

ANTIQUA

*Collana diretta da
Luigi Labruna e Carla Masi Doria*

103

Comitato scientifico

Ignazio Buti (Camerino); Luigi Capogrossi Colognesi (Roma Sapienza); Mario Caravale (Roma Sapienza); Riccardo Cardilli (Roma Tor Vergata); Cosimo Cascione (Napoli Federico II); Emmanuelle Chevreau (Paris II); Roberto Fiori (Roma Tor Vergata); Wolfgang Kaiser (Freiburg i. Br.); Rosa Mentxaka (San Sebastián); J. Michael Rainer (Salzburg); Francesca Reduzzi (Napoli Federico II); Gianni Santucci (Trento); Boudewijn Sirks (Oxford).

1. S. RICCOBONO, *Sommario delle lezioni d'Istituzioni di diritto romano* (1896), rist. 1980 con una nota di lettura di M. Lauria.
2. V. ARANGIO-RUIZ, *Cours de droit romain. Les actions* (1935), rist. 1980 con una nota di lettura di L. Labruna.
3. R. DE RUGGIERO, *Il divieto d'alienazione del pegno nel diritto greco e romano. Contributo papirologico* (1910), rist. 1980 con una nota di lettura di M. Talamanca.
4. F. PICCINELLI, *Studi e ricerche intorno alla definizione 'Dominium est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur'* (1886), rist. 1980 con una nota di lettura di L. Capogrossi Colognesi.
5. E. CARRELLI, *Sulla accessorietà del pegno nel diritto romano* (1934), rist. 1980 con una nota di lettura di W. Wołodkiewicz.
6. R. MASCHKE, *Zur Theorie und Geschichte der römischen Agrargesetze* (1906), rist. 1980 con una nota di lettura di F. De Martino.
7. C. BARBAGALLO, *Una misura eccezionale dei Romani. Il 'senatus-consultum ultimum'*. *Studio di storia e di diritto pubblico romano* (1900), rist. 1980 con una nota di lettura di A. Guarino.
8. L. VOLPICELLA, *Della vita e delle opere di Andrea Bonello di Barletta, giureconsulto del decimoterzo secolo* (1872), rist. 1980 con una nota di lettura di M. Caravale.
9. U. RATTI, *Studi sulla 'captivitas'* (1927) e *Alcune repliche in tema di post-limino* (1932), rist. 1980 con una nota di lettura di L. Amirante.
10. V. SCIALOJA, *Sopra il 'precarium' in diritto romano* (1878), rist. 1981 con una nota di lettura di G. Franciosi.
11. M. CARCANI, *Dei reati delle pene e dei giudizi militari presso i Romani* (1874), rist. 1981 con una nota di lettura di V. Giuffrè.
12. F. D. SANIO, *Zur Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. Ein Prolegomenon* (1858), rist. 1981 con una nota di lettura di F. d'Ippolito.
13. H. VON SCHEEL - G. ALESSIO, *Due saggi intorno ai concetti economici di valore nell'antichità classica* (1886, tr. it. 1906; 1889), rist. 1981 con una nota di lettura di G. Melillo.
14. F. MOURLOT, *Essai sur l'histoire de l'Augustalité dans l'Empire romain* (1895), rist. 1986 con una nota di lettura di F. Guizzi.
15. O. CLERICI, *Sul 'beneficium competentiae' in diritto romano* (1900), rist. 1982 con una nota di lettura di S. di Salvo.

16. M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht* (1976-1979), Neudruck 1982 mit Nachträgen des Verfassers.
17. CH. DE SAINT-ÉVREMOND, *Réflexions sur les divers génies du peuple romain dans les divers temps de la République* (1795), rist. 1982 con una nota di lettura di B. Hemmerdinger.
18. U. VON WILAMOWITZ-MOELLENDORFF, *Tra scienza e politica: quattro saggi. [Das Weltreich des Augustus. Orient und Okzident. Alexander der Grosse. Der griechische und der platonische Staatsgedanke]* (1915-19), rist. 1982 con una nota di lettura di L. Canfora.
19. B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung* (1850), rist. 1982 con una nota di lettura di W. Simshäuser.
20. F. STELLA MARANCA, *Il tribunato della plebe dalla 'lex Hortensia' alla 'lex Cornelia'* (1901), rist. 1982 con una nota di lettura di G. Boulvert.
21. A. MONGEZ, *Mémoires sur les instrumens d'agriculture employés par les Anciens* (1815-1818), rist. 1983 con un ritratto dell'Autore, 91 figure e una nota di lettura di J. Kolendo.
22. E. VOITERRA, *Diritto romano e diritti orientali* (1937), rist. 1983 con una nota dell'Autore, ed una introduzione di D. Piattelli, rist. 1999.
23. U. VON WILAMOWITZ-MOELLENDORFF, *Selected Correspondence 1869-1931*, Edited (1983) by William M. Calder III.
24. C.-F. DE VOLNEY, *Les Ruines, ou Méditation sur les Révolutions des Empires* (1791; ed. 1839), rist. 1983 con una nota di lettura di A. Mazzacane.
25. A.-J. BOUCHER D'ARGIS, *Lettres d'un magistrat de Paris à un magistrat de province sur le droit romain et la manière dont on l'enseigne en France* (1782), rist. 1984 con una nota di lettura di W. Wołodkiewicz.
26. B. G. KRAMER, *Disputatio juridica de jure navium* (1668), rist. 1984 con una nota di lettura di H. Kupiszewski.
27. W. M. CALDER III, *Studies in the Modern History of Classical Scholarship* (1966-1983), rist. 1984 con una nota e addenda dell'Autore.
28. N. D. FUSTEL DE COULANCES, *Polybe ou la Grèce conquise par les Romains* (1858), rist. 1984 con una nota di lettura di B. Hemmerdinger.
29. R. VON JHERING, *Ueber die Entstehung des Rechtsgefühles* (1884), Neudruck 1986 mit einer Vorbemerkung und einem anschliessenden Interpretations- und Einordnungsversuch von O. Behrends.
30. FR. BANDEL, *Die Römischen Diktaturen* (1910), rist. 1987 con una nota di lettura di L. Labruna.

31. J. GAUDEMET, *Les gouvernants à Rome. Essais de droit public romain* (1968-1983), réimpr. 1985 avec une note introductive et addendu de l'Auteur.
32. NAPOLEÓN, *Précis des Guerres de César* écrit par Marchand, à l'île Sainte-Hélène, sous la dictée de l'Empereur (1836), rist. 1984 con una nota di lettura di B. Hemmerdinger.
33. E. CICCOTTI, *Donne e politica negli ultimi anni della Repubblica romana* (1895), rist. 1985 con una nota di lettura di E. Cantarella.
34. U. RATTI, *Sull'accessorietà del pegno* (1927) e *Sul 'ius vendendi' del creditore pignoratizio* (1927), rist. 1985 con una nota di lettura di N. Bellocchi.
35. J. BODIN, *Iuris universi distributio. Les trois premières éditions* (1578, 1580, 1581), rist. 1985 con una nota di lettura di W. Wołodkiewicz.
36. P. JÖRS, 'Juliae rogationes'. *Due studi sulla legislazione matrimoniale augustea* [*Die Ehegesetze des Augustus. - Ueber das Verhältnis der lex Iulia de maritandis ordinibus zur lex Papia Poppaea*] (1894, 1882), rist. 1985 con una nota di lettura di T. Spagnuolo Vigorita.
37. H. ERMAN, *Servus vicarius. L'esclave de l'esclave romain* (1896), rist. 1986 con una nota di lettura di L. Labruna.
38. D. DIDEROT - A.-G. BOUCHER D'ARGIS - L., CHEVALIER DE JAUCOURT, *Le droit romain et l'Encyclopédie. 31 Articles* (1751-1765), rist. 1986 con una nota di lettura di W. Wołodkiewicz.
39. F. CICCAGLIONE, *Tra Scuola storica e Storicismo. Due studi* [*Il diritto degli antichi popoli d'Italia. - I giuristi napoletani e siciliani dal secolo XII al XVIII ed il preteso contributo del diritto germanico alle loro produzioni*] (1884, 1918), con una nota di lettura di A. Cernigliaro.
40. A. DUREAU DE LA MALLE, *Économie politique des Romains. Tome premier* (1840), réimpr. 1986 précédée d'une 'nota di lettura' et de Réflexions sur divers sujets par B. Hemmerdinger.
41. A. DUREAU DE LA MALLE, *Économie politique des Romains. Tome second* (1840), réimpr. 1986 précédée d'une 'nota di lettura' et de Réflexions sur divers sujets par B. Hemmerdinger.
42. A. DUREAU DE LA MALLE, *Climatologie comparée de l'Italie et de l'Andalousie anciennes et modernes* (1849), réimpr. 1986 précédée d'une 'nota di lettura' par B. Hemmerdinger.
43. B. HEMMERDINGER, *Commentaire de l'«Économie politique des Romains» et de la «Climatologie comparée de l'Italie et de l'Andalousie anciennes et modernes» par Adolphe Dureau de La Malle* (1986).

44. S. DI MARZO, *Storia della procedura criminale romana. La giurisdizione dalle origini alle XII Tavole* (1898), rist. 1986 con una nota di lettura di R. Orestano.
45. F. BRANDILEONE, *Il diritto bizantino nell'Italia meridionale dall'VIII al XII secolo* (1886), rist. 1987 con una nota di lettura di D. Simon.
46. A. BISCARDI, "Auctoritas patrum". *Problemi di storia del diritto pubblico romano* (1941, 1952), rist. 1987 con una premessa ed una nota di aggiornamento dell'Autore.
47. C. FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano. Introduzione* (1902-1903), rist. 1987 con una nota di lettura di L. Bove.
48. A. GUARINO, *La società in diritto romano* (1968, 1972, 1978), rist. 1988 con una nota dell'Autore.
49. R. VON JHERING, *Il momento della colpa nel diritto privato romano* (1867), ed. 1990. Traduzione dal tedesco e nota di lettura di F. Fusillo.
50. G. VON BESLER, *Juristische Miniaturen* (1929), rist. 1989 con una nota di lettura di A. Guarino.
51. L. DI BEAUFORT, *Dissertazione sull'incertezza de' primi cinque secoli della storia romana*. Traduzione dal francese (1786), rist. 1990 preceduta da una nota di lettura di B. Hemmerdinger.
52. O. LENEL, *Gesammelte Schriften I* (1876-1889), herausgegeben und eingeleitet von O. Behrends und F. d'Ippolito (1990).
53. O. LENEL, *Gesammelte Schriften II* (1892-1902), herausgegeben und eingeleitet von O. Behrends und F. d'Ippolito (1990).
54. O. LENEL, *Gesammelte Schriften III* (1902-1914), herausgegeben und eingeleitet von O. Behrends und F. d'Ippolito (1991).
55. O. LENEL, *Gesammelte Schriften IV* (1915-1932), herausgegeben und eingeleitet von O. Behrends und F. d'Ippolito (1992).
56. O. LENEL, *Gesammelte Schriften V* (Besprechungen, Reden, Erinnerungen) nebst einem Quellenregister für alle fünf Bände bearbeitet von A. Parma, herausgegeben und eingeleitet von O. Behrends und F. d'Ippolito (1994).
57. E. VOLTERRA, *Scritti giuridici*, con una nota di M. Talamanca, I. *Famiglia e successioni* (1991).
58. E. VOLTERRA, *Scritti giuridici*, con una nota di M. Talamanca, II. *Famiglia e successioni* (1991).

59. E. VOLTERRA, *Scritti giuridici*, con una nota di M. Talamanca, III. *Famiglia e successioni* (1991).
60. F. BIANCHINI, *Camera ed iscrizioni sepulcrali De' Liberti, Servi, ed Ufficiali della Casa di Augusto scoperte nella via Appia* (1727), rist. 1991 con una nota di lettura e una tavola di confronto di J. Kolendo.
61. G. G. ARCHI, *L'«Epitome Gai»*. *Studio sul tardo diritto romano in Occidente* (1937), rist. 1991 con una nota di lettura di C. A. Cannata.
62. J. GAUDEMET, *Droit et société aux derniers siècles de l'Empire romain* (1978-1990), avec une note introductive de l'Auteur (1992).
63. J. PH. LÉVY, *Autour de la preuve dans les droits de l'Antiquité* (1949-1985), avec une note introductive de l'Auteur (1992).
64. E. VOLTERRA, *Scritti giuridici*, con una nota di M. Talamanca, IV. *Le fonti* (1993).
65. E. VOLTERRA, *Scritti giuridici*, con una nota di M. Talamanca, V. *Le fonti* (1993).
66. E. VOLTERRA, *Scritti giuridici*, con una nota di M. Talamanca, VI. *Le fonti* (1994).
67. F. CASSOLA, *Scritti di storia antica. Istituzioni e politica*, con una pagina introduttiva di G. Pugliese Carratelli, I. *Grecia* (1993).
68. F. CASSOLA, *Scritti di storia antica. Istituzioni e politica*, con una pagina introduttiva di G. Pugliese Carratelli, II. *Roma* (1994).
69. J. CH. NABER, *Observatiunculæ selectæ*, edited with an Introduction and Bibliography by J. E. Spruit (1995).
70. ALITOFILO, *Osservazioni critiche pertinenti all'Istoria Romana scritta in lingua francese da' padri Catrou e Rouillé*, con una nota di lettura di A. Mantello (1994).
71. MONTESQUIEU, *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur decadence*, avec une 'nota di lettura' et un commentaire perpétuel de B. Hemmerdinger (1995).
72. F. DE MARTINO, *Diritto economia e società nel mondo romano*, con una nota di lettura di F. d'Ippolito, I. *Diritto privato* (1995).
73. F. DE MARTINO, *Diritto economia e società nel mondo romano*, con una nota di lettura di F. d'Ippolito, II. *Diritto pubblico* (1996).
74. F. DE MARTINO, *Diritto economia e società nel mondo romano*, con una nota di lettura di F. d'Ippolito, III. *Economia e società* (1998).

75. F. DE MARTINO, *Diritto economia e società nel mondo romano*, con una nota di lettura di F. d'Ippolito, IV. *Scritti recenti. Recensioni - discussioni - ricordi* (2003).
76. H. KUPISZEWSKI, *Scritti minori*, con pagine introduttive di L. Labruna, W. Wofodkiewicz e M. Zabłocka (2000).
77. R. ORESTANO, *Scritti*, con una nota di lettura di A. Mantello, I. Sezione prima *Saggistica* (1998).
78. R. ORESTANO, *Scritti*, con una nota di lettura di A. Mantello, II. Sezione prima *Saggistica* (1998).
79. R. ORESTANO, *Scritti*, con una nota di lettura di A. Mantello, III. Sezione prima *Saggistica* (1998).
80. R. ORESTANO, *Scritti*, con una nota di lettura di A. Mantello, IV. Sezione prima *Saggistica* (1998).
81. R. ORESTANO, *Scritti*, con una nota di lettura di A. Mantello, V. Sezione seconda *Voci enciclopediche* (2000).
82. R. ORESTANO, *Scritti*, con una nota di lettura di A. Mantello, VI. Sezione terza *Varia* (in preparazione).
83. J. L. CONRADI, *De legibus tabellariis e altri opuscoli*, con una nota di lettura di F. Salerno (1999).
84. E. VOLTERRA, *Scritti giuridici*, con una nota di M. Talamanca, VII. *Diritto criminale e diritti dell'antico Oriente Mediterraneo* (1999).
85. E. VOLTERRA, *Scritti giuridici*, con una nota di M. Talamanca, VIII. *Varia*, con *Indice delle fonti* a cura di J. Urbanik (2005).
86. F. P. CASAVOLA, *Sententia legum tra mondo antico e moderno*, con una nota di F. M. d'Ippolito ed una postfazione dell'Autore, I. *Diritto romano* (2000).
87. F. P. CASAVOLA, *Sententia legum tra mondo antico e moderno*, con una nota di F. M. d'Ippolito ed una postfazione dell'Autore, II. *Metodologia e storia della storiografia* (2001).
88. F. P. CASAVOLA, *Sententia legum tra mondo antico e moderno*, con una nota di F. M. d'Ippolito ed una postfazione dell'Autore, III. *Itinerari della civiltà giuridica* (2004).
89. M. RADIN, *Cartas romanísticas (1923-1950)*. Estudio y edición, con una nota de lectura sobre «California y el derecho romano» de C. Petit (2001).
90. R. VON JHERING, *Della 'culpa in contrahendo' ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione* (1860), ed. 2005. Traduzione dal tedesco e nota di lettura di F. Procchi.

91. G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo* (1938), con una nota di lettura di L. Varca e una postfazione di M. Brutti (2006).
92. TH. MOMMSEN, *De collegiis et sodalicis Romanorum e Zur Lehre von den römischen Korporationen* (1843, 1904), con una nota di lettura di C. Masi Doria (2006).
93. H. ANKUM, *Extravagantes. Scritti sparsi sul diritto romano*, con una nota introduttiva, un supplemento bibliografico e un indice delle fonti di J.E. Spruit (2007).
94. A. GUARINO, *Studi di diritto costituzionale romano*, con una nota di lettura dell'Autore, I (2008).
95. A. GUARINO, *Studi di diritto costituzionale romano*, con una nota di lettura dell'Autore, II (2008).
96. A. WACKE, *Unius poena - metus multorum. Abhandlungen zum römischen Strafrecht, mit einer Präsentation des Verfassers* (2008).
97. O. BEHREND, *Scritti -italiani-*, con un'appendice «francese», una nota di lettura di C. Cascione ed una postfazione dell'Autore (2009).
98. A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico I-II* (1930, 1934), con una nota di lettura di G. Santucci (2012).
99. G. LOMONACO, *Due scritti sul foro napoletano* (1869, 1884), con una nota di lettura di C. Vano (2012).
100. T. SPACNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum. Scritti scelti di diritto romano*, con una nota di lettura di F. Grelle (2013).
101. E. NARDI, *Rabelais e il diritto romano* (1962), con una nota di lettura di M. Cavina e G. Santucci (2013).
102. W. WALDSTEIN, *Vera philosophia. Scritti romanistici scelti*, con una nota di lettura di C. Masi Doria ed una postfazione di J.M. Rainer (2013).
103. A. GUARINO, *Collatio bonorum* (1937), con una nota di lettura di V. Giuffrè, nel centesimo genetliaco dell'Autore (2014).

ANTONIO GUARINO

COLLATIO BONORUM

con una nota di lettura di
VINCENZO GIUFFRÈ

nel centesimo genelliano
DELL'AUTORE

JOVENE EDITORE

Con il sostegno del
Consorzio Interuniversitario Gérard Boulvert
per lo studio della civiltà giuridica europea
e la storia dei suoi ordinamenti

A cura di
CARLA MASI DORIA

JOVENE EDITORE - VIA MEZZOCANNONE, 109 - 80134 NAPOLI - ITALIA
Diffusion en France
DIFFUSION DE BOCCARD - 11, RUE DE MÉDICIS - F 75006 PARIS

Stampato in Italia - Printed in Italy
© Copyright Jovene 2014 - ISBN 978-88-243-2304-8
website: www.jovene.it email: info@jovene.it

Indice

- xvii LUIGI LABRUNA, *Avvertenza*
xix VINCENZO GIUFFRÈ, *Nota di lettura*
I ANTONIO GUARINO, *Collatio bonorum*
223 ERICH-HANS KADEN, *Rc. in ZSS. 58 (1938)*

Avvertenza

Per rendergli omaggio nel centenario della nascita, Carla Masi ed io siamo onorati di poter ospitare in «Antiqua» la riedizione della monografia d'esordio del professor Guarino, arricchita di un *Nota* in cui Enzo Giuffrè spiega, tra l'altro, la genesi antica di una iniziativa che ci auguriamo risulti particolarmente gradita.

Al Professore tutti noi romanisti napoletani dobbiamo moltissimo. E molto deve anche la nostra «collana», a cui egli ha dato immediato (e ripetuto) sostegno sin dalla nascita scrivendo nel 1980 un'importante *Nota di lettura* per la ristampa del saggio di Barbagallo sul *senatus consultum ultimum* [vol. 7 di «Antiqua»].

Nel 1988 ha poi voluto riunire qui in volume [il 48] i saggi da lui dedicati, tra la fine degli anni sessanta e gli inizi del decennio successivo, alla *societas* romana ed ha rinnovato quindi la sua presenza l'anno dopo pubblicandovi [vol. 50] una riedizione delle ormai introvabili *Juristische Miniaturen* di Gehrard von Beseler, corredata di notazioni preziose anche per le trasparenti indicazioni di metodo che volle quindi, in maniera inconsueta per lui, esplicitamente enunciare nelle pagine introduttive della riproposizione (2008), ancora in «Antiqua» [voll. 94 e 95], di un'ampia scelta di suoi *Studi di diritto costituzionale romano*.

Anche di tutto questo, da «vecchio lupo» del suo «piccolo branco di una volta lontana», con affetto lo ringrazio.

9 maggio 2014.

Luigi Labruna

Nota di lettura

«Se si tien conto che le mie pubblicazioni scientifiche hanno preso l'avvio nel 1937 con la stampa della dissertazione di laurea sulla *Collatio bonorum* e si scorre l'elenco della mia successiva produzione scientifica diffusa a stampa, si può constatare che dal 1937 sino ad oggi... non vi è stato anno in cui non abbia pubblicato qualcosa in materia di diritto privato, di diritto pubblico, di giurisprudenza di Roma antica» – scriveva anni orsono Guarino¹.

La prima ampia monografia, a cui quindi è particolarmente affezionato, viene riproposta dopo settantasette anni in occasione del compimento dei cent'anni dell'A. nella Collana «Antiqua», nella quale sono stati riediti anche altri suoi studi, su iniziative di Gino Labruna da lui gradite tant'è che quegli scritti li ha presentati con una 'nota di lettura' a sua firma².

La riedizione fototipica riproduce il volume personale («ex libris Antonio Guarino» è stampigliato nell'ultima pagina) che il Professore mi donò, conservando per la sua biblioteca altra copia a lui più cara derivante (ritengo) dal fondo A.-R. Accompagnò il dono con un minuscolo telegrafico bigliettino a penna, come suo solito: «A / Al prof. Giuffrè per raccolta scritti Guarino. 31.3.1995 G»³. Un onere ex artt. 793-794 Cod. civ.?

¹ Lo scritto da cui è tratta la notazione autobiografica è il XV pezzo, intitolato impropriamente 'Exit', del volume *Nuove pagine di diritto romano*, Satura Editrice, Napoli 2010, p. 203. Era datato 2009. L'arco di tempo considerato va ovviamente dilatato sino ad oggi e ci auguriamo per tanti anni ancora.

² A. GUARINO, *La società in diritto romano* (studi del 1968, 1972, 1978), rist. 1988 con nota dell'Autore, n. 48 della Collana; A. Guarino, *Studi di diritto costituzionale romano*, due voll., rist. 2008 con nota dell'Autore, nn. 94 e 95 della Collana. La nota agli *Studi* datata 31 ottobre 2007 si chiudeva con le seguenti parole: «Ringraziamenti vivi e sinceri a Luigi Labruna, vecchio lupo del mio piccolo branco di una volta lontana, che ha accettato questa raccolta in 'Antiqua', nonché a Cosimo Cascione che ha impeccabilmente curato l'edizione».

³ A. è l'abbreviazione del nome della collaboratrice incaricata di consegnarmi il volume. G è la sigla abituale con cui il professore Guarino firma i biglietti manoscritti che indirizza ai suoi discepoli.

Non era stato programmato, però, che le monografie fossero comprese in quella raccolta in corso, ossia nelle *Pagine di diritto romano*, la cui stessa intitolazione alludeva ai saggi ed altri scritti sparsi in varie pubblicazioni. In ogni caso i primi volumi erano stati stampati sin dal 1993, il VI contenente «Casi e istituti del *ius privatum*» era in stampa (porta infatti il 'finito di stampare' del luglio 1995), e l'ultimo, il VII, nel marzo 1995 era stato già composto e stava in correzione (porta infatti il 'finito di stampare nel mese di Dicembre 1995'). *Last but not least* (si fa per dire), la pubblicazione era stata finanziata, sotto la mia responsabilità anche contabile, dal Consiglio Nazionale delle Ricerche ed edita con il contributo altresì del Dipartimento di Diritto romano e Storia della scienza romanistica dell'Università di Napoli «Federico II» nonché del Centro di studi romanistici «Vincenzo Arangio-Ruiz». Il finanziamento ed i contributi, benché generosi, e pure la quota di spesa che s'era assunta la Casa Editrice Jovene, non erano sufficienti a coprire i costi d'allestimento di altri volumi. E sarebbe stata incomprensibile disarmonia ristampare nella "raccolta", magari a parte, la sola monografia sulla *Collatio* e non anche altre che pure erano anch'esse risalenti e a quel tempo non più disponibili sul mercato librario. Medesima sorte aveva avuto il 'corso' del 1945 *Le collazioni ereditarie, Corso di diritto romano*, Napoli 1945⁴. Del resto, si era deciso che a rappresentare le ricerche giovanili sul tema potessero bastare l'ampio saggio *Über den Begriff der Kollation* pubblicato in due tranches nella ZSS. del 1939 (= *PDR*. VI. p. 375-403), e l'altrettanto ampio scritto sulla *Collatio dotis* edito nel *BIDR.* del 1947. (= *PDR*. VI, p. 403-420).

Con la presente ristampa si pone rimedio alla mancanza, venendo incontro al desiderio annoso dell'autore.

La monografia porta in frontespizio «Roma – 1937 – XV / Società Editrice del 'Foro Italiano' ».

La copia mia è rilegata con dorso e spigoli in tela. Conserva però la copertina in cartoncino di colore grigio. Sul botteffo iniziale vi era stato apposto in un cerchio a matita il numero 1, in rosso. Il volume rilegava insieme al testo, e prima di esso, le pagine 325-330 della ZSS. 58, con-

⁴ È incluso nella *Bibliografia 1937-1994* che correda il VII volume delle *PDR*. (v. p. 305), è citato dal Guarino nel *Diritto privato romano* (v. la nt. 32.6 di p. 467 della 12^a edizione, Napoli 2001). Nelle biblioteche universitarie non è reperibile. In sostanza vi erano rifusi gli ulteriori contributi che Guarino aveva pubblicato in: *SDHL*. 4 (1933) p. 520 ss.), in *ZSS*. 59 (1939) p. 509 ss.; in *RIL*. 73 (1940) p. 363 ss.; e in *BIDR.* 49-50 (edito nel 1947) p. 259 ss.

tenenti la recensione di Erich-Hans Kaden con un biglietto d'accompagnamento autografo⁵. Ha il pregio di essere stata corretta di qualche refuso ed annotata in più di una occasione⁶ dallo stesso autore⁷.

L'argomento non era stato oggetto specifico della letteratura precedente⁸. Lo stesso Guarino scriveva: «purtroppo, la nostra è una materia sulla quale, toltene rare eccezioni, poco si è scritto, e quel poco spesso sulle tracce vetuste della Glossa»⁹. Il tema, forse proprio in virtù della rivisitazione esaustiva e convincente del pur giovane autore, avrà scarsa elaborazione anche in quella successiva. Più di altre è stata poi discussa la *collatio emancipati*: da Burillo nel 1965, da Suarez Blazques nel 1996, da Caballé Martorell nel 1997. Fra gli ultimi contributi, si segnala quello di Pulitanò¹⁰.

La monografia del Guarino fu subito tenuta costantemente in conto da Fritz Pringsheim nel saggio *Die collatio dotis an die emancipati* pubblicato in *SDHI.* del 1938¹¹; è stata più volte richiamata in adesione, nei loro trattati, da due fra gli studiosi che il Nostro stimava maggiormente, Max Kaser¹² e Juan Iglesias¹³; ha costituito punto di ri-

⁵ Il Guarino s'era appuntato a penna con inchiostro verde, in calce alla dedica al suo «Maestro» Siro Solazzi ed al ringraziamento al «prof. Mario Lauria», l'esistenza della recensione nella prestigiosa rivista, ma lasciando lo spazio per indicare le pagine. Evidentemente ne aveva avuto notizia ma non con l'indicazione della collocazione nella rivista. La si pubblica qui in appendice.

⁶ Lo presumo dall'uso di penne di diverso colore (ad es., nero la prima nota, e verde la ulteriore postilla) a p. 72 e 199, l'uso di matita a p. 78.

⁷ Vedi le p. 11, 45, 72, 78, 82, 125, 199, 209. Eppure, il volume era stato dotato già di «Giunte e correzioni»: pp. 207-210.

⁸ Nonostante la supponibile (ragionevolmente supponibile) accuratezza del giovane Guarino nella preliminare ricerca della bibliografica, egli non prende in ponderata considerazione altri che Bonfante, Leist (nel commentario alle Pandette di Glück), Schmidt, La Pira, Lenel, Alibrandi, De Ruggiero, Perozzi, Beseler, alcuni dei quali soltanto per la esegesi di talune fonti e la ricostruzione del documento giuridico. L'unica dissertazione dedicata *ex professo* a «das Recht der Collation», del Fein, risaliva al 1842.

⁹ P. 12.

¹⁰ F. PULITANÒ, *In tema di collazione ereditaria nel tardoantico*, in *Accademia Romanistica Costantiniana. Atti del XVII Convegno (2005)*, Aracne, Roma 2010, p. 491 ss.

¹¹ Poi in *Id.*, *Gesammelte Abhandlungen* 2, Winter, Heidelberg 1961, p. 143 ss.

¹² *Das römische Privatrecht* 1, 2ª ed. Beck'sche Verlag., München 1971, p. 731 s.; II, *id.* 1975, p. 539 ss.

¹³ *Derecho Romano. Historia e instituciones*, 11ª ed., revis. con la col. de Juan Iglesias-Redondo, Editorial Ariel, Barcelona 1993, p. 549-551. Per parte mia, considero

ferimento per ogni contributo degli autori che in seguito si sono interessati all'argomento.

Nella dedica in epigrafe si legge: «L'indagine – che fu oggetto della mia tesi di laurea nell'Ateneo napoletano – svolge un tema additatomi dal mio Maestro, Siro Solazzi. / A lui sento il dovere di esprimere, da queste pagine, la mia viva e devota gratitudine. / Ringrazio con affetto il prof. Mario Lauria per i consigli e gli incoraggiamenti di cui mi fu sempre prodigo in questi anni».

Solazzi aveva da poco pubblicato i corsi degli anni accademici 1931-32 e 1932-33 sul «diritto ereditario romano»¹⁴. Benché profilassero non soltanto «il concetto dell'*hereditas*» (e quindi la disciplina delle XII Tavole, l'*heres esse* e il *familiam habere*, l'opposizione al concetto dell'originaria eredità sovrana), bensì riguardassero pure la delazione dell'eredità, il trapasso della delazione e del titolo d'erede, poi le specie degli eredi e i modi di acquisto dell'eredità, i requisiti dell'accettazione, il tempo dell'accettazione, la rinuncia all'eredità, gli effetti dell'acquisto ereditario, i rimedi in pro degli eredi necessari contro gli effetti della successione, ed i rimedi in pro dell'erede volontario contro gli effetti della successione – dunque non soltanto la concezione e la costruzione giuridica della successione universale, ma anche i regimi dei principali snodi dell'acquisto *mortis causa*¹⁵ –, i due corposi corsi non s'erano addentrati in tanti altri aspetti. Fra questi la problematica della perequazione economica tra i successori universali in qualche modo beneficiati in vita dal *de cuius* o messi in grado di acquisire da sé propri *bona*. Forse perché la problematica non apparteneva al *ius civile*, forse perché si era sviluppata oltre l'ambito temporale, quello 'classico', preso in considerazione, forse per altre ragioni contingenti¹⁶.

una sorta di stringato trattato anche questa esposizione che originariamente doveva assolvere la funzione di manuale per gli studenti (v. V. G., *Il manuale romanistico dell'Iglesias*, in *Labeo* 9, 1953, p. 237 ss. spec. 239).

¹⁴ Nicola Jovene & C. Editori, Napoli rispettivamente mcmxxxii e mcmxxxiii.

¹⁵ I due volumi sviluppavano oltre seicento pagine a stampa.

¹⁶ Se si volesse far uso del criterio del c.d. dietrismo, verrebbe da sospettare che Solazzi, non avendo potuto dire della interpretazione delle fonti in argomento da parte di Silvio Perozzi, costante bersaglio di sue critiche esegetiche a lezione e negli scritti, ne affidava la valutazione all'allievo che evidentemente riteneva in grado di cimentarsi senza timori riverenziali con uno studioso affermato. Con garbo, ma in termini recisi, Guarino infatti dedica un paragrafo, l'ultimo del secondo capitolo (p. 67-70), al fram-

Conoscendo la padronanza delle fonti e della letteratura da parte del maestro marchigiano, e lo scrupolo che lo spingeva ad esaminare ogni riposto angolo del territorio che esplorava, non è azzardato supporre che Solazzi, nell'elaborare i suoi corsi s'era reso conto che un aspetto poco o punto preso in considerazione era, fra altri, quello delle collazioni, su cui invece vi sarebbe stato tanto ancora da scavare. Ne propose perciò lo studio, per la dissertazione di laurea, all'allievo che gli appariva in grado di affrontarne le difficoltà. Aveva visto giusto. Era anche una sperimentazione delle capacità del giovine la cui vocazione per la carriera accademica s'era appalesata già durante i corsi romanistici all'Università. La prova riuscì ampiamente positiva.

L'argomento era minuto¹⁷ ed ostico. Il giovane Guarino lo affrontò e dipanò con un metodo che, se non vado errato, egli perseguirà poi in

mento di Paolo 41 *ad ed.* secondo cui titolare del diritto alla collazione non può essere il nascituro, ma solamente l'*heres suus* già nato, su cui s'era soffermato anche Perozzi.

Leggiamolo nelle parti salienti. «Come si spiega questo principio? / Nota il Perozzi, sulla scorta del Pernice, che esso non è punto una derivazione della regola classica che il nascituro non è *in rebus humanis* perché in base ad essa 'né i giuristi antichi né i classici giustificano...alcuna norma giuridica', ma è solo...un principio che vi corrisponde. Ed egli formula tal principio così: 'non vien conferito al nascituro perché non si trova nella patria potestà'. / Queste affermazioni mi paiono criticabili. /.../ Altrettanto da escludersi è, peraltro, a mio avviso, che il fondamento sia quello invocato dal Perozzi. /.../ È da credere, perciò, che non sia stato il giurista classico a poggiare la regola in esame sulla considerazione che il nascituro *non potest dici in potestate morientis fuisse*. /.../ Il vero fondamento è, a mia veduta, il seguente. La collazione...si attuava, nel diritto classico, mediante la prestazione di una *stipulatio*, che rientrava nel novero delle *stipulationes praetoriae*. Ma principio fondamentale, derivante anche da una necessità funzionale, di questo contratto si era che la domanda e la risposta avvenissero *inter presentes* e immediatamente (*unitas actus*). Queste condizioni non potevano verificarsi sino a che il nascituro non fosse veramente venuto a vita, cioè sino a quando non si fosse verificato il presupposto per la gestione tutoria dei suoi affari: epperò, sino ad allora egli non poteva dirsi soggetto attivo della collazione».

¹⁷ Lo stesso Guarino fra le oltre mille pagine del citato *Diritto privato romano* vi dedica una sola scarsa pagina, note comprese (due periodi tra p. 467 e 468).

Il trattato del *Diritto ereditario romano* di Pasquale Voci fra le circa ottocento pagine del primo volume *Introduzione - Parte generale* (2^a ed., Milano, Giuffrè editore 1967) dedica alle «Collationes» le pagine 756-784. «Della *collatio* - dice nell'introdurre l'argomento - è possibile una definizione molto generica: conferimento di beni da parte di un erede in favore di altri coeredi, per poter partecipare alla divisione dell'eredità. La *collatio*, infatti, muta di funzione nel suo divenire storico. Sconosciuta allo *ius civile*, è introdotta dal

ogni sua ricerca e teorizzerà nelle lezioni d'esegesi delle fonti¹⁸. Lo riferisco a mio modo con il seguente quadro sinottico.

a) Procedere, preliminarmente, a serrata ma ragionevole critica filologica e logica del materiale antico.

Figlio del suo tempo, egli non poteva non partire dalla rilevazione di eventuali interpolazioni delle fonti, senza però andare 'a caccia' delle manomissioni e senza essere pago, a dirla con Contardo Ferrini, del mucchio di ruderi restaurati trascurando le linee dell'architettura che quei 'materiali' avevano permesso di realizzare.

b) Analizzare le vicende che avevano indotto a realizzare proprio quel disegno architettonico, non altro.

Il che era già un bel discostarsi, in quel momento di transizione dei nostri studi, dal fenomeno del formarsi di due gruppi, quasi due partiti, quello dei 'bonfantiani' e quello dei 'riccoboniani' che avevano egemonizzato lo studio giusromanistico, e fra i quali «spiacevolmente ma comprensibilmente» i giovani aspiranti ad un avvenire universitario si dividevano¹⁹.

c) Storicizzare poi il materiale ricostruito secondo spaccati temporali non precostituiti. Per i vari momenti della vicenda, comporre le linee delle *rationes 'decidendi'* dei giurisdicenti innovatori (la *collatio* è escogitazione in funzione equitativa della concessione della *bonorum possessio* ai figli emancipati da parte dei *praetores*), dei *iurisprudentes* che ne avevano indirizzato l'attività innovativa e ne elaboravano poi i precipitati ammassatisi negli *edicta perpetua*, dei legislatori del Tardoantico e infine della corte del despota di Costantinopoli che s'era prefisso la *reductio dei iura* in sistema unico armonico, il *ius Romanum*.

pretore nelle due specie di *collatio bonorum* e di *collatio dotis*; le costituzioni postclassiche sviluppano la figura della *collatio descendantium*. Di ciascuno di questi istituti si deve parlare separatamente». L'autore, nonostante abbia dedicato alle costituzioni imperiali a riguardo del diritto ereditario altri contributi (*Il diritto ereditario romano nell'età del Tardo Impero*, il IV secolo, prima parte in *Iura* 29 del 1978 pubbl. nel 1981, seconda parte in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* vol. II del 1982; il V secolo in *SDHI.* del 1982), non aggiunge altro, rispetto a quanto aveva scritto nel trattato, sul tema delle *collationes*.

¹⁸ Ancora di recente A. GUARINO, *Giusromanistica elementare*, Jovene Editore, Napoli 1989, p. 81 ss., insegna, per verificare il grado di «credibilità» delle fonti, di procedere ad «accertamenti, vorrei quasi dire...perquisizioni», e suggerisce al ricercatore le seguenti operazioni: analisi linguistica, analisi strutturale, analisi comparativa, analisi storico-giuridica.

¹⁹ Cfr. A. GUARINO, *L'anticamera del Professor Albertario* ora in *Id.*, *Nuove pagine di diritto romano* cit., p. 10.

d) Infine estrarre dalle 'conclusioni' raggiunte principi che avessero partecipato o potessero concorrere a costruire, dalle variegata esperienze giuridiche antiche moderne contemporanee, una teoria generale del diritto da usare a sua volta in funzione euristica.

Anche questa una originalità della precoce riflessione di Guarino sul 'mestiere' del giusromanista, rispetto alle diatribe sul metodo d'allora (tra Betti e De Francisci, per citare soltanto alcuni dei protagonisti²⁰).

Pure la tecnica d'esposizione rivela il gusto guarimiano nell'organizzare una monografia, anzi ogni saggio, che egli seguirà direi in tutte le opere (tante) che sono seguite (e seguiranno) alla prima, a quella del 1937.

La trattazione, dopo la «Introduzione», è suddivisa in sette capitoli, articolati in paragrafi a loro volta costituiti da complessi periodi, o semplici frasi, distinti con altri numeri o lettere dell'alfabeto. Il contenuto delle singole partizioni è enunciato nell'«Indice» finale, che costituisce così una sorta di sommario. 'Conclusioni' non ve ne sono. Guarino sin da allora aveva la consapevolezza che la ricerca storica non può mai pervenire ad un punto che 'concluda' su di un argomento. Se la memoria non mi falla, non ricordo che abbia mai usato stendere la parte finale intitolandola «Conclusioni». Se mai, una ricapitolazione, proprio come l'indice redatto nella monografia che viene riproposta all'attenzione degli studiosi.

Sì, all'attenzione di tutti gli studiosi, ma soprattutto dei giovani apprendisti stregoni. Infatti, «Antiqua» – denominazione della Collana – non vuol dire cose che sanno d'antico e magari fanno simpatia e tenerezza per questo, tanto meno anticaglie. Ma opere risalenti nel tempo che meritano di essere ancora meditate.

Perché? Leggiamone alcuni lacerti.

Lo sviluppo dei peculi dei *fili familiarum* a partire dall'epoca imperiale, e l'affermarsi con Giustiniano almeno formalmente di un'unica vocazione ereditaria, quella civile, finirono con piegare l'escogitazione pretoria ad un'altra *ratio*, quella di «pareggiare» le condizioni dei coeredi nella «divisione dell'eredità»²¹. «La limitazione degli oggetti della

²⁰ Rinvio all'interessante volume presentato dal LURASCHI, *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna. Saggi di Pietro de Francisci e di Emilio Betti. Appendici di Gabrio Lombardi, Giuliano Crifò e Giorgio Luraschi*, Edizioni New Press, Como 1996.

²¹ p. 19.

collatio descendentium...e l'ammissione di una facoltà di dispensa nel *de cuius* dimostrano...il mutamento del principio fondamentale dell'istituto dal diritto classico a quello giustiniano. Non più esso è animato dalla necessità equitativa di una pratica parificazione, bensì dal rispetto della presunta volontà dell'ascendente defunto, il quale – si pensa – non può aver voluto fare certe particolari liberalità ai figli, se non a titolo di anticipata successione»²².

«È questa la fondamentale ragione per cui si rileva, oggi, da autorevoli civilisti, non essere la collazione – di cui all'art. 1001 cod. civ.²³ – parimenti fondata, che quella del diritto giustiniano, cui pur si compiacciono i più di rapportare senz'altro la collazione moderna. /.../. «La collazione moderna, perciò – come si esprime il Coviello N. – 'non riesce a raggiungere lo scopo di conservare la proprietà domestica, né di rispettare la volontà del defunto'. È un istituto teoricamente ingiustificabile, in assoluto contrasto con quello giustiniano»²⁴.

Insomma, l'«opera prima» che si ripropone di seguito è il prototipo di una coerente lunghissima ininterrotta produzione scientifica. Ma allo stesso tempo una ricerca da tenere in conto da chi si dedichi a studi non soltanto a riguardo delle antiche disposizioni sulle collazioni ereditarie.

Inoltre, inquadrata nel sistema della *bonorum possessio* classica, quindi nell'ambito del 'diritto dei tribunali', quelle disposizioni ebbero uno sviluppo lineare quando vennero elaborate dai *iurisperiti*, mentre ne distorsero le finalità gli interventi autoritativi (oggi diremmo normativi, statuali) da parte dei *principes* e vieppiù degli *imperatores* tardoantichi, sino a pervenire allo stravolgimento di *rationes* e regimi da parte della corte dell'*imperator* per antonomasia, Giustiniano I.

Una vicenda storica che il Guarino ha puntualmente individuato, e su cui dovremmo riflettere come giuristi prima ancora che da storici del diritto.

8 maggio 2014.

VINCENZO GIUFFRÈ

²² P. 20.

²³ Ovviamente del Codice civile italiano del 1865.

²⁴ P. 20 s.

ANTONIO GUARINO

1

Collatio bonorum

A.
Re prof. Giulio
per Raccolta scritti
Amadeo.
31.3.1995



ROMA - 1937 - XV
SOCIETÀ EDITRICE DEL "FORO ITALIANO".

PROPRIETÀ LETTERARIA

ARTI GRAFICHE - Via Cesare Rossaroli, 53 - Napoli

L'indagine — che fu oggetto della mia tesi di laurea nell' Ateneo napoletano — svolge un tema additatomi dal mio Maestro, Siro Solazzi.

A lui sento il dovere di esprimere, da queste pagine, la mia viva e devota gratitudine.

Ringrazio con affetto il prof. Mario Lauria per i consigli e gli incoraggiamenti di cui mi fu sempre prodigo in questi anni.

Napoli, febbraio 1937 - XV

V. Recensione di E. H. Kadew in ZSS. 58. p. .

ABBREVIAZIONI

AGFS — *Archivio giuridico Filippo Serafini.*

BESLER Beitr. 1, 2, 3, 4, 5 — **BESLER**, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, vol. I, II, III, IV, V.

BIDR — *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano.*

Tijdschrift — *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'histoire du droit).*

VJR -- *Vocabularium Jurisprudentiae romanae.*

ZSS — *Zeitschrift der Savigny Stiftung - Romanistische Abteilung.*

Introduzione

1. La dottrina della collazione è svolta, nella compilazione giustiniana, come una dottrina accessoria del sistema della *bonorum possessio*. Senonchè, mentre questa accessorietà è — almeno nell'apparenza — rigorosamente rispettata nei Digesti, i quali portano i due titoli " *de collatione bonorum* „ e " *de dotis collatione* „ nel bel mezzo dei libri dedicati alla successione pretoria (1), essa riceve una grave smentita in alcuni rescritti, proprio del titolo " *de collationibus* „ del Codice (2), che mostrano uno spostamento concettuale del nostro istituto verso la teoria generale della divisione ereditaria.

Che questo deviamiento non sia classico è indubitabile. Basti pensare che della nuova collazione (*collatio descendantium*) si parla apertamente solo in costituzioni di Giustiniano (3) e che di essa, con assoluta esclusività, si occupa il diritto delle Novelle (4),

(1) Libri XXXVII e XXXVIII. I due titoli sulla collazione sono, rispettivamente, il tit. 37. 6 e il tit. 37. 7.

(2) Tit. 20 del l. VI.

(3) C. 19, 20 Cod. 6. 20.

