

IOLE FARGNOLI

*RESCRIPSIT ACTIONEM DANDAM:
SULLA RIPETIBILITÀ DEL LEGATO
PER DAMNATIONEM*



giuffrè editore - 2001

Estratto dal volume:

STUDI IN MEMORIA DI GIOVANNI CATTANEO

RESCRIPSIT ACTIONEM DANDAM: SULLA RIPETIBILITÀ
DEL LEGATO PER DAMNATIONEM*

di

IOLE FARGNOLI

1. E' di Gaio una delle principali testimonianze¹ del principio di irripetibilità di quanto è stato pagato in adempimento di un legato *per damnationem*²:

* Ho avuto la fortuna e l'onore di seguire le lezioni di diritto civile del Prof. Giovanni Cattaneo presso l'Università degli Studi di Milano, dei cui insegnamenti mi sono avvalsa nelle mie attività didattiche e scientifiche nell'ateneo milanese.

¹ Cfr. anche I. 3.27.7: *Ex quibusdam tamen causis repeti non potest quod per errorem non debitum solutum sit: namque definiverunt veteres, ex quibus causis infitiano lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt, quae certa constituta per damnationem cuicumque fuerant legata (...)* e CI. 4.5.4 (Impp. Diocl. et Max. AA. et CC. Heraclio): *Ea, quae per infitiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse, certissimi iuris est. sed et si cautio indebitae pecuniae ex eadem causa interponantur: conditioni locum non esse constat.* L'esclusione della ripetibilità, in generale, dei legati indebitamente pagati è ribadita in Ulp. 24.33: *Legatorum perperam solutorum repetitio non est, anche se il passo, che si riferisce genericamente ad ogni tipo di legato, è comunemente ritenuto di fattura postclassica. Per altre fattispecie in cui, in caso di solutio dei legati, si escludeva esplicitamente l'esperibilità della *condictio indebiti*, si vedano anche: D. 5.2.21.1 (Paul. 3 resp.), D. 5.3.17 (Gai. 6 ad ed. prov.), D. 12.6.51 (Pomp. 6 ad Q. Muc.), D. 31.76.9 (Pap. 7 resp.) e D. 35.3.1.9 (Ulp. 79 ad ed.).*

² La regola dei *veteres* era di applicazione limitata ai legati *per damnationem* di cosa certa: cfr. Gai. 4.9: *Rem vero et poenam persequimur veluti ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus: quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt.* Del resto che l'originario legato *per damnationem* avesse per oggetto una somma certa di danaro o una quantità certa di cose fungibili, è opinione consolidata in letteratura: si veda, per tutti, GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*² (Torino 1962) 19 e nt. 13.

Gai. 2.283: *Item quisque et fideicommisso plus debito per errorem solverit, repetere potest; at id, quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. idem scilicet iuris est de eo legato, quod non debitum vel ex hac vel ex illa causa per errorem solutum fuerit.*

Da alcuni studiosi è stata posta in dubbio l'autenticità della parte finale del passo, con la conseguenza che l'esclusione della ripetibilità sarebbe stata riferita solo ai legati parzialmente indebiti³. Ma si tratta di un'opinione che si può ritenere superata e oggi prevale senza dubbio la tesi dell'attribuibilità a Gaio dell'intera testimonianza⁴, per cui l'affermazione del giurista sarebbe da riferire non solo al legato *per damnationem* parzialmente indebita e, quindi, al caso in cui, in applicazione della *lex Falcidia*, il legato non era dovuto per intero⁵, ma anche

³ In tale senso, per esempio, BESELER, *Einzelne Stellen*, in ZSS. 46 (1926) 268 e SOLAZZI, *L'errore nella conditio indebiti*, in *Atti Accademia di Scienze Morali e Politiche* 59 (Napoli 1939), ora in *Scritti di diritto romano (1938-1947)* 4 (Napoli 1963) 107 ss. che, convinti del carattere insitico dell'ultima frase del passo, ritenevano la regola dell'irripetibilità dei legati indebiti *per damnationem* valida solo per i legati parzialmente indebiti. Che il termine *falsa* costituisca un glossema, è sostenuto, oltre che da BESELER, *Einzelne Stellen* cit. 268, anche da DULCKEIT, *Voluntas und fides im Vermächtnisrecht*, in *Festschrift Koschaker* 2 (Weimar 1939) 317 s.

⁴ A favore dell'autenticità del passo (solo il termine *legato* è ormai unanimemente considerato un glossema) si veda, per esempio, PAOLI, *Lis infitiano crescit in duplum* (Paris 1933) 246 nt. 1; VOCI, *In tema di errore*, in *SDHI*. 8 (1942) 97 ss.; SCHWARZ, *Die Funktion des Irrtums bei Erfüllung gänzlich oder teilweise nicht geschuldeter Fideikommisses*, in ZSS. 68 (1951) 268 ss.; SHANBACHER, *Ratio legis Falcidia* (Berlin 1995) 98 nt. 84; da ultimo, anche per altra letteratura, si veda il lavoro di MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage* (Köln-Weimar-Wien 1998) 185 s.

⁵ Questa ipotesi, per la quale si rimanda, in particolare, a BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia de legatis* (Napoli 1948) 63 ss., non sarà presa in

a quello totalmente indebita, per il quale al legatario nulla era dovuto.

Circa la *ratio* del principio di irripetibilità dei legati la letteratura giusromanistica si presenta ancora oggi divisa ed incerta. Sulla base di I. 3.27.7⁶, secondo cui sembrerebbe risalire ai *veteres* la regola dell'inapplicabilità della *conditio indebiti* nei casi di litiscrescenza⁷, si ritiene che l'esclusione della

considerazione in questo contributo, in cui l'attenzione sarà concentrata sul pagamento del legato totalmente indebita.

⁶ V. *supra*, nt. 1.

⁷ In tema di *conditio* e di *conditio indebiti* la letteratura è vastissima. Fra i lavori più recenti si segnalano: SANTORO, *Per la storia della conditio*, in *Studi Scaduto* 3 (Padova 1970) 545 ss.; ID., *Studi sulla conditio*, in *AUPA*. 32 (Palermo 1971) 181 ss.; A.D'ORS, *Dare servum in quaestionem y datio ex eventu*, in *Iura* 22 (1971) 138 ss.; ID., *Donatio mortis causa, inter virum et uxorem, persona sui iuris interposita*, in *Studi Scherillo* 2 (Milano 1972) 471 ss.; A.D'ORS, *De nuevo sobre creditum (Réplicas Panormitanas I: Réplica a la crítica de Albanese)*, in *SDHI*. 41 (1975) 205 ss.; ID., *Replicas Panormitanas II. El contractus según Labeón (A propósito de una crítica de Albanese)*, in *Revista de Estudios Historico-Juridicos* 1 (Valparaiso 1976) 17 ss.; ID., *Replicas Panormitanas III. Conventiones y contractus*, in *AHDE*. 46 (1976) 125 ss.; ID., *Replicas Panormitanas IV. Sobre la supuesta conditio sin datio*, in *Iura* 25 (1974) 1 ss.; ID., *Réplicas Panormitanas V. Sobre D.12,1,9,1*, in *Labeo* 23 (1977) 54 ss.; ID., *Sobre la suerte del contrato real en el derecho romano*, in *Revista de Derecho Notarial* 88 (Pamplona 1975) [estr.] 7 ss.; KASER, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und conditio*, in *Labeo* 22 (1976) 7 ss.; WOLF, *Aus dem pompejanischen Urkundenfund: die Konditionen des C.Sulpicius Cinnamus*, in *SDHI*. 45 (1979) 141 ss.; GASPART-JONES, *La conditio indebiti et l'erreur dans le droit de Justinien*, in *Hommage R.Dekkers* (Bruxelles 1982) 93 ss.; A.D'ORS, *La llamada conditio liberationis*, in *Boletim de Faculdade de Direito de Coimbra (= Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz)*, (Coimbra 1983) [estr.] 2 ss.; STURM, *La conditio ob transactionem*, in *Studi Sanfilippo* 3 (1983) 629 ss.; SOTTY, *Conditio incerti, actio ex stipulatu et actio praescriptis verbis*, in *Sodalitas. Scritti Guarino* 5 (Napoli 1984) 2477 ss.; WALDSTEIN, *Zur Frage der conditio bei irrtümlicher Leistung nichtgeschuldeter operae*, in *Iuris Professio* (Wien-Köln-Graz 1986) 319 ss.; LIEBS, *The History of the Roman Conditio up to Justinian*, in *The Legal Mind. Essays for T.Honoré* (Oxford 1986) 163 ss.; KUPISCH, *Arricchimento nel diritto romano, medioevale e*

ripetizione dipendesse proprio dalla litiscrescenza. La *condictio indebiti*, in sostanza, sarebbe stata inespugnabile, in quanto l'erede che corrispondeva i legati, non avrebbe inteso tanto pagare, quanto liberarsi dal rischio di dovere pagare il doppio. Il pagamento dei legati sarebbe stato, quindi, irripetibile, perché, più che di un pagamento vero e proprio, si sarebbe trattato di una sorta di transazione tra l'erede e il legatario⁸.

Peraltro vi è stato fra gli studiosi anche chi ha proposto una diversa – e forse più persuasiva – interpretazione. In effetti non pare del tutto convincente l'opinione, secondo cui l'irripetibilità dei legati, pur presentandosi in tutti i casi di litiscrescenza, risultasse necessariamente scaturire da questa⁹.

moderno, in *Digesto. Discipline privatistiche sez. civ. 1* (1987) 430 ss. (pubblicato anche come *Ungerechtfertigte Bereicherung. Geschichtliche Entwicklungen* [Heidelberg 1987] 9 ss.); GOMEZ ROYO, *La natura conditionis en los Basilicos*, in *Estudios Iglesias* 3 (Madrid 1988) 1363 ss.; PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht* (Berlin 1988); GIUFFRÈ, *Studi sul debito tra esperienza romana e ordinamenti moderni* (Napoli 1997) 10 ss.; SCHIEMANN, *Condictio*, in *Neue Pauly* 3 (Stuttgart-Weimar 1997) 120 ss.; APATHY, *Condictio indebiti und bedingte Novation*, in *A bonis bona discere. Festgabe Zlynsky* (Miskolc 1998) 91 ss.; PELLECCHI, *L'azione di ripetizione e le qualificazioni del dare in Paul. 17 ad Plaut. D.12,6,65. Contributo allo studio della condictio*, in *SDHI*. 64 (1998) 69 ss.; ALONSO, *Algunas consideraciones en torno a la "condictio scripturae"*, in *RIDA*. 46 (1999) 99 ss.; SCHRAGE, *Condictio indebiti. Vom römischen Recht bis zu der neuen niederländischen Kodifikation*, in *Index* 27 (1999) 511 ss.; FARGNOLI, "Alius solvit alius repetit". *Studi in tema di indebitum condicere* (Milano 2001) 1 ss.

⁸ Così, per esempio, HUSCHKE, *Kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Institutionen des Gaius*, in *ZGRW*. 13 (1846) 274.

⁹ Il punto sembra essere stato convincentemente dimostrato da PAOLI, *Lis infitiando* cit. 136 ss. e 246 ss., su cui cfr. la *rc.* di BECK, in *ZSS*. 57 (1937) 505 ss. E', in effetti, possibile credere che forse i giustinianeî, non comprendendo più appieno il principio dei *veteres*, ritenessero davvero che la litiscrescenza giustificasse il divieto di ripetizione dei legati. Ciò emergerebbe non solo da I. 3.27.7 (... *ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse* ...), ma anche – con riferimento ai legati parzialmente indebiti – da CI. 6.50.19 (Imp. Iustin. A. Iohanni pp.): *Cum certum sit heredem, qui plenam fidem testatori exhibet, in*

Infatti pur essendo innegabile l'intima connessione tra l'esclusione della *condictio* e la litiscrescenza, la giustificazione dell'irripetibilità di quanto dato si potrebbe anche ricercare nel regime della *nuncupatio* degli antichi atti solenni del *ius civile* e, più in particolare, nell'applicazione al legato *per damnationem* della *solutio per aes et libram*¹⁰. Infatti è noto come solo tramite la *solutio per aes et libram* fosse possibile, durante l'età classica, lo scioglimento di quel vincolo gravante sull'erede, che costituiva in origine un'obbligazione inserita nella *mancipatio familiae*¹¹. Come precisa Gai. 3.173-175¹², l'onorato, che intendesse liberare l'erede dall'obbligo di dare cose certe e fungibili, doveva necessariamente ricorrere a questa *imaginaria solutio*, che, nel frattempo, aveva perso la sua funzione di adempimento formale per delinarsi come forma astratta di

solidum legata dependentem non posse postea rationem legis Falcidiae praetendentem repetitione uti, quia videtur voluntatem testatoris sequi, iubemus hoc simili modo firmum haberi, et si cautionem super integra legatorum solutione fecerit: quod veteribus legibus in ambiguitatem deductum est. in utroque etenim casu, id est sive solverit sive super hoc cautionem fecerit, aequitatis ratio similia suadere videtur, in cui proprio la frase *quod veteribus legibus in ambiguitatem deductum est* dimostra come i giustinianeî considerassero in qualche modo astrusa l'antica *regula iuris*; sul punto si veda anche DULCKEIT, *Voluntas* cit. 317 nt. 8.

¹⁰ In tale senso la maggior parte della letteratura: si veda, per esempio, oltre a PAOLI, *Lis infitiando* cit. in particolare 261 s., DULCKEIT, *Voluntas* cit. 317; WOLF, *Causa stipulationis* (Köln-Wien 1970) 179 s.; KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer* (Göttingen 1949) 123 ss. e ID., "Unmittelbare Vollstreckbarkeit" und *Bürgerregreß*, in *ZSS*. 100 (1983) 133 e, da ultimo, KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* (München 1996) 378; si limita a riferire i due orientamenti dottrinali MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit. 189 s.

¹¹ Cfr., per tutti, GROSSO, *I legati* cit. 17 s.

¹² 173. *Est et alia species imaginariae solutionis per aes et libram. (...) 175. Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato quod per damnationem relictum est, ut tamen scilicet, sicut iudicatus condemnatum se esse significat, ita heres testamento se dare damnatum esse dicat. De eo tamen tantum potest heres eo modo liberari, quod pondere numero constet et ita, si certum sit. Quidam et de eo quod mensura constat idem existimant.*

remissione del debito¹³. In altri termini, la ragione dell'irripetibilità sarebbe dipesa proprio dall'antica solennità formale del pagamento del legato *per damnationem* e, soprattutto, dall'inadeguatezza per lo stesso di un qualsiasi altro modo di estinzione dell'obbligazione diverso dalla *solutio per aes et libram*; era, pertanto, inevitabile che l'inesistenza dell'obbligazione sottostante al pagamento non presentasse alcuna rilevanza¹⁴. Sarebbe stata questa la ragione per cui l'erede, nonostante avesse corrisposto un legato non dovuto, non avrebbe potuto esigerne la ripetizione.

