

Familia funesta

1. Nel contesto sociale e religioso della repubblica e del principato, i familiari di una persona defunta erano vincolati, per almeno nove giorni, all'espletamento di un complesso rituale funerario. Tali attività erano considerate assolutamente prioritarie e costituivano un imperativo così cogente da esonerare da altre incombenze le persone che vi fossero impegnate¹:

D. 2.4.2 (Ulp. 5 ad ed.): *In ius vocari non oportet neque consulem neque praefectum neque praetorem neque proconsulem neque ceteros magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt et iubere in carcerem duci: nec pontificem dum sacra facit: nec eos qui propter loci religionem inde se movere non possunt: sed nec eum qui equo publico in causa publica transvehatur. praeterea in ius vocari non debet qui uxorem ducat aut eam quae nubat: nec iudicem dum de re cognoscat: nec eum dum quis apud praetorem causam agit: neque funus ducentem familiare iustave mortuo facientem.*

Ulpiano segnala in tal senso che non si sarebbe potuta citare in giudizio una persona che stesse curando il funerale di un familiare (*funus ducentem familiare*) o fosse, comunque, occupata in riti funebri (*iusta facere mortuo*)² come, tra l'altro, non sarebbe stato lecito convenire in giudizio un *pontifex* mentre compieva i *sacra* o chiunque non potesse allontanarsi da un luogo *propter religionem*³. Per la presente analisi è notevole soprattutto il riferi-

* 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*).

¹ Tale periodo sospensione è stato giustamente accostato al *iustitium*: A. Ramon, *Il rituale della morte: tra pollutio e apoteosi*, in L. Garofalo (a c. di), *Il corpo in Roma antica II*, Pisa 2015, 345 ss., spec. 348. Esso è ripreso anche nella legislazione cristiana di Giustiniano nella novella del 542 (115.5.1).

² Sul termine *iusta*, cfr., peraltro, Cic. *pro Rosc. Am.* 23; *de leg.* 2.63; Sen. *Cons. ad Polyb.* 17.4; *Med.* 997-1001; Plin. *Nat. hist.* 2.248 (notevole per il riferimento all'aspettativa ereditaria dei soggetti chiamati a gestire il funerale: *Funus duxerunt ei propinqui, ad quas pertinebat hereditas*); Ov. *Fast.* 2.569 s.; Macr. *Sat.* 1.13.3. C.M.A. Rinolfi, *Livio 1.20.5-7: pontifici, 'sacra', 'ius sacrum'*, in *Diritto@storia* 4, 2005, nt. 177, Ead., *'Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant ... aut in procinctu'*. *Testamenti, diritto e religione in Roma antica*, Torino 2020, 229 nt. 77.

³ Riportando una citazione di Lucio Cincio, *de re militari*, Gell. 16.4 ricorda, tra l'altro, come causa di assenza giustificata per le reclute al giorno fissato per il giuramento militare, il *funus familiare*, le *feriae denicales* (purché non fossero state pretestuosamente procrastinate con l'obiettivo di assentarsi alla data del giuramento) e il *sacrificium anniversarium*. Sul capitolo gelliano, recentemente, cfr. R. D'Alessio, *Studi sulle Notti attiche*, Lecce 2024, 97 e ivi bibl.

mento, da un lato, al *funus familiare*, dall'altro, ai *iusta defuncto*.

I riti funebri si svolgevano in forma privata ed erano prevalentemente contenuti nella stretta cerchia familiare. Erano perlopiù confinati nella sfera del *ius sacrum* ma conobbero presto una progressiva traslazione nella disciplina della successione *mortis causa* (soprattutto con riferimento alla condizione dell'*heres extraneus*), culminando nella regola *sacra cum pecunia*⁴ che finiva per addossarne la cura su soggetti che non sarebbero stati tenuti altrimenti ad osservarli⁵.

Riguardo agli oneri culturali gravanti sull'erede estraneo una testimonianza significativa, ma solitamente trascurata in letteratura, proviene della voce *everriator* di Festo (Lindsay 68). Vi si descrive un peculiare rito di lustrazione; una sorta di pulizia della casa curata con un particolare tipo di scopa, dopo l'uscita del feretro:

Everriator vocatur, qui iure accepta hereditate iusta facere defuncto debet; qui si non fecerit, seu quid in ea re turbaverit, suo capite luat. Id nomen ductum a verrendo. Non nam exverriae sunt purgatio quaedam domus, ex qua mortuus ad sepulturam ferendus est, quae fit per everriatorem certo genere scoparum adhibito, ad extra verrendo dictarum.

Dalla precisazione secondo cui i *iusta defuncto* avrebbero dovuto essere curati dal soggetto che 'avesse accettato' l'eredità è agevole dedurre che Verrio Flacco e, quindi, Festo non avessero in mente il caso della successione di un *suus*. Quest'ultimo, infatti, sarebbe subentrato automaticamente all'ereditando senza avere la possibilità di accettare (o rifiutare) l'eredità⁶. Deve credersi, per-

⁴ Di recente sul punto: G. Nicosia, '*Iuris consultorum acutae ineptiae*', in *Studi in onore di Remo Martini II*, Milano 2009, 890 s. nt. 75; A. McClintock, *Un'analisi giuridica della lex Voconia*, in *TSDP* 10, 2017, 36 nt. 76; Ead., *La ricchezza femminile e la 'lex Voconia'*, Napoli 2022, 38 nt. 32; Rinolfi, '*Testamentorum autem genera*' cit. 243 ss.