(4) Più precisamente, nelle Nov. 13. 6 e 97. 6.

mentre non ne fanno parola le fonti giuridiche pregiustiniane (1). D'altra parte, sono riscontrabili e sono stati riscontrati i moventi dell'evoluzione, attraverso le alterazioni subite dai testi classici (2).

Poco vi è dunque da dire in questo campo

Quel che invece è perlopiù sfuggito alla cura degli esegeti si è il fatto di un'altra evoluzione, avveratasi nel campo della *collatio* originaria, cioè della *collatio bonorum*: ed essa è — come vedremo — intimamente legata alle vicende post-classiche e giustiniane della *bonorum possessio*.

Converrà quindi premettere a questa trattazione una visione di insieme di tutto il sistema della successione pretoria: nella sua origine, nella sua fase classica, nei suoi sviluppi sino a Giustiniano.

2. La *bonorum possessio* (3) fece la sua prima apparizione nel diritto classico, verso la fine della repubblica.

L'editto riordinato da Giuliano presentava tale istituto come un completo sistema di successione pretoria, che integrava, correggeva o addirittura, spesso, riformava i rigidi schemi dell'*ius civile* (4). Ma la dottrina moderna — in omaggio al criterio stori-

(1) Ulp. Reg. 28. 4, Paul. Sent. 5. 9. 4, Coll. 16. 7. 2, per la *collatio emancipati*; Cod. Th. 4. 2. 1 e 5. 1. 5, per la *collatio dotis*.

(2) V. *infra* §§ 8-10.

(3) Ho tenuto particolarmente presenti in questo *excursus*, le notizie del LEIST, *Fortsetzung des Glücks Kommentars, Serie der Bücher 37-38* (tr. it.); del LONGO, *Bonorum possessio* in *Enc. Giur.*; del LA PIRA, *La successione intestata e contro il testamento nel diritto romano*; nonché del BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. VI, e del BIONDI, *Corso di diritto romano*, 1936, Successioni, P. G..

(4) V. le ricostruzioni dell'ALIBRANDI, *De bonorum possessione*, in *Opp.*, I, p. 65 sgg., e del LENEL, *Ed. perp.*³, §§ 144, 145.

stico dell'evoluzione ed in considerazione dello svolgimento generale di tutta l'attività pretoria — ha esattamente conchiuso che lo scopo originario dell'Edicente non debba essere stato, senz'altro, quello di emendare il sistema più antico, ma piuttosto quello di favorirne e facilitarne l'applicazione (" iuris civilis confirmandi vel adiuvandi gratia „) (1).

Più in particolare, non può discutersi omai la dottrina dell'origine meramente processuale della *bonorum possessio*, la quale rimonta al FABRICIUS (2), e trova oggi adesioni numerose e autorevoli (3).

Nella procedurà della *legis actio sacramenti*, quale ci è riferita da Gaio (4), vi era un momento in cui il magistrato, a seguito del prestato *sacramentum* da parte dei contendenti, " vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat „. La *bonorum possessio* non dovette essere altro, dappprincipio, che una consimile attribuzione del possesso interinale dell'eredità con-

(1) Ben é vero che Inst. 3. 9 pr. porta: " Ius bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi iuris gratia „. Ma la frase può spiegarsi pensando che essa è stata ricalcata su quest'altra, che Gaio adibì per introdurre, nel suo Commentario, la trattazione sistematica della successione pretoria vigente ai suoi tempi: " Sed hae iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt „ (I. 3. 25).

(2) *Ursprung über Entwicklung der bon. poss.*, 1837. La dottrina del FABRICIUS è fondata sui due famosi editti riportati da Cicerone (in Verr. II, 1, 114-117): " si tabulae testamenti non proferentur „ e " si de hereditate ambigetur „.

(3) Fra gli altri: DERNBURG, *Beiträge zur Gesch. des röm. Testament*, 1821; GIRARD, *Manuel de droit romain*⁶; LONGO, loc. cit.; BONFANTE, loc. cit.; BIONDI, loc. cit..

(4) Inst. 4. 13-20.

testata alla persona che il prudente arbitrio del Pretore preferisse (1).

In seguito, il Pretore si preoccupò di fissare nell'albo, in linea generale, i criterii di questa attribuzione.

Quando, infine, l'istituto familiare agnatzio venne in contrasto stridente con la rinnovata compagine sociale ed i vincoli della parentela naturale, della *cognatio*, chiesero al diritto una sanzione che era loro da troppo tempo negata, il Pretore si indusse ad applicare il novello sistema a situazioni ben diverse da quelle originarie. Il possesso interinale di origine processuale si trasformò in possesso provvisorio, accordato anche a persone diverse da quelle previste dall'*ius civile* per ciascuna specie di successione — legittima, testamentaria o necessaria che fosse —. E allor che la *lex Aebutia* (2), introducendo la procedura formulare, diede al magistrato la possibilità di tutelare mediante *utiles actiones* situazioni non previste dal diritto civile, la *bonorum possessio* divenne un completo sistema di successione " mortis causa ".

Nel tessuto dell'editto adrianeo, in forza della priorità storica della successione testata di fronte a quella intestata (3), la *bonorum possessio secundum tabulas* precede la *bonorum possessio intestati* e le prevale. A sua volta, la *bonorum possessio contra*

(1) Tale attribuzione avveniva a mezzo di un *interdictum adipiscendae possessionis*, l' " *interdictum quorum bonorum* " , che conferiva il solo possesso delle cose corporali. Laonde, se il favorito dall'interdetto non era erede, i beni ereditarii gli potevano essere in ogni momento ritolti, a meno che non si fosse operata a suo favore la usucapione.

(2) Rogata probabilmente fra il 146 e il 126 d. C.. V. BONFANTE, *Ist.*^o, p. 118.

(3) Secondo la tesi, omai dominante, del BONFANTE, di cui v., da ultimo, *Corso cit.*, vol. VI.

tabulas viene, a causa del carattere decisamente riformatorio assunto con l'andar del tempo dall'Editto, anteposta a quella *secundum tabulas*.

La successione pretoria risulta, dunque, nel diritto romano, costituita da un triplice modo di vocazione alla *possessio* dei beni del *de cuius*: a) contro il testamento, b) in base ad un testamento imperfetto *stricto iure*, c) in base ad un rapporto di parentela civile o naturale (1).

3. Prescindiamo dalla *bonorum possessio secundum tabulas* — la quale non presenta interesse ai fini di questo studio — e fermiamoci sulle altre due forme.

A. — L'istituto della *bonorum possessio contra tabulas* si riconnette al cosiddetto diritto formale degli eredi necessarii — che meglio il BONFANTE (2) definisce come " successione legittima formale „ — cioè all'antichissimo principio dell' *ius civile* " sui *heredes* aut instituendi sunt aut exhaeredandi „ (3), coniato dalla giurisprudenza pratica per la prima classe degli eredi civili, i *sui heredes*, a conferma del fatto che essi " domestici heredes

(1) Contro la teoria da noi riportata, circa l'origine della *bonorum possessio*, si schiera il SAVIGNY, *Ueber das Interdictum quorum bonorum*, in *Verm. Schrift.* II, 216-320 (seguito dal WINDSCHEID, *Pand.*, § 532, n. 4), sostenendo l'originarietà del carattere riformatorio della *bonorum possessio*. Altri (LEIST, loc. cit., vol. I), pur aderendo alla tesi della primitiva funzione confirmatoria dell'istituto, non accede alla teoria processuale, ma sostiene — senza alcun fondamento nei testi — che il fine pratico perseguito dal Pretore sia stato di evitare la prolungata vacanza dei beni, cercando di costringere all'adizione gli eredi civili, mediante il conferimento dell'eredità alle classi successive. V., per una critica di queste opinioni, BONFANTE, *Corso cit.*, cap. 19.

(2) *Ist. cit.*, pag. 603.

(3) Cfr. *Ulp. Reg.* 22. 14.

sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur „ (1).

In virtù di tale principio, gli *heredes sui* — compresi quelli che per qualunque ragione sopravvenissero alla confezione del testamento (*postumi*) — dovevano essere espressamente diseredati — *nominatim*, se *sui* maschi di primo grado, *inter ceteros*, se figlie o nipoti — qualora il padre non volesse istituirli. La conseguenza della preterizione o della *exhaereditatio non rite facta* era la nullità del testamento, trattandosi di un *suus* maschio di primo grado, o la chiamata degli eredi necessarii a concorrere con gli istituiti (*ius adcrescendi*), trattandosi dei cosiddetti *ceteri*, o infine la rottura del testamento, trattandosi di *postumi sui* („ *testamentum adgnatione postumi ruptum* „).

Sebbene quest'ultima durissima conseguenza fosse stata adolcita in seguito, col permettere di diseredare in ipotesi le varie categorie di *postumi* (2), il sistema rimaneva sempre, nel diritto classico, insopportabile, perchè fondato sur un vincolo familiare superato, l'agnazione.

Ecco la ragione per cui il Pretore, nel periodo che corre fra l'età di Cicerone e quella di Labeone (3), introdusse la *bonorum possessio contra tabulas*.

(1) Gai Inst., 2. 157.

(2) *Postumi legitimi*, nati dopo la morte del testatore; *aquilliani*, nati dopo la morte del testatore in tempo debito da un figlio predefunto; *velleiani* (*lex Iunia Velleia*, 26 d. C.), nati dopo la confezione del testamento; *quasi velleiani*, divenuti *sui* dopo la confezione del testamento per la premorienza di un *suus* immediato; *iuliani* o *salviani*, nati e divenuti *sui* dopo il testamento per la premorienza di un *suus*. Cfr. BONFANTE, *Ist. cit.*, pag. 610.

(3) V. la dimostrazione di ciò in LONGO, loc. cit., pag. 1221, n. 3, e 1242, n. 1.

Il tenore del suo editto dovè essere, press' a poco, il seguente (1):

Liberis, qui neque heredes instituti fuerint neque exhaeredati, virilis quidem sexus nominatim, feminae vel inter ceteros, si in aliena familia non fuerint, contra tabulas bonorum possessionem dabo, exceptis iis, qui iure heredes institui non possunt.

Liberis quoque heredibus institutis sive in familia testatoris sive in aliena fuerint, commissio per alium edicto, contra tabulas bonorum possessionem dabo.

(Si vero et postumus praeteritus sit, etiam huius nato contra tabulas bonorum possessionem dabo) (2).

Notevole la seconda clausola, sulla quale è da farsi una importante nota. Logicamente l'ammissione alla *bonorum possessio* dei *liberi* istituiti eredi, nel caso che l'applicazione dell'editto successorio fosse stata provocata da altri (*commissio per alium edicto*), si sarebbe dovuta restringere a quelli fra loro che, se fossero stati omessi, avrebbero potuto far ricorso alla normale *contra tabulas*. Ma eccezionalmente fu concesso ai figli naturali "in aliena familia", — i quali, pure, se preteriti, non avrebbero potuto *committere edictum* — di ottenere, se istituiti, la *possessio commissio per alium edicto* (3).

B. Anche la *bonorum possessio intestati* fu diretta dall'*aequi-*

(1) Seguo il "Tentamen restitutionis tituli edictalis de bonorum possessione", che forma l'appendice del Commentario cit. dell'ALIBRANDI, tenendo inoltre conto delle osservazioni del LENEL, *Ed. cit.*, tit. XXV, § 142 sgg.

(2) Il LENEL, loc. cit., § 142, esclude quest'ultima clausola, in considerazione di D. 37. 4. 1. 2.

(3) V. VANGEROW, *Pand.*, II, pag. 237.

tas pretoria a correggere le " iuris iniquitates „ della successione intestata civile.

Il rigido schema delle XII Tavole stabiliva, infatti, sulla base rigorosa della famiglia agnatizia, tre sole classi di successibili *ab intestato*: i *sui heredes*, l'*adgnatus proximus*, i *gentiles*. Ora, il Pretore, con la sua opera lenta e progressiva, non volle — né poteva — sconvolgere " ex imis fundamentis „ questi principii, ma — uso parole del BONFANTE (1) — costituì una specie di compromesso fra la famiglia romana e la famiglia naturale, tra i diritti della agnazione e quelli della cognazione, accordando agli ulteriori chiamati nelle singole classi la *bonorum possessio*.

Di qui i quattro *ordines* di successibili: *unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir et uxor*.

Di essi quel che ci tocca è il primo, l'*ordo dei liberi*, di cui la clausola edittale relativa dovette così suonare:

Si tabulae testamenti nullae extabunt, liberis potissimum bonorum possessionem dabo (2).

4. Occorre ora vedere quali fossero questi *liberi*, ai quali — sia nel caso di deficienza di testamento che in quello di *praeteritio* o *exhaereditio non rite facta* — accordava, nel diritto classico, il Pretore di venire all'eredità del *de cuius* come successibili *ab intestato*.

Risponde in via generale alla nostra domanda

D. 37. 4. 1 pr. (Ulp 39 ad ed): In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus, sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exhaereditati sunt.

(1) *Ist. cit.*, pag. 600.

(2) *V. retro*, n. 1 a pag. 7.

Non resta che specificare e classificare. Ed in ciò ci è di ausilio la trattazione diligente della pandettistica tedesca (1).

Liberi sono tutti i discendenti in linea maschile del *paterfamilias*, i quali al tempo della sua morte non si siano trovati sotto la *patria potestas* di un terzo (2).

Tali :

a) i *filii qui in potestate morientis fuerunt (heredes sui)* (3);

b) i *sui iuris facti liberi*, " sive emancipati sint, sive alias exierunt de patris potestate „ (D. 37. 4. 1. 6) (4);

c) i *liberi* " qui in potestate nunquam fuerunt nec sui heredis locum obtinuerunt „ (D. 38. 6. 5. 1) (5).

Tutti gli appartenenti alla seconda e terza categoria (" hi qui in potestate morientis non fuerunt „) sono, con dizione lata, di comodo, definiti dalle fonti *emancipati*, per contrapporli ai membri della prima categoria, agli eredi civili, ai *sui*.

Anche lo spediente mediante il quale il Pretore vocava alla

(1) V. per tutti LENR, op. cit., II, pag. 446 sgg.

(2) Come sappiamo (v. *retro*, pag. 7), gli *in adoptionem dati* e non emancipati dal padre adottivo potevano arrivare alla *contra tabulas*, se istituiti per testamento, *commissio per alium edicto*, ma non potevano aspirare mai, per nessuna ragione, alla *bonorum possessio unde liberi*. V. anche *infra*, cap. II, § 3.

(3) Casi portati dalle fonti: figli naturali, adottivi, tornati dalla prigionia, emancipati e poscia arrogati, nipoti emancipati e poi arrogati come figli, nipoti procreati dopo l'emancipazione del loro padre e dati in adozione all'avo, ecc.

(4) Non solo, dunque, gli emancipati o gli emancipati e arrogati ma poscia di nuovo emancipati, ma anche i *dati in adoptionem* ed emancipati, nonchè le figlie sottomesse alla *manus* del marito ed indi uscite.

(5) Esempi: il nipote emancipato ha la *contra tabulas bonorum possessio* del padre naturale morto dopo la morte dell'avo; il nipote nato al figlio emancipato dopo l'emancipazione ha la *bonorum possessio contra tabulas* dell'avo morto dopo la morte del padre.

successione del defunto i cosiddetti *emancipati* ci è ampiamente chiarito dalle fonti.

Egli non fece che fingere in essi quel carattere di *sui heredes*, che per varie ragioni, e principalmente per una *minima capitis deminutio*, avevano perduto. Logica applicazione del metodo adottato in generale dal magistrato per chiamare alla successione il *bonorum possessor*. Come questi non è *heres*, ma *heredis loco*, *vice heredis, velut heres* (1), così l'emancipato non è *suus*, ma viene alla successione come se fosse *suus*.

Questa finzione si attuava, perlopiù, mediante la rescissione della *capitis deminutio* cui il *liber* aveva soggiaciuto :

D. 37. 1. 6. 1 (Paul 41 ad ed): *Quamvis enim iure civili deficiunt liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor* (2).

Ma vi sono, lo abbiamo visto (3), casi in cui vengono alla successione legittima o contro il testamento persone che non hanno subita alcuna *capitis deminutio*, ma che la avrebbero potuta subire, se si fossero verificate altre circostanze, oltre quella

(1) V. Cai Inst. 3. 32: "Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non sunt, nam praetor heredes facere non potest: sed... loco heredum constituuntur". Cfr. anche D. 50. 17. 117, 37. 2. 2, 5. 3. 1.

(2) Il testo mi pare sostanzialmente genuino ed anche formalmente impeccabile. E' da escludersi perciò il dubbio radicale del BESELER (ZSS 45, pag. 454), che è indotto dalla menzione dell' "aequitas". Lungi dal ritenere con lui (loc. cit., pag. 455) che "la parola *aequitas* va cancellata dal vocabolario della giurisprudenza classica", noi aderiamo alla giusta reazione dell' ARANGIO RUIZ (*Ist.*³, p. 27, n. 1) e non vediamo, nel caso specifico, la ragione di una espunzione, sia pure delle sole parole "propter aequitatem". In questo senso, v. anche SOKOŁOWSKI, in *Studi Bonfante*, I, pag 193, n. 23.

(3) V. *retro* pag. 9.

di essere essi discendenti in linea maschile del *de cuius*. Qui la finzione del carattere di suità si palesava in maniera ancora più aperta e — oso dire — stridente, perchè essa si attuava col fingere la rescissione di una *deminutio capitis* che non si era verificata mai

5. La rottura delle disposizioni testamentarie, se pur animata da un principio equitativo, poteva peraltro portare ad una patente iniquità, qualora il defunto avesse lasciato dei legati a proprii parenti.

L'avvento della *contra tabulas* avrebbe dovuto, a rigore, indurre il misconoscimento anche di queste disposizioni a titolo singolare. Ma ordinò in contrario il Pretore:

Eos ~~liberos~~, qui per bonorum possessionem contra tabulas iudicia patris rescidunt, ex iudicio eius legata liberis et parentibus, uxori quoque nuptique dotis nomine legatum praestare cogam, ex iuris his liberis quibus ex causis supra scriptis bonorum possessionem dedero (1).

T ce

6. Senonchè una seconda iniquità — più grave e più frequente — poteva essere prodotta dalla cieca applicazione degli editti sulla *bonorum possessio contra tabulas* e su quella *unde liberi*.

Mentre gli emancipati godevano — per effetto della divisione della massa ereditaria — anche gli acquisti compiuti dai *sui heredes* durante la vita del *paterfamilias*, i *sui* non avevano invece alcuna partecipazione agli acquisti compiuti, in nome proprio e nel proprio interesse, dagli emancipati nel periodo intercorrente fra la loro emancipazione e la morte del *de cuius*.

Tale partecipazione volle istituire il Pretore dando vita all' isti-

(1) V. *retro* n. 1 a pag. 7.

tuto della collazione, che fu quindi il naturale addentellato delle *bonorum possessiones contra tabulas e unde liberi*. E ciò risulta chiaramente dalla lettura di

D. 37. 6. 1 pr. (Ulp. 40 ad ed): . . . cum . . . praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat . . . : consequens esse credit ut sua quoque bona . . . conferant . . . (1).

Collazione è, dunque, l'obbligo posto all'emancipato di apportare i suoi beni, acquistati sino al momento della morte del padre, ai *sui heredes*, cioè a coloro che non avevano potuto sino allora fare acquisti in nome proprio.

Etimologicamente, *conferre (cum ferre)* dà appunto il senso dell'apporto di un certo conglomerato in una qualche direzione. Ed è merito del WINDSCHEID (2) l'aver per primo messo in luce questo significato, proponendone la traduzione tedesca in " *beibringen* „, in luogo del tradizionale " *einwerfen* „ (versare) (3).

Questo rigoroso significato avrebbe potuto evitare a molti di dire sin dal principio una grave inesattezza definendo la collazione come " *contribuzione dei beni dell'emancipato nella massa ereditaria* „ (4). Ma, purtroppo, la nostra è una materia sulla quale, toltene rare eccezioni, poco si è scritto, e quel poco spesso sulle tracce vetuste della Glossa.

(1) Riporto il testo nella veste cui deve essere ridotto in base ad una rigorosa critica esegetica. Per la dimostrazione formale delle alterazioni da esso subite, v. *infra*, cap. I, § 1.

(2) *Pand. cit.*, § 609, n. 1.

(3) L'acuta osservazione è stata messa a buon profitto dal BGB tedesco (§ 2050), che usa a questo punto la espressione " *zur Ausgleichung bringen* „ (conguagliare all'atto della divisione).

(4) Anche l'espressione " *in medium conferre* „ non è del diritto classico. V. *infra* cap. I, § 1.

Non deve far meraviglia, perciò, se persino il BONFANTE (1) parla del nostro istituto in questi termini: "... il Pretore obbligò gli emancipati... a contribuire nella massa ereditaria i beni proprii, facendo che venissero divisi tra tutti alla pari dei beni veramente ereditarii" (2). Il che è doppiamente errato: 1) perchè i beni dell'emancipato non erano conferiti nella massa ereditaria, bensì a coloro "qui in potestate morientis fuerint" (3); 2) perchè essi non erano divisi tra tutti i coeredi, ma solo fra l'emancipato conferente e i *sui*, con esclusione di ogni altro emancipato (4).

(1) *Ist. cit.*, pag. 607.

(2) All'esempio tipico del BONFANTE (*tipico* perchè accenna esplicitamente anche alle conseguenze errate che scaturirebbero dal concetto del "conferre in medium": là dove gli altri si limitano soltanto, nelle loro definizioni, ad implicarle) possiamo aggiungere questi altri. ARANGIO RUIZ (*Ist. cit.*, pag. 519): "... l'emancipato, se vuol concorrere coi fratelli alla *bonorum possessio sine tabulis*, deve conferire nell'eredità quanto ha acquistato per suo conto". HUVELIN (*Dr. romain*, I, pag. 716): "Le preteur a commencé par obliger les enfants émancipés. qu'il appellait à la succession paternelle, à mettre dans la masse héréditaire les biens qu'ils avaient acquis à la faveur de l'emancipation". GIRARD (*Man. cit.*, pag. 948): "En revanche il convient de signaler une institution en vertu de laquelle certaines successibles pourront bénéficier de valeurs ne faisant pas partie de la succession, demander à d'autres successibles de mettre dans la masse héréditaire (conferre in medium) certaines valeurs pour les y faire participer". JOERS, KUNKEL, WENGER (*Römisches Recht*², pag. 241): "Diese Verschiedenheit glich das Edikt dadurch aus, dass es von dem emancipatus, der die bonorum possessio erbeten hatte, verlangte, er solle den sui heredes gegenüber sein zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandenes Vermögen (unter Abzug seiner Schulden) zur Theilungsmasse beibringen (conferre)".

(3) V. la dimostrazione *infra*, cap. III, §§ 2-3.

(4) Non è ad obbiettarsi che anche per la collazione moderna (artt. 1001

E non basta. Nello stesso concetto, così precisato, del *conferre* e della *collatio* occorre fare una ulteriore cesellatura. Come inequivocabilmente risulta dalle fonti giuridiche, queste parole sono usate per designare promiscuamente un duplice aspetto dell'istituto: l'aspetto economico patrimoniale e quello tecnico-giuridico (1). Da una parte, *conferre* e *collatio* indicano appunto l'atto dell'*apportare*, nel senso materiale della parola (2), dall'altra, invece, designano l'atto di *promettere l'apporto dei bona (cavere)*, nel che si risolve giuridicamente l'istituto (3).

Ciò può dar luogo ad equivoci. Ed io credo che tale promiscuità di significati non sia la ultima delle cause per cui la dottrina dominante moderna continua ad appigliarsi all'errata credenza che, anche in diritto classico, la *datio bonorum posses-*

sgg. cod. civ. italiano) si parla di *conferimento nella massa ereditaria* (v., ad es., DE RUGGIERO, *Ist.*⁶, III, pag. 576 sgg.), pur dovendosi questa operare dai discendenti *solamente agli altri discendenti*, e non anche agli eventuali eredi estranei. Mentre è ben possibile ammettere oggi la divisione del patrimonio ereditario *fra i soli discendenti* (avendo preliminarmente calcolate le quote degli eredi estranei), non era un caso analogo altrettanto pensabile per diritto romano, dato che il patrimonio di ciascun emancipato andava diviso fra lui e i *sui heredes*, ad esclusione di ogni altro emancipato: si sarebbero imposte dunque, in quel diritto, tante operazioni autonome e contemporanee di divisione per quanti fossero stati gli emancipati conferenti. Comunque, che il concetto del "conferre in medium" non sia del diritto classico risulta ampiamente chiarito dalla necessità, accennata nel testo, di promettere, da parte dell'emancipato, la collazione *ai singoli "sui heredes"* (*his qui in potestate morientis fuerint*), e non al complesso dei *liberi*.

(1) V. *infra* cap. III, § 1.

(2) Cfr., ad es., D. 37. 6. 1. 11.

(3) Cfr., ad es., D. 37. 6. 1. 9.

sionis costituisse il presupposto della *cautio collationis*, mentre essa era soltanto il presupposto del conferimento reale (1).

Allo stato delle fonti, non è precisabile l'epoca in cui la *collatio* venne introdotta, ma è da credere che la concessione di essa sia intimamente legata al divenire della *bonorum possessio contra tabulas* " cum re " (2)

Certo si è che Gaio Cassio Longino — console nel 30 d. C. — conosce il nostro istituto, come risulta da

D. 37. 6. 2. 5 (Paul 41 ad ed): Si tres emancipati duo in potestate sint, Gaius Cassius libro septimo iuris civilis tertias conferendas putat... (3).

Questo, per sommi capi, il concetto e l'origine della collazione in senso proprio: di quella che, per intenderci, chiameremo d'ora innanzi, sulla scorta dei testi, *collatio bonorum* o *emancipati*.

7. Sullo stesso fondamento della *collatio bonorum* riposa la *collatio dotis*, che può dirsi una applicazione particolare.

Anche qui si trattava di eliminare una iniquità: quella che le donne, anche non emancipate, potessero concorrere insieme con gli altri *liberi* alla *bonorum possessio*, pur avendo — per effetto dello scioglimento del matrimonio — acquistata in piena proprietà, già prima della morte del *de cuius*, la *dos* loro costituita.

Dispose, per questo caso, il Pretore che la figlia andata a nozze fosse tenuta ad operare il conferimento dei beni dotali.

(1) Alla confutazione di questa dottrina sono particolarmente dedicati i capp. IV e V della presente monografia.

(2) V. Longo, loc. cit., pag. 1242.

(3) Per la critica di questo frammento, v. *infra* cap. III, § 3.

Le caratteristiche della *collatio dotis* di fronte all'istituto generale della collazione dell'emancipato sono: a) che obbligata al conferimento è la discendente *divenuta sua heres* (per effetto dello scioglimento del matrimonio) e accedente alla *bonorum possessio contra tabulas* o a quella *unde liberi*, b) che oggetto del conferimento in questione è la *dos, profecticia* o *adventicia* che sia, ma non lo sono, in generale, i *bona* acquistati dalla *filia*.

Per il resto, il regolamento dell'istituto è fondamentalmente identico a quello che studieremo circa la *collatio emancipati*. La *filia in potestate*, invero, viene trattata, riguardo alla dote, come se fosse stata emancipata, ed avesse perciò fatto un acquisto in proprio. Che se poi veramente essa non sia stata *in potestate morientis*, ed allora la dote dovrà essere conferita, insieme con gli altri *bona*, a titolo di vera e propria *collatio*, ai *sul*.

8. La *collatio dotis* degenerò, peraltro, nel diritto imperiale. Già il divo Pio ebbe a riscrivere a tal Ulpio Adriano:

(D. 37. 7. 1 pr.) . . . etiam eam, quae non petierit bonorum possessionem, ad collationem dotis per arbitrum familiae erciscundae posse compelli.

Ma, principalmente, innovò in maniera radicale l'imperatore Gordiano, sancendo in

C. 6. 20. 4 (a. 239): . . . his etenim, qui in familia defuncti non sunt, profecticiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit.

In ciò il germe di un'evoluzione radicale dell'istituto della collazione, il quale — anche per lo sviluppo dei peculii, caratteristico del diritto post-classico — non si fondò più su quella diversità del trattamento dei successibili, che abbbiam visto per il diritto classico, ma su una ragione di pareggio della condizione dei vari coeredi, in ordine ai beni loro derivanti dallo stesso defunto.

9. Quest'evoluzione concettuale, e la conseguente evoluzione sistematica della collazione dal diritto classico a quello giustiniano non possono rettamente intendersi, se non in funzione di una veduta storica degli sviluppi della stessa *bonorum possessio*.

I punti salienti del sistema della successione pretoria erano, nel diritto classico, i seguenti :

a) l'Editto non concedeva alcun diritto successorio, ma si limitava a promettere la *possessio* dei beni del defunto a chi si trovasse in determinate condizioni e ne facesse domanda (*adgnitio*);

b) l'*adgnitio* non determinava punto l'acquisto dei beni ereditarii, ma poneva in essere una condizione perchè il pretore potesse, secondo il suo arbitrio, effettuare la *datio* (1).

Epperò, se da un canto gli eredi pretorii erano sempre *voluntarii* (« invito . . . nemini bonorum possessio acquiritur »), dall'altro questa volontarietà non era da intendersi nel senso che sull'*adgnitio*, e quindi in definitiva sull' Editto, posasse l'acquisto dei diritti successorii, chè anzi esso operavasi sempre in forza dell'*arbitrium* del Pretore (*beneficium praetoris*).

In questa guisa va anche concepita la distinzione tradizionale tra *bonorum possessio edictalis* e *decretalis*. Le indagini del SOLAZZI (2) hanno dimostrato come anche la prima, la *possessio edictalis*, venisse, nel diritto classico, concessa mediante un *decretum*. Onde possiamo ben concludere che è su questo, sulla

(1) Subordinatamente è da rilevare: 1) che la istanza doveva presentarsi entro un anno utile, per gli ascendenti ed i discendenti, o 100 giorni, per gli altri — a partire dal momento in cui si ebbe la notizia dell'apertura della successione; 2) che la istanza poteva presentarsi anche a mezzo di rappresentanti.

(2) In AGFS, 1928, pag. 17 sgg.

volontà concreta dell'Edicente, che tutto il sistema successorio del diritto onorario poggiava.

Tuttavia questo stato di cose non durò a lungo. La equiparazione fra l'Editto e la Legge, iniziata con la codificazione adrianea e maturantesi progressivamente in seguito, avvicinò sempre più la *bonorum possessio* alla *hereditas*, riducendo ad una pura formalità la *datio* del Pretore, talchè in diritto giustiniano non occorre neanche il *decretum*, per l'attribuzione della *possessio edictalis* (1).

I momenti di questo interessantissimo processo di fusione sono oggidì abbastanza sicuri, dopo le ricerche svolte particolarmente dal BIONDI (2).

La fase preliminare di esso si ha nello stesso diritto classico, il quale, pur senza mai confonderli, tende con tutti i mezzi a porre sur uno stesso piano l'istituto civile ed il pretorio.

La commistione degli ordinamenti giuridici, attuata dal diritto imperiale a partire dal IV secolo, impone, quindi, la unificazione, che avviene — in prosieguo, sino a Giustiniano — sulla gran via delle riforme pretorie, ma sotto l'egida formale della vetusta *hereditas*.

L'ultimo atto, é, come sempre, recitato da Giustiniano. Questi, secondo l'usanza sua frettolosa, accolse — nei Digesti e nel Codice — così com'erano, gli istituti classici, ma — con opportune modificazioni, con tagli sapienti, con emblemi più o meno arguti — volle forgiarli sull'incudine del nuovo stato di cose, e seppe addirittura superarli, in un sistema anche formalmente unitario (in

(1) Essa accordavasi *de plano*, in base alla ricognizione dei requisiti richiesti dall'editto.

(2) *La legittimaz. proc. nelle azioni divisorie*, 1913, pag. 11 sgg.; *Dir. e processo nella leg. giust.*, 1930; *Atti del Congr. internaz. di dir. rom.*, 1933.

cui si parla costantemente di *heres* e di *hereditas*), con più calma, nelle Novelle.

10. Il decadimento onde sofferse, a partire dall'epoca imperiale, la successione pretoria ed il progressivo assorbimento di essa da parte della *hereditas* operarono, come abbiamo accennato (1), uno spostamento del centro di gravità della *collatio* dalle caratteristiche situazioni generate dal dualismo della *hereditas* e della *bonorum possessio* verso altre situazioni avverantisi nell'ambito dell'unica vocazione formalmente vittoriosa, quella ereditaria civile.

In linea specifica, poi, lo sviluppo dei peculii dei *filifamilias* — di cui parimenti dicemmo (2) — eliminando ogni disparità di trattamento giuridico dei *sui* e degli *emancipati*, tese ad impiegare la collazione in un altro senso: in quello di pareggiare le condizioni dei coeredi nella divisione dell'eredità.

Ne nacque un istituto radicalmente nuovo, che fu la *collatio descendentium*.

Le tappe di questa radicale evoluzione sono da vedersi, oltre che nella citata costituzione di Gordiano (3), in una costituzione dell'imperatore Leone, datata l'anno 472 (4), nella quale si fa obbligo a tutti i discendenti di conferire i beni loro pervenuti dall'ascendente a titolo di dote o di *donatio ante nuptias*, ed in alcune costituzioni di Giustiniano (5), le quali stabiliscono dover aver luogo la collazione tanto nella successione intestata quanto

(1) V. *retro* § 1.

(2) V. *retro* § 8.

(3) C. 6, 20. 4, di cui *retro*, nel § 8.

(4) C. 6. 20. 17.

(5) C. 6. 20. 19, 20 e Nov. 18. 6., 97. 6.

nella testamentaria e che sono da conferire la *dos profecticia*, la *donatio propter nuptias* e le somme ricevute per l'acquisto di una carica (*militia*), ove peraltro manchi una dispensa del *de cuius*.

La limitazione degli oggetti della *collatio descendentium* — la quale non può aversi per ogni specie di donazione — e l'ammissione di una facoltà di dispensa nel *de cuius* dimostrano, altresì, il mutamento del principio fondamentale dell'istituto dal diritto classico a quello giustiniano. Non più esso è animato dalla necessità equitativa di una pratica parificazione, bensì dal rispetto della presunta volontà dell'ascendente defunto, il quale — si pensa — non può aver voluto fare certe particolari liberalità ai figli, se non a titolo di anticipata successione. La prova del contrario, in questa presunzione, è data appunto dalla dispensa.

11. E' questa la fondamentale ragione per cui si rileva, oggi, da autorevoli civilisti (1), non essere la collazione — di cui all'art. 1001 cod. civ. — parimenti fondata, che quella del diritto giustiniano, cui pur si compiacciono i più di rapportare senz'altro la collazione moderna.

Dice invero l'art. 1001 cod. civ.: " il figlio o discendente il quale venga alla successione, ancorchè con beneficio di inventario, insieme coi suoi fratelli o sorelle e loro discendenti, deve conferire ai suoi coeredi tutto ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione sia direttamente come indirettamente, eccettuato il caso che il donante abbia altrimenti disposto „. Ora — si è giustamente notato — può dirsi che sia una presunzione ovvia quella che *tutte le donazioni* fatte dall'ascendente al discendente siano animate dall'intento di costituire una anticipata successione?

(1) COVIELLO N., *Delle Successioni*³, Parte Generale, pag. 420 sgg.

Evidentemente, no. La presunzione naturale è, al contrario, che quando taluno fa una donazione con atto tra vivi senza riserve o condizioni, intende spogliarsi definitivamente (art. 1050 cod. civ.).

Il fondamento teorico della collazione, adunque, non può essere che un altro: quello della comproprietà domestica. Ma anch'esso è frustrato dalle disposizioni del codice civile, che non sanciscono la assoluta obbligatorietà del conferimento.

La collazione odierna, perciò — come si esprime il COVELLO N. (1) — " non riesce a raggiungere lo scopo di conservare la comproprietà domestica, nè di rispettare la volontà del defunto „. E' un istituto teoricamente ingiustificabile, in assoluto contrasto con quello giustiniano.

12. La rapida visione storica, che abbiám cercato di dare dell'istituto della collazione — inquadrato nel sistema della *bonorum possessio* — e, insieme, il titolo di questo lavoro chiariscono il nostro compito.

La *collatio bonorum* è il germe da cui è fiorita tutta la dottrina posteriore della collazione, sino ai nostri giorni, ed è inoltre un accessorio fondamentale della *bonorum possessio* classica, negli *ordines* " contra tabulas „ e " unde liberi „. Per ambedue queste ragioni val la pena di studiarla adeguatamente e di porne in rilievo la struttura classica.

Simile studio è tanto più utile, in quanto manca ancora una revisione critica completa dell'istituto. Nè i pandettisti nè i trattatisti del secolo scorso — fatta lodevole eccezione per il FEIN (2) — se ne occuparono mai di proposito (forse a cagione del suo in-

(1) Op. cit., pag. 424.

(2) *Das Recht der Collation*, Parte Prima.

teresse essenzialmente storico), nè d'altronde la dottrina moderna — che pur tanto si preoccupa di ricostruire gli schemi giuridici classici — lo ha ancora fatto oggetto di un esame esauriente, ma solo sfiorato, qua e là, di osservazioni ed appunti passeggeri.

Occorre dunque ai critici più profondi che verranno fornire una visione unitaria della *collatio*, dare cioè una prima digressatura alla materia, così come ci è fornita dai Digesti e dal Codice.

Tanto si propone di raggiungere il presente lavoro. Il quale non sarà riuscito vano, se avrà valso a porre — con quanta più diligenza possibile — agli esegeti i problemi da trattare ed a chiarire — ove necessario — i quesiti già posti.

CAPITOLO I.

Fondamento della collazione

1. Come abbiamo avvertito nell' Introduzione (1), una esigenza di equità presiedette al concedimento dell' istituto della collazione.

D. h. t. 1 pr. (Ulp 40 ad ed): Hic titulus manifestam habet aequitatem: cum enim praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum: consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna.

Il passo — con cui si apre, nei Digesti, la dottrina della collazione — è fortemente alterato.

Anzitutto, nella menzione dell'*aequitas*. Anche a non voler seguire l'opinione radicale del BESELER (2), il quale avvisa Triboniano ogni qual volta si menziona nelle fonti l'*aequitas*, è più che probabile che a ragione egli espunga quelle, che suol chiamare

(1) § 6.

(2) V. *retro*, Introduzione, pag. 10 n. 2.

“ Lobpreisungen „, cioè introduzioni encomiastiche alle diverse materie edittali. Aderisco, dunque, a lui (1) nel condannare la frase « hic titulus — aequitatem », e conseguentemente la particella « enim », che ha servito a giungerla col testo genuino (2).

Su considerazioni rigorosamente formali si fonda il sospetto del SOLAZZI (3) circa la genuinità di « appetere »: sospetto che, nel caso nostro, vien confermato dalla superfluità delle parole « qui appetant paterna », che è duopo considerare emblematiche (4).

Ma non credo di potermi fermare qui.

Frutto di interpolazione e di interpolazione giustiniana, è, a mio parere, il periodo « participesque — paternorum ». Esso, in fondo, dopo la frase precedente, è una ripetizione: ed è una ripetizione tanto più pericolosa, in quanto fa del generico « admittat ad possessionem » l'equivalente di « participes facere bonorum paternorum », che presuppone non soltanto la promessa edittale, ma la “ adgnitio „ dell' emancipato e la “ datio „ del pretore (5). La frase, inoltre, è gravemente indiziata di alterazione per la presenza dell' « in potestate sunt », in vece di « fuerunt », che a nessun costo può attribuirsi al rigoroso linguaggio tecnico di un

(1) Loc. cit., pag. 454.

(2) L' interpolazione parziale del testo in questo punto è anche sostenuta, per altre ragioni, dal PRINGSHELM, *Festschrift Lenel*, pag. 270, n. 1.

(3) *AGFS*, 1925, p. 61.

(4) Anche al SOLAZZI, loc. cit., pare di dover escludere l' ipotesi del glossema, in favore di quella dello emblema. Di questo, peraltro, egli non fornisce la spiegazione.

(5) “ *Admittere ad possessionem* „ significa, invece, solamente “ ammettere alla richiesta della *possessio* „, cioè *promettere* nell' Editto la successione pretoria.

giurista classico (1), mentre anche in altri testi (2) denuncia la mano tardiva.

Ritengo, infine, per ragioni di ordine formale e sostanziale, interpolato « in medium ».

L'espressione " *in medium conferre* „ non è affatto frequente, nel *Corpus iuris*: la si incontra non più di 5 volte nelle Pandette ed una sola volta nel Codice.

Le prime due volte, nei Digesti, essa appare in frammenti relativi a materia di società:

D. 17. 2. 53 (Ulp 30 ad Sab): Quod autem ex furto [vel ex alio maleficio] quaesitum est, in societatem non oportere conferri palam est [quia delictorum turpis atque foeda communio est]. Plane si *in medium collata sit*, commune erit lucrum. (3)

D. 29. 2. 45. 2 (Iul 1 ad Urs Fer): Et cum quaestus

(1) Il giurista classico, invero, non avrebbe mai parlato di " *fili qui in potestate sunt* „ relativamente ai *sui heredes*, i quali sono, per definizione, non più *in potestate* dal giorno in cui la loro *aspettativa* dei diritti successorii, si è trasformata, per effetto della morte del *paterfamilias* e della *datio possessionis*, in un vero e proprio *diritto*. Ma non son questi ragionamenti da Triboniano. Il fatto che i " *fili qui in potestate sunt* „ sono anche denominati " *sui heredes* „ lo induce a dire, senz'altro, che alla *possessio* vengono i " *sui heredes* „, cioè i " *fili qui in potestate sunt* „. Così — verbigrazia — il " *praescriptis verbis agere* „ del diritto classico si è potuto formalizzare, nel diritto giustiniano, in un' " *actio praescriptis verbis* „, che significa tutt'altra cosa da quella che la denominazione promette (v. su ciò BONFANTE, *Ist. cit.*, pag. 482 sgg.).

(2) Es.: fr. 1, 1, 2, 9 D. h. t.

(3) Le interpolazioni furono rilevate dall'ALBERTARIO, *St. Perozzi*, pag. 225. Non sono alieno dal ritenere almeno formalmente alterato l'ultimo periodo. Già il " *sit* „ fu dovuto cambiare in " *sint* „, dall'HALOANDER; il " *plane* „ è, inoltre, sempre un avverbio che ispira diffidenza (v. *infra*, pag. 40, n. 2).

et compendii societas initur, quidquid ex operis suis socius adquisierit, *in medium conferet*: sibi autem quisque hereditatem acquirit.

Tanto nell'uno quanto nell'altro caso l'espressione è incriticabile. Siamo in tema di società e nulla di più naturale vi ha, quindi, che vi si parli di un apporto alla massa comune, di un « conferre in medium ». I due passi, anzi, ci certizzano sull'esatto significato da attribuire all'espressione: *apporto alla massa comune*, alla massa indivisa e da dividere.

Senonchè, la cosa cambia aspetto, relativamente agli altri brani adornati della medesima locuzione, tutti relativi alla *collatio bonorum*.

È certo che, in D. h. t. 1 pr., " *in medium conferre* „ non possa significare che: " apporto alla massa ereditaria „ (1). Ed altrettanto certo è che lo stesso significato l'espressione assume in

C. h. t. 4 (Gord, Marino, a. 239): *Filiae dotem in medium ita demum conferre coguntur, si vel ab intestato succedant vel contra tabulas petant.*

ed in

D. h. t. 2. 9 (Paul 41 ad ed): *Si per inopiam emancipatus cavere non possit, non statim ab eo transferenda est possessio, sed sustinendum donec possit invenire fideiussores, ut tamen de his, quae mora deteriora futura sunt, his qui in potestate sunt actio detur ipsique caveant in medium collaturos, si cautum eis fuerit.*

Ma quest'ultimo testo, come diremo altrove (2), è del tutto alterato.

(1) Di qui derivano tutte le errate concezioni sull'essenza della *collatio*, che criticammo nell'Intr., § 6.

(2) V. *infra* cap. V.

Rimane ancora

D. h. t. 3. 2 (lul 23 dig): ... si bona a patre relicta et emancipatorum *in medium conferantur* et ita viriles partes sumantur, eveniet, ut et emancipatis quoque collatio ... prosit.

La critica che del passo faremo a suo tempo (1) non menoma il brano riportato. Anche qui (e non potrebbe essere diversamente) l'espressione "*in medium conferre*" è usata nel senso di "apporto alla massa indivisa", *ma non per dirsi che in un simile apporto consista l'istituto della collazione*, sibbene per denunciare l'assurdo che deriverebbe dal concepire siffattamente la *collatio*. Se per caso — dice il giurista — i beni lasciati dal padre fossero uniti in una sola massa con quelli acquistati dagli emancipati, ne deriverebbe che anche gli altri emancipati fruirebbero — per effetto della divisione di essa — del conferimento fatto dall'uno, mentre è regola che « emancipati unius loco sint » (2).

Inoltre, per parlare da un punto di vista esclusivamente sostanziale, il concetto dell' *in medium conferre* è contrario alla regola di riparto stabilita dall'Editto, che vedremo essere quella di « conferre his, qui in potestate patris fuerint » (3).

È lecito concludere per la interpolazione di « in medium » sia in D. h. t. 1 pr., che in C. h. t. 4.

D. h. t. 1 pr., può, in definitiva, così restituirsi:

... Cum ... praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat ... consequens esse credit, ut sua quoque bona ... conferant. ...

(1) V. *infra* cap. III, § 2.

(2) D. h. t. 2. 5, su cui v. *infra*, cap. III, § 3.

(3) V. *infra* cap. III, § 2.

Se da ultimo vogliamo ricercare la causa di tutte queste alterazioni, possiamo dire che esse rivelano una duplice direttiva:

a) quella giustamente messa in rilievo dal BESELER, e cioè l'intento encomiastico dei compilatori, che ha dettato l'aggiunzione del periodo introduttivo;

b) quella di dar base testuale ad un radicale mutamento, che nell'ambito della dottrina della collazione venne verificandosi dal diritto classico a quello giustiniano.

