



**TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO**

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL  
ISSN: 2036-2528

Giovanna Coppola Bisazza

**Qualche riflessione su una  
costituzione di Giustiniano  
*ad commodum propositi operis pertinens***

**Numero XV Anno 2022**  
*www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com*

Proprietario e Direttore responsabile  
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), A. Guasco (Univ. Giustino Fortunato) P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro  
Via R. Morghen, 181  
80129 Napoli, Italia  
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche  
(Scuola di Giurisprudenza)  
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

## Qualche riflessione su una costituzione di Giustiniano *ad commodum propositi operis pertinens*\*

**SOMMARIO:** 1. Considerazioni introduttive – 2. Rilevanza attribuita al riconoscimento della *voluntas defuncti* – 3. L'accordo informale tra *de cuius* e figlio, con cui quest'ultimo s'impegnava a non esperire la *querela* – 4. Il caso del figlio che avesse ricevuto meno del dovuto – 5. Il caso dei patroni.

### 1. Considerazioni introduttive

In una mia recente indagine<sup>1</sup>, ho avuto modo di prendere in esame il § 1 di una costituzione giustiniana risalente al 531, che non a torto è stata da buona parte della dottrina annoverata tra quelle *ad commodum propositi operis pertinentes*, cioè quelle costituzioni emanate da Giustiniano per risolvere controversie classiche che i Commissari preposti alla compilazione dei *Digesta* avevano ritenuto opportuno deferire direttamente all'Imperatore<sup>2</sup>, e che adesso ripropongo per esteso:

---

\* Il presente contributo è destinato agli Studi in memoria di Giovanni Negri, ove comparirà col titolo: *C. 3.28.35 (Imp. Iustinianus A. Iohanni p.p.), una costituzione 'ad commodum propositi operis pertinens'*.

<sup>1</sup> G. COPPOLA BISAZZA, *La successione 'contra voluntatem defuncti' tra vecchi principi e nuove prospettive. Corso di diritto romano*<sup>2</sup>, Milano, 2019.

<sup>2</sup> Dopo l'ordine di compilazione dei *Digesta*, per risolvere le controversie classiche si presentarono ai Commissari due alternative: o interpolare i passi dei giuristi da inserire nell'opera, o far emanare all'Imperatore una costituzione; espediente, quest'ultimo, che si è supposto adottato nel caso in cui i Compilatori non fossero stati d'accordo circa la soluzione da prendere. Sul punto v. part. K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz, 1966, 96 s. La notazione dello studioso tedesco è apparsa «assai

C. 3.28.35 IMP. IUSTINIANUS A. IOHANNI PP. pr.: *Si quando talis concessio imperialis processerit, per quam libera testamenti factio conceditur, nihil aliud videri principem concedere, nisi ut habeat consuetam et legitimam testamenti factionem, neque enim credendum est Romanum principem qui iura tuetur huiusmodi verbo totam observationem testamentorum multis vigiliis excogitatam atque inventam velle everti. 1. Illud etiam sancimus, ut, si quis a patre certas res vel pecunias accepisset et pactus fuisset, quatenus de inofficiosi querella adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur, et post obitum patris filius cognito paterno testamento non agnoverit eius iudicium, sed oppugnandum putaverit, vetere iurgio exploso huiusmodi pacto filium minime gravari secundum Papiniani responsum, in quo definivit meritis filios ad paterna obsequia provocandos quam pactionibus adstringendos. Sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, in quibus apertissime iudicium patris agnoverit. 2. Et generaliter definimus, quando pater minus legitima portione filio reliquerit vel aliquid dederit vel mortis causa donatione vel inter vivos sub ea condicione, ut haec inter vivos donatio in quartam ei computetur, si filius post obitum patris hoc quod relictum vel datum est simpliciter agnoverit, forte et securitatem heredibus fecerit quod ei relictum est accepisse, non adiciens nullam sibi superesse de repletionem quaestionem, nullum filium sibi facere praeiudicium, sed legitimam partem repleri, nisi hoc specialiter sive in apocha sive in transactione scripserit vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte de eo quod deest nullam habet quaestionem: tunc etenim omni exclusa querella paternum amplecti compellitur iudicium. 3. Quae omnis sanctio suas radices extendat non solum ad filium vel filiam, sed etiam ad omnes personas, quae de inofficioso querellam contra mortuorum ultima elogia possunt movere. D.K. SEPT. CONSTANTINOPOLI POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTAE VV.CC. (a. 531).*

---

interessante» a M. VARVARO, *Contributo allo studio delle 'quingaginta decisiones'*, Palermo, 2000, 472, nt. 290; sul tema v. comunque, oltre M. VARVARO, *Contributo*, cit., 469 ss., anche S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: 'reverentia antiquitatis' e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, Bologna, 2010, 87 ss., e più di recente M.F. MEROTTO, *I patti successori dispositivi nel diritto romano*, Napoli, 2020, 36 ss. Sul rapporto tra le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* e le *quingaginta decisiones* v. per tutti G. LUCHETTI, *Giustiniano e l'eredità della scienza giuridica romana*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti, A. Schiavone, Torino, 2019, 145 ss.

Il provvedimento imperiale è stato da me esaminato nel contesto degli accorgimenti volti a limitare l'esperibilità della *querela inofficiosi testamenti*. Come ho ricordato nel mio volume, infatti, i pretori, nel tentativo di dare alla parentela, sia agnatzia che cognatzia, una difesa ancor più incisiva rispetto a quella offerta attraverso il ricorso alla *bonorum possessio contra tabulas*, permisero che innanzi ai loro tribunali si impugnasse la validità dei testamenti in cui i parenti più prossimi del testatore fossero stati ingiustamente diseredati o preteriti<sup>3</sup>. Lo strumento a ciò predisposto, la *querela inofficiosi testamenti*, appunto, avrebbe potuto condurre alla rescissione del testamento e alla conseguente apertura della successione *ab intestato*. Ma se ciò da un lato tutelava quanti, legittimati ad intenderla, avrebbero così potuto succedere al *de cuius ab intestato*, dall'altro avrebbe tuttavia finito col non tener conto della volontà testamentaria. Il che indusse la giurisprudenza a escogitare dei rimedi opposti, volti a bloccare il più possibile la rescissione del testamento e proteggere, quindi, la validità e conseguente efficacia di un atto che continuava, comunque, a rappresentare l'espressione più alta dell'autonomia individuale riconosciuta al *civis* dall'ordinamento.

