

## *Il postumo e la Lex Cornelia nel libro quarto delle epistole di Giavoleno*

### *I. Introduzione*

Il titolo dell'opera di Giavoleno non è innovativo, poiché, nella letteratura latina esistevano opere chiamate epistole<sup>1</sup> e, in relazione alla materia giuridica, in età giulio-claudia, Labeone aveva già scritto un lavoro con questa denominazione<sup>2</sup>, così come, in seguito, Proculo in almeno in undici libri. In età traianea non soltanto Giavoleno scrisse epistole, ma pure Nerazio (probabilmente in quattro libri), subito dopo Celso (in undici libri?<sup>3</sup>) e più tardi, ma ancora in età antonina, Pomponio fu l'autore di due opere con questo titolo: *le epistulae* (in dodici libri?), nonché i *20 libri epistularum et variarum lectionum*, dei quali fu autore anche Africano (in venti libri?)<sup>4</sup>.

Trovare ordine nelle epistole di Giavoleno è impresa ardua; infatti, lo stesso Lenel<sup>5</sup> dichiara '*Certus rerum ordo in his libris nullus videtur fuisse*'. Eckardt<sup>6</sup> ritiene che probabilmente le *epistulae* seguissero le rubriche dell'editto, ma questa tesi sembra un po' forzata<sup>7</sup>, in quanto, a nostro parere, Giavoleno nella

\* Il presente contributo è stato realizzato con fondi dell'Unione europea - Next Generation EU, Missione 4, Componente 1, CUP F53D23003280006 - Codice progetto 20223Z3C9W\_002, PRIN 2022 (*Fine vita nel mondo romano. Ultime volontà e proiezioni della persona dopo la morte/End of Life in the Roman World. Last Wills and Person's Projections after Death*).

<sup>1</sup> Nella seconda metà del I secolo a.C. la terza elegia del quarto libro di Properzio, epistola di Arethusa a Lycotas, è il primo esempio latino di epistola in versi. Ricordiamo, inoltre, l'epistola scritta da Cicerone e indirizzata all'oratore Ortensio Ortalo e la raccolta di Epistole di Orazio divisa in due libri: il primo include venti lettere dedicate a Mecenate scritte tra il 23 e il 20 a.C., il secondo è costituito da tre lettere, tra cui la famosa *epistula ad Pisones* o *Ars poetica*, scritta nel 13 a.C. Le *epistulae ex Ponto* di Ovidio contengono 46 composizioni epistolari raccolte in quattro libri e furono scritte tra la fine del 14 e l'estate del 16 d.C. Le *epistulae morales ad Lucilium* di Seneca, che risalgono al periodo compreso tra il 62 e il 65 d.C., includono 124 lettere suddivise in 20 libri.

<sup>2</sup> Come si ricorda in D. 41.3.30.1 (Pomp. 30 *ad Sab.*): *Labeo libris epistularum ait...*

<sup>3</sup> D. 4.4.3.1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *...Celsus epistularum libro undecimo et digestorum secundo tractat...*

<sup>4</sup> D. 30.39 pr. (Ulp. 21 *ad Sab.*)

<sup>5</sup> O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis* I, rist. Roma 2000, 285 nt.7.

<sup>6</sup> B. Eckardt, *Iavoleni Epistulae*, Berlin 1978, 227 ss.

<sup>7</sup> Ad esempio, lo studioso ritiene che il caso di un figlio impubere che ottiene dal pretore la facoltà di astenersi dall'eredità *damnosa*, presente in D. 42.5.28 (Iavolen. 1 *epist.*), corrisponda al § 44 del titolo X (Lenel) '*ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituntur*', ma questo passo si trova nel Digesto sotto il titolo '*de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis*' insieme ad altri testi del commento editale di Gaio, Paolo e Ulpiano, in cui l'argomento trattato corrisponde al

sua opera si limita ad affrontare diversi problemi giuridici che sembrano seguire un disegno casuale, argomenti concatenati che diventano il risultato di un gioco mentale che si costruisce in modo consequenziale, prendendo come punto di riferimento l'opera di Sabino.

