, forse perché non aveva – per limiti cronologici – potuto conoscerla:⁹⁴

sed postea divus Marcus constituit, ut et pro herede gerendo ex asse fiat heres. quodsi neque creverit, neque pro herede gesserit, ipse excluditur, et substitutus ex asse fit heres.

Marco Aurelio stabilì, dunque, che l'erede istituito diventava unico erede, anche se compiva un *pro herede gerere* durante la pendenza del termine per la *cretio*. La costituzione sostituì la soluzione fino ad allora applicata.⁹⁵ Essa attribuisce evidentemente maggiore peso alla manifestazione concludente della volontà, quale si presenta nel *pro herede gerere*, che alla circostanza che non abbia avuto luogo la *cretio* esplicitamente richiesta.

La soluzione introdotta da Marco Aurelio si basa così sul rivolgersi da parte dell'ordinamento alla volontà di accettazione come elemento centrale. Alla base di ciò c'è evidentemente l'idea che la validità di un negozio giuridico sia determinata dalla volontà. Questo viene stabilito sulla base di un'abbassamento dei requisiti formali posti dal testatore. La successione cronologica della disciplina, come riportata da ps.-Ulpiano (*postea*), permette di dedurre che nel contesto trattato Marco Aurelio ponga alla base della sua costituzione la concezione

⁹³ Cfr. M. DAVID, H.L.W. NELSON, *Gai institutionum commentarii IV*, cit., 376.

⁹⁴ Cfr. E. WEISS, *Institutionen*, cit., 538. Non è da escludere che Gaio possa aver avuto nozione della costituzione prima del completamento delle Istituzioni, poiché comunque una parte dell'opera fu conclusa sotto i *Divi Fratres* (cfr. Gai 2.195). Se non fu per motivi cronologici, allora la mancata citazione della costituzione da parte di Gaio deve essere dovuta probabilmente alla limitata conoscenza che egli, come giurista di provincia, poteva avere della normativa più recente.

⁹⁵ Cfr. G. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio*, II, cit., 266 s.

volontaristica di Giuliano.

Mentre Biondi ha immaginato che Marco Aurelio segua qui il parere di Sabino riportato da Gai 2.178,⁹⁶ sembra più convincente ritenere che la costituzione porti coerentemente a termine l'idea di una alternativa tra *cretio* e *pro herede gerere*, che gli *alii* avevano sostenuto sulla base della logica di diritto oggettivo e che Gaio, verosimilmente su nuove basi, aveva proseguito: se la *cretio* serviva in fin dei conti ad ottenere una inequivocabile manifestazione della volontà di accettazione, e se questa poteva avere luogo anche nelle forme del *pro herede gerere*, allora doveva necessariamente corrispondere alla volontà del testatore e dell'erede istituito, che quest'ultimo diventasse unico erede.

Che l'imperatore recepisca nel diritto vigente la teoria della volontà che si stava affermando sotto l'influsso di Giuliano, non è affatto singolare. Egli si comporta in maniera simile con la decisione del procedimento riportato da D. 28.4.3 pr. (Marc. 29 *dig.*):⁹⁷ un testatore, dopo la chiusura del testamento, aveva riaperto il documento appena sigillato e aveva cancellato i nomi degli eredi istituiti, lasciandovi però i legati. Le porzioni ereditarie rimanevano efficacemente attribuite per il diritto civile, ma, essendo venuta meno la volontà di assegnazione, in conformità a una costituzione di Antonino Pio sui *bona caduca*, andavano al fisco. Il problema era rappresentato dai legati. Marcello solleva la questione se il testatore volesse o meno la loro cancellazione e si limitasse perciò solamente alla cancellazione dei nomi degli eredi, credendo di aver fatto abbastanza affinché l'eredità arrivasse agli eredi *ab intestato*. La domanda punta all'interpretazione del comportamento del testatore e significa, in altre parole: si può dedurre dalla cancellazione dei nomi degli eredi la volontà di annullare l'intero testamento, legati compresi, per dare luogo alla successione *ab intestato* ('*ut intestati exitum faceret*')? Questa non sarebbe una revoca del testamento conforme al *ius civile*, ma farebbe venir meno la volontà di attribuzione anche in riferimento ai legati, così che anche questi andrebbero al *fiscus*. Il

⁹⁶ B. BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., 243.