## 2. Rilevanza attribuita al riconoscimento della *'voluntas defuncti'*

Tra gli espedienti trovati può senz'altro annoverarsi quello dell'aver dato seguito, in qualche modo, al *iudicium defuncti*. In tal senso depongono diversi brani, tratti soprattutto da giuristi dell'età tardo-classica, dai quali è possibile evincere come svariate condotte che potevano portare a un sia pur indiretto riconoscimento della volontà del testatore fossero viste dalla giurisprudenza come precludenti l'esperimento della *querela*<sup>4</sup>. Eloquente è in proposito:

---

<sup>3</sup> G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., part. 33 ss.

<sup>4</sup> Cenni al riguardo in G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, part. 469 e nt. 3; S. QUERZOLI, *I 'testamenti' e gli 'officia pietatis'*. *Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Napoli, 2000, 209 s., nt. 62; ma v. soprattutto M. PÉREZ SIMEÓN, *'Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho romano*, Madrid-Barcelona, 2001, 308 ss.; G. COPPOLA BISAZZA,

Paul. *lib. sing. de inoff. test.* D. 5.2.23.1: *Si hereditatem ab heredibus institutis exheredati emerunt vel res singulas scientes eos heredes esse: aut conduxerunt praedia, aliudve quid simile fecerunt vel solverunt heredi quod testatori debebant: iudicium defuncti adgnoscerent videntur et a querella excluduntur.*

Paolo prende qui in considerazione una gamma abbastanza ampia di comportamenti inconciliabili con la volontà di impugnare il testamento: così, l'aver acquistato l'*hereditas* o singole cose della stessa dagli eredi istituiti, l'aver affittato fondi ereditari, l'aver pagato all'erede ciò che si doveva al testatore e l'aver fatto altre cose simili, costituiscono per il giurista severiano atteggiamenti dai quali è facilmente intuibile l'intento dell'agente di accettare la volontà del *de cuius* racchiusa nel testamento. Pertanto, quanti agiranno nei modi suddetti *a querela excluduntur*.

Altrettanto accade se il diseredato abbia prestato il suo ufficio di avvocato o abbia accettato la procura di chi domandava il legato in forza del testamento che l'escluso intendeva impugnare<sup>5</sup>:

Paul. *lib. sing. de inoff. test.* D. 5.2.32 pr.: *Si exheredatus petenti legatum ex testamento advocacionem praebuit procuracionemve susceperit, removetur ab accusatione: adgnosuisse enim videtur, qui qualequale iudicium defuncti comprobavit.*

Mentre è dubbioso se il diseredato, divenendo erede del legatario e domandando il legato, dovesse essere rimosso dall'accusa d'inofficiosità:

---

*La successione*, cit., 90 ss.

<sup>5</sup> Meno drastico appare invece in proposito Ulpiano in 45 *ad ed.* D. 38.2.14.9, ove prospetta una soluzione opposta: *Si patroni filius advocacionem accusatori liberti praestitit, non est repellendus: neque enim advocatus accusat.* Ivi, infatti, il giurista è dell'avviso che non può essere escluso dalla *bonorum possessio* il figlio del patrono che, in qualità di avvocato, ha prestato la sua assistenza a colui che ha accusato il liberto, non essendo il professionista ad averlo accusato. Sul passo cfr. C. MASI DORIA, 'Bona libertorum'. *Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, 414 s. Alla stessa si rinvia per un'ampia disamina delle fonti relative alla *portio debita* quale criterio decisivo per rimuovere il patrono dalla *bonorum possessio contra tabulas* e al connesso effetto dell'*agnoscere iudicium defuncti* come precludente la richiesta della stessa *bonorum possessio*: v. C. MASI DORIA, 'Bona libertorum', cit., 247 ss. Sul riconoscimento del *iudicium liberti* v. comunque anche G. LA PIRA, *La successione*, cit., part. 394.

Paul. *lib. sing. de inoff. test.* D. 5.2.32.1: *Si legatario heres extiterit exheredatus petieritque legatum, videbimus an sit summovendus ab hac accusatione: certum est enim iudicium defuncti et rursus nihil ei ex testamento relictum verum est: tutius tamen fecerit, si se abstinuerit a petitione legati.*

L'intendimento del defunto è certo, afferma Paolo, il quale inoltre aggiunge che nulla gli è stato lasciato per testamento; sarà tuttavia più sicuro se si asterrà dal domandare il legato. Una soluzione quest'ultima, dettata da estrema prudenza, che però è in aperto contrasto<sup>6</sup> con quanto lo stesso giurista dichiara in:

Paul. 1 *de iure fisci* D. 34.9.5.7-8: 7. *Qui accusavit falsum, heres legatario exstitit vel heredi scripto: nihil huic nocere dicendum est.* 8. *Similis est ei et qui inofficiosum dicit.*

Sul punto Paolo torna pure nel suo *liber singularis de Septemviralibus iudiciis*:

D. 5.2.31.2: *Si heres extiterim ei, qui eo testamento institutus est quod de inofficioso arguere volo, non mihi nocebit, maxime si eam portionem non possideam vel iure suo possideam.*

Ma, mentre l'essere diventato erede di chi fu istituito erede in un testamento che si voleva impugnare come inofficioso, non sarà d'ostacolo all'esercizio dell'azione, specie se non si fu in possesso della quota ereditaria, l'aver accettato a titolo di legato una cosa che taluno aveva ricevuto da quel testamento porta il giurista ad adottare una soluzione opposta, avendo il soggetto così dimostrato di approvare la volontà del defunto:

---

<sup>6</sup> G. LA PIRA, *La successione*, cit., 469, nt. 3, ha infatti dubbi sull'autenticità della chiusa.

D. 5.2.31.3-4: 3. *Diversum dicemus, si legaverit mihi eam rem, quam quis ex eo testamento acceperat: nam si eam agnoscam, repellar ab accusatione.* 4. *Quid ergo si alias voluntatem testatoris probaverim? ... Repellendus sum ab accusatione*<sup>7</sup>.

*A fortiori* nel caso in cui abbia egli stesso accettato il legato lasciategli dal testatore. Così, infatti, il giurista si esprime nel suo primo libro *de iure fisci*:

D. 34.9.5 pr.: *Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere: inofficiosum autem dicere non permittitur*<sup>8</sup>.

Che sull'accettazione di un legato disposto a favore del querelante quale causa di esclusione dall'azione vi sia stata poi una certa convergenza di giudizi sembra confermarlo questo brano di Marcello, tratto dal terzo libro dei suoi *Digesta*:

D. 5.2.10.1: *Illud notissimum est cum qui legatum perceperit non recte de inofficioso testamento dicturum: nisi id totum alii administravit,*

anche se qui il giurista prende in esame pure un'ipotesi limite, che avrebbe permesso ugualmente il regolare esperimento della *querela*: e cioè che l'acquisto fosse avvenuto per conto di un altro<sup>9</sup>.