Ora, sebbene quando si parli di origini ci si debba spesso muovere con grande cautela e, peraltro, solo sul piano delle congetture, può risultare utile, ai fini della presente indagine, cercare di individuare in quale momento sia da collocare la nascita di questa *regula iuris*. Se non può negarsi che il versetto 6.2 delle XII Tavole¹⁵ attesti la risalenza della litiscrescenza alla legislazione decemvirale, tuttavia rimane oscuro se il principio di irripetibilità dei legati, che — come si è visto — con la litiscrescenza si presenta strettamente connesso, riveli una genesi così antica. Del resto la stessa origine del legato *per damnationem* rimane immersa nel mistero. Peraltro, che siano infondati i tentativi di riportare le origini di questo tipo di legato in epoca abbastanza recente, è stato già posto autorevolmente in rilievo in modo persuasivo¹⁶. Ne deriva che, se anche manchino indizi per potere retrodatare il principio di irripetibilità dei legati

¹³ Così WOLF, *Causa stipulationis* cit. 179.

¹⁴ Cfr. WOLF, *Causa stipulationis* cit. 180, che così si esprime: "Die Zahlung des Schuldners war ein Element dieses Formalaktes, der zwar seinen Zweck verfehlen konnte, dessen 'Rückabwicklung' naturgemäß aber ausgeschlossen war".

¹⁵ (Cic. *de off.* 3.16.65): *cum ex XII tab. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta.*

¹⁶ Cfr., per tutti, FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza* (Milano 1889) 18 e GROSSO, *I legati* cit. 18 e nt. 11; sul punto cfr., da ultimo, GINESTA AMARGOS, *El "legatum per damnationem"* (Barcelona 1989) 28 ss.

al decemvirato legislativo, tuttavia sembra possibile credere che tale *regula iuris* risalisse al periodo antico, al momento difficilmente definibile, in cui il legato *per damnationem* ottenne il suo primo riconoscimento tra le disposizioni testamentarie formali.

Passando a ricercare un termine *ad quem*, allo scopo di porre in evidenza la peculiare longevità del principio di irripetibilità dei legati, il compito risulta un po' più agevole. Infatti sembra possibile determinare un saldo punto di riferimento nel momento dell'*exaequatio* giustiniana dei legati ai fedecommessi. In effetti se la legislazione postclassica in materia ebbe inizio già nel 339 d.C. con una costituzione di Costanzo¹⁷, sono rispettivamente del 17 settembre del 529 d.C. e del 20 febbraio del 531 d.C. le due costituzioni di Giustiniano¹⁸ che, portando a compimento le tendenze dell'epoca precedente, abolirono ogni distinzione tra i vari tipi di legati e imposero una sola natura a legati e fedecommessi sia sul piano del diritto sostanziale che su quello della tutela processuale. La conseguenza inevitabile fu non solo la caduta di ogni formalismo, ma anche la scomparsa in modo definitivo di tutte le regole proprie delle *species* di legati e, pertanto, ovviamente anche dell'antico principio che impediva la ripetizione dei legati *per damnationem*.

Ma quali erano, in diritto classico, le conseguenze di questa *regula* per l'erede? Non sfugge che l'effetto inevitabile del fatto che l'erede, pagando legati non dovuti, comunque non potesse agire per la ripetizione, si concretava, in sostanza, in un vantaggio per il legatario. Quest'ultimo avrebbe potuto sempre conservare i lasciti a lui corrisposti in adempimento della

¹⁷ Cfr. CI. 6.37.21 (Imp. Constant. A. *ad populum*) connessa con CI. 6.23.15 (Imp. Constant. A. *ad populum*).

¹⁸ La riforma di CI. 6.43.1 (Imp. Iustin. A. *Demostheni pp.*) e CI. 6.43.2 (Imp. Iustin. A. *Iuliano pp.*) è riassunta in I. 2.20.2-3 e sintetizzata nel brevissimo testo di D. 30.1 (Ulp. 67 *ad ed.*): *Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*. Sul punto si vedano, per tutti, GROSSO, *I legati* cit. 127 ss. e VOCI, sv. *Legato (Diritto romano)*, in *ED.* 23 (1973) 717 ss.

volontà del testatore, a prescindere dall'esistenza dell'obbligazione dell'erede.

Fu, peraltro, la giurisprudenza a prendere in considerazione questa situazione e ad intervenire, elaborando un rimedio che fu recepito dal pretore¹⁹. All'erede fu, infatti, reso possibile tutelarsi tramite una *cautio*: se per l'ipotesi, in cui la *lex Falcidia* avrebbe potuto imporre la restituzione di una parte dei legati, si stipulava la *cautio quod amplius per legem Falcidiam ceperit reddi*²⁰, nel diverso caso – che qui soprattutto interessa – in cui i legati erano interamente non dovuti, il legatario s'impegnava alla restituzione di quanto ottenuto con la *cautio evicta hereditate legata reddi*²¹. In tal modo "der aufmerksame Erbe"²² aveva a disposizione una difesa sostanziale preventiva, in vista di una sua eventuale soccombenza nella *petitio hereditatis*. Infatti l'erede, facendosi prestare la *cautio*, si procurava *ex novo* un'azione e cioè l'*actio ex stipulatu*, esperibile in ordine al negozio cautelare. In sostanza, proprio in quanto *ius civile vigilantibus scriptum est*²³, egli, se si fosse diligentemente cautelato prima del pagamento dei legati, avrebbe così potuto evitare di dovere sopportare ineluttabilmente le conseguenze dell'impossibilità di *condicere*

¹⁹ Sul punto cfr. già RUDORFF, *Ueber die Litiscrecenz*, in *ZGRW*. 14 (1848) 414 s.; DULCKEIT, *Voluntas* cit. 322 ss.; SCHWARZ, *Die Funktion des Irrtums* cit. 272 e WOLF, *Causa stipulationis* cit. 180.

²⁰ Si veda LENEL, *Das Edictum perpetuum*³ (Leipzig 1927) § 284, 537; cfr. anche MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², (Padova 1999) § 190, 105.

²¹ Si veda LENEL, *Das Edictum* cit. § 285, 537 s.: *Si evicta fuerit hereditas Lucii Titii, quod ex eius testamento legatorum nomine tibi datum erit, boni viri arbitratu redditum iri spondesne? spondeo*. Cfr. anche MANTOVANI, *Le formule*, § 191, 105 s. Sono diversi i passi in cui si trova testimonianza di questa *cautio*, cfr., per esempio, D. 5.3.17 (Gai. 6 *ad ed. prov.*); D. 29.4.1.9 (Ulp. 50 *ad ed.*); D. 31.48.1 (Proc. 8 *epist.*); D. 35.3.3.6-7 (Ulp. 79 *ad ed.*); D. 35.3.8 (Maec. 10 *fideicomm.*).

²² Così WOLF, *Causa stipulationis* cit. 180.

²³ L'espressione appartiene a Cervidio Scevola: cfr. D. 42.8.24 (Scaev. *l. sing. quaest. publ. tract.*)

quanto pagato.

Ora, quanto intendo approfondire in queste pagine è ciò che accadde in età imperiale, in quel periodo che si potrebbe definire come l'"autunno" di questa antica *regula* del *ius civile*. Ad attestare questa diversa stagione di sviluppo è la cd. "Katene der Fragmente"²⁴, collocata dai compilatori del Digesto nel titolo 12.6 (fr. 2.1, fr. 3, fr. 4 e fr. 5): essa testimonia come la giurisprudenza tentò di prevedere una tutela anche per l'erede meno previdente tramite la concessione di un'azione utile, esperibile contro il legatario.

Prima di entrare in argomento, si impone una importante precisazione²⁵. Il caso che questi giuristi delle cancellerie imperiali si trovarono ad affrontare era quello di un pagamento che risultava essere stato effettuato da una persona diversa dal vero erede e cioè da chi credeva di essere erede, ma in realtà non era tale. Peraltro non era il fatto che l'erede-*solvens* fosse solo apparente a rendere i legati non dovuti. In effetti, pensando al caso ipotetico di un testamento valido, l'esistenza di un erede putativo non comporta di per sé che il legatario sia tenuto a restituire il legato indebitamente percepito. E' ovvio, infatti, che la validità della disposizioni testamentarie imponga di

²⁴ Così SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht* (Münster-Köln 1952) 264 nt. 52, che definisce il gruppo di passi un "Fremdkörper im Titel 12,6"; cfr. anche MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit. 310 ss. che, in una prospettiva diversa (nell'ambito del suo studio sull'adempimento di "nichtbestehende Nachlassverbindlichkeit" per mano del possessore dei beni ereditari) e tralasciando la menzione di D. 12.6.5 (Ulp. 16 *ad Sab.*), in cui il riferimento ad un rescritto concedente non è esplicito, aggiunge allo stesso gruppo D. 5.2.8.16 (Ulp. 14 *ad ed.*) e D. 29.1.36.2 (Pap. 6 *resp.*) e parla al riguardo di "Konstellation", in cui si ha "eine Durchbrechung der überkommenden Regel vom Rückforderungsausschluß". Da qui in poi adotterò l'espressione "Katene der Fragmente" con riferimento non solo a tutti i passi ricordati da Schwarz (D.12.6.2.1-3-4-5), ma anche ai due menzionati da Müller-Ehlen (D. 5.2.8.16 e D. 29.1.36.2), che con i primi si presentano connessi.

²⁵ Si tratta di un punto, che non mi sembra essere stato particolarmente affrontato e approfondito in letteratura.

ottemperare alla volontà del *de cuius*, rendendo del tutto irrilevante se il pagamento sia stato effettuato dal vero erede o, invece, da quello apparente.

Alla luce di queste considerazioni risulta chiaro che, nelle fattispecie prese in esame dalla giurisprudenza, l'indebito non dipendesse dalla circostanza che l'obbligazione esisteva in capo ad un debitore diverso, bensì dal fatto che l'obbligazione non esisteva affatto o non esisteva più. Infatti, pur parlandosi di un erede apparente, è da rilevare che non si trattava di un caso di "indebito *ex persona*", in cui il pagamento era non dovuto, in quanto effettuato da parte di un soggetto diverso dal vero debitore²⁶. In sostanza, la *solutio* era non dovuta non perché il *solvens* non fosse il vero erede, ma perché i legati risultavano indebiti per particolari circostanze che intervenivano nel rapporto ereditario, quali, per fare qualche esempio, il carattere falso o inofficioso del testamento o la sopravvenienza di un postumo che rendesse il testamento *ruptum*. Si trattava, pertanto, di fattispecie di "indebito *ex re*".

2. Il primo anello della "Katene der Fragmente"²⁷ è una

²⁶ E' il giurista Paolo, in D. 12.6.65.9 (Paul. 17 *ad Plaut.*), a distinguere le fattispecie di indebito: *Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat*, in cui emerge che fosse considerato indebito non solo *quod omnino non debetur* (cd. indebito oggettivo o *ex re*), ovvero ogni caso in cui il pagamento effettuato all'accipiente non fosse affatto dovuto, ma anche *quod alii debetur, si alii solvatur* e cioè il pagamento a persona diversa dal vero creditore (cd. indebito soggettivo *ex persona creditoris*) e anche il caso in cui *si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat* e cioè il pagamento per mano di un persona diversa dal vero debitore (cd. indebito soggettivo *ex persona debitoris*).

²⁷ Non può ritenersi che questo gruppo di frammenti si riferisse ad un tipo di legato diverso da quello *per damnationem*, in quanto, da un lato, l'espressione *solutis legatis* o *solvere legata* fa inevitabilmente pensare ad un legato di *dare*, escludendosi con ciò che si parlasse di un legato *sinendi modo*; dall'altro lato, supporre che si parlasse di legati indebiti ad effetti reali, come il *per praeceptionem* e il *per vindicationem*, implica che i legatari non potessero acquisire la proprietà della cosa oggetto del lascito, in quanto,

testimonianza di Ulpiano:

D. 12.6.2.1 (Ulp. 16 *ad Sab.*): *Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptum apparuerit, repetetur, vel si post multum temporis emerit aes alienum, vel codicilli diu celati prolati, qui ademptionem continent legatorum solutorum vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta sunt. nam divus Hadrianus circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est*²⁸.

Dal passo si evince che, nella fattispecie prospettata²⁹, furono correttamente adempiute le disposizioni del testatore. In seguito (*postea*), però, le tavole testamentarie furono dichiarate invalide. Si trattava di determinare, quindi, se fosse ammissibile la ripetizione dei legati che risultavano, a questo punto, essere stati indebitamente corrisposti.

Ulpiano prospettava un ventaglio di ipotesi di invalidità delle disposizioni testamentarie. In primo luogo, il testamento avrebbe potuto rivelarsi *falsum*. Non si sa a quale specie di falso testamentario Ulpiano si riferisse, cioè se alla creazione di false tavole testamentarie, all'alterazione, alla sottrazione o alla

essendo il legato indebito, mancava il titolo per l'acquisto immediato oppure — se non si trattava di nullità *ab origine* — che i legatari acquisissero la proprietà, ma la perdessero subito dopo nel momento della pronuncia rescissoria del testamento, per cui nei confronti dei legatari stessi si sarebbe potuto agire non con la *condictio*, ma con la *rei vindictio*; ma a quest'ultimo rimedio manca, nei testi in questione, qualsiasi riferimento.

²⁸ Cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* 2 (Graz 1960) § 2545, 1056.

²⁹ E' da ritenersi che la fattispecie descritta nel passo ulpiano sia la medesima riassunta in Paul. Sent. 3.6.92: *Prolatis codicillis vel alio testamento, quibus ademptum est legatum vel certe rescissum, perperam soluta repetuntur*. In tale senso PAOLI, *Lis infitiando* cit. 249; DULCKEIT, *Voluntas* cit. 319 s.

distruzione di tavole autentiche, ovvero se – come pare più probabile – considerasse, più genericamente, tutte queste singole ipotesi; del resto le conseguenze sul piano processuale di questi diversi casi di *testamentum falsum* erano le medesime.

Se il testamento fosse stato *inofficiosum* e, quindi, redatto in violazione dell'*officium pietatis*, l'esperienza vittoriosa della *querela inofficiosi testamenti* avrebbe comportato l'"invalidità civile" del testamento stesso e l'apertura della successione *ab intestato*.

Il testamento avrebbe perso la sua efficacia anche se fosse stato *irritum*³⁰ ossia qualora, dopo la sua redazione, il *paterfamilias* avesse subito la *capitis deminutio* oppure avesse acquistato la *patria potestas* su un altro soggetto mediante *adrogatio* o *adoptio*, nonché preso moglie con *conventio in manum*.