⁵ Il tema è solo incidentalmente connesso con la dialettica tra *supelchra familiaria* e *sepulchra hereditaria*, su cui, peraltro, E. Albertario, *Sepulchra familiaria e sepulchra hereditaria*, in *Il Filangieri* 35, 1910, 492 ss., ora in *Studi di diritto romano*, Milano 1941, 3 ss.; A.G. Valdecasas, *La fórmula H.M.H.N.S. en las fuentes epigráficas romanas. Contribución a la historia de los sepulcros familiares y hereditarios en el Derecho Romano*, in *AHDE* 5, 1928, 5 ss., ora in *SCDR* 30, 2017, 525 ss.; C.C. Mierow, *Hoc Monumentum Heredem Non Sequitur*, in *Transactions and Proceedings of the American Philological Association* 65, 1934, 163 ss, Sui *sepulchra*, più di recente, L. Radulova, *Iura sepulchrorum nella Moesia Inferior: la realizzazione di un fenomeno di diritto romano in ambito greco-trace*, in *RIDA* 63, 2016, 197 ss. In termini più generali, M. Milani, *Il regime giuridico dei sepolcri tra Roma antica e Italia contemporanea*, in *A New Thinking about 'Res'. Roman Taxonomies in the Future of Goods*, Napoli 2022, 31 ss.

⁶ Gai 2.157: *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt*. Cfr., inoltre, I. 2.19.2. P. Voci, *Diritto ereditario romano I. Parte generale*, Milano 1963², 399 ss., 577 ss.

tanto, che la glossa festina si occupasse di un soggetto diverso dai discendenti *in potestate*: un *heres extraneus*; se parente, al più un *adgnatus proximus*. Da questo punto di vista, del resto, anche la chiosa ulpiana in D. 2.4.2 «*neque funus ducentem familiare iustave mortuo facientem*» sembrerebbe allargare la sua prospettiva alla cura di rituali concernenti persone estranee alla cerchia familiare, nella misura in cui il riferimento al *funus familiare* viene completato dalla menzione di più generici *iusta mortuo*, non espressamente limitati a persone di famiglia.

A ogni modo, la puntualizzazione festina che riconosce nell'*everrinator* la persona che avesse accettato *iure* l'eredità (*iure accepta hereditate*) desta una certa sorpresa. L'osservazione sembra, infatti, incompatibile con i tempi degli adempimenti funebri: essendo scanditi da un meccanismo (per così dire) 'naturale', dettato dalla progressiva decomposizione del cadavere, il funerale e i *iusta* certamente non avrebbero potuto attendere la decisione del chiamato di accettare (o meno) l'eredità. Ciò è, d'altronde, quanto si ricava da Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.4:

Scriptus heres prius quam hereditatem adeat patrem familias mortuum inferendo locum facit religiosum, nec quis putet hoc ipso pro herede eum gerere: finge enim adhuc eum deliberare de adeunda hereditate. ego etiam si non heres eum intulerit, sed quivis alius herede cessante vel absente vel verente ne pro herede gerere videatur, tamen locum religiosum facere puto: plerumque enim defuncti ante sepeliuntur, quam quis heres eis existet. sed tunc locus fit religiosus, cum defuncti fuit: naturaliter enim videtur ad mortuum pertinere locus in quem infertur, praesertim si in eum locum inferatur, in quem ipse destinavit: usque adeo, ut etiamsi in legatum locum sit illatus ab herede, illatione tamen testatoris fit religiosus, si modo in alium locum tam oportune inferri non potuit.

Occupandosi della sepoltura, il frammento ulpiano suggerisce l'idea che questo genere di adempimenti fosse normalmente gestito dall'*heres scriptus*, prima dell'accettazione dell'eredità (*ante... quam quis heres... existet*). E, in effetti, dallo stesso libro di Ulpiano (D. 11.7.12.4)⁷ apprendiamo, peraltro, che tra i soggetti dai quali ci si attendeva la cura dei funerali, subito dopo la per-

⁷ D. 11.7.12.4 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Funus autem eum facere oportet, quem decedens elegit: sed si non ille fecit, nullam esse huius rei poenam, nisi aliquid pro hoc emolumentum ei relictum est: tunc enim, si non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur. sin autem de hac re defunctus non cavit, nec ulli delegatum id munus est, scriptos heredes ea res contingit: si nemo scriptus est, legitimos vel cognatos: quosque suo ordine quo succedunt. Cfr. P. de Francischi, La legittimazione passiva nell'azione funeraria, in *Annali dell'Università di Perugia* 32, 1920, 277 ss., ora in *Scritti scelti* I cit. 525 ss.; G. Donatuti, *Actio funeraria*, in *SDHI* 8, 1942, 48 ss., ora in *Studi di diritto romano* II, Milano 1970, 641 ss.*

sona indicata per questo scopo nel testamento, vi era appunto l'*heres scriptus*: ancor prima dei parenti del defunto, per il solo fatto di essere stato designato come erede, egli sarebbe stato legato al testatore da un *officium pietatis*⁸ all'adempimento di questo dovere.