Analogamente, non s'impedisce al figlio ancora *in potestate patris* d'impugnare come inofficioso il testamento della madre, nonostante il padre abbia ricevuto dal quel testamento un legato o anche abbia adito l'eredità. È Trifonino a dirlo:

---

<sup>7</sup> Su D. 5.2.31.2-4 cfr. anche F. ARCARIA, «*Septemviralia iudicia*». *Contributo alla storia della 'querela inofficiosi testamenti' in età classica*, in *Studi in onore di A. Metro*, I, Milano, 2009, 65 ss.

<sup>8</sup> Sul testo v. pure A. SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei 'Responsa' di Cervidio Scevola*, Milano, 2012, 330.

<sup>9</sup> Sul testo, anche se per questioni di carattere processuale, v. pure F. ARCARIA, «*Septemviralia iudicia*», cit., 80 ss.



Tryph. 17 disp. D. 5.2.22 pr.: *Filius non impeditur, quo minus inofficiosum testamentum matris accusaret, si pater eius legatum ex testamento matris accipiet, vel adisset hereditatem, quamquam in eius esset potestate ...*<sup>10</sup>.

C'è poi ancora una circostanza che avrebbe consentito al soggetto pretermesso o diseredato di intentare ugualmente la *querela*, pur avendo mostrato di dar seguito alla volontà del testatore. È Ulpiano a prospettarla:

Ulp. 14 ad ed. D. 5.2.8.10: *Si conditioni parere testator heredem iussit in persona filii vel alterius qui eandem querellam movere potest et sciens is accepit, videndum, ne ab inofficiosi querella excludatur: adgnovit enim iudicium. Idem est et si legatarius ei vel statuliber dedit. Et potest dici excludi eum, maxime si heredem ei iusserat dare: ceterum si legatarium, numquid semel natam inofficiosi querellam non peremat legatarii oblatio? Cur ergo in herede absolute diximus? Quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querella. Ego eventum puto sequendum in hac re, ut, si forte antequam iudicium moveatur oblatio ei fiat eius quod relictum est, quasi ex voluntate testatoris oblato eo satis ei factum videatur.*

Se il testatore avesse subordinato l'accettazione dell'erede allo *iussum* di dare esecuzione ad una condizione a favore del figlio o di altra persona legittimata a intentare la *querela* e questi scientemente avesse accettato, pur con ciò avendo dimostrato di riconoscere la volontà del defunto, ugualmente non dovrà essere escluso dalla *querela* in quanto, per Ulpiano, prima dell'accettazione dell'eredità l'azione non può essere intentata. Tanto ciò è vero che diversamente stanno le cose se lo *iussum* sia stato rivolto ad un legatario o ad uno *statuliber*: l'esecuzione dell'ordine, infatti, in tal caso prevede l'accettazione dell'eredità, un presupposto dal quale il giurista di Tiro fa dipendere appunto

---

<sup>10</sup> V. G. LA PIRA, *La successione*, cit., 469, nt. 3.

l'esperibilità del nostro rimedio processuale<sup>11</sup>, presupposto che fu accolto ufficialmente pure da Giustiniano<sup>12</sup>.

Comunque, sulla linea della giurisprudenza severiana, tendenzialmente proiettata ad individuare nell'*agnoscere iudicium defuncti* un limite all'esperimento della querela, sembra muoversi pure la legislazione imperiale:

C. 3.28.8.1 IMP. ALEXANDER A. FLORENTINO: *Qui autem agnovit iudicium defuncti eo, quod debitum paternum pro hereditaria parte persolvit vel alio legitimo modo, etiamsi minus quam ei debebatur, relictum est, si is maior viginti quinque annis est, accusare ut inofficiosam voluntatem patris quam probavit non potest. PP. VII ID FEBR. MAXIMO II ET AELLANO CONSS. (a. 223).*

Il provvedimento, risalente ad Alessandro Severo<sup>13</sup>, analizza il caso di chi abbia pagato un debito paterno in proporzione della parte di eredità che gli era stata, sì, lasciata, ma in una misura inferiore al dovuto, cioè al quarto dell'asse. Se maggiore di venticinque anni, non avrebbe più potuto «*accusare ut inofficiosam voluntatem patris*», avendo appunto, col suo comportamento, finito per *agnoscere iudicium defuncti*<sup>14</sup>.

3. *L'accordo informale tra 'de cuius' e figlio, con cui quest'ultimo s'impegnava a non esperire la 'querela'*

Dalla panoramica prodotta si evince come, pur essendoci una certa uniformità di opinioni circa i diversi comportamenti dai quali desumere il riconoscimento del *iudicium defuncti* e quindi un limite all'esperimento

---

<sup>11</sup> Su D. 5.2.8.10 cfr., tra gli altri, ancora G. LA PIRA, *La successione*, cit., 434; M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 315 s.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 93 s.

<sup>12</sup> In tal senso l'Imperatore si esprime nella *lex* contenuta in C. 3.28.36.2, ove riferisce di una controversia sorta in proposito tra Ulpiano e Modestino. Quest'ultimo riteneva, infatti, che il computo dovesse iniziare dalla morte del testatore, di contro al primo il quale era invece dell'avviso, appunto, che cominciasse dall'*aditio hereditatis*. *Amplius* a questo riguardo G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 84 ss.

<sup>13</sup> Cfr. anche C. 6.30.2 IMP. ALEXANDER A. FLORENTINO MILITI (a. 223).

<sup>14</sup> G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 94 s.

della *querela*, non siano mancate comunque delle diversità di pensiero rispetto alle varie ipotesi prospettate.

Bene, proprio tra i punti di vista divergenti è plausibile includere pure il caso di un eventuale accordo informale intercorso tra il *de cuius* e un figlio, con cui quest'ultimo s'impegnava a non esperire la *querela*, magari accontentandosi di determinate cose o somme ricevute in vita dal *pater*. A questo proposito il giurista autore del passo contenuto in

Paul. Sent. 4.5.8: *Pactio talis, ne de inofficioso testamento dicatur, querellam super iudicio futuram non excludit. Meritis enim liberos, quam pactionibus adstringi placuit*

è del parere che non si potesse ravvisare in un comportamento del genere un riconoscimento del *iudicium patris*, adducendo, per giustificare la sua opinione, una argomentazione morale, la stessa che, come a breve vedremo, i Compilatori fanno risalire a Papiniano.