La prima direttiva è quella che per ora ci interessa. Quanto alla seconda — da cui dipendono le rimanenti tre aggiunte al testo di Ulpiano — avremo modo di indagarla ampiamente altrove: ond'è che al proposito di essa chiariremo il perchè delle interpolazioni medesime (1).

2. Il principio di equità che governa l'istituto è molto più efficacemente espresso — secondo che già il SOLAZZI (2) ha avuto a notare — in

Coll. 16. 7. 2: Nam aequissimum putavit neque eos bonis paternis carere per hoc, quod non sunt in potestate, neque praecipua bona propria habere, cum partem sint ablati sui heredibus (3).

3. Voler precisare questo principio di equità e trasferirlo in norme concrete sarebbe — a mia veduta — assurdo, perchè implicherebbe una contraddizione in termini. Se l'equità è la giustizia del caso singolo, essa non è riducibile a precetti.

(1) V. *infra* cap. IV.

(2) Loc. cit., p. 61, n. 1.

(3) Anche "aequissimus", è criticato dal BESELER, loc. cit., ma non in questo testo.

Possiamo soltanto dire, in generale, che la direzione di questo principio è verso l'appianamento delle disparità producentisi fra *sui* ed *emancipati*, per effetto dell'ammissione di quest'ultimi alla *bonorum possessio contra tabulas e unde liberi*. Ecco la gran via su cui fu incanalata, e proficuamente progredì, la giurisprudenza (1).

Poco apprezzabile è quindi lo sforzo di chi ha voluto invece tentare questa concretizzazione, che per ogni verso si rivela insufficiente e vana.

È avvenuto, così — nel secolo scorso — che, mentre il FEIN (2) ha polarizzato tutto il nostro istituto sul fatto che il pareggio fra le condizioni del *suius* e dell'emancipato è affatto naturale, a causa della rescissione della *capitis deminutio* di quest'ultimo, lo SCHMIDT (3), e con lui il VANGEROW (4), ha preferito di fonderlo sul principio della « espiazione della offesa arrecata dall'emancipato al *suius* mediante la *bonorum possessio* ».

Ma giustamente notava in contrario il LEIST (5) che vi era

(1) Tutta frutto di interpretazione giurisprudenziale, non basantesi sulla lettera dell'editto ma sullo spirito suo informatore, è, per esempio, la regola che l'emancipato in tanto sia tenuto ad eseguire il conferimento reale, in quanto il *suius heres* abbia subito un danno per effetto del suo concorso, mediante la *bonorum possessio*, alla massa ereditaria (v. *infra*, cap. VI). Lo stesso è a dirsi per le molteplici regole sul modo di effettuare la collazione nel campo economico-patrimoniale, che studieremo nel cap. III, §§ 2 e 4. Ed è certo opera di *interpretatio* quel "curator", presso il quale va depositata la quota ereditaria destinata all'emancipato, nel caso che egli non dia cauzione "de bonis conferendis" e che i *sui* non abbiano, da parte loro, potuto garantirgliene la restituzione (*infra*, cap. V).

(2) Op. cit., pagg. 119-123.

(3) *Das form. R. der Noterben*, pag. 111 sgg.

(4) *Pand.*, pag. 387.

(5) Op. cit., II, pag. 519.

ancora altro da dire circa il fondamento dell' istituto e, allargando i concetti esposti dal FEIN e dallo SCHMIDT, egli passava a concretarlo nei seguenti tre punti :

a) la collazione è un pareggio giuridico, non di fatto, perchè si fonda sulla diversa capacità di acquisto dei figli ;

b) questo pareggio è del tutto naturale, a cagione della rescissa *capitis deminutio* dell'emancipato ;

c) infine, poichè la partecipazione del *suus* al patrimonio dell'emancipato non è che la conseguenza, il *consequens*, della partecipazione dell'emancipato al patrimonio ereditario, la quale limita il *suus*, questi in tanto avrà diritto alla *collatio*, in quanto venga diminuito nella sua condizione dal concorso di quegli (1).

Ottima schematizzazione, invero, ma pur sempre insufficiente. A tacer d'altro, non vi si fa parola alcuna circa il riparto dei *bona emancipati*, che pure è un sistema di diretta dipendenza dal principio informatore dell' istituto.

Tuttavia — se non rifuggissimo per principio da tutte queste formulazioni — noi dovremmo, io credo, ancora preferire l'enunciato dello SCHMIDT, come il più generico di tutti e come quello che non fa della *fictione suitatis* il pilastro della dottrina della collazione.

4. Della *fictione suitatis* si è avvalso, da ultimo, uno scrittore moderno, il LA PIRA (2), per sostenere addirittura la inesistenza di un principio di equità a base della *collatio bonorum*.

L'affermazione — mi sia permesso di dirlo — non è però soverchiamente profonda. Sofisma invero, e null' altro, parmi

(1) Questo principio sarà adeguatamente messo in rilievo, *infra*, nel cap. VI.

(2) *La succ. int. ecc.*, pag. 371 sg..

il ragionamento del LA PIRA. Il principio della collazione — egli dice — non è una novità del Pretore, ma esso attuavasi anche nell'ambito della famiglia agnazia, mediante la *revocatio in communionem* dei peculii dei *fili-familias*. Se nonchè, invece di attribuire a questa sua osservazione il valore di un semplice appunto analogico, il LA PIRA passa a trarne conseguenze inaccettabili. Non l'equità è, dunque, — secondo lui — il fondamento della *collatio bonorum*, ma il vetusto principio della *revocatio*, il quale, solo in un secondo tempo, " nelle mani del pretore... si trasformò in un congegno di equità, riuscendo a spezzare qua e là il rigore dei principii „. Il che è illogico, perchè il pretore in tanto si sarebbe potuto indurre ad immettere nel sistema della *bonorum possessio* la *revocatio*, in quanto essa fosse richiesta dalla tecnica giuridica o dall'equità. Ma quale esigenza tecnica militava a favore della *revocatio*, nel novello sistema successorio? E' mestieri ammettere, perciò, che vi militasse una ragione di equità.

Del resto, il richiamo della *revocatio in communionem* non può aversi altro attributo che quello di una analogia molto superficiale. *Revocatio in communionem* la collazione potrebbe dirsi soltanto se consistesse in una contribuzione dei beni dello emancipato nella massa ereditaria, in un "*conferre in medium*„. Ma questo assolutamente essa non è (1).

5. Dobbiamo allora concludere che nemmeno la " *fictio suitatis* „ può assurgere a principio fondamentale dell'istituto della collazione.

La *fictio suitatis* non è che un modo di estrinsecazione del-

(1) Anche formalmente: v. *retro* § 1.

l'aequitas. E' questa il vero, unico ed imponderabile fondamento della collazione.

Il Pretore si valse della rescissione della *capitis deminutio* dell'emancipato, in tutte le sue conseguenze, solo in quanto essa serviva tecnicamente alle sue direttive. Ma quando, a rigore applicata, la finzione della suità avrebbe portato ad un *conferre in medium* da parte dell'emancipato, cioè ad una conseguenza iniqua (1), ecco che il Pretore non esitò a travolgerla, stabilendo una regola diversa (2). *Diversa, sì, ma equa*.

6. Che la *collatio bonorum* abbia luogo nella *bonorum possessio contra tabulas* è testualmente affermato da D. h. t. 1 pr. (3), Ulp. Reg. 28.4 (4), Paul. Sent. 5.9.4 (5).

Altri testi ci accertano — se pur ve n'è bisogno — l'estensione dell'istituto anche alla *bonorum possessio unde liberi*.

Coll. 16.7.2: Suis praetor solet emancipatos liberos itemque civitate donatos coniungere data bonorum possessione, ita tamen, ut, bona si qua propria habent, his qui in potestate manserunt conferant.

D. h. t. 9 (Pap. 5 resp): Filius emancipatus intestati patris bonorum possessionem accepit. Nepos ex eodem in familia retentus semissem hereditatis cum emolumento collationis habebit. Idem nepos si postea possessionem inte-

(1) Alla spartizione della massa ereditaria aumentata del patrimonio di un emancipato ricco avrebbe, così, potuto partecipare anche quel *capitis deminutus* che non avesse saputo o potuto (es.: perchè emancipato da minor tempo) fare altrettanti guadagni.

(2) V. *infra*, cap. III, § 1 e 2.

(3) V. *retro*, § 1.

(4-5) V. *infra*, cap. III, § 7, cap. IV, § 5.

stati patris accipiat, fratri post emancipationem patris quaesito et in familia retento bona sua conferre cogetur (1).

Vi è ancora C. h. t. 9. Ma su questo testo, in parte glossato e in parte rimaneggiato, ci diffonderemo nel capitolo relativo ai soggetti della collazione (2).

7. L'una e l'altra applicazione della *collatio* sono confermate da

D. h. t. 3. 6 (Iul 23 dig): Qui... vel intestato, vel testamento facto praeterito emancipato decessit: quaesitum est quid de bonorum possessione, quid de collatione iuris esset... (3).

8. C. h. t. 1 ci accerta che la *collatio* non ha luogo nemmeno nella *bonorum possessio secundum tabulas* accordata ad un *liber emancipatus*.

(Alex, Deuteriae, a. 224): Emancipatos liberos testamento heredes scriptos et ex eo successionem obtinentes a patre donata fratri conferre non oportere, si pater, ut hoc fiat, supremis iudiciis non cavit, manifesti iuris est.

Ma il frammento è alterato. « Successionem obtinentes », in

(1) Non credo che questo testo possa formalmente criticarsi, per quanto esso incorra nel sospetto generico del KRUEGER (cit. in *Index Interp.*, III, col. 39). Anche * *emolumentum*, — come avverte il KUNKEL (*ZSS*, 45, pag. 206 sgg.) — è parola ambigua, ma non può certo fondarsi su di esso una critica. Del resto, il contenuto è logico e ben connesso, chiarendo una perspicua applicazione dei principii della *collatio*, che ha da farsi a colui che, *moriente patre*, era in sua potestà, da colui che, *moriente patre*, più non lo era.

(2) V. *infra*, cap. II, § 7.

(3) V. *infra*, cap. III, § 4, sub g).

luogo di « bonorum possessionem obtinentes », denuncia l'intento solito del compilatore di fondere anche formalmente i sistemi successorii classici. « Si pater... non cavit » ha inoltre da essere un emblema: « si... non », per « nisi », ed il « supremis iudiciis » ne sono gli indizii formali. Opino che esso sia dovuto ad uno sforzo di adattamento del testo classico, riguardante la *collatio bonorum*, al sistema della collazione giustiniana, cioè alla *collatio descendentium*: e bisogna riconoscere che a tale adattamento il rescritto ben si prestava, a cagione della sua fattispecie, relativa agli " a patre donata „. Nel diritto classico, comunque, se vi era luogo a collazione, essa *doveva* farsi: e se la *collatio* non era ammessa, non poteva essere imposta da una disposizione di ultima volontà del *de cuius*. (1).

Il rescritto di Alessandro va, dunque, così restituito:

Emancipatos liberos testamento heredes scriptos et ex eo [—] < bonorum possessionem > obtinentes a patre donata fratri conferre non oportere [—] manifesti iuris est.

9. Data la precedenza — nell'ordine delle materie edittali — della *bonorum possessio contra tabulas* rispetto a quella *intestati*(2), la clausola " de collatione bonorum „ dovette dal Pretore essere forgiata in seguito a quella " de contra tabulas bonorum possessione „ (3).

Ciò spiega perchè le trattazioni sistematiche dei giuristi classici parlino della collazione nei libri dedicati alla *contra tabulas*,

(1) V. Intr., § 2.

(2) V. Intr., § 6.

(3) Così pure i capitoli " de coniungendis rell. „ e " de Carboniano edicto „.

anzichè in quelli relativi alla *bonorum possessio unde liberi*. L'estensione di quelle medesime regole a questa seconda *bonorum possessio* era implicita (1).

Tuttavia, non é a credere che la clausola " de collatione „ sia per ciò mancata a seguito dell'editto " unde liberi „.

Trifonino, in un passo molto importante, che ci limiteremo — per ora (2) — a riportare per estratto, ci attesta invece esplicitamente il contrario.

D. 37. 4. 20. 1 (Triph 19 disp): Videamus tamen [isto] < hoc > casu, quo utrique ad bona patris veniunt an ei conferre debeat emancipatus: nam neque ex hac parte edicti [verbis] id facere cogitur, quae inter eos, quibus ita bonorum possessio dabitur, caveri de collatione ab emancipato iubet [—], neque ex illa parte edicti, qua intestato patre mortuo emancipatus ad bonorum possessionem admissus ad collationem compellitur. . .

Decidere poi se il pretore abbia letteralmente ripetuto, dopo la clausola " unde liberi „, quella " de collatione „, o non piuttosto si sia limitato a fare un richiamo puro e semplice, è di importanza assolutamente secondaria.

Pure, ci par di dover aderire completamente all'ALIBRANDI (3), secondo il quale " capita edicti Carboniani, de collatione et de coniungendis cum emancipato liberis eius hic fuerunt repetita „. Ciò per la considerazione che, se appresso alla clausola *unde*

(1) I giuristi classici (Ulpiano e Paolo) tornano, invero, a occuparsi della *collatio*, in merito alle " stipulationes praetoriae „, fra cui era quella " de conferendis bonis „.

(2) V. *infra*, cap. VI, ove trovasi una critica completa di D. 37. 4. 20 pr. e l.

(3) Comm. *de bon. poss.* cit., pag. 92.

liberi vi fosse stato un semplice richiamo a quella *de collatione*, Trifonino non avrebbe nemmeno potuto dire, nella sua *disputatio*, che: « neque ex illa parte edicti . . . ad collationem compellitur ». Che ci si sarebbe aspettato che si dicesse, infatti, in un modesto accenno ?

10. Le parole introduttive dei due editti — alludenti alla *bonorum possessio*, in base a cui la collazione veniva promessa — dovettero dunque essere formulate in modo identico. Il pretore non dovette promettere la *collatio*, rispettivamente a coloro cui toccasse la *contra tabulas* o la *unde liberi*, ma « *illis quibus ita* » la *contra tabulas* o la *unde liberi* sarebbe stata data.

L'ipotesi del LENEL (1) — come dell'ALIBRANDI (2) prima — che tali parole debbano *desumersi* da D. h. t. 1. 1, è più che plausibile.

D. h. t. 1. 1 (Ulp 40 ad ed): *Inter eos dabitur collatio quibus possessio data est.*

Il LENEL pone, inoltre, fra virgolette le parole da noi scritte in corsivo, implicando chiaramente la loro derivazione editale, e ricostruisce il periodo introduttivo dell'editto così: « *Inter eos quibus ita bonorum possessio data erit . . .* ».

Senonchè, credo di poter obiettare a questa ricostruzione quanto segue :

a) Il fr. 1. 1 è molto alterato. Vi è anzitutto la mancata specificazione di « *possessio* » (per « *contra tabulas bonorum possessio* »); vi è ancora che « *dabitur* » e « *data est* » non sono sintatticamente consentanei. Come il rigoroso tecnicismo di Ulpiano

(1) *Ed. cit.*, § 144.

(2) *Op. cit.*, pag. 79.

non avrebbe permesso che « possessio » non fosse tecnicamente specificata, così il rigoroso tecnicismo del linguaggio classico avrebbe chiesto, per la frase in questione, quest'altra "consecutio" : « ... *dabitur* ... quibus *possessio datur* », o meglio « *data erit* ».

Quali le cause di questi inquinamenti ?

Quanto al primo, possiamo spiegarcelo pensando che il testo genuino del commento ulpiano riportava — secondo il suo solito — oltre la trascrizione completa dell'editto del Pretore, di volta in volta le singole clausole di esso, onde farvi seguire un adeguato commento. Triboniano, il quale invece aveva già, in principio (1), eliminata la trascrizione dell'editto — sostituendola con la "Lobpreisung", « *hic titulus - aequitatem* » — si è trovato a dover travisare la citazione "ad literam", di questa clausola introduttiva, in modo che ci apparisse nelle vesti di una proposizione ulpiana. In questa opera di adattamento gli è incorso di omettere « *ita bonorum* », preso dall'intento di inserire « *dabitur collatio* ».

Ma con ciò — malgrado la conclusione che « *dabitur* » è interpolato — non cade la seconda critica. L'ordine del pretore nell'editto si manifestava mediante l'uso di un tempo futuro della forma verbale (« *iubebo* », « *cogam* ») : la discontinuità fra questo futuro e il perfetto « *data est* » (da noi segnalata al proposito del costrutto « *dabitur — data est* ») si sarebbe pur sempre verificata. Nè è a credere che il « *data est* » sia stato surrogato dai compilatori in luogo di « *datur* » o « *data erit* », perchè non vi avrebbero avuto alcun motivo: di strafalcioni essi ne commettevano parecchi, ma non certo a bella posta. Il « *data est* » ha da sostituire, perciò, un qualche altro tempo verbale (« *dabitur* »?).

(1) Per ragioni di brevità, ma, più ancora, per evitare di porre sotto gli occhi dei suoi contemporanei un dettato riflettente un sistema da lui radicalmente mutato.

b) La ricostruzione del LENEL si rivela — per queste ragioni — un po' affrettata, ed anche, in un certo senso, arbitraria. Arbitraria, per la correzione del « data est » del fr. 1. 1 in « data erit ». Affrettata, perchè il LENEL non ha ricercato se — a parte i motivi logici dianzi esposti — la via della ricostruzione gli fosse indicata da un qualche altro testo.

Ora, dice Trifonino, riferendosi alla " pars edicti „ che imponeva la collazione :

(D. 37. 4. 20. 1) . . . quae inter eos, quibus ita bonorum possessio *dabitur* . . .

Il nostro sospetto si tramuta in certezza e le parole iniziali dell'editto possono senz'altro ricostruirsi :

« *Inter eos, quibus ita bonorum possessio dabitur . . .* ».

Ad esse, citandole, Ulpiano doveva far precedere, forse nel suo commentario, un « ait praetor », o qualcosa di simile.

Triboniano, dal suo canto, nell'intenzione di attribuire queste parole allo stesso Ulpiano, ha utilizzato il medesimo « dabitur » del probabile testo classico, scrivendo : « *Inter eos dabitur collatio quibus possessio . . .* ». Espressione anche sostanzialmente inesatta, poichè, da un punto di vista concettuale, la collazione non è raffigurabile, come la *bonorum possessio*, in un diritto che si dà o si nega, ma in un rapporto che si ordina, o meno, di costituire, in un *facere* che si comanda, o meno, di eseguire. Tant'è vero, che il diritto alla collazione dicesi, nelle fonti, « *collationis beneficium* », e l'obbligo alla medesima « *collationis onus* », o — se si parla della semplice *collatio* come diritto o come dovere — lo si fa rapportandone il concetto ad un titolare (*suus* o *emancipatus*). Fra due persone, in una parola, la collatio non " datur „, ma " fit „.

Resta a vedere perchè mai Triboniano avrebbe mutato il « quibus ita . . . *dabitur* » in « quibus . . . *data est* ».

È evidente. Per escludere ogni possibilità di *futuro* nella

concezione della *bonorum possessio* di fronte alla *collatio*. Per avversare con il costrutto il più drastico (« inter eos, quibus . . . data est, collationem fieri iubebo » -- similiave —) la credenza in chi leggesse l'Editto che la *cautio collationis* dovesse prestarsi anteriormente alla *datio bonorum possessionis*, anzichè — come egli vuole — dopo.

Il che porta al vago sospetto (1) che, prima di lui, in diritto classico, la *stipulatio collationis* (in cui si risolveva giuridicamente il nostro istituto) *non dovesse farsi dopo l'ottenimento della bonorum possessio*, come pur generalmente si sostiene e come alcuni testi giustiniani testificano.

Questo sospetto, che sarà altrove mia cura di consolidare (2), è tanto più fondato, in quanto che aderisce alla ricostruzione proposta dal nostro ALIBRANDI (3) per la clausola iniziale dello editto.

L'autorità di lui e la sua esplicita adesione alla teoria dominante, che è quella che ci assumiamo di scalzare, sono garanzia della giustezza, non solo, ma soprattutto della *obbiettività* della critica, che ci ha portati alla ricostruzione della clausola « Inter eos rell. ».

(1) Non più di un sospetto — è duopo riconoscerlo — chè il costrutto « dabitur . . . iubebo », non implica di necessità la anteriorità della *cautio collationis* alla *datio bonorum possessionis*: tant'è vero, che esso viene accettato dall'ALIBRANDI, che di tale priorità è negatore. Ma è bene averlo posto, eliminando col solo sussidio della critica formale un testo che avrebbe certamente ostacolato la dimostrazione che facciamo *infra*, al cap. IV. Resta inteso che nessun ausilio potranno trovare (nè d'altronde ve l'hanno finora cercato) i sostenitori della dottrina tradizionale in D. h. t. I. I. (V. *infra*, cap. IV, § 9, sub a).

(2) V. *infra*, cap. IV, § 3 sgg.

(3) *Comm. cit.*

11. Dal fr. 1. 1 risulta, dunque, che vi ha luogo a collazione solo fra coloro cui sarà data la *bonorum possessio*. Vedremo in seguito (1) essere la *datio possessionis* uno dei tre presupposti del conferimento reale.

Il principio del fr. 1. 1 è chiarito, nel paragrafo seguente, da un esempio pratico.

D. h. t. 1. 2: *Plane si minorem vel alium, quem restituere in integrum solet praetor, restituerit ad bonorum possessionem contra tabulas petendam quam omiserat, utique etiam collationis commodum ei restituit.*

Il frammento mi pare lievemente alterato.

Già il *plane* iniziale è un indizio della sua impurità (2). Ma l'inquinamento non ci può essere confermato da altri, più solidi indizii formali (chè il passo è, nella forma, ben poco criticabile), sibbene solo dalla seguente osservazione di indole sostanziale. Il minore « vel alius » *in integrum restitutus* può essere,

(1) V. *infra*, cap. VI.

(2) Contro l'andazzo di ritenere il * *plane* „ indice di interpolazione è insorto il GUARNERI CITATI (*Ann. Palermo*, 11, p. 179, n. 2), notando che esso, di contro alle quaranta e più volte che trovasi in testi delle Pandette, non si incontra, nel Codice, che un paio di volte. Egli ha ragione, ma è pur vero che l'uso di * *plane* „ per introdurre un discorso, tanto rilevato nei Digesti, è assolutamente contrario alle regole del buon latino. Uno sguardo al vocabolario del FORCELLINI ci convince che il senso figurato di questo avverbio è quello di * senza ambiguità „ (* *plane et latine loquuntur* „ Cic.) o * chiaramente „ (* *plane et dilucide loqui* „ Cic.), o * perfettamente „ (* *plane bene fecisti* „ Cic.): mai esso assume il significato, lievemente pleonastico, di un * dunque „ o * in parole povere „ ecc., per iniziare una semplificazione. Ecco perchè ritengo che * *plane* „ possa servirci come indizio di interpolazione, pur senza mai volere esclusivamente su esso fondare una critica testuale. Questa del resto non servirebbe, in tal caso, che ad eliminare il * *plane* „: lo che, dal punto di vista della sostanza, poco può importarci.

oltre che un *suus heres*, anche un *emancipatus*; ma in questo caso non è punto esatto il dire — come pur leggiamo — che il magistrato « gli restituisce il *commodum collationis* », perchè per l'emancipato la *collatio* non è un *commodum*, ma un *onus*.

Evidentemente Ulpiano ha dovuto parlare, nel testo suo genuino, della *restitutio in integrum* di un *suus heres* (1).

Ciò dato, o è da credersi che le parole « *suum heredem* », appresso a « *vel alium* », siano rimaste nella penna di un trascrittore del Digesti, o è da ritenersi che la omissione di esse sia dovuta a Triboniano.

Io propendo per la seconda ipotesi. Non è improbabile che i compilatori — con una certa superficialità che non è l'ultimo dei loro difetti — abbiano rimesso all'intelligenza del lettore il chiarimento che l'*in integrum restitutus* è uno dei *filii* « qui in potestate morientis fuerunt », sostituendovi invece un'altro chiarimento, caro alla loro scolastica solerzia: quello che la *restitutio* non tocca solamente al *minor XXV annis*, ma anche ad altri (2).

Queste osservazioni ci confermano l'ipotesi già dianzi avanzata, che cioè nel testo genuino ulpiano le parole del fr. 1. 1 fossero una pura citazione dei termini iniziali dell'Editto. Triboniano, avendo travisato quella frase in modo da farla parere una nota

(1) A meno che non si volesse sostenere che tutta la frase sia stata scompaginata dai compilatori, nell'intento assurdamente malvagio di guastarla ad ogni costo. Nel qual caso dovrebbero concludere che le parole « *utique restituit* » furono sostituite ad una proposizione come « *utique etiam collationem fieri (renovari) permittit* ».

(2) E' noto infatti che i vari casi di applicazione della « *in integrum restitutio* » vennero man mano aggiungendosi a quelli originari della reintegrazione del minore e dell'assente. V. CUG, *Inst.*², pag. 833.

dello stesso Ulpiano, fu costretto poi a legarla col fr. 1.2 per mezzo di un « plane » (1).

Laonde, tutto il contesto classico può ora così ricostruirsi :

fr. 1. 1 : < Ait praetor : > « Inter eos quibus ita bonorum possessio dabitur ». 2 : [Plane] si minorem [vel alium] < suum heredem > , quem restituere in integrum solet praetor, restituerit rell.

C. 2. 39 (40). 2 tratta, da ultimo, il caso reciproco del precedente.

(Diocl et Max, Sarapiadi, a. 294) : Ad bonorum possessionem in paternis rebus omissam minores in integrum restitutionis admitti beneficio iam pridem placuit. Restituti autem decreto bona, quae habuerunt mortis tempore patris, debent conferre.

12. La collazione segue anche nel caso che al *suus heres* impubere si faccia contestazione circa il suo stato, di modo che gli vien data — contro cauzione — la *bonorum possessio ex Carboniano edicto* (2), rinviando la questione all'epoca della sua pubertá.

D. h. t. 3. 1 (ful 23 dig) : Emancipatus filius controversiam facit impuberi, qui se filium et in potestate

(1) Trovandosi a toccare il fr. 1. 2, egli volle inoltre — poco accortamente — rendere piú generale il cenno alla reintegrazione in intero.

(2) Ecco il testo della clausola relativa, secondo l'ALIBRANDI (Comm. cit., p. 71) : " *Si cui controversia fiat an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde ei bonorum possessionem dabo, ac si nulla de ea re controversia esset, et iudicium in tempus pubertatis, causa cognita, differam. — Eum qui controversiam facit, si pro pupillo satis ei non detur, simul in possessionem eorum bonorum esse iubebo.* "

patris fuisse dicit: [quaero, si bona sua ei emancipatus conferre debeat]. PAULUS notat: puto conferendum esse exacta cautione, ut victus sicut hereditatem, ita et quae collata sunt praestet (1).

(1) Il frammento non è per me del tutto immacolato. La interrogazione "quaero, si . . ." è un oltraggio alla sintassi. Probabilmente essa è dovuta all'intento di un maestro post-classico di formulare esplicitamente, a scopo di evidenza didattica, la domanda implicita nel testo.

CAPITOLO II.

Soggetti della collazione

1. Soggetti della *collatio bonorum* sono :

- a) l'*emancipatus* — soggetto passivo — ;
- b) il *suus heres* — soggetto attivo—.

* 2. Obbligato al conferimento è, secondo le fonti, l'*emancipato*.

Tale denominazione — come sappiamo (1) — è una denominazione di comodo. La categoria degli emancipati trascende il novero di coloro che abbiano subito una " *minima capitis deminutio* ", per comprendere in sè chiunque — discendente in linea maschile del *de cuius* — ne sia stato, o avrebbe potuto esserne, il *filius-familias*. In una parola, chiunque sia stato ammesso alle *bonorum possessiones contra tabulas* o *unde liberi* — cui il nostro istituto accede — accanto ai *sui heredes*.

3. In casi particolari, è ammesso a godere della *bonorum pos-*

(1) V. *retro*, Introd., § 4.

* E' tenuto a conferire, logicamente, anche l'emancipato che abbia usufruito dello *ius posthumum* (D. h. t. l. 17). — Vale la stessa regola anche per il *redemptus ab hostibus*?

sessio anche colui il quale, al momento della morte dell'ereditando, si sia trovato sotto la patria potestà di un terzo.

Varie ipotesi sono fatte dalle fonti. Può il nipote rimasto in potere dell'avo essere chiamato alla successione del padre emancipato (1), o dato in adozione o arrogato, ma morto poi come uomo *sui iuris* (2). Può il nipote dato in adozione all'avo ereditare, durante la soggezione alla potestà patria di costui, dal padre emancipato (3). Può ancora l'*in adoptionem datus*, istituito erede dal padre naturale, ottenere — *commissio per alium edicto* — la

(1) Cfr. D. 37. 8. 4 (riportato *infra*, § 6), D. 38. 6. 6 (riportato in questo paragrafo). Cfr. anche

D. 37. 4. 7 (Gai 14 ad ed prov): Si retentus fuerit in potestate nepos filio emancipato, admittitur nepos vivo avo ad patris bonorum possessionem.

(2) Cfr.

D. 37. 4. 21 pr. (Mod 6 pand): Si is, qui filium et ex eo nepotem in potestatem habebat, filium in adoptionem dedit nepote retento in potestate, postea filius emancipatus a patre adoptivo decessit extraneis heredibus institutis: filius huius, qui in potestate avi remansit, contra tabulas patris sui bonorum possessionem petere poterit, quamvis nunquam in potestate huius fuerit. [Ideo nec rell.]

Circa l'atetesi da * ideo „ alla fine, v. *Index interp.*, III, col. 32 sgg.

(3) Cfr.

D. 37. 4. 3. 8 (Ulp 39 ad ed): Idemque est et si emancipatus filium, quem post emancipationem quaesierat, patri suo in adoptionem dederit et decesserit: nam et hic nepos iste ad bonorum possessionem patris sui admitti debet, quasi non sit in alia familia.

Ma v., contro questa lettura, BESELER, ZSS, 51, pag. 75.

bonorum possessio contra tabulas di lui, mentre ancora soggiace al potere dell'adottante (1).

In tutti questi casi sorge la domanda: a chi incombe l'obbligo della collazione?

Io ritengo che il diritto classico rispondesse -- secondo il suo solito -- con grande semplicità. Se al momento dell'*adgnitio bonorum possessionis* il successibile non è stato emancipato, il peso della collazione cade su colui che lo ha in suo potere. In caso contrario, sarà giocoforza assegnare il possesso dei beni all'emancipato, senza il corrispettivo, ai *sui*, della collazione: ciò perchè egli, *moriente patre*, non aveva acquistato niente in nome proprio.

Ma i testi si esprimono diversamente.

Ecco, in primo luogo, quanto direbbe Ulpiano, in un brano riportato da

D. h. t. 1. 14 (Ulp 40 ad ed): *Is quoque, qui in adoptiva familia est, conferre cogitur, hoc est non ipse, sed is qui eum habet, si maluerit contra tabulas bonorum possessionem accipere. Plane si hic adoptivus pater ante bonorum possessionem petitam emancipaverit eum, non cogetur ad collationem, et ita rescripto divorum fra-*

(1) V. Introduzione, § 3 sub A, e § 4. Cfr. inoltre

D. 37. 4. 8. 11 (Ulp 40 ad ed): *In adoptionem datos filios non summovet praetor voluit, [modo heredes instituti sint, et hoc iustissime eum fecisse Labeo ait: nec enim in totum extranei sunt. Ergo] si [fuerunt] < fuerint > heredes scripti, [accipient contra tabulas bonorum possessionem,] sed ipsi [soli] non committent edictum, nisi fuerit alius praeteritus ex liberis qui solent committere edictum. [Sed si ipse scriptus non sit, sed alius, qui ei acquirere hereditatem potest, non est in ea causa, ut eum ad bonorum possessionem contra tabulas admittamus] (?)*.

La critica del frammento riportato è, tuttavia, controversa. V., per un completo ragguaglio, l'*Index interp.*, III, col. 29. La correzione di " fuerent " è mia.

trum expressum est: sed ita demum adoptivus emancipatus collatione fratres privabit, si sine fraude hoc factum sit.

Nulla v'ha a notare -- quanto alla forma e quanto alla sostanza — nel primo periodo, salvo la probabile distrazione dell'amanuense che — fra « habet » e « si » — ha tralasciato di copiare le parole « in potestate » (1). Ad ogni modo, quand' anche la mancanza dell'« in potestate » ed il carattere troppo esplicativo del periodo « hoc est rel. » ci dovessero far aderire all'opinione — per vero dire, esagerata (2) — del BESELER (3), il quale espunge tutto il periodo « hoc est - habet », non ne sarebbe travisato il

(1) La svista è stata notata e corretta dal MOMMSEN.

(2) Ammetto il chiedere ai giuristi classici un rigoroso rispetto della sintassi, che tanta importanza aveva nel linguaggio romano. Ma pretendere anche, come fa il BESELER, in ogni loro scritto lo stile più terso ed elegante, mi pare esagerato. Il lavoro di lima, per il giurista, non sta nel « lavare i suoi panni in Arno », ma, se mai, nel chiosare di opportune chiarificazioni (del tipo di « hoc est ») gli enunciati che da una prima redazione siano usciti troppo scarni e sibillini.

(3) *Beitr.*, II, pag. 51. La genuità del periodo « hoc est rel. » è anche recisamente negata dal BERGMAN, *Beiträge zum römischen Adoptionsrecht*, pag. 63, con la duplice motivazione: a) che il chiarimento è superfluo, b) che esso è fuorviante (« irreführend »), « da ja die Collationspflicht an und für sich unabhängig von der väterlichen Gewalt war ». Senonchè, circa la superfluità della frase, valgano le obbiezioni di principio già mosse (nella nota precedente) al BESELER; quanto alla *indipendenza* dell'obbligo di conferire rispetto alla *patria potestas*, non ci riesce davvero di penetrare il pensiero dell'autore. Comunque, è sperabile che egli non siasi fondato, nel formulare quest'ultima osservazione, sulla errata credenza che l'adottante — accedendo alla *contra tabulas* dell'antico *pater familias* dell'adottato — sia tenuto a conferire solo gli acquisti fatti, sino al momento dell'apertura dell'eredità, per mezzo dell'adottato (vedine, infatti, la critica *infra*, § 6).

senso del testo. E' chiaro che, se il *filius in potestate* « conferre cogitur », l'obbligo del conferimento deve risalire — per una ben nota regola del diritto romano — a colui che attualmente lo ha in potestà, sempre che « maluerit contra tabulas bonorum possessionem accipere » (1).

Sintomi formali di gravi alterazioni si hanno, invece, nel secondo periodo. Vi è, per cominciare, il « plane », avverbio di dubbia classicità nella posizione iniziale di una proposizione (2). La espressione « hic adoptivus pater » ha di troppo l'« hic », che non è genuino (3). « Adoptivus emancipatus » è, al contrario, breviloquenza sciatta. « Cogere ad collationem » è l'esemplare di un costrutto criticato dal BESELER (4). La costruzione di « privare », con l'ablativo è drastica (« derubare », « spogliare ») e attribuibile all'enfasi di un post-classico.

A tutto ciò vanno aggiunti appunti di sostanza.

Ulpiano parla di un rescritto dei *divi fratres*, Lucio Vero e Marco Aurelio, il quale rimonta dunque ad un'epoca che non va oltre il 180 d. C., data della morte del secondo imperatore. Ma già dalla lettura del contesto si ritrae l'impressione che il principio più interessante, « sed ita - factum sit », non sia stato sancito da quegli imperatori, bensì sia il frutto di una diversa attività giurisprudenziale. Pare insomma che il responso dei due fratelli

(1) Meglio è — come, presumibilmente, fa il KRUEGER, *Suppl.* — limitarsi a dubitare della classicità del periodo: e ciò in base all'indizio formale di « hoc est », locuzione cara ai compilatori.

(2) V. *retro*, pag. 40, n. 2.

(3) Così pure BESELER, loc. cit.

(4) Loc. cit.

si sia fermato ad affermare (1) che, se il padre adottivo abbia emancipato, prima della *petitio bonorum possessionis*, il figlio adottato, non è tenuto a conferire. La limitazione relativa alla *fraus* di lui ha tutto l'aspetto di essere stata apposta in seguito.

Vien logica la domanda: quale sarà stato mai l'esatto contenuto del rescritto?

Di questo sentiamo parlare dallo stesso Ulpiano in un altro libro del Commentario all'Editto — in tema di *stipulatio collationis* —

D. h. t. 5 pr. (Ulp. 79 ad ed): Si quis filium habeat sui iuris et ex eo nepotem in potestate sua, consequenter erit dicendum, si nepos patris sui emancipati accipiat bonorum possessionem, de conferendis suis quoque bonis cavere eum debere et esse similem ei qui adoptavit: hoc enim divi fratres rescripserunt, ut ad collationem avus compelliatur. Plane eodem rescripto adiectum est sic: « nisi forte avus iste nullum ex illis bonis fructum acquirere vult paratusque est de potestate nepotem dimittere, ut ad emancipatum omne emolumentum bonorum possessionis perveniat. Nec idcirco ea filia, quae post emancipationem nata patri heres extitit, iuste quaeri poterit », inquit, « quod eo facto a collationis commodo excluditur, cum avo quandoque defuncto ad bona eius simul cum fratre possit venire ». Haec in patre adoptivo ratio reddi non potest et tamen et ibi idem dicemus, si sine dolo malo emancipaverit.

Mi importa qui di segnalare che — tranne la frase « et esse similem ei qui adoptavit », che sa di appiccicatuccio lontano un

(1) Se pure ha trattato di questo caso: e vedremo più in là che il rescritto non dovette proprio occuparsi della situazione dell' *in adoptionem datus*.

miglio — la prima parte di questo frammento è indubbiamente genuina, ed ha resistito vittoriosamente, come tale, financo agli attacchi del BESELER, benchè questi non abbia del tutto disarmato, proponendo un rimaneggiamento formale che ritengo infondato e artificioso (1).

Il vero rescritto dei *divi fratres* si evince, nel suo contenuto giuridico, di qui ben chiaro: « hoc enim divi fratres rescripserunt, ut ad collationem avus compellatur ». La fattispecie valutata da Lucio Vero e Marco Aurelio era, dunque, diversa da quanto asserisce D. h. t. 1. 14 (2). Anzi, il carattere interpolatorio di « et esse — adoptavit » ci accerta che nè Ulpiano, nè la giurisprudenza classica tendevano menomamente a *generalizzare* il principio ad essa inerente, cioè ad estenderlo, dal caso dell'avo che ha emancipato il figlio e trattenuto in potestà il nipote, al caso del figlio emancipato e adottato da altri.

Potremmo, di conseguenza, pensare che l'intento di generalizzare la regola classica fosse giustiniano, se non ci convincesse del contrario il seguente ordine di considerazioni.

Il BESELER, nel fugacissimo accenno che dedica al nostro passo, espunge come interpolatoria tutta la seconda parte di esso, da « plane » in giù (3). Ora, che essa sia parecchio alterata appare

(1) V. *Beitr.* V, pag. 62. — Ecco la ricostruzione del BESELER: « < avum > cavere [eum] debere et < ita > [esse — enim] divi fratres rescripserunt [ut *fin*] ». Ma è facile opporre che, se l'ipotesi fatta da Ulpiano è « si quis (*avus*) rell. », sarebbe assurdo che egli adoperasse il sostantivo « avus », nella frase « cavere debere », anzichè — come leggiamo — il pronome dimostrativo « is ». E' evidente, invece, che egli, fatta l'ipotesi, vi ha risposto con proprie parole e che indi ha voluto chiamare a suo sostegno il rescritto.

(2) Così già aveva a notare il BERGMAN, op. cit., pag. 62.

(3) Ma non porta alcun argomento a sostegno della sua condanna. Nè credo che potrebbe mai portarne di sufficienti.

da chiarissime note, ma che tutta la lunga citazione del rescritto non sia dovuta ad inserzione tardiva, risulta con evidenza :

a) dal fatto che di esso ci parla anche, con l'esatto contenuto che sappiamo, D. 37. 8. 4 (1) ;

b) dal fatto che pressochè le medesime parole noi vediamo riportate in un altro passo di Ulpiano, cioè in

D. 38. 6. 6 (Ulp 39 ad ed) : Si pater filium emancipaverit, nepotem retinuerit, deinde filius decesserit : et rei aequitas et causa edicti, quod de bonorum possessione liberis danda cavetur, efficit, ut eius ratio habeatur et bonorum possessio intestato patris detur, ut tamen bona sorori, quae necessaria heres patri extitit, conferre cogatur avus, qui per eum bonorum possessionis emolumentum adquisiturus est : nisi forte avus iste nullum ex illis bonis fructum acquirere vult paratusque est de potestate nepotem dimittere, ut ad emancipatum omne emolumentum bonorum possessionis perveniat. Nec idcirco soror, quae patri heres extitit, iuste quaeri poterit, quod eo facto a collationis commodo excluditur, cum avo quandoque intestato defuncto ad bona eius simul cum fratre possit venire.

La coincidenza del dettato di questo frammento con quello di D. h. t. 5 pr. va messa in debito rilievo, perchè porta necessariamente a concludere che dei due passi l'uno sia stato interpolato. Strano sarebbe, invero, se Ulpiano avesse citato le parole del rescritto dei *divi fratres* due volte, e cioè nel l. 39 e nel l. 79 *ad edictum*. Nè, d'altronde, siamo in presenza di una *lex*

(1) Lo riportiamo *infra*, § 6. E' da notare che Modestino dice, *ivi*, " idque ita divus Marcus rescripsit ". Il più famoso dei due fratelli, Marco Aurelio, ha assorbito nella memoria del tardo giurista la figura dell'altro.

geminata: questa si avrebbe se il medesimo brano ulpiano fosse stato riportato in due punti diversi della compilazione, ma non si ha se — come nel caso nostro — due distinti testi giustiniani coincidono quasi perfettamente nelle parole, pur essendo tratti — secondo la testimonianza delle *inscriptions* — da libri diversi del commentario all'Editto. A meno dunque di non voler tagliare la testa al toro, ritenendoli interpolati entrambi, l'idea della confezione non classica di uno dei due frammenti si impone.

Ma se ciò è esatto, maggiori probabilità di alterazione si presentano pel fr. 6 di D. 38. 6, che non pel fr. 5 pr. di D. h. t. — Vi è, anzitutto, la diversità della fonte citata: da un canto (D. h. t. 5 pr.), un *rescritto imperiale* di cui è certa l'esistenza, se non l'esatto contenuto, dall'altro un *principio anonimo* posto sotto l'usbergo assai sospettabile della *rei aequitas et causa edicti* „ (1). D'altra parte, una decisione tratta dalla *aequitas* e dalla *causa edicti* non è tale da poter far differenza fra il *frater* e la *soror*: e siccome il sesso degli esempi è il maschile, essa non avrebbe certo parlato — come invece fa — della *soror*, « quae necessaria heres patri extitit » (2). Da ultimo corrobora validamente tutti questi indizii di inquinamento della l. 6 anche la nota seguente. Il passo ragiona con molta ostentazione ma con

(1) Alla *rei aequitas* „ limitava la sua critica il BESELER, in *ZSS*, 45, pag. 455. Analogamente, del resto, aveva, già prima di lui, pensato il BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, in *Annali Palermo* 7, pag. 52, n. 1, sospettando però, in base all'indizio della *rei aequitas*, il passo di più larga alterazione.

(2) Il *rescritto*, al contrario, se la postulante era una donna (e donna lo era ben spesso, a quanto risulta dal Codice), doveva di necessità improntare l'enunciazione del principio giuridico oscuro sul caso concreto di lei: è ammissibile, quindi, che la costituzione dei *divi fratres* discorresse di una *filia*, quae post emancipationem rell. „

poca chiarezza del fatto che al *nepos in potestate retentus* « bonorum possessio *intestato* (1) patris detur » e — più oltre — dell'eventualità che la *filia sua* dell'emancipato, « avo quandoque *intestato* defuncto », possa venire a succedere, « simul cum fratre », all'avo. E' visibile di qui lo sforzo di mettere in evidenza la nota che casi simili possono presentarsi e si presentano anche in tema di *bonorum possessio ab intestato*. Ma uno sguardo alla *inscriptio* del frammento ci fa noto che ciò Ulpiano avrebbe detto nel libro 39 del suo Commentario editale, cioè in un libro che non rappresenta affatto la *sedes materiae* della *unde liberi*, ma è invece dedicato al commento della *bonorum possessio contra tabulas* (2).

Per tutti questi motivi, non deve parere arrischiata l'ipotesi seguente. Il fr. 6 è frutto della solerzia di un compilatore giustiniano, il quale ha voluto sancire — in merito alla *bonorum possessio ab intestato* — l'identico principio che ha trovato enunciato in materia di *bonorum possessio contra tabulas*. All'uopo egli si è avvalso di alcune parole di Ulpiano, dette a proposito di questa seconda successione nel libro ad essa dedicato (libro 39), cui ha aggiunto con lievi adattamenti il testo del rescritto riportato nel libro 79 del medesimo autore. Nulla di più naturale che

(1) « *Intestato* », come noi lo leggiamo, è però probabile frutto di un guasto delle scritture dei Digesti. Il BEZLER — riferendo il fr. 6 alla giurisprudenza classica — ricostruisce (v. n. 1, nella pag. seg.): « < ab > intestato ». Ma noi, che nutriamo al proposito una opinione più radicale, preferiamo credere che Triboniano abbia scritto « intestati patris », alludendo perciò non all'effetto comune di ogni forma di *bonorum possessio* (apertura della successione *ab intestato*), ma alla forma caratteristica della *bonorum possessio intestati*, nella classe « unde liberi ».