A ciò Ulpiano assimilava anche l'ipotesi di *testamentum ruptum* e, quindi, il caso in cui venisse confezionato un nuovo testamento per cui il precedente era revocato oppure nell'ipotesi di sopravvenienza di *postumi*: la sanzione posta dall'ordinamento giuridico era, per ambedue le fattispecie, l'inefficacia.

Il giureconsulto prendeva, poi, in considerazione il caso in cui emergessero tardivamente ingenti debiti occulti (*si post multum temporis emergerit aes alienum*). Poteva accadere pure che venissero alla luce dei codicilli che revocassero la disposizione di legati a favore di certi soggetti (*codicilli diu*

³⁰ Invero l'inciso *vel irritum ... ruptum* è stato spesso considerato da espungere, sostenendosi che sarebbero stati i compilatori ad estendere il contenuto del rescritto di Adriano anche ai casi di testamento *ruptum* e *irritum*: cfr. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 4 (Tübingen 1920) 47; PAOLI, *Lis infitiando* cit. 247 nt. 2; MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, in *AUPA*. 24 (1955) 145; PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi* (Milano 1974) 117. Si tratta, peraltro, di una tesi che, non trovando supporto in indizi probanti, non è condivisibile.

celati prolati, qui ademptionem continent legatorum solutorum) o codicilli che, disponendo nuovi legati, decurtassero l'ammontare dei precedenti (*vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta sunt*).

In quest'ultimo elenco di ipotesi la soluzione suggerita dal giurista era sempre la medesima: quanto risultava indebitamente pagato poteva essere ripetuto (*repetetur*). Come viene esplicitamente specificato subito dopo nel testo con l'espressione *rescripsit actionem dandam*, l'azione qui esperibile non era, peraltro, una *condictio indebiti*, inapplicabile in relazione al legato *per damnationem*, ma una forma utile della stessa³¹.

In tale senso, senza dubbio, congiura il prosieguo del testo. Ulpiano, infatti, corroborava la sua opinione, rifacendosi ad un rescritto dell'imperatore Adriano, che, invero, riguardava espressamente i soli casi di *testamentum inofficiosum* e *falsum*, e specificando anche a chi concedere l'azione per ripetere

³¹ Che si tratti di un'azione utile, costituisce opinione ampiamente condivisa in letteratura: cfr. MAIER, *Regreß wegen Zahlung fremder Schulden, wenn nicht nomine debitoris gezahlt ist*, in *ZSS*. 50 (1930) 499; DULCKEIT, *Voluntas* cit. 324 nt. 38; VOCI, *In tema di errore* cit. 95; DONATUTI, *Le causae delle condictiones*, in *Studi Parmensi* 1 (Milano 1951) 117 nt. 383; SCHWARZ, *Die Grundlage* cit. 264 nt. 52; MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit. 453 nt. 130 e nt. 460; PALAZZOLO, *Potere imperiale* cit. 118; VALIÑO, *Actiones utiles* (Pamplona 1974) 198; MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit. 311 s. Invero Marrone (p. 453 nt. 130) e Palazzolo (p. 118 nt. 180) sostengono che il carattere utile dell'azione *de qua* sia da desumere da un'altra testimonianza e cioè da D. 5.2.8.16 (su cui *infra* nel testo). Peraltro mi sembra che, ancora prima del confronto tra D. 12.6.2.1 e D. 5.2.8.16, sia già l'espressione *rescripsit actionem dandam* a deporre chiaramente nel senso che il rimedio in questione fosse un'*actio utilis*; è pacifico, del resto, che, se si fosse trattato di un'azione civile, in luogo di *actionem dare*, sarebbe stata probabilmente utilizzata la forma verbale *competere*. Sul punto si rimanda a CORIAT, *Le Prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial a la fin du Principat* (Roma 1997) 358 nt. 230 e spec. 375 s. a proposito di *actio utilis danda est* quale espressione consueta, con la quale si indicava che il pretore recepiva la decisione della cancelleria imperiale.

l'indebito ovvero *ei, secundum quem de hereditate iudicatum est*.

Ora, l'innovazione adrianea è stata autorevolmente interpretata nel senso che la cancelleria imperiale avrebbe stabilito una deroga alla regola per cui la sentenza di "inofficiosità" non era normalmente retroattiva³². Infatti si è detto che tale rescritto avrebbe costituito solo una tappa dell'evoluzione concettuale che da un'originaria irretroattività della pronuncia di "inofficiosità" condusse gradualmente ad assegnare alla sentenza efficacia non più *ex nunc*, ma *ex tunc*. Si sarebbe cioè verificato che – prima della decisione adrianea – colui che fosse riconosciuto ingiustamente diseredato o ingiustamente trascurato dal testamento, non avrebbe potuto ripetere i legati ormai corrisposti, dato che la sentenza di "inofficiosità" non avrebbe potuto produrre effetti rescissori retroattivi.

La conferma di questa interpretazione si vorrebbe trarre da una diversa testimonianza di Ulpiano che, peraltro, ha qui rilevanza solo per la questione dell'esperibilità delle azioni utili nel caso di testamento inofficioso e, quindi, solo per la seconda parte del testo³³:

³² Così MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit. 451 ss., la cui opinione è condivisa da PALAZZOLO, *Potere imperiale* cit. 118: secondo questi autori il discorso sarebbe estensibile anche alla sentenza di falso (a cui il rescritto fa anche riferimento), oltre che a quella di "inofficiosità": cfr. Marrone (p. 453) e, più esplicitamente, Palazzolo (p. 118).

³³ Non mi occupo qui della questione, che emerge da questo passo, così come da D. 12.6.2.1, relativa allo stato di sviluppo della *querela inofficiosi testamenti* nell'età di Adriano e di Antonino Pio, in quanto tale aspetto fuoriesce dagli obiettivi che questo lavoro si prefigge. Se MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit. 35 s., 452 ss. ha sostenuto che si trattasse qui della *querela* del procedimento *per cognitionem* per il fatto che di essa si parlava in costituzioni imperiali, *contra* KASER, *Gli inizi della 'cognitio extra ordinem'*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria* 1 (Milano 1968) 184 nt. 59 pone in evidenza la mancanza di prove in questo senso, nonché il fatto che di regola i rescritti riguardanti le materie degli editti giurisdizionali presupponevano il processo formulare.

D. 5.2.8.16 (Ulp. 14 *ad ed.*): *Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit: et libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui optinuit: et haec utili actione repetuntur. fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui optinuit repetit: et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt*³⁴.

Come è stato opportunamente posto in evidenza³⁵, è da presumere che il testo, collocato dai compilatori nel titolo *De inofficioso testamento*, facesse riferimento allo stesso rescritto di Adriano contenuto in D. 12.6.2.1. Nel passo *de quo*, però, si trattava solo del caso del testamento inofficioso e non anche del testamento *falsum*, né tantomeno delle altre ipotesi della prima parte del passo ulpiano e cioè del testamento *irritum, ruptum*, di imponenti debiti occulti o di codicilli venuti successivamente alla luce. In seguito all'esperienza vittoriosa della *querela inofficiosi testamenti*, la ripetizione poteva essere accordata o al *solvens* (aut *ab eo qui solvit*) o a chi risultava vittorioso nella lite (aut *ab eo qui optinuit*), sulla base di quanto avrebbero stabilito gli imperatori Adriano e Antonino Pio (*et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt*). Da ciò, secondo la tesi riferita,

³⁴ Cfr. LENEL, *Palingenesia* 2 cit. § 501, 496. Per l'analisi del testo e l'ampia discussione in letteratura sulla più o meno estesa manipolazione giustiniana di D. 5.2.8.16, si veda MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit. 459 s.; cfr. anche, per esempio, PALAZZOLO, *Potere imperiale* cit. 118 nt. 108; VOICI, *Diritto ereditario romano* 2^o (Milano 1963) 688 ss.; NEGRI, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso* (Milano 1974) 107 e 148; SANGUINETTI, *Dalla querela alla portio legitima* (Milano 1996) 5 nt. 10; SCHERILLO, *Il testamento. Corso di diritto romano*, cur. Gnoli (Milano 1995) 312 e, da ultimo, MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit. 192.

³⁵ MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit. 455.

emergerebbe che, prima del rescritto adrianeo, la pronunzia della *querela* sarebbe stata efficace solo per il futuro, con la conseguente irripetibilità dei legati già corrisposti.

Tuttavia, anche alla luce di quest'ultimo testo, non sembra potersi condividere l'orientamento, per cui lo scopo dei rescritti qui menzionati, come di quello citato in D. 12.6.2.1, fosse proprio rivolto a modificare quella iniqua situazione, per la quale gli atti compiuti in base al testamento inofficioso conservavano validità anche dopo l'esperimento vittorioso della *querela inofficiosi testamenti*. Pur non essendo, infatti, possibile accertare se la sentenza di "inofficiosità" avesse sempre avuto un effetto rescissorio retroattivo o si fosse trattato di una successiva evoluzione, quanto qui preme porre in evidenza è che la concessione di un'azione utile troverebbe, nelle due suddette testimonianze, già piena giustificazione nel principio di irripetibilità del legato *per damnationem*. Del resto non risulta neanche decisivo il fatto che l'opinione riferita giustifichi il carattere utile delle azioni concesse, affermando, con riferimento a D. 5.2.8.16, che la *condictio indebiti* non sarebbe potuta comunque spettare al querelante vittorioso, perché non aveva pagato i legati, e all'erede testamentario, perché non aveva pagato un indebitore³⁶. In effetti questa interpretazione del testo, spiegando così l'inapplicabilità della *condictio indebiti*, non chiarisce come, nelle fattispecie in questione, sarebbe stato possibile superare l'antica *regula iuris* in materia di legati.

Della medesima ipotesi ricostruttiva sembra, invece, pienamente da condividere l'interpretazione circa la portata del rescritto di Antonino Pio³⁷. Invero, essendoci nota grazie a D. 12.6.2.1 la *constitutio* di Adriano, per esclusione si può agevolmente isolare, in D. 5.2.8.16, il contenuto di quella del suo successore. Se Adriano aveva dato al querelante vittorioso un'azione per ripetere quanto era stato pagato a titolo di legato,

³⁶ MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit. 460, con cui concorda PALAZZOLO, *Potere imperiale* cit. 119.

³⁷ Cfr. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit. 459 s.

Antonino Pio limitava tale concessione ai legati pagati *ante controversiam motam*, per cui il rimedio sarebbe valso esclusivamente per quanto corrisposto prima dell'esperimento della *querela*. La limitazione anzidetta sarebbe da interpretare alla luce del disposto del *senatusconsultum Iuventianum* intervenuto nel 129 d.C. e, in particolare, alla luce della estensione dell'oggetto di disciplina dello stesso dalle cause fiscali alle liti ereditarie tra privati³⁸. Infatti tale senatoconsulto stabilì che il possessore convenuto nella *querela* fosse ritenuto responsabile dei beni ereditari alienati dopo l'inizio della controversia, con la conseguenza che l'erede soccombente sarebbe stato tenuto comunque a restituire le cose ereditarie alienate o cedute, di cui aveva perso consapevolmente il possesso.

Pertanto, in astratto, l'erede vittorioso avrebbe potuto chiedere la ripetizione dei legati alla sua controparte sulla base del senatoconsulto e, allo stesso tempo, avrebbe potuto agire nei confronti dell'*accipiens* sulla base dell'innovazione adrianea: proprio perciò, probabilmente, l'imperatore Antonino Pio intervenne, per delimitare l'applicazione del rimedio concesso dal suo predecessore Adriano ai legati pagati *ante controversiam motam*.

Peraltro Ulpiano affermava *sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui optinuit e*, dunque, che, per ripetere i legati pagati, sia l'autore del pagamento che il querelante potevano agire. Ne deriva che il contenuto del rescritto adrianeo sarebbe stato sì circoscritto a quanto pagato *ante controversiam motam*, ma, ciononostante, anche dopo l'inizio del giudizio di *querela*, l'azione utile sarebbe stata esperibile; sarebbe stata, però, esperibile da parte dell'autore del pagamento. In effetti il *solvens* era tenuto, sulla base del *senatusconsultum Iuventianum*, a rispondere di quanto alienato *post controversiam motam*, per cui sarebbe stato iniquo non consentire a lui stesso, una volta che fosse risultato soccombente nel giudizio di *querela*, di agire

³⁸ MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit. 459.

nei confronti del legatario per la ripetizione di quanto corrispostogli³⁹. Risulta, a questo punto, più chiaro in quali termini Antonino Pio, in relazione al solo caso del testamento inofficioso, avrebbe circoscritto la portata della decisione di Adriano, distinguendo due ipotesi, quella dei legati pagati prima dell'esperienza della *querela* e quella dei legati pagati dopo tale esperienza: nel primo caso il rescritto adrianeo manteneva la sua efficacia e a ripetere sarebbe stato il querelante vittorioso; nel secondo, invece, ad essere legittimato ad agire in via utile non sarebbe stato lo stesso querelante vittorioso, bensì l'autore del pagamento, ovvero l'erede putativo.

Con queste considerazioni mi sembra di avere dimostrato che il principale scopo di questa forma utile di *condictio indebiti*, elaborata dai rescritti imperiali, era consentire la ripetizione dei legati. Da un lato, Adriano avrebbe deciso di tutelare l'effettivo titolare dei *bona* ereditari, per cui, anziché obbligare ad agire per la ripetizione dei legati pagati chi era stato costretto ad uscire di scena e non aveva più alcun interesse alla ripetizione, fu stabilito di attribuire il ruolo di attore nell'*actio utilis* all'erede vittorioso, che avrebbe potuto così direttamente recuperare i legati che diminuivano i *bona* ereditari spettantigli. Dall'altro lato, Antonino Pio, concentrando l'attenzione sulla fattispecie del testamento inofficioso, avrebbe ritenuto di circoscrivere la soluzione del suo predecessore al caso di *solutio legati* effettuata prima dell'esperienza della *querela*, ammettendo che *post controversiam motam* a ripetere potesse essere solo l'autore del pagamento. Dunque, entrambi i rescritti consentivano di aggirare il principio di irripetibilità dei legati, sollecitando a prestare attenzione agli interessi in gioco, in modo da consentire la ripetizione, ma anche da imporre, di volta in volta, la valutazione della posizione di chi fosse stato il soggetto effettivamente depauperato dal pagamento.

Si ritorni ora al testo di D. 12.6.2.1: si tratta di conciliare

³⁹ Anche su questo punto si condivide quanto sostenuto da MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit. 460.

le due parti del passo, ovvero il contenuto del rescritto adrianeo con la parte iniziale della testimonianza ulpiana. Infatti il contenuto del rescritto imperiale introdotto dal *nam* si limitava a disciplinare due soli dei casi citati poco prima dallo stesso Ulpiano.