Ora, che vi sia stata una disparità di vedute al riguardo tra i giuristi classici ci inducono a supporlo proprio le parole contenute nel § 1 della costituzione di Giustiniano che ho riportato all'inizio. Ivi, infatti, l'Imperatore ordina che, nel caso in cui un figlio avesse ricevuto dal *pater* in vita determinate cose o denaro, e avesse pattuito col genitore di accontentarsi di ciò, promettendo di non intentare alla sua morte l'azione di inofficiosità, e dopo la morte del padre, avendo conosciuto il contenuto del testamento paterno, «*non agnoverit eius iudicium*», non abbia cioè avuto intenzione di riconoscere l'*iudicium defuncti*, ma abbia voluto impugnare l'atto di ultima volontà, nonostante l'accordo preso, «*vetere iurgio explosos*», cioè messe da parte vecchie disparità di vedute, il figlio non dovrà attenersi al patto in quanto, secondo un responso di Papiniano, cui l'Imperatore intende agganciarsi, i figli dovranno essere obbedienti ai padri per i meriti di questi ultimi e non per eventuali patti limitativi della loro libertà di scelta.

Si è in proposito detto che la circostanza per la quale l'imperatore di Tauresio non avrebbe riferito anche la motivazione di carattere giuridico, che il giureconsulto severiano sicuramente dovette addurre, sarebbe

stata dettata dal fatto che l'argomento etico «di per sé» si presentava «per Giustiniano prevalente su qualsiasi ragione di ordine giuridico»<sup>15</sup>.

Bene, è proprio alla motivazione giuridica, che si è supposta mancante, e che i Compilatori, sulla scia di una giurisprudenza che faceva capo, appunto, a Papiniano, hanno dato per scontata, ad un attento esame delle fonti è possibile risalire attraverso la lettura di alcune fonti in cui il giurista risolve questioni simili a quella di cui discutiamo.

Il primo testo è il seguente:

Pap. 13 *resp.* D. 35.2.15.1: *Frater cum heredem sororem scriberet, alium ab ea cui donatum volebat stipulari curavit, ne Falcidia uteretur et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret. Privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit et ideo sororem iure publico retentionem habituram et actionem ex stipulatu denegandam.*

Nel brano viene affermata la nullità di una rinuncia alla successione di un terzo disposta con il consenso di quest'ultimo<sup>16</sup>. Tale patto è invalido perché viola le disposizioni della legge Falcidia, che sono di ordine pubblico: «*privatorum cautione legum non esse refragandum*»<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, I, Milano, 1941, 151 ss. Sulla sua scia v. anche, più di recente, S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale*, cit., 115 s., nt. 66, e S. LO IACONO, *'Ambulatoria est voluntas defuncti? Ricerche sui "patti successori" istitutivi*, Milano, 2019, 295 ss., part. 296. Su C. 3.28.35.1 cfr. comunque pure S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932, 243; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Milano, 1949, 325 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, I. *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1967, 494; II. *Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, Milano, 1963, 732 e nt. 11; G.L. FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di 'leges' e 'iura'*, in *SDHI*, 59, 1993, part. 64.

<sup>16</sup> Interessante anche il caso, previsto in Pap. 8 *resp.* D. 38.1.42, di una manomissione fedecommissaria accompagnata dalla clausola che impone al servo di promettere all'erede la prestazione delle *operae*. Il manomesso, afferma il giurista, non può essere costretto a promettere e, qualora lo faccia, la promessa non può essere usata contro di lui: *nam iuri publico derogare non potuit, qui fideicommissariam libertatem dedit*. Cfr. G. ARICÒ ANSELMO, *'Ius publicum' – 'ius privatum' in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, Palermo, 1983, 83.

<sup>17</sup> Sul passo v. G. VISMARA, *Storia*, I, cit., 150, nt. 1; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*<sup>2</sup>, Milano, 1955, 382; 388 e nt. 5; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, Torino, 1962, 358; P. VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., 494; II, cit., 757 e nt. 16; G. ARICÒ

Analogamente il giurista si pronuncia in

Pap. 12 resp. D. 38.16.16: *Pater instrumento dotali comprehendit filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret: eam scripturam ius successionis non mutasse constitit: privatorum enim cautiones legum auctoritate non censeri.*

Ivi la rinuncia della figlia, dotata dal padre, all'eredità paterna, inserita sotto forma di clausola nello strumento dotale, non ha nessuna efficacia. E la motivazione è che «*privatorum enim cautiones legum auctoritate non censeri*»<sup>18</sup>.

In entrambi i *responsa* Papiniano mostra dunque di avvalersi dello stesso assunto: «*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*».

Con questo enunciato, contenuto nel secondo libro delle sue *quaestiones* e riportato dai Compilatori in D. 2.14.38, il giurista vuol far riferimento a precetti che, pur regolando rapporti tra privati, non possono comunque essere derogati dai privati stessi in quanto in essi prevale l'interesse collettivo su quello individuale<sup>19</sup>.

Il principio al quale si attiene Papiniano viene confermato anche da Alessandro Severo in un caso simile a quello considerato nel secondo testo esaminato:

---

ANSELMO, '*Ius publicum*', cit., 82 ss., con altra letteratura; S. LO IACONO, '*Ambulatoria est voluntas*', cit., 295, nt. 298.

<sup>18</sup> Sul passo v. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI. *Le successioni. Parte generale*, Roma, 1930 (= rist. Milano, 1974, 215); S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, cit., 242 s. e nt. 2; G. VISMARA, *Storia*, II, cit., 149 s.; C. FADDA, *Concetti fondamentali*, I, cit., 325 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., 494; G. ARICÒ ANSELMO, '*Ius publicum*', cit., 157; S. LO IACONO, '*Ambulatoria est voluntas*', cit., 294.

<sup>19</sup> Cfr. per tutti G. COPPOLA BISAZZA, '*Institutiones*'. *Manuale di diritto privato romano*, Milano, 2021, 59 e nt. 30. La *regula* enunciata da Papiniano è stata fatta oggetto di attenzione, tra gli altri, da parte di G. NOCERA, '*Ius publicum*'. *Contributo alla ricostruzione storico esegetica delle 'regulae iuris'*, Roma, 1946, part. 201 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, '*Ius publicum*', cit., 86 ss.; P. BIANCHI, '*Iura*'-*'leges*'. *Un'apparente questione terminologica della tarda antichità. Storiografia e storia*, Milano, 2007, 121 s., nt. 100, con altra bibliografia.

C. 6.20.3 IMP. ALEXANDER A. ALEXANDRO: *Pactum dotali instrumento comprehensum, ut contenta dote quae in matrimonio collocabatur nullum ad bona paterna regressum haberet, iuris auctoritate improbatum nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur. Dotem sane quam accepit fratribus qui in potestate manserunt conferre debet. D. XIII K. IUL. AGRICOLA ET CLEMENTE CONSS. (a. 230).*

Anche in questa ipotesi il patto col quale la figlia, dotata dal padre, promette allo stesso che non avanzerà alcuna pretesa sull'eredità paterna, «*iuris auctoritate improbatum*». Né per tal ragione è vietato alla figlia di succedere al *pater ab intestato*, anche se in ogni caso ella dovrà conferire la dote ricevuta ai fratelli rimasti in potestà<sup>20</sup>.