(2) V. LENEL, *Paltingenesia iuris civilis*, II, col. 690 sgg.. Della *unde liberi* Ulpiano tratta nel l. 46 *ad edictum* (v. LENEL, loc. cit., col. 720 sg.).

egli — non potendo di certo citare ancora Marco Aurelio a sostegno della decisione trascritta — abbia soppiantata la citazione della fonte imperiale con l'enunciazione di quell'*aequitas naturalis* tanto cara al suo Signore (1)

(1) Queste conclusioni mi sembrano più sensate di quelle cui giunge il BESELER, in *Beitr.* V, pag. 62. " Nisi forte rell. „ è — per lui — da espungersi. Quanto alla prima parte del fr. 6, essa dovrebbe ricostruirsi così: " < Divi fratres rescripserunt: > Si — decesserit: [-] bonorum possessio < ab > intestato < nepoti dabitur > [-], ut tamen — adquisiturus est. „ — Ora, non mi nascondo che la costruzione con " nisi forte „ è spesso usata dai compilatori per introdurre le loro sottili distinzioni (v. GUARNERI CITATI, *Indice, voce * forte „*), tuttavia non vedo perchè anche qui essa debba servire a condannare il testo, come il BESELER (e prima di lui il BERGMAN, *Beitr. cit.*, pag. 62, n. 1) frettolosamente sostiene: siamo in presenza (se è vera la testimonianza di D. h. t. 5 pr.) delle testuali parole di una costituzione imperiale, la quale — enunciato il principio giuridico che l'avo deve " cavere de conferendis bonis suis „ — distingue da esso (" nisi forte „) l'*ipotesi concreta* — rappresentante la *fattispecie* della questione sottoposta all'imperatore — che l'avo " nullum ex his bonis fructum acquirere vult paratusque est de potestate nepotem dimittere „ (periodi ipotetici della realtà). — Sono, comunque, avverso alla ricostruzione beseleriana della prima parte del fr. 6. Ed invero lo sforzo di vincere la difficoltà, da me rilevata nel testo e rappresentata dalla menzione della *soror*, è superato con troppo ardita disinvoltura. Che bisogno vi era per Triboniano di surrogare la citazione dei *divi fratres* (con quella della *rei aequitas et causa edicti*? Se ciò rappresentava una sua tendenza incoercibile, perchè non avrebbe egli operato la medesima surrogazione nella l. 5 pr.? Se, ad ogni modo, si vuole ammetterlo nel fr. 6 il rimaneggiamento supposto dal BESELER, perchè esso non si sarebbe esteso anche a mutare il sesso della " soror „? Ed ancora: se il testo genuino ulpiano (l. 39 *ad edictum*) parlava proprio del rescritto di L. Vero e M. Aurelio, come spiegare lo strano fatto che la citazione avviene una prima volta a proposito della *bonorum possessio ab intestato* e una seconda (libro 79) in merito alla *contra tabulas*? E come spiegare che Ulpiano parli della *unde liberi* nel libro 39 del suo Commentario? Interrogativi cui non sarà facile rispondere.

Una sola obiezione mi pare che possa invece ancor muoversi all'opinione

Del frammento riportato in D. h. t. 5 pr., il compilatorio fr. 6. 6 ha, in conclusione, mancato di ricopiare soltanto l'ultima frase: « haec in patre adoptivo ratio reddi non potest et tamen et ibi idem dicemus, si sine dolo malo emancipaverit ». E' quanto ci basta per concludere che Triboniano non aveva punto in animo di estendere il dettato del rescritto oltre il caso specifico in esso esaminato.

Rimane perciò a credere che l'intento generalizzativo sia stato di un commentatore post-classico dell'opera ulpiana.

4. Ecco, in breve, le nostre deduzioni:

a) Il rescritto dei *divi fratres* — riportato da D. h. t. 5 pr. (in ciò genuino) e solo *citato* da D. h. t. 1. 14 — si riferiva ad una fattispecie diversa da quella della successione del figlio *in adoptio-*

ch'io nutro circa il fr. 6. Mentre esso rientra nella *massa sabiniana*, il fr. 5 pr. — da cui sarebbe stato tratto — fa parte della *massa edittale*: come poter sostenere, quindi, la sua derivazione da questo? Ma l'obiezione è ben poco forte: 1) perchè la divisione del lavoro fra le varie sottocommissioni giustiniane non era tale da isolar completamente le une dalle altre; 2) perchè il fr. 6 — secondo la mia ipotesi — è di *completa fattura giustiniana*, salvo le parole iniziali, le quali possono essere state ben utilizzate da un membro del *comitato edittale* allo scopo di trasportare la regola dei *divi fratres* nel campo della *unde liberi*: la ripartizione delle masse — non dimentichiamolo — è sempre una induzione che il BLUMHE ha fatto posteriormente all'effettivo lavoro dei triboniani e sulla base dei risultati di esso. L'argomentazione fondata sulla diversità delle masse potrebbe, se mai e con maggior fondatezza, servirci per avvalorare la credenza che la estensione del caso del fr. 5 pr. all'*in adoptionem datus* e la giunzione, nella l. 5 pr. e nella l. 1. 14, delle frasi « haec in patre rell. » e « sed ita rell. » non sono attribuibili ai giustiniani: questi, infatti, avrebbero generalizzato il principio del fr. 5 pr. (*massa edittale*) tenendo presente il caso del fr. 1. 14 (*massa sabiniana*) ed avrebbero interpolato i due analoghi periodi terminali, pur esaminando i testi in due sedi diverse!

nem datus al padre *sui iuris*. Epperò il principio « *sed ita demum adoptivus emancipatus collatione fratres privabit, si sine fraude hoc factum sit* » non è di certo attribuibile ad esso, ma è una frangia del fr. 1. 14.

b) Il caso veramente esaminato dal rescritto dei *divi fratres* era quello del nipote (nella specie, della nipote) rimasto in potestà dell'avo e chiamato a succedere al padre emancipato. Dunque, anche l'affermazione « *plane si hic adoptivus pater ante bonorum possessionem petitam emancipaverit eum, non cogetur ad collationem et ita rescripto divorum fratrum expressum est* », che trovasi in D. h. t. I. 14, è assolutamente inesatta.

c) Il caso del *nepos* rimasto in potestà dell'avo e veniente alla *bonorum possessio* del padre emancipato era risolto dalla giurisprudenza (« *erit dicendum* „) e dal rescritto, nel senso che fosse l'avo a dover dar cauzione di collazione agli eredi *sui* (D. h. t. 5 pr.). Egli poteva però liberarsi dell'onere del conferimento, rinunciando al vantaggio della *bonorum possessio*, mediante la emancipazione del nipote.

d) In questa seconda ipotesi, dice il rescritto, la *filia post emancipationem nata* non poteva lagnarsi con l'avo, per aver posto in condizione di concorrere con lei alla *possessio* del padre emancipato il fratello nullatenente: invero, essa avrebbe sempre acquistato un giorno (« *avo quandoque defuncto* „) quelle sostanze dell'avo, che questi aveva sottratte alla *collatio*. Ma questa giustificazione — non è chi nol veda — ha tutto il carattere di una *giustificazione secondaria*, di fronte a quella fondamentale e squisitamente giuridica che l'emancipazione del nipote toglieva ogni nesso fra la *bonorum possessio* dell'emancipato ed il patrimonio dell'avo. E' il vero caso di dire che essa deve essere stata dettata al redattore del rescritto dall'intento di meglio convincere (con

un argomento più familiare, che non quello formale della " *dura lex sed lex* „) una postulante esasperata.

e) Tal carattere di accessorietà, di specificità della giustificazione dei *divi fratres* fu, invece, obliterato da qualche lettore post-classico, il quale si preoccupò, quindi, del fatto che la motivazione in parola non fosse estensibile, dal caso del *nepos* " in potestate avi retentus „, all'altra ipotesi di concedimento della *bonorum possessio* a persona che al momento della morte del *de cuius* si trovasse " in aliena familia „: all'ipotesi, cioè, dell' *in adoptionem datus*. Egli non avvertiva peraltro come una ben più rilevante e profonda distanza corresse fra le due fattispecie: non si avvedeva del fatto che per l' *in adoptionem datus* non si sarebbe potuto nemmeno verificare la possibilità di provocare autonomamente (con l' *adgnitio*) l'applicazione dell' editto successorio (1), nè di concorrere ad altra *bonorum possessio* che non fosse quella *contra tabulas* (2). Che quindi non v'era ragione alcuna di conciliare due casi così intimamente diversi.

f) A parte, tuttavia, l'equivoco dommatico fondamentale in cui era incorso, veniva quasi logico al post-classico il pensare: se nel caso dell' *in adoptionem datus* una consimile giustificazione non è ammissibile, è però ingiusto che la emancipazione di lui da parte dell'adottante debba far svanire per sempre le aspettative di rivalsa del *suus heres*. Il principio della validità dell'emancipa-

(1) Egli infatti poteva ottenere la successione pretoria soltanto " *commissio per alium edicto* „ (v. Intr. § 3, sub A), mentre il *nepos in potestate retentus* poteva effettuare l' *adgnitio* (cfr. D. 37. 4. 21 pr. : . . . filius huius, qui in potestate avi remansit, *contra tabulas patris sui bonorum possessionem petere poterit*. . .).

(2) V. Intr., § 4. Nulla impediva, invece, che il *nepos* accedesse anche alla *bonorum possessio unde liberi* (v., ad esempio, il generico dettato di D. 37. 4. 7, già cit.).

zione non si può applicare — egli pensò — che nell'eventualità che « hoc sine fraude factum sit », che il padre adottivo « sine dolo malo emancipaverit ». — Ed ho detto " al post-classico " per la semplice ragione che — come abbiám visto — l'intento generalizzativo del rescritto di L. Vero e M. Aurelio : 1) non può attribuirsi ad Ulpiano, cioè alla giurisprudenza classica posteriore a quel rescritto — dato che un classico non avrebbe mai commesso la grossolanità di equiparare il caso dell' *in adoptionem datus* a quello dell' *in avi potestate retentus* e che questo rilievo, per così dire, psicologico è confermato dalla già notata natura interpolatoria di « et esse-adoptavit », in D. h. t. 5 pr. —; 2) non può essere riferito a Triboniano, cioè ai compilatori giustinianeí, i quali tanto stimarono il rescritto da riportarne il testo — senza peraltro le inserzioni « et esse-adoptavit » e « haec in patre rell. » — in D. 38.6. 6.

g) E' credibile, di conseguenza, che appunto al commentatore post-classico si debba l'alterazione di D. h. t. 1. 14 e 5 pr. Io presumo (e credo di essere nel vero) che egli, imbattutosi, durante la lettura del libro 79 *ad edictum* (relativo alla *stipulatio collationis*), nel rescritto dei *divi fratres*, abbia fatte le superficiali considerazioni esposte *sub f)* ed abbia quindi interpolato la frase già incriminata « et esse-adoptavit », nonchè — in fondo alla citazione — tutto il periodo « haec in patre-emancipaverit ». Ciò non è bastato alla sua miope solerzia: ed egli è corso a glossare analogamente, e più malamente ancora, la *sedes materiae*, il libro 40 *ad edictum*, mediante l'aggiunzione dell' intera frase « plane si hic — factum sit ».

Con ciò (1), verrebbe chiarito il sistema del diritto classico ed i testi di Ulpiano, sfrondati delle inserzioni posteriori, potrebbero così — pressappoco — ricostruirsi :

- I. L. 40 ad ed: Is quoque, qui in adoptiva familia est, conferre cogitur, hoc est non ipse, sed is qui eum habet < in potestate >, si maluerit contra tabulas bonorum possessionem accipere. [Plane si hic reli.] (2).
- II. L. 79 ad ed: Si quis filium habeat sui iuris et ex eo nepotem in potestate sua, consequenter erit dicendum, si nepos patris sui accipiat bonorum possessionem, de conferendis suis quoque bonis cavere eum debere [et esse similem ei qui adoptavit]: hoc enim divi fratres rescripserunt, ut ad collationem avus compellatur. [Plane eodem rescripto adiectum est sic:] « Nisi forte avus [iste] nullum — poterit », [inquit] < inquit >, « quod eo facto — possit venire ». [Haec in patre — emancipaverit] (3).

(1) Anche a non voler adire alla mia dimostrazione che l'intento generalizzativo del rescritto dei *divi fratres* non è giustiniano, ma post-classico. La quale, del resto, non ho fatto per alcun secondo fine, ma in base a quella che mi è parsa un'obbiettiva disamina delle fonti.

(2) Il BESELER, (*Beitr.* II, pag. 51 sg.) sorregge il periodo, da "plane" a "expressum est", mentre gratifica di un punto interrogativo la frase "sed ita factum sit". A questa critica pare che aderisca il SOLAZZI, in *AGFS*, 100, pag. 21, n. 2. — Confido tuttavia di aver pôrti sufficienti elementi perchè sia tradotto in certezza il dubbio sulla non genuinità di "sed ita reli.", e perchè risulti inammissibile la classicità di "plane", con quel che segue, e principalmente della citazione dei *divi fratres*.

(3) Bisogna riconoscere che le parole dei *divi fratres*, citate testualmente dal fr. 5 pr., non sono un esempio di stile purissimo. Forse quel brano ha subito alterazioni più o meno gravi nel corso di numerose trascrizioni; o forse non bisogna pretendere da documenti giuridici di mano burocratica e con fine volgarizzativo, come i rescritti, quella fluidità e precisione del linguaggio, che esigiamo dalle fonti letterarie e — seppure in minore misura — abbiamo ancora ragione di ricercare nelle opere elaborate dei giuristi classici.

Risulta, dunque, provata l'opinione da me dianzi espressa. Per il diritto classico, se al momento della *adgnitio bonorum possessionis* il successibile non è stato emancipato, il peso del conferimento cade su colui che lo ha in suo potere. In caso contrario il successibile emancipato acquisterà in nome e per conto proprio la *possessio* dei beni del padre, senza essere tenuto al corrispettivo della collazione, la quale è impossibile per mancanza di contenuto.

5. Il diritto post-classico volle seguire una opinione meno corretta giuridicamente, ma praticamente più benigna. La collazione è — per esso, o meglio, per qualcuno dei suoi giuristi — pur sempre dovuta, nel caso che l'emancipazione sia avvenuta « fraude » oppure « dolo malo ».

a) (D. h. t. 1. 14): [Sed ita demum adoptivus emancipatus collatione fratres privabit, si sine fraude hoc factum sit].

b) (D. h. t. 5 pr.): [Haec in patre adoptivo ratio reddi non potest, et tamen et ibi idem dicemus, si sine dolo malo emancipaverit].

Ma questa sentimentale regola post-classica è per più versi deprecabile.

a) L'enunciato di essa — in D. h. t. 1. 14 — è quanto mai vago ed impreciso. L'*adoptivus emancipatus* — ivi è detto — spoglierà i fratelli del beneficio della collazione « si sine fraude hoc factum sit ». Dunque, se « hoc » (cioè l'emancipazione *ante bonorum possessionem petitam*) « fraude factum sit », l'emancipato « collatione fratres non privabit ». Ma se questa è la conseguenza ultima, genericissima, del principio che la " emancipatio fraude facta „ non vale, non ne è certo la conseguenza immediata, specifica.

Il principio andava enunciato in altro modo: se l'emancipa-

zione sia fraudolenta, essa sarà revocata e in tal caso i *sui heredes* non saranno privati della *collatio bonorum* — come avverrebbe se con essi concorresse alla *bonorum possessio l'adoptivus emancipatus* povero in canna, anzichè l'adottante—.

b) Così avendo sviluppato il principio post-classico, esso si rivela grossolanamente antiggiuridico.

Quand'è — invero — che un atto può dirsi compiuto " *sine fraude* " ? « Il senso tecnico antico di " *fraus* " e dei suoi derivati, col quale la parola entra nei testi legislativi ed editali, » — insegna il SOLAZZI (1) — « è quello di danno che alcuno soffre e che altri irroga ». Occorre, dunque, almeno — perchè frode vi sia — un soggetto passivo di essa, un *danneggiato*. E, viceversa, un atto è *sine fraude* se un danneggiato manchi, se cioè faccia difetto il requisito dell'*eventus damni*.

Orbene, a tutta prima potrebbe affermarsi che, nel caso nostro, un danneggiato vi è — se l'adottante emancipi l'adottato — ed è il *suus heres*. Che, quindi, ben s'appone il post-classico ad asserire implicitamente che l'emancipazione non fatta in frode dei *sui heredes*, " *sine fraude* " , è perfettamente valida.

Errore gravissimo. Il concetto di " *fraus* " è un concetto che si lega sempre ad un rapporto giuridico intercorrente fra *fraudator* e danneggiato. Si parla di " *fraus creditorum* " , in quanto un atto diminutivo del patrimonio del debitore diminuisca, di conseguenza, le probabilità di appagamento del creditore : ed in senso analogo si ragiona di atti in frode del patrono e così via. Non vi sarebbe frode, se non vi fosse un rapporto di obbligazione o una relazione di patronato. Ma appunto un consimile rapporto non è in alcun modo raffigurabile fra l'adottante ed il *suus heres*,

(1) *Revoca degli atti fraudolenti*, 1934, pag. 112.

“ ante bonorum possessionem petitam „. Vi è solo — fra di loro — l'accomunamento *ipotetico, potenziale*, derivante dal fatto che l'Editto permette all'uno e all'altro di “ petere „ la *bonorum possessio*.

Epperò l'emancipazione avvenuta “ ante bonorum possessionem petitam „ non può dirsi fraudolenta nei riguardi del *suius heres*.

c) Ma il nostro lettore post-classico ha spregiato questi ragionamenti pedanti: ed ha parlato senz'altro di frode.

A ciò egli era spinto, d'altronde, — e giova riconoscerlo a sua parziale giustificazione —: 1) dal progressivo indebolimento delle caratteristiche classiche della *bonorum possessio* e dal graduale avvicinamento di questo sistema a quello dell'*hereditas*; 2) dalla faciloneria terminologica caratteristica dell'epoca sua.

Il secondo motivo è già fin troppo noto. Quanto al primo, rimandiamo a quel che, sui momenti del processo di fusione della successione pretoria con quella civile, dicemmo nell'Introduzione (1). In diritto post-classico non era più chiaro il principio che l'Editto non concedeva alcun diritto successorio, ma che il concedimento di questo (“ datio „) era rimesso all'arbitrio del pretore. Si tendeva, invece, ad equiparare l'Editto con la Legge, da cui scaturiva il vetusto sistema dell'*hereditas*. Potevasi, perciò, allora, anche dire che una certa qual aspettativa della *collatio*, anzi — come si direbbe con linguaggio moderno — una vera e propria “ situazione giuridica „, sorgesse per i *sui heredes* sulla semplice base dei “ verba edicti „.

d) Tuttavia, anche per il diritto post-classico, io sono restio a credere che potesse realmente avverarsi una revoca dell'emancipazione fatta in frode dei *sui heredes*. Inclino invece a pen-

(1) V. specialmente § 9.

sare che il sistema di quel diritto — se proprio così vogliamo denominare il frutto dell' interpolazione sporadica di un qualche oscuro lettore di Ulpiano — sia meglio rappresentato dalle interpolazioni a D. h. t. 5 pr..

Ma il caso non poteva essere che raro. Provare il dolo in chi rinuncia ad un acquisto ereditario e, conseguentemente, priva altri della collazione, doveva essere non poco difficoltoso. Il glossatore post-classico non aveva avuto una mano felice. Nè Triboniano — ammesso che nella sua fretta le abbia scorte — seppe o volle rabberciare, a quanto pare, le sue claudicanti trovate.

6. Qual'era l'oggetto della collazione dovuta da colui che avesse in suo potere il successibile, nel sistema — da noi ricostruito — del diritto classico?

Vedremo in appresso (1) che il conferimento dell'emancipato deve avere per oggetto i « bona quae moriente patre habuit ». Qui, peraltro, la collazione è dovuta dal nuovo *paterfamilias* del figlio già emancipato o dal *paterfamilias* del nipote non mai emancipato, nel caso di emancipazione del padre. Gli acquisti che il successibile, se fosse rimasto emancipato o se avesse fruito della emancipazione, avrebbe potuto fare per sè, li ha invece fatti per lui, per il *paterfamilias*. Essi si sono confusi con i beni patrimoniali del *paterfamilias*, con i quali si confonderanno anche i « bona », soggetti alla *possessio*, se questa verrà concessa dal Pretore.

La ferrea logica del diritto dà una sola risposta: colui che ha sotto la propria potestà il finto *suus* deve conferire *tutti i beni da lui stesso posseduti al momento della morte dell'ereditando*.

(1) V. *infra*, cap. V, § 2.

Indipendentemente dalla considerazione se essi provengono, oppure, da atti di acquisto compiuti dal *filiusfamilias*, o se sono di acquisizione anteriore o posteriore alla *datio in adoptionem* di costui (oppure alla *capitis deminutio* del *de cuius*)

Il che viene confermato dalle fonti.

D. h. t. 5 pr. : . . . erit dicendum . . . *de conferendis suis quoque bonis* cavere eum debere.

D. 38. 6. 6 : . . . ut tamen bona sorori, quae necessaria heres extitit, conferre cogatur avus.

D. 37. 8. 4 (Mod 6 pand) : Emancipato quis filio retinuit ex eo nepotes in potestate : filius emancipatus susceptis postea liberis decessit. Placuit in avi potestate manentes simul cum his, qui post emancipationem nati sunt, [decreto] bonorum possessionem accipere, manente eo, ut, *si velit avus sibi per nepotes adquiri, bona sua conferat* aut nepotes emancipet, ut sibi emolumentum paternae hereditatis adquirant : idque ita divus Marcus rescripsit (1).

Ma questo risultato non è piaciuto ad alcuni, che hanno studiato il nostro istituto con gli occhi del presente, anzichè con l'obbiettività dello storico. Principalmente esso non è parso giusto al FEIN (2), il quale asserisce senz'altro doversi dal *paterfamilias* conferire *ogni acquisto del suus entrato nel suo patrimonio al momento della morte del de cuius*, e nulla di più.

Il principio è certo giusto, ma non è romano, perchè non collima con la lettera dei testi dianzi riportati, nè con la caratteristica regola, che gli atti del *filiusfamilias* risalgono attivamente

(1) "Decreto", è sospettato dal Solazzi, in *AGFS*, 100, pag. 20.

(2) *Recht der Collation*, pag. 22.

~~e passivamente~~ al *pater*. Non esiste, in diritto romano, un *acquisto del filiusfamilias*, ma solo un *acquisto per mezzo del filiusfamilias*. Chi acquista è sempre il *pater* e se egli è obbligato alla collazione, tutto il suo patrimonio, esistente al momento della morte del *de cuius*, deve formare oggetto della collazione medesima.

Ripudiamo, quindi, come assolutamente infondata, la interpretazione che in senso contrario cerca di dare il FEIN ai testi che gli danno noia, o meglio, che danno noia alla mutata coscienza giuridica dei tempi suoi.

7. Soggetto attivo della *collatio bonorum* è il *suus heres*, cioè colui il quale, per essere rimasto nella potestà del *de cuius*, non ha potuto, sino al giorno della sua morte, compiere alcun acquisto in nome proprio

D. h. t. 3. 3 (Iul 23 dig): Emancipati < enim > bona sua conferre [cum] his, qui in potestate fuerunt, iubentur (1).

C. h. t. 9 (Diocl et Max, Onesimo, a. 293): Si emancipati utrique fuistis a patre, collatio cessat. Si autem frater tuus in potestate mortis tempore fuerat [nec ullum testamentum relictum vel novissimum iudicium communis patris teque emancipatum probatum fuerit], ab intestato te [ad successionem paternam] < ad bonorum possessionem patris > venientem ad collationem forma edicti perpetui certo iure provocat.

Che il testo sia rimaneggiato è evidente (2).

Nel secondo periodo ritengo frutto di interpolazione tutta la frase « nec ullum - probatum fuerit », che ha il carattere di una

(1) Per la critica di questo passo, v. *infra* cap. III, § 2.

(2) Non mi risultano però contributi moderni alla critica di esso.

glossa pedantesca e sintatticamente mal connessa al rimanente. Ecco in succinto gli indizii. « Relictum » reclama un più che perfetto del verbo ausiliario che lo componga ; « vel novissimum iudicium communis patris » è senza predicato verbale, mentre sarebbe stato logico che anche, o solo, a queste parole seguisse il « relictum (fuerat) » ; « novissimum iudicium », oltre il testamento, è sottigliezza da sofista ; « iudicium communis patris » va criticato per l'uso sospetto di *communis* (1) ; « teque emancipatum probatum fuerit » è superfluo e mal detto in forma impersonale ; « fuerit » fa a pugni con « fuerat ». Il modo — infine — di « fuerit » (periodo ipotetico della possibilità), in confronto col modo di « fuerat » (periodo ipotetico della realtà), autorizza la supposizione che la fattispecie di tutta la frase « nec ullum — probatum fuerit » sia una ipotesi scolastica.

Anche il resto del frammento non è sfuggito ad un parziale inquinamento, come dimostra lo « ad successionem paternam », in vece di « ad bonorum possessionem patris ». Il movente di quest'ultimo è da ricercarsi nella unificazione giustiniana dei sistemi successorii classici.

B. Molto interessante è

D. h. t. 12 (Paul 41 ad ed) : Si praegnantem quis uxorem reliquerit et ea ventris nomine in possessionem missa fuerit, interim cessat collatio: nam antequam nascatur, non potest dici in potestate morientis fuisse: sed nato conferetur.

Titolare del diritto alla collazione non può essere il nascituro, *ma solamente l' " heres suus " , già nato.*

(1) V., per un uso analogo e del pari criticabile di *communis*, Pauli Sent 5.9.4, su cui *infra*, cap. IV, § 5.

Come si spiega questo principio ?

Nota il PEROZZI (1), sulla scorta del PERNICE (2), che esso non è punto una derivazione della regola classica che il nascituro non è " in rebus humanis „, perchè in base ad essa « nè i giuristi antichi nè i classici giustificano... alcuna norma giuridica », ma è solo — son quasi le sue parole — un *principio che vi corrisponde*. Ed egli formula tal principio così: « non vien conferito al nascituro perchè non si trova nella patria potestà ».

Queste affermazioni mi paiono criticabili.

Che il fondamento della regola del fr. 12 non sia da ricercarsi nel concetto espresso dal noto ditterio « *conceptus pro iam nato habetur, quotiens de eius commodo agatur* » è, in via preliminare, — e lo dico solo per amor di completezza — da escludersi: 1) perchè la collazione è indubbiamente, riguardo al *suus*, un " *commodum* „, 2) perchè l'ALBERTARIO (3) ha inequivocabilmente dimostrato che la teoria del " *commodum* „ è di confezione post-classica.

Altrettanto da escludersi è, peraltro, a mio avviso, che il fondamento sia quello invocato dal PEROZZI. Tutto il periodo « *nam antequam - fuisse* » deve, infatti, attribuirsi all'opera di un glossatore. « *Non potest dici* » manca di soggetto, ed occorre molta buona volontà per sottintendere « *filius* ». La *consecutio temporum* è errata, perchè non consiste, come lo scrittore par credere, nel dualismo « *nascitur - potest dici* », bensì in quello « *nascatur - fuisse* », e a tempi storici debbono corrispondere tempi storici: non che " non si possa dire, prima che il figlio nasca, che egli è stato in potestà del padre al momento della

(1) *Ist.*², I, pag. 187, n. 1.

(2) *Labeo*, I, pag. 196.

(3) *BIDR.*, 33, pag. 1 sgg.

sua morte „, ma invece “ non può dirsi che il figlio, prima che nascesse, sia stato in potere del padre „. La frase, infine, ha tutta l'aria di voler essere una chiarificazione di quanto precede, dettata da motivi di scuola.

È da credere, perciò, che non sia stato il giurista classico a poggiare la regola in esame sulla considerazione che il nascituro « non potest dici in potestate morientis fuisse ».

Del resto, ai motivi formali, che — contro la classicità di questa giustificazione — abbiamo elencati più avanti, è da aggiungersi un motivo di indole sostanziale. Il diritto classico — secondo la dimostrazione generalmente accettata dell'ALBERTARIO (1) — ha riguardo al concepimento, anziché alla nascita, in due casi: 1) quando si tratti di stabilire lo *status* di un figlio nato da giuste nozze, 2) quando si tratti di stabilire la posizione ereditaria di un figlio di fronte al padre. Ora, il fr. 12 si riferisce appunto ad un caso in cui occorre, per la titolarità del diritto alla collazione, stabilire preliminarmente *se il nascituro sarà, oppur no, suus heres*: definire, cioè, preliminarmente e il suo *status familiae* e la sua posizione ereditaria di fronte al padre.

La regola enunciata da Paolo rappresenta perciò una eccezione al principio classico, che il nascituro — nel caso, proprio, cui essa stessa si riferisce — “ pro iam nato habetur „, o meglio, con parole classiche, “ in rebus humanis est „.

Il vero suo fondamento è, a mia veduta, il seguente. La collazione — come altrove avremo a studiare (2) — si attuava, nel diritto classico, mediante la prestazione di una *stipulatio*, che rientrava nel novero delle *stipulationes praetoriae*. Ma principio

(1) Loc. cit

(2) V. *infra* cap. III, § 7.

fondamentale, derivante anche da una necessità funzionale, di questo contratto si era che la domanda e la risposta avvenissero "inter praesentes" e immediatamente ("unitas actus"). Queste condizioni non potevano verificarsi *sino a che il nascituro non fosse veramente venuto a vita*, cioè sino a quando non si fosse verificato il presupposto per la gestione tutoria dei suoi affari: epperò, sino ad allora egli non poteva dirsi soggetto attivo della collazione. (1).

(1) Dal fr. 12 si può agevolmente dedurre che l'editto sulla collazione non faceva alcuna menzione dei *postumi*. Opina perciò il LENEL (*Ed. cit.*, § 144) che le parole "his etiam, qui sui futuri essent si vivo patre nati fuissent, conferri manifeste significatur" in C. h. t. 11 appartengano all'editto "*de ventre in possessionem mittendo*". Al contrario, l'ALIBRANDI (*op. cit.*, pag. 79) fondava su quelle parole la ricostruzione di una clausola edittale siffatta: "quive sui futuri essent, si vivo patre nati fuissent". Or io dò senz'altro ragione al LENEL, per quanto riguarda la negazione che l'editto *de collatione* si occupasse dei *postumi*, ma credo che la valutazione di C. h. t. 11 debba essere di ben altra fatta: tutta la frase "his etiam - significatur" è, nel rescritto diocleziano, interpolata (v. *infra*, cap. IV, § 8).

CAPITOLO III.

Modo della collazione

1. Dobbiamo, ora, proporci la domanda: come si effettuava la collazione nel diritto romano?

Il quesito può formularsi da un duplice punto di vista: a) economico - patrimoniale, b) tecnico - giuridico.

Ci chiederemo, perciò, anzitutto, da un punto di vista economico - patrimoniale: come si ripartiva il patrimonio dell'emancipato?

Ci chiederemo, quindi, dal punto di vista della tecnica giuridica: con quali mezzi tecnici si operava la collazione?

2. La risposta al primo quesito — sul modo di ripartizione del patrimonio dell'emancipato — non è, come già abbiamo avvertito (1), quella che a tutta prima ci aspetteremmo.

Il fatto che la collazione si operava in base ad una finzione, nell'emancipato, del carattere di *suus heres*, da lui perduto o non

(1) V. Intr. § 6, e cap. I, § 1.

mai avuto, e la espressione usata da D. h. t. 1 pr., « in medium conferre », inviterebbero a credere che i *bona* dell'obbligato alla collazione andassero — a seguito della rescissione reale o finta della sua *capitis deminutio* (1) — ad incrementare il patrimonio ereditario e che quindi seguissero, nella divisione, le sorti di esso (2).

Tali illusioni ci sono, peraltro, subito dileguate da

D. h. t. 3. 2, 3 (Iul 23 dig): IULIANUS: Quotiens contra tabulas bonorum possessio datur, emancipati bona sua conferre debent his solis, qui in potestate patris fuerint. Hoc quemadmodum expediri oporteat, quaeri solet: nam si bona a patre relicta et emancipatorum in medium conferantur et ita viriles partes sumantur, eveniet, ut et emancipatis quoque collatio ab ipsis facta prosit. Videamus ergo ne commodissimum sit emancipatos quartam partem ex bonis paternis ferre, ex suis tertiam: quod dico, exemplo manifestius fiet. Ponamus patrem quadringenta reliquisse et duos in potestate filios, duos emancipatos, ex quibus alterum centum, alterum sexaginta in bonis habere: is qui centum habebit, centum triginta tria et trientem feret, is vero qui sexaginta contulerit centum viginti, atque ita eveniet, ut collationis emolumentum ad solos, qui in potestate remanserint, perveniat.

Emancipati bona sua conferre cum his, qui in potestate fuerunt, iubentur.

(1) *Reale*, se egli fosse stato effettivamente emancipato dal *de cuius*; *finta* se nessuna *emancipatio* fosse mai avvenuta, per non essere egli mai stato sotto la *potestas* del defunto, rispetto al quale era pur sempre *liber*. Cfr. Introduzione, § 4, pag. 9 sgg.

(2) Per la critica formale di questa concezione, v. *retro*, cap. I, § 1.

V. nuova critica del Birkbeck 255. 57. 12.

Alla nuova critica del Birkbeck si risponde in JDH 1. 4 (1938) p. 521 d.

Il passo è stato oggetto della critica formale del BESELER (1), il quale ha fatto le seguenti osservazioni. Nel paragrafo 2 va espunto « ab ipsis facta » (2). Il periodo « videamus - tertiam » è incompleto e va inserita, dopo « videamus », l'ipotesi « si duo emancipati, duo sui inter liberos sint ». Il paragrafo 3 è interpolato, perchè consiste in un'esemplificazione del precedente: al suo posto l'autore mostra di credere che vi fosse qualche altra dichiarazione. Egli tiene inoltre come probabile la non genuinità di « quod dico - perveniat » (3).

Ma il contributo del BESELER non mi pare, questa volta, soverchiamente giovevole. Non vedo, infatti, perchè egli voglia salvare una frase mutila, come « videamus rell. », per criticare invece, un periodo in gran parte inappuntabile, come « quod dico rell. ». Erronea mi pare, inoltre, l'affermazione della non genuinità del paragrafo 3.

A mio parere, il periodo « videamus - tertiam » è frutto di interpolazione. Invero, manca in esso la formulazione dell'ipotesi su cui si basa la decisione « quartam partem rell. ». Il « videamus ne commodissimum sit » non è degno di un giurista classico, e per la forma estremamente dubitativa e per l'uso di

(1) *Beitr.* IV, pag. 157. Anche il RECHNITZ, *Studien zur Salvius Iulianus*, 1925, pag. 97, si occupa del frammento, passandolo al vaglio dei suoi noti criteri prosodici.

(2) Il MOMMSEN propone, invece, la inserzione di un *non* davanti ad *ab*.

(3) Il RECHNITZ, loc. cit., reputa certa la non genuinità di questo lungo brano. Egli si serve di ciò per indurre che anche le parole « hoc quemadmodum expediri oporteat, quaeri solet », non sono di Giuliano e per confermare, quindi, l'opinione che questo giurista non si sia mai avvalso della voce *oportere*. Ma già il FRAENKEL, in *ZSS*, 47, pag. 413, ha contestato la fondatezza di questa spiccia induzione. Nel caso specifico del fr. 2, la questione non ha alcun rilievo sostanziale.

« commodissimum » con la proposizione infinitiva (1). Comunque, nel periodo si ragiona indubbiamente per mezzo di un esempio, onde è strano, che l'autore lo abbia concluso dicendo: « quod dico exemplo manifestius fiet », tanto più che il brano seguente svolge esattamente lo stesso paradimma, aggiunti i numeri ad individuare le quote.

Non basta. Molto preferibile al primo periodo è, per ragioni di forma e di sostanza, il secondo, per lo meno sino alle parole « centum viginti ». Unico inconveniente è lo « habebit » per « habuerit », ma non è difficile attribuirlo alle vicende delle trascrizioni.

Interpolata, al contrario, è, forse, la frase terminale « atque ita - perveniat »: si guardi all' « emolumentum collationis », che — se non sempre — s'ha da ritenere preferibilmente post-classico (2) ed all' « ad solos » per « ad eos ».

E' giusto, dunque, supporre che, se la mano post-classica si è posata su questo paragrafo, ciò deve essere avvenuto nel senso dell'inserzione — naturalmente, non volontaria — del primo e dell'ultimo periodo. Giuliano, volendo chiarire — come ci troviamo

(1) Il sospetto su « commodissimum est (sit) », seguito dalla proposizione soggettiva, è fondato: *a*) sull' indubbio carattere interpolatorio dell' analoga costruzione di « commodius » (v. questa voce nell' *Indice* del QUARNERI CITATI); *b*) sul piccolo numero di volte in cui la locuzione è usata dai Digesti (v. il VJR, sotto « commodus »); *c*) sul fatto che, di sette testi che usano questo costrutto, ben quattro sono stati dimostrati interpolati in quel punto, e cioè D. 45. 1. 53 (Iul 16 dig), 34. 5. 12 (13) (Iul 36 dig), 40. 12. 30 (Iul 5 ex Min), 45. 1. 80 (Ulp. 74 ad ed) — v. in proposito l' *Index interpolationum* —. Decisiva è poi la riflessione — già avanzata per « commodius » dal DE MEDIO, in *BIDR*, 13, pag. 246 — che la locuzione in parola ben si attaglia alle situazioni di dubbio in cui spesso dovevano venire a trovarsi i compilatori giustiniani e, aggiungiamo, i chiosatori post-classici.

(2) V. *retro*, cap. I, pag. 33, n. 1.

a fare noi ora — che i “ bona „ dell'emancipato non sono parificati ai “ bona hereditaria „, si è espresso con un esempio: « ponamus rell. ». Un lettore post-classico, accortosi dell'importanza di esso, ne ha trascritto a margine i termini essenziali e la conclusione implicita.

E l'ipotesi è corroborata da queste due osservazioni: 1) che il lettore — pieno ancora il cervello del caso studiato e assillato dall'intento di esprimerne meglio, in termini generali, le risultanze — dovette omettere di enunciare la fattispecie; 2) che è naturale a chi ragiona per via di esempi di ricorrere *prima* all'ipotizzazione concreta di un caso reale (mediante l'uso di termini numerici) e *poi* ad una formulazione più generica (mediante l'uso delle percentuali o, in genere, delle frazioni).

Così ricostruito il paragrafo 2, non si vede perchè mai dovrebbe essere interpolato il paragrafo 3. A parte un « cum » strampalato, piovuto da chi sa dove, esso è, di forma, perfetto: basta riflettere al fatto che un post-classico non si sarebbe lasciata sfuggire, come altrove (1), l'occasione di dire una sciocchezza, parlando di “ hi, qui in potestate sunt „, anzichè “ fuerunt „. Quanto alla sostanza, — eliminato l'« atque ita eveniet rell. » che lo precede — il par. 3 è non soltanto logico, ma necessario. Giuliano vuol dire che l'ipotesi fatta, con la soluzione datavi, non è parto della sua fantasia, ma conseguenza imprescindibile dei *verba edicti*. I beni dell'emancipato non sono equiparati ai *bona hereditaria* per una ragione fondamentale: perchè « emancipati bona sua conferre . . . his, qui in potestate fuerunt, iubentur ». Altro non potremmo aspettarci, di meglio, dalla coerenza e a un tempo dalla concisione dell'autore.

(1) V. *retro* cap. I, pag. 25, n. 1.

Ma — si potrebbe opporre — almeno la concisione di Giuliano non deve essere troppo lodata, se — nel medesimo frammento, or son poche righe — egli ha già detto lo stesso: « *quotiens contra tabulas bonorum possessio datur, emancipati bona sua conferre debent his solis, qui in potestate patris fuerint* ». Forse è anche questa una delle ragioni, inesprese, che hanno indotto il BESELER a condannare il paragrafo 3. A tanto possiamo agevolmente ribattere che la proposizione iniziale del par. 2 enuncia il *principio* in base al quale va risolto il problema del riparto dei beni dello emancipato, mentre la proposizione del par. 3, pur essendo composta pressochè delle stesse parole, non ha affatto il medesimo carattere, sibbene è una spiegazione specifica o — se si vuole — un " c. v. d. „. Tanto è vero che, mentre ivi si parla di conferimento a persone che « in potestate *fuerint* » (possibilità), qui si afferma doversi dagli emancipati conferire soltanto « his, qui in potestate *fuerunt* » (realtà).

Contrariamente al BESELER, io ricostruirei, dunque, Giuliano (23 dig) così:

Quotiens contra tabulas bonorum possessio datur, emancipati bona sua conferre debent his [solis], qui in potestate patris fuerint. Hoc quemadmodum expediri oporteat, quaeri solet: nam si bona a patre relicta et emancipatorum in medium conferantur et ita viriles partes sumantur, eveniet, ut et emancipatis quoque collatio [ab ipsis facta] (1) prosit. [-] Quod dico exemplo manifestius fiet. Ponamus patrem quadringenta reliquisse et duos in potestate filios, duos emancipatos, ex quibus alterum centum,

(1) Anche a voler accettare l'aggiunzione del " *non* „ proposta dal MOMMSEN, è pur sempre possibile aderire alla radiazione dal testo classico compiuta dal BESELER.

alterum sexaginta in bonis habere : is qui centum [habebit] < habuerit >, centum triginta tria et trientem feret, is vero qui sexaginta contulerit centum viginti. [-] Emancipati < enim > bona sua conferre [cum] his, qui in potestate fuerunt, iubentur (1).

3. Il contenuto dei par. 2 e 3 del fr. 3 ci convince che i beni dell'emancipato vanno ripartiti fra lui e i *sui heredes*, ad esclusione degli altri emancipati.

Ciò per la ragione formale che l'editto perpetuo non ordina punto di " conferre in medium „, ma di " *conferre his, qui in potestate patris fuerint* „.

La regola è contraria alla rigorosa tecnica della " *fictio suitatis* „, ma è indubbiamente equa (2).

4. Vediamone le applicazioni.

Di esse faremo un elenco scarno, limitandoci a riportare i testi su cui si appoggiano, con gli appunti critici che a questi eventualmente ci verrà fatto di muovere.

a) un unico *emancipatus* conferisce a due *sui heredes* $\frac{1}{8}$ dei suoi *bona* ciascuno ;

b) se gli emancipati siano due, ciascuno di essi conferirà a ciascun *suus* $\frac{1}{3}$ dei proprii beni, con esclusione dell'altro emancipato.

(1) La ricostruzione con " *enim* „ del paragrafo 3 può forse spiegare il perchè del " *cum* „ che oggi vi leggiamo. Non è improbabile che dapprima il testo si sia guastato nel senso della trasformazione di *enim* in *cum* e che di poi qualche amanuense, volendo dare almeno uno scopo apparente al *cum* di nuovo conio, lo abbia spostato davanti ad " *his* „, come se questo pronome fosse stato in ablativo, anzichè al dativo.

(2) V. *retro*, cap. I, § 5.

D. h. t. 1. 24 (Ulp 40 ad ed): Portiones collationis ita erunt faciendae: ut puta duo sunt filii in potestate, unus emancipatus habens trecenta: ducenta fratribus confert, sibi centum <retinet> [: facit enim eis partem, quamvis is sit cui conferri non solet]. Quod si duo sint filii emancipati habentes trecenta et duo in potestate, aequè dicendum est singulos singulis [qui sunt in potestate] centena conferre, centena retinere, sed ipsos invicem nihil conferre. [Dotis quoque collatio in eundem modum fiet, ut quicumque confert, etiam suam personam numeret in partibus faciendis.]

Il testo è palesemente glossato in tre punti. — « Facit enim — solet » é un chiarimento di carattere interpolatorio. Basti pensare che: 1) non l'emancipato che conferisce " is (*est*) cui conferri non solet „, ma lo è invece l'altro eventuale emancipato; 2) comunque, l'uso di « solet » è improprio, perchè all'emancipato " conferri non *debet* „. L'inserzione della glossa ha forse determinata la caduta di un " *retinet* „, alla cui ricostruzione autorizza il « retinere » del penultimo periodo. — Anche « qui *sunt* in potestate » è una chiarificazione che la forma rivela non genuina: « sunt » sta per « fuerunt ». — Vi è infine la ultima frase, « dotis quoque *rell.* », che ha tutta l'aria di essere stata apposta al testo ulpiano da un lettore post-classico, a titolo anche qui di schiarimento. I sintomi dell'inserzione sono evidenti: 1) « fiet » per « fit » denuncia una mano diversa da quella di Ulpiano; 2) « quicumque » sta per « quaecumque »; 3) « numerare suam personam », per « se numerare », non mi suona classico.

c) Se gli emancipati siano tre, ciascuno di essi deve conferire pur sempre $\frac{1}{3}$.

d) Se gli emancipati siano più di tre, è sempre escluso che essi debbano conferirsi vicendevolmente: " unius loco sunt „.

Aggiungi che non si trattava di un isdem modus dato che le due conferivano anche invicem -

D. h. t. 2. 5 (Paul 41 ad ed): Si tres emancipati, duo in potestate sint, Gaius Cassius libro septimo iuris civilis tertias conferendas putat, ut emancipati, quia invicem non conferunt, unius loco sint: nec indignari eos oportere, si plus conferant et minus accipiant, quia in potestate eorum fuerit bonorum possessionem omittere. Iulianus quoque Cassii sententiam sequitur.

Il testo è indubbiamente genuino (1). Noteremo tuttavia che meglio di « quia invicem non *conferunt* » starebbe « ... *conferant* », dato che si cita la causa addotta da Cassio. Anche in fondo è detto « quia in potestate eorum *fuerit* ... » per la medesima ragione.

e) L'emancipato che ottiene la duplice *bonorum possessio* del padre emancipato e dell'avo, conferisce $\frac{1}{2}$ al fratello *suus heres*, e $\frac{1}{3}$ allo zio paterno *suus heres*.