Il giurista, allo stesso modo del fondatore della sua scuola<sup>8</sup>, inizia le epistole trattando del testamento<sup>9</sup> e, mentre nel libro primo si riesce a ricostruire il filo conduttore percorso da Giavoleno<sup>10</sup>, tra il libro secondo e il quarto la situazione diventa più complessa, anche se possiamo costatare che gran parte degli argomenti trattati hanno come punto d'incontro il *fundus*<sup>11</sup>. Nondimeno, siccome il

pagamento dei creditori ereditari. D. 42.5.28 (Iavolen. 1 *epist.*) si inquadra senza problemi nel titolo dell'editto '*De bonis possidendis proscribendis vendundis*' (XXXIX Lenel), ma evidentemente, se il giurista avesse avuto l'intenzione di seguire l'ordine editale, difficilmente il problema sarebbe stato analizzato nel libro primo della sua opera. Eckardt (pp. 227 ss.) pensa che forse il brano raccolto in D. 12.1.36 (Iavolen. 1 *epist.*), che tratta della novazione soggettiva sotto condizione corrisponda alla rubrica editale '*de lite restituenda*' (Tit. X § 45 Lenel) ma, secondo noi, sembra più fattibile considerarlo nel titolo '*Si certum peteretur*' (Tit. XVII § 95 Lenel); infatti, tale testo si trova sotto il titolo '*de rebus creditis si certum petetur et de condicione*' del Digesto insieme ad altri testi del commento editale di Giuliano, Paolo e Ulpiano e, se la nostra tesi fosse corretta, il brano potrebbe collegarsi a D. 17.1.52 (Iavolen. 1 *epist.*), in cui la questione riguarda la cosiddetta *condictio triticaria*.

<sup>8</sup> Come si dimostra con i commenti all'opera del capo scuola fatti da Pomponio, *ad Sabinum libri XXXVI* dal primo al terzo libro (Lenel, *Palingenesia iuris civilis* II, cit. 86 ss.); di Paolo, *ad Sabinum libri XVI*, dal primo al secondo (Lenel, *Palingenesia iuris civilis* I, cit. 1251 ss.) e di Ulpiano, *ad Sabinum libri LI*, dal primo all'undicesimo (Lenel, *Palingenesia iuris civilis* II, cit. 1019 ss.).

<sup>9</sup> Di questa parte dell'opera sarebbero pervenuti nella compilazione D. 42.5.28 (Iavolen. 1 *epist.*), che corrisponde alla rubrica *De substitutione pupillari*, e D. 41.2.23 pr. (Iavolen. 1 *epist.*), che tratta della trasmissione di situazioni giuridiche tra il *de cuius* e gli eredi volontari.

<sup>10</sup> Giavoleno conclude il suo discorso sulla materia ereditaria con gli eredi volontari e collega tale argomento a quello della *possessio*, come si osserva in D. 41.2.23 pr. (Iavolen. 1 *epist.*): *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet*) e, siccome il possesso continuativo permette l'acquisto del *dominium* attraverso l'*usucapio*, il giurista introduce nel suo discorso il problema dell'*accessio temporis* in D. 41.3.19 (Iavolen. 1 *epist.*), per finire la sua analisi con il caso del *dominus* che acquista la titolarità di una *res* concessa a due schiavi appartenenti allo stesso proprietario. Mancano nell'opera testi che permettano di capire il collegamento tra la proprietà e la *sponsio* o la *stipulatio* in D. 12.1.36 (Iavolen. 1 *epist.*) e D. 17.1.52 (Iavolen. 1 *epist.*), ma sembra evidente che i casi riguardanti obbligazioni *verbis contractae* fossero stati considerati dal giurista sabiniano alla fine del libro primo e non all'inizio dell'opera, come invece avrebbe considerato Lenel, *Palingenesia* 1 cit. 285 ss., perché il maestro di Giuliano continua a trattare l'argomento nel secondo libro delle sue epistole (D. 16.2.15; D. 45.1.105).