Nella stessa direzione ritenne dunque di muoversi pure Giustiniano a proposito delle rinunce contrattuali alla inofficiosità del testamento e che indirettamente costituivano una rinuncia alla quota legittima che già ai tempi di Papiniano era stata fissata nella quarta parte dei beni ereditari quale limite oggettivo all'esperimento della *querela*<sup>21</sup>.

Ciò risulta avvalorato da quanto afferma l'Imperatore nel prosieguo del provvedimento.

Se, infatti, sulla linea del giurista, l'Imperatore non attribuisce alcun valore agli accordi tra genitori e figli ai fini dell'impugnazione del testamento, considera invece espressione di aperto riconoscimento della volontà paterna l'aver fatto delle transazioni con gli eredi, rimettendo a questi ultimi il diritto che essi avrebbero potuto conseguire con la *querela*. Il patto rinunciativo<sup>22</sup> sarebbe stato dunque efficace solo nella misura in cui fosse stato confermato da transazioni concluse tra il rinunciante e gli altri eredi del padre, dopo la morte di quest'ultimo, cioè dopo aver

---

<sup>20</sup> Sul provvedimento imperale cfr. anche S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, cit., 243; G. VISMARA, *Storia*, I, cit., 150; C. FADDA, *Concetti fondamentali*, I, cit., 325 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., 494; S. LO IACONO, 'Ambulatoria est voluntas', cit., 294 s.

<sup>21</sup> Cfr. ancora G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., part. 73 ss.

<sup>22</sup> Sull'elaborazione del concetto di 'patto successorio' e sulla loro classificazione in diversi tipi, incluso quelli rinunciativi, opera del giurista Bartolo, v. G. VISMARA, *I patti successori nella dottrina di Bartolo*, in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano, 1962, 467 ss. Sul punto cfr., da ultima, anche M.F. MEROTTO, *I patti successori*, cit., 7 s., nt. 12. Sui patti rinunciativi v. altresì S. LO IACONO, 'Ambulatoria est voluntas', cit., 291 ss.

acquistato il diritto alla quarta e quindi la capacità di disporne liberamente.

La nullità di accordi di tal genere scaturiva dunque dal fatto che non sarebbe stato possibile derogare ad un principio che ormai era divenuto di ordine pubblico, cioè, il diritto dei figli alla *quarta pars* dell'eredità paterna. È quanto affermano infatti perentoriamente i Commissari giustinianeî nel manuale istituzionale: «*quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit*»<sup>23</sup>.

#### 4. Il caso del figlio che avesse ricevuto meno del dovuto

Ancor più esplicito sull'inderogabilità di questo diritto è d'altronde Giustiniano nel prosieguo del suo provvedimento. Nel § 2 l'Imperatore afferma, infatti, che nel caso in cui il padre abbia lasciato al figlio meno della porzione dovuta o abbia dato a lui qualcosa a titolo di donazione sia *inter vivos* che *mortis causa*, a condizione che si computi nella *quarta*, ed egli «*post obitum patri*» abbia semplicemente riconosciuto quanto lasciato o donato, ma non abbia aggiunto che si sarebbe accontentato di ciò e non avrebbe fatto questione alcuna per il supplemento, il figlio non verrà con ciò pregiudicato e avrà sempre diritto ad agire per il supplemento, così come avrà diritto ad agire se avendo lasciato una quietanza o fatto una transazione non abbia specificato che *quod deest nullam habet quaestionem*.

Mentre sia giuristi che imperatori, pure se tra incertezze e qualche contraddizione, erano stati tendenzialmente propensi a sostenere che l'aver riconosciuto l'*indictum defuncti* avrebbe rappresentato un limite all'esercizio della *querela*, Giustiniano pone adesso dei paletti ben precisi nel caso in cui il figlio avesse ricevuto meno del dovuto, dovendo appunto egli specificare in maniera chiara la sua intenzione, avendo accettato la volontà paterna, di non volere agire per ottenere quanto dovuto. Né ciò può sorprendere in quanto se, come si è osservato, giuristi e imperatori si prodigarono nell'individuare una serie di

---

<sup>23</sup> I. 2.18.6. Sul testo v. per tutti G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, 263 s., con bibliografia.

comportamenti inconciliabili con la volontà di impugnare il testamento, ciò fecero per attenuare l'antitesi esistente tra due opposte esigenze: quella di garantire le attese ereditarie dei parenti più prossimi al *de cuius* e quella di conservare la validità del testamento.

Nel 528, quindi tre anni prima dell'emanazione della nostra costituzione, tuttavia, Giustiniano introdusse un rimedio generale a favore di chi fosse stato insufficientemente onorato dal testatore: la c.d. *actio ad implendam legitimam*<sup>24</sup>. Lo scopo del provvedimento fu, infatti, quello di «*amputare magnam et innumerabilem occasionem subvertendae testatorum dispositionis*». L'Imperatore dispose pertanto che le persone che avrebbero potuto impugnare il testamento per aver ricevuto meno della *portio legitima*, potessero esigere «*sine ullo gravamine vel mora*» quanto loro dovuto *ad implendam legitimam*. Con questa legge<sup>25</sup>, dunque, egli intese

---

<sup>24</sup> In tal senso testimonia C. 3.28.30 pr. IMP. IUSTINIANUS A. MENAE PP.: *Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus et in certis casibus, in quibus de inofficiosi defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere quam liberis eorum vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat: ut, siue adiciatur testamento de implenda legitima portione siue non, firmum quidem testamentum sit, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere, si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator edixit: nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare et huiusmodi quaestionem introducere. Et haec quidem de his personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommissio, licet minorem legitima portione, reliquerint. D. K. IUN. CONSTANTINOPOLI IUSTINIANUS A. II CONS. (a. 528). Sul provvedimento cfr., tra gli autori più recenti, P. VOGLI, *Diritto ereditario*, II, cit., 731 s.; A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela' alla 'portio legitima'. Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperiale e giustiniana*, Milano, 1996, 88 s.; 104 ss.; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 264 ss.; M. PÉREZ SIMEÓN, 'Nemo', cit., 360 s.; S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale*, cit., 126, nt. 90; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 127 ss.*