D. h. t. 2. 6: Si ex emancipato filio nepos emancipatus mortuo patre simul et avo bonorum possessionem utriusque acceperit, cum uterque eorum suum heredem reliquerit: eo modo collatio explicari potest, ut, si verbi gratia centum in bonis habuit, et patruo quinquaginta et fratri quinquaginta conferre debeat [: hoc enim ratio facit, sive personas sive portiones numeremus].

« Hoc enim rell. », come già il BESELER (2) ha osservato, non è di fattura classica. Infatti: 1) « ratio facit » è iuelegante; 1) « sive personas, sive portiones numeremus » è una spiegazione *nebulosa*, quanto alle « portiones » (nel senso di " divisioni ereditarie », che sono due, onde due han da essere le collazioni),

(1) Così già il KRUEGER H., in *Studi Bonfante*, II, pag. 335.

(2) *Beitr.* V, p. 61. Ivi, peraltro, manca ogni accenno di dimostrazione.

errata, quanto alle « personae » (nel senso di " sui heredes ", ai quali — essendo essi due — non andrebbe $\frac{1}{2}$ ciascuno, ma $\frac{1}{3}$).

Non saprei invece aderire alla segnalazione, parimenti fatta dal BESELER, della atetesi di « eo - ut, ».

f) Due nipoti emancipati per parte di un figlio premorto conferiscono al loro zio, rimasto sotto la potestà dell'avo, ciascuno $\frac{1}{2}$.

D. h. t. 2. 7: Si duo nepotes ex filio mortuo emancipati bonorum possessionem avi petant, utrum dimidias an quartas patruo conferre debeant, quaeritur. Et verius est semisses conferre eos oportere, quia et si vivo avo, cum in eius potestate essent, ducenta puta adquisissent, centum filius, centum duo fratres per hereditatem avi haberent.

g) Se l'emancipato concorre alla *bonorum possessio* del padre con un proprio figlio rimasto in potestà, come riceve, in una con lui, un' unica quota dell'eredità (1), così a lui solo conferisce $\frac{1}{2}$ dei suoi beni.

D. h. t. 3. 6 (Iul 23 dig): [Qui duos filios in potestate habebat et ex uno eorum nepotem, emancipavit filium ex quo nepotem habebat: deinde emancipatus factus procreavit filium, quem avus in locum filii adoptavit et vel intestato vel testamento facto praeterito emancipato filio, decessit: quaesitum est quid de bonorum possessione, quid de collatione iuris esset] < ? >. Respondi (2): bonorum, de quibus quaeritur, tres partes fieri debent, ex quibus una

(1) In base all'*edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius*.

(2) La " scriptura secundaria ab ordinario correctore profecta " del Codice fiorentino (*F²*) porta, invece, " respondit ». La lezione, ripudiata dal MOMMSEN, è accettata dal RECHNITZ, *Studien* cit., pagg. 52 e 96.

pertinet ad filium qui in potestate remansit, altera ad nepotem, qui in locum filii adoptatus est, tertia ad emancipatum filium et nepotem, qui in potestate remanserit, ita ut pater ei soli conferat, cum quo bonorum possessio accipiat.

Il BESELER (1) limita la critica del primo periodo, « qui duos - iuris esset », alla parola « *factus* », che accompagna « emancipatus ». Non sono alieno però dall'aderire alla più radicale opinione del RECHNITZ (2), cui tutta la frase par frutto di parafrasi. Quanto al secondo periodo, da « respondi » alla fine, non vi è ragione per oppugnarne la genuinità (3).

h) I nepoti succeduti " per stirpem », in vece del figlio *in potestate*, nell'eredità dell'avo hanno diritto a non più di una porzione dei *bona emancipati*.

D. h. t. 7 (Cels 13 dig): Si nepotes in locum filii < in potestate > successerunt, una portio eis conferri debet, uti bonorum possessionis unam portionem habent. [Sed et ipsi ita conferre debent, quasi omnes unus esset].

Si noti, nel primo periodo di questo frammento, la mancanza della specificazione « in potestate », pur tanto necessaria alla esatta comprensione del caso. Essa deve esser caduta nel volgere delle trascrizioni. — Ma il passo è inoltre coscientemente alterato nella frase « sed et - unus esset », che reputo glossata. Ed invero: 1) « ipsi » sta per « nepotes in potestate »; 2) « conferre » è scorretto perchè non siamo in tema di collazione, ma di *bonorum possessio*; 3) « conferre debent » è una espressione inesatta

(1) *Beitr.* IV, pag. 157.

(2) *Op. e loc. cit.*

(3) Il RECHNITZ (*loc. cit.*) vede invece una seconda parafrasi da "ex quibus, alla fine.

perchè i *nepotes* non debbono fare nulla di positivo, ma soltanto *subire* il concorso dell'emancipato; 4) « quasi omnes unus esset » è il tentativo balordo di applicare al diritto *csd.* di rappresentazione un fondamento analogo a quello "emancipati unius loco sunt",.

5. Particolari applicazioni del principio " emancipati his conferre debent, qui in potestate patris fuerint „ si hanno in merito a quella speciale forma di *bonorum possessio*, che è prevista dall'editto *de coniungendis cum emancipato liberis eius*. Di esse già una abbiám vista nel paragrafo precedente, sub *g*).

Stabiliva tale editto che, quando l'avo emancipasse il figlio e trattenesse nella propria potestà i nipoti per parte di quello, nè il figlio dovesse essere preferito ai nipoti — come più prossimo congiunto —, nè i nipoti al figlio — perchè *sui heredes* —. Al figlio quindi spettava solo la metà della quota assicuratagli dal pretore mediante la promessa della *bonorum possessio*, mentre l'altra metà andava ai nipoti, e con essa i nipoti ricevevano in *linea esclusiva il diritto alla collazione*.

Epperò l'emancipato era tenuto a conferire ai *sui heredes*, in generale, soltanto se non vi fossero fra di loro " *nepotes ex se* „. In questo caso, egli era tenuto a conferire ai soli nipoti: " merito, quia veniendo ad bonorum possessionem illis solis iniuriam facit „ (D. 37. 8. 1. 13).

Di tale regola il tit. 37. 8 delle Pandette porta le seguenti applicazioni:

a) L'emancipato deve conservare una metà dei proprii *bona* per sè e conferire l'altra ai *nepotes* nel loro complesso (D. 37. 8. 1. 14) (1).

(1) Cfr. D. h. t. 3. 6, riportato al § 4, sub *g*).

Su D. 37. 8. 1.^{13. 14} - Baseler StDocHist] I (1935) 289.

b) I *bona* conferiti dagli altri emancipati ai *nepotes* non devono da costoro essere divisi col padre emancipato: « hoc enim non de bonis avi, sed propter bona postea eis accessit » (D. 37. 8. 1. 14).

c) Se di due *nepotes* uno sia premorto, lasciando due *pronepotes*, l'emancipato dovrà conferire $\frac{25}{100}$ al *nepos* sopravvive e altri $\frac{25}{100}$ ai due *pronepotes*, che succedono per diritto *csd.* di rappresentazione (D. 37. 8. 1. 15).

d) L'emancipato che viene alla *bonorum possessio* del padre insieme con un fratello *in potestate* e con due *nepotes* da un fratello emancipato premorto, di cui uno sia *in potestate*, l'altro invece emancipato, deve conferire $\frac{1}{8}$ al fratello *in potestate* e $\frac{1}{8}$ al *nepos in potestate* — e non certo $\frac{1}{2}$ a costui, perchè non ne è padre —. Comunque, si verifica qñi la singolarità che il *nepos in potestate*, pur traendo dall'eredità meno del *filius in potestate* ($\frac{1}{8}$ invece di $\frac{1}{8}$) riceve la stessa quota di collazione.

Il caso è stato acutamente messo in evidenza da Scevola e ne parla Ulpiano in un frammento indubbiamente alterato, che noi riportiamo nella ricostruzione intelligente ed accorta del MOMMSEN:

D. 37. 8. 1. 16 (Ulp 40 ad ed): Si sit filius in potestate, alius emancipatus, ex defuncto unus nepos in potestate, alius nepos emancipatus, eleganter Scaevola tractat, patruus emancipatus quantum nepoti[bus, quantum fratri] suo conferat. Et ait posse dici tres eum partes facere, unam sibi <retenturum> (1), unam fratri, unam isti[s] collaturum: quamvis hi <c> minus quam patruus ex hereditate avi concurrente [patre] <fratre> si[n]t habitur[i] <us> (2).

(1) L'inserzione del "retenturum" è mia. Cfr. anche D. h. t. 1. 24 (pag. 78).

(2) Circa le lunghe discussioni cui ha dato luogo questo frammento, rimandiamo a FKIN, op. cit., p. 26 sgg.

6. Di contro al sistema di riparto, da noi esaminato ed esposto, dei *bona* dell' emancipato — per cui essi vanno divisi in parti uguali fra lui ed i *sui heredes* — la Glossa ha formulato un altro principio, notissimo ed abusato: " *tantum confert, quantum aufert* „.

L'emancipato sarebbe tenuto a conferire al *suus* una quota dei proprii beni pari a quella dei beni ereditarii ond'è, il *suus*, privato pel suo concorso.

Senonchè, di fronte all'evidenza delle fonti, fu giocoforza ammettere due categorie di eccezioni: 1) gli emancipati, nei rapporti fra loro, si calcolano sempre come una sola persona; 2) i nipoti si calcolano parimenti come una persona sola, allorchè vengono in rappresentazione del padre.

Ma, come giustamente nota il FEIN (1), sono proprio queste eccezioni che distruggono la regola. Nè sarebbe utile per noi di ulteriormente occuparcene, se il fondamento di essa non fosse stato trovato — a dire dei suoi sostenitori — proprio in un passo delle fonti.

Trattasi di

D. h. t. 1. 3 (Ulp 40 ad ed): Si ex quadrante fuit institutus filius qui erat in potestate, extraneus ex quadrante, emancipatum accipientem contra tabulas pro quadrante tantum bona sua collaturum Iulianus ait, quia solum quadrantem fratri abstulit. Argumentum pro hac sententia adfert Pomponius, quod filius emancipatus nepotibus ex se natis solis conferre cogitur.

Varie interpretazioni si son date di questo testo. E principalmente si è detto:

(1) Op. cit., pag. 72.

a) l' emancipato deve conferire al *suus heres* il quarto dei suoi beni (SUERIN, BACHOVIUS, VINNIUS, MEIER, SINTENIS);

b) l' emancipato deve conferire una quota proporzionale al quarto che gli tocca in successione, cioè ad $\frac{1}{3}$ della porzione ereditaria del *suus* — che era un *doctrans*, ed ora è un *semis* — (CUIACIO, PFIZER, PETERSEN, GOESCHEN).

Senonchè, tanto nell' uno quanto nell' altro caso, si verrebbe ad ammettere che l' emancipato conferisca meno di quanto ritiene : il che è contrario a tutto ciò che abbiamo finora studiato.

Felice, invece, e — a un tempo — semplice, è l' interpretazione proposta dal FEIN (1). Il fatto che nell' ultimo periodo — egli argomenta — è detto che il padre emancipato deve « *conferre nepotibus ex se natis solis* », induce a credere che, oltre ai nipoti, venga alla *possessio bonorum* un *suus heres* (per esempio, un fratello) al quale l' emancipato avrebbe dovuto conferire, se non vi fossero stati i *nepotes sui*. Al lume di questo " *argumentum* " di Pomponio va interpretato il primo periodo. Ed esso altro non significa che questo. L' emancipato deve conferire al *nepos* il suo patrimonio (dividendolo, secondo la regola, a metà con lui) *in cambio di* (" *pro* ") un solo quarto dell' eredità, che viene a ricevere : perchè tanto riceve e nulla più (« *quia solum quadrantem fratri abstulit* »). Analogamente, in applicazione dell' editto " *de coniungendis* ", si avvera la singolarità che, concorrendo con l' emancipato " *nepotes ex se* ", e un fratello *in potestate*, egli è tenuto a conferire ai *nepotes* $\frac{1}{2}$ dei suoi beni, pur togliendo loro nulla più che $\frac{1}{8}$ dell' eredità.

Come mai ciò ? Perchè — ci dirà Ulpiano ai par. 4 e 5 dello stesso frammento — il Pretore non bada a ciò che si è tolto al

(1) Op. cit., pag. 74.

suus, per stabilire un conferimento proporzionale, ma ordina la collazione, sempre che il concorso dell'emancipato provochi una diminuzione, per che minima, della quota del *suus heres* (1).

A questa spiegazione del fr. 1. 3 io aderisco tanto più agevolmente, in quanto che mi riesce impossibile provare che il testo abbia subito alterazioni sostanziali.

I rilievi di forma sono pochi e poco importanti. « Fuit institutus » è meno corretto di « institutus est »; « erat in potestate » è meno corretto di « fuerat in potestate »; « contra tabulas » manca di « bonorum possessionem » (ma il caso si dà di frequente): « collaturum » è meno buono di « conferre debere »: « solis » accordato con « nepotibus » è meno lodevole di « solum nepotibus ».

Si può ancora osservare che « Iulianus ait » difetta dell'indicazione del libro ove tale opione fu espressa. Nè paia una pedanteria, perchè più oltre, al par. 8, Ulpiano dice « *ibidem* Iulianus ait »: il che significa che — a meno di qualche taglio nel testo intermedio fra il par. 3 e il par. 8 — l'indicazione del luogo non mancava nel paragrafo originario.

Queste note ci possono portare ad ipotizzare che il par. 3 sia stato manipolato nelle scuole post-classiche da qualche commentatore, il quale abbia, forse, anche voluto manifestare la sua simpatia per il principio — *in fieri* — " tantum confert, quantum aufert », modificando il testo con l'aggiunta delle parole « quia solum quadrantem fratri abstulit ».

Si trattava, forse, della stessa ignorante persona che in un

(1) Sn D. h. t. 1. 4-7, onde risulta un presupposto fondamentale del conferimento reale — quello che il *suus* sia affetto da un " *incommodum* », per il concorso dell'emancipato —, v. *infra*, cap. VI, § 9.

testo già esaminato — D. h. t. 2. 6(1) — ha interpolato la frase « hoc enim ratio facit, sive personas, sive portiones numeremus » (2). Come lì egli non ha capito che l'emancipato non conferiva le due metà del patrimonio perchè due fossero i *sui heredes*, ma solo ed unicamente perchè due erano le successioni cui partecipava, così qui egli non ha inteso il senso delle parole di Ulpiano e, trovandosi fra le mani il passo, ha preteso di chiarirlo a modo suo, col trascriverlo nella lezione attuale.

A mio parere, dunque, è da accettarsi integralmente l'interpretazione del FEIN, l'unica aderente alle parole del testo ed alla logica del diritto. Interpolata è, probabilmente, la frase « quia — abstulit » (3).

(1) V. *retro* § 4, sub *e*).

(2) A proposito del caso dell'emancipato che ottiene la duplice *bonorum possessio* del padre e dell'avo e che perciò conferisce, da un canto, $\frac{1}{3}$ al fratello *suus heres* e, dall'altro, $\frac{1}{3}$ al *patrius suus heres*.

(3) Il pregiudizio del « tantum confert, quantum aufert » è rimasto, peraltro, ancor oggi, uno di quegli « idola fori » — come direbbe BACONE — che è ben difficile svellere dalle simpatie di alcuni.

Ad esso ha persino, di recente, inavvertitamente immolato uno studioso dell'acume del VOLTERRA, (*BIDR*, 38, pag. 129), nell'intento di chiarire il significato di

D. h. t. I. 13 (Ulp 40 ad ed): Si, cum duobus conferre deberet, alteri contulerit, alteri non, . . . videndum est, utrum sextantis tantum ei auferatur emolumentum, an vero trientis totius . . .

Afferma infatti il VOLTERRA, che in questo caso l'emancipato « seguendo le regole stabilite dal pretore, . . . deve conferire i suoi beni secondo la quota ereditaria, cioè per $\frac{1}{3}$: ossia per $\frac{1}{3}$ a ciascuno dei *sui* ». Ma — a parte il fatto che sul modo di ripartizione del patrimonio dell'emancipato non esistono dettami pretorii — al lume delle fonti anche il sistema di riparto dal VOLTERRA esumato è, ormai, da negare. Circa la retta interpretazione del caso di D. h. t. I. 13, v. *infra*, cap. V, § 14.

Accetta il principio « ai conferituri cui auferitur ». Rabel *Grundriss* § 534.

7. Passiamo alla seconda domanda, circa il modo della collazione.

Con quali mezzi tecnici attuavasi essa nel diritto romano?

La collazione doveva operarsi, a norma delle disposizioni dell'editto, mediante la prestazione di una " *cautio* „ (« recte cavere »).

D. h. t. 1. 9 (Ulp 40 ad ed): *iubet autem praetor ita fieri collationem, ut recte caveatur . . .*

Ulp Reg 28. 4: *Emancipatis liberis ex edicto datur bonorum possessio, [si parati sunt cavere] < si caveant > fratribus suis, qui in potestate manserunt, bona, quae moriente patre habuerunt, se conlaturos (1).*

Paul Sent 5. 9. 4: *Emancipati liberi praeteriti . . . [de conferendo] < de conferendis bonis suis > cavere cum satisfactione debebunt (2).*

D. 37. 4 20. 1 (Triph. 19 disp.): . . . *nam neque ex hac parte edicti [verbis] id facere cogitur, [—] quae inter eos, quibus ita bonorum possessio dabitur, caveri de collatione ab emancipato iubet . . .*

Il testo di Trifonino (3) ci darebbe addirittura una *duplice* attestazione della regola che la collazione andava fatta per via di un " recte cavere „, se volessimo tener per genuina la parola « *verbis* » (4). Ma è appunto perchè il concetto in essa racchiuso, è più distesamente e meglio esposto dalla frase « *quae inter eos rell.* », che noi propendiamo per la sua condanna.

(1) V. *infra*, cap. IV, § 5.

(2) Anche su questo testo v. *infra*, cap. IV, §§ 5 e 10.

(3) Di cui ci occupiamo distesamente *infra*, nel cap. VI, § 3.

(4) La *stipulatio* è infatti un negozio che si contrae " *verbis* „.

8. Sebbene l'Editto pretorio non parlasse che di prestazione di cauzione, a proposito della *collatio*, la giurisprudenza ammise senz'altro — ed era logico che ammettesse — la possibilità di effettuare il conferimento reale, in vece della *cautio*.

D. h. t. 1. 11 (Ulp 40 ad ed): *Quamvis autem edictum praetoris de cautione loquatur, tamen etiam re posse fieri collationem Pomponius libro septuagesimo nono ad edictum scripsit. Aut enim re, inquit, aut cautione facienda collatio est. [Igitur dividat, inquit, bona sua cum fratribus et quamvis non caveat, satisfacit edicto. Sed et si quaedam dividat, de quibusdam caveat aequae dicimus eum satisfacisse.] Sed cum possint esse quaedam in occulto, non satis confert qui non cavit, quamvis dividat. Si igitur constet inter partes, quid sit in bonis emancipati, sufficiens collatio est divisio: si non constet, [sed dicantur quaedam non esse in commune redacta, tunc] propter incertum cautio erit interponenda.*

Il passo è stato criticato in due riprese dal BRSELER, il quale ha — una prima volta (1) — proposto l'inserzione di un « si » davanti ad « igitur », e conseguentemente la cancellazione di « et » davanti a « quamvis non caveat », ed ha — una seconda volta (2) — criticato il « dicimus » del quarto periodo, perchè imperiale (*kaiserlich*), sostituendolo con un « dicit », mentre ha segnalato la atetesi « igitur - edicto » (3).

Pure, tal critica pare a me troppo conservativa.

Che il testo di Ulpiano sia largamente interpolato, aveva,

(1) *Beitr.* III, p. 109.

(2) *Beitr.* IV, p. 156 sg.

(3) *Loc. cit.*, pag. 114.

invero, già prima del BESELER, sospettato il DE RUGGIERO (1), nè è difficile confermare i suoi sospetti.

Spurio è il periodo « igitur-edicto »: l'uso di « igitur » anteposto non è classico; « inquit » è ripetuto dalla riga precedente; manca il soggetto di « dividat » (*emancipatus*); « satisfacere edicto » è dizione grossolana. E' inoltre da osservare che questo periodo non fa che ripetere pronamente il contenuto di quello che precede: nulla di strano che si tratti di una glossa esplicativa. — Spurio è anche il periodo " sed et si - satisfacisse „. Quanto alla forma, esso presenta lo stesso costrutto che ci è dispiaciuto nella frase precedente; quanto alla sostanza, si deve notare che esso è in contrasto patente col dettato della frase che segue, nella quale non si parla ancora del caso della " cautio „ e della " divisio „ contemporanee.

Per quanto la sfiducia generica del DE RUGGIERO, dalla quale abbiain prese le mosse, si estenda, circa il fr. 1. 11, anche alle parole da « sed cum » alla fine, non credo che esse siano in tutto alterate. Dal punto di vista formale, infatti, esse presentano tutti quei requisiti la cui mancanza ci ha fatto deplorare gli altri due periodi: " igitur „ posposto, la presenza del soggetto ecc.. Sostanzialmente, poi, si ricollegano bene alla frase « aut... re... aut cautione facienda collatio est », di cui rappresentano una limitazione logica

(1) *Studi Fadda* II, p. 124. — Il DE RUGGIERO era indotto dalla sequela dei " sed et si... sed cum „ ecc. a supporre che le proposizioni dopo la seconda fossero " distinzioni posticce dei compilatori „. Ma perchè proprio dei compilatori? Più plausibile è invece l'attribuzione agli intenti esplicativi delle scuole post-classiche.

e necessaria (1). Qui veramente possiamo dire che Ulpiano intende chiarificare, e chiarifica, l'insegnamento di Pomponio.

In definitiva, dal frammento ulpiano riportato da D. h. t. 1. 11 risulta che già Pomponio, nella sua opera edittole, ebbe a dire che la *collatio*, anziché "cautione", può benissimo farsi "re". Egli forse disse qualcosa di più: è naturale che la collazione sia fatta "re", talché è solo se essa non viene realmente eseguita sin dal principio, che il Pretore impone la prestazione della *cautio* (« aut enim re, inquit, aut cautione facienda collatio est »). Ragionamento fondamentalmente esatto, ma in parte anche un po' equivoco, dato che non chiarisce perché mai il Pretore abbia poi ad ogni costo voluto ordinare la *cautio collationis*. Orbene, il fatto che il Pretore si è limitato ad imporre la prestazione della cauzione da parte dell'emancipato, lasciando nell'ombra la collazione reale, significa — almeno a mio parere — che quest'ultima, pur essendo *implicita* nel sistema, non aveva, rispetto alla stipulazione del conferimento, una posizione di preminenza, quale dal dettato di Pomponio ci si potrebbe aspettare. Non — insomma — che la *cautio* dovesse prestarsi *se il conferimento reale non fosse avvenuto* (altrimenti il Pretore avrebbe parlato *espressamente* di questo), ma la cauzione, invece, doveva interporre sempre, come regola, *a meno che l'emancipato non preferisse di effettuare senz'altro la collazione reale*.

L'importanza della *cautio* è del resto ristabilita, nel fr. 1. 11, dalle parole chiarificative di Ulpiano. Il conferimento reale — dice

(1) Insiticio è tuttavia "sed dicantur —, tunc". Il "sed" suona malissimo, a così breve distanza da "sed cum rell."; "in commune redigere", pur non avendo il preciso significato dell'erroneo "in medium conferre", adombra il senso, da noi a suo tempo criticato (v. *retro*, cap. I, § 1), di questa seconda locuzione.

il giurista — è sufficiente soltanto quando vi sia una obbiettiva certezza circa la consistenza del patrimonio dell' emancipato. Se questa certezza non vi sia, la divisione non basta, ma occorre aggiungervi una promessa dell' emancipato di consegnare l'eventuale rimanente (" *cautio propter incertum* „).

Col che viene adeguatamente posto in luce che la precisazione dell' ammontare dei *bona* dell' emancipato non è cosa che compete al tempo della prestazione della cauzione, ma ad un tempo posteriore. Basta, in quel primo momento, che l' emancipato prometta al *suus* di conferirgli i suoi beni (o, se « *constat inter partes rell.* », che glieli trasmetta senz'altro), ma la precisazione del loro ammontare, per allora, non ha importanza. Nè — logicamente se ne deduce — ha, per allora, importanza il sapere se il conferimento sia in effetti dovuto, oppure no. Dunque, l' emancipato è tenuto — in un certo momento che più in là preciseremo (1) — a dar cauzione del conferimento dei suoi beni, ma non importa sapere *quanto egli debba*. Che se poi egli preferisca di conferire realmente, può farlo, purchè sia ampiamente garantito che, *se egli effettivamente debba*, abbia dato o promesso di dare quel tanto, cui risulterà essere egli tenuto (2).

9. Di surrogati della collazione parla anche

D. h. t. 1. 12 (Ulp 40 ad ed): *Sed et si tantum forte in bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex col-*

(1) V. *infra* cap. IV, § 3 sgg.

(2) Sin d'ora la collazione ci si palesa come una sorta di istituto preparatorio, che in tanto verrà condensato in un vero e proprio sistema di pretese ed obblighi, in quanto una qualche condizione si avveri. Uno dei nostri scopi si è appunto di dimostrare che tale condizione è nella *datio bonorum possessionis*.

latione suus habere debet, dicendum est emancipatum satis contulisse videri: idem et si nomen paterni debitoris delegaverit, vel fundum remve aliam dederit pro portione bonorum, quae conferre debuit.

Ma il periodo — non paia esagerato il dirlo — è da attribuirsi a mano non classica (1) e, secondo me, post-classica (2).

Sospetto ne è l'inizio, con quelle parole « sed et si tantum forte », che son caratteristiche delle specificazioni dei glossatori. Sospetta è la struttura del primo periodo « si... emancipatus... remittat... dicendum est emancipatum... ». « Dicendum est contulisse videri » è un giro di parole alquanto vizioso: il « videri » è di troppo. « Idem et si... » è un altro legame preferito dai compilatori e dai bizantini. « Quae conferre debuit » sta per « quae conferre debet ».

Notevoli sono anche gli appunti di sostanza, che si possono riassumere in queste proposizioni: a) La remissione al *suus heres* di una parte dei " bona paterna „ non può avvenire che quando l'emancipato ne abbia ottenuta la *possessio*. Ma — come sarà ampiamente dimostrato (3) — la collazione, reale o promessa, è un presupposto della *datio bonorum possessionis*, non è condizionata da questa; b) la " datio in solutum „ è, in diritto classico, solo ed esclusivamente volontaria: qualche caso di " datio in solutum necessaria „ appare in interpolazioni dei Digesti e nella Nov. 4 di Giustiniano (4). Eppure, qui, la dazione del " fundum remve aliam „ ha tutta l'aria di prescindere dal consenso del *suus heres*.

(1) Come già sospettò il DE RUGGIERO, loc. e pag. cit.

(2) V. *retro*, pag. 90, n. 1.

(3) V. *infra* cap. IV, § 3 sgg. e cap. V.

(4) V. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*², I, cap. XI.

Un argomento testuale contro l'esistenza di altri surrogati della " *collatio cautione* „, all'infuori del conferimento reale, si trova, infine, in :

Paul Sent 5. 9. 4 : . . . Si satisfacere non possunt, statim ex fide bonorum conlationem excepto peculio castrensi, facere cogendi sunt (1).

Concludiamo affermando che il diritto classico non conobbe che un unico, naturale surrogato della *stipulatio collationis*: il conferimento reale.

La remissione, la delegazione, la dazione " in solutum „, di cui discorre D. h. t. 1. 12, sono probabilmente frutto di estensioni post-classiche (2).

(1) Non aggiungo il " *vel cum cavet vel cum dividit* „ di D. h. t. 1. 13, perchè è interpolato: v. *infra*, cap. V, § 14.

(2) Il lettore post-classico voleva forse parlare non di surrogati, ma di *modi per eseguire il contenuto della " stipulatio „*. In tal caso si potrebbe anche spiegare (non giustificare) il " *quae conferre debuit* „ (nel senso di " si obbligò „).

CAPITOLO IV.

La « stipulatio collationis »

1. La "cautio", imposta dal Pretore all'emancipato rientra nel novero delle " *stipulationes praetoriae* ", cioè di quelle solenni promesse verbali che dovevano farsi avanti al suo tribunale, a scopo di rafforzare un obbligo giuridico già esistente, o — come nel nostro caso — per creare *ex novo* una obbligazione, a difesa di interessi non altrimenti tutelati (1).

Più propriamente, le stipulazioni pretorie erano dette *repro-missiones*, quando constavano della sola promessa di colui cui erano imposte, *satisfactiones*, quando intervenivano dei garanti a promettere lo stesso oggetto per il quale si era obbligato il promissore.

D. 46. 5. 1. 5 (Ulp 77 ad ed): Stipulationum [istarum] praetoriarum quaedam [sunt, quae] satisfactionem exigunt, quaedam nudam repositionem: sed perpaucae sunt, quae nudam promissionem habent, quibus numera-

(1) Sulle *stipulationes praetoriae*, v., da ultimo, ARANGIO RUIZ, *Cours de droit romain* (Les Actions), 1935, p. 70 sg.

tis apparebit ceteras non esse repromissiones, sed satisfactiones (1).

Senonchè, mentre nel paragrafo seguente Ulpiano indica le tre stipulazioni (*cautio operis novi nuntiatione, cautio damni infecti, stipulatio duplae*) che possono farsi indipendentemente con *satisfatio* e con *promissio*, manca più oltre — a causa, certo, dei tagli dei compilatori — la promessa elencazione delle " repromissiones „. Comunque, a noi basta notare come già da questo passo risulti che Ulpiano non sembra ammettere la possibile esistenza di un " *tertium genus* „ di stipulazioni pretorie, a sostegno delle quali possa intervenire la garanzia reale del pegno, o come suol dirsi, della " *pigneratio* „.

La impossibilità in parola è, del resto, espressamente affermata in

D. 46. 5. 7 (Ulp 14 ad ed): Praetoriae satisfactiones personas desiderant pro se intervenientium et neque pignoribus quis neque pecuniae vel auri vel argenti depositione in vicem satisfactionis fungitur.

(1) Questo frammento di Ulpiano è, sino al paragrafo 5, attribuito dal BESELER (*Beitr.* III, pag. 130 sg.) quasi interamente all'opera di due parafrasti. Con la opinione del BESELER non concorda il SOLAZZI (*Istituti tutelari*, 1929, pag. 106, n. 1), cui pare doversi riconoscere come emblematico il solo par. 4. La controversia non può interessarci in questa sede, tanto più che l'uno e l'altro autore giungono, nel loc. cit., alle stesse conclusioni circa il par. 5: inserzione post-classica di " *istarum* „ e " *sunt quae* „. Bisogna notare — per l'esattezza storica — che il BESELER ha più tardi (in *Tijdschrift*, 1930, pag. 189) cambiato parere, trattando di parafrastico anche l'intero paragrafo 5 e che questa più radicale opinione è stata giustamente ma anticipatamente combattuta da SOLAZZI, loc. cit., il quale ha creduto che essa già si trovasse in *Beitr.* III cit. Per la non genuinità di " *sunt quae* „ si erano già da prima manifestati il MOMMSEN e il DE RUGGIERO (*St. Fadda*, II, pag. 101 sg.).

Il che conferma anche Bas. 43. 4. 6 (1).

E' bene avvertire, tuttavia che — contrariamente all'opinione manifestata dal DE RUGGIERO (2) — il frammento ulpiano non può considerarsi del tutto immacolato e presenta chiari sintomi di alterazione. Bisogna vedere sino a qual punto sia stata travisata la sostanza classica del passo.

Ora, non può non aderirsi alla critica rigorosa che il SOLAZZI (3) muove alla menzione delle «*personae intervenientium*». Trattasi — quanto alla forma — di una espressione barocca malamente inserita nel contesto di Ulpiano (4) e di certo non attribuibile alla penna di lui. Trattasi — quanto alla sostanza — di una subdola sostituzione dei compilatori, operata non solo allo scopo di eliminare la probabile menzione classica degli *sponsores*, ma allo scopo di adombrare, con una espressione equivoca, ambedue le specie dai garanti giustiniani (*fideiussores* e *mandatores*) (5).

Era, questo indicato dal SOLAZZI, un motivo più che sufficiente per indurre Triboniano a rimaneggiare il dettato di D. 46. 5. 7. Ma dobbiamo credere che egli si sia fermato qui? Mi è duopo notare, infatti, che perlomeno altre due imperfezioni formali macchiano il fr. 7. Una prima è il «*fungitur*», là dove ci aspetteremmo logicamente che il giurista dicesse «*fungi potest*». Una seconda è la superfluità delle parole «*vel auri vel argenti*», le quali: 1) esprimono di nuovo un concetto enunciato, meglio e

(1) HEIMB. IV, pag. 324, FERRINI, *Suppl.*, pag. 67. Ecco la traduzione latina del brano: «*Praetoriae stipulationes fideiussiones requirunt, non vero pignera, neque argentum aut aurum ut praebeantur in vicem cautionis*».

(2) Loc. cit., II, pag. 115.

(3) *BIDR*, 38, pag. 25 sg.

(4) Come dimostra anche l'ambiguità del «*pro se*». V. SOLAZZI, loc. cit.

(5) V. SOLAZZI, loc. cit. pag. 26, n. 2.

più succintamente, da « pecuniae » che precede; 2) infrangono le leggi sintattiche dell'asindeto e del polisindeto (o tutti « vel » — cioè « *vel pecuniae vel auri vel argenti* » — o nessuno).

Questi pochi elementi, peraltro, non bastano per inficiare la genuinità sostanziale di « et neque - fungitur ». Onde riterremo che la frase ulpiana, essendo capitata nelle mani dei compilatori a cagione della necessità di sostituirvi « sponsores », abbia subito nella trascrizione qualche altro lieve, inavvertito ritocco (1) e nulla più.

D. 46. 5. 7 può dunque, con una certa sicurezza, così ricostruirsi :

Praetoriae satisfationes . . . < sponsores > desiderant
... et neque pignoribus quis neque pecuniae . . . deposi-
sitione in vicem satisfationis fungi [tur] < potest > .

Una piena conferma del detto di Ulpiano deriva dal non farsi mai cenno, nei testi relativi alle stipulazioni pretorie, di altre garanzie, che non siano la nuda *repromissio* o la *satisfatio*. D. 36. 3. 7 e 43. 3. 2. 3 — i quali parlano, all' incontro, di *pignratio* — sono infatti notoriamente interpolati : nè su essi ci fermeremo (2).

(1) Il perchè dei due ritocchi può anche essere non difficilmente spiegato. Da una parte « vel auri vel argenti » è una caratteristica ridondanza da bizantino : e in ciò ne conferma il fatto che il passo corrispondente dei Basilici elimina la traduzione di « pecuniae », e si compiace di parlare soltanto dell'oro e dell'argento. Dall'altra parte, « fungitur », trascritto invece di « fungi potest », è come l'indizio larvato della mutata coscienza giuridica dei post-classici, i quali più non sentono la *impossibilità*, per le *praetoriae satisfationes*, di essere garantite mediante pegno o deposito. Ne siano riprova le interpolazioni, cui accenneremo nel testo, di D. 36. 3. 7, 43. 3. 2. 3, h. t. 1. 9.

(2) Ecco i due testi, nelle ricostruzioni più attendibili, al lume della critica moderna (v. *Index interp.*, III col. 20 e 278).

D. 36. 3. 7 (Paul 2 man): Filio vel servo sub condicione a patre

2. Che la *stipulatio collationis* si uniformasse a questi principi, parrebbe dimostrato da

Paul Sent 5. 9. 4: Emancipati liberi praeteriti . . . *cavere cum satisfactione debebunt*. Quod si satisfacere non possunt, statim ex fide bonorum collationem, excepto peculio castrensi, facere cogendi sunt (1).

Senonchè, ecco come, invece, si esprime

D. h. t. 1. 9 (Ulp 40 ad ed): Iubet autem praetor ita fieri collationem, ut recte caveatur: caveri autem per satisfactionem oportere Pomponius ait. An pignoribus caveri possit, videamus: et Pomponius libro septuagesimo nono ad edictum scripsit et reis et pignoribus recte caveri de collatione, et ita ego quoque puto.

L'antitesi di questo e degli altri due passi su menzionati dei Digesti con la regola tanto esplicitamente enunciata in D. 46. 5. 7 si è voluta da alcuni — BETHMANN-HOLLWEG (2), KELLER (3) — spiegare, dicendo che essi provano che il Pretore aveva in qualche

dominove herede instituto legatum est. [Huius legati satis petere non possunt: sed] pendente condicione emancipatus vel manumissus [si] satis [petant, quaeritur, an audiendi sint, ne beneficium patris dominive ipsis onerosum sit, an sibi imputare deberent, qui dederunt eis postulandi adversus se facultatem. *Sed melius est per mediocritatem causam dirimere, ut cautioni tantum cum hypoteca suarum rerum committantur*] <petere potest>.

D. 43. 3. 2. 3. (Paul 63 ad ed): Si legatarius repromissione contentus fuit, [dandum est interdictum. *Idem dicendum est si legatarius pignoribus noluit sibi caveri*] <sententia secundum bonorum possessorem danda est>.

(1) Per la critica di questo testo, v. *infra* §§ 5 e 10.

(2) *Röm. Civilproz.*, II, pag. 732.

(3) *Proc. civ. rom.* (tr. it.), pag. 274.

caso la facoltà di sostituire la *satisfatio* con il pegno. Ma — ha giustamente opposto il DE RUGGIERO (1) — la attestazione del fr. 7 è troppo categorica: ed inoltre è da notare che essa è stata formulata da Ulpiano nella *sedes materiae* delle *satisfationes* (l. 14 *ad ed.*).

Parimenti infondate sono le spiegazioni che, della particolare antitesi fra il fr. 1. 9 di D. h. t. e il fr. 7 di D. 46. 5, han creduto di dare il KUNTZE (2) — sostenendo che il primo dimostra la diffusione della *pigneratio* al tempo di Pomponio, di fronte allo stadio primitivo del diritto pretorio — ed il MANIGK (3) — cui pare che di *pigneratio* possa parlarsi solo nel caso di " *collatio* puramente privata „ — Al primo va opposto che, dopo Pomponio, la inalterabilità della regola sulla *satisfatio* è appunto confermata da Ulpiano nel fr. 7. Al secondo che — ammesso che " *collatio* puramente privata „ stia a significare, ne' suoi intendimenti, il conferimento convenzionale fra le parti — non di essa poteva discorrere il fr. 1. 9, che parla certamente della *collatio* editale (« *iubet praetor* ») (4).

L'antinomia non può risolversi che con la critica dei testi.

E l'ha fatto il DE RUGGIERO (5), in base anche alla considerazione che, pel caso che l'emancipato non voglia o non possa prestare cauzione, altri rimedii sono stabiliti dalle fonti, che non la *pigneratio* (6), mentre interpolata risulta un'altra deroga al principio del fr. 7, quale la *depositio* " *apud sequestrem* „ di

(1) Loc. cit., p. 113.

(2) Citato in MANIGK, op. di cui alla nota seguente.

(3) *Pfandrechtliche Untersuchungen*, I, pag. 79.

(4) DE RUGGIERO, loc. cit., pag. 118 sg.

(5) Loc. cit., pag. 121 sgg.

(6) Li esamineremo diffusamente nel cap. V, § 7 sgg.

D. 36. 3. 5. 1 (1). Laonde egli ha sostenuto il carattere interpolatorio, nel fr. 1. 9, di « et » e « et pignoribus »: parole che ha attribuito senz'altro a Triboniano.

La critica del DE RUGGIERO è stata di poi sostanzialmente approvata dal SOLAZZI (2), ma questi ha, esattamente, condannata la restituzione del testo come " parziale ». Non si può — egli dice — limitarsi alla eliminazione di « et » e « et pignoribus » perchè rimane il « reis », cui manca ogni tecnicità di significato. « Rei » sono gli obbligati in genere, non i debitori: ed anche a sottointendere « promittendi », non sapremmo ancora come si attuasse, nel diritto classico, la garanzia.

Da queste conclusioni, pur aderendovi in sostanza, io mi permetto di lievemente dissentire: 1) per quanto riguarda l'attribuzione del guasto; 2) per quanto concerne la estensione formale di esso.

Sotto il primo punto di vista, io non vedo perchè il DE RUGGIERO non esiti a dare ai compilatori, anzichè ai lettori post-classici, la paternità delle interpolazioni relative alla *pigneratio* nei tre testi (D. 36. 3. 7, h. t. 1. 9, 43. 3. 2. 3) che uncina. Io non sostengo — e sarebbe assurdo il farlo — la impossibilità che alcune o tutte le tre alterazioni siano giustiniane, ma ammetto la *possibilità* (e, nel caso del fr. 1. 9, la *probabilità*) che esse siano invece opera di post-classici. È vero, infatti, che il rilassamento dello spirito giuridico classico col progredir dei tempi doveva portare i giustiniane, a maggior ragione dei loro predecessori, a forgiare quei nuovi principii, in assoluto contrasto con le antiche regole, ma è altrettanto vero che, quando parliamo di " emblemi », non intendiamo

(1) V. tuttavia *infra*, nel cap. V, § 20, le nostre conclusioni circa tal caso.

(2) In *BIDR*, 38, pag. 27.

riferirci genericamente all'opera di interpolazione svolta dai giuristi dei tempi di Giustiniano, bensì a quei « multa et maxima . . . quae propter utilitatem rerum transformata sunt » (1) dalla commissione triboniana. Orbene, se una trasformazione cosciente i triboniani avessero voluto apportare nel sistema delle stipulazioni pretorie, essi lo avrebbero fatto nella *sedes materiae*, cioè nel libro 46. 5 delle Pandette. E se essi avessero voluto modificare la regola che vediamo riportata nel fr. 7 di quel titolo, avrebbero interpolate le parole del frammento in questione, anzichè e più che quelle di altri testi sporadici. Ma la sostanziale genuinità di D. 46. 5. 7 e la molteplicità dei testi che portano applicazioni del principio da esso enunciato (2) ci convince che non è certo da attribuirsi alla commissione dei compilatori l'intento determinato di sovvertire il sistema classico delle garanzie delle stipulazioni onorarie.

Rimane che le tre uniche eccezioni a quel sistema, che ci è dato di trovare nei Digesti, siano dovute ad emblemi, per dir così, « incoscienti », di Triboniano. Rimane che questi e i suoi collaboratori, dimentichi del principio generale da essi accettato e corroborato nelle Pandette, abbiano — in tre singoli casi — ceduto a considerazioni specifiche che li hanno portati a segnare, per quei casi, la rivincita del pignoramento. — Tuttavia, che perlomeno circa il fr. 1. 9 di emblema, sia pure incosciente, non s'abbia proprio a parlare, parmi dimostrato dalla presenza in esso della nebulosa espressione « rei », già criticata dal SOLAZZI. Non di « rei », avrebbe discorso Triboniano, ma, con maggior probabilità, di « fideiussores »: ecco un indizio contrario all'opinione dell'alterazione

(1) Cost. « Tanta », par. 10.

(2) Eccone alcuni: D. 39. 2. 9. 4, 11, 15. 25, 46. 5. 1. 8.

giustiniana. — E, finalmente, tanto meno plausibile è l'ipotesi dell'emblema, se si voglia prestar fede alle parole dello stesso DE RUGGIERO, che " il dubbio che alla *satisfatio* potesse nelle stipulazioni pretorie supplirsi con altra forma di garanzia doveva pur essersi presentato ai giureconsulti (*classici*) „ (1). Strano sarebbe, invero, che un dubbio formulato — mettiamo — da Pomponio, in piena epoca classica, sia stato risolto, nella direzione cui la evoluzione del senso giuridico doveva appunto portare, soltanto in diritto giustiniano, e non da uno dei molti lettori intermedi — del periodo cosiddetto post-classico — per le cui mani l'opera di Ulpiano pur ebbe a passare (2).

Tendo, in conclusione, a credere che l'alterazione di D. h. t. 1. 9 sia piuttosto post-classica, che non giustiniana.

Ed ancora. Contrariamente al DE RUGGIERO ed al SOLAZZI, sembra a me che i confini dell'alterazione formale del fr. 1. 9 si estendano al di là dei limiti ristrettissimi da loro indicati, per racchiudere in sè anche la formulazione del dubbio sorto (come si legge) ad Ulpiano e risolto (come è scritto) già da Pomponio.

Sostenere — come il DE RUGGIERO fa — la classicità del dubbio relativo alla *pigneratio*, e ciò in base al fatto che ci è voluto apposta un frammento di Ulpiano (quello riportato da D. 46. 5. 7) per risolverlo negativamente, significa cadere — mi sia dato di

(1) Loc. cit., pag. 125.

(2) Ma anche ad ammettere — come fra poco sarà dimostrato — che il dubbio famoso non può attribuirsi a Pomponio, sibbene a qualche lettore post-classico, l'argomento da noi portato contro l'ipotesi dell'emblema in D. h. t. 1. 9 non viene indebolito. Sarebbe ancor più strano che un oscuro commentatore — postasi in margine, come noi ipotizzeremo, la domanda circa la ammissibilità della *pigneratio* — non vi abbia anche risposto, seguendo le sue proprie vedute in materia.

dirlo — in un equivoco sottile. Altro è, invero, il quesito puramente teorico che ci si pone, nel processo logico, per giungere alla formulazione di un qualsivoglia concetto; altro è il quesito eminentemente pratico che ci si può porre di fronte ad una situazione, per così dire, ancipite, onde giungere alla decisione se risolverla nell'uno o nell'altro senso. Che se noi non facessimo questa necessaria distinzione, potremmo esser trascinati al punto di dire — sulle orme del DE RUGGIERO — che persino il legislatore penale, il quale comanda: " non uccidere „, ha, in un momento anteriore, contemplata l'eventualità di permettere — Dio ne scampi — l'omicidio. Il fatto, quindi, che il fr. 7 *neghi recisamente la pigneratio* a garanzia delle stipulazioni pretorie non implica che questo dubbio si sia *praticamente* presentato al giurista, anzi lo esclude. L'argomento del DE RUGGIERO è — eliminato l'equivoco — anzichè a lui favorevole, a lui nettamente contrario. Esso ci permette di dubitare " a priori „ della classicità del quesito che leggiamo nel fr. 1. 9 (1).