Per questa ragione, la cura della sepoltura dell'ereditando non avrebbe implicato, come evidenzia D. 11.7.4, un'accettazione dell'eredità per fatto concludente (*nec quis putet hoc ipso pro herede eum gerere*). L'enfasi con cui Ulpiano esprime questo principio (*nec quis putet*) induce a supporre che, però, fosse più o meno diffusa un'opinione differente. Non a caso, nell'elencare le ragioni che avrebbero potuto trattenere l'*heres scriptus* alla cura della sepoltura, il giurista include, accanto all'esempio del rifiuto e dell'assenza del designato, anche il timore che tali attività potessero essere interpretate come un'accettazione implicita dell'eredità: *sed quis alius herede cessante vel absente vel verente ne pro herede gerere videatur*.

2. Un'altra testimonianza importante per il tema qui analizzato è data da D. 45.3.28.4 (Gai. 3 *de verb. obligat.*):

Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit posse, quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse: quae ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intellegitur, licet post aliquod tempus heres extiterit: manifestum igitur est servi stipulationem ei adquiri.

Gaio riferisce un caso di *ius controversum*: se a un *servus hereditarius*, finché l'*hereditas* fosse *nondum adita*, fosse permesso di acquistare un credito da

⁸ M. d'Orta, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato*, Napoli 1990, 93 ss. L'editto pretorio avrebbe onerato l'erede che non avesse curato i funerali a rimborsare colui che ne avesse sostenuto le spese solo se queste non fossero state affrontate dal *funerator* spontaneamente *pietatis gratia*, *non hoc animo quasi recepturus sumptum quem fecit* (D. 11.7.14.7, Ulp. 25 *ad ed.*); con particolare riferimento alla rilevanza della *pietas* ancora utilissime le osservazioni di P. de Francisci, *La legittimazione attiva nell'azione funeraria*, in *Il Filangieri* 40, 1915, 14 ss., ora in *Scritti scelti* I, a cura di L. Capogrossi Colognesi e L. Garofalo, Napoli 2021, 479 ss. Reputano la regola risalente al I sec. a.C. J. Paricio, *Notas sobre el 'edictum de sumptibus funerum'*, in *Studi Senesi* 97, 1985, 456 s.; Id., *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, Milano 1986, 90 ss.; Id. *Acción funeraria*, in *Homenaje Murga Gener*, Madrid 1994, 693; F.M. Silla, *Il rimborso delle spese funerarie in caso di prohibitio heredis*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani, A. Schiavone, Pavia 2007, 646 nt. 4. La clausola editale è riprodotta da D. 11.7.12.2 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Praetor ait: «quod funeris causa sumptus factus erit, eius recipiendi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo»*. Sul significato di «*in eum, ad quem ea res pertinet*», di recente, S. Castagnetti, *Le «leges libitinae» flegree*. Edizione e commento, Napoli 2012, 140 ss.; O. Unger, *Actio funeraria*, Tübingen 2018, 105 ss.

stipulatio in favore dell'*heres futurus*. Proculo avrebbe negato tale possibilità: finché il soggetto designato non avesse accettato l'eredità, il servo (ancora *extraneus* rispetto all'erede)⁹ non avrebbe potuto acquistare il credito per lui (stan- te il divieto di *stipulatio alteri*). Cassio, invece, lo avrebbe ammesso: l'accetta- zione avrebbe comportato l'ingresso dell'erede nella posizione dell'ereditando *ex mortis tempore* quasi potesse essere trascurato il tempo interinale di una eredità *nondum adita*. Gaio aderisce alla posizione di Cassio e la conforta con un *argumentum: heredis familia ex mortis tempore funesta facta intellegitur, licet post aliquod tempus heres extiterit*.

Se, come nella glossa festina, il frammento di Gaio postula una dissocia- zione temporale tra l'apertura della successione e l'accettazione dell'eredità, evidentemente anche questa testimonianza esula dal campo della successione del *suus*¹⁰ (il quale, invece, sarebbe subentrato immediatamente *in locum et ius* dell'ereditando)¹¹.

In letteratura, il punto di vista di Cassio è stato interpretato in chiave di re- troattività¹². A me sembra, tuttavia, poco credibile che il dissenso tra Proculiani e Sabiniani riguardasse il tema dell'efficacia retroattiva dell'*aditio hereditatis*: quasi che, diversamente da Cassio, Proculo rifiutasse di agganciare l'acquisto dell'erede all'apertura della successione. Certamente, del resto, anche il procu- liano Celso, 38 *dig.* D. 50.17.193 enfatizzava in questo senso la 'saldatura' tra la morte dell'ereditando e l'*aditio hereditatis*, e il subingresso dell'erede nella posizione dell'ereditando senza soluzione di continuità: *omnia fere iura here- dum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent*¹³.