Per lungo tempo l'intera frase *vel si post ... relicta sunt* è stata considerata un'aggiunta postclassica⁴⁰ e la sua introduzione – secondo questa interpretazione – avrebbe determinato a catena anche altri interventi sul passo: la mano postclassica, dopo avere inserito *vel ... sunt*, avrebbe avvertito l'esigenza di introdurre la problematica forma passiva *repetetur*⁴¹, il *nam* e, poi, anche le parole *circa ... testamentum*⁴².

⁴⁰ E' questa l'opinione già di LENEL, *Palingenesia* 2 cit. § 2545, 1056, ma anche, oltre che di BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 3 (Tübingen 1913) 45, di EISELE, *Exegetica*, in *ZSS.* 35 (1914) 38; PAOLI, *Lis infitiando* cit. 247 s.; SOLAZZI, *L'errore* cit. 109; VOCI, *In tema di errore* cit. 95; MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit. 145 e PALAZZOLO, *Potere imperiale* cit. 117; sospetta genericamente del testo anche SANFILIPPO, *Condictio indebiti. I. Il fondamento dell'obbligazione da indebito* (Milano 1943) 93. Si sono occupati del passo – se pur rapidamente – anche PERNICE, *M. Antistius Labeo. Das römischen Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* 3.1 (Halle 1892) 240 nt. 3; DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR.* 27 (1914) 22; DULCKEIT, *Voluntas* cit. 320; BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni* (Milano 1943) 620 nt. 1; BONIFACIO, *Ricerche* cit. 66 nt. 7; SCHWARZ, *Die Funktion des Irrtums* cit. 271; VOCI, *Diritto ereditario* 2 cit. 689 e CORIAT, *Le Prince* cit. 363 nt. 244; RIBAS-ALBA, *La disheredación injustificada en derecho romano. Querela inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico* (Granada 1998) 76.

⁴¹ Il verbo, infatti, non chiarisce a chi dovesse spettare la ripetizione; lo pongono opportunamente in evidenza già BESELER, *Beiträge* 4 cit. 47; EISELE, *Exegetica* cit. 37; PAOLI, *Lis infitiando* cit. 247 nt. 2; BIONDI, *Successione* cit. 620 nt. 1; MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit. 145 e anche NEGRI, *La clausola codicillare* cit. 148.

⁴² Anche questo inciso *circa ... testamentum* non è stato risparmiato dalla critica interpolazionistica: si vedano BESELER, *Beiträge* 3 cit. 45 e ID., *Beiträge* 4 cit. 47, MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit. 145 e PALAZZOLO, *Potere imperiale* cit. 118.

Inoltre, per evitare le contraddizioni del testo, da altri si è addirittura sostenuto⁴³ che il passo in questione menzionasse due diversi strumenti processuali, entrambi idonei a fare conseguire la restituzione di quanto non dovuto. In particolare, secondo tale opinione, la congiunzione *nam* introdurrebbe il secondo caso: primariamente cioè Ulpiano avrebbe fatto riferimento alla *condictio*, sottintendendo chi fosse il soggetto legittimato ad esperirla e il soggetto logico del verbo *repetetur* sarebbe stato colui che aveva pagato i legati, ovvero l'erede putativo. Del tutto diversa, invece, sarebbe stata la fattispecie introdotta dal *nam*: la costituzione imperiale, nei casi di testamento falso e inofficioso, avrebbe concesso in via utile un'azione ad *ei, secundum quem de hereditate iudicatum est*, ovvero a chi risultasse vittorioso nel processo criminale di falso o nella *querela inofficiosi testamenti*.

Tuttavia una simile lettura del testo non sembra assolutamente condivisibile. E' vero che la forma passiva *repetetur* crea problemi di interpretazione e, precisamente, induce a domandarsi se Ulpiano parlasse di due distinte azioni o se, invece, il soggetto logico del verbo fosse, anche nella prima parte della frase, l'erede vincitore della lite in cui veniva dichiarato invalido o falso il testamento. Ma ciò non costituisce un argomento probante del fatto che si trattasse di due rimedi processuali distinti. Soprattutto, poi, rimarrebbe da spiegare per quale ragione Ulpiano, ignorando totalmente la *regula* del *ius civile*, avrebbe ammesso, in tutta una serie di casi di inefficacia del testamento, l'esperibilità della *condictio* per ripetere i legati.

A mio avviso, che il giurista si riferisse ad un'unica azione, sembra la sola interpretazione verosimile. In effetti, il passo *de quo* risulta spiegabile se si pensa che Ulpiano si sia trovato a generalizzare la soluzione adrianea che si riferiva solo al testamento falso e inofficioso. E', del resto, ben noto che, sebbene l'efficacia normativa di una risposta scritta del *princeps* fosse generalmente circoscritta al caso concreto a cui il rescritto

⁴³ In tale senso VALIÑO, *Actiones utiles* cit. 198.

si riferiva, tuttavia l'autorità della stessa fonte legislativa faceva sì che la scelta normativa in essa contenuta fosse applicata per mano dei giuristi anche a casi identici o analoghi⁴⁴. Ulpiano avrebbe così esteso il contenuto del rescritto imperiale a casi simili, che la costituzione in origine non prevedeva; lo avrebbe fatto per sua iniziativa o, forse, anche⁴⁵ sollecitato da soluzioni che erano state ufficializzate in altre costituzioni imperiali o avevano già trovato applicazione nella prassi per opera della giurisprudenza. In altri termini, secondo il giurista severiano, sarebbe stato plausibile consentire all'erede effettivo di pretendere la ripetizione in casi diversi da quelli della falsità e dell'"inofficiosità", in cui il testamento si rivelasse parimenti inefficace. In seguito all'esito vittorioso della lite, in sostanza, l'erede effettivo avrebbe potuto agire in via utile per la ripetizione dei legati, anche se il testamento fosse stato *irritum* o *raptum* o fossero stati scoperti debiti a carico dell'eredità o codicilli occulti.

3. Il passo successivo della "Katene der Fragmente", inserita nel titolo 12.6, è di Papiniano:

D. 12.6.3 (Pap. 28 *quaest.*): *Idem est et si solutis legatis nova et inopinata causa hereditatem abstulit, veluti nato postumo, quem heres in utero fuisse ignorabat, vel etiam ab hostibus reverso filio, quem pater obisse falso praesumpserat: nam utiles actiones postumo vel filio, qui hereditatem evicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, imperator Titus Antoninus rescripsit, scilicet quod bonae fidei possessor in quantum locupletior factus est tenetur nec periculum huiusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinebit.*

⁴⁴ Cfr., per tutti, MANTOVANI, *Il diritto da Augusto al Theodosianus*, in Aa.Vv., *Introduzione alla storia di Roma* (Milano 1999) 487.

⁴⁵ Sul punto e, in particolare, sulla fattispecie del testamento *raptum* prevista in un diverso rescritto dello stesso Adriano, cfr. *infra*, § 4.

Si dava il caso che, per una ragione sopravvenuta e inaspettata, all'erede fosse sottratta l'eredità (*nova et inopinata causa hereditatem abstulit*).

Due potevano essere gli esempi di *nova et inopinata causa*. Il primo era quello della nascita di un postumo, di cui l'erede non sapeva (*nato postumo, quem heres in utero fuisse ignorabat*) e che, secondo il principio *conceptus pro iam nato habetur*, partecipava alla delazione ereditaria.

Il secondo era quello del ritorno di un figlio, che il padre credeva morto, quando era caduto in prigionia del nemico (*ab hostibus reverso filio, quem pater obisse falso praesumpserat*), e che, in virtù del *ius postliminii*, ridiventava libero, venendo reintegrato nella titolarità dei propri diritti come se non li avesse mai persi e riottenendo, quindi, la *testamenti factio* passiva.

In entrambi gli esempi prospettati si profilava la questione di dare una disciplina al caso *de quo*. L'imperatore stabilì di concedere sia al postumo che al figlio ritornato un'azione utile per ripetere i legati (*utiles actiones postumo vel filio, qui hereditatem evicerat*). Infatti – come nei casi precedenti⁴⁶ – l'erede apparente aveva pagato i legati *per damnationem*, cui la *condictio indebiti* era inapplicabile. L'azione utile, concessa agli eredi effettivi, consentiva, invece, loro di ricostituire l'equilibrio patrimoniale rotto in conseguenza dell'adempimento della volontà testamentaria.

Peraltro, le due fattispecie papiniane sembrano – sotto un particolare profilo⁴⁷ – alquanto eterogenee tra loro. Da un lato, nella delazione testamentaria la possibilità di istituire erede un postumo era connessa con la necessità di evitare la nullità del testamento che conseguiva alla nascita di un figlio dopo la morte del *de cuius*⁴⁸. Perciò, giacché il testamento risultava *ruptum fin*

⁴⁶ Cfr. *supra*, § precedente.

⁴⁷ Si tratta di un aspetto, cui la letteratura non sembra avere prestato particolare attenzione.

⁴⁸ E' comunque da tenere presente che, col passare del tempo, la

dal momento della nascita di quello, al nuovo nato spettava direttamente l'azione per ripetere i legati indebiti, senza che lo stesso fosse tenuto ad agire per vedersi riconosciuta la qualità di erede.

Dall'altro lato, il figlio *reversus ab hostibus*, per essere legittimato all'*actio utilis*, doveva avere prima rivendicato la sua qualità di erede, sperando l'*hereditatis petitio* e risultandone vincitore (*qui hereditatem evicerat*). Sembra, quindi, evidente che l'inciso *qui ... evicerat* sia da intendere riferito solo al figlio-prigioniero di guerra e non già al figlio-postumo.

Ora, in relazione a D. 12.6.3, si è sostenuto che l'esperimento dell'azione utile dipendesse dal fatto che qui a ripetere fosse un terzo e non il *solvens*⁴⁹. Così interpretando il testo, l'azione utile *de qua* si sarebbe presentata come una formula con trasposizione di soggetti, in cui era l'erede apparente ad essere considerato nell'*intentio*, ma sarebbe stato l'erede effettivo colui per il quale il giudice avrebbe pronunciato l'assoluzione o la condanna.

Tuttavia, anche sulla base di quanto è emerso dall'analisi di D. 12.6.2.1 e di D. 5.2.8.16⁵⁰, mi pare più plausibile credere

giurisprudenza arrivò a ritenere il testamento *ruptum* anche in seguito alla nascita del figlio dopo la confezione del testamento, ma durante la vita dell'ereditando.

⁴⁹ Così DONATUTI, *Le causae* cit. 118 che parla espressamente – a mio parere, a torto – di formula con trasposizione di soggetti. L'idea per cui la concessione dell'azione dipendesse anche dal fatto che a ripetere fosse un terzo è ripresa da SANTORO, *Studi* cit. 440 nt. 55 che, peraltro, accenna solo rapidamente alla questione. Ravvisa la "funcion de traslado" nell'azione utile di questo passo, come in quella di tutti gli altri testi di questo gruppo di frammenti, considerandoli "una anticipación de la política de Antonino Pío de conceder acciones útiles a los cesionarios de créditos", VALIÑO, *Actiones utiles* cit. 197 ss.; analogamente parla di "*condictio, zweifach modifiziert*" con riferimento a tutti i passi qui considerati, MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit. 312, lasciando intendere che si trattasse di trasposizione di soggetti, ma senza approfondire quale sarebbe stata l'accezione da dare alla qualifica *utilis* per l'altra delle due "Abwandlungen".

⁵⁰ Cfr. *supra*, § precedente.

che, in D. 12.6.3, la forma utile dell'azione servisse solo a ripetere i legati, che l'erede non poteva *condicere*. Infatti, il fatto che fosse tutelato un *alius* rispetto all'autore del pagamento mi sembrerebbe risultare piuttosto l'effetto della concessione dell'azione che non, invece, la causa della stessa. In altri termini le cancellerie imperiali, prevedendo un rimedio processuale che consentisse di ripetere i legati, avrebbero creato, sul modello della *condictio indebiti*, una figura nuova e, nel momento in cui ammisero questa diversa forma di tutela, ritennero opportuno ed equo tutelare l'*alius*, ovvero il soggetto effettivamente depauperato, anziché il datore dei legati. A favore di quest'interpretazione depone, del resto, anche il contenuto di D. 5.2.8.16, in cui Ulpiano, nell'ipotesi in cui la *solutio legati* fosse avvenuta *post controversiam motam*, denominava come azione utile anche lo strumento processuale concesso all'autore del pagamento. Ne deriva che, come in D. 5.2.8.16, così verosimilmente anche in D. 12.6.3, il rimedio non avrebbe potuto consistere in una formula con trasposizione di soggetti, essendo, invece, da inquadrarsi come una di quelle azioni concesse su modello di un'azione edittale, ma al di fuori dei presupposti necessari per quest'ultima⁵¹.

Tornando all'esegesi del testo papiniano, alla fine di esso — con la frase *scilicet ... pertinebit*⁵² — il giurista precisava

⁵¹ Sul punto v. *infra*, § 6.

⁵² Della genuinità della frase finale *scilicet ... pertinebit* ha dubitato, oltre a LENEL, *Palingenesia* I cit. § 342, 871, gran parte della letteratura giusromanistica che si è occupata del frammento papiniano, tra l'altro senza mai completamente risolverne l'esegesi: SEGRÈ, *Il conflitto tra la trasmissione ereditaria e la sostituzione volgare nel diritto romano*, in *Scritti giuridici* 2 (Roma 1938) 458; MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit. 147 nt. 68, per il quale anche l'esordio *idem est et, l'inciso quem ... ignorabat* e quello *quem ... presumpserat* sarebbero superflui (nel senso della non genuinità dei due incisi che addirittura "offendono la logica" si veda, in particolare, SOLAZZI, *L'errore* cit. 103, 109, che, peraltro, sembra avere una peculiare interpretazione di tutto il gruppo di frammenti, D. 12.6.2.1-5, in quanto ritiene tranquillamente esperibile la *condictio* per ripetere il legato per *damnationem* totalmente indebita; sospetta dei due incisi di D. 12.6.2.1 anche

quale fosse la posizione dell'erede putativo. In primo luogo era necessario tenere conto della sua condizione patrimoniale. Poteva, infatti, essere accaduto che il possesso dei beni ereditari avesse determinato per lui un arricchimento; in tale caso egli, se fosse stato in buona fede, sarebbe stato tenuto nei limiti del suo aumento patrimoniale (*bonae fidei possessor in quantum locupletior factus est tenetur*). Un'altra precisazione riguardava, poi, l'onere dello stesso erede apparente di agire nei confronti dei legatari. Egli aveva pagato a questi ultimi senza colpa; tuttavia, pur essendo il *solvens*, non avrebbe dovuto farsi carico di chiedere loro la ripetizione di quanto in precedenza versato (*nec periculum huiusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinebit*).