D'altra parte, che una soluzione di continuità vi sia, nella compagine formale del frammento 1. 9, è indicato da ciò: che ivi è citato due volte Pomponio, ma l'indicazione del libro *ad edictum* ove egli si sarebbe occupato dell'argomento *trovasi apposta non alla prima, bensì alla seconda citazione*. Nulla di più naturale, in conseguenza, del credere — come noi crediamo — che la frase « an pignoribus - collatione » sia stata scritta a margine da un post-classico, il quale — ben diversamente da Ulpia-

(1) Nè può soddisfarci la critica del SOLAZZI, certo meno parziale di quella del DE RUGGIERO, ma pur sempre parziale: critica che si risolve nel sostituire al "reis „ nebuloso e sospetto il termine "sponsoribus „. E' appunto la presenza del "reis „ (in vece di "fideiussoribus „ o, se si vuole, "personis pro se intervenientium „) che deve indurci a pensare ad un più largo rimaneggiamento, abbracciante l'intero periodo " an pignoribus - de collatione „.

no — doveva essere dubitoso del principio che le stipulazioni pretorie vanno garantite solo con *satisdatio* (1).

3. Dobbiamo, ora, domandarci: quando doveva esser fatta la *stipulatio collationis* (2), se prima o dopo la *datio honorum pos-*

(1) Si potrebbe ancora obiettare: come mai un post-classico — volendo porsi la questione sulla ammissibilità della garanzia reale e tendendo a risolverla per l'affermativa — ha scoperto a suo sostegno l'autorità di Pomponio, e di un Pomponio ben definito, caratterizzato cioè dall'indicazione del libro *ad edictum* ove ha scritto in materia di stipulazioni pretorie? Da qual passo del libro 79 *ad edictum* ha tratto egli — se non altro — lo spunto per ammettere la *pignoratitia*? — A ciò credo di poter rispondere con un'ipotesi, che mi par molto plausibile. Postasi, in margine, la domanda "an pignoribus caveri possit, videamus", il lettore post-classico — già avendo in mente, se pur non del tutto ben definita, la risposta affermativa — ha dato una scorsa ai paragrafi seguenti del commentario ulpiano e gli è occorso di trovare, poco più in là, nel par. 11, la seguente affermazione:

Quamvis edictum praetoris de cautione loquatur, tamen etiam re posse fieri collationem Pomponius libro septuagesimo nono ad edictum scripsit. Aut enim re, inquit, aut cautione facienda collatio est.

Nella fretta e nella prevenzione ond'era pervaso può egli aver allora pensato di leggere nell'affermazione di Pomponio, che — come sappiamo (v. *retro*, cap. III, § 8) — inerisce a tutt'altro argomento, un attestato generico del principio che intendeva chiarire. E così, confondendo il modo di attuazione della collazione col modo di garanzia della promessa, può aver trasportato più su, a margine del par. 9, la citazione di Pomponio, come oggi noi la leggiamo. Nel suo equivoco il lettore post-classico deve essere stato influenzato anche da quella promiscuità di significati della parola "collatio", cui abbiamo accennato nella Intr., § 6. La collazione *si fa "cautione"* (h. t. 1. 9.), la "cautio" può *garantirsi "re"*: dunque — ha pensato egli — tanto vuol dire Pomponio, parlando di "collatio *re facta*".

(2) Tale la denominazione tecnica della *cautio emancipati*, quale risulta da D. h. t. 5. 1 (Ulp 79 ad ed).

sesionis. Era — in una parola — la prestazione della *cautio* da parte dell'emancipato una condizione per l'ottenimento della *bonorum possessio contra tabulas* o *unde liberi*, oppure, viceversa, era la *datio* di tale *possessio* una condizione perchè il *suus* potesse pretendere dall'emancipato la promessa dei suoi beni?

Lo stato delle fonti, al riguardo, è quanto mai controverso. Mentre D. h. t. 3 pr. e C. h. t. 11 — per riferirci ai testi principali — affermano con decisione la priorità della *datio bonorum possessionis* rispetto alla stipulazione del conferimento, affatto il contrario risulta da Paul Sent 5. 9. 4 e Ulp Reg 28. 4, più volte citati (1), nonchè, anche, da D. h. t. 8, che appresso incontreremo.

Meno controversa è invece — strano a dirsi (2) — la dottrina.

Gli studiosi del secolo scorso (3) — aggirando, con più o meno scaltrite interpretazioni, l'ostacolo rappresentato dai testi in contrario — han sempre e di pieno accordo sostenuto il verbo del fr. 3 pr. E, quando a tale convincimento essi han voluto dare anche una giustificazione dommatica, si son sempre riferiti al presunto carattere della *bonorum possessio edictalis*, la quale si sarebbe data, in diritto romano, senza alcuna indagine *autonoma* da parte del Pretore, ma solo in base alla richiesta dell'avente diritto (4).

In tale ordine di idee si sono inseriti la massima parte de-

(1) V. *retro*, § 2, e cap. III, § 7.

(2) Ciò dipende forse dal poco studio da essa dedicato a tutta la materia della *collatio*: v. *Intr.*, § 12.

(3) FEIN, op. cit., p. 88 sgg.; SCHMIDT, *Form. R. der Noterben*, p. 111 sg.; LEIST, *Fortsetz.* cit. (tr. it.), p. 530. Con loro son tutti i pandettisti.

(4) Su questo errato (*Intr.* § 9) concetto, cfr., ad es., le parole del REIN (*Civilproz. der Römer*, 1858, pag. 843), che ribadisce soprattutto il pregiudizio della concessione "de piano".

gli autori moderni, che hanno trattato " per incidens " la nostra materia, a culminare col LENEL (1), il quale asserve ad esso la sua ricostruzione dell' Editto pretorio (2).

Unica eccezione, a mia saputa, è il BESELER, che — dopo una " prima maniera " tradizionalista (3) — ha, da ultimo (4), mostrato di ricredersi, in base alla forza probante dei testi in contrario, ed ha sostenuto l'interpolazione di D. h. t. 3 pr. e di C. h. t. 11. Ma il suo contributo non è, per vero, troppo perspicuo nè i suoi risultati sono del tutto accettabili, principalmente perchè egli ha avuto il torto — a mio parere — di non dare peso adeguato alle ragioni, piú che testuali, *logiche e dommatiche*, che possono spingere al ripudio della teoria tradizionale (5).]

Un esame minuto del problema si impone, tanto piú che esso è, direi, il cardine di tutta la dottrina della collazione.

Per nostro conto, divideremo tale esame in una triplice fase. Imposteremo anzitutto, brevemente, la questione dal punto di vista logico e nel clima del sistema successorio onorario del diritto classico. Passeremo poi alla valutazione critica delle fonti,

(1) *Ed. perp.*, § 144.

(2) Cfr. anche ALIBRANDI, *Comm. de bon. poss.* cit., p. 79: " Denique quod universa verborum conceptio non condicionem quandam, sub qua daretur b. p. c. t., ceu quis posset ex quibusdam locis suspicari, sed praeceptum absolutum contineret, tradit aperte Iul. cit. l. 3 pr. ".

(3) *Beitr.* IV, p. 153 sgg.

(4) *ZSS*, 44, p. 495.

(5) E' questo, forse, un motivo per cui la reazione del BESELER (confermata, sempre fugacissimamente, in *Tijdschrift*, 1930, pag. 177 e in *Studi Bonfante*, II, pagg. 64 e 72) non è stata sinora seriamente valutata da alcuno, mentre il LENEL ha creduto di poterla superare nella terza edizione del suo *Ed. perp.* (pag. 345, n. 8) con brevissime considerazioni (sulle quali ci diffonderemo *infra*, nel § 10, sub *c*) e *d*).

al fine di attingere una soluzione definitiva. Controlleremo, infine (1), la bontà della soluzione stessa al banco di prova delle conseguenze pratiche che da essa derivano.

4. Da un punto di vista puramente logico, è da negare che — nel sistema del diritto classico — la concessione della *bonorum possessio* potesse essere un presupposto per la richiesta della *cautio collationis*.

Che bisogno vi poteva essere, infatti, per il *suus heres*, di farsi *promettere* dall'emancipato il conferimento dei beni da lui acquistati dopo l'emancipazione e sino al momento della morte del padre, quando l'emancipato poteva, molto più semplicemente, eseguire senz'altro il conferimento reale? Una necessità siffatta vi sarebbe stata soltanto se, ad esempio, *in quel momento* bisognasse ancora rimuovere un qualche ostacolo intermedio, di modo che la *cautio* avrebbe davvero rappresentato la cautela del *suus* avente diritto alla collazione. Ma nessun intoppo si frapponeva, dopo la *datio possessionis*, alla effettuazione della *collatio*. Non che con la *cautio* l'emancipato allontanasse da sè — tanto per dirne una — il termine per la divisione dei proprii *bona*; chè anzi il *suus heres* avrebbe potuto chiedere all'istante la spartizione *boni viri arbitrato* del patrimonio di lui, in base al principio che *quod sine die debetur, statim debetur*.

Nè, d'altra parte, è raffigurabile come ostacolo al verificarsi immediato del conferimento il fatto che questo dovesse operarsi *boni viri arbitrato* (2). Non è chi non veda la absurdità di raffigurare la *stipulatio collationis* come volta all'effettuazione dell'*arbitrium* in parola: esso (dato e non concesso che rappre-

(1) Nel capitolo seguente.

(2) Cfr. D. h. t. 5 l. V. inoltre cap. V, §§ 3 e 4.

sentasse una operazione autonoma) *ineriva* al conferimento, era *implicito* in esso, non costituiva il fine nè esclusivo nè principale della promessa dell' emancipato, ma il *modo* della sua attuazione.

Meglio sarebbe stato, dunque, in diritto classico — nonchè più consentaneo allo squisito senso di economia dei mezzi giuridici caratteristico di quel diritto — di imporre al *suus* ed all'emancipato, *data bonorum possessione*, di procedere senz' indugio alla divisione reale.

Un sistema così complicato poteva, se non giustificarsi, per lo meno spiegarsi solamente per diritto post-classico e, più ancora, giustiniano: allorchè — essendosi progressivamente avvicinati, sino a confondersi, i due sistemi, civile e pretorio, di successione a causa di morte — *l'adgnitio bonorum possessionis* era nè più nè meno, agli effetti pratici, che una *accettazione dell'eredità devoluta ex lege*. Era chiaro allora, data l' anteriorità della delazione ereditaria rispetto alla *adgnitio*, e verificandosi essa in base alla sola qualità di *liber* nel postulante (senz'alcuna valutazione arbitraria da parte del magistrato), che *non poteva la collazione avvenire se non dopo l'ottenimento della " possessio "*, perchè solo allora si sarebbe potuta chiedere al magistrato una discriminazione della qualità di *suus* da quella di emancipato, nell'ambito della medesima classe dei *liberi*. Ma in diritto classico — l'abbiam già a più riprese notato — la qualità di erede, seppur pretorio, non scaturiva punto dalla promessa dell' editto, nè la *adgnitio* era accettazione, bensì il possesso dei beni ereditarii acquistavasi soltanto in base alla *datio* del pretore. Non avendo sino a quel momento l'emancipato e il *suus* ancora assodato alcun diritto alla *possessio* dei beni del defunto, dovevasi ben dal Pretore eseguire un completa indagine al loro proposito, le cui risultanze si sarebbero evinte dal *decretum* che in ogni caso sarebbe stato emesso. Agli occhi di lui, essi apparivano, in quella

indagine, non come *liberi* in genere, ma come *emancipati* e come *sui*, anzi come quei determinati "emancipati", e quei determinati "sui". Logico era, perciò, che sin da allora il magistrato imponesse loro la stipulazione di collazione. Che se poi l'emancipato avesse voluto effettuare senz'altro il conferimento reale, tanto meglio: era ovvio che egli avrebbe avuto la *condictio indebiti*, qualora la *bonorum possessio* non fosse seguita.

Non solo. Ma fissare fra i requisiti per l'ottenimento della *bonorum possessio* quello della stipulazione di collazione sarebbe stato molto più semplice e più sicuro, che non rimettere ogni questione relativa al conferimento a dopo la *datio bonorum possessionis*. Più semplice, perchè in tal modo il Pretore sarebbe stato adito una sola volta e in quell'unica occasione avrebbe potuto valutare — contemporaneamente e correlativamente — la esistenza dei requisiti della *possessio* e dei presupposti del conferimento reale (1), onde passare, sulla base di tutti questi elementi, alla concessione contestuale della *possessio*, così come del diritto al conferimento. Più sicuro, perchè in tal modo il *suus heres* avrebbe avuto la piena certezza di essere ripagato, "iure collationis", del danno che eventualmente gli verrebbe ad inferire l'emancipato, dato che gli sarebbe stato possibile di esigere contemporaneamente la partecipazione propria ai beni dell'emancipato e la divisione dei beni ereditarij: e, nel caso di renitenza dell'emancipato a conferire, di costringervelo prima che egli riuscisse ad impadronirsi della quota ereditaria (2).

(1) Principalmente di quello dell' "incommodum", procurato al *suus* dal concorso dell'emancipato. V. *infra*, cap. VI, § 9.

(2) L'*actio ex stipulatu collationis* era infatti, pienamente autonoma di fronte al procedimento della divisione ereditaria. Ora, il mancato collegamento processuale delle due divisioni importa implicitamente che la esigenza che la *bono-*

Per causa di queste considerazioni noi tendiamo sin d' ora a credere che nel diritto classico la *stipulatio collationis* fosse un requisito per la concessione della *bonorum possessio contra tabulas e unde liberi*.

5. La nostra opinione è avvalorata esplicitamente da testi giustiniani e pregiustiniani.

Fra questi v' ha, anzitutto :

Paul Sent 5. 9. 4 : Emancipati liberi praeteriti, si velint miscere se paternae hereditati et cum his, qui in potestate remanserunt, communis patris dividere hereditatem, antequam bonorum possessionem pelant, de conferendo cavere cum satisfactione debebunt. Quod si satisfacere non possunt, statim ex fide bonorum collationem, excepto peculio castrensi, facere cogendi sunt.

Il frammento non è esente da guasti ed inserzioni post-classiche. Non è lecito, invero, attribuire alla mano di Paolo o del giurista classico la frase « si velint-hereditatem ». « Miscere se hereditati » non si dice di chi intende, con l' ausilio del Pretore, partecipare alla spartizione del patrimonio del *de cuius*, ma — è noto — si dice dell'*heres suus*, che viene a precludersi la facoltà di esercitare lo *ius abstinendi*; « *communis patris* » non è espressione limpida; più che di « dividere hereditatem » un giurista classico avrebbe, nel nostro caso, parlato di « dividere bona ». Il testo è

rum possessio fosse data all' emancipato a collazione almeno promessa sia stata assicurata, nel diritto classico, in altro modo. Lo stesso FEIN riconosce tale esigenza, quando dice (pag. 102): « l' istituto della collazione è connesso con quello della divisione ereditaria soltanto in ciò, che l' obbligato alla collazione, in quanto viene stimolato, può prendere parte alla divisione non prima che abbia conferito, almeno " cavendo " ».

evidentemente passato per le mani di uno studioso di epoca tarda, che ha voluto chiarirlo in maniera consona alla sua "forma mentis", la quale è ormai orientata verso il confondimento della *bonorum possessio* con la *hereditas* (1).

Di un'altra menda è, poi, macchiato il testo pauliano. « De conferendo » non è dello stile classico, che avrebbe richiesto « de conferendis bonis suis » (2) e svela con evidenza la fretta del copista. Può questa abbreviatura essere indizio della caduta di qualche altra parola dal passo? E' quanto vedremo più in là (3).

Ulp Reg 28.4: Emancipatis liberis ex edicto datur bonorum possessio si parati sunt cavere fratribus suis, qui in potestate manserunt, bona, quae moriente patre habuerunt, se conlaturos.

Giova, peraltro, riconoscere che l'apporto di questo frammento è — a prima vista — un po' ambiguo, per il fatto che non vi si legge un bel « si caveant », ma solo un « si parati sunt cavere », il quale potrebbe anche significare: " se son disposti a stipulare, quando abbiano ottenuta la *bonorum possessio* ».

Ma della genuinità di questa locuzione abbiamo i nostri dubbi. Già è da notare, per la forma, la scorrettezza dell'indicativo « sunt », che ha indotto l'HUSCHKE ad emendare la lezione in « sint ». Osserviamo, inoltre, da un punto di vista rigidamente sostanziale, che lo stato di *preparazione* degli emancipati a cautelare non può risultare — per essere giuridicamente rilevante — che da *un qualche atto giuridico loro a contenuto di promessa*. Ma allora è indubbio che quest'atto è giust'appunto la *stipulatio col-*

(1) V. *retro*, Introduzione, § 9.

(2) Questa è la caratteristica espressione dei giuristi classici. Cfr. D. h. t. 5 pr (su cui *retro*, cap. II, § 3).

(3) V. *infra*, § 10, sub e).

lationis: 1) perchè nè la logica nè i testi autenticano la esistenza di quell'altra, ipotetica, " promessa di promettere „; 2) perchè, ad ogni modo, ad essa sarebbe sempre condizionata la concessione della *possessio*, e la tesi della priorità della *cautio collationis* ne verrebbe pur sempre confermata.

Ulp Reg. 28. 4 è quindi, fondamentalmente, con noi. Ed è giusto, in conseguenza, il sospetto che il « parafì sunt » che vi si legge sia frutto della scaltrezza dell'epitomatore o di un lettore bizantino, il quale ha voluto nascondere — anzi sbiadire — alla meglio una affermazione in troppo stridente contrasto con lo stato del suo diritto.

Un valido e diretto ausilio alla teoria della priorità della cauzione proviene anche da un testo della compilazione giustiniana, qualora sia adeguatamente criticato.

Si tratta di

D. h. t. 8 (Pap 3 quaest): Nonnunquam praetor variantem non repellit et consilium mutantis non aspernatur. Unde quidam filium emancipatum, qui de bonis conferendis cavere fratribus noluit, audiendum postea putaverunt, si vellet oblata cautione beneficium bonorum possessionis exercere. Tametsi responderi potest videri eum possessionem repudiasse, qui formam possessionis conservare noluit: sed benignior est diversa sententia, maxime cum de bonis parentis inter fratres disputetur. Quem tamen facilius admittendum existimo, si intra tempus delatae possessionis cautionem offerat: nam post annum, quam delata esset bonorum possessio, voluntariam moram cautionis admittere difficilius est.

Il frammento è incorso, giustamente, nella critica formale del

BESLER (1), che mi limito a riferire. « Consilium mutantis » denuncia « consilium ». « Consilium - aspernatur » dice lo stesso della frase precedente e può essere solo una glossa che sia stata inserita nel testo e congiunta con « repellit » per mezzo di un « et ». La proposizione « sed benignior rell. » è oziosa, denota per forma e contenuto il post-classico e distacca il seguente « quem » dal suo punto di partenza (2). « Tempus delatae possessionis » per « annum ». « Delata esset » per « delata est ». « Moram » non torna bene e bisogna sostituirle « oblationem » (3). « Forma », del periodo « Tametsi rell. », è parola sospetta. Quanto al « responderi potest », si badi allo spesso sospetto « potest defendi » e anche al « potest dici », di cui malamente, contro il GRADENWITZ (4), il LOTHMAR asserisce la genuinità (5).

Le osservazioni del BESLER sono più che giuste ma non esauriscono — a mio credere — la critica del frammento di Papiniano. Occorre integrarle, e mi pare di poterlo fare, proponendo l'uncinamento di « facilius » e di tutto il periodo terminale « nam post annum-difficilius est ». « Facilius » è superfluo

(1) *Beitr.* I, pag. 46, II, pag. 24 e 128; *Subsiviva*, pag. 11.

(2) Aderisce a questa critica l'ALBERTARIO (*BIDR.*, 33, pag. 71), aggiungendo che « maxime cum disputetur » è altrove interpolato. Cfr. D. 38. 5. 1. 12: « maxime cum de dolo eius non disputetur » (su cui ALBERTARIO, *BIDR.*, 30, pag. 30).

(3) Ecco la motivazione: « Oblationem » fu ridotta in « onem » per elisione della prima metà e, da una seconda mano, con svolgimento pseudorestitutorio del precedente « m » di « voluntariam » e con arbitrario mutamento di « ne » in « na », è stata cambiata in « moram ». Più semplicemente, il MOMMSEN sostituisce a « moram cautionis » « cautionem ».

(4) *Interp.*, pag. 234.

(5) *ZSS*, 30, pag. 109 sg.

e contrastante con la limpidezza di giudizio che suol dimostrare il giurista classico. O Papiano crede che l'opinione dei « quidam » sia ammissibile soltanto nel caso che il figlio emancipato « intra < annum > cautionem offerat », o condanna quell'opinione; ma non è credibile che egli vi acceda *più o meno agevolmente*, a seconda che si verifichi, o no, la prestazione « intra annum » della *cautio collationis*. La stessa considerazione deve valere ad inficiare la classicità del periodo terminale del testo papiniano, da « nam » in poi: la « oblatio » volontaria della *cautio* o la si ammette o non la si ammette, « post annum ». « Difficilius » fa il paio col deprecato « facilius »: « esset », là dove il linguaggio classico avrebbe chiesto « est », corrobora la credenza dell'alterazione della l. 8. La quale può, in definitiva, restituirsi nella maniera seguente:

Nonnunquam praetor variantem non repellit. [—] Unde quidam filium emancipatum, qui de bonis conferendis cavere fratribus noluit, audiendum postea putaverunt, si vellet oblata cautione beneficium bonorum possessionis exercere [—] Quem tamen [—] admittendum existimo, si intra [—] < annum > cautionem offerat. [—]

Così scarnito, il frammento ci dice press' a poco questo: che alle volte il Pretore può non respingere il *liber* che abbia mutato parere e che venga all'ultimo momento, a cose fatte, ad impetrare anch'egli la *bonorum possessio*, ma si adatta a prestargli orecchio, purchè premetta all'esercizio del beneficio la prestazione della « *cautio collationis* ». Questa, perciò, si rivela addirittura come la « condicio sine qua non », della concessione della *possessio*, e nello stesso tempo la prestazione di essa assume, anche a *datio* avvenuta, un carattere decisivo per l'aggiunzione dell'e-

mancipato agli altri eredi pretorii, i quali abbiano fatta l'*adgnitio* in tempo debito (1).

L'intento post-classico di intorbidare le acque si riscontra invece nella proposizione « *sed benignior rell.* », la quale cerca di giustificare l'opinione dei " *quidam* „ e di Papiniano col rilievo che essa torna a pennello « *maxime cum de bonis parentis inter fratres disputetur* ». Questo rilievo sposta il nocciolo della questione. Mentre essa nel diritto classico consisteva in ciò — se, per ottenere la *bonorum possessio*, occorresse prestare la *cautio collationis* e se, quindi, il Pretore potesse (prestandosi in precedenza la *cautio*) concedere con ritardo la *possessio* —, nel diritto post-classico si risolve in un altro interrogativo — se sia equo che il magistrato imponga la stipulazione del conferimento, come pena per la ritardata richiesta della *bonorum possessio* —. E che ciò il Pretore faccia, in tanto è reputato equo, in quanto che i *bona* dell'emancipato sono di provenienza paterna: quasi che il diritto classico avesse mai posto mente a ciò, per imporre la collazione (2).

6. Ma questi argomenti testuali a sostegno della tesi della priorità della *cautio* sono stati superati, dalla dottrina antica e moderna, con leggerezza degna di peggior causa.

Già del fr. 8 nessuno ha tenuto — in antico — conto, data la piena fede che allora riponevasi nella genuinità dei testi giustiniani. Ma nemmeno la critica moderna ha adeguatamente valutata la sua forza probatoria e lo stesso BESELER, cui va il merito

(1) Ciò, perlomeno, secondo le vedute dei " *quidam* „ e dello stesso Papiniano, che non è giurista da prendersi a gabbo.

(2) Col che si aggiunge un valido indizio sostanziale a quelli formali portati dal BESELER contro la genuinità del periodo.

di averlo di molto sgrezzato delle brutture post-classiche, non ha fatto cenno ad esso, quando è tornato, come sappiamo, sui suoi passi, sostenendo l' interpolazione di D. h. t. 3 pr. e C h. t. 11.

Circa i due testi pregiustiniani, la dottrina del secolo scorso ha tentato, sotto la guida del FEIN (1), di vincerne le resistenze, per via di interpretazioni ingegnose. Paolo direbbe non più di ciò: « è cautela di fare la collazione prima di invocare la *bonorum possessio*, per non correre il pericolo di veder respinta a causa di contumacia (2) la istanza per la *bonorum possessio* ». Quanto ad Ulpiano, egli vorrebbe riferirci che il Pretore, secondo le circostanze, ingiungeva tosto la collazione a chi invocasse la *bonorum possessio*, mentre a colui che la rifiutasse con contumacia (« si paratus non sit ») negava subito anche la *datio bonorum possessionis*. — Ma sul senso delle parole dei due giuristi, così come ci è stato sviluppato dal FEIN, si potrebbe aderire, se esse non significassero troppo chiaramente altra cosa. Paul Sent 5. 9. 4 non accenna ad alcuna ragione di convenienza, di precauzione, di utilità, ma dice, col più reciso dei toni, « *debent* ». Ulpiano, ammesso che sian sue le parole « si parati sunt cavere » (3), non può riferirsi alla cosiddetta contumacia dell'emancipato, perchè questi è contumace se *non voglia* cautelare, non se obbiettivamente sia *impreparato* a prestare cauzione, potendo derivare, e derivando in effetti (se la parola si intenda in

(1) Op. cit., pag. 90 sg.

(2) La classicità del concetto di « contumacia », sarà da noi negata col capitolo seguente (§).

(3) Ma abbiamo buone ragioni per credere il contrario. V. il § precedente.

senso proprio) tale "impreparazione", da impossibilità (cosiddetta "inopia") (1) e non da mal volere.

Degli autori moderni, soltanto il LONGO (2) ha speso qualche parola per demolire la prova contraria dei due testi pregiustiniani. Da Ulp Reg 28.4 e da Paul Sent 5. 9. 4 — egli ha detto — « possiamo tutt'al più dedurne una prova dello stato sospetto in cui ci sono pervenuti questi residui di giurisprudenza classica. Paolo e Ulpiano, nei Digesti, hanno presente come caso normale che la *cautio* sia prestata posteriormente ».

Ma il concetto che il LONGO pare avere circa il valore probatorio delle fonti giuridiche ante-Giustiniano è, per vero dire, alquanto strano. Non ci sfugge che sulla perfetta genuinità delle fonti anzidette, ed in ispecie delle *Sententiae* di Paolo e delle *Regulae* di Ulpiano, c'è poco da fidare. Si tratta di compilazioni post-classiche di opere del periodo aureo, largamente manipolate sia per la forma che per la sostanza, dai compilatori visigotici — le *Sententiae* (3) —, da epitomatori del IV secolo d. C. — le *Regulae* (4) —. E' indubbio, quindi, che il pensiero giuridico della decadenza abbia largamente influito sulla compilazione di quelle opere. Ma quest'influsso s'ha da intendere nel senso, e soltanto nel senso che i chiari principii classici sono stati intor-

(1) Anche il concetto di "inopia" non è classico, come dimostreremo nel capitolo seguente.

(2) *Bon. poss. cit.*, pag. 1251, nota 4.

(3) Esse sarebbero una tarda redazione, che assunse a principali modelli gli scritti di Paolo. V. LEVY, in *ZSS*, 50, pag. 271 sgg., e LAURIA, in *Ann. Un. Macerata*, 6, 1931, pag. 33 sgg.

(4) Tarda epitome delle Istituzioni di Gaio, per l'ARANGIO RUIZ (*BIDR*, 30, 178 sgg.); epitome ulpiana per l'ALBERTARIO (*BIDR*, 32, 73 sgg.). V. anche la replica dell'ARANGIO RUIZ, in *BIDR*, 35, pag. 191 sgg. Cfr. ancora SCHULZ, *Die epitome Ulpiani des Cod. Vat. Reg. 1128*, 1926.

bidati al fine di poter valere anche per i tempi mutati. I post-classici non avevano nè la originalità di scrivere *ex novo* le loro opere giuridiche, come i classici, nè l'audacia (e la possibilità) di sovvertire radicalmente i testi classici, come i giustinianeî; il loro lavoro può rassomigliarsi a quello svolto, presso di noi, dalla Glossa. Un lavoro di commento, tanto minuto, quanto, al caso, tendenzioso. Alterazioni, dunque, ve ne sono, a josa, e nelle Sentenze di Paolo e nelle Regole di Ulpiano e noi stessi lo abbiamo largamente dimostrato nella critica ai due testi di già esaminati (1). Ma credere con ciò di potersi liberare delle asserzioni dei due lavori è assurdo. Attraverso la forma nebulosa, le manipolazioni, i glossemi di cui son pieni, *essi stan sempre ad adombrare il pensiero del diritto classico*, di fronte alle eventuali affermazioni in contrario dei testi della compilazione giustiniana. La noncuranza del LONGO per le affermazioni dei due testi pregiustinianeî é, dunque, inspiegabile.

E tanto più il LONGO erra, a non prendere sul serio (è la parola) Paul Sent 5.9.4 e Ulp Reg 28.4, in quanto che non è ch'essi stiano a testimoniare una regola affine a quella di D. h. t. 3 pr. e C. h. t. 11, *ma testimoniano un sistema radicalmente opposto* (2). Ora — già l'abbiam detto — un'alterazione testuale, per grave che sia, in tanto esiste in quanto è figlia dei suoi tempi, non in quanto sprizzi dal cervello esaltato di un manipolatore estroso e originale. Ecco perchè le attestazioni delle due fonti pregiustiniane di cui disponiamo riflettono e debbono riflettere il sistema classico.

(1) V. *retro*, § 5 e v. ancora *infra*, § 10, sub *e*).

(2) Sebbene sia visibile in essi lo sforzo di attenuare le troppo chiare allusioni ad un sistema che nel diritto post-classico cominciava a non essere più sentito.

7. Del resto — a prescindere dal fr. 8 (1) — si trova, nel titolo 37.6 dei Digesti, un testo lasciato generalmente nell'ombra, dal quale — a chi ben guardi — chiaramente risulta, ad onta dei prodigi interpolatorii altrove compiuti da Triboniano, l'ordinamento del diritto classico.

Trattasi di

D. h. t. 3. 5 (Pap 23 dig): *Emancipatus praeteritus si, dum deliberat, caverit de bonorum collatione nec bonorum possessionem petierit, agente fratre ex stipulatu [ipso iure tutus] < a praetore exceptione tuendus > (2) erit. Sed et si pecuniam contulerit, condictione eam repetit: ommissa enim bonorum possessione incipit pecunia sine causa esse apud heredem.*

L'emancipato avente diritto alla *bonorum possessio contra tabulas* non si è ancora deciso se *adgnosceret* o meno: ad ogni buon conto, egli ha fatta la *promissio* della collazione. Qualora egli non « petierit bonorum possessionem » — dice il giurista — il Pretore dovrà intervenire a proteggerlo di fronte alle pretese dell'*heres suus*. Anzi, se abbia effettuato il conferimento reale, potrà egli stesso esercitare la « *condictio indebiti* ».

Il LONGO — uno dei pochissimi, per quanto io sappia, a sentire l'intoppo del fr. 3. 5 — cerca di spiegarlo, dicendo che da esso risulta che l'emancipato *poteva* fare la collazione prima

(1) La cui attestazione può pure essere gratificata di opinione personale del « quidam », per un caso specifico ed eccezionale.

(2) L'alterazione è stata dimostrata dal BOSSOWSKI, in *Annali Palermo*, 13, pag. 366. Riferisco la motivazione: « Ex iure temporis classici stipulatio etiam causa non secuta valida erat et promissor exceptione a praetore tuendus erat (Gai IV 119) ».

della richiesta della successione pretoria (1). Ma, ciò asserendo egli mi par che cada in contraddizione con tutte le ragioni domestiche che si portano a sostegno del fr. 3 pr. . Nel sistema della *bonorum possessio* non si può ammettere che l'emancipato prometta " verbis „ il conferimento o *prima* o *dopo* la *datio* del Pretore, indifferentemente: ma la *cautio collationis* o *deve* avvenire *prima* o *deve* avvenire *dopo*, secondo che si riconosca l'una piuttosto che l'altra configurazione classica della successione pretoria. Quello che può essere indifferente, si è un altro fatto: che la *cautio* sia data *ante* o *post bonorum possessionem petitam*, fermo restando ch'essa è condizione per il concedimento della *possessio*. E il fr. 3.5 lo conferma implicitamente, parlando della interposizione della *cautio* " ante bonorum possessionem petitam „ come di una ipotesi degna di nota: ciò significa che il caso regolare é quello della *stipulatio* conchiusa " *post* bonorum possessionem petitam „, ma — beninteso — sino al momento della *datio* cioè, " *ante* datam bonorum possessionem „ (2).

Il fr. 3. 5 produce, quindi, una incrinatura ben grave nell'ordinaria teoria della posteriorità della *collatio cautione* rispetto al concedimento della successione pretoria. Ma esso non fa soltanto cadere la dottrina dominante in contraddizione con sè stessa, bensì — a chi ben lo esamini — fa balenare quello che era il vero sistema del diritto classico. La sua esistenza non si spiega, infatti, come il LONGO si sforza di far credere, in base alla eccezionalità del caso dell'emancipato che cautela prima della richiesta della *possessio*, ma in base alla singolarità del caso che l'e-

(1) Loc. cit., pag. 1251, n. 3.

(2) La sola *possibilità*, del resto, che la *cautio collationis* preceda la *datio* varrebbe a scalzare l'argomento che suol trarsi dal presunto carattere classico della *bonorum possessio edictalis*.

mancipato *possa cautelare anche se non sia ancora ben deciso se fare, oppur no l' " adgnitio "* (" *dum deliberat* „).

Singularità puramente apparente perchè nessun legame di reciproca influenza stabiliva il Pretore fra l' *adgnitio bonorum possessionis* e la *stipulatio collationis*. Queste erano in posizione di assoluta indipendenza l'una dall'altra e l'unica relazione che le unisse stava, secondo noi, nel doversi esse *incontrare*, affinché potesse avvenire la *datio*. Era naturale, perciò, che da questa situazione giuridica conseguisse la indifferenza assoluta circa i momenti subbiettivi dell' emancipato, anteriormente alla *adgnitio*. L'emancipato — data la richiesta del requisito della *cautio*, onde poter ottenere la *possessio* — poteva benissimo, ad ogni buon conto, interporla, pur senza aver deciso (e riservandosi di farlo entro il termine debito) se gli valesse effettivamente la pena di chiedere la successione pretoria. Dal momento della *petitio*, e solo da quello, egli era tenuto a rispettare la propria *promissio*, a non sottrarsi, a non eludere l'aspettativa, ormai *concreta*, dello stipulante: sino a quel momento no.

Tale il significato incontrastabile di D. h. t. 3. 5, per chi — come ci siamo sforzati di fare noi — lo esamini con obbiettività, sottraendolo alla influenza del fr. 3 pr. (1).

(1) Ci si potrebbe obbiettare: come mai, data l'importanza del fr. 3. 5 come indice segnaletico del sistema classico, Triboniano lo ha lasciato intatto nel contesto del frammento di Giuliano? — Possiamo rispondere con facilità. Non solo il dettato del frammento giuliano non era così reciso, che Triboniano sentisse la necessità di eliminarlo, ma — d'altra parte — non bisogna tralasciare che i compilatori dovevano essere, per dir così, anche un pò intimiditi della loro audacia innovativa, talchè cercarono di attutirla — almeno formalmente — con l'uso di locuzioni ambigue (come il " *sed demonstrat rell.* „), e con un flotto di giustificazioni, nel fr. 3 pr., l'una più inconsistente e vana dell'altra (v. *infra*,

8. Contro i testi sinora trascritti si pongono, principalmente D. h. t. 3 pr. e C. h. t. 11.

Anche in D. 36. 3. 5. 1 si parla della *cautio collationis*, da farci « accepta possessione »; e sulla convinzione della priorità della *datio* rispetto alla *collatio* si fonda, inoltre, la dottrina che distingue fra *contumacia* ed *inopia*, in merito alla mancata collazione. Ma di ciò, altrove (1).

Esaminiamo, per ora, le due più dirette ed aperte smentite del nostro pensiero.

D. h. t. 3 pr. (Iul 23 dig): Praetor non sub condicione collationis bonorum possessionem contra tabulas promittit, sed demonstrat quid data bonorum possessione fieri oportet. Alioquin magna captio erit emancipati, si non aliter bonorum possessionem accipere intellexeretur, nisi cavisset de collatione: nam si interim ipse decessisset, nihil heredi suo relinqueret. Item si frater eius decessisset, non admitteretur ad bonorum possessionem. Quid ergo est? Intellegendum est bonorum possessionem accipere et antequam caveat, sed si non caverit, ita observabitur, ut tota hereditas apud eum, qui in potestate fuerit, remaneat.

§ 8, sub A). In quest'ordine di cose, non pareva ripudiabile ad essi un testo dal quale si evincesse la *possibilità* anche della *collatio* anteriore alla *petitio possessionis*: ammetterlo era come tacitare i gridi della propria coscienza. Ed è perciò — a quanto ci è dato di presumere — che Triboniano accettò il § 5 di D. h. t. 3. Egli cadde (o volle cadere, o volle che si cadesse), in merito ad esso, nello stesso equivoco del Longo: nell'equivoco di credere che il testo si limitasse ad affermare la possibilità per la *cautio* di precedere la *adgnitio*, mentre ben altro risultava — implicitamente, ma logicamente — da esso.

(1) Ambedue i temi saranno discussi *infra*, nel cap. V.

C. h. t. 11 (Diocl et Max, Artemiae, a. 293): Postumo praeterito patris testamentum rumpenti atque intestato succedenti emancipatum petita bonorum possessione conferre debere bona sua perpetuo edicto cavetur, cum his etiam, qui sui futuri essent, si vivo patre nati fuissent, conferri manifeste significatur, et emancipatis, si legi datae collationi non pareatur, denegandas actiones non est ambigui iuris.

Il BESELER (1) ha criticato questi due testi esclusivamente sulla base della contraria affermazione che si contiene nei frammenti pregiustiniani dianzi esaminati (2), purgandoli di ogni per che minimo cenno alla posteriorità della *cautio collationis* rispetto alla *possessio bonorum*. Ciò facendo, egli è peraltro incorso — a mia veduta — in un peccato di esagerazione, che lo ha fatto deviare dalla meta, pur con tanto acume intuita. Il tener da parte ogni considerazione di indole generale ed il ridurre le "dramatis personae", di questa nostra questione alle due sole coppie contrapposte di testi, hanno infatti portato l'esegeta tedesco a dare un peso soverchio e ingiustificato all'«*antequam bonorum possessionem petant*» di Paul Sent 5. 9. 4 e ad impostare, di conseguenza, sulla necessaria anteriorità della *cautio* nei riguardi dell'*adgnitio possessionis* tutta la sua dimostrazione.

Ora è bene mettere in chiaro che, se i ragionamenti finora svolti ed i passi finora riportati ci inducono a negar fede alla dottrina per cui la *cautio* andava fatta «*post datam bonorum possessionem*», non è però esatto che quei ragionamenti e quei passi ci debbano portare altresì a credere che la *cautio* dovesse pre-

(1) ZSS, 44, pag. 495, già cit.

(2) V. *retro*, § 6.

cedere la stessa *adgnitio*. E' ben vero che il testo delle Sentenze di Paolo dice recisamente « debebunt », ma è altrettanto vero che una pari necessità non scaturisce dai rimanenti tre testi: che, anzi, ve n'ha qualcuno dal quale se mai risulta con altrettanta recisione, per quanto in forma implicita, la *naturalità* dell'ipotesi contraria (D. h. t. 3. 5). Si noti ancora che le considerazioni generali già esposte sono più favorevoli a questi ultimi che a quel primo frammento e che, come vedremo (1), un ben difficile scoglio ha opposto il LENEL alla concezione beseleriana.

Occorre dunque, nell'esegesi di D. h. t. 3 pr. e C. h. t. 11, non farsi dominare dalla prevenzione di Paul Sent 5. 9. 4. Necessita di esaminare se, ai lumi di una critica *obbiettiva*, sia formale che sostanziale, possano ancor reggere, e sin dove, le esegesi del BESELER.

A) — Del fr. 3 pr. il BESELER non fa salva che questa frase:
Praetor... sub condicione collationis bonorum possessionem contra tabulas promittit...

L'esegesi deve approvarsi. Ed invero da chiare note risulta il carattere interpolatorio delle restanti parole del fr. 3 pr..

Il « sed demonstrat - oportet » è, per la forma, l'unico esempio, nei Digesti, dell'uso di « dimostrare » seguito dalla interrogativa indiretta: uso ben poco perspicuo (1). Ma la frase è ancora più strana, quanto alla sostanza. Che può significare, in fondo, il « demonstrat rell. » fuorchè ciò: che il Pretore impone, la collazione sotto condizione dell'ottenuta *bonorum possessio*? E allora, perchè non dirlo esplicitamente? — Non è superficiale, dunque, l'impressione che la frase in parola sia stata usata da

(1) V. *infra*, § 10 sub e).

(1) La locuzione riappare in Coll 2. 6. 3.

Tu non può trattarsi di un'ipotesi, che è un avvenimento futuro e incerto.
Il testo di insupposito. la mia critica è superficiale. lessa in fin dei
cont. obliqua il lenel (EP³ 536) a dire una " die Bedingung der
Kollationskollation nach 24 si tibi bonorum fatis tui formis data est u.

chi, dovendo dire che la *possessio* è requisito per la collazione, non ha avuto l'audacia di asserirlo apertamente, ed è ricorso ad un giro di parole meno reciso e più anodino.

Anche l'« *alioquin magna captio – de collatione* » è un periodo poco accettabile. Vi è, per esempio, « *magna captio* », che è ridondante e esagerato, nonchè l'« *intellegeretur... accipere* », per « *intellegeretur... accipere posse* ». Ma tutta la struttura del periodo è scompagnata: « *si (emancipatus) non aliter intellegeretur bonorum possessionem accipere (posse), nisi cavisset de collatione, magna captio emancipati erit* » dinota che lo scrittore aveva la sintassi " in gran dispetto „, che cioè non era un classico.

« *Nam si interim – relinqueret* » è, per un verso, nebuloso, per l'altro, puerile. « *Interim* » è troppo ambiguo e meschino per significare, come è presumibilmente nelle intenzioni del compilatore, " fra il momento della *cautio* e quello della *datio* „. D'altra parte, quale *captio* vi può essere in ciò: che se l'emancipato venisse a morire « *interim* », non lascerebbe un bel nulla al proprio erede? L'erede non rimane a bocca asciutta perché la *cautio* deve precedere il concedimento della *possessio bonorum*, ma semplicemente perché *adgnitio* non fu fatta dall'emancipato prima di morire.

Non meno oscuro è il periodo seguente, « *item si frater eius – possessionem* ». Chi « non *admitteretur ad bonorum possessionem* »? L'emancipato? Ma allora (ecco che torna la sintassi a protestare) non sarebbe morto il " *frater eius* „ (di chi?), ma il " *frater suus* „ (di lui). E poi, che c'entra la morte del fratello con l'ammissione alla *possessio bonorum*? Forse il periodo vuol dire: che il *suus heres* non è ammesso alla *possessio*, qualora sia morto. E' troppo lapalissiano: comunque non ci ha nulla a che vedere con la " *magna captio emancipati* „. Si aggiunga il

« decessisset » (quando? : « interim » è ormai troppo lontano, « item » non ha una forza bastevole a richiamarlo).

Le ultime frasi hanno il caratteristico tono del compilatore che giustifica le sue innovazioni sotto la veste della conclusione logica. Inoltre anche qui la sciatteria tradisce il bizantino: « bonorum possessionem accipere » è senza soggetto, espresso o sottinteso; anche qui bisogna sottintendere « posse ». Si noti ancora che « quid ergo est » si trova in testi interpolati (1).

B) — Passiamo ora a C. h. t. 11. Di esso il BESELER propone la seguente lettura:

Postumo praeterito... emancipatum [petita bonorum possessione] conferre... significatur, et emancipatis < bonorum possessionem >, si legi < dandae eius > [datae collationis (2)] non pareatur, < denegandam esse > [denegandas actiones] non est ambigui iuris.

Non posso aderire a questa esegesi che, per un verso, mi pare affrettata, mentre sembrami, per l'altro, superficiale.

a) L'espunzione di "petita bonorum possessione", nella prima parte del testo, è precipitosa: mancano infatti motivi di *carattere locale* per l'uncinamento della frase. Non solo essa è, formalmente, incriticabile ma è tanto meno attaccabile, in quanto che Triboniano, se l'avesse egli stesso inserita ove si trova, avrebbe scritto « data » o « *accepta* bonorum possessione », non certo « petita »: il sistema bizantino — quale risulta dalle interpolazioni a D. h. t. 3 pr. e dalla seconda parte della costituzione in esame — era per la conclusione della *stipulatio collationis* po-

(1) Meno aspra è la esegesi del RECHNITZ, op. cit., pagg. 62, 67, 94, 97. Non crediamo però di poterlo seguire.