<sup>11</sup> Libro II: D. 18.1.64 (fondo comprato); D. 8.6.15 (fondi e servitù); D. 10.3.18 (*fundus hereditarius*). Libro III: D. 7.1.54 e in D. 38.2.35 (usufrutto di un fondo concesso in legato con e senza condizione); D. 38.5.12: il fondo mancipato dal liberto a favore di un terzo con frode contro il patrono. Libro IV: D. 8.1.12: l'acquisto di una servitù a favore di un fondo dei municipi mediante uno schiavo; D. 35.2.61: il legato di un fondo altrui; D. 50.16.115: distinzione concettuale tra *fundus*, *ager* e *possessio*.

fondo si possiede e il possesso del testatore dovrebbe favorire l'erede, come si indica nel libro IV in D. 41.3.20, l'argomento si collega così al problema del testamento del cittadino che perviene nella potestà del nemico.

## II. Postumo e lex Cornelia

Giavoleno in un frammento del libro primo delle sue epistole, raccolto in D. 41.2.23.1, aveva già affrontato il tema del *civis ab hostibus captus*, considerando *ius singulare* il fatto che un cittadino romano prigioniero dei nemici continuasse ad essere titolare dei propri beni; infatti, secondo il giurista, risulterebbe contro il *tenor rationis* che una persona sottoposta a potestà conservasse ancora tali diritti (*in retinendo iura rerum suarum*), ma, la perdita del possesso sulle stesse *res* avrebbe come fondamento una contraddizione logica: non può continuare a possedere chi è già posseduto da un altro (*neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur*)<sup>12</sup>.

La *fictionis iuris* in materia di *captivitas* si presenta pure, come è noto, riguardo all'applicazione della *lex Cornelia*<sup>13</sup>. A tal riguardo troviamo un caso con diverse varianti, che sembra essere il risultato di una semplice esercitazione di carattere scolastico, in D. 28.3.15 (Iavolen. 4 *epist.*):

*Qui uxorem praegnatam habebat, in hostium potestatem pervenit: quaero, filio nato quo tempore testamentum in civitate factum rumpatur? et si filius ante moriatur quam pater, an scripti heredes hereditatem habituri sint? respondi: non puto dubium esse, quin per legem Corneliam, quae de confirmandis eorum testamentis, qui in hostium potestate decessissent, lata est, nato filio continuo eius testamentum, qui in hostium potestate sit, rumpatur: sequitur ergo, ut ex eo testamento hereditas ad neminem perveniat.*

Un cittadino confeziona un testamento senza considerare l'eventualità della nascita di un postumo e poi perviene nella potestà dei nemici. Il giurista presenta due questioni (*quaero*) con variabili diverse; la prima consiste nel determinare il

<sup>12</sup> Argomento già studiato da noi in un'altra occasione, cfr. Y. González Roldán, *Argomenti del libro primo delle Epistole di Giavoleno*, in *RIDA*. 66, 2019, 102-107.

<sup>13</sup> Legge del 84-81 o del 82-67 a.C. (?) che deriva il suo nome dal proponente *Lucius Cornelius Sulla*. Sull'argomento si vedano: E. Balogh, *Der Urheber und das Alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes*, in *Studi in on. di P. Bonfante* 4, Milano, 1930, 624-691; H.J. Wolff, *The «lex Cornelia de captivis» and the roman law of succession*, in *RHD*. 17, 1941, 136-183; L. Amirante, «*Captivitas*» e «*postliminium*», Napoli 1950, 25-40; E. Bianchi, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova 1997, 352-373; L. D'Amati, «*Civis ab hostibus captus*». *Profili del regime classico*, Milano 2004, 175-181, la quale riporta alla nt. 491 i tentativi di ricostruzione della dottrina alla presente legge.

momento in cui il *testamentum* redatto a Roma dall'ostaggio sarebbe diventato inefficace dopo il parto; quanto alla seconda, occorre stabilire se gli eredi istituiti potessero ottenere l'eredità nel caso in cui il nascituro fosse nato, ma fosse morto prima del padre. Il giurista per rispondere ai quesiti riconduce la sua interpretazione (*non puto dubium esse*) alla *lex Cornelia de confirmandis testamenti eorum qui in hostium potestate decessissent* rilevando che, dal momento in cui il figlio nasce, il testamento sarebbe diventato immediatamente invalido, come sarebbe accaduto pure nel caso in cui il padre si trovasse in territorio romano (con la conseguenza che gli eredi designati dal *de cuius* non avrebbero ottenuto l'eredità secondo il testamento inefficace).