⁹ *Is* concorda più agevolmente con *servus hereditarius* che con *heredi futuro*. La questione però non mi sembra dirimente per l'interpretazione del passo: l'aggettivo esprime una relazione: se il *servus* è estraneo all'*heres* è, ovviamente, vera anche la reciproca. Sul senso di *extraneus* nel frammento, L. d'Amati, *Manes*, Napoli 2025, 97 s. e nt. 55. A ogni modo l'aggettivo sembra evocare un riferimento alla condizione dell'*heres extraneus* (Gai 2.152; 162 ss.).

¹⁰ Nel senso che il frammento riguardi la condizione dell'*heres futurus* chiamato ad accettare l'eredità (quindi, non un *suus*) vd. Bas. 45.3.28 [Scheltema, A VI, 1961]: κληρονομαῖος δοῦλος ἐπερομένων τῷ ἐσομένῳ κληρονόμῳ προσπορίζει τῷ ὑπείσερχομένῳ τὴν κληρονομίαν.

¹¹ Cfr. *supra* nt. 6.

¹² Sul punto vd. R. D'Alessio, «Quasi sine tempore». *La dimensione atemporale nel diritto privato romano*, Napoli 2021, 217 ss., spec. nt. 117 e ivi bibl. Più di recente S. Schiavo, *Ai confini della soggettività. L'eredità giacente fra res e persona*, in *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica* 3, 2024, 226 ss., e nt. 76.

¹³ Non a caso, peraltro, un giurista come Paolo, che avrebbe sviluppato l'insegnamento pro- culiano sul tema, pur confermando la continuità nella successione tra il dante e l'avente causa (D. 50.17.138, Paul. 27 *ad ed.*: *omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur*) e pur ammettendo che, in linea di principio, l'*hereditas nondum adita* potesse accre- scersi attraverso gli acquisti del *servus hereditarius* (D. 49.15.29, Labeo 6 *pith. a Paulo epit.*: *augeri*

È, però, agevole osservare che neanche la soluzione cassiana si sarebbe potuta risolvere soltanto nel riconoscimento dell'efficacia retroattiva dell'*aditio hereditatis*: in tal senso essa, infatti, avrebbe potuto sanare l'acquisto del *servus hereditarius*¹⁴ a posteriori e purché l'eredità venisse effettivamente accettata. Tale evenienza, tuttavia, sarebbe rimasta non soltanto futura ma anche incerta al momento della *stipulatio*: finché non avesse accettato l'eredità, l'*heres futurus* non sarebbe stato il *dominus* del *servus* né si sarebbe potuto dire se lo sarebbe mai diventato. In quella fase, in definitiva, il *servus hereditarius* sarebbe stato effettivamente un *extraneus*.

Se, dunque, la soluzione di Cassio non può offrire risposta in chiave di retroattività al problema *an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit*, si deve evidentemente concludere che il dissenso con Proculo riguardasse non il momento del subingresso dell'erede alla posizione dell'ereditando (*perinde... ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent*), ma piuttosto la possibilità di trascurare lo stato pendente dell'*hereditas nondum adita* nel quale la *stipulatio* del *servus hereditarius* interveniva. In effetti, la 'pro-'spettiva di Cassio trova coerenza solo se si ammette che il giurista non si fosse limitato a estromettere a posteriori (dopo l'*aditio hereditatis*) il periodo in cui l'*hereditas* fosse *nondum adita* dal corso delle vicende successorie, ma avesse negato la condizione attuale dell'*hereditas iacens*.

Che in questo modo debba essere interpretata la posizione di Cassio sembra confermato da D. 45.3.25 (Ven. 12 *stip.*):

Si servus hereditarius stipulatus fuerit et fideiussores acceperit posteaque adita fuerit hereditas, dubitatur, utrum ex die interpositae stipulationis tempus cedat an ex adita hereditate: item si servus eius, qui apud hostes sit, fideiussores acceperit. et Cassius existimat tempus ex eo computandum, ex quo agi cum eis potuerit, id est ex quo adeatur hereditas aut postliminio dominus revertatur.

La questione affrontata nel frammento concerne il momento dal quale decorresse la durata del rapporto di garanzia (ad esempio ai fini del computo dell'anno rilevante per la *lex Cornelia* o, più probabilmente, del biennio rilevante per la *lex*

per servum hereditarium solet), avrebbe continuato a escludere che il *servus hereditarius* contraesse validamente una *stipulatio* in favore dell'*heres futurus* (D. 45.3.16, Paul. 4 *reg.*: *servus hereditarius futuro heredi nominatim dari stipulatus nihil agit, quia stipulationis tempore heres dominus eius non fuit*; D. 45.1.73.1, Paul. 24 *ad ed.*: *si servus hereditarius stipulatus sit, nullam vim habitura est stipulatio, nisi adita hereditas sit, quasi condicionem habeat. idem est et in servo eius qui apud hostes est*). Evidentemente, il giurista riconosceva nell'intervallo dell'*hereditas nondum adita* una condizione attuale rispetto alla quale l'*heres futurus*, proprio perché tale, sarebbe stato ancora *extraneus*. Paolo accosta la *stipulatio* conclusa dal *servus hereditarius* alla *stipulatio* condizionale.

