

CARLO LORENZI (*)

LICET EOS EXHEREDARE, QUOD ET OCCIDERE LICEBAT

Abstract: In the final part of D. 28.2.11 the jurist Paul uses the expression *licebat*, referring to the faculty of the *pater familias* to kill his *filius*, to suggest that it was no longer allowed in his time. In this regard the scholars have reached different conclusions, but the use of this expression by Paul appears appropriate if related with the discipline that provides the referral to the imperial authority of *filius* whose *pater familias* wants to submit to capital punishment.

SOMMARIO: 1. D. 28.2.11 e la sua chiusa. – 2. L'utilizzazione dell'espressione *licebat*.

1. — D. 28.2.11 e la sua chiusa.

La parte finale di un passo di Paolo accolto nel libro ventottesimo del Digesto, sotto la rubrica *De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis*, suscita interesse per un aspetto particolare che esula dalla trattazione della materia successoria di cui il frammento *ex professo* si occupa. Si tratta di:

D. 28.2.11 PAUL. 2 ad Sab. *In suis heredibus evidentius apparet continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod⁽¹⁾ et occidere licebat⁽²⁾.*

(*) Università degli Studi di Perugia

(1) La lezione accolta nell'edizione milanese del Digesto, *Digesta Iustiniani Augusti*, rec. et edid. P. Bonfante, C. Fadda, C. Ferrini, S. Riccobono, V. Scialoia (1908-1931), 2^a ed., Milano, 1960, è *quos et occidere licebat*. La *Littera Florentina* mostra la lettera “d” di “quod” barrata con inserzione apicale della lettera “s”.

(2) La traduzione del passo offerta in S. SCHPANI (dir.), A. PETRUCCI, A. SACCOCCIO (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, 5/1, Milano, 2014, p. 14 s.,

Il giurista, dunque, prende in considerazione il tema della successione e della continuazione della proprietà *in suis heredibus*⁽³⁾ per giungere ad affermare che, anche laddove non fossero istituiti eredi, essi divengono proprietari, non ostando a ciò il fatto che ne fosse consentita la diseredazione da parte del *pater familias*, dal momento che a quest'ultimo – e qui Paolo inserisce un termine di paragone sul cui significato ci vogliamo soffermare – era lecito anche ucciderli.

L'ultimo periodo del frammento paolino è, pertanto, quello che qui interessa più da vicino. Vi si dice che l'uccisione dei figli *licebat*, lasciando intendere che, al presente, essa non sia più consentita⁽⁴⁾. È proprio questo punto, quello cioè della possibilità che Paolo potesse effettivamente esprimersi in tal modo rispetto all'esercizio della *vitae necisque potestas* del *pater familias*, che si vuole porre sotto osservazione.

è la seguente: «Con riguardo agli eredi propri, appare alquanto evidente che «con la successione» ha luogo la continuazione della proprietà, al punto che non si considera esservi stata successione ereditaria, quasi che coloro, che anche in vita del padre sono considerati in certo qual modo proprietari, «già» allora fossero proprietari. Talché altresì «il figlio in potestà» si chiama «figlio di famiglia», così come «colui nella cui potestà egli è si chiama» «padre di famiglia», con aggiunta solo la denotazione «di figlio o di padre», con la quale si distingue il genitore da colui che è stato generato. Pertanto, dopo la morte del padre, essi non si considerano acquistare l'eredità, ma piuttosto conseguire la libera amministrazione dei beni. Per questo motivo, anche se non siano istituiti eredi, divengono proprietari; né a questa «impostazione» è di impedimento il fatto che sia consentito diseredarli, perché era pure consentito ucciderli».

⁽³⁾ Per una bibliografia essenziale della dottrina che ha esaminato il passo sotto questo profilo v. M. DE SIMONE, *Studi sulla patria potestas. Il filius familias 'designatus rei publicae civis'*, Torino, 2017, p. 206 nt. 451. La stessa A. (*ivi*, p. 205) evidenzia come «Il *filius familias* in senso stretto era anzitutto un *suius heres* perché partecipe, oltre che di tutti gli elementi sacrali, anche di quelli economici della *familia*, espressione della *potestas patria* di cui egli era partecipe. In tale prospettiva doveva essersi posto Paolo, commentando Sabino».