Queste due proposizioni conclusive contribuiscono ulteriormente a chiarire la soluzione del caso considerato. A mio parere, infatti, tali frasi farebbero riferimento ai due differenti rapporti di cui l'erede apparente era parte, nell'ambito di una relazione trilaterale intercorrente tra erede apparente, erede effettivo e legatari.

Da un lato, nei confronti dell'erede effettivo, l'erede apparente in buona fede era chiamato a rispondere solo nei limiti dell'arricchimento percepito in seguito al possesso dei *bona hereditaria*. Ne derivava che tale soggetto sarebbe stato tenuto a trasferire al vero erede e, quindi, al postumo o, in seguito

VOCI, *In tema di errore* cit. 86, 95 e ID., *Diritto ereditario* 2 cit., 689); del finale ritiene spuri solo il *scilicet ... tenetur* e il *sine culpa*, VALIÑO, *Actiones utiles* cit. 198. A favore della genuinità della parte finale di D. 12.6.3, gioca, a mio parere, non solo il senso compiuto che è da attribuire alla frase, ma anche il raffronto tra D. 12.6.3 e D. 29.1.36.2 (Pap. 6 *resp.*), in cui lo stesso giurista considerava la posizione del *bonae fidei possessor* (su quest'ultimo passo si veda *infra* nel testo). Menzionano fuggevolmente il passo anche EHRHARDT, *Iusta causa traditionis und iusta causa usucapionis* (Berlin-Leipzig 1930) 23; KOSCHEMBAR-LYSKOWSKI, *Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht* 2 (Weimar 1907) 121 s.; EISELE, *Exegetica* cit. 36; DULCKEIT, *Voluntas* cit. 320 nt. 28; SCHWARZ, *Die Funktion des Irrtums* cit. 271 e ID., *Die Grundlage* cit. 264 nt. 52, nonché NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht* (Weimar 1953) 173.

all'esperimento del giudizio ereditario, al figlio *reversus ab hostibus*, tutto il patrimonio ereditario, comprensivo dei vantaggi patrimoniali nel frattempo derivati, ma – come si arguisce *a contrario* – proprio in quanto in buona fede, lo stesso erede non avrebbe dovuto rispondere di quanto dell'*hereditas* non fosse riuscito a conservare.

Al rapporto tra l'erede apparente e i legatari, invece, farebbe riferimento la seconda frase *nec ... periculum pertinebit*. Il giurista qui specificava, infatti, che non sarebbe stato opportuno concedere l'azione all'autore del pagamento, il quale corrispose i legati *sine culpa*, ignorando le circostanze che lo avrebbero privato dell'eredità. Con la parte finale del passo, insomma, Papiniano poneva in rilievo il fondamento equitativo dell'azione concessa: non conveniva cioè fare gravare l'onere della ripetizione su chi non era più il titolare dei beni ereditari.

Che Papiniano risultasse molto attento a considerare la posizione dell'erede apparente e, quindi, più in generale, a valutare comparativamente le singole situazioni soggettive delle parti in causa, riceve conferma da un altro suo passo pervenutoci⁵³, appartenente ai *Responsa* e collocato dai compilatori del Digesto nel titolo *De testamento militis*:

D. 29.1.36.2 (Pap. 6 resp.): *Miles in supremis ordinandis ignarus uxorem esse praegnatam ventris non habuit mentionem. post mortem patris filia nata ruptum esse testamentum apparuit neque legata deberi. si qua vero medio tempore scriptus heres legata solvisset, utilibus actionibus filiae datis ob improvisum casum esse revocanda nec institutum, cum bonae fidei possessor fuerit, quod inde servari non potuisset, praestare*⁵⁴.

⁵³ Che questo passo presenti un collegamento con D. 12.6.3 è posto in rilievo già da LENEL, *Palingenesia* 1 cit. § 539, 905 nt. 1.

⁵⁴ Si limitano a citare il passo, insieme al gruppo di frammenti oggetto di quest'indagine, DONATUTI, *Le causae* cit. 118; VOCI, *Diritto ereditario* 2 cit. 689; VALIÑO, *Actiones utiles* cit. 200 ss. e MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit. 310 s.

In questa curiosa fattispecie probabilmente realmente verificatasi, come si presume per la maggior parte dei *problémata* contenuti nel genere letterario dei *Responsa*⁵⁵, con riferimento alla morte di un soldato ignaro dello stato interessante della moglie, il pagamento di legati è reso indebito dalla nascita della *filia* che rendeva il testamento *ruptum*. Papiniano, estendendo verosimilmente la soluzione del rescritto di D. 12.6.3 a questo caso concreto, riteneva che dovesse essere la *filia* stessa, e non l'erede apparente, chi avrebbe potuto agire per la restituzione (*utilibus actionibus filiae datis*). L'erede apparente, per parte sua, in quanto *bonae fidei possessor*, non sarebbe stato responsabile nei confronti dell'erede effettivo in ordine a quanto fosse, nel frattempo, andato perso (*nec institutum, cum bonae fidei possessor fuerit, quod inde servari non potuisset, praestare*), nel medesimo modo in cui il *bonae fidei possessor* di D. 12.6.3 sarebbe stato tenuto solo *in quantum locupletior*.

Invero, in D. 29.1.36.2, Papiniano parlava genericamente di *legata ... revocanda* e non può negarsi che l'espressione potrebbe anche intendersi come riferita a legati ad effetti reali⁵⁶. Ma ad escludere tale ipotesi, che renderebbe il passo estraneo all'oggetto di quest'indagine, si pongono, a mio parere, due elementi: non solo il fatto che il verbo *revocare* è spesso attestato nelle fonti con il significato di *repetere*⁵⁷, ma anche l'uso nel testo dell'espressione *legata deberi* sottintende un legato ad effetti obbligatori, così come la presenza di *legata solvisset* radicalmente esclude l'ipotesi del legato *sinendi modo*. Sembra, però, più che plausibile che oggetto del pagamento *de quo* fossero legati *per damnationem*.

Tornando a D. 12.6.3, presenta rilievo un aspetto

⁵⁵ Cfr., per tutti, SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, [tr.it.Nocera] (Firenze 1968) 424 ss.

⁵⁶ Sulla questione si veda già *supra*, nt. 27.

⁵⁷ Cfr. VIR, 5, § II.c, 204 s., lin. 52 ss.

significativo, utile per il raffronto tra questo rescritto e quelli riportati nei passi contigui del Digesto, ovvero D. 12.6.2.1 e D. 12.6.4 (Paul. 3 *ad Sab.*)⁵⁸: chi fu l'imperatore che concedette il rescritto? La critica romanistica ha inteso l'espressione *imperator Titus Antoninus*, riferita ora a Tito⁵⁹, ora ad Antonino Pio⁶⁰, ora a Commodo⁶¹. Sebbene il nome *Titus* faccia pensare, in un primo momento, all'imperatore della dinastia flavia, nelle epigrafi non risulta che questi fosse stato denominato *Antoninus*⁶². Pertanto l'ipotesi più plausibile rimane quella per cui Papiniano si riferisse ad un rescritto di Antonino Pio. L'argomento decisivo è dato proprio dalle testimonianze epigrafiche: *Imp. Caesar T. Aelius Hadrianus Antoninus Augustus Pius*⁶³ è la più completa titolatura imperiale di Antonino Pio, nella quale – come si vede – è presente anche l'abbreviazione di *Titus*. Del resto tale interpretazione si concilia perfettamente con il contenuto dei passi finora considerati della "Katene der Fragmente", in cui il riferimento era a rescritti o di Adriano o di Antonino Pio.

Un altro profilo merita di essere considerato e cioè quello relativo alla collocazione palinogenetica di D. 12.6.3. Infatti il frammento viene posto da Lenel sotto la rubrica "*Evicta hereditate legata reddi*"⁶⁴. Ma così stando le cose in relazione all'azione esperibile nel caso di specie, viene da chiedersi se in luogo di un'azione utile concessa sul modello della *condictio indebiti*, come risulterebbe da quanto detto finora, Papiniano

⁵⁸ Cfr. *supra*, § 2 e *infra*, § seguente.

⁵⁹ In tale senso SANFILIPPO, *Condictio* cit. 93.

⁶⁰ Così PALAZZOLO, *Potere imperiale* cit. 119 e anche MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit. 192.

⁶¹ Si veda DONATUTI, *Le causae* cit. 118.

⁶² Cfr., per esempio, PASSERINI, *Linee di storia romana in età imperiale* cur. Criniti (Milano 1989) 644, il quale riporta: *Imp. T(itus) (Caesar) Vespasianus Augustus* ovvero *Imp. T(itus) Vespasianus Caesar Augustus*.

⁶³ PASSERINI, *Linee di storia* cit. 646; si vedano anche VON ROHDEN, sv. *Aurelius*, in *PW*. I.2 (1896) § 138, 2495; KIENAST, *Römische Kaisertabelle* (Darmstadt, 1990) 134 ss.

⁶⁴ LENEL, *Palinogenesia* 1 cit. § 342, 871.

non avesse inteso, invece, parlare di un'*actio ex stipulatu*, che sarebbe stata applicabile in seguito all'intervento della *cautio evicta hereditate legata reddi*. Sarebbe, in tale caso, da attribuire ai compilatori l'errore di collocazione del passo nel titolo 12.6, *De condictione indebiti*.

Due ordini di motivi sembrano, tuttavia, osteggiare questa interpretazione.

In primo luogo, sembrerebbe logico pensare che la prestazione di una *cautio* fosse di regola richiesta da chi scrupolosamente temeva che si potesse verificare qualcosa in grado di rendere i legati non dovuti⁶⁵. Invece, Papiniano, delineando una situazione sostanzialmente antitetica ad un caso prevedibile, parlava di *nova et inopinata causa*, che si concretava nell'improvvisa sopravvenienza del postumo e del figlio *reversus ab hostibus*.

In secondo luogo, non pare possibile trovare nel testo alcun riferimento espresso ad una *cautio* prestata dal legatario. Chi volesse sostenere il contrario dovrebbe non solo ipotizzare che il giurista lo desse per sottointeso⁶⁶, ma anche credere che l'*actio ex stipulatu* sarebbe spettata – in seguito alla prestazione della *cautio* da parte del legatario – in via utile non all'erede apparente che era colui che l'aveva richiesta, ma ad un terzo, che non aveva preso parte alla *stipulatio*, ovvero al vincitore della lite ereditaria che si trovava ad essere titolare dei beni.

Ora, è vero che nel libro ventottesimo delle *Quaestiones* di Papiniano la maggioranza dei passi è in materia di *cautiones*. Tuttavia, ciò non basta a convincere del fatto che, nella fattispecie descritta, la ripetibilità dei legati dipendesse dalla prestazione di una *cautio*.

Pertanto, se queste osservazioni appaiono condivisibili, pur nella piena consapevolezza di proporre solo un'ipotesi

⁶⁵ Cfr. *supra*, § 1.

⁶⁶ Risulta che, in relazione a questo profilo, la critica interpolazionistica non abbia avanzato dubbi sulla genuinità del passo: cfr. *Index Interpolationum* 1, 181.

congetturale, sembra possibile suggerire una correzione della collocazione leneliana del frammento. E' ben vero che sarebbe possibile lasciare la questione nel dubbio, ponendo, nella ricostruzione palinogenetica, dei punti interrogativi prima del passo, come già Lenel fece per un altro passo del libro ventottesimo della *Quaestiones papiniane*⁶⁷, rinunciando così all'individuazione di una rubrica più precisa, ma si può forse avanzare — sempre con la cautela che deve costantemente guidare integrazioni di questo tipo — anche una diversa ipotesi. Non sfugge che, nelle *Quaestiones* di Papiniano, il libro diciottesimo parla *ex professo* di legati⁶⁸. Si potrebbe, allora, congetturare che l'esatta indicazione dell'*inscriptio* di D. 12.6.3 nella compilazione, anziché *Papinianus libro vicensimo octavo quaestionum*, fosse magari *Papinianus libro octavo decimo quaestionum*. Sebbene tale supposizione non possa fondarsi su elementi concreti, l'ipotesi di un simile errore dell'amanuense sarebbe, però, in grado di dare una spiegazione del passo forse più coerente non solo con il testo papiniano pervenutoci, ma anche con la "Katene der Fragmente", di cui D. 12.6.3 farebbe parte.

4. Passando ora al successivo frammento, anche Paolo menzionava un breve rescritto che, come nel caso di D. 12.6.2.1, era dell'imperatore Adriano:

D. 12.6.4 (Paul. 3 *ad Sab.*): *Idem divus Hadrianus rescripsit et si aliud testamentum proferatur.*

Il testo presenta il caso in cui fosse esibito un nuovo testamento che rendeva inefficace quello precedente (*si aliud testamentum proferatur*), un'ipotesi questa di *testamentum*

⁶⁷ Cfr. LENEL, *Palingenesia* 1 cit. § 350, 874 a proposito di D. 22.1.5: *Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur.*

⁶⁸ LENEL, *Palingenesia* 1 cit. §§ 226 ss., 849 ss.

ruptum.

La breve testimonianza pone fundamentalmente la questione di quale fosse il suo termine di riferimento⁶⁹. Si potrebbe, in un primo momento, credere che il frammento richiamasse il rescritto riportato nell'immediatamente precedente fr. 3 (Pap. 28 *quaest.*). Ma essendo la *constitutio* in esso contenuta di Antonino Pio⁷⁰, ciò comporterebbe paradossalmente che l'imperatore Adriano, disciplinando il caso del *testamentum ruptum*, si sarebbe richiamato ad un rescritto che il suo figlio adottivo non aveva ancora emanato⁷¹.

Rimane, a questo punto, da supporre che con il provvedimento *de quo* Adriano abbia ampliato l'ambito applicativo di una *constitutio* da lui stesso emanata in precedenza. E' da ritenersi, allora, che il rescritto riportato nel fr. 4 avrebbe fatto riferimento a quello del fr. 2.1, in cui, come si è visto⁷², veniva concessa un'*actio utilis*, per la ripetizione dei legati pagati indebitamente, *ei, secundum quem de hereditate iudicatum est.*

La ricostruzione palinogenetica conforta quest'interpretazione⁷³. Infatti Lenel colloca il passo sotto la rubrica "*De legatis indebite solutis*", facendolo precedere in

⁶⁹ Per la sua concisione il passo non ha potuto essere oggetto dei "tagli" della critica interpolazionistica; ma si sono occupati del testo nell'ambito dello studio del gruppo di frammenti D. 12.6.2.1-5, peraltro senza troppo porsi il problema di quale fosse la testimonianza a cui esso si riferisse, VOCI, *In tema di errore* cit. 95 ss.; DONATUTI, *Le causae* cit. 117; SOLAZZI, *L'errore* cit. 110; BONIFACIO, *Ricerche* cit. 66 nt. 7; DULCKEIT, *Voluntas* cit. 320 nt. 28 e 322 nt. 31; SCHWARZ, *Die Funktion des Irrtums* cit. 271; ID., *Die Grundlage* cit. 264 nt. 52; VOCI, *Diritto ereditario* 2 cit. 689; VALIÑO, *Actiones utiles* cit. 199 e MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit. 192, 310.