<sup>25</sup> Estesa da Giustiniano, alcuni mesi dopo, anche alle ipotesi di testamenti orali. In tal senso testimonia C. 3.28.31, avente come destinatario sempre il prefetto del pretorio Mena: *Quae nuper ad testamenta conservanda nec facile retractanda sanximus, ut ratione Falcidia minime illis personis derelicta, quae ad inofficiosi testamenti querellam ex prioribus vocabantur legibus, non periclitentur testamenta, sed quod deest legitimae portioni, id est quartae parti ab intestato successione, tantum repleatur, exceptis illis quibus nihil in testamento derelictum est, in quibus prisca iura illibata servavimus, etiam ad testamenta sine scriptis facienda locum habere sancimus: cfr. A*



salvare le disposizioni di ultima volontà e la posizione dei legittimari che poco avevano ricevuto dal defunto, escludendo, conseguentemente, il ricorso alla *querela* tutte le volte in cui questi ultimi avessero ricevuto qualcosa in meno della *portio debita*<sup>26</sup>. In tale ipotesi, pertanto, l'azione per il completamento sarebbe stata l'unico rimedio disponibile. La *querela inofficiosi testamenti* sarebbe rimasta riservata solo ai parenti prossimi preteriti o a quanti di loro che, pur essendo già stati concepiti, non fossero stati contemplati nel testamento, o pur essendolo, fossero stati diseredati<sup>27</sup>.

L'erede che avesse ricevuto meno della *portio legitima* poteva perciò senz'altro vantare un vero e proprio diritto di credito sulla quota da integrare, un diritto che, infatti, poteva essere fatto valere in giudizio. Lo attestano le parole dell'Imperatore: «*licet vero his personis ... id quod minus portione legitima sibi relictum est ad implendam eam .. exigere*». Da qui l'utilizzo dell'espressione *actio ad implendam legitimam*, che non compare nelle fonti, essendo un portato esclusivamente dottrinale, con la quale comunque si mette bene in evidenza lo scopo che attraverso la stessa si intendeva

---

SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 105 s., e nt. 24; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 128, nt. 37.

<sup>26</sup> La tendenza giustiniana, diretta a circoscrivere il campo di applicazione della *querela*, si manifesta anche nella costituzione contenuta in C. 3.28.32 del 529, rivolta sempre al prefetto del pretorio Mena, con cui si stabilì, infatti, che le condizioni e gli oneri che gravavano sulla quota del legittimario e che potevano eventualmente ridurla, si dovessero considerare come non apposti: *Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, si quid minus legitima portione his derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repleatur nec occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur, hoc in praesenti addendum esse censemus, ut, si condicionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, minuta esse videantur; ipsa condicio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcumque onus introducens tollatur et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset*. Su questo provvedimento cfr. G. LA PIRA, *La successione*, cit., 484; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 128 s., nt. 38.

<sup>27</sup> C. 3.28.30.1: *Sin vero vel praeterierint aliquam eorum personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione vel alia eorum mentione facta nihil eis penitus reliquerint, tunc vetera iura locum habere sancimus, nullam ex praesenti promulgationem novationem vel permutationem acceptura*. Sul testo v. per tutti G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 129 e nt. 39, con bibliografia.

raggiungere: far valere l'obbligo degli eredi testamentari a prestare la *repletio*<sup>28</sup>.

Ma se sull'integrazione della *portio legitima* gli eredi in questione potevano vantare un tale 'diritto soggettivo', ciò era connesso al fatto che proprio sulla *quarta* essi avevano questo diritto. Il che è confermato dalle parole usate dai compilatori delle Istituzioni, prima riferire.

Un diritto, si badi, che non riguardava solo i *liberi*, figli e figlie, ma anche tutte le altre persone le quali potevano intentare la *querela*, individuate da Giustiniano a quella data (a. 531) con le costituzioni contenute in C. 3.28.27 (a. 319), 3.28.28 (a. 321) e 8.47(48).10 (a. 528), con provvedimenti legislativi cioè che da un lato recepirono, anche se con alcuni aggiustamenti, le disposizioni costantiniane in materia, dall'altro introdussero innovazioni significative riguardo alla legittimazione attiva alla *querela* dei figli dati in adozione<sup>29</sup>; è quanto si desume dalle parole contenute nell'ultima parte della nostra costituzione: *quae omnis sanctio suas radices extendat non solum ad filium vel filiam, sed etiam ad omnes personas, quae de inofficioso querellam contra mortuorum ultima elogia possunt movere*<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> *Amplius* A. SANGUINETTI, *Dalla 'querela'*, cit., 113 ss., a giudizio del quale si sarebbe trattato di una *condictio ex lege*. Con questa terminologia, infatti, le fonti, in particolare Paul. 2 *ad Plant.* D. 13.2.1, fanno riferimento ad una obbligazione fondata direttamente sulla legge: *Si obligatio lege nova introduca sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est*. Nonostante il frammento paolino non parli di *condictio*, ma di *actio*, secondo Sanguinetti comunque il termine *condictio*, giustiniano, è possibile ricavarlo dalla rubrica di D. 13.2. Si veda in proposito ancora G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 131 s. e nt. 40, con bibliografia.

<sup>29</sup> Rinviamo sul punto, per una analisi più dettagliata di questi testi, ancora al nostro *La successione*, cit., 117 ss.

<sup>30</sup> Va precisato comunque che sia riguardo alla quota fissa (individuata nel quarto netto del patrimonio ereditario) che ai soggetti legittimati ad esperire la *querela* significative innovazioni vennero apportate dallo stesso Giustiniano nell'ambito della legislazione novellare, precisamente con le *Novellae* 18 e 115: cfr. sempre G. COPPOLA BISAZZA, *La successione*, cit., 135 ss.

## 5. Il caso dei patroni

Né l'imperatore di Tauresio dimenticò i patroni: anzi, a loro ritengo abbia fatto implicito riferimento proprio nel *principium* della *lex* che stiamo esaminando: «*si quando talis concessio imperialis processerit, per quam libera testamenti factio conceditur, nihil aliud videri principem concedere, nisi ut habeat consuetam et legitimam testamenti factionem, neque enim credendum est Romanum principem qui iura tuetur huiusmodi verbo totam observationem testamentorum multis vigiliis excogitatam atque inventam velle everti*».

Così legiferando, infatti, egli vuole in concreto sottolineare che l'eventuale concessione imperiale della *libera testamenti factio* non può intaccare il diritto dei patroni alla *portio debita*. Un concetto, questo, che Giustiniano motiva affermando come il *Princeps*, il quale si fa garante della legge, non può certo sconvolgere le norme che regolano la successione testamentaria, e che appunto prevedono che una quota dei beni del liberto sia riservata in ogni caso al patrono.