¹⁴ P. Bonfante, *Corso di diritto romano VI. Le successioni. Parte generale*, Roma 1930, 258.

Furia de sponsu)¹⁵, se un servo ereditario avesse contratto un credito da *stipulatio* e assunto dei fideiussori (nel testo, ma probabilmente da intendere come *sponsores*)¹⁶ prima che l'*hereditas* fosse *adita*. Due sarebbero stati i possibili momenti: il *dies interpositae stipulationis* e l'*aditio hereditatis*. Il frammento estende, poi, la stessa questione al caso in cui la garanzia fosse stata assunta dal *servus* di un *captivus*¹⁷. Quindi, Venuleio ricorda che secondo Cassio la durata di un rapporto di garanzia assunto dal *servus hereditarius* avrebbe dovuto essere computata dal momento dell'*aditio hereditatis* o del rientro in patria del *captivus*¹⁸. È, dunque, agevole osservare come Cassio di fatto estromettesse dal computo l'intervallo tra l'apertura della successione e l'*aditio hereditatis*, quasi che tale periodo potesse ricadere in ciò che mi sembra definibile una sorta di 'dimensione atemporale'.

Se l'affermazione di Cels. 38 dig. D. 50.17.193 s'inserisce in una problematica analoga concernente il computo del tempo della garanzia, come si può supporre dal contesto del libro da cui proviene il frammento¹⁹, sembra opposto il parere di Celso: l'espressione '*perinde... ac si continuo sub tempus mortis*' sopra osservata mirerebbe a includere nel computo il tempo in cui l'*hereditas* fosse *nondum adita*. Certamente questa era l'opinione di Giavoleno²⁰: il tempo della garanzia avrebbe dovuto essere calcolato dal momento in cui fosse stata contratta, giacché sarebbe stato altrimenti *iniquissimum* estendere la durata

¹⁵ Cfr. L. Amirante, *Captivitas e postliminium*, Napoli 1950, 95; A. Cenderelli, *Le garanzie personali delle obbligazioni per debiti e crediti dell'eredità giacente (contributi esegetici)*, in *SDHI* 30, 1964, 114 ss., ora in *Scritti romanistici*, a cura di C. Buzzacchi, Milano 2001, 11 ss., da cui si cita in part. 67.

¹⁶ Cenderelli, *Le garanzie personali delle obbligazioni* cit. 65.

¹⁷ La questione è, in parte, connessa con l'acquisto attraverso il *servus hereditarius* in favore del *postumus*: D. 49.15.29 (Labeo 6 *Pithan. a Paulo epitomat.*): pr. *Si postliminio redisti nihil, dum in hostium potestate fuisti, usucapere potuisti*. Paulus: *immo si quid servus tuus peculii nomine, dum in eo statu esses, possederit, id eo quoque tempore usucapere poteris, quoniam eas res etiam inscientes usucapere solemus et eo modo etiam hereditas nondum nato postumo aut nondum adita augeri per servum hereditarium solet*. Cfr. *infra* e nt. 24.

¹⁸ Venuleio riferisce apertamente l'opinione di Cassio, mentre la sua posizione personale, generalmente ritenuta come adesiva alla posizione di Cassio, non viene esplicitata dal frammento. Cfr. G. Scaduto, *Contributo esegetico alla dottrina romana dell'eredità giacente*, in *AUPA* 8, 1921, 49; Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 540; Cenderelli, *Le garanzie personali delle obbligazioni* cit. 65 ss.

¹⁹ Cfr. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis* I, Lipsiae 1889, 167 s.

²⁰ Sotto altro profilo, mette conto anche segnalare anche D. 28.5.65(64) (Iav. 7 ep.), là dove si ricorda l'opinione di Labeone secondo cui avrebbe potuto essere istituito erede un *servus hereditarius* sebbene nel periodo tra l'apertura della successione e l'*hereditatis aditio* non avesse un padrone cui giovare (...*servus hereditarius, priusquam adeatur hereditas, institui heres potest, quamvis is testamenti facti tempore nullius sit*).

dell'obbligazione in ragione della condizione personale dei creditori²¹:

D. 44.3.4 (Iav. 7 ep.): *Si servus hereditarius aut eius, qui in hostium potestate sit, satis acceperit, continuo dies satisfactionis cedere incipiet: intueri enim debemus, an experiundi potestas fuerit adversus eum, qui obligatus est, non an is agere potuerit, qui rem in obligationem deduxerit: alioquin erit iniquissimum ex condicione actorum obligationes reorum extendi, per quos nihil factum erit, quo minus cum his agi possi.*