⁽⁴⁾ Nel senso di un diritto abolito cfr. vari autori del passato come F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld* (1790-1830), trad. it. di C. Ferrini: *Commentario alle Pandette*, 1, Milano, 1888, p. 591: «È certo che... questa facoltà [il *ius vitae ac necis*] più non spettava al padre ai tempi di Alessandro Severo. Ché Paolo ne parla come d'un diritto tramontato»; M. TROPLONG, *De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*, Paris, 1843, p. 259 nt. 1: «Paul rappelle le droit de vie et de mort comme aboli»; E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*. II. *Le droit classique et le droit du bas-empire*, Paris, 1902, pp. 119, 120 e nt. 1 *ibidem*.

2. — *L'utilizzazione dell'espressione licebat.*

L'affermazione del giurista, per i più, ha suonato come un chiaro avviso di interpolazione, poiché, si è detto, quando Paolo scriveva, il *ius vitae et necis* doveva presentarsi ancora attuale⁽⁵⁾.

Vi è chi aggiunge notazioni ulteriori. Così la visione del giurista sarebbe che i figli si possono considerare in certo modo già come condomini del patrimonio nel quale succederanno, tanto che le facoltà che ha il padre «non ostacolano l'ammissibilità di questa concezione»; per cui «l'interpolazione è resa evidente dal rilievo che Paolo non avrebbe citato come un ostacolo alla sua concezione un diritto del padre che non fosse più esistito, se tale diritto fosse già venuto meno ai suoi tempi»⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Così un gran numero di autori, fra cui T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 618 nt. 4: «die unter Paulus Namen gehende Aeusserung Dig. 28.2.11: (*filios familias*) *et occidere licebat* können ihre Fassung erst durch justinianische Redaction erhalten haben»; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, a cura di E. Pessina, 1, Milano, 1905, p. 380 s.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* (1928, 2^a ed.), I, reint., Milano, 1947, p. 424 nt. 1: «*licebat* è sostituito a *licet*»; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia* (1925), rist., Milano, 1963, p. 112 nt. 5; ID., *Il "ius vendendi" del "paterfamilias" e la legge 2, Codice 4,43, di Costantino* (1906), ora in *Scritti giuridici vari*, 1, Torino, 1916, p. 64 nt. 2; C. LONGO, *Corso di diritto romano, IV. Diritto di famiglia*, Milano, 1934, p. 180 s.; M. ROBERTI, «*Patria potestas*» e «*paterna pietas*», in *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, 1, Padova, 1935, p. 261 nt. 6; G. LONGO, *Diritto romano. III. Diritto di famiglia*, Roma, 1940, p. 40 s.; ID., s.v. *Patria potestà*, in *Noviss. Dig. it.*, 12, Torino, 1965, p. 576; F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (1934), trad. it. di V. Arangio-Ruiz: *I principii del diritto romano*, Firenze, 1949, p. 172 nt. 51; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3, Milano, 1954, p. 4: «Paolo... nel contesto genuino, come si ammette comunemente, doveva dire *occidere licet*»; C. GIOFFREDI, *I principii del diritto penale romano*, Torino, 1970, p. 36 nt. 138 e ID., *Funzioni e limiti della «patria potestas»*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, p. 102 nt. 73.

⁽⁶⁾ G. LONGO, *Diritto romano*, cit., p. 41. Per l'A. la sostituzione di *licebat* a *licet*, «apparentemente assai tenue, svela la nuova mentalità ed il nuovo principio giuridico: trovando affermato che il padre può uccidere i figli i compilatori si preoccupano immediatamente di adoperare il verbo al tempo passato per far credere che tale facoltà del padre non esiste più». In B.W. FRIER, T.A.J. MCGINN, *A Casebook on Roman Family Law*, Oxford-New York, 2004, p. 353, dopo avere posto il quesito: «What is Paul getting at in the last sentence? Is he saying that a right or privilege that is not exercised has no weight?», si sottolinea come «Paul's careful use of the past tense».

Di «aggiunzione inutile e, sopra tutto, incoerente», parla il Cicogna, ritenendo «*exheredare e occidere* due elementi di riferimento tra i quali non ricorre nessun termine di paragone»⁽⁷⁾. Per il Ferrini e il Bonfante, il giurista doveva aver scritto *licet* perché «altrimenti non corre neppure limpida la sua deduzione, che vuol essere, come i retori direbbero, una *confirmatio a maioribus*»⁽⁸⁾.