La nostra disposizione normativa, come si è ricordato, risale al 531, precisamente al I settembre. Nel dicembre dello stesso anno Giustiniano detterà un nuovo regime generale in materia di successione patronale<sup>31</sup>, parificando in larga parte la successione dei liberti a quella degli ingenui<sup>32</sup>. Per l'intanto egli vuole superare qualche discordanza di vedute che

---

<sup>31</sup> Cfr. C. 6.4.4. La costituzione, in lingua greca, non ci è pervenuta nell'originale se non in minima parte: per una attenta sintesi della tradizione del testo v. C. MASI DORIA, *'Bona libertorum'*, cit., 10 s., nt. 34. Sulla *lex* cfr. comunque, tra gli altri, P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 48 ss.; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 371 ss., ove altra bibliografia.

<sup>32</sup> I Compilatori delle Istituzioni, in I. 3.7.3, dopo aver riassunto in maniera dettagliata le regole fissate in C. 6.4.4, a partire dal § 9 e ss., a proposito appunto dei diritti successori dei patroni sui beni dei liberti, affermano infatti che *paene enim consonantia iura ingenuitatis et libertinatis in successione fecimus*. Analogamente si legge in I. 3.9.6: ... *cum enim ad similitudinem successione ingenuorum libertinorum successiones posuimus, quas usque ad quintum tantummodo gradum coartavimus*, precisando *ut sit aliqua inter ingenuos et libertos differentia ...*

ancora risulta nelle fonti classiche in tema di *libera testamenti factio* e, conseguentemente, di quota di riserva<sup>33</sup>.

Dalle fonti traspare, infatti, che l'aspettativa successoria del patrono poteva essere frustrata dalle disposizioni testamentarie del liberto che avesse avuto concessa o comunque avesse ottenuto la *libera testamenti factio*. E ciò di contro a quanto avveniva nel caso in cui avesse conseguito lo *ius anulorum*. Interessante in proposito è la lettura di

Ulp. 41 *ad ed.* D. 38.2.3 pr.-2: pr. *Etiam si ius anulorum consecutus sit libertus a principe, adversus huius tabulas venit patronus, ut multis rescriptis continetur: hic enim vivit quasi ingenuus, moritur quasi libertus. 1. Plane si natalibus redditus sit, cessat contra tabulas bonorum possessio. 2. Idem et si a principe liberam testamenti factionem impetravit.*

La diffusa incidenza nella prassi di richieste di pareri alla cancelleria imperiale sullo specifico contenuto dello *ius anulorum* concesso dal *Princeps* si desume dall'espressione «*multis rescriptis*» riportato in questo brano ulpiano. Il giurista, plausibilmente raccogliendo un orientamento in tal senso espresso dai suoi colleghi, afferma che il liberto cui fosse stato conferito tale *ius anulorum*, «*vivit quasi ingenuus, moritur quasi libertus*». Altrimenti succede nel caso in cui abbia invece avuto concessa la *restitutio natalium* o la *libera testamenti factio*<sup>34</sup>.

In riferimento alla *libera testamenti factio*, di parere dissimile appare invece Paolo:

Paul. 11 *resp.* D. 38.2.47.2: *Patroni filius epistulam talem liberto emisit: 'Sempronius Zoilo liberto suo salutem. Ob merita tua fidemque tuam, qua mihi semper exhibuisti, concedo tibi liberam testamenti factionem'. Quaero, an patroni filio*

---

<sup>33</sup> Sulla *libera testamenti factio* v. in generale P. DE FRANCISCI, *Intorno alla 'libera testamenti factio' del liberto. Note esegetiche*, in *Studi Sassaresi*, 1, 1921, 39 ss.; B. BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., 85 s.

<sup>34</sup> Sul testo v. P. DE FRANCISCI, *Intorno alla 'libera testamenti factio'*, cit., 63 ss.; C. MASI DORIA, *Bona libertorum*, cit., 388 ss., part. 390.

*nihil relinquere debeat. Paulus respondit eum libertum, de quo quaeritur, liberam testamenti factionem consecutum non videri.*

Non è escluso che la diversità di pareri circa la *libera testamenti factio* derivasse dal fatto che nel primo caso era l'Imperatore a concederla; invece nel secondo sarebbe stato il figlio del patrono e quindi un privato cittadino<sup>35</sup>, il quale avrebbe in concreto posto in essere una sorta di patto successorio di rinuncia ad agire per inofficiosità del testamento che, in quanto tale, sarebbe stato anche per Paolo, come lo era stato per Papiniano, invalido<sup>36</sup>.

La vendita delle opere spettanti al patrono, e il conseguente loro acquisto da parte del liberto, avrebbe dato comunque a quest'ultimo il diritto di fare testamento liberamente. Lo sostiene Caracalla in una costituzione risalente al 212:

C. 6.3.4 IMP. ANTONINUS A. VALERIANO: *Si quam pecuniam tibi a liberto tuo ex venditione operarum deberi probaveris, restitui tibi a liberto tuo praeses iubet (ex hoc enim liberam testamenti factionem libertus habet), modo si non onerandae*

---

<sup>35</sup> Sul testo di Paolo v. part. P. DE FRANCISCI, *Intorno alla 'libera testamenti factio'*, cit., 58 s.; C. MASI DORIA, *'Bona libertorum'*, cit., 390 s.

<sup>36</sup> Sembraerebbe di parere opposto a Paolo invece Papiniano in Pap. 5 resp. D. 38.1.41: *Libertus, qui operarum obligatione dimissus est atque ita liberam testamenti factionem adsecutus est, nihilo minus obsequi verecundiae tenetur...*. Ma, come giustamente si è sottolineato, a proposito di questo testo non va accolta né la drastica opinione di P. DE FRANCISCI, *Intorno alla 'libera testamenti factio'*, cit., 39 ss., 51 ss., secondo cui la frase «*atque ita ... adsecutus est*» sarebbe insitica, né l'opinione di W. WALDSTEIN, *'Operae libertorum'. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Stuttgart, 1986, 146 ss., a giudizio del quale il testo sarebbe genuino: rimettendo pertanto le *operae*, il patrono avrebbe concessa anche la *libera testamenti factio*. È, infatti, più probabile che il giurista trattasse un caso in cui si dovessero applicare le regole relative alla legislazione di Augusto, secondo la quale venivano esentati dalle *operae* i liberti che avessero un figlio quinquenne o due o più figli «*in potestate etsi non eodem tempore*», un requisito, questo, sufficiente ad escludere il patrono anche dalla *bonorum possessio contra tabulas* e che, indirettamente, avrebbe comportato per il liberto la *libera testamenti factio*. In tal senso v. C. MASI DORIA, *'Bona libertorum'*, cit., 391 s., 470 ss.