(2) Contrariamente al MOMMSEN, che legge "collationi", il BESELER adotta la lettura "collationis".

steriormente alla concessione della *bonorum possessio*. Giova concludere che nemmeno la contrarietà con Paul Sent. 5. 9. 4 può giustificare l'ipotesi dell'interpolazione, nella c. 11, della frase « *petita bonorum possessione* ».

b) La seconda parte della costituzione diocleziana é, invece, ben più ampiamente sospetta di quanto il BESELER non abbia creduto. Criticabile è anzitutto la costruzione del *cum* causale con l'indicativo (" *significatur . . . est* ambigui iuris „) (1); « conferre » non suona bene al suo posto, ove ci aspetteremmo piuttosto un « conferri debere », o meglio un « conferendum esse »; « *significatur* » é un impersonale parecchio vago e nebuloso, senza l'indicazione del luogo *dove* e della fonte *da cui* il principio « *his etiam rell.* » è manifestato; « non *pareatur* » è indefinito, mentre andrebbe detto « si (emancipati) . . . non *pareant* »; « *denegandas actiones* » manca di « esse »; « non *est* ambigui iuris » è locuzione bizantina.

c) Corroborano gli appunti di forma, circa la seconda metà della costituzione, anche validi appunti di sostanza. Non solamente lo « *et emancipatis rell.* » rappresenta lo sforzo di Triboniano per enunciare il sistema di collazione giustiniano, ma la frase precedente, « *cum his etiam - significatur* », è l'evidente frutto di una innovazione non classica. Nel diritto classico, come ben sappiamo (2), la collazione andava fatta dallo emancipato al " *suus* „ *nato*, e tanto e non più doveva stabilire l'editto *de collatione*: come spiegare allora che il rescritto di Diocleziano e Massiminiano accenni ad una esplicita disposi-

(1) Il " *cum* „ causale con l'indicativo, in testi del Digesto, è stato oggetto di spietata critica dello stesso BESELER in ZSS, 56, pag. 54 sgg.

(2) V. *retro*, cap. II, § 8.

zione (edittale?) circa il conferimento anche ai postumi? L'unica è credere che la dichiarazione sia di Triboniano (1).

d) Il *quaestor sacri palatii* — possiamo concludere — volle, interpolando C. h. t. 11, cogliere due piccioni ad una fava. Da una parte il rescritto si riferiva ad un *postumus praeteritus*, cui andava fatta a giudizio degli imperatori la collazione; dall'altra esso portava un « *petita bonorum possessione* » che, se Triboniano non avrebbe mai scritto, pure poteva alla sua lettura superficiale e tendenziosa presentarsi come l'equivalente di « *accepta bonorum possessione* ». Dell'uno e dell'altro accenno Triboniano volle dare una conferma, rafforzando il primo col periodo « *cum his - significatur* », completando il secondo con la frase « *et emancipatis rell.* ».

Sono quindi per l'emblema, in C. h. t. 11, di tutto il periodo « *cum his etiam rell.* ».

9. Opposizioni testuali alla nostra tesi potrebbero, forse, basarsi su D. h. t. 1. 1, h. t. 12, Coll 16. 7. 2 (2). Ma trattasi di mere apparenze.

a) Il sistema del diritto classico, qual'è da noi sostenuto, non viene demolito dal fr. 1. 1 di D. h. t., qualora di questo testo si accetti la ricostruzione da noi proposta e basata su considerazioni di indole esclusivamente formale, in tutto estranee al

(1) Questa credenza è corroborata anche dalla circospezione della frase « *cum his - significatur* ». E' vero che il principio « *manifeste significatur* », ma Triboniano — come già notiamo nel testo — non precisa *dove* e *da chi*, nè si sente di esprimere esplicitamente la *necessità* del conferimento al postumo (« *conferri . . . significatur* »).

(2) Tali obiezioni non sono state, peraltro, in concreto, mosse.

tema attuale (1). — Che anzi, come già abbiamo notato (2), è appunto la critica del paragrafo ulpiano a farci sospettare che, in diritto classico, la *stipulatio collationis* non andasse fatta dopo l'ottenimento della *bonorum possessio*

b) D. h. t. 12 (Paul 41 ad ed) (3) nega possa conferirsi al *suus heres* non ancora nato e rimanda la collazione al momento della nascita (« sed nato conferetur »). Ora — potrebbe dirsi — il frammento prova che la cauzione, dovendo « cessare », nell'intervallo fra la *datio* e la nascita del *suus*, viene prestata *in un momento successivo alla " datio bonorum possessionis »*. — Ma anche una obbiezione siffatta sarebbe poco solida, perchè fondata su un caso assolutamente *eccezionale*, relativo ad una forma specialissima di *possessio bonorum*, la « *bonorum possessio ventris nomine* » (4). Questa *possessio* era data al « *venter cum liberis* », sotto condizione cioè della nascita del concepito, ma non riusciva del pari possibile la prestazione di una *cautio (collationis)* al « *venter cum liberis* »: era giocoforza, dunque, rimandarla, in questa particolare contingenza, a un momento successivo alla venuta al mondo del *suus heres*.

c) Nemmeno può dirsi contrastare la nostra opinione

Coll 16. 7. 2: *Suis praetor solet emancipatos liberos itemque civitate donatos coniungere data bonorum pos-*

(1) V. *retro*, cap. I, § 10.

(2) V. *retro*, pag. 39, n. 1.

(3) Vedilo riportato e criticato *retro*, cap. II, § 8.

(4) Eccone la clausola, secondo l'ALIBRANDI (Comm. cit., pag. 81): « *Si mulier praegnans fuerit mortis tempore et is, qui in utero est, non sit exhaeredatus, et inter suos heredes futurus sit, ventrem cum liberis in possessionem esse iubebo* ».

sessione, ita tamen, ut, bona si qua propria habent, his qui in potestate manserunt conferant.

Il testo, naturalmente, è tutt'altro che puro. Ma, pur così come si trova, non può dirsi che osti seriamente il nostro convincimento. Il « data bonorum possessione » infatti è la causale di « solet coniungere », non il presupposto di « ut conferant » (1).

10. Raccogliamo ora le vele e formuliamo le conclusioni del lungo discorso.

a) Ragioni di indole generale e motivi di carattere esegetico ci invitano a non prestar fede all'insegnamento dei testi che parlano della prestazione della *cautio collationis* come di un " successivo " della concessione della *bonorum possessio*. Altamente ammirevole in ciò l'intuizione del BESELER.

b) Ma, contro le considerazioni logiche e testuali che invitano a credere che la *stipulatio collationis* dovesse seguire " ante *datam* bonorum possessionem ", vi è un frammento pregiustiniano, Paul Sent 5. 9. 4, il quale parla di *stipulatio* da *doversi* (« debebunt ») concludere " ante *petitam* possessionem ". In ossequio ad esso il BESELER ha segnato l'atetesi di « petita-possessione » in C. h. t. 11. Ha anche qui ragione il filologo germanico?

c) Io ritengo di no, per un triplice ordine di considerazioni: 1) che non meno probante di Paul Sent 5. 9. 4 è C. h.

(1) Anzi, potrebbe sostenersi che il frammento ci sia favorevole, in base alla seguente riflessione. Come fa il Pretore a congiungere i *sui* e gli *emancipati*? Dando la *bonorum possessio* — il giurista risponde —. Tuttavia — egli aggiunge — non dando la *bonorum possessio* nuda e cruda, ma stabilendo che essa si attui in modo che avvenga il conferimento. Il conferimento appar sempre come la condizione per concedersi la successione pretoria.

t. 11, là ove dice « *petita bonorum possessio* »; 2) che gli argomenti favorevoli alla tesi della *cautio* “ ante datam possessionem „ non possono con facilità adattarsi anche all'ipotesi besele-riana; 3) che la concezione del BESELER è fortemente intaccata dalla giusta obbiezione avanzata da ultimo dal LENEL. « Come si deve immaginare — chiede il LENEL (1) — il costringimento alla collazione, dato che anche nel momento in cui l'emancipato ottiene la *bonorum possessio*, non può ancora tenersi per certo se e chi accede alla medesima accanto a lui? ». Ora è indubbio che non poteva il Pretore imporre all'emancipato, prima che effettuasse l'*adgnitio* e prima che l'effettuassero gli altri *liberi*, di prestare la *cautio* ai *sui heredes*: 1) perchè lo avrebbe sottoposto all'aspra fatica di ricercarsi autonomamente gli stipulanti che *avrebbero potuto eventualmente* chiedere la *possessio*; 2) perchè egli stesso, il Pretore, non avrebbe potuto giudicare, al momento dell'*adgnitio* dell'emancipato, se la condizione della *stipulatio collationis* fosse stata soddisfatta in tutto e rispetto a tutti i *sui heredes*; 3) perchè, a stretto rigor di termini, gli avrebbe dovuto concedere una sia pur minima *dilazione* sul termine lasciato ai *liberi*, in generale, per effettuare la domanda, e ciò al fine di garantire *obbiettivamente* la sicurezza che l'emancipato potesse chiedere la *bonorum possessio*, avendo promesso a chi di ragione il conferimento.

d) L'obbiezione del LENEL invece non intacca — contrariamente a quanto par credere il suo formulatore — la tesi dell'anteriorità della *stipulatio collationis* alla sola *datio possessionis*. Una volta effettuata la *adgnitio* da parte dell'emancipato e dei *sui*, e una volta scaduto il termine per effettuarla, l'emancipato non

(1) *Ed. perp.*³ cit., pag. 345, n. 8.

poteva sapere ancora — è vero -- chi avrebbe acceduto alla *possessio* accanto a lui, *ma sapeva benissimo che non vi avrebbero partecipato tutti quei " liberi „, " sui „ o non " sui „, che avessero ommesso di fare la " petitio „*: bastava dunque che, degli altri, egli promettesse singolarmente il conferimento dei proprii *bona* a tutti i *sui heredes*, per poter esser certo di aver soddisfatto all'Editto. Ciò, mentre garantiva i *sui* della effettività del conferimento, non menomava lui, perchè — avverandosi la collazione reale a *datio possessionis* avvenuta — avrebbe egli dovuto conferire, allora, a quei soli stipulanti cui in effetti fosse toccata la *possessio*, e nel solo caso ch'egli stesso l'avesse ottenuta (1).

e) Ve n'è quanto basta per concludere che non può una ricostruzione del sistema classico essere esclusivamente basata su Paul Sent 5. 9. 4. Già escludemmo che questo testo possa essere stato a bella posta modificato (2) e lo confermiamo ora. Può darsi perciò o che l' « *antequam - petant* » rappresenti una opinione estremista del giurista classico (ciò mi pare tuttavia ben poco plausibile), o che, piuttosto, il testo genuino nella vicenda delle copie e delle compilazioni abbia perduto per strada qualche suo membro. Può darsi, ad esempio, che Paolo dicesse « *antequam . . . petant vel accipiant, de conferendis bonis suis cavere . . . debebunt* » e che l'amanuense o l'epitomatore che s'ebbe per le mani questo periodo pensasse d'abbreviarlo, omettendo il « *vel accipiant* » e contraendo il « *de conferendis rell.* » nel « *de conferendo* » che oggi vediamo (3). E' questa l'ipotesi

(1) V. *infra*, cap. V, § 3.

(2) V. *retro*, § 6.

(3) Già abbiamo notato che Triboniano, in generale — aggiungiamo — un post-classico, non avrebbe mai scritto di propria mano « *petita* » per « *accepta* possessione », ma che, nel contempo, a lui sarebbe stato facile di

ch'io formulo circa Paul Sent 5. 9. 4, il cui testo genuino potrebbe così ricostruirsi :

Emancipati liberi praeteriti [si velint - hereditatem,] antequam bonorum possessionem petant < vel accipiant > de conferend[o] < is bonis suis > cavere cum satisfactione debebunt. Quod si rell. (1).

11. L'evoluzione radicale avveratasi nell'ambito della dottrina della collazione del diritto classico a quello giustiniano, trova la sua riprova nelle interpolazioni a D. h. t. 1 pr. (2).

Già chiarimmo, a suo tempo, una prima direttiva delle alterazioni di questo tormentato paragrafo; direttiva che spiega l'accento alla " aequitas manifesta " nella prima proposizione di esso. Ci resta da chiarire il perchè delle rimanenti inserzioni.

Vi ha, in primo luogo, il:

... cum ... praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat [*participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum*] ...

« Admittere ad possessionem » è una frase generica, che si

intendere la prima formula col significato della seconda (v. *retro*, § 8). Possibile è perciò che il riassuntore delle *Sententiae* pauliane non abbia, nella sua fretta, pensato due volte ad eliminare lo " accipiant " da noi ipotizzato, quasi che fosse una ripetizione del " petant " che lo avrebbe preceduto.

(V. ancora D. 37. 7. 1 pr,
buchi interpolati)

(1) V. infine — a complemento e conferma di tutta la nostra dimostrazione dell' anteriorità della *cautio* alla *datio possessionis* — le considerazioni fatte, a proposito di D. h. t. 1. 11, nel cap. III, § 8; e nota ancora come si esprime Gordiano in C. h. t. 4:

Filiae dotem [in medium] ita demum conferre coguntur, si vel ab intestato succedant vel contra tabulas *petant* ...

(2) V. *retro*, cap. I, § 1.

accosta, per il suo significato, al « promittere possessionem », anzichè al « dare ». Essa non significa che questo: « ammettere alla richiesta della *possessio* ». Ma il sistema giustiniano della collazione richiedeva che la collazione si operasse posteriormente all'ottenimento della successione pretoria. Ed ecco che i compilatori, specificando il concetto dell' « admittere » con quello di « *participes facere bonorum paternorum* » — *hanno raggiunto lo scopo di far figurare la "cautio collationis" come il "consequens" dell'ammissione (nel senso di ottenimento) alla "bonorum possessio"*, invece che come la conseguenza della promessa della successione necessaria.

Ancora. Ammettere con noi che la *cautio collationis* era anteriore alla *datio possessionis*, significa rinnegare " a priori " ogni possibilità di « in medium conferre ». Prima della *datio praetoris* non vi era — è chiaro — nè un diritto dell'emancipato, nè un diritto dei *sui heredes* alla divisione dei beni ereditarii. Orbene come è possibile credere che, mediante la sua promessa, l'emancipato potesse sin da allora apportare i suoi beni ad una massa ereditaria, *cui non sapeva nemmeno se sarebbe ammesso a partecipare*? Nel diritto giustiniano — chiedendosi (cioè, ottenendosi) la *bonorum possessio* prima della *cautio collationis* — un diritto alla massa ereditaria già esisteva, al momento della *stipulatio*, nell'emancipato e nei *sui heredes*: onde potevasi rettamente parlare di « in medium conferre » (1).

Resta, da ultimo, il « qui appetant paterna », che a buon di-

(1) Il che, io credo, non lo si è fatto dai compilatori con l'intento determinato di sovvertire anche il sistema del riparto dei *bona emancipati* — chè altrimenti sarebbero stati cancellati il fr. 3. 2 e gli altri che ne parlano —, ma solo con l'intenzione momentanea e superficiale di accentuare, se possibile, le caratteristiche del mutato sistema.

ritto il SOLAZZI (1) ha giudicato superfluo. Egli ha, anzi, sfiorato la vera soluzione nel crederlo, più che un glossema, un emblema. Ma perchè a Triboniano è « parso necessario di chiarire che alla collazione il figlio emancipato è tenuto soltanto se esercita il diritto di chiedere la *bonorum possessio contra tabulas* »? Questo il SOLAZZI non ha detto — nè poteva dire, data la sua adesione di principio alla dottrina unanime, che è quella da noi avversata —. Lo diciamo noi: perchè Triboniano voleva aggiungere un nuovo apporto al mutamento pazientemente compiuto della dottrina classica della collazione.

(1) In *AGFS*, 1925, pag. 61.

CAPITOLO V.

Contenuto e regime giuridico della promessa di collazione

1. Stante la fondatezza logica ed esegetica della opinione nostra — che il diritto classico richiedeva la prestazione della *cautio collationis* " ante bonorum possessionem datam „, come condizione per il concedimento di quest'ultima — veniamo a saggiarne la pratica consistenza.

Nostro scopo sarà di esaminare il contenuto ed il regime giuridico della promessa di collazione nel diritto classico, al fine di apprestare gli ultimi e conclusivi elementi per il nostro tentativo di ricostruzione dell'editto. Ci proponiamo perciò, nelle pagine seguenti: *a)* di fare, a mo' di premessa, una rapida esposizione dell'oggetto della *stipulatio*; materia che — nei suoi termini generali, e quindi ai nostri limitati fini di ricostruzione del pensiero edittole — non presenta soverchie difficoltà (1); *b)* di

(1) Alla brevità di questo cenno ci spingono, fra l'altre, due precipue ragioni. L'una è che la materia dell' oggetto della *stipulatio collationis* è stata forse la più ampiamente toccata dalla critica moderna; l'altra è che detta materia merita uno studio a parte, a cagione dei *primi elementi*, che vi si possono riscontrare, di una evoluzione della *collatio* verso la teoria della divisione ereditaria.

risolvere il quesito fondamentale: quando e come il *suus heres* poteva costringere il promittente ad adempiere il contenuto della *cautio collationis*; c) di parlare, infine, delle conseguenze della mancata prestazione di cauzione, decidendo se il Pretore ebbe, oppur no, ad occuparsene nel contesto del suo Editto.

2. La *cautio collationis*, come ogni stipulazione pretoria, perseguiva il fine di fornire al *suus heres* una azione ben determinata per il suo contenuto. Questo era, in linea di massima, tratteggiato nello stesso Editto del Pretore, e più precisamente dall'ultimo titolo di esso, ove si parlava " *de stipulationibus praetoriis* „ (1). Dai molteplici testi che ce ne parlano, nel tit. 37.6 dei Digesti, possiamo press'a poco così ricostruirlo.

a) Oggetto principale della *cautio* sono i beni in proprietà dell'emancipato al momento della morte del *de cuius*.

Perspicue, al proposito, le parole di

Ulp Reg 28.4: ... bona, quae moriente patre habuerunt ... (2).

b) Naturalmente, i *bona* dell'emancipato — in applicazione di un principio generale (3) — " non intelleguntur nisi deducto aere alieno „ (4).

c) In forza di un'altra regola fondamentale — che " *dolus*

(1) Lo si desume dal fatto che Ulpiano ne parla nel 1. 79 *ad ed.*, e che il testo pregiustiniano di Paolo (Sent 5. 9. 4) è appunto relativo alle stipulazioni pretorie.

(2) Cfr. Anche C. 2. 39 (40). 2 e h. t. 6.

(3) Cfr. D. 50. 16. 39. 1.

(4) D. h. t. 2. 1 (Paul 41 *ad ed.*). Non è a pensare che una precisazione simile abbia potuto formare oggetto dell'editto, trattandosi di una regola consuetudinaria di derivazione giurisprudenziale. *Specificamente, la regola si spiega in relazione al fatto che l'eur. deve coprire tutti i beni acquistati, ma solo quelli che moriente patre habuit.*

est pro possessione „ — l'emancipato è tenuto anche a conferire tutto ciò di cui avesse dolosamente perduto il possesso prima della morte del *de cuius* (1). E' probabile che l'Editto — come il LENEL (2) opina — portasse perciò la clausola « *dolove malo factum est quo minus haberet* » (3).

d) L'emancipato deve, ancora, conferire i frutti e interessi tratti dai *bona* soggetti a collazione, a partire dal momento della morte del padre (4).

3. La individuazione specifica del contenuto della *stipulatio collationis* doveva avvenire *boni viri arbitrato*.

Che la clausola « *viri boni arbitrato* » facesse parte dell'editto, ci è attestato — per la *collatio emancipati* — da

D. h. t. 2.2 (Paul 41 ad ed): *De illis, quae sine culpa filii emancipati post mortem patris perierunt, quaeritur, ad cuius detrimentum ea pertinere debeant. Et plerique putant ea, quae sine dolo et culpa perierint, ad collationis onus non pertinere: et hoc ex illis verbis intellegendum*

(1) D. h. t. 1. 23 (Ulp 40 ad ed). Questo testo è portato dal DE MEDIO (*BIDR*, 18, pag. 295, n. 2) a riprova del fatto che « in tutti i casi in cui ricorre nelle fonti il « *dolo malo desiit possidere* », la equiparazione della *culpa lata* al dolo non viene mai fatta ».

(2) *Ed. cit.*, § 144. Militano a favore della teoria del LENEL la *recisione* del fr. 1. 23 e la *abitualità* della clausola nell'editto.

(3) La giurisprudenza, in seguito, volle specificare il concetto, sostenendo che non fosse sufficiente la omissione dell'acquisto, ma occorresse una vera e propria diminuzione del patrimonio dell'emancipato, volta a danneggiare il *suus* per l'avvenire, cioè a sottrargli quella parte del patrimonio stesso, la quale, per essere « in bonis emancipati », poteva fomentare una fondata aspettativa di collazione.

(4) D. 37. 7. 5. 1 (Pap 5 resp).

est quibus praetor viri boni arbitrato iubet conferri bona: vir autem bonus non sit arbitraturus conferendum id, quod nec habet nec dolo nec culpa desiit habere.

e da

D. h. t. 5.1 (Ulp 40 ad ed): ... viri boni arbitrato collationem fieri edicto praetoris insertum est.

Quanto alla *collatio dotis*, la regola ci è riferita da D. 37.7.5.1 (Pap 5 resp): ma la derivazione pretoria di essa non è, in questo testo, affermata.

Di D. h. t. 5.1 faremo l'esegesi più avanti (1), concludendo che esso ha da essere stato grandemente manipolato e, certo, contraffatto nella menzione dello *arbitrium boni viri*. Non rimane, quindi — per accertare se l'Editto portasse la clausola in questione — che saggiare la genuinità del fr. 2.2.

Anch'esso si rivela, per chiare note, interpolato.

Forma. *a)* Il primo periodo fila sconnesso e denuncia la copiatura distratta dell'amanuense: « ea », e forse anche « de illis », sono di troppo. *b)* Nel secondo periodo urta la dizione « sine dolo *et* culpa »: il linguaggio classico avrebbe, credo, preferito « sine dolo *vel* (o *aut*) culpa ». *c)* L'ultima frase, « vir autem-habere », è palesemente insiticia, come dimostrano il « sit arbitraturus » per « arbitretur », il « conferendum » privo di « esse », la mancata indicazione del soggetto di « nec habet » e « desiit habere » (2). Non solo: ma « nec habet rell. » è un costrutto sciatto, che non differenzia le due ipotesi « nec habet » e « nec dolo *aut* culpa desiit habere ».

Decisivi sono gli appunti di sostanza. *a)* Mentre il primo pe-

(1) V. *infra*, § 5.

(2) La mancanza è tanto più notevole, in quanto che non si potrebbe sottintendere se non « vir bonus »: il che è assurdo.

riodo parla di cose che « sine culpa perierunt », il secondo ragiona di cose che « sine dolo et culpa perierint » e il terzo discorre di cose che « nec dolo nec culpa desiit habere ». Contraddizione flagrante vi è, dunque, fra il caso enunciato dal quesito e le ipotesi fatte nella risposta. *b)* L'equiparazione, nella risposta, fra dolo e colpa è balorda, poichè, trattandosi di concetti negativi, l'ipotesi del perimento " sine culpa " implica (per argomentazione *a minori ad maius*) la carenza del dolo.

Ciò vale, anzitutto, a confermare il nostro sospetto che il periodo terminale sia compilatorio; vale, in secondo luogo, a farci dubitare della genuità della menzione del dolo nel secondo periodo. Se si ammette — con l'ormai schiacciante maggioranza della dottrina romanistica — la opinione del DE MEDIO (1), che almeno la generalizzazione del principio " magna culpa dolus est " sia opera dei giustinianeî, possiamo indicare la interpolazione di « dolo et », nonchè del periodo « vir autem-habere », come una riprova di esso. Niun altri, fuor di un compilatore asservito allo indirizzo generalizzatore, avrebbe potuto, nel fr. 2, commettere una giunzione stilisticamente più brutta e sostanzialmente più sciocca (2).

(1) *BIDR*, 17 e 18, pag. 260 sgg., e *St. Fadda*, II, pag. 221 sgg.

(2) Sostanzialmente conforme la critica dell'ARANGIO ROIZ (*Responsabilità contrattuale in Dir. rom.*²) pag. 223, n. I, al quale tutta la frase " quae sine dolo et culpa perierint " pare una inutile glossa e cui sembra, nel periodo terminale, interpolato soltanto " dolo nec ". Oso tuttavia, anche in relazione alla forma, preferire la mia ricostruzione. Non sul solo indizio sostanziale della menzione del dolo poggia l'uncinamento dell'ultimo periodo, ma anche sugli iadizii formali accennati nel testo e, circa il " quae - perierint ", non posso ritenere (salvo l'insiticio " dolo et ") del tutto inutile: altro è la fattispecie *reale* enunciato da Paolo — " quae - perierunt " — altro è la ipotesi *teorica* — " quae - perierint " — su cui si base l'opinione dei " plerique ".

D. h. t. 2.2 potrebbe, in conseguenza, così restituirsi:

[De illis] quae sine culpa filii emancipati post mortem patris perierunt, quaeritur, ad cuius detrimentum [ea] pertinere debeant. Et plerique putant ea, quae sine [dolo et] culpa perierint, ad collationis onus non pertinere: et hoc ex illis verbis intellegendum est, quibus praetor *viri boni arbitrato* iubet conferri bona [: vir autem bonus — habere].

Possiamo ora a buon diritto affermare che l'editto sulla collazione portava la clausola « *boni viri arbitrato* ». Quanto al senso da attribuire a queste parole — che ricompaiono anche altrove nell'Editto (1) —, io credo che uno studio approfondito sarebbe all'uopo necessario. Certo si è, a mio parere, che — a prescindere da quel che essa abbia originariamente voluto rappresentare nelle intenzioni dell'Edicente — la clausola « *viri boni arbitrato* » non va intesa, nel diritto classico, come l'imposizione di un giudizio concreto (*arbitratus, arbitrium*), da espletarsi per parte di un terzo o dello stesso emancipato al fine della determinazione dell'oggetto della collazione, ma piuttosto come l'invito al conferente di agire, nell'indicare e nel ripartire i *bona* « quae moriente patre habuit », in base a quella *obbiettività* di criterio cui si suole attenere un galantuomo, un *bonus vir*. Che infatti il Pretore esigesse, perlomeno in epoca diarchica, l'intervento di un terzo (una specie di *arbitr familiae exercundae*), comunque lo svolgimento di un vero e proprio *arbitrium* all'atto del conferimento, pare escluso dalla mancanza di ogni commento circa la modalità di questo preteso *arbitratus*.

(1) Rileva l'ALIBRANDI (Comm. cit., pag. 79, n. 1): « Valer. Probus (*de notis antiquis*, § 5) inter eas, quae sunt in edictis perpetuis, notat etiam V. B. A. (*viri boni arbitrato*) ». Cfr. infatti il VJR sotto la voce « *arbitratus* ».

Evidentemente « *virī boni arbitratu* » ha il valore, nel linguaggio dei giuristi classici, di una clausola di stile, contenente una generica esigenza che l'*emancipatus* agisca da uomo onesto nei riguardi dei *sui heredes*, cui deve fare la collazione.

Noteremo, ad ogni modo, che non può influire sul riconoscimento della genuinità della clausola « *virī boni arbitratu* », nel significato che le abbiamo riconosciuto, il credere o meno alla classicità dell'*arbitrium boni viri* del debitore nella determinazione della prestazione (1). Trattasi, nel caso nostro, non di deter-

(1) Alludo alla contrastatissima dottrina dell'ALBERTARIO (v. principalmente *Pubbl. dell'Un. Cattolica del Sacro Cuore*, 1924, *Riv. dir. comm.*, 24, pag. 15 sgg., *Pubbl. Un. Catt.* 1927: tre monografie oggi raccolte nel vol. III degli *Studi di dir. rom.*, pag. 283-363), dottrina che nega la classicità della rimessione all'*arbitrium boni viri* delle parti (e in specie del debitore) sia dell'*adempimento* che della *determinazione dell'oggetto* di un rapporto obbligatorio. — E', se mai, l'indicazione di questi casi edittali di richiamo del « *boni viri arbitratu* », che dovrebbe indurre a riflettere se sia proprio esatta la considerazione di indole generale onde è partito l'ALBERTARIO, e che mi piace di riferire: « Lasciare all'*arbitrium*, sia pure *boni viri*, del debitore il determinare l'oggetto della obbligazione sarebbe stato un atteggiamento contraddittorio e, per questo inesplicabile in quei giuristi che non esitavano a... riconoscere che l'interesse di un contraente in un negozio giuridico bilaterale era necessariamente (*naturaliter*) opposto a quello dell'altro... ». Anche i giuristi giustinianeî — si potrebbe obiettare — non esitavano a riconoscere una cosa tanto evidente e naturale, come quella che ognuno agisce nel proprio interesse, per quanto lo spirito del Cristianesimo li portasse a stabilirvi *più frequenti ed ampie deroghe* di quelle formulate dai loro predecessori classici. Si potrebbe con assoluta sicurezza parlare di sistema esclusivamente giustiniano, solo se la rimessione all'*arbitrium boni viri* del debitore apparisse come *regola* nei testi interpolati del *Corpus iuris* (anziché come un esiguo numero di eccezioni) e se fosse provata la assoluta ripugnanza del diritto classico verso ogni modo di essere dell'« *arbitratu boni viri* ». Come ciò non è, ci si dovrà — io credo — ridurre, per prendere

minare il contenuto indeterminato di un rapporto obbligatorio, ma di precisare in concreto l'oggetto, già noto nei suoi termini

posizione (tuttavia non assoluta) circa il dilemma postosi dall' ALBERTARIO, *alla sola analisi dei testi*.

E neanche l'esame dei singoli testi — non posso enunciarlo, qui, che come professione di fede — parmi che autorizzi almeno la credenza che *non vi siano elementi per poter affermare la classicità dell' "arbitrium boni viri", del debitore*. Si guardi, ad esempio, in materia di società, il dibattutissimo

D. 17. 2. 6 (Pomp 9 ad Sab): Si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit.

Di questo frammento l' ALBERTARIO (*Studi cit.*, pag. 297 sg.), malgrado la forma classica, ha con intuizione geniale segnata l'alterazione, in base al confronto testuale con D. 17. 2. 80 (Proc 5 epist): questa alterazione egli fa cominciare da "ad boni viri arbitrium", ed attribuisce senz'altro ai compilatori. Vano sarebbe contraddirlo in tutto o tentare, come il GUARNERI CITATI (*BIDR*, N.S. 1, 1934, pag. 191 sgg.), l'attribuzione della copiatura di Proculo allo stesso Pomponio (v. la facile replica dell' ALBERTARIO, *Studi cit.*, pag. 285, n. *). Tuttavia la critica dell'ALBERTARIO può ugualmente dimostrarsi, a mio parere, insufficiente a sostenere il suo assunto. Infatti: 1) l'attribuzione dell' interpolazione ai compilatori è inverosimile, perchè il brano di Proculo e quello di Pomponio appartengono a due masse differenti: è possibile ammettere che, in una seduta plenaria dei commissari giustinianeî, tutti insieme abbiano discorso dell' opportunità di introdurre l' "arbitrium boni viri", del socio, ma non è credibile che la *sottocommissione sabiniana*, manipolando in concreto un passo del commentario di Pomponio, abbia avuto il modo ed avvisata l'opportunità di alterarlo con la copiatura tendenziosa di un periodo delle epistole di Proculo, *le quali erano di dominio della sottocommissione edittole*; 2) la trascrizione delle parole di Proculo è dimostrabile soltanto per la motivazione "et conveniens rell." (v. D. 17. 2. 80), *non anche per "ad boni viri arbitrium ea res redigenda est"*: non è probante il confronto che di questa proposizione fa l'ALBERTARIO, con l' "ut ad b v. a. redigi debeat", del fr. 76 e con l' "a. b. v.

generali, (« bona, quae moriente patre *emancipatus* habuit ») della *stipulatio collationis*.

4. Quando e come il *suus heres* poteva costringere l'emancipato ad adempiere il contenuto della sua promessa?

La risposta è omai, in via generale, chiara:

a) l'*heres suus* poteva stringere l'emancipato all'adempimento soltanto dopo la *datio bonorum possessionis*;

b) tal coazione era effettuabile mediante l'esercizio di una *actio ex stipulatu*.

Invero, se — come vedemmo a suo tempo (1) — la *cautio collationis* non poteva non essere antecedente alla *datio possessionis*, è altrettanto vero che la possibilità di agire *ex stipulatu* non poteva che susseguire alla *datio* del Pretore, cioè al verificarsi della condizione sospensiva della cauzione. Soltanto *data bonorum possessione* l'emancipato poteva esser certo, a quali dei *sui heredes* cui aveva promesso il conferimento si trovasse ad essere in effetti compagno nella successione pretoria.

5. Dalle fonti giustinianee risulta, peraltro, che la *datio bonorum possessionis* era condizione preponderante, ma non esclusiva per l'esperimento dell'*actio ex stipulatu*.

D. h. t. 5. 1 (Ulp 79 ad ed): *Stipulatio autem collationis*

existimo *sequendum esse* », del fr. 78. Mi par quindi di poter più esattamente ritenere che Pomponio abbia effettivamente scritto il principio « si societatem — redigenda est », e che uno studioso post-classico abbia glossato l'arida enunciazione con le parole stesse usate da Proculo a proposito dell'« arbitrium boni viri », del terzo: gli amanuensi avrebbero provocato la fusione del testo classico con la glossa tardiva.

(1) V. *retro*, cap. IV, § 3 sgg., e, principalmente, § 10.

tunc committitur, cum interpellatus cum aliquo spatio, quo conferre potuit, non facit, maxime cum boni viri arbitrato collationem fieri edicto praetoris insertum est.

Dal frammento ulpiano, perciò, si deduce: 1) che l'editto *de collatione* portava la clausola « viri boni arbitrato »; 2) che, soprattutto in conseguenza di ciò, il *suus heres* non poteva senz'altro agire *ex stipulatu*, ma soltanto dopo aver invitato, con un' *interpellatio*, il promissore all' adempimento; 3) che all' *interpellatio* doveva seguire un « aliquod spatium », per permettere all'emancipato di effettuare il conferimento. Quando l'*aliquod spatium* fosse infine decorso, sarebbe stato possibile al *suus heres* di *vocare in ius* l'emancipato.

Ritengo tuttavia fortemente alterato il passo di Ulpiano.

La forma è criticabilissima. Basta dare uno sguardo al periodo per poterne notare tutta la sciatteria stilistica e l'imprecisione sintattica. Il MOMMSEN stesso, nella sua edizione delle Pandette, si è indotto a proporre il riordinamento nella guisa seguente :

Stipulatio autem collationis tunc committitur, cum interpellatus non facit, maxime cum aliquo spatio, quo conferre potuit, cum boni viri arbitrato collationem fieri edicto praetoris insertum est.

Non credo però che così raffazzonato il testo sia di molto preferibile. Permane la sciatteria dei molteplici « cum », permane l'uso non classico del « cum » causale con l'indicativo (1), ed inoltre, a causa dello spostamento di « maxime », l'*interpellatio* viene a *completamente* dipendere (anzi che *principalmente*) dalla

(1) In questo senso, con riferimento specifico al fr. 5. 1, v. BESELER, ZSS, 56, pag. 54.

esigenza del *boni viri arbitratus* : e questa manipolazione non solo altera ingiustificatamente il senso del testo, ma lo altera, come vedremo più in là, in maniera disforme dal pensiero classico.

Ancor meno perspicuo è il contenuto del fr. 5. 1. Il parlare, che vi si fa, di *interpellatio* porta a chiedersi se possa anche, in esso, ravvisarsi una ipotesi di *mora*. Senonchè, in questo caso gli estremi della *mora* mancano completamente, perchè non ci troviamo punto di fronte all'inadempimento colposo di un debito scaduto : il debito dell'emancipato non è affatto scaduto, per la buona ragione che né esso è soggetto a termine, nè il creditore ha ancora richiesto l'adempimento. Del resto, il non adempimento che seguisse la richiesta del *suzs heres* nemmeno indurrebbe una *mora* dell'emancipato, ma — a stretto rigore di logica — soltanto la possibilità di agire, nei suoi confronti, *ex stipulatu*. L'*interpellatio* è, quindi, nella l. 5. 1., un modo impreciso e scorretto di alludere alla *richiesta* del conferimento e ben fa il SIBER (1) a segnare l'atetesi di « *interpellatus cum* ».

Spoglio di queste parole, il brano ulpiano può dirsi che navighi per migliori acque, specialmente se si attribuisca a « non facit » il suo naturale soggetto, « emancipatus ».

Stipulatio autem collationis tunc committitur, cum
[—] < emancipatus > aliquo spatio, quo conferre potuit,
non facit . . .

E' scomparsa la illogica esigenza della *interpellatio*, ma sussiste l'accento all' *aliquod spatium*, « quo emancipatus conferre potuit ». Nel che — mi pare — non v'ha più nulla di strano, sendo che l'obbligazione dell'emancipato — soggetta com'è alla esigenza della determinazione dell'oggetto e della sua partizione

1) ZSS, 29, pag. 47 sgg.

in quote — rientra fra quelle in cui un termine è implicato dalla qualità della prestazione (1).

Ma il frammento continua :

... maxime cum boni viri arbitrato collationem fieri edicto praetoris insertum est.

Queste parole mi paiono chiaramente contraffatte. « Maxime » è un avverbio caratteristico delle giunzioni post-classiche; « cum » causale con l'indicativo è contro ogni buona regola di sintassi; « edicto praetoris insertum est » non è frase dei commentatori classici dell'Editto, i quali preferiscono la vivezza del « praetor iubet, ait, etc. » (2). E' poco probabile, inoltre, che proprio Ulpiano abbia potuto dire che « collatio fit boni viri arbitrato », quando egli è invece solito dedicare questo costrutto (« collationem fieri ») al modo di attuazione giuridica della collazione (3). « Viri boni arbitrato — avrebbe, al caso, egli detto — *filii cogitur bona sua conferre* », o — come si esprime Paolo nel fr. 2. 2 — « *bona conferuntur* ».

Da notarsi è, ancora, la *excusatio non petita* del sistema dell'*interpellatio* e dell'*aliquod spatium*. Non è di certo il *viri boni arbitratus* a chiedere un *aliquod spatium*: il termine è, come sappiamo, insito nella natura stessa dell'obbligazione dell'eman cipato. Niente di speciale vi ha che valga la pena di rendere esplicito o, peggio, di mettere in evidenza con un « maxime ».

A nostro giudizio, quando il processo di accostamento della successione civile e di quella pretoria cominciò a farsi sentire e

(1) Cfr., ad esempio, SOLAZZI, *L'est. dell'obbl.*², sez. I, cap. 6, § 3.

(2) Cfr., infatti, il fr. 2. 2 D. h. t.: « viri boni arbitrato iubet conferri bona ».

(3) Così nel fr. 1. 11: « aut enim re, inquit, aut cautione *facienda*, collatio est ».

la collazione passò ad essere non già il presupposto, ma la conseguenza della *bonorum possessio*, i nuovi giuristi non mancarono di dare tendenziosamente una grande importanza all'*aliquod spatium*. Tutta la illogicità e la farraginosità del sistema post-classico — che abbbiam cercato di raffigurare nel capitolo precedente (1) — era, se non altro, diminuita dalla esigenza di uno *spatium* intermedio fra la prestazione della *cautio* e l'esercizio dell'*actio ex stipulatu*: non si sarebbe più potuta tacciare di inutilità la *stipulatio*, se essa serviva almeno ad iniziare per l'emancipato un periodo " quo conferre posset „. Ecco la ragione per cui fu introdotta, a scopo di *formalizzare* l'*aliquod spatium*, la esigenza dell'*interpellatio*.

Ma non era sufficiente: occorreva ancora far dipendere l'*aliquod spatium* da una causa più autonoma e rilevante di quella che la giustificava nel diritto classico. Acquistò quindi la massima importanza quella clausola « *viri boni arbitrato* » che i giuristi classici probabilmente interpretavano come un semplice richiamo all'onestà dell'agire. Non tanto perchè l'oggetto deve essere precisato, ma soprattutto perchè nell'editto si richiede che la precisazione avvenga in base all'*arbitratus* di un *bonus vir* — ragionarono i post-classici o forse, in questo punto, proprio i giustiniani — l'emancipato può essere costretto a conferire solo se « *interpellatus cum aliquo spatio* » non esegui la prestazione. « *Viri boni arbitrato* » acquista (o riacquista) dunque, presumibilmente, tutto il suo valore in diritto giustiniano.

(1) V. principalmente il § 4.

6. Oggetto dell' *actio ex stipulatu collationis* è l' interesse della reale collazione non fatta: " quanti ea res erit „ (1).

D. h. t. 5. 3 (Ulp 79 ad ed): Et sive quis non conferat ex hac stipulatione sive dolo fecerit, quo minus conferat, quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnabitur.

Naturalmente, anche qui un pagamento parziale non impedisce la *vocatio*.

D. h. t. 5. 2 (Ulp 79 ad ed): Sive ergo in totum collatio facta non est sive in partem facta, locum habebit haec stipulatio.

7. Sin qui abbiamo discorso del costringimento dell' emancipato ad eseguire il conferimento, cioè ad adempiere il contenuto della sua promessa. Dobbiamo ora vedere che cosa seguisse alla mancata prestazione di cauzione da parte dell'emancipato.

Al lume della nostra teoria circa i rapporti fra la *cautio collationis* e la *bonorum possessio*, la conseguenza sarebbe — per diritto classico — chiara. Se la *stipulatio collationis* è condizione per l'ottenimento della *bonorum possessio*, il non averla prestata induce automaticamente alla non ammissione dell'emancipato alla successione pretoria.

L' attestazione più esplicita a sostegno di questo credere è quella ricavata *a contrario* da Ulp Reg 28. 4: « se gli emancipati *parati non sunt cavere* (nel senso di *non caveant*), *non datur*

(1) Senza distinguersi — come giustamente appunta il FEIN (op. cit., pag. 101) — se colui che è tenuto alla collazione si sia messo *dolose* in grado di non poter conferire, o se soltanto rifiuta *dolose* la reale collazione che si trova nell'ambito delle sue possibilità.

bonorum possessio » (1). Lo che viene implicitamente confermato da D. h. t. 8, donde risulta che se il *frater emancipatus* — inserito tardivamente, per eccezione, fra i *liberi* — « de bonis conferendis cavere noluit », egli non è ammesso ad esercitare il *beneficium bonorum possessionis* (2).

E volutamente ho riportato due testi, i quali non esprimono alla stessa maniera la situazione che studiamo (« si non caveant », « si cavere noluit »), perocchè non sarebbe conseguente il distinguere fra il *non volersi* e il *non potersi*, dall'emancipato, fare la *stipulatio*. Essendo essa una condizione obbiettiva per l'ottenimento della *possessio*, è logico che non s'abbia a tener conto — in caso di mancata cauzione — dei moventi subbiettivi di questa carenza. E' poco credibile, perciò — sin da adesso — che il Pretore si sia occupato di differenziare, come pur nei testi leggiamo, la *contumacia* dell'emancipato dalla sua *inopia*. Avanziamo sin d'ora una ragione pregiudiziale per ritenere il tutto opera dei

St. Ulpianus ~~Justinianei~~

Non è neanche, ed a maggior ragione, a sostenere che il Pretore si sia espressamente occupato di esporre in una apposita clausola quella che era una naturale e necessaria conseguenza dei rapporti reciproci fra *collatio* e *possessio*. A meno che egli non abbia voluto stabilire qualche norma supplementare, al fine di completare e specificare il sistema: ciò che appunto mi propongo di dimostrare che forse ha fatto (3).

(1) V. *retro*, cap. IV, § 5.

(2) V. nota precedente.

(3) Per questa dimostrazione — eminentemente congetturale e della quale io stesso sono tutt'altro che sicuro —, v. *infra*, §§ 18-21.

B. Contro alle considerazioni logico-domatiche fatte nel paragrafo precedente si pone il fatto che vi ha — nel nostro titolo e altrove — un certo numero di testi, dai quali le ipotesi di mancata promissione del conferimento vengono minutamente regolate, in senso che condurrebbe a conclusioni del tutto diverse.

Da essi, in generale, si ricava — ed è stato ricavato — che la conseguenza del non aver adempiuto alla ordinanza pretoria di prestare la cauzione è diversa, secondo che si verifica un inadempimento « per contumaciam » o « per inopiam ».

I. In caso di *contumacia* — qualora cioè l'emancipato non cauteli, pur potendo pienamente farlo, perchè non vuole — gli vengono denegate le azioni ereditarie a favore dei *sui heredes* (1). — L'emancipato viene giuridicamente trattato come se non fosse divenuto erede e la sua porzione si devolve ai *sui* autorizzati a pretendere la collazione, non a tutti i coeredi. Non gli è dunque concesso nè di esperire una azione ereditaria contro i terzi, nè di intentare una azione divisoria contro i coeredi (2). — Tuttavia il diritto successorio non appare perduto definitivamente per l'emancipato, chè esso si riscuote non appena egli si dichiara pronto a cautelare (3).

Ma se la collazione sia *omessa* anche rispetto ad *un* solo, viene nondimeno sottratto all'emancipato il conseguimento dell'intera quota ereditaria (4).

II. In caso di *inopia* — qualora cioè l'emancipato non possa cautelare, perchè non gli riesce di trovar garanti — spetta ai *sui*

(1) Cfr. D. h. t. 1. 10, 1. 13, 2. 8, 3 pr.

(2) Cfr. C. h. t. 16.

(3) Cfr. D. h. t. 1. 10.

(4) Cfr. D. h. t. 1. 13.

heredes il diritto di attribuirsi la porzione ereditaria dell'emancipato sotto *satisdatio* per la restituzione, nel caso che egli successivamente possa cautelare. Si fa lecito ad essi persino di impadronirsi di quelle cose che, come suol dirsi, "servando servari non possunt", al fine di alienarle immediatamente, ed evitare in conseguenza un danno (1).

Se i *sui* non possano o non vogliano fornire cauzione, subentra il sequestro della porzione dell'emancipato (2).

Orbene, in che consisteva la differenza fra le due ipotesi di mancata collazione?