Queste osservazioni sono tuttavia confutate dal Voci, il quale rileva che, stante il carattere retorico dell'argomentazione di Paolo, non deve ricercarsi un collegamento logico diretto, fra il potere di uccidere e quello di diseredare: «un ordinamento giuridico può avere l'uno o l'altro istituto, o tutti e due, e non in relazione necessaria tra loro»⁽⁹⁾. L'accostamento dell'uccisione alla diseredazione è un espediente utilizzato per dare coloritura al discorso, ed in questo senso non ha nessun valore il fatto che la prima sia tuttora o sia stata, in passato, lecita⁽¹⁰⁾.

Sempre riguardo al significato della chiusa del frammento⁽¹¹⁾, l'Albanese

⁽⁷⁾ G. CICOGNA, *La patria potestà in diritto romano*, in *Studi Senesi*, 59, 1945, p. 142 e 143.

⁽⁸⁾ C. FERRINI, *Diritto penale romano*, p. 380. Così anche P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 112 nt. 5.

⁽⁹⁾ P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, 31, 1980 (ora anche in *Studi di diritto romano*, 2, Padova, 1985), p. 73.

⁽¹⁰⁾ Cfr. P. VOCI, *Storia*, cit., p. 73, il quale si spinge poi a ricercare se, alla base di questo accostamento, non vi sia qualche specifico motivo, trovandolo nel fatto che, per il valido esercizio del potere di diseredare, come del potere di uccidere, fosse necessaria una *iusta causa*; per cui «il senso del discorso potrebbe allora essere [che]... per la diseredazione ci deve essere una *iusta causa*, come c'era per il *ius occidendi*. Questo non si legge nel testo attuale: ma può credersi che il discorso di Paolo continuasse, e sia stato tagliato dai compilatori». L'ipotesi è suggestiva, ma ha, certamente, scarse possibilità di verifica.

Il concetto della giusta causa di diseredazione risulta ancora attuale, essendo stato ripreso dalla civilistica contemporanea, a tutela di diritti fondamentali dei soggetti deboli, in relazione alle proposte di riforma della successione necessaria: cfr. A. PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (Riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimari)*, in *Pers. e danno*, 5/2007, p. 1 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, p. 500 ss., spec. p. 508 ss.

⁽¹¹⁾ L'espressione racchiusa nell'epilogo del frammento permette a Y. THOMAS, *Vitae necisque potestas. Le père, la cité, la mort*, in *Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Rome, 1984, p. 538 nt. 79, di appuntare che la *exhereditatio* non ha solo un effetto soggettivo, ma presuppone un giudizio morale che è anche simbolicamente equivalente a un rinnegamento e quindi a una morte.

avanza diverse ipotesi interpretative⁽¹²⁾. Occorre premettere che, per l'A., non è solamente l'ultimo periodo che, per la presenza di deficienze logiche e stilistiche, solleva dubbi di interpolazione, ammesso che non sia addirittura un'aggiunta posteriore⁽¹³⁾, ma quasi tutto il frammento deve essere attribuito all'opera di una mano posteriore⁽¹⁴⁾. Paolo, ad ogni modo, non avrebbe potuto, secondo l'Albanese, usare il presente (*licet*), parlando del *ius vitae et necis*, oltre che per un motivo sostanziale, per essere quel diritto ormai desueto al tempo del giurista, anche per un motivo formale e stilistico: la ripetizione, a brevissima distanza, con vario senso, della identica parola *licet*. Anzitutto l'A. considera le diverse lezioni proposte del passaggio in questione: da una parte *quod et occidere licebat*, accettata da Mommsen e Krüger; dall'altra *quos et occidere licebat*, ricevuta nell'edizione italiana del Digesto. Quanto alla prima, egli afferma, sono possibili due traduzioni: o «non importa il fatto che è possibile diseredarli, e neanche il fatto che era possibile perfino ucciderli»; o «non importa il fatto che è possibile diseredarli, dato che era possibile perfino ucciderli».

⁽¹²⁾ Cfr. B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*, 20, 1949, p. 225 s.

⁽¹³⁾ È necessario, però, precisare che, più di recente, l'A. si è espresso per la genuinità della parte finale del frammento: cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 250 nt. 192.