Riproducendo la stessa questione descritta da D. 45.3.25 (Ven. 12 stip.), il passo attribuisce a Giavoleno l'opinione opposta rispetto alla soluzione cassiana (secondo cui la durata avrebbe dovuto essere calcolata dal *tempus ex quo agi potuerit*): secondo Giavoleno, infatti, ai fini del decorso del termine sarebbe stata irrilevante la condizione soggettiva del creditore (*intueri enim debemus, an experiundi potestas fuerit adversus eum, qui obligatus est, non an is agere potuerit, qui rem in obligationem deduxerit*). Il tempo della cattività o dell'eredità giacente non avrebbe potuto essere ignorato: non a caso, del resto, in D. 41.2.23.1 il giurista avrebbe esaltato la condizione interinale del *captivus* proclamando, per un *ius singulare*, la permanenza dei suoi diritti durante quel periodo (*in his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est*)²². Su questa premessa, dunque, si comprende agevolmente perché la garanzia ricevuta dal *servus hereditarius* o del *captivus* avrebbe dovuto essere calcolata dal giorno in cui fosse stata assunta (*continuo dies satisfactionis cedere incipiet*).

Si è osservato altrove²³, del resto, come, nella prospettiva di Giavoleno, la saldatura tra l'*aditio hereditatis* e la morte dell'ereditando avrebbe postulato la mediazione dell'eredità quasi attraverso la singolare forma d'identità economica tra *heres* ed *hereditas* espressa in D. 41.3.22 (Iav. 7 ep.): *heres et hereditas tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur*. Ciò, che avrebbe implicato una dimensione attuale dell'intervallo interinale, dal giurista affermata, d'altronde, anche a proposito della rilevanza del *tempus* della *possessio ad usucapionem* (Iav. 4 ep. D. 41.3.20: *possessio testatoris ita heredi procedit, si medio tempore a nullo possessa est*)²⁴.

²¹ Cfr. E. Zachariae von Ligenthal, *Aus und zu den Quellen des römischen Rechts*: 4, Die «lex Furia de sponsu» und Dig. 17, 1, 29 §6. Cod. 8, 40 (41), 29, in ZSS 8, 1887, 215 s.; Scaduto, *Contributo esegetico* cit. 49; U. Ratti, *Studi sulla 'captivitas'*, Roma 1927, rist. Napoli 1980, 137 ss.; J. Imbert, 'Postliminium'. *Étude sur la condition juridique du prisonnier de guerre en droit romain*, Paris 1944, 135 ss.; Cenderelli, *Le garanzie personali delle obbligazioni* cit. 65 ss.

²² D'Alessio, «Quasi sine tempore» cit. 223 ss.

²³ D'Alessio, «Quasi sine tempore» cit. 224.

²⁴ Così anche D. 41.3.40 (Nerat. 5 reg.): *coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est*. In tal senso la regola è contenuta anche nei commentari

Sembra plausibile, pertanto, che il dissenso tra Proculo e Cassio in D. 45.3.28.4 si fondasse sulla differente osservazione del periodo interinale dell'*hereditas nondum adita*: mentre Cassio ne ammetteva l'esclusione dal computo del tempo agli effetti civili, Proculo prendeva in considerazione il suo decorso temporale, durante il quale l'erede designato non avrebbe potuto essere altro che un erede futuro e il servo, pertanto, un estraneo.

La posizione di Proculo sarebbe andata affermandosi nel corso dell'impero oltre i confini della sua scuola, finendo per culminare nella disciplina della *hereditas iacens, vice personae*. Ciò nondimeno, Gaio ricorda ancora la posizione di Cassio, spiegando che la *ratio* della soluzione da lui segnalata è sorretta dall'*argumentum* che la famiglia dell'erede è considerata *funesta ex mortis tempore*, anche prima dell'accettazione dell'erede (*licet post aliquod tempus heres extiterit*). Un dato, questo, particolarmente significativo soprattutto se – come accennato – si riflette sul fatto che la dissociazione temporale rappresentata nel frammento tra l'apertura della successione e il subingresso dell'erede implica che quest'ultimo non sarebbe stato un *suus*.

sabiniani di D. 41.4.6.2 (Pomp. 32 *ad Sab.*): *Post mortem eius, qui hominem emerit, expleto tempore, quod defuisset ad usucapionem, quamvis eum hominem heres possidere non coepisset, fiet tamen eius: sed ita hoc, si nemo eum possedisset*; e D. 41.3.31.5 (Paul. 32 *ad Sab.*, da leggersi come Pomp. 32 *ad Sab.*, secondo O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis* II, Lipsiae 1889, 140 s.): *Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit*. In argomento cfr. G. Nicosia, *L'acquisto del possesso mediante i «potestati subiecti»*, Milano 1960, 165 ss.; P. Fuenteseca, *Possessio domino ignoranti*, in *AHDE* 24, 1954, 582; Y. González Roldán, *Argomenti di diritto ereditario nei libri regularum di Nerazio*, in *SCDR* 20, 2017, 449 ss. e nt. 66. Per l'affermazione della regola vd., inoltre, Papiniano in D. 41.3.44.3 (23 *quaest.*): *nondum aditae hereditatis tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat, sive defunctus usucapere coeperat: sed haec iure singulari recepta sunt*. Il paragrafo deve essere letto nel contesto segnato, al § 7, dal confronto con il caso del *captus ab hostibus* e dal principio secondo cui, *si autem pater ibi decesserit*, il tempo della cattività sarebbe stato calcolato *quia tempora captivitatis ex die quo capitur morti iungerentur, potest filium dici et possedisse sibi et usucepisse intellegi*: vd. U. Robbe, *La 'hereditas iacet' e il significato della 'hereditas' in diritto romano*, Milano 1975, 18 ss. Appartiene sempre alle *quaestiones* di Papiniano, libro XXVII, l'analisi svolta, dopo un riferimento alla condizione del *captivus* e quella dell'*hereditas iacens*, sulla *stipulatio* del *servus hereditarius*, ritenuta *nullius momenti cum in illo tempore non fuerit servus patris*. Nello stesso senso è stata interpretata da Lenel, *Palingenesia* I cit. 174 anche l'affermazione di D. 29.2.54 (Flor. 8 *inst.*) secondo cui l'erede, quando avesse accettato l'eredità, sarebbe sembrato subentrare all'ereditando dal momento della sua morte: *heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intellegitur*; sul punto vd. anche Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 541; Cenderelli, *Le garanzie personali* cit. 57 ss. Quest'ultima affermazione di Fiorentino, se letta insieme con il frammento di D. 46.1.22 (Flor. 8 *inst.*): *mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas*, riguarda il contesto delle garanzie personali.