⁷⁰ Sui dubbi relativi all'attribuibilità di questo rescritto cfr. *supra*, § precedente.

⁷¹ VALIÑO, *Actiones utiles* cit. 199 sostiene che il riferimento del passo del fr. 4 sarebbe a quello del § 2,6, che, però, non esiste; probabilmente l'autore intendeva il § 2,1.

⁷² Cfr. *supra*, § 2.

⁷³ LENEL, *Palingenesia* 1 cit. § 1642, 1256.

corsivo e tra parentesi quadre da quella seconda parte del testo ulpiano del § 2.1 che citava il rescritto di Adriano (*Divus Hadrianus circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est*). Tra l'altro la ricostruzione leneliana non solo riporta accanto al passo del fr. 4 il testo del primo rescritto di Adriano, ma aggiunge una breve frase che, nel passo ulpiano, invece manca, seppure sia facile arguirla dal contesto: *adversus eos, qui legata percepissent*. L'integrazione è, peraltro, facilmente spiegabile: senza la menzione dei legatari, quali legittimati passivi all'azione, sarebbe stato assai arduo capire il perché dell'inserimento del fr. 4 sotto la rubrica "*De legatis indebite solutis*"; infatti sia il primo rescritto di Adriano, così come citato da Ulpiano nella seconda parte del § 2.1, sia il secondo, così come citato da Paolo, sembrano sottintendere che il caso da risolvere riguardasse un pagamento indebito di legati.

Ora, non sfugge che la testimonianza del § 2.1 si riferisse già alla fattispecie del *testamentum ruptum*. Ma allora in che cosa sarebbe consistita la novità del rescritto adrianeo riferito da Paolo? In realtà, alla luce di quanto si è già cercato di sostenere, nel § 2.1 sarebbe stato Ulpiano ad estendere il contenuto del provvedimento imperiale anche a casi analoghi che esso inizialmente non considerava. Ne consegue che nulla impedisce di ritenere che Adriano avesse emanato due rescritti in due momenti diversi, entrambi concedenti una forma utile della *condictio* finalizzata alla ripetizione dei legati. Risulterebbe così, infatti, verosimile che inizialmente ad Adriano fossero stati sottoposti un caso di *testamentum inofficiosum* e uno di *testamentum falsum*, che egli risolse prevedendo a favore dell'erede effettivo un'azione utile su modello della *condictio indebiti*. Successivamente, però, gli furono sottoposte anche una o più fattispecie analoghe, ma che riguardavano, anziché un testamento inofficioso o falso, l'ipotesi della *solutio* di legati previsti in un testamento reso inefficace dalla esibizione di un altro. La diagnosi e la comparazione dei giuristi facenti parte

della cancelleria fra il caso già deciso e il caso da risolvere fece sancire autorevolmente la medesima soluzione già stabilita per un caso analogo, eliminando, così, ogni possibile dubbio interpretativo sul punto. Il caso fu, infatti, risolto nello stesso modo del precedente: anche in caso di scoperta di un nuovo testamento, i legati che fossero stati pagati prima di tale ritrovamento, potevano essere ripetuti. Inoltre, nonostante il punto non sia specificato, sembra desumibile dall'uso del pronome *idem*, oltre che dal confronto con § 2.1, che, anche in questo secondo rescritto, Adriano concedesse l'azione non all'erede putativo e, quindi, a colui che era stato designato tale nel primo testamento, bensì all'erede effettivo e, quindi, a colui che era chiamato a succedere nelle *tabulae* successivamente esibite.

In definitiva, i compilatori, senza molto preoccuparsi delle diverse provenienze dei rescritti da citare (quello del § 2.1, del fr. 3, del fr. 4) – tutti, del resto, di età antonina – nel collocarli nel Digesto prestarono attenzione soprattutto al fatto che la disciplina di tutti e tre fosse la medesima. Con ciò troverebbe, quindi, spiegazione la collocazione del secondo rescritto adrianeo (fr. 4) dopo quello di Antonino Pio (fr. 3), con l'*idem* iniziale che, a torto, parrebbe riferirsi nel Digesto alla *constitutio* del successore di Adriano.

5. I compilatori collocarono nel titolo 12.6 anche un altro passo, tratto – come il § 2.1⁷⁴, che nella ricostruzione palinogenetica immediatamente lo precede⁷⁵ – dal sedicesimo libro del commentario ulpiano *ad Sabinum*:

D. 12.6.5 (Ulp. 16 *ad Sab.*): *Nec novum, ut quod alius solverit alius repetat. nam et cum minor viginti quinque annis inconsulte adita hereditate solutis legatis in integrum restituitur, non ipsi repetitionem competere,*

⁷⁴ Cfr. *supra*, § 2.

⁷⁵ LENEL, *Palinogenesia* 2 cit. § 2545, 1056.

*sed ei, ad quem bona pertinent, Arrio Titiano rescriptum est*⁷⁶.

Il caso descritto è quello di un minore di venticinque anni, il quale, adita avventatamente (*inconsulte*) l'eredità, pagò i legati previsti dal testamento (*adita hereditate solutis legatis*). Sembra probabile – anche se non specificato nel testo – che si trattasse di un'eredità che il minore aveva accettato senza tenere conto delle passività, né di quali sarebbero state le conseguenze

⁷⁶ Il passo viene citato da SANFILIPPO, *Condictio indebiti* cit. 49 per dimostrare l'infondatezza della tesi di PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* 2 (Firenze 1908) 260 s. (opinione opposta rispetto a quella sostenuta dallo stesso autore in *Il contratto consensuale*, in *Studi Schupfer* 1 [Torino 1898] 194 = in *Scritti giuridici* 2 [Milano 1948] 593), secondo il quale l'obbligazione *ex indebiti solutione*, come ogni altra obbligazione, deriverebbe da un atto di parte e non da un fatto, ritenendo implicito che chi pagasse un debito, intendeva che ciò che aveva pagato, gli fosse reso, qualora il debito risultasse inesistente; secondo Sanfilippo, in D. 12.6.5, colui cui spettava la ripetizione era estraneo all'atto del pagamento, per cui il ragionamento di Perozzi cadrebbe; sebbene l'osservazione di Sanfilippo non sembri fondata perché Ulpiano non faceva riferimento ad una *condictio indebiti*, ma – come si è visto – ad un *quid novi* rispetto a questa, su questa discussione dottrina, forse estranea al pensiero dei giuristi romani, non interessa qui soffermarsi. Considera il frammento anche SOLAZZI, *Le condictiones e l'errore*, in *Atti Accademia di Scienze Morali e Politiche* 62 (Napoli 1949), ora in *Scritti di diritto romano (1947-1956)* 5 (Napoli 1972) 22-23 a proposito dell'errore che mancherebbe nella fattispecie descritta; a prescindere dall'ormai condiviso superamento della tesi sull'irrelevanza dell'errore ai fini della esperibilità della *condictio indebiti*, ritengo che D. 12.6.5 non farebbe comunque testo nell'ambito del discorso, perché prevedeva appunto una soluzione delle cancellerie imperiali che si discostava dai casi di applicabilità della *condictio*. Citano rapidamente il passo anche BONIFACIO, *Ricerche* cit. 66 nt. 7; VOCI, *Diritto ereditario* 2 cit. 689; VALIÑO, *Actiones utiles* cit. 200; MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit. 192 nt. 80 e, con riferimento alla *restitutio in integrum* data ai minori di XXV anni, SILVEIRA MARCHI, *Concurso de credores e pactum ut minus solvatur*² (Lecce 1999) 16 nt. 6; su tale testo si veda, in particolare, FARGNOLI, *Alius* cit. 10 ss.

dell'adizione⁷⁷.

Nella fattispecie descritta il minore, prendendo possesso del patrimonio ereditario⁷⁸, poneva in essere un acquisto di eredità invalidabile dal pretore, che, nell'esercizio della sua *iurisdictio*, avrebbe potuto concedere al minore la *restitutio in integrum* per porre nel nulla gli effetti dell'accettazione della delazione ereditaria.

Si profilava, a questo punto, la questione dei legati già pagati. Ora, non sembra potersi dubitare del fatto che qui, come negli altri casi già esaminati⁷⁹, l'azione esperibile dovesse essere un'*actio utilis*. Il dato, sebbene non risulti espressamente dal testo, è desumibile dalla terminologia utilizzata da Ulpiano. Infatti il giurista affermava *non ipsi repetitionem competere*, riferendosi con ciò esplicitamente, considerato l'uso della forma verbale *competere*⁸⁰, ad un rimedio del *ius civile*, di cui negava, però, l'applicabilità. Inoltre dal passo sembrerebbe emergere anche il carattere di novità dell'azione, in quanto è evidente che la concessione di un mezzo processuale derivasse dal disposto del rescripto imperiale diretto ad un certo Arrio Tiziano, sebbene senza la precisazione, tra l'altro, di chi fosse stato l'imperatore concedente. Si deve, allora, con una certa verosimiglianza, ritenere che Ulpiano si riferisse, in questo caso, ad una forma utile della *condictio indebiti*.

Si potrebbe pensare che il carattere pretorio del rimedio avrebbe potuto dipendere proprio dal fatto che esso veniva concesso ad un soggetto diverso dall'autore del pagamento⁸¹. In

⁷⁷ Infatti – come è noto – il pretore accordava la *restitutio in integrum* al minore se il negozio concluso gli avesse recato pregiudizio.

⁷⁸ Nel silenzio è probabile che l'*aditio* fosse avvenuta nella forma della *pro herede gestio*, ma anche in caso di adizione espressa il discorso non cambierebbe.

⁷⁹ Cfr. *supra*, §§ precedenti.

⁸⁰ Sulla terminologia utilizzata con riferimento alle *actiones civiles* e a quelle non *civiles*, si veda, per tutti, MAGDELAIN, *Les actions civiles* (Paris 1954) 5 ss.

⁸¹ Si tratta di una tesi sostenuta in letteratura sia in relazione ad un solo testo

effetti Ulpiano citava il rescritto con le parole *ei, ad quem bona pertinent, Arrio Titiano rescriptum est*, ponendo l'accento sulla legittimazione attiva al rimedio e sarebbe, allora, possibile arguire che si trattasse di una forma utile della *condictio*, creata al solo scopo di attribuire la legittimazione ad agire ad un soggetto diverso dall'autore del pagamento.

Ma una tale interpretazione non sarebbe – a mio avviso – affatto accettabile e condivisibile. Non si può dimenticare l'esistenza, naturalmente ancora in età ulpiana⁸², del principio di irripetibilità dei legati. La spiegazione più ovvia sarebbe, quindi, un'altra e cioè che la forma utile della *condictio* fu elaborata per consentire ciò che in base al *ius civile* non era ammissibile, ovvero la ripetibilità di quanto pagato in adempimento della volontà testamentaria.

Che, poi, la stessa azione competesse ad un soggetto diverso dal *solvens*, fu una conseguenza ulteriore del nuovo rimedio processuale. L'azione, costituendo un *quid novi* rispetto alla *condictio*, nel momento in cui era concessa veniva adattata in modo tale da provvedere ad un equo temperamento degli interessi in gioco: il riconoscimento della meritevolezza di tutela degli interessi di un soggetto diverso da quello che aveva pagato era, quindi, il risultato della valutazione più equa della fattispecie.

Ma chi era tale soggetto? Ulpiano affermava che l'azione sarebbe spettata *ei, ad quem bona pertinent*. Invero diversi sono gli orientamenti fra gli studiosi sul significato da attribuire alla perifrasi ulpiana.

Da taluno la frase è stata intesa nel senso di ritenere attore l'erede legittimo, cioè colui che dopo il minore aveva

della "Katene der Fragmente", ovvero D. 12.6.3 (Pap. 28 *quaest.*) (su cui *supra*, § 3), sia in relazione a tutti i testi della stessa, tra cui rientra anche quello in esame; per quest'ultima opinione si veda VALIÑO, *Actiones utiles* cit. 196 ss.

⁸² Sul punto cfr. *supra*, § 1; si sono, del resto, già visti due testi di Ulpiano in tema di ripetibilità solo in via utile dei legati: D. 12.6.2.1 (Ulp. 16 *ad Sab.*) e D. 5.2.8.16 (Ulp. 14 *ad ed.*), su cui *supra*, § 2.

adito l'eredità⁸³: in tale caso – sempre ammesso che il minore fosse l'erede testamentario⁸⁴ – legittimato ad agire sarebbe risultato il nuovo erede *ab intestato*.

Tuttavia il minore, pur beneficiando della *restitutio in integrum*, rimaneva comunque l'erede *ex iure civili*, per cui mi sembra da escludere che la stessa *restitutio in integrum* determinasse una nuova delazione dell'*hereditas*. Piuttosto bisognerebbe ammettere che il pretore si trovò a concedere all'interessato richiedente la *bonorum possessio*⁸⁵.

Secondo altri si potrebbe, allora, credere che il giurista avesse appositamente fatto uso di una locuzione dall'esteso significato, volendo con essa ricomprendere diverse ipotesi prospettabili⁸⁶. La perifrasi *ei, ad quem bona pertinent*, non potendosi riferire ad un *heres* civile alla luce di quanto detto, avrebbe però potuto prevedere elasticamente che legittimato attivo fosse il *bonorum possessor* o il *bonorum emptor*, a seconda se vi fosse stata l'*agnitio bonorum possessionis* o l'eredità fosse stata venduta ai fini del soddisfacimento dei creditori.

Però, che la perifrasi ulpiana non sia da intendersi in senso lato, può desumersi da una semplice osservazione. La questione proposta nel passo risulta testimoniata da un rescritto

⁸³ Così PERNICE, *M. Antistius Labeo* 3.1 cit. 240 nt. 7.

⁸⁴ Sembra doversi escludere che *is, ad quem bona pertinent* fosse il sostituto testamentario, seppure la *substitutio vulgaris* pare essere stata una prassi assai diffusa, anche in pluralità di gradi (cfr., per tutti, NEGRI, sv. *Sostituzione. Diritto romano*, in *ED.* 43 [1990] 12): infatti se il soggetto menzionato da Ulpiano fosse stato effettivamente il secondo chiamato, per il caso che il primo non volesse o non potesse accettare la vocazione, non si sarebbe potuto parlare di ripetizione di legati, che, alla luce del medesimo testamento, anche per il nuovo chiamato sarebbero rimasti i medesimi a favore dei medesimi legatari.