⁽¹⁴⁾ L'argomento è approfondito, con ricchezza di argomentazioni, in B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., p. 218 s. L'A., in particolare, mette in evidenza come l'affermazione principale, contenuta nel frammento, «che, cioè, nel caso di successione legittima non ci sia *hereditas*... è in diretto contrasto con tutto quello che sappiamo sulla successione romana» (*ivi*, p. 228). Si potrebbe però osservare come il discorso abbia carattere retorico (v. in proposito quanto nota P. VOGLI, *Storia*, cit., p. 73). Su questa linea il giurista poteva aver fatto leva su una “verosimile” assimilazione del *filiusfamilias* alla figura del *dominus* (*qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur*), per giustificare il fatto che non vi sia bisogno, nei suoi confronti, di una *heredis institutio*, in quanto è “come se” non vi fosse alcuna eredità. L'Albanese conferma la propria posizione in *Note sull'evoluzione storica del ius vitae ac necis*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, 3, Milano, 1948, (ora anche in *Scritti giuridici*, 1 [=Il Circolo Giuridico “L. Sampolo”, 47/1], Palermo, 1991), p. 364 nt. 2. L'intero frammento è rigettato da S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, 1, Napoli, 1932, 161 s.

Il primo modo di tradurre, dice l'Albanese, pur essendo stilisticamente più corretto, è sconveniente dal punto di vista logico, in quanto, accumulando ad un limite presente un limite passato, non presenta nemmeno un tentativo di motivare il precedente *nec obstat*. La seconda traduzione presuppone una struttura meno corretta del testo, poiché verrebbero assegnati significati diversi allo stesso termine, impiegato successivamente a breve distanza. Essa appare però maggiormente appagante, visto che si tenta di motivare il *nec obstat*.

Significato non diverso da quest'ultimo è da assegnare alla frase, accettando la lezione: *quos et occidere licebat*. In tal modo «si avrebbe un andamento grammaticale impeccabile, salvo restando contemporaneamente il simulacro di argomentazione»⁽¹⁵⁾. Simulacro perché, secondo l'A., si tratterebbe di un tentativo solo apparente e formale. «Che senso mai può avere», egli afferma, «che un limite minore (la possibilità di diseredazione) non importa, perché ce n'era un altro più grave (la possibilità di uccisione) che è stato rimosso? L'argomentazione sarebbe evidentemente insignificante, se non altro per il fatto che il limite minore resta sempre»⁽¹⁶⁾. Senonché, a mio avviso, si può osservare che la logica del discorso risiede nel fatto che se, per il tempo passato, la limitazione costituita dalla possibilità di uccisione, non impediva di considerare i figli *quodammodo domini*; a maggior ragione, per il tempo presente, essendo decaduto il diritto di uccidere, la sopravvivenza di una minore limitazione, cioè della possibilità di diseredare, non può essere riguardata come un ostacolo a raffigurare i figli alla stregua di *domini*⁽¹⁷⁾.

Una volta considerata salva la logica sottesa all'asserzione paolina, è da rilevare che se si considera degno di fede quanto affermato nei testi di età severiana (segnatamente C. 8.46.3 di Alessandro Severo e D. 48.8.2 di Ulpiano)⁽¹⁸⁾ che pongono a carico del *pater familias* che voglia castigare con le

⁽¹⁵⁾ B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 227.

⁽¹⁶⁾ B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 226.

⁽¹⁷⁾ Il valore di *confirmatio a maiori* non sembra, quindi, venir meno, pur non considerando il tempo al presente.

⁽¹⁸⁾ C. 8.46.3: IMP. ALEXANDER A. ARTEMIDORO. *Si filius tuus in potestate tua est, res adquisitas tibi alienare non potuit: quem, si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare iure patriae potestatis non prohiberis, artiore remedio usus, si in pari contumacia perseveraverit, eumque praesidi provinciae*

punizioni più gravi il *filius*, autore di manchevolezze rimarchevoli, il vincolo del deferimento del medesimo all'autorità pubblica, ci si rende conto che Paolo poteva, considerandolo utile nell'economia del proprio discorso, scrivere *licebat*⁽¹⁹⁾ in rapporto all'infrazione al *filius* della più aspra delle sanzioni da parte del *pater familias*.

oblaturus dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris. PP. V ID. DEC. ALBINO ET MAXIMO CONSS. [a. 227]; D. 48.8.2.; ULP. 1 de adult. Inauditum filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae debet. Su questi testi si rinvia a C. LORENZI, *Disciplina domestica e autorità imperiale in epoca severiana*, in questa *Rivista*, 2016, p. 107 ss.

⁽¹⁹⁾ Osserva J.F. GARDNER, *Women in Roman Law & Society*, London-Sidney, 1986, p. 155, che «The difference in tenses [*licet*... *licebat*] is surely significant».