3. La storiografia ha talora liquidato la nota gaiana «*quae ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intellegitur, licet post aliquod tempus heres extiterit*» come una osservazione metagiuridica, peraltro poco coerente con la soluzione proposta²⁵. Essa, tuttavia, non sembra una giustificazione addotta dal maestro antonino ma appare ripresa dal discorso di Cassio: Gaio, infatti, puntualizza che *illa ratio* (la posizione di Cassio) è sorretta (*commendatur*) dall'*argumentum* che la famiglia dell'erede sarebbe diventata *funesta* immediatamente con la morte dell'ereditando, indipendentemente dall'accettazione dell'eredità.

L'*argumentum* è evidentemente correlato al tema del coinvolgimento del soggetto chiamato all'eredità nei riti funebri dell'ereditando: conferma l'esistenza di un *officium*, gravante su di lui, a occuparsi dei *iusta* del *de cuius*. Significativo è, soprattutto, il riferimento alla *familia heredis* quando il chiamato all'eredità fosse stato un *extraneus*. In tal caso, infatti, la *familia heredis* avrebbe potuto essere diversa da quella dell'ereditando, ma sarebbe stata ugualmente coinvolta dal lutto. Il chiamato all'eredità si sarebbe occupato dei *iusta* 'come se' (in tal senso mi pare di dover intendere il verbo *intellegitur*) concernessero quelli della propria famiglia (la quale sarebbe stata resa *funesta ex mortis tempore*, ancor prima dell'accettazione dell'eredità). Da questo punto di vista, infatti, mi sembra possibile riconoscere una certa simmetria tra il valore dei verbi *intellego* e *videor* adottati nel frammento di Gaio nelle frasi «*heredis familia ex mortis tempore funesta facta intellegitur*» e «*videretur ex mortis tempore defuncto successisse*».

In definitiva, il chiamato si sarebbe occupato dei *iusta defuncto* come se fossero stati affari propri: tant'è che la cura di tali riti non avrebbe comportato una *pro herede gestio*, diversamente dall'ipotesi in cui si fosse occupato di affari ereditari. Quando, del resto, avesse accettato l'eredità, avrebbe effettivamente assunto come propri gli oneri dei relativi *sacra*, quasi fossero della propria famiglia. Sicché, ignorandosi, nella logica cassiana, l'intervallo dell'*hereditas nondum adita*, di fatto si tendeva ad anticipare all'attualità la legittimazione del chiamato all'eredità a curare i *iusta defuncto*.

Da questo argomento Gaio ricava, come conseguenza evidente (*manifestum*) che, se il chiamato all'eredità poteva spendere denaro, liquidare beni e contrarre debiti al fine di trarre i mezzi necessari per sostenere le spese del funerale (essendone gravato personalmente), egli avrebbe potuto anche acquistare il credito da *stipulatio* attraverso il *servus hereditarius*, come se quest'ultimo non fosse stato a lui *extraneus* prima dell'accettazione dell'eredità.

²⁵ A. Cenderelli, *Carattere non patrimoniale dell'actio iniuriarum*, in *Iura* 45, 1964, 159-167, ora in *Scritti romanistici* cit. 1-11, in part. 7. Secondo Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 521, il rilievo, «insignificante sotto l'aspetto giuridico», avrebbe avuto soprattutto «valore storico (mostrando come l'idea della retroattività, nota all'ordinamento religioso, sia antica)».

Si tratta della medesima tensione normativa che Gai 2.55²⁶ riconosce alla base dell'istituzione della *usucapio pro herede*:

Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur.