Come è noto, la *lex Cornelia* di età repubblicana stabiliva la finzione per la quale il *civis* morto in territorio nemico sarebbe stato considerato ancora libero e perciò, il suo testamento, confezionato in patria, avrebbe avuto piena validità<sup>14</sup>, non considerandosi *irritum per capitis deminutio*. Questo significa che, se il figlio postumo fosse stato nominato tra gli eredi, l'ultima volontà del *de cuius* sarebbe stata efficace a tutti gli effetti, come se il prigioniero in territorio nemico fosse morto cittadino.

Un dato non indicato nella *lex* riguarda la determinazione del momento preciso in cui si sarebbe considerata avvenuta la morte del cittadino in territorio nemico. Le possibili soluzioni erano due<sup>15</sup>: il momento effettivo del decesso, oppure quello della cattura.

La prima soluzione presenta una grave difficoltà, poiché, tranne che in alcuni casi, avere la certezza del decesso avrebbe richiesto una verifica non sempre

<sup>14</sup> Infatti, Giavoleno indica la funzione della *lex* nel brano motivo d'indagine: *...per legem Corneliam, quae de confirmandis eorum testamentis...*, espressione che, come sostiene Bianchi, *Fictio iuris* cit. 355 nt. 426 «descrive come, nonostante la caduta in prigionia, ai testamenti sia mantenuta efficacia»; infatti, come sottolinea U. Ratti, *Studi sulla captivitas*, Napoli, rist. 1980, 158, risulta erroneo dire che la validità del testamento sia in sospeso o che la prigionia di guerra, data la legge Cornelia, non lo renda mai *irritum*, poiché il *testamentum* diventa inefficace a tutti gli effetti a causa della *capitis deminutio* del testatore in prigionia anche se, grazie alla *lex Cornelia*, produrrà effetti. Lo stesso Bianchi (pp. 357-358) considera giustamente che l'ambito d'applicazione della *lex* in origine fosse la successione testamentaria e che poi, in età classica, grazie a un'interpretazione estensiva della giurisprudenza iniziata probabilmente con Giuliano in D. 28.6.28 (Iulian. 62 *dig.*), il criterio sarebbe stato ampliato a qualunque tipo di eredità (come quella che riguardava la sostituzione pupillare): *Lex Cornelia, quae testamenta eorum qui in hostium potestate decesserunt confirmat, non solum ad hereditatem ipsorum qui testamenta fecerunt pertinet, sed ad omnes hereditates, quae ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent...* Su questo ultimo punto Wolff, *The «lex Cornelia de captivis»* cit. 139-141, rileva come la tesi giuliana era ancora discussa in età severiana, come si evince da D. 49.15.10 pr. (Papinian. 27 *quaest.*): *...verum huic sententiae refragatur iuris ratio...* Sul rapporto tra la legge Cornelia e la sostituzione pupillare si veda G. Finazzi, *La sostituzione pupillare*, Napoli 1997, 211-216.

<sup>15</sup> Come si ricorda in Gai 1.129: *...sed utrum ex hoc tempore, quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo, quo ab hostibus captus est, dubitari potest...*

possibile. Per questo motivo, sarebbe sembrato più consono considerare avvenuta la morte a partire dal momento in cui il cittadino era divenuto prigioniero. Dobbiamo comunque sottolineare che tale tesi giurisprudenziale avrebbe richiesto l'inclusione, nell'interpretazione della legge Cornelia, che già presupponeva una finzione, di una seconda simulazione: la stessa morte del cittadino al momento della cattura da parte dei nemici.

Gaio non riferisce quale delle due tesi fosse prevalsa in giurisprudenza<sup>16</sup>, ma sembra che il secondo criterio avesse avuto più successo in età severiana, come dimostra il frammento raccolto in D. 49.15.18 (Ulp. 35 *ad Sab.*): *In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est*<sup>17</sup>. Forse il testo di Ulpiano ha una matrice sabiniana, non soltanto per il fatto che il giurista sta commentando il corifeo della scuola (il che di per sé è già un indizio), ma perché, come si dimostra in D. 28.3.15 (Iavolen. 4 *epist.*), pare che il suo allievo fosse dello stesso parere; infatti, Giavoleno inizia trattando il problema degli effetti del testamento senza presupporre la morte effettiva del testatore, ma la sua cattura: *in hostium potestatem pervenit*<sup>18</sup>.