⁹⁷ Su cui, diffusamente, M. AVENARIUS, *Marc Aurel und die Dogmatik des römischen Privatrechts*, cit., 203-260 nonché ID., *Benignior interpretatio: Origin and Transformation of a Rule of Construction in the Law of Succession*, in *Roman Legal Tradition* 6, 2010, 1 ss.

problema è rappresentato dal fatto che questa domanda non può trovare risposta per via interpretativa. Per un caso così dubbio Marcello propone quindi una *benignior interpretatio*: ritiene che sia più giusto e più sicuro ('*non minus iustius est quam tutius*') seguire una interpretazione più 'benevola' ('*benigniore interpretationem sequi*'). In questa sede rinunceremo a trattare la questione di cosa Marcello intendesse per '*benignior*'. È sufficiente attenersi al fatto che il dubbio di Marcello non riguardava la disciplina da applicare, ma l'ultima volontà del testatore. È lecito immaginare che Marcello qui sostenga la teoria di Giuliano. Se, ora, quanto egli riporta, suggerisce l'idea che il giurista stesso possa aver condotto l'imperatore a riportare tutto alla volontà, allora ciò potrebbe avere un nucleo di verità: in riferimento ai legati Marco Aurelio risolve il caso sulla base di una *humanior interpretatio*. Questa ha come risultato che il testatore ha voluto rendere inefficaci solo le disposizioni effettivamente cancellate. Da ciò discende che i legati rimangono validi. Anche in questo caso è dunque Marco Aurelio colui che introduce nel diritto applicato l'idea risalente a Giuliano della rilevanza della volontà.

7. Riepilogo

Il materiale che Gaio aveva a disposizione e che ha rielaborato, considerava *cretio* e *pro herede gerere* come istituti di diritto oggettivo fondamentalmente differenti fra loro, che servivano al sovraordinato interesse dell'ordinamento ad un rapido accertamento della titolarità del patrimonio ereditario. Giuliano invece sviluppò un concetto volontaristico dell'adizione. Gaio ne tenne conto dopo la sua sistemazione del materiale, che integrò aggiungendo la *voluntas* come elemento portante dell'adizione. Un inserimento sistematico di questa dottrina non fu effettuato, ma questo poteva in fondo sembrare irrilevante, poiché almeno in parte le regole tradizionali si potevano giustificare anche sulla base della nuova concezione.

Alla lunga, la concezione volontaristica dell'adizione si affermò. Così il *pro herede gerere* fu in seguito inteso come una delle forme con cui era possibile manifestare la volontà di adire. Nel diritto postclassico al fine di manifestare per via informale questa volontà si giunse persino a non considerare più come necessario un vero e

proprio *gerere* (cioè una diretta gestione degli affari ereditari).⁹⁸ Allo stesso tempo, varie fonti del diritto tardo- e post-classico testimoniano il successo della terminologia tradizionale di *animus*.⁹⁹ L'affermazione della teoria della volontà aveva insomma portato a un cambiamento del significato di *animus*.¹⁰⁰ Ulpiano aveva attribuito a Giuliano quest'idea: '*nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres*'. Una prima testimonianza delle origini di questo cambiamento di significato è costituita dalle Istituzioni di Gaio, nel momento in cui esse riflettono la ricezione della dottrina della *voluntas* di Giuliano nel diritto della adizione ereditaria.

⁹⁸ Che quest'idea venne poi in effetti accolta nel diritto vigente, è testimoniato da C. 6.30.6 (Diocl. e Maxim. a. 290). Nel caso ivi trattato il chiamato attribuisce, nel proprio testamento, l'eredità ad un terzo: '*Si avia tua patrem tuum ex duabus uncias scripsit heredem, et sola animi destinatione pater tuus heres fieri poterat. igitur si testamento suo easdem uncias ad te pertinere decrevit, apud rectorem provinciae duarum unciarum ius persequi poteris*'.

⁹⁹ Ciò è testimoniato non solo dal già discusso passo riportato in D. 50.17.76 (Pap. 24 *quaest.*), ma anche da D. 29.2.20 (Ulp. 61 *ad ed.*), che, trattando diversi casi in cui il *pro herede gerere* è fatto dipendere dalla rispettiva intenzione, parla di *animus*, cioè dell' *animus heredis* o dell' *animus, quasi pro herede gereret*. Costantino (CTh. 5.1.1 [a. 318/21]) parla di *aditio simplex*. Questa si verifica '*... quodlibet corpore vel animi destinatione patefacta*'. Cfr. Paul. Sent. 4.8.23: '*Pro herede gerere est destinatione futuri domini aliquid ex hereditariis rebus usurpare: et ideo pro herede gerere videtur, quo fundorum hereditarium culturas rationesque disponit, et qui servis hereditariis, iumentis rebusve aliis utitur*'.

¹⁰⁰ Questo è mostrato in maniera particolarmente chiara da Gai Fragm. Aug. 44, che in letteratura spesso viene messo in confronto con Gai 2.167. Ivi il requisito soggettivo del *animus habere* è collegato alla dichiarazione informale della volontà: '*Quid est pro herede gerere? Animum habere capiendae hereditatis. Ergo si aut rem teneat aut praesentibus amicis dicat velle se heredem esse, satisfacit aditioni hereditatis*'. Critico sul tentativo di voler leggere Gaio alla luce del Gaius Augustodunensis A. CASTRO, *Observaciones en torno a la aceptación hereditaria*, cit., 78.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 30 giugno, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it

Finito di stampare nel mese di Dicembre 2012
da Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Pa)