Notevole, anzitutto, è l'evidenziazione della *ratio* esplicitata dal *quod* (un'espressione ricorrente, sempre a proposito delle peculiarità della *usucapio pro herede* anche in Gai 2.54) che, in qualche modo, ricorda le parole «*quae ratio illo argumento commendatur, quod...*» di D. 45.3.28.4. Dopo aver riferito (Gai 2.51-52) che era eccezionalmente permessa l'usucapione in malafede delle *res hereditariae*, anche se immobili, in un anno soltanto, in quanto (Gai 2.54: *illa ratio est, quod...*) un tempo (*olim*) si riteneva che il possesso delle *res hereditariae* comportasse l'acquisto della stessa *hereditas*, nel paragrafo in esame Gaio spiega, tra l'altro, che una tanto '*improba possessio*' venne tollerata dagli antichi²⁷ per accelerare il più possibile (*illa ratio est, quod*) l'accettazione delle eredità, allo scopo di non lasciarle a lungo prive di soggetti tenuti ai *sacra*, la cui *observatio*, a quel tempo (*illis temporibus*), era tenuta in gran conto²⁸.

L'*argumentum* cassiano tendente ad allargare la cura dei *iusta* all'*extraneus* istituito erede che ancora 'non' avesse accettato l'eredità risponde, in definitiva alla preoccupazione dei pontefici – Cic. *de leg.* 2.19.47 – di assicurare continuità ai *sacra* 'sempre' e 'in perpetuo' (*ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur, et ... perpetua sint sacra*), ammettendo anzitutto il coinvolgimento dell'*extraneus* allo svolgimento dei *iusta defuncto* (quasi fossero relativi alla propria *familia*) e, quindi, riconoscendo in modo definitivo l'addossamento dei *sacra* a chiunque, anche in malafede, fosse entrato in possesso dei beni ereditari.

²⁶ Franciosi, *Usucapio pro herede* cit. 16 ss.; G. Coppola, *Studi sulla pro herede gestio I. La struttura originaria del «gerere pro herede»*, Milano 1987, 66 ss. e ivi bibl.; più di recente, Nicosia, *Iuris consultorum acutae ineptiae* cit. 881 ss.

²⁷ L'indirizzo giurisprudenziale che ha portato la giurisprudenza a escludere l'usucapibilità dell'*hereditas* è al centro della testimonianza di Sen. *ben.* 6.5.3: *Iuris consultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usu capi posse sed ea, quae in hereditate sunt, tamquam quicquam aliud sit hereditas, quam ea, quae in hereditate sunt*. Sulla questione, anche per altre fonti Coppola, *Studi sulla pro herede gestio I* cit. 155 ss. Più di recente, cfr. inoltre Nicosia, *Iuris consultorum acutae ineptiae* cit. 885

²⁸ Cfr. altresì Fest. sv. *Sine sacris hereditas* (Lindsay 370): *Sine sacris hereditas in proverbio dici solet, --- sine ulla incommode appendice: quod olim sacra non solum publica curiosissime administrabant, sed etiam privata; relictusque heres sic<ut> pecuniae, etiam sacrorum erat; ut ea diligentissime administrare esset necessarium*.

A ben riflettere, d'altronde, la logica che permette all'erede l'acquisto del credito da *stipulatio* conclusa dal servo ereditario quando l'*hereditas* non fosse stata ancora accettata non è distante da quella che tollera l'impossessamento dei beni ereditari da parte di un terzo (non chiamato all'eredità), per assicurare la continuità dei *sacra*.

L'accostamento tra i due fenomeni trova, invece, un limite nella prospettiva proculiana che, esaltando la dimensione attuale dell'*hereditas nondum adita*, avrebbe individuato nell'*heres futurus* un soggetto estraneo al *servus hereditarius*.

Tale contesto controversiale sembra poter giustificare la specificazione di Verrio Flacco (autore anziano ma ancora vivo in età tiberiana, stando a Suet. *De gramm.* 17: *decessit aetatis exactae sub Tiberio*) secondo cui i *iusta defuncto* sarebbero gravati su coloro che, *iure*, avessero accettato l'eredità (*qui iure accepta hereditate iusta facere defuncto debet*). La glossa festina – s'è detto – sembrerebbe escludere la possibilità che il soggetto chiamato all'eredità si occupasse dei funerali dell'ereditando pur riservandosi di accettare l'eredità in un secondo momento. Anche se non va trascurato che l'informazione verrina riguardava solo il rito dell'*everriatio* e non tutti gli altri *iusta defuncto*, nella testimonianza comunque non è difficile riconoscere la stessa sensibilità contrastata da Ulp. 25 *ad ed. D.* 11.7.4, secondo cui la cura della sepoltura dell'ereditando prima dell'accettazione dell'eredità potesse essere interpretata come una *pro herede gestio*.

L'accollo dei *iusta* a carico del soggetto estraneo alla *familia* dell'ereditando, evidentemente, non doveva essere particolarmente frequente in una temperie nella quale lo scrupolo antico per l'*observatio* dei *sacra* doveva essere meno avvertito. La testimonianza di Proculo dimostra, infatti, che andava consolidandosi in età tiberiana una dimensione dell'*hereditas nondum adita* rispetto alla quale il soggetto chiamato all'eredità, in quanto *heres futurus*, fosse ormai riconosciuto come un soggetto estraneo alla *familia funesta*.

Raffaele D'Alessio

Università del Salento

raffaele.dalessio@unisalento.it