⁸⁵ In tale senso SOLAZZI, *Le conditiones* cit. 23, che, però, dopo avere delineato come possibile l'ipotesi che il legittimato attivo potesse essere un *bonorum possessor*, la esclude.

⁸⁶ GLÜCK, *Commentario alle Pandette* 12 [tr.it. Bertolini-di Marzo] (Milano 1905) § 827, 589 parla genericamente di colui a cui l'eredità apparteneva.

e, in quanto tale, suscitata da una fattispecie ben precisa. Ne deriva che credere che l'espressione sia da interpretare come comprensiva di ipotesi distinte, implicherebbe presupporre che il giurista avesse compiuto qui una generalizzazione. Ma ciò non sembra verosimile, visto che l'unica generalizzazione ammessa da Ulpiano pare, al limite, quella di riconoscere la possibile separazione tra il soggetto *solvens* e il soggetto ammesso alla ripetizione.

Un altro argomento sembra, inoltre, fare propendere per una lettura più restrittiva della locuzione e riferita al solo *bonorum emptor*⁸⁷. Se, infatti, si congetturasse che il soggetto in questione era un *bonorum possessor*, rimarrebbe da chiarire per quale ragione tale soggetto aveva avuto interesse a richiedere al pretore di essere immesso in un patrimonio ereditario, in cui prevalevano le passività.

Si tratta, a questo punto, di capire la ragione dell'esclusione della legittimazione a *condicere* del minore (*non ipsi repetitionem competere*). Tale soluzione si sarebbe rivelata in teoria la più naturale, dato che il minore era il *solvens*. Tuttavia, se il minore avesse ripetuto i legati, avrebbe riottenuto ciò che *ex re hereditaria* aveva dato ai legatari, ma, in seguito, avrebbe dovuto corrispondere gli importi recuperati al *bonorum emptor*, che dei *bona* ereditari era divenuto titolare. In effetti colui che aveva subito una diminuzione economica in seguito al pagamento non era certamente il *solvens*, cioè il minore che aveva ottenuto la *restitutio in integrum*. Con la legittimazione attiva del *bonorum emptor*, insomma, la cancelleria imperiale tutelava direttamente colui che, in seguito alla *solutio indebiti*, aveva subito in concreto il depauperamento patrimoniale⁸⁸.

Il fatto che il minore rimanesse fuori dalla scena risulterebbe confermato in un altro passo dello stesso Ulpiano – tratto questa volta dal commentario *ad edictum* – che sembra

⁸⁷ Così anche SOLAZZI, *Le condictiones* cit. *ibidem*; DONATUTI, *Le causae* cit. 117.

⁸⁸ In questo senso DONATUTI, *Le causae* cit. 162.

prevedere una fattispecie molto simile a quella della testimonianza in esame:

D. 4.4.22 (Ulp. 11 *ad ed.*): *In integrum vero restitutione postulata adversus aditionem a minore factam, si quid legatis expensum est, vel pretia eorum qui ad libertatem aditione eius pervenerunt, a minore refundenda non sunt. quemadmodum per contrarium cum minor restituitur ad adeundam hereditatem, quae antea gesta erant per curatorem bonorum decreto praetoris ad distrahenda bona secundum iuris formam constitutum, rata esse habenda Calpurnio Flacco Severus et Antoninus rescripserunt*⁸⁹.

Indipendentemente dalla seconda fattispecie descritta, relativa ad un'ipotesi che è ultronea rispetto ai fini di questa ricerca, nella prima parte del testo il giurista severiano prevedeva, come in D. 12.6.5, il caso del minore che, dopo avere adito l'eredità, otteneva una *restitutio in integrum* dal pretore. Anche qui si poneva il problema dei legati eventualmente già pagati (*quid legatis expensum est*), ma, oltre a ciò, anche quello del risarcimento dell'equivalente degli schiavi manomessi sulla base della volontà testamentaria (*pretia eorum qui ad libertatem aditione eius pervenerunt*). Tuttavia qui Ulpiano non faceva parola di azione esperibile dall'erede effettivo contro i legatari, ma concentrava l'attenzione esclusivamente sulla situazione del

⁸⁹ Cfr. LENEL, *Palingenesia* 2 cit. § 410, 477, collocando il passo sotto la rubrica "*De minoribus XXV annis*". Considerano rapidamente la testimonianza SOLAZZI, *La rinuncia all'eredità e P. Col., 123 XII*, in *Arch. Giur.* 150 (1956) 5; VOCI, *Diritto ereditario* 2 cit. 668 nt. 2; KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht* (Berlin-New York 1974) 88, 99 nt. 171; CORIAT, *Le Prince* cit. 538, citando la testimonianza tra quelle, in cui l'imperatore elaborava una soluzione che si ispirava ad un principio morale e sociale e, in particolare, in questo caso, "la solutione juste *secundum iuris formam*" e SILVEIRA MARCHI, *Concurso* cit. 16 nt. 6.

minore, di cui escludeva ogni responsabilità in relazione a quanto effettuato per adempiere alla volontà del *de cuius* (*a minore refundenda non sunt*).

Quanto sommessamente si vuole qui porre in evidenza è che dal confronto tra i due testi sembrerebbe che la fattispecie analizzata sia la medesima, ma vista in una prospettiva differente. Il giurista, in sostanza, sembrerebbe avere preso in considerazione il menzionato rescritto da due diversi punti di vista: nel commentario *ad edictum* escludendo qualsiasi responsabilità del minore nei confronti del *bonorum emptor*, mentre nel commentario *ad Sabinum* considerando il fatto che ad agire contro i legatari fosse il *bonorum emptor* e non il minore-*solvens*. In questa luce non stupisce, quindi, che il passo di D. 12.6.5 esordisca con *Nec novum, ut quod alius solverit alius repetat*, poiché con ciò Ulpiano poneva l'accento non tanto sul carattere utile dell'azione, ma sul soggetto a cui la stessa spettava, mettendo a fuoco, quindi, la questione della legittimazione attiva al mezzo processuale.

Non si può, però, escludere, in assenza di altri elementi, che non si trattasse del medesimo rescritto. Del resto è ignoto da quale imperatore fu disposta la *constitutio* di D. 12.6.5, così come è ignoto chi emanò quella di D. 4.4.22. Infatti, in quest'ultimo passo, è verosimile che Ulpiano attribuisse a Severo e a Caracalla solo la seconda fattispecie presa in esame, giacché la prima delle due, seppure costituisse il contenuto di un rescritto, non sembra ricollegarsi all'ultima frase e cioè a *Calpurnio Flacco Severus et Antoninus rescripserunt*. Peraltro, se quanto venne rescritto per Arrio Tiziano nel commentario *ad Sabinum* non corrispondeva a quanto Ulpiano riferiva nel commentario *ad edictum*, rimarrebbe comunque da credere che si trattasse di due casi concreti diversi, ma — come risulta evidente — risolti dallo stesso giurista e per di più in modo analogo.

Invero, a prescindere da quale delle due interpretazioni di D. 4.4.22 colga nel segno, quanto soprattutto qui importa

mettere in rilievo è che la testimonianza di D. 12.6.5 sembra presentarsi in linea con quanto già si è detto a proposito dei precedenti passi analizzati. Le cancellerie imperiali si trovarono ad escogitare un mezzo processuale che consentisse di aggirare il principio di irripetibilità dei legati: sarebbe, quindi, stato elaborato uno strumento che, in quanto non aveva presupposti applicativi vincolanti, era in grado di tutelare, ispirandosi alle ragioni dell'equità del caso concreto, colui che risultasse effettivamente depauperato dal pagamento indebito.

6. Si tratta, a questo punto, di riannodare le fila dell'intero discorso.

Si sono prese le mosse dalla longevità del principio di irripetibilità dei legati, che pure non avrebbe impedito l'affermarsi, in età classica, di una soluzione particolare che, di fatto, consentisse di evitarne l'applicazione. Infatti, a prescindere dall'espedito giurisprudenziale costituito dall'ipotesi in cui l'erede si facesse prestare la *cautio evicta hereditate legata reddi*, un gruppo di frammenti, ricompresi nel titolo 12.6 del Digesto, pare attestare che le cancellerie imperiali si trovarono ad elaborare una forma utile della *condictio indebiti* volta alla ripetizione di quanto pagato ai legatari sulla base della volontà del *de cuius*, per la particolare ipotesi in cui l'inefficacia delle disposizioni testamentarie rendesse i legati caduchi.

Procedendo all'esegesi di ognuno di questi testi, si è tentato di capire in che senso si parlasse di *actio utilis*. Ora, se la portata della qualifica di *utilis* è tuttora ampiamente discussa in letteratura, autorevole dottrina definisce il sintagma quale un'estensione in via pretoria del campo di applicazione di un'azione editale, indipendentemente dal modo in cui questa estensione avvenga⁹⁰; sembra che il modo in cui avvenisse

⁹⁰ Così WESENER, *Actiones ad exemplum*, in ZSS. 75 (1958) 220 ss.; KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* cit. 238 e TALAMANCA, sv. *Processo civile (Diritto romano)*, in ED. 36 (1987) 62 ss.; sulle diverse opinioni delineatesi in dottrina e sui tentativi che sono stati fatti per prospettare

l'estensione non fosse precisato dalla categoria così utilizzata, ma si debba credere che si poteva trattare di un adattamento mediante una *fictio* , mediante una trasposizione di soggetti o anche mediante la configurazione di una particolare *formula in factum* ⁹¹.

Ora, è ovvio che, in mancanza di appigli di sostegno nelle fonti, il problema delle modalità applicative della tecnica formulare con riferimento a queste azioni è difficilmente risolvibile. Peraltro sembra possibile cercare di verificare quale di questi tre modi il magistrato avrebbe potuto scegliere, per concedere, nei casi considerati, l'azione utile per la ripetizione dei legati.

In primo luogo, è da escludersi che l'estensione *de qua* avvenisse con lo strumento della *fictio* ⁹². Infatti sembra decisamente inverosimile che dalla casistica esaminata sia desumibile la presenza, nella *formula* della *condictio* , di una clausola ulteriore, tale da autorizzare il giudice a fingere esistenti circostanze che non esistevano o a comportarsi come se un fatto non verificatosi nella realtà fenomenologica si fosse, invece, prodotto⁹³. Se si volesse sostenere questa ipotesi, non rimarrebbe che individuare quale fosse l'oggetto dello schema finzionistico, operazione ben ardua, a meno di volere dare libero sfogo a congetture fantasiose, come, per fare un esempio, l'inesistenza del principio del *ius civile* o negare che oggetto del pagamento fossero legati *per damnationem* .

diversamente la questione, si rinvia ancora a TALAMANCA, *Processo* cit. 63, in particolare nt. 449 e nt. 450.

⁹¹ TALAMANCA, *Processo* cit. 57.

⁹² Nessun autore della moderna letteratura ipotizza espressamente che l'azione utile in questione presentasse una *fictio* ; tuttavia, pur senza approfondire la questione, MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit. 312 parla di " *condictio, zweifach modifiziert* ", lasciando intendere, che, oltre alla trasposizione di soggetti, la *formula* presentasse un'altra variazione.

⁹³ Sulle finzioni, cui si ricorreva nel diritto laico, si veda, da ultimo, BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea* (Padova 1997) 161 ss.

Le fattispecie *de quibus* erano costantemente caratterizzate dalla presenza, anziché di un solo erede, di due, uno putativo e uno effettivo, per cui si poneva inevitabilmente la questione di chi fosse il soggetto cui competesse l'azione per la ripetizione. Si può, quindi, desumere dai testi che il nuovo rimedio processuale, aggirando l'antica *regula iuris* , consentisse di superare la rigidità della *condictio* , accordando tutela non all'autore del pagamento, ma a soggetti via via diversi: all'erede effettivo riconosciuto tale in seguito ad un giudizio ereditario (§ 2.1) o in seguito ad un'invalidazione del testamento (§ 2.1, fr. 3 e fr. 4), così come al *bonorum emptor* (fr. 5). Tuttavia, pur alla luce di ciò, sembra parimenti da escludere, come si è già avuto modo di porre in evidenza⁹⁴, che la *formula* in questione presentasse a livello strutturale una trasposizione di soggetti⁹⁵. Argomento determinante a sostegno di tale esclusione si fonda su uno dei passi considerati e cioè su D. 5.2.8.16 (Ulp. 14 *ad ed.*), in cui, con riferimento al rescritto di Antonino Pio, si parla di un'azione utile esperibile *ab eo qui solvit, aut ab eo qui optinuit* ⁹⁶. Ulpiano assimilava, quindi, l'ipotesi in cui ripeteva il nuovo titolare dell'eredità a quello in cui ripeteva l'autore del pagamento. Ne deriva che il giurista non avrebbe potuto fare dipendere il carattere utile dell'azione dal fatto che, nell' *intentio* , fosse menzionato un soggetto diverso rispetto a quello nei cui confronti il giudice avrebbe pronunciato l'assoluzione o la condanna; infatti, almeno in uno dei due casi, neanche sarebbe esistito nel rapporto processuale un soggetto terzo nei cui confronti pronunciare la condanna. Pertanto, sebbene in alcuni casi esaminati, la fattispecie costitutiva del rapporto si verificasse in capo ad un soggetto diverso da quello che diveniva titolare dell'azione fatta valere, ciò non avrebbe

⁹⁴ Cfr. *supra* , §§ 3 e 5.

⁹⁵ Si tratta di un'ipotesi prospettata da più autori: con riferimento a D. 12.6.2.1, esplicitamente DONATUTI, *Le causae* cit. 118 e, con riferimento a tutti i passi della "Katene der Fragmente", VALIÑO, *Actiones utiles* cit. 197 ss. e MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit. 312.

⁹⁶ Cfr. *supra* , § 2.

implicato che trovasse sempre applicazione fra le parti un'azione con trasposizione di soggetti.

A mio avviso, non rimane, a questo punto, che considerare l'azione riferita dalla "Katene der Fragmente" come un rimedio dato in via utile non mediante un mezzo tipico (e, quindi, tramite *fictio* o azione con trasposizione di soggetti), ma concesso atipicamente *ad exemplum* della *condictio indebiti*, al di fuori dei presupposti necessari per l'esperibilità di quest'ultima⁹⁷. In tale modo la "nachgebildete Klage" sarebbe stata resa applicabile in un ambito in cui la *condictio*, per la tenace resistenza dell'antico principio del *ius civile*, sarebbe stata inespugnabile. Inoltre, il fatto che, con la concessione di un'azione decretale, si arrivasse a superare l'ostacolo che impediva all'erede di vedere tutelate le sue ragioni, determinava un altro effetto: si provvedeva equitativamente a tutelare l'erede riconosciuto tale a scapito del possessore delle cose ereditarie e, quindi, mai il datore dei legati, ma sempre il nuovo titolare dell'*hereditas*. Di fronte all'alternativa tra l'erede putativo e l'erede effettivo, i rescritti avrebbero, quindi, concesso il rimedio processuale a quest'ultimo e, quindi, non all'autore del pagamento, ma a colui che del pagamento sopportasse le conseguenze patrimoniali.