#### *a. Adgnatione postumi testamentum rumpitur*

La prima *quaestio* presentata da Giavoleno consiste nel determinare quando il testamento del cittadino che cade in prigionia diventi invalido verificandosi la nascita<sup>19</sup> di un postumo non istituito o diseredato nella disposizione di ultima volontà<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Come giustamente sottolinea R. Quadrato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli 1979, 102-106.

<sup>17</sup> Nello stesso senso cfr. P. Voci, *Diritto ereditario romano* 1, Milano 1967, 557-558. Dobbiamo aggiungere pure come prova D. 49.15.10 pr. (Papin. 29 *quaest.*): *...si pater, qui non rediit, iam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est...* e D. 49.15.12.1 (Tryphon. 4 *disp.*): *Si quis capitur ab hostibus, hi, quos in potestate habuit, in incerto sunt, utrum sui iuris facti, an adhuc pro filiis familiarum computentur; nam defuncto illo apud hostes, ex quo captus est, patres familiarum...*

<sup>18</sup> Ratti, *Studi sulla «captivitas»* cit. 159, afferma che, siccome per Giavoleno la morte del testatore dovrebbe considerarsi avvenuta dal momento della cattura, il periodo di nullità del testamento, causato dalla *capitis deminutio* del testatore per motivo della prigionia, risulterebbe cancellato.

<sup>19</sup> Il termine *natum* include anche il figlio venuto alla luce mediante il taglio cesareo [D. 28.2.12 pr. (Ulp. 9 *ad Sab.*)]. Il requisito della nascita è fondamentale per rendere il testamento invalido (*ruptum*) pure se il figlio fosse nato senza voce [C.6.29.3 (Lamp. Et Orest., a. 530)]. Certamente, se la donna avesse abortito, *nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam* (Gaio 2.131). Se invece, nel testamento del cittadino catturato dai nemici fosse stata concessa una quota dell'eredità al postumo e fosse stato accertato che la donna non era in dolce attesa, la quota che sarebbe corrisposta al postumo avrebbe accresciuto le quote degli altri eredi, cfr. D. 29.2.31 (Paul. 2 *ad Sab.*).

<sup>20</sup> Gai 2.130: *Postumi quoque liberi vel heredes institui debent vel exheredari*. Non abbiamo considerato l'avverbio *nominatim* che sembra apparire nel testo Veronese (*Postumi quoque liberi nom<inatim vel heredes insti>tui debent vel exheredari*) poiché diversi editori lo reputano insiticio

Se la *lex Cornelia* non fosse stata emanata, la *capitis deminutio* del *pater* avvenuta con la cattura avrebbe trasformato in *irritum* il testamento (Gai 2.145; 2.146) prima della nascita del postumo ma, poiché la presente legge ritiene il *civis ab hostibus captus* morto in patria, il *testamentum* diventa *ruptum* dal momento della nascita del postumo. Sotto tale profilo trova applicazione la regola *adgnatione postumi testamentum rumpitur* [Gai 2.131; Tit. Ulp. 22.18; Inst. 2.13.1; D. 28.3.3 pr. (Ulp. 3 *ad Sab.*)].

Il caso diventa più complesso se gli eredi testamentari contestino in giudizio il rapporto agnatizio tra il *de cuius* e il postumo; ad esempio, si pensi al caso in cui il minore effettivamente sia il figlio biologico del testatore, ma giuridicamente non abbia il carattere di *suus heres* poiché la vera madre è una schiava e non la moglie. In questo caso il pretore, previa valutazione delle circostanze (*causa cognita*), avrebbe concesso il possesso dei beni al minore, come se non fosse esistita controversia, rimandando la decisione al tempo della pubertà in base all'editto Carboniano [D. 37.10.1 pr. (Ulp. 41 *ad ed.*)]<sup>21</sup>.