*libertatis gratia emissam cautionem probabitur. PP. XIII K. MAI. DUOBUS ASPRIS CONSS.*

Se il patrono riesce a provare che gli è dovuta una certa cifra per l'avvenuta vendita delle *operae*, il liberto sarà tenuto a pagare il debito, conseguendo con la prestazione pecuniaria anche la *libera testamenti factio*. La somma, continua l'Imperatore, deve comunque essere promessa spontaneamente, perché altrimenti sarà considerata come imposta *onerandae libertatis causa* e le conseguenze sarebbero diverse<sup>37</sup>, avendo invero la legge *Iulia et Papia* previsto delle sanzioni per i casi in cui il patrono avesse costretto il liberto a prestazioni pecuniarie al posto delle *operae*<sup>38</sup>.

Dai testi esaminati risulta, dunque, come in tema di *libera testamenti factio* vi fossero delle discrepanze tra concessioni private e imperiali. È

---

<sup>37</sup> Sul passo v. P. DE FRANCISCI, *Intorno alla 'libera testamenti factio'*, cit., 42 s., 51; P. VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., 343; II, cit., 745 e nt. 34; P. PESCANI, *Le 'operae libertorum'*, in *Quaderni del Bollettino della Scuola di perfezionamento e di specializzazione in diritto del lavoro e della sicurezza sociale*, 23, 1967, 147 s.; C. MASI DORIA, *'Bona libertorum'*, cit., 460 ss., con ampia bibliografia.

<sup>38</sup> V. sul punto Ulp. 11 *ad l. Iuliam et Papiam* D. 38.2.37 pr.: *Iulianus ait, si patronus libertatis causa imposita libertae revendiderit, filium eius a bonorum possessione summoverti, scilicet quia nec contra tabulas testamenti liberti bonorum possessionem accipiat, quotiens pater eius donum munus operas liberti revendiderit. Plane si patroni filius libertatis causa imposita revendiderit, nibilo minus familiam bonorum possessionem contra tabulas liberti accipere ait, quia filius revendendo libertatis causa imposita fratrem suum non summoverti*. Ivi Ulpiano prospetta un caso richiamandosi all'autorità di Giuliano. Il patrono rivende alla liberta le *operae* in cambio della libertà (si tratta, ovviamente, di una *promissio* fatta prima della manumissione). Il patrono avrebbe così potuto liberare la serva manomettendola e facendola debitrice delle *operae* a tutti gli effetti, per poi rivenderle alla stessa. Ciò avrebbe precluso al figlio del patrono la possibilità di chiedere la *bonorum possessio (ab intestato?)* in quanto con la vendita sarebbe venuto meno non solo il diritto del padre, ma anche quello del figlio. Se però fosse stato il figlio del patrono a pretendere il denaro al posto delle opere di cui era diventato l'avente diritto, suo fratello non avrebbe perso il diritto di succedere nei beni del liberto, essendo i diritti dei due fratelli autonomi l'uno rispetto all'altro. Sul testo cfr. P. DE FRANCISCI, *Intorno alla 'libera testamenti factio'*, cit., 42 s., 48 ss.; G. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., 410; P. VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., 343, 345; P. PESCANI, *Le 'operae libertorum'*, cit., 148 s.; C. MASI DORIA, *'Bona libertorum'*, cit., 332 s., 450 ss., con ulteriore bibliografia.

plausibile supporre pertanto che Giustiniano sia intervenuto per superarle.

La *libera testamenti factio* per l'imperatore di Tauresio deve rimanere una normale *testamenti factio*, le cui norme regolatrici non possono essere modificate, nemmeno per concessione imperiale. Ancora una volta Giustiniano sembra attenersi all'opinione di Papiniano, il cui pensiero in materia viene conservato dai Compilatori in

Pap. 14 *quaest.* D. 28.1.3: *Testamenti factio non privati, sed publici iuris est.*

Anche la *testamenti factio* è materia che va sottratta a qualsivoglia libera regolamentazione. Lo aveva affermato Papiniano<sup>39</sup>, lo conferma Giustiniano il quale finisce così per seguire, anche sotto questo aspetto, le orme di chi, tra i giuristi tardo-classici, egli stesso aveva qualificato «*acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens*»<sup>40</sup>.

## ABSTRACT

L'autrice si sofferma sulla costituzione giustiniana riportata in C. 3.28.35, non a torto considerata in dottrina tra quelle emanate da Giustiniano per risolvere controversie classiche e che i Commissari preposti alla compilazione dei *Digesta* avevano ritenuto opportuno deferire all'Imperatore. Tra queste divergenze risulta anche quella riguardante il caso di un eventuale accordo informale intercorso tra *de cuius* e figlio, con cui quest'ultimo si impegnava a non esperire la querela contro il testamento del padre. Al riguardo l'imperatore segue l'opinione

---

<sup>39</sup> Sul frammento di Papiniano v. per tutti B. BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., 82; G. ARICÒ ANSELMO, *Ius publicum*, cit., 83 s. e nt. 148.

<sup>40</sup> C. 6.42.30 IMP. IUSTINIANUS A. DEMOSTHENI PP. (a. 529): *Cum acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens Papinianus in suis statuit responsis ...* ; v. anche C. 7.45.14 IMP. IUSTINIANUS A. DEMOSTHENI PP. (a. 530): *Cum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuit...* . A questo riguardo v. *amplius* G. COPPOLA BISAZZA, *Papiniano ed i 'procuratores'*, in *SDHI*, 76, 2010, 93 ss., ove bibliografia sul tema.

di Papiniano, secondo cui il patto rinunciativo non poteva intaccare il diritto dei figli alla *quarta pars*, così come la *libera testamenti factio* non poteva intaccare il diritto dei patroni alla *pars debita*. E ciò sulla base del principio, enunciato sempre da Papiniano, secondo cui «*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*».

Author dwells on the Justinian constitution reported in C. 3.28.35, not wrongly considered in the doctrine among those issued by Justinian to resolve classical controversies and which the Commissioners in charge of drafting the Digest had deemed it appropriate to refer back to the emperor. Among these differences there is also that relating to the case of a possible informal agreement between the deceased and the son, with which the latter had undertaken not to bring a lawsuit against the will of the father. In this regard, the emperor follows Papinian's opinion, according to which the pact of renunciation could not harm the right of the children to the fourth *pars*, just as the *libera testamenti factio* could not harm the right of the patrons to the *pars debita*. And this on the basis of the principle, once again enunciated by Papiniano, according to which «*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*».

GIOVANNA COPPOLA BISAZZA  
E-mail: gcoppola@unime.it