La diversità principale si era che, nel caso di *contumacia*, i *sui* — come *bonae fidei possessores* — non dovevano restituire i frutti consumati, mentre, nel caso di *inopia*, i frutti erano in ogni modo riserbati all'emancipato (3).

In conclusione, risulta dai testi giustinianeî che l'unico modo per costringere l'emancipato renitente o pigro alla cauzione era quello (per dir così, *indiretto, psicologico*) di rifiutargli le azioni ereditarie. La *stipulatio collationis*, infatti, essendo una stipulazione pretoria (4), aveva appunto il compito di creare un diritto di azione dove prima non esisteva.

9. Senonchè, a parte le ragioni di massima che esponemmo iniziando la trattazione di questo argomento, ci pare di poter ri-

(1) Cfr. D. h. t. 2. 9.

(2) Cfr. D. 36. 3. 5. 1, h. t. 1. 10, 1. 13.

(3) Un'altra differenza risulta dal fr. 1. 13: se l'emancipato manca *per inopiam* di promettere la collazione a qualcuno dei *sui*, gli vien tolta soltanto quella parte della quota ereditaria che sarebbe toccata a quel *suus*, nel caso di rifiuto della collazione *per contumaciam*.

(4) V. *retro*, cap. IV. §§ 1 e 2.

levare che la stessa dottrina tradizionale, per obbedire ciecamente al dettato delle fonti giustiniane, si è impegnata in difficoltà da cui non riesce a divincolarsi con sufficiente disinvoltura.

Invero :

a) Notevole è la sconcordanza dei testi circa il caso della *inopia*. Mentre D. h. t. 1.10 e 1.13 parlano in proposito, senz'altro, di una " *depositio apud curatorem* ", D. 36.3.51 premette alla *depositio* un altro espediente: il deferimento della " *condicio cavendi* " ai *sui heredes*, perchè si impegnino a restituire « *quod ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre coeperit* » (1).

b) Notevole è l'imbarazzo dei vecchi trattatisti per cercare di dare una tinta costrittiva al sistema della *denegatio actionis*. L'inconveniente è grave: nè vale a superarlo il dire, come il FEIN (2), che l'emancipato non può partecipare alla divisione se non abbia cautelato, perchè può benissimo darsi che egli abbia di già in suo potere le cose ereditarie.

c) Notevole è, infine, lo sforzo della dottrina tradizionale di rendere in certo modo responsabile l'emancipato della mancata cauzione, ponendolo in una vera e propria situazione di *mora* (3).

E', di conseguenza, lecito il sospetto: 1) che la distinzione fra *contumacia* ed *inopia* non sia opera del Pretore; 2) che essa non sia nemmeno il frutto dell'attività giurisprudenziale classica; 3) che in diritto classico il sistema delle conseguenze della mancata collazione si adagiasse nel semplicissimo schema che abbiamo

(1) Evidentemente sforzata è l'interpretazione che tende a combinare in un unico sistema il dettato di questi passi.

(2) Op. cit., pag. 111.

(3) V. in proposito le lunghe discussioni riportate dal FEIN, op. cit., pag. 110 sgg.

ipotizzato; 4) che la distinzione dei Digesti sia dovuta a tutto il processo dell'elaborazione post-classica, che ha sfociato negli emblemi di Triboniano, ansioso di eliminare una differenza gravissima fra eredità e *bonorum possessio*, nonchè una sostanziale smentita del sistema di collazione da lui riforgiato con le interpolazioni di D. h. t. 3. pr., C. h. t. 11 ed altri frammenti.

Ciò è quanto ci ripromettiamo di dimostrare con la critica dei testi.

10. Bene è accennare, per intanto, allo stato della dottrina, per quanto riguarda la nostra questione.

A prescindere dai trattatisti e pandettisti del secolo scorso, i quali seguono naturalmente alla lettera il dettato dei testi giustinianeî (1), la situazione della dottrina, per quel che concerne la critica moderna, può riassumersi in queste poche proposizioni:

a) Il LENEL ha, in un primo momento (2), lasciata completamente da parte la questione della mancata collazione, ritenendola nel suo insieme frutto di una prassi extraeditale classica.

b) In un secondo momento (3), il LENEL ha invece dato valore alle attestazioni del fr. 5.1 di D. 36.3, ritenendo — in forma alquanto dubitativa — che, mentre in generale non era regolato il rifiuto di *cavere*, era forse previsto dall'Editto il caso che l'emancipato *non potesse* dar cauzione (4).

(1) Così FEIN (op. cit., pag. 105 sgg.). SCHMIDT (*Das form. R. der Noterb.*, pag. 119 sgg.). LEIST *Fortsetz.* cit., II, pag. 532 sgg.), WINDSCHEID (*Pand.* III, § 609)

(2) *Ed. Perp.*, I ed., § 144.

(3) *Ed. Perp.*, II ed., § 144. Così anche la III ed.

(4) Il mutamento fu rilevato dal PARTSCH, ZSS, 31, 423.

c) Il BESELER, una prima volta (1), ripudiando la classicità della distinzione fra *contumacia* e *inopia*, ha però sostenuto che certamente il Pretore ebbe ad occuparsi delle conseguenze della mancata collazione (2).

d) Ma più tardi (3), il BESELER ha ripudiato questa sua prima opinione — strettamente correlata con la teoria tradizionale circa il momento della prestazione della *cautio* — per sostenere, giusta i suoi nuovi convincimenti (4), la deficienza di qualsiasi clausola pretoria dedicata alla mancata collazione. Quest'ultima situazione doveva importare automaticamente la esclusione dalla *bonorum possessio*, in diritto classico.

e) Da molteplici lati e per molteplici ragioni ci provengono contributi alla critica dei passi attinenti alla presente questione: il che giustifica l'opinione che la distinzione delle Pandette sia opera dei compilatori giustinianeî.

11. Eccoci dunque all'esegesi delle fonti.

A) Di D. h. t. 3 pr. ci siamo già occupati, concludendo per la

(1) *Beitr.* IV, pag. 155.

(2) Ed ipotizzò che, appresso al testo leneliano dell'editto, seguisse qualcosa di simile:

Nisi ita caverint, actiones, quae ex edicto meo bonorum possessoribus dari solent, eis denegabo - eisque, qui in potestate morientis fuerint, si caverint, quod ex portionibus eorum, qui in potestate morientis non fuerint, ad se pervenerit, si ei bona propria conferre coeperint, se boni viri arbitrata restituturos esse, ab eis, qui in potestate morientis non fuerint, perinde bona hereditaria petere permittam, ac si ei bonorum possessionem non accepissent.

(3) ZSS, 44, 495.

(4) Esposti *retro*, nel cap. IV, § 3.

sua alterazione. In particolare abbiamo negata la genuinità della frase :

[Sed si non caverit, ita observabitur ut tota hereditas apud eum, qui in potestate fuerit, remaneat.] (1).

B) Anche C. h. t. 11, è stato da noi riconosciuto emblematico, là ove dice:

[emancipatis, si legi datae collationi non pareatur, denegandas actiones non est ambigui iuris] (2).

12. C) Un passo della massima importanza per la nostra questione é :

D. 36. 3. 5. 1 (Pap 28 quaest): Imperator Marcus Antoninus Iulio Balbo rescripsit eum, a quo res fideicommissae petebantur, cum appellasset, cavere vel, si caveat adversarius, ad adversarium transferri possessionem debere. Recte placuit principi post provocationem quoque fideicommissi cautionem interponi: quod enim ante sententiam, si petitionis dies moraretur, fieri debuit, amitti post victoriam dilata petitione non oportuit. Sed quare non caverat de fideicommisso qui provocaverit, si caveret adversarius, ad eum possessionem esse transferendam rescripsit, cum alia sit edicti condicio? Non enim exigitur a legatario vice mutua cautum, sed vicaria custodiae gratia possessio datur et qui optinuit in possessionem per praetorem aut praesidem inducitur. Sed praetor quidem in omnium rerum possessione, quae in causa hereditaria permanent omnimodo, fideicommissi servandi gra-

(1) V. *retro*, cap. IV, § 8 sub A).

(2) V. *retro*, cap. IV, § 8 sub B).

tia esse permittit: princeps autem earum rerum nomine, de quibus fuerat indicatum mutuas admisit cautiones: sicuti, cum de bonis suis conferendis filius accepta possessione cavere non potest, quia denegamus ei actiones, defertur condicio cavendi fratribus ex forma iurisdictionis, quod ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre coeperit, se restitutos. Sed si nec ipsi cavere possint, utiliter probatum est virum bonum ab utraque parte eligendum, apud quem ut sequestrem fructus deponantur quique utiles actiones a praetore datas exercent. Possessio autem ex rescripto supra relato non aliter ad eum, qui fideicommissum petit, transfertur, quam si caverit, tametsi maxime adversarius non per inopiam, sed per contumaciam cavere noluerit: sed si is qui vicit non possit cavere, vel res deponenda vel iurisdictio restituenda erit.

Il testo ha già sollevato forti dubbi, peraltro non precisati, nel FABRO (1). La critica li rivela, oggi, più che fondati.

Un primo attacco fu mosso dal DE RUGGIERO (2), nell'intento di sfatare la presunta classicità di un'altra deroga (3) al principio che *praetoriae satisfationes sponsores desiderant* (4). Deroga consistente nel deposito, a mo' di *sequestratio*, presso un terzo dei *frutti* (sic) delle cose che debbono dividersi fra l'emancipato conferente ed i *sui heredes*. — Tale provvedimento — ragionò egli — è disposto per il caso dell'*inopia* dell'emancipato, cioè per il caso che egli non riesca a munirsi di garanti. Ma

(1) *Rationalia*, I, p. 122 (ad D. 2. 8. 7. 2).

(2) *St. Fadda*, II, pag. 121 sgg.

(3) Oltre quella del fr. 1. 9 di D. h. t. (v. *retro*; cap. IV, § 2).

(4) V. *retro*, cap. IV, § 1.

perchè, allora, non invitarlo a compiere il conferimento " re „, come insegna il Pomponio di D. h. t. 1. 11 (1)? Nè il deposito dei soli frutti è un provvedimento adeguato agli scopi della *cautio collationis*; chè la *res emancipati* può benissimo essere non fruttifera, e comunque la cosa stessa, in sè, sarebbe sottratta ad ogni cautela. Quest'ultima considerazione indusse il MOMMSEN a correggere il « fructus deponantur » in « reffectus deponantur », in analogia con la « refecta pecunia » di D. h. t. 1. 10. Ma con ciò non si salva il testo, anzi si viene ad accomunare le sorti dei presunti « reffectus » con quelle della « refecta pecunia », le quali, come vedremo (2), sono tutt'altro che liete.

A sua volta il LENEL (3) sospettò che Papiano avesse scritto « vindiciae » in luogo di « fructus », venendo implicitamente ad ammettere la genuinità del frammento. Ma esso pare, fuor d'ogni dubbio, interpolato al DE RUGGIERO, che espunge da « sed si nec ipsi » a « exerceat » e da « sed si is qui vicit » alla fine (4).

Queste conclusioni sono avversate dall'ARANGIO RUIZ (5), il quale fa, da un lato, una critica più mite della frase « sed si nec

(1) E, aggiungiamo noi, come risulta da Paul Sent 5. 9. 4, i. f.

(2) *Infra*, § 13, sub D).

(3) *Palingenesia iuris civilis*, I, pag. 873, n. 1.

(4) Il DE RUGGIERO ha confermato l'interpolazione in *St. ec. giur. R. Un. Cagliari*, I, pag. 136. — La espunzione di " vel res - erit „ è confermata dal GUARNERI CITATI, in *Ann. Palermo*, 11, pag. 241, n. 1, che lo addita come un esempio di quelle alternative che sono caratteristicamente interpolatorie.

(5) AGFS, 76, pag. 489 sgg.: « *Studi sulla dottr. rom. del sequestro: I. Seq. volontario e seq. giudiziale* ». Noto con disappunto che le critiche dell'ARANGIO RUIZ sono sfuggite al compilatore dell'*Index interpolationum*.

ipsi - exercent » (1) e ritiene, dall'altro del tutto genuino l'ultimo periodo (2).

Molto più completa è la critica del BESELER (3), fondata su considerazioni prevalentemente formali, che veniamo a riassumere succintamente. « Si caveat adversarium „ di F^a e « si caveat ad eum » di F^b sta per « si caveret adversarius, ad eum » (4). « Petitionis », « petitione » sta per « restitutionis », « restitutione » (5). « Amitti » per « omitti ». La domanda è come tale e perchè tale sospetta, perchè non trova risposta. « Non caverat - provocaverit » è ricavato da una glossa secondaria, « quare non caverat - provocaverit », la quale, senza la intestazione, è inserita dopo « quare » nel testo primitivo (6). « Vicaria possessio ». « Fideicommissi servandi gratia » (7). « Quia denegamus ei actiones » non garba logicamente al suo posto. « Denegamus ».

Viene, in conseguenza, proposta, dal BESELER, in luogo di

(1) Ne parleremo *infra*, nel § 20.

(2) Pag. 490. n. 1. In quel periodo è, per lui, espressamente sostituito al principio « *melior est causa possidentis* », una regola nuova, per cui la *cautio* viene ad essere sostituita con la *depositio*. Per tal modo, e solo per tal modo, si può scorgere la ragione per cui sono messi a confronto due casi così diversi come quelli della *collatio* e della *provocatio*.

(3) *Beitr.* IV, pag. 153 sg.

(4) Sostanzialmente identico alla restituzione del MOMMSEN: « si caveat adversarius, ad adversarium ».

(5) La nota fu, per primo, fatta dal BRINZ (*Zeitschrift der Rechtsgeschichte*, 17, p. 175) il quale osservò, criticando il LENEL, che la *cautio* di D. 36. 3. 5. 1 non è una « *cautio collationis* », ma una « *cautio restitutionis* ». Il LENEL (*Ed. Perp.*², § 144, p. 334, n. 4) si difese, affermando di non aver mai sostenuto il contrario.

(6) Già il CUIACIO aveva notato la mancanza di un « cum », davanti a « non caverat ».

« cavere non potest, quia denegamus ei actiones », la restituzione « non cavet » (1).

Parimenti da espungere sono le parole « ex forma iurisdictionis » ed il periodo « sed si nec ipsi — exercent ». Quanto al finale del passo, a partire da « tametsi maxime », il BESELER, che lo aveva già una volta sospettato (2), ne dimostrò più tardi (3) il rimaneggiamento con queste note. « Tametsi maxime » sta per « quamvis »; « per inopiam cavere noluerit » è assurdità; « is qui vicit » per « is qui fideicommissum petit » è una "grundlose Bezeichnungsänderung"; « iurisdiction restituenta est » non si sa bene che possa significare. Vorrei aggiungere, per parte mia, la stranezza dell'uso di « res » al singolare, là dove si tratta di un patrimonio o almeno di più cose.

A questi indizii il VOLTERRA (4) ne ha aggiunti di altri:

(1) Una questione, di cui il BESELER non pare accorgersi, sorge circa la posizione della virgola, se prima o dopo "omnimodo". Il BESELER la pone senz'altro prima: il che gli facilita l'espulsione di "fideicommissi servandi gratia". Invero, il dire che il Pretore "in omnium rerum possessione, quae in causa hereditaria permanent, *omnimodo* (in ogni caso) *fideicommissi servandi gratia* (nel caso limitato della conservazione del fedecommissato) esse permittit", è strampalato, perchè contraddittorio in termini. Ma il dire che il Pretore permette, "fideicommissi servandi gratia", di stare nel possesso dei beni "quae in causa hereditaria permanent *omnimodo* (per una qualsivoglia ragione)", non è più contraddittorio. Senonchè, la prima lezione è pur sempre richiesta: a) dal fatto che la contraddizione, seppure non più dal periodo, si evince dal contesto del passo, qualora si conservi "fideicommissi servandi gratia"; e ciò perchè l'esempio che in seguito si cita della disposizione pretoria è estraneo ai fedecommissi; b) dal fatto che è stilisticamente brutta la posizione di "omnimodo" dopo "permanent".

(2) *Beitr.* II, pag. 24.

(3) *Beitr.* IV, pag. 153 sgg.

(4) *BIDR.* 38, pag. 131 sg.

« inopia », già segnalato dal LEVY (1); « per » in luogo di « propter »; « adversarius », termine spesso usato dai compilatori (2). Egli, in compenso, limita l' interpolazione alla frase « tametsi - noluerit », salvando l'ultimo periodo (3).

Quando, infine, nella fugace palinodia, di cui abbiamo altra volta detto (4), il BESELER ebbe a disertare le fila dell'opinione tradizionale, relativa alla priorità della *datio possessionis* rispetto alla *cautio collationis*, altri uncini egli aggiunse a D. 36. 3. 5. 1. Propose cioè di cancellare « accepta possessione », che invece prima (5) gli aveva ispirata la integrazione con « bonorum », ed

(1) ZSS, 37, pag. 35, n. 1.

(2) Cfr. GUARNERI CITATI, in *Ann. Palermo*, 9, pag. 136, n. 3.

(3) Ma, a parte le pecche formali messe in luce dal BESELER, le ragioni sostanziali del DE RUGGIERO sembrano decisive per condannare il periodo, ad onta dell'argomento in contrario avanzato dall'ARANGIO RUIZ (v. retro pag. 160, n. 2) e ad onta della presente opposizione del VOLTERRA. Al primo va opposto che la « depositio » non costituisce una regola nuova di fronte a quella « melior est condicio possidentis », ma costituisce una patente infrazione del principio di D. 46. 5. 7: che è ben diverso. Al secondo va obiettato che non vale il dire, a riprova dell'interpolazione di « tametsi - noluerit », che « subito dopo la frase sospetta il testo prende a parlare precisamente del caso in cui colui che ha vinto (quindi l'avversario dell'appellante) non voglia prestare la *cautio*, e ne tratta come se la frase precedente avesse esclusivamente parlato dell'appellante » (onde la conclusione che tal frase precedente sia quella « possessio autem - caverit »). L'argomento sarebbe arguto, se il VOLTERRA non avesse dimenticato che, per diritto classico, non solamente non v'è ragione — come egli giustamente rileva — di conferire importanza alla *inopia* piuttosto che alla *contumacia* dell'obbligato (dato che la *cautio* — per usare il suo modo di dire — « può sempre prestarsi mediante stipulazione »), ma non vi è addirittura ragione di parlare di deposito presso un terzo o un magistrato (dato che le *stipulationes cautionales* « sponsores desiderant »).

(4) ZSS, 44, pag. 495. V. retro, pag. 11.

(5) Cioè in *Beitr.* IV, pag. 153

indicò un motivo sostanziato per ritenere emblematico il « *denegamus actiones* ».

Sebbene non mi paia — come dimostrerò più oltre (1) — di poter aderire completamente a tutti questi spunti critici, mi limiterò, per ora, a ricostruire, sulla base dei contributi riportati, il frammento di Papiniano.

Imperator Marcus Antoninus Iulio Balbo rescripsit eum, a quo res fideicommissae petebantur, cum appellasset, cavere vel, si [caveat] < caveret > [adversarius, ad adversarium] < petitor, ad eum > (2) transferri possessionem debere. [Recte placuit principi post provocationem quoque fideicommissi (3) cautionem interponi: quod enim — oportuit. Sed quare (4) — inducitur. Sed] Praetor quidem in omnium rerum possessione, quae in causa hereditaria permanent <, > omnimodo [, fideicommissi servandi gratia] esse permittit: princeps autem earum rerum nomine, de quibus fuerat indicatum, mutuas admisit cautiones: sicuti, cum de bonis conferendis filius [accepta possessione cavere] non < cavet > [potest, quia denegamus ei actiones],

(1) *Infra*, § 18.

(2) La restituzione tende ad eliminare la parola sospetta « *adversarius* ». Essa non è cervellotica, se si pensa che, come abbiamo avvertito, la lezione del frammento è, a questo punto, guasta.

(3) L'ARANGIO RUIZ (loc. cit., pag. 489) non sospetta quest'esteso glossema e si limita a dubitare della genuinità di « *fideicommissi* », ed a proporre, più oltre, col CUIACIO, l'inserzione di un « *cum* », causale dopo « *quare* ».

(4) « *Vice mutua* », che in questa glossa si legge, è una espressione favorita non di Papiniano, ma di un commentatore post-classico e pregiustiniano degli scritti di Papiniano. In questo senso COSTA, *Pap.*, I, p. 300, KUEBLER, *Deutsch. Literaturz.*, 1930, pag. 1289, BESELER, *Tijdschrift*, 1930, pag. 177 e ZSS, 51, pag. 62.

defertur condicio cavendi fratribus [ex forma iurisdictionis (1)], quod ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre coeperit, se restitutos. [Sed si nec ipsi — exercent]. Possessio autem ex rescripto supra relato non aliter ad eum, qui fideicommissum petit, transfertur, quam si caverit [, tametsi maxime rell.].

Un erede è stato citato *in ius* dal fedecommissario per sentirsi ordinare la restituzione del fedecommissario. Ma, condannato in prima istanza, egli interpone appello avanti all'imperatore. Invitato dal petitore a prestar cauzione di restituzione del fedecommissario in caso di soccombenza nel giudizio di secondo grado, egli ricorre al principe, adducendo che, se avanti al Pretore non gli fu pretesa la *cautio fideicommissorum servandorum causa*, essa non gli può essere richiesta nemmeno ora. Ma l'imperatore, a differenza del Pretore (il quale permette che in ogni caso — anche non prestando la *cautio fideicommissorum servandorum gratia* — si rimanga nel possesso delle " res hereditariae „) ammette, nel caso di *appellatio*, un sistema di " mutuae cautiones „: egli cioè, nel caso che non cauteli l'*heres scriptus*, lascia passare il possesso delle cose fedecommesse al petitore, purchè a sua volta ne garantisca la restituzione in caso di soccombenza nel giudizio di appello (2).

(1) Il FALLETTI (*Melanges Fournier*, pag. 219 sgg.) ha fatto di recente uno studio completo " sur l'emploi du terme *forma* dans les textes juridiques „, concludendo che l'uso generalizzato di esso non si è iniziato prima del II e III secolo d. C.

(2) L'ARANGIO RUIZ (loc. cit., pag. 490) ritiene le " mutuae cautiones „ non un caso particolare, ma una generale garanzia per la *appellatio*. Ciò contro la dottrina tradizionale (es.: MÜLLER, *Sequestration und Arrest in röm. Recht*, pag. 176 sgg.).

Così — dice a titolo di chiarimento Papiniano — avviene che nel caso che l'emancipato non cautei « de conferendis bonis suis », il Pretore deferisce ai *sui heredes* la *condicio* di promettere la restituzione dei beni ereditarii all'emancipato competenti, qualora egli effettui la collazione (1).

(1) Dal che deriva — se non vado errato — che sbaglia l'ARANGIO RUIZ, quando afferma (loc. cit., pag. 490, n. 1) che l'imperatore distingue nettamente la *satisfactio* che riconosceva già l'Editto pretorio dalle *mutuae cautiones* ammesse in caso di appello. Non credo che possa sostenersi la esistenza di una loro *diversità strutturale e funzionale*, ma mi pare che Marco Aurelio discorra di due *applicazioni del medesimo istituto a situazioni diverse*. Dicendo che nel giudizio di appello l'obbligo di garantire la restituzione del fedecommesso non si esaurisce con la renitezza o impossibilità dell'erede, l'imperatore non ha voluto forgiare un nuovo tipo di cauzione, ma ha segnalata una anomalia di situazioni: da una parte, il giudizio di primo grado, fondamentalmente ancorato all'*ordo iudiciorum privatorum*, (cfr. Gai Inst 2. 278) dall'altra la *provocatio*, più libera ed elastica perchè « *extra ordinem* ». Tanto è vero, che il sistema straordinario ammesso per l'appello è stato da Marco Aurelio riportato — per analogia — alla situazione verificantesi nel caso di mancata cauzione « *de bonis conferendis* », da parte dell'emancipato. — Il paragone coi casi di *stipulationes collationum* svela anche — a mio credere — quale sia l'equivoco, in cui è caduto l'ARANGIO RUIZ per indursi a sostenere quanto sostiene. Altrove (loc. cit., pag. 477 sg.) egli interpreta il nostro frammento così: « Papiniano, trattando della *cautio* che un rescritto di Marco Aurelio ha ritenuta applicabile ad un caso di *appellatio*, la confronta con le *cautiones da prestarsi nella lite* (?) *fra " emancipati " e " sui " in caso di collazione* ». L'ARANGIO RUIZ dunque crede che le *cautiones* riflettano la medesima situazione (lite), e che di esse si faccia un *confronto*, che sarebbe l'osservazione comparata di termini eterogenei. Al contrario, noi sappiamo benissimo che la *cautio* di Marco Aurelio e la *cautio collationis* non rappresentano affatto la medesima situazione: l'una ha vita processuale, l'altra ha vita extra-processuale. Onde, se l'imperatore richiama quest'ultima parlando di quella, lo fa, evidentemente, perchè esse — pur riguardando applicazioni pratiche diverse — hanno un'in-

13. D) D. h. t. 1. 10 (Ulp 40 ad ed): Si frater cavere non possit, curator portionis eius constituitur, apud quem refecta pecunia collocetur, ut tunc demum recipiat quod redactum est, cum bona propria contulerit. Quod si per contumaciam actiones denegatae sint, oblata postea cautione recipit pristinum ius.

Il DE RUGGIERO (1) non pone in dubbio la genuinità della prima parte del passo, mentre non si occupa della seconda. Egli anzi accetta pienamente la figura del *curator*, come una "innovazione introdotta dalla giurisprudenza".

Il BESELER (2), invece, espunge tutto il frammento con fortissimi argomenti formali: « apud - collocetur » (ma chi converte in danaro?); « recipiat » pare riferirsi al curatore, anziché all'emancipato; « per contumaciam »; « per contumaciam - sint », invece di " propter contumaciam in ea causa fuerit, ut actiones ei denegari deberent " (3).

Al BESELER non aderisce in tutto il VOLTERRA, il quale ritiene interpolate soltanto le frasi « apud - collocetur » e « quod si per contumaciam rell. » (4).

Non sono alieno dall'aderire, in linea di massima, a questa ultima ipotesi. Non vedo, infatti, alcuna ragione formale e so-

tima omogeneità strutturale e funzionale. — Contrariamente all'ARANCIO RUIZ io concluderei, dunque, affermando che le *mutuae cautiones* di Marco Aurelio, sono null'altro che comuni *satisfactiones* pretorie, applicate ad una situazione straordinaria (procedimento dell'appellazione).

(1) Loc. cit., pag. 123 sg.

(2) *Beitr.* IV, pag. 154.

(3) Il GUARNERI CITATI, in *Ann. Palermo*, 11, pag. 220, n. 1, annovera anche il fr. 1. 10 fra questi passi interpolati, in cui " offerre " assume il significato di " dare, prestare ".

(4) *BIDR*, 38, pag. 123.

stanziale che inquinì la purezza del testo: lo stesso « recipiat » si riconnette logicamente al « frater », una volta cassata la noiosa frase intermedia (1).

Ecco, dunque, come potrebbe restituirsi, grosso modo, il frammento ulpiano:

Si frater [cavere] non [possit] < caveat >, curator portionis eius constituitur [, apud - collocetur], ut tunc demum recipiat quod redactum est, cum bona propria contulerit. [—]

La restituzione « non caveat » pare al VOLTERRA doverosa, dopo l'eliminazione del contrasto « quod si per contumaciam rell. ». Più in là (2) dimostreremo il perchè non ci pare di potervi aderire.

14. E) D. h. t. 1. 13 (Ulp. 40 ad ed): Si, cum duobus conferre deberet, alteri contulerit, alteri non, vel cum cavet vel cum dividit, videndum est, utrum sextantis tantum ei auferatur emolumentum, an vero trientis totius detrahi debeat. Et puto, si quidem per contumaciam non caveat, totius trientis ei denegandas actiones (nec enim videtur cavisse qui non omnibus cavet): quod si per inopiam, sextantis tantum denegandas, sic tamen, ut possit supplere cautionem vel collatione vel ceteris modis quibus supra diximus, aut curator constituatur rem ei salvam facturum: haberi enim debet ratio eius, qui non per contumaciam collationem non implet.

(1) In tal credere mi rafforza il fatto che neanche il DE RUGGIERO ha saputo sollevare alcuna obbiezione di indole sostanziale.

(2) V. *infra*, § 19.

Di questo paragrafo il BESELER ritiene interpolate le frasi «vel cum - dividit», «detrahi debeat», «si quidem - caveat», «quod si - implet» (1), ed inoltre «denegandas ei actiones» (2): «cum cavet» e «cum dividit» traducono participii presenti greci, «detrahi debeat» è pleonastico; la distinzione fra *contumacia* ed *inopia* non è punto autorizzata dall'argomento «nec enim videtur cavisse, qui non omnibus cavit»; «supplere cautionem» non è classico (3); «quibus - diximus» per «quae - diximus» è un grecismo; «ratio habetur alicuius» vuol dire «sarà fatta indulgenza ad alcuno»; «collationem non implet» sta per «non confert». — Dell'espunzione di «ei denegandas actiones» il BESELER non ci dice le ragioni, ma esse possono facilmente intuirsi. La frase — a stretto rigore — è superflua. Essa inoltre, per la forma, è priva di «esse» e, per la sostanza, arieggia a quel sistema della *denegatio* delle azioni ereditarie, che — come dicemmo (4) — contrasta con la priorità incontestabile della *cautio* rispetto alla *datio bonorum possessionis*.

Ai rilievi surriferiti il VOLTERRA (5) aggiunge anche la non bella costruzione «qui *non* per contumaciam collationem *non* implet», e, in una col DE RUGGIERO (6), il «ceteris modis», espressione di indubbio carattere giustiniano.

(1) *Beitr.* IV, pag. 154.

(2) *Beitr.* V, pag. 62.

(3) Una completa dimostrazione della non genuinità dell'uso di «supplere», è stata di recente fatta dal GUARNERI CITATI, in *Studia et documenta historiae et iuris*, I, pag. 153 sgg. V., in particolare, pag. 160.

(4) *V. retro*, § 6.

(5) *BIDR.*, 38, pag. 128 sg.

(6) *St. Fadda*, II, pag. 125. Ma il VOLTERRA non mostra di conoscere il precedente studio del DE RUGGIERO.

L'argomento più forte contro la genuinità della contrapposizione fra *contumacia* ed *inopia* sta nella frase « nec enim - cavit », che sostiene con esplicita unilateralità la decisione « et puto totius trientis rell. ». — Il caso è questo. L'emancipato è chiamato alla *bonorum possessio* insieme con due *sui heredes*, a quote eguali. In omaggio alla regola di D. h. t. 1 24 (1), egli conferisce a ciascuno di essi $\frac{1}{8}$ dei suoi beni. Ora, se egli cauteli all'uno e non all'altro, potrà per lo meno ricevere — in cambio della mezza collazione fatta — un mezzo *emolumentum* della *possessio*, cioè $\frac{1}{8}$ dell'eredità? No, perchè occorre, comunque, che egli abbia cautelato, per essergli attribuita la quota ereditaria. Invero oggetto della *stipulatio collationis* non è una frazione dei beni dell'emancipato, ma sono tutti quei beni (2): salvo che la pluralità degli stipulanti, cioè delle cauzioni, deve di necessità indurre ad una ripartizione in quote dei beni medesimi (3).

Il testo genuino di Ulpiano doveva dunque, in base a queste critiche, suonare all'incirca così (4):

Si, cum duobus conferre deberet, alteri contulerit, alteri non, [vel cum - dividit] videndum est utrum sextantis tantum ei auferatur emolumentum, an vero trientis totius [detrahi debeat]. Et puto totius trientis [ei denegandas actio-

(1) V. *retro*, cap. III, § 4, sub a).

(2) V. *retro*, § 2.

(3) Abbiamo già rilevata altrove (pag. 87 n. 3) l'errore di interpretazione commesso in merito a questo frammento dal VOLTERRA.

(4) Esaminando la seconda parte del fr. 1. 13, da " quod si „ alla fine, il DE RUGGIERO non riteneva tutta la frase interpolata, ma espungeva soltanto " vel... vel ceteris modis, quibus supra diximus „. Si avrebbe con ciò una riprova della classicità della figura del *curator*, ma è duopo, sebbene a malincuore, di rinunciarvi: troppo aggiustate sono le critiche del BESELER.

nes]: nec enim videtur cavisse, qui non omnibus cavit. [Quod si per inopiam rell.]

15. F) — D. h. t. 2. 8 (Paul 41 ad ed): Si duo emancipati bonorum possessionem petierint et unus contulerit, alter non contulerit, huius portio tantum ei qui in potestate est prodesse debet, non etiam emancipato, quoniam eius causa qui in potestate est denegantur ei actiones.

Il testo è delicato: ed è forse perciò che non è stato attaccato ancora da alcuno.

Vi sono tuttavia in esso indizi formali di alterazione. Due volte vi si accenna a chi «in potestate est», in luogo di «fuit». Inoltre «eius causa» è di dubbia classicità, costituendo — a rigore — un complemento di fine, e non di causa (1). Possiamo ben dire che, da «huius portio» in fondo, un compilatore ha ritenuto di dover trascrivere il testo con qualche modificazione. Ma in che sarà essa consistita?

Ci aiuta a rispondere il dettato delle prime righe. Due emancipati — vi si legge — *hanno chiesto la bonorum possessio*, ma l'uno *ha cautelato*, l'altro *non ha cautelato*. Il fatto che, per alludere alla prestazione della cauzione si adoperi il tempo passato — come per alludere alla *petitio possessionis* —, ci conferma — se pur ve n'è bisogno — la non posteriorità della *cautio* rispetto alla *dutio*, ci conferma cioè che il giurista classico doveva far derivare le sue conseguenze appunto da questa non posteriorità. Ora, quali potevano essere queste conseguenze? Evidentemente che la

(1) Il complemento di causa, trattandosi di una persona, avrebbe dovuto rettamente suonare «propter eum».

porzione ereditaria, che sarebbe spettata all'emancipato renitente a conferire, non gli veniva neanche nominalmente attribuita (*denegatio possessionis*) e che perciò essa — essendo rimasta a far parte della massa ereditaria — doveva essere divisa fra tutti quelli che ottenessero la *bonorum possessio*: *non solo i " sui heredes "*, quindi, *ma anche l'emancipato che ha conferito, vi hanno diritto.*

Per il compilatore giustiniano, che aveva da adattare i testi ad una diversa situazione (1), mutata la ipotesi, doveva mutare anche la tesi.

E questa, logicamente, era che la porzione ereditaria già attribuita all'emancipato, avverandosi la renitenza di costui, *doveva profittare ai soli " sui heredes "*, e non anche all'altro emancipato, poichè il fatto della *datio bonorum possessionis* e la regolarizzazione dei rapporti successorii rispetto a lui era di già avvenuta. Se, poi, formalmente l'enunciato dell'ipotesi non è stato alterato (2), gli è perchè il giurista giustiniano, poco incline ormai a guastare le sottigliezze dello stile, ha pensato che, più o meno, esso potesse benissimo servire alla mutata sostanza, specie coi cambiamenti apportati all'enunciazione della tesi.

Secondo me, il testo genuino di Paolo dovette, pressocchè, dire :

Si duo emancipati bonorum possessionem petierint,
et unus contulerit, alter non contulerit, huius portio [tan-
tum] < non solum > ei qui in potestate [est] < fuit >

(1) Cioè, posteriorità della *cautio* rispetto alla *datio bonorum possessionis*.

(2) Se, cioè, i due " contulerit ", non sono stati modificati in " conferat ", come — data la ipotesi giustiniana — la " consecutio temporum ", del buon latino avrebbe preferito.

prodesse debet, [non] < sed > etiam emancipato [quoniam rell.] (1).

16. G) -- D. h. t. 2. 9 (Paul 41 ad ed): Si per inopiam emancipatus cavere non possit, non statim ab eo transferenda est possessio, sed sustinendum, donec possit invenire fideiussores, ut tamen de his, quae mora deteriora futura sunt, his qui in potestate sunt actio detur ipsique caveant in medium collaturos, si cautum eis fuerit.

Il DE RUGGIERO (2) non dubita della classicità del frammento e, coerentemente, si preoccupa di sostituire « sponsores » a « fideiussores » (3).

(1) Giova qui ricordare

C. h. t. 16 (Diocl et Max, Socrati, a. 294): Filiam cum fratribus suis heredibus intestato patri succedentem ultra relictum codicillis non conferentem dotem iudicio familiae eriscundae nihil posse consequi summa cum ratione placuit.

Si può dedurre da questo passo (relativo alla *collatio dotis*, ma agevolmente estensibile alla *collatio bonorum*), che la porzione dell'emancipato deve andare al *suus* e non a tutti gli eredi? Sì: per chi sia prevenuto dalla teoria della posteriorità della *stipulatio collationis* alla *datio bonorum possessionis*. Altrimenti il testo non dice che questo. Che la *filiafamilias* (e per analogia l'emancipato), la quale non conferisca, non può valersi affatto dell'*actio familiae eriscundae*.

Il che è, di certo, ancipite, non favorendo nè la nostra né la opposta opinione (a noi occorrerebbe, difatti, la dichiarazione che la *filiafamilias* non ottiene addirittura la *possessio bonorum*, ed in conseguenza non può esercitare le azioni ereditarie " *ficta se herede* „), ma non contrasta affatto la dimostrazione che veniamo facendo, nè la ricostruzione proposta per D. h. t. 2. 8.

(2) Loc. cit., pag. 124.

(3) Comunque io credo che egli prenda un abbaglio nell'affermare che « evidentemente qui Paolo si riferisce a quello spazio di tempo che suole ac-

Anche questo passo è stato, invece, per intero cancellato dal BESELER (1), con la seguente motivazione: « *transferenda est possessio* » è un cattivo modo di enunciare il concetto che « bisogna concedere ai *sui* la loro azione civile contro l'emancipato possessore dei beni „; le « *res mora deteriores futurae* » sono interpolate anche altrove; « *sustinendum* » (che cosa?); « *ipsique* » per « *si ipsi* »; « *collaturos* » per « *restituturos* ». « *In medium* » viene inoltre definito « esagerato e copiato dal greco „: il che conferma la critica formale che altra volta (2) della locuzione facemmo, e viene rafforzato dalla considerazione, anch'essa già fatta (3), che il concetto di « *conferre in medium* » è estraneo alla struttura classica della collazione.

Ai rilievi del BESELER si può facilmente aggiungere quanto segue: « *per inopiam* », in luogo di « *propter inopiam* »; « *ut* » non è correlato con un « *ita* »; « *ipsique* » è, comunque, un grecismo, per « *eique* »; « *ipsique caveant* » (chi?); « *ipsique caveant in medium collaturos* » (manca il soggetto della proposizione oggettiva).

Il passo può, in conclusione, ben dirsi completamente interpolato.

cordarsi a chi ha l'obbligo di conferire e di cui parla Ulpiano nella l. 5. l. D. 37 6 „. L'« *aliquod spatium* „ di cui parla il frammento 5. l è concesso *posteriormente* alla *stipulatio collationis*, non prima, e non ha nulla, quindi, a che vedere col « *sustinendum donec possit invenire fideiussores* „ del nostro testo.

(1) *Beitr.* IV, pag. 154 sg.

(2) V. *retro*, cap. I, § 1.

(3) V. *retro*, cap. III, § 3.

17. L'esegesi compiuta porta, indiscutibilmente, a concludere che il diritto classico non distinse, circa la mancata cauzione dell'emancipato, fra le due situazioni dell'*inopia* e della *contumacia*. Sono interpolati in tal senso D. 36. 3. 5. 1, h. t. 1. 10, 1. 13, 2. 9.

Tuttavia, contrariamente a ciò che è parso al BESELER (1), io non credo che sia stato, con questo, del tutto coperto il cammino che ci condurrà alla ricostruzione del pensiero e del sistema classico.

A chi ben guardi, due gruppi di testi appaiono, ancor ora, in contrasto.

Vi sono da una parte Ulp Reg 28. 4, D. h. t. 3 pr., 3. 5, C. h. t. 11: tutti testi che — dicendo (2) che la *bonorum possessio* è conseguente alla *collatio* — vengono ad implicare che, se questa manchi, quella non viene data. E vi è ancora, accanto a loro, un passo che esplicitamente enuncia questa conseguenza.

Paul Sent 5. 9. 4: Quod si satisfacere non possunt, statim ex fide bonorum conlationem, excepto peculio castrensi, facere cogendi sunt.

Ma vi sono, dall'altra parte, ancora D. 36. 3. 5. 1 e h. t. 1. 10, che, malgrado gli sforzi critici su di essi esercitati, indicano conseguenze ben diverse, relativamente alla mancata prestazione di cauzione.

I sistemi prospettati da questi due gruppi possono così raffrontarsi:

(1) *Beitr.*, IV, pag. 153 sgg. e ZSS, 44, 495.

(2) Naturalmente, dopo che siano stati passati al vaglio di un'esegesi rigorosa.

I gruppo

1) L'emancipato deve dar cauzione di collazione.

2) Se non cauteli, deve fare la collazione reale.

3) Se non conferisca " *re* „, gli viene denegata la *bonorum possessio*.

II gruppo

1) L'emancipato deve dar cauzione di collazione.

2) Se non cauteli, i fratelli devono promettere di restituire la sua quota.

3) Se nemmeno essi promettano, deve essere nominato un curatore, presso il quale depositare la porzione riservata allo emancipato.

Orbene, a parte la contraddizione col primo gruppo di testi, il secondo gruppo risulta anche in contrasto con la teoria della priorità della *cautio*. Invero ivi si parla di " promessa di restituire la quota dell'emancipato, di depositare la quota dell'emancipato „. Come poter parlare di " quota dell'emancipato „, se non ha, l'emancipato, ancor potuto ottenere la *bonorum possessio* ?

I casi sono due. O cancellare questo secondo gruppo di testi, o chiedere un supplemento di istruttoria circa la loro esegesi.

Io ritengo, per l'esame critico (sin troppo severo) svolto nei paragrafi precedenti, che la prima soluzione sia impossibile. Quel che rimane dei due frammenti, dopo gli appunti di tutti gli autori che se ne sono occupati, è — a mio credere — difficilmente censurabile.

E' giocoforza, dunque, adottare la seconda soluzione. Mi riprometto quindi, nelle pagine appresso, di vedere se per avventura non siano da correggere in qualche modo le esegesi sopra riportate. (Questa seconda soluzione è confermata dalla summa dei Bombini, che parla di cauzione de fratribus ad hunc e non dall'emancipato).

18. Ritorniamo a D. 36. 3. 5. 1, con specifico riferimento al brano che interessa l'argomento della collazione.

(Pap 28 quaest): . . . sicuti cum de bonis suis conferendis filius accepta possessione cavere non potest, quia denegamus ei actiones, defertur condicio cavendi fratribus ex forma iurisdictionis, quod ex portione fuerint consecuti, cum bona propria conferre coeperit, se restitutos . . .

Questo passo, come il resto del frammento, è stato evidentemente rimaneggiato. Ma non bisogna dimenticare che alla sua alterazione non ha posto mano il solo Triboniano coi suoi collaboratori, bensì anche uno o più lettori post-classici delle opere di Papiniano (1).

Al tardo commentatore delle " *quaestiones* " è probabilmente dovuto l' « ex forma iurisdictionis », che attesta, in veste non genuina (2), la derivazione pretoria della regola esposta nel passo. L'inserzione ha un certo valore diagnostico, perchè ci accerta che, per lo meno da « defertur » in poi, il passo è inquinato da mano post-classica.

Anche la prima parte, sino ad « actiones », è visibilmente alterata, ma lo è stata, presumibilmente, dai compilatori. Ed il BESELER — come sappiamo — espunge « accepta possessione » e « quia denegamus ei actiones », mentre sostituisce a « cavere non potest » un « non cavet ». Ma con questo egli, non solamente non è riuscito a ricostruire un coerente sistema classico, ma non si è punto preoccupato di analizzare quello giustiniano.

(1) Un palese segno delle inserzioni post-classiche lo abbiamo riscontrato (v. retro pag. 163) nel brano « recte placuit - inducitur. Sed . . . ». — Si ricordi che Papiniano era il giurista più venerato dai post-classici.

(2) V. retro, pag. 164, n. 1.

Ora a me pare di poter fare le seguenti osservazioni:

a) Meschino doveva essere l'interesse di Triboniano ad inserire — come ipotizza il BESELER della seconda maniera — nel testo papiniano la frase « *accepta possessione* ». Dato che siamo fuori della *sedes materiae* della collazione e, perdipiù, in un frammento che discorre *per incidens* della collazione stessa, è difficile credere che egli abbia sentito il bisogno di accennare al novello sistema, da lui forgiato con le interpolazioni a D.h.t.3 pr..

È più logico pensare che l'« *accepta possessione* » sia il frutto di una alterazione, anzichè di una inserzione. Ma in che sarà, quest'alterazione, consistita? I casi sono due: o i compilatori hanno sostituito « *accepta possessione* » ad una qualche altra frase, il cui contenuto assolutamente ci sfugge; o (bontà delle cose semplici!) un amanuense qualunque ha lasciato nella penna « *bonorum* ». Accettare questa seconda ipotesi non deve significare, d'altronde, far ritorno alla prisca congettura del BESELER, la quale era basata sul presupposto della genuinità di D. h. t. 3 pr.: deve significare invece porre il problema, se e come — data la genuinità di « *accepta < bonorum > possessione* » — possa altrimenti valutarsi e ricostruirsi il brano riferito di D. 36. 3. 5. 1.

Il dilemma è troppo sottile per poter esser assolutamente certi della soluzione. Bisogna partire da un qualche presupposto: io partirò, dunque, da quello che il testo genuino di Papiniano portasse la frase « *accepta bonorum possessione* ».

b) « *Quia denegamus ei actiones* » è assolutamente non genuino ed inoltre la forma non è classica: d'accordo. Ma è assurdo pensare che i compilatori abbiano potuto coniare *ex abrupto* questa frase