*b. La tesi sabiniana che considera inefficace il testamento del figlio preterito già nato e premorto al padre*

Il secondo caso analizzato da Giavoleno ha una variante, il *suus* sopravviene dopo la perfezione del testamento, ma la sua morte si verifica prima di quella del padre. In tale ipotesi si dovrebbero produrre gli stessi effetti già riferiti nel primo caso: il testamento diventa inefficace *iure civili* e nessuno degli eredi istituiti può beneficiare dell'eredità testamentaria. Il giurista non informa se in base al diritto pretorio gli eredi indicati dal *de cuius* abbiano la facoltà di pretendere la *bonorum possessio secundum tabulas*, come avrebbero ritenuto successivamente in rescritti imperiali Adriano e Caracalla<sup>22</sup>, ma, dalle sue parole, dobbiamo

e lo eliminano nella restituzione del testo. F. Lamberti, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana. Profili del regime classico*, 2, Milano 2001, 98-108 preferisce incorporarlo nel brano.

<sup>21</sup> Problema affrontato da noi in Y. González Roldán, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari 2014, 221-223.

<sup>22</sup> D. 28.3.12 pr. (Ulp. 4 *disp.*): *Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit: licet iuris scrupulositate nimiaque suptilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest remque optinebit, ut et divus Hadrianus et imperator noster rescripserunt...* Cfr. già González Roldán, *Il diritto ereditario in età adrianea* cit. 221 nt.1, ove si rileva che i termini *scrupulositas* e *subtilitas* sono stati considerati interpolati da diversi autori, come P. Voci, *Testamento pretorio*, in *Labeo* 13, 1967, 324, anche se, lo stesso autore dichiara che l'interpolazione, che attribuisce a *nimia subtilitas* la rottura del testamento, si riferisca evidentemente al regime civile e non aggiunga nulla di sostanzialmente nuovo. Secondo noi, tali termini sono classici, in quanto il giurista non fa altro che sottolineare un dato pienamente condivisibile in età classica.

escluderlo: *sequitur ergo, ut ex eo testamento hereditas ad neminem perveniat.*

La posizione di Giavoleno applica al *postumus* la tradizionale visione sabiniana che ritiene inefficace il testamento del figlio preterito già nato e premorto al padre come si ricorda in D. 28.2.7 (Paul. 1 *ad Sab.*): *Si filius qui in potestate est praeteritus sit et vivo patre decedat, testamentum non valet nec superius rumpetur, et eo iure utimur.*

I Proculeriani sarebbero stati meno rigidi rispetto ai Sabiniani ritenendo valido il testamento confezionato quando il figlio ancora era in grembo se, dopo la sua nascita, lo stesso fosse morto mentre il padre era ancora in vita<sup>23</sup>, tesi ricordata in Gai 2.123:

*Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse quia scilicet statim ab initio non constiterit institutio. Sed diversae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.*

Il testo ricorda la regola sui *heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* riportata anche in Tit. Ulp. 22.14 forse collocabile nella media repubblica<sup>24</sup> e conferma il criterio sabiniano indicato in D. 28.3.15 (Iavolen. 4 *epist.*) dell'inefficacia dell'atto se non fosse applicata tale massima addirittura nell'ipotesi del concepito nato e poi deceduto quando ancora era in vita il padre<sup>25</sup>. Dobbiamo soffermarci sulle ultime parole impiegate da Gaio per interpretare la *ratio* della tesi proculeriana: risulta evidente (*scilicet*), che la scuola contraria avrebbe negato l'inefficacia dell'atto poiché all'inizio questo aveva piena efficacia. La dottrina<sup>26</sup> ha ritenuto che per i Sabiniani abbia più importanza la validità poten-

<sup>23</sup> La controversia giuridica tra le due scuole era stata già sollevata da B. Eckardt, *Iavoleni epistulae*, Berlin 1978, 86.

<sup>24</sup> Come sostiene Lamberti, *Studi sui postumi* cit. 69-91 con riferimenti bibliografici alla nt.1. Si veda anche E. Bianchi, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'. Fondamenti arcaici e classici*, Milano 2009, 160-220.

<sup>25</sup> Anche se il figlio fosse nato e poi fosse caduto a terra immediatamente o nelle mani dell'ostetrica, il testamento, comunque, si sarebbe invalidato (*ruptum*), come si sottolinea in C. 6.29.3 (Lamp. Et Orest., a. 530).