Non si può negare, con ciò, che la previsione della tutela a favore di chi non fosse l'autore del pagamento si allontanasse da quello che accadeva di regola nei restanti casi di applicazione della *condictio*, nei quali a ripetere era il *solvens* e a restituire era l'*accipiens*. La forma utile dell'azione, però, perseguendo lo scopo di superare il principio di irripetibilità dei legati, arrivava a costituire un *quid novi* rispetto all'azione edittale e, in quanto tale, non era vincolata a rigidi requisiti applicativi. Pertanto non

⁹⁷ Già CORIAT, *Le Prince* cit. 363 nt. 244 sembra intendere in tale senso le azioni di D. 12.6.2.1 e di D. 12.6.3, limitandosi, peraltro, a citare rapidamente questi due testi nell'ambito del discorso su quelle azioni, che testimonierebbero l'inserimento della cancelleria imperiale nella competenza del pretore.

sarebbe esistito alcun concreto ostacolo a che tale rimedio fosse concesso a chi, in un certo caso concreto, fosse meritevole di tutela, a prescindere da quelli che erano i tipici casi di esperibilità della *condictio*. Era verosimilmente per questa ragione che si consentiva all'erede effettivo di recuperare quanto facesse parte dell'*hereditas*: se, infatti, in ipotesi fosse stato l'erede apparente ad ottenere l'azione, questi sarebbe stato paradossalmente costretto ad una nuova lite processuale per una situazione soggettiva che non lo riguardava più, una volta che l'intera massa dei beni ereditari fosse passata ad un altro. Dunque le cancellerie imperiali – ispirandosi ad un criterio di giustizia del caso concreto – scelsero di elaborare uno strumento processuale che realizzava una giustizia più aderente all'equità del caso concreto, consentendo la ripetibilità dei legati indebiti, ma anche accordando tutela non necessariamente al *solvens*, bensì a chi fosse effettivamente interessato a recuperare l'indebitato.

Inoltre da quest'indagine sembra emergere anche un altro significativo spunto esegetico. Risulta, infatti, che i contenuti dei rescritti imperiali, riferiti nella "Katene der Fragmente", possano essere in qualche modo isolati rispetto all'elaborazione giurisprudenziale relativa agli stessi. Per meglio cogliere questo aspetto, è, però, necessario ripercorrere fase per fase le linee di sviluppo, lungo le quali si sarebbe affermata nell'ordinamento giuridico la ripetibilità in via utile del legato *per damnationem*.

Secondo quanto Ulpiano riferisce in D. 12.6.2.1 (Ulp. 16 *ad Sab.*) e in D. 5.2.8.16 (Ulp. 14 *ad ed.*), uno dei primi casi che ricevette questa soluzione fu, su iniziativa dell'imperatore Adriano, la fattispecie del testamento inofficioso o falso⁹⁸.

La considerazione di un caso di *testamentum ruptum* fu, invece, posteriore, anche se di poco successiva. Infatti, in D. 12.6.4 (Paul. 3 *ad Sab.*), un altro rescritto adrianeo, stavolta citato da Paolo, è riferito all'interno di una frase, ove il termine *idem* sembrerebbe lasciare intendere che tale provvedimento

⁹⁸ *Supra*, § 2.

fosse un'estensione di una soluzione già elaborata in precedenza (*Idem divus Hadrianus rescripsit et si aliud testamentum proferatur*)⁹⁹.

Infine sarebbe intervenuto sul punto Antonino Pio. E' qui Papiniano, in D. 12.6.3, in un passo delle sue *Quaestiones*, a citare un rescritto di questo imperatore, probabilmente dettato dalla necessità di integrare quello di Adriano: l'azione utile sarebbe stata cioè esperibile non solo se veniva esibito un nuovo testamento, ma anche in un'altra diversa ipotesi di *testamentum ruptum*, quando sopravveniva un postumo o un figlio *reversus ab hostibus*¹⁰⁰.

Ad Antonino Pio, come si arguisce dal già menzionato D. 5.2.8.16, sarebbe, del resto, da attribuire anche un altro intervento in tema di testamento inofficioso¹⁰¹. Ulpiano, infatti, citando insieme i nomi dei due imperatori, Adriano e Antonino Pio, farebbe capire che una *constitutio* di Antonino Pio avrebbe distinto due ipotesi, quella del pagamento dei legati prima dell'esperimento della *querela inofficiosi testamenti* e quella del pagamento successivo a tale iniziativa. Nel primo caso sarebbe stato applicabile il contenuto del rescritto adrianeo (quello di D. 12.6.2.1), nel secondo, invece, solo l'autore del pagamento avrebbe potuto esperire l'azione utile contro i legatari.

Dagli altri testi considerati si distacca in parte D. 12.6.5, escerpito dal sedicesimo libro *ad Sabinum* di Ulpiano, così come D. 12.6.2.1, di cui, secondo la ricostruzione palinogenetica leneliana, avrebbe costituito la continuazione¹⁰². Prevedendosi anche qui l'esperimento di un rimedio utile, l'attenzione, però, non sembrerebbe tanto focalizzata, come negli altri passi, sull'esperibilità dell'azione che consentiva in via utile di aggirare il principio di irripetibilità dei legati, ma sul problema della legittimazione attiva alla *condictio indebiti* e, quindi, sul

⁹⁹ *Supra*, § 4.

¹⁰⁰ *Supra*, § 3.

¹⁰¹ *Supra*, § 2.

¹⁰² *Supra*, § 5.

fatto che a ripetere fosse non il minore restituito *in integrum*, ma il possessore dell'eredità e, pertanto, un soggetto diverso dall'autore del pagamento.

Isolati quelli che sono gli interventi imperiali, è possibile, a questo punto, distinguere abbastanza nitidamente il cruciale ruolo svolto, in questo ambito, dall'*interpretatio* giurisprudenziale.

Papiniano per parte sua, in uno dei *problémata* dei suoi *Responsa* (D. 29.1.32.2), applicava la soluzione del rescritto di Antonino Pio (quello di D. 12.6.3) ad un caso di *testamentum ruptum* per sopravvenienza di un postumo, caso presumibilmente presentatosi effettivamente nella realtà al momento della nascita della figlia di un soldato che, al tempo della redazione del suo testamento, era ignaro dell'avvenuto concepimento¹⁰³.

Ulpiano, invece, secondo l'interpretazione di D. 12.6.2.1 che sembra preferibile, avrebbe ritenuto tali decisioni imperiali, in particolare quella adrianea (riferita nello stesso D. 12.6.2.1), estensivamente applicabili anche ad una più vasta gamma di fattispecie analoghe, come al caso del testamento *ruptum* o *irritum* o a quello in cui emergessero debiti occulti o in cui venissero scoperti codicilli ignoti. E' da credersi, peraltro, che, in D. 12.6.2.1, l'attività di interpretazione analogica sia da ascrivere ad Ulpiano o comunque all'elaborazione della giurisprudenza¹⁰⁴, che era solita considerare le decisioni imperiali come veri e propri principi di diritto da proiettare nell'ambito del "sistema aperto" del *ius controversum*, utilizzando le costituzioni di natura particolare per la risoluzione dei casi simili.

Peraltro, una delle fattispecie descritte da Ulpiano,

¹⁰³ *Supra* § 3.

¹⁰⁴ In effetti la critica romanistica è, in generale, propensa a considerare Ulpiano più un raccogliitore della dottrina precedente che un giurista dotato di spunti originali: sul punto si veda, per tutti, CRIFÒ, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista*, in *ANRW*. II.15 (Berlin-New York 1976) 752.

ovvero quella del *testamentum ruptum*, si può direttamente collegare a due altre costituzioni imperiali, che il giurista non menzionava e cioè a quella di Antonino Pio di D. 12.6.3 (Pap. 28 *quaest.*) e a quella di Adriano di D. 12.6.4 (Paul. 3 *ad Sab.*). Non è chiaro, a questo punto, perché Ulpiano, pur considerando l'ipotesi del *testamentum ruptum*, citasse solo il primo dei due rescritti adrianei e non anche quello di Antonino Pio. Forse si potrebbe credere che, giacché la soluzione giuridica prevista e, quindi, la concessione dell'*actio utilis*, con il tempo fosse stata estesa analogicamente a varie e diverse fattispecie di inefficacia del *testamentum*, il giurista severiano non avesse potuto conservare la precisa memoria relativa al modo in cui il caso del *testamentum ruptum* fosse stato ricompreso tra gli altri, se tramite l'attività rescrittiva della cancelleria o, invece, tramite l'elaborazione giurisprudenziale. In sostanza, per Ulpiano non sarebbe stato più percepibile su quale binario si fosse operato per superare il principio di irripetibilità dei legati nei casi di specie, se su quello dell'intervento autoritativo dell'imperatore oppure su quello dell'*interpretatio* giurisprudenziale.

Come dimostra il caso dell'elaborazione di una forma utile della *condictio*, le cancellerie potevano introdurre applicazioni innovative dell'editto e, soprattutto, il principe in persona arrivava ad inserirsi definitivamente nella sfera di competenza processuale normalmente lasciata al pretore¹⁰⁵. Infatti, in questi casi, sarebbe sì stato sempre il magistrato a concedere la *formula*, ma il principe gli avrebbe di fatto tolto il

¹⁰⁵ Così, proprio in relazione all'attività rescrittiva delle cancellerie dall'età adrianea a quella severiana, — persuasivamente — PALAZZOLO, *Potere imperiale* cit. 124; sul sistema dei rescritti cfr., per esempio, HONORÉ, *Emperors & Lawyers* (London 1981) 24 ss., ma, più in particolare, sulla sostituzione del principe alla *causae cognitio* pretoria, si veda anche CORIAT, *Le Prince* cit. 357 ss. e spec. 359: "La chancellerie invite le magistrat à délivrer une formule conforme au but poursuivi. Elaborée par celui-ci, elle n'est cependant pas le produit de sa propre *iurisdictio*: elle émane du rescrit. L'action utile a donc une double source: le rescrit conçoit l'action, le préteur la délivre".

potere discrezionale di scegliere il mezzo processuale ritenuto idoneo. In sostanza, la competenza giurisdizionale del pretore sarebbe rimasta intatta, ma svuotata di significato, per il fatto che, se in precedenza il magistrato era pur sempre stato libero di recepire le soluzioni che gli potevano essere suggerite dalla giurisprudenza, ora egli non poteva disattendere ciò che autoritativamente era stato deciso direttamente dal principe.

E' in questo quadro che emerge il ruolo fondamentale svolto dalla giurisprudenza durante l'età del Principato. E' ben noto, del resto, che l'attività dei giuristi, soprattutto post-adrianei, fu in gran parte rivolta a "massimizzare" le costituzioni imperiali per derivarne in forma sintetica il mero principio giuridico in esse applicato, depurandolo da ogni riferimento agli elementi di fatto, nonché dalle ridondanze superflue¹⁰⁶. Lo scopo era, poi, quello di generalizzare le singole decisioni concrete, "allo stesso modo in cui l'astrazione del responso o di più responsi concordi rendeva possibile la formulazione di un criterio decisionale, di una *ratio decidendi* da prendere in considerazione per la soluzione di altri casi che presentassero circostanze di fatto simili"¹⁰⁷.

Del resto è pacifico che l'interpretazione giuridica, che si esprimeva mediante le costituzioni imperiali, fosse, in sostanza, il prodotto mediato dell'attività dei giuristi che, in veste di esperti o addirittura di titolari delle diverse cancellerie del principe, formulavano le soluzioni tecnicamente più coerenti con l'ordinamento giuridico¹⁰⁸. Pertanto è da attribuire proprio agli stessi giuristi, che avevano ormai modificato la loro posizione all'interno dell'ordinamento giuridico, il merito di avere avvertito con alta sensibilità giuridica l'esistenza di interessi meritevoli di tutela in capo all'erede effettivo, che si

¹⁰⁶ In tale senso VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto* (Venezia, 18-22 settembre 1967) (Firenze 1971) 952 ss.

¹⁰⁷ VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano* (Torino 1989) 136.

¹⁰⁸ Così VACCA, *La giurisprudenza* cit. 91.

trovava a prendere possesso di una massa ereditaria ingiustamente impoverita dei legati già pagati. In altri termini, è da ritenere che, in questo ambito, la riflessione giurisprudenziale non solo si trovò ad estendere la soluzione dei rescritti a casi identici e analoghi ancora non previsti, ma svolse, anche e prima ancora, una funzione imprescindibile nell'elaborare per le cancellerie *a libellis* la soluzione stessa che consentiva di ammettere la ripetizione di quanto pagato a titolo di legato *per damnationem*.

In questa prospettiva, è possibile leggere nella soluzione affermativa, data dalle cancellerie imperiali alla questione della ripetibilità del legato *per damnationem*, un significativo momento di svolta del pensiero giuridico dell'età degli Antonini. Infatti, la giurisprudenza, dopo avere applicato per secoli quella *regula iuris* che aveva visto la sua origine nel pieno vigore della solennità degli antichi atti del *ius civile*, pur con l'atteggiamento tradizionalista che sempre la contraddistinse¹⁰⁹, arrivò a prevedere innovativamente la ripetibilità dei legati indebitamente percepiti. In questo senso quella "Katene der Fragmente", di cui si è detto, sembrerebbe riflettere in modo esemplare il caratteristico sforzo della giurisprudenza di adeguare il diritto alla realtà sociale, mediando tra passato e presente in una tensione continua tra conservazione e innovazione e svolgendo quel ruolo insostituibile che Pomponio, in D. 1.2.2.13, sintetizzava scrivendo che "*constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius¹¹⁰ produci*".

¹⁰⁹ Secondo SCHULZ, *I principi del diritto romano* [tr.it. Arangio-Ruiz] (Firenze 1995) 74, emblematicamente rappresentato in un passaggio dell'*edictum censorum* di Gneo Domizio Enobarbo e Lucio Licinio Crasso contro i retori: "... *Haec nova, quae praeter consuetudinem ac morem maiorum fiunt, neque placent, neque recta videntur ...*" (Suet. *De rhet.* 25.9-11 e Gell. *N.A.* 15.11.2), su cui cfr. MANFREDINI, *L'editto 'de coercendis rhetoribus Latinis' del 92 a.C.*, in *SDHI.* 42 (1976) 99 ss.

¹¹⁰ O *in medium* secondo la nota lezione di Scialoja, su cui cfr. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*² (Napoli 1982) 239 s.