<sup>26</sup> Si veda G.L. Falchi, *Le controversie tra Sabiniani e Proculeriani*, Milano 1981, 152-154, il quale ripropone una tesi di G. Baviera, *Le due scuole di giureconsulti romani*, Firenze 1898 (rist. 1971), 94, ma contesta quella di P. Bonfante, *Storia del diritto romano* 2, Torino 1934, 266, che riscontra una maggiore larghezza di vedute della scuola proculeriana. Senza negare la validità



ziale del testamento, situazione per cui, gli eventuali vizi dovevano verificarsi al momento della sua esternazione e non dopo, invece per i Proculeiani sarebbe stata rilevante soltanto l'*aditio* e tutto ciò che era avvenuto in precedenza doveva essere trascurato. Non condividiamo tale posizione, poiché, in relazione alla tesi sabiniana, non è detto che il figlio fosse stato già concepito quando il *pater* aveva dichiarato la sua ultima volontà; infatti, il testamento, in tale ipotesi, non avrebbe avuto vizi ma sarebbe stato inefficace in un secondo momento.

Riguardo alla tesi contraria, sembra poco corretto, a nostro parere, concentrare l'attenzione sulla fase dell'accettazione trascurandosi il resto. Probabilmente la *secta* proculeiana riconobbe che la regola che vieta la *praeteritio* del nascituro presenta la difficoltà che il figlio poteva ancora non essere nato e nemmeno concepito al momento del confezionamento del *testamentum* e, poiché il *postumus* non esiste più quando muore il *de cuius*, si ripristinano le stesse condizioni al periodo della *nuncupatio*.

Sicuramente il pensiero sabiniano è più consono sotto un punto di vista di logica giuridica (il concepito è nato e perciò esiste una causa di invalidità sopravvenuta che non può essere sottovalutata), ma l'eccessivo rigore<sup>27</sup> applicato al presente caso, sottolineato da Gaio (*etiamsi*), è risolto dalla proposta innovativa dei Proculeiani non prevalsa in età giustiniana (*Inst.* 2.13 pr. e C. 6.29.3) che mira a salvaguardare la volontà del testatore, considerando mai avvenute la nascita e la morte del preterito.

### III. Sull'assimilazione tra il *civis ab hostibus captus* e il testatore morto nella prospettiva di Giuliano

Vogliamo sottolineare un dato in D. 28.3.15 (Iavolen. 4 *epist.*) che a nostro parere non può essere trascurato; siccome la congiunzione *et* che introduce la seconda questione (*et si filius ante moriatur quam pater, an scripti heredes here-*

di tale pensiero, lo considerano però incompleto P. Stein, *The two schools of jurists in the early Roman Principate*, in *Cambridge LJ* 31, 1972, 24-25 e M.G. Scacchetti, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculeiani*, in *Studi in on. di A. Biscardi* 5, Milano 1984, 396-397. L'opinione della Scacchetti, a nostro parere, sembra poco chiara, perché la studiosa, da una parte, sostiene che i Proculeiani volessero conservare il negozio *mortis causa* (il che è evidente), ma, dall'altra, la frase «ne applicarono concretamente i principi in quei soli casi in cui ciò non avrebbe comportato la violazione del diritto vigente, differenziandosi così, ancora una volta, dalla metodologia dei Sabiniani» non sembra trovare riscontro nel presente caso. Anzi, in tale prospettiva ritenere valido un testamento in cui non è indicato il postumo sembra, sotto l'aspetto di logica giuridica, una chiara 'violazione del diritto vigente' (usando parole della studiosa).

<sup>27</sup> Voci, *Testamento pretorio* cit. 638-639.



*ditatem habituri sint?*) ha l'effetto di collegarla alla prima e nella soluzione dei due casi si applica la legge Cornelia, risulta evidente che Giavoleno assimila il *civis ab hostibus captus* al testatore morto, opinione che poi non è stata condivisa dal suo allievo, come si dimostra in D. 49.15.22.4 (Iulian. 62 dig.):

*Si quis, cum praegnatem uxorem haberet, in hostium potestatem pervenerit, nato deinde filio et mortuo, ibi decesserit, eius testamentum nullum est, quia et eorum, qui in civitate manserunt, hoc casu testamenta rumpuntur.*

Giuliano considera due momenti diversi: il primo corrisponde all'atto stesso della cattura (*in hostium potestatem pervenerit*), il secondo alla morte in territorio nemico (*ibi decesserit*). Soltanto in quest'ultima circostanza potrà avere luogo la  *fictio legis Cornelia* <sup>28</sup>. Probabilmente il giurista ha una visione più ottimista rispetto a quella di Giavoleno<sup>29</sup>, poiché, sebbene risulti evidente la difficoltà di determinare la morte del testatore prigioniero *apud hostes*, il rientro del cittadino in patria sarebbe comunque possibile, ad esempio, dopo il suo riscatto. Il maestro di Giuliano, invece, considerando la morte del testatore al momento della cattura, avrebbe permesso, risultando inefficace il testamento per motivo della nascita del postumo, l'apertura della successione *ab intestato* e, nell'eventualità del rientro in territorio romano, il cittadino avrebbe riacquistato i suoi beni grazie al *postliminium*.

La tesi di Giavoleno, secondo Eckardt<sup>30</sup>, risulta meno chiara di quella di Giuliano poiché, secondo lo studioso, il maestro del giurista adrianeo avrebbe sostenuto che l'invalidità del testamento era attribuibile alla legge Cornelia e non alla nascita del *suus*. La migliore interpretazione del testo, a nostro parere, è un'altra: la legge Cornelia fu emanata per confermare la validità del testamento di coloro che si trovavano prigionieri presso i nemici, come dimostrano i brani raccolti nella compilazione, ma la nascita del figlio è la variabile che impedisce la sua efficacia (*...nato filio continuo eius testamentum ... rumpatur*).

Dobbiamo comunque sottolineare che, sebbene Giavoleno ritenga morto il testatore quando i nemici conducono il cittadino nel proprio territorio, questo non significa che gli eredi avrebbero potuto pretendere subito dopo la cattura l'apertura del testamento; infatti, come è noto, la condizione giuridica dei suoi discendenti si trova in sospeso [D. 38.17.2.7 (Ulp. 13 *ad Sab.*)], risultando in-

<sup>28</sup> Si veda, inoltre, D. 28.1.12 (Iulian. 42 dig.); D. 28.6.28 (Iulian. 62 dig.) e D. 49.15.22 pr. (Iulian. 62 dig.). In questo ultimo brano il giurista adrianeo risulta molto chiaro: *Bona eorum, qui in hostium potestatem pervenerint atque ibi decesserint...*

<sup>29</sup> Sulla diversità di posizione tra Giavoleno e Giuliano in relazione alla *fictio legis Corneliae* si veda Amirante, «*Captivitas*» e «*postliminium*» cit. 108-109.

<sup>30</sup> Eckardt, *Iavoleni Epistulae* cit. 86-88.

certo se debbano essere considerati *sui iuris* o se invece permangano nella potestà del *pater* [Gai 1.129; D. 49.15.12.1 (Tryphon. 4 *disp.*); Tit. Ulp. 10.4] anche se, come afferma Voci<sup>31</sup>, prevalse l'opinione che essi dovessero essere ritenuti *sui iuris*. Tale soluzione sotto l'aspetto pratico risulta essere la migliore poiché, in questo modo, i figli del prigioniero non avrebbero avuto come ostacolo il senatoconsulto Macedoniano<sup>32</sup> e avrebbero potuto richiedere prestiti per pagare il riscatto e riportare così il padre in patria. Come ebbe a rilevare Ratti<sup>33</sup>, «La possibilità che la situazione giuridica attuale muti in avvenire con effetto retroattivo non deve necessariamente produrre un'incertezza sulla situazione attuale».

Yuri González Roldán  
Università degli Studi di Bari 'Aldo Moro'  
yuri.gonzalezroldan@uniba.it

<sup>31</sup> Voci, *Diritto ereditario romano* 1 cit. 559.

<sup>32</sup> Su questo punto in D. 14.6.1.1 (Ulp. 29 *ad edict.*) Ulpiano afferma chiaramente che, se il padre si trova prigioniero presso i nemici, il senatoconsulto non troverà applicazione, ma, se il padre torna in patria, il Macedoniano sarà messo in atto.

<sup>33</sup> Ratti, *Studi sulla captivitas* cit. 55-63; 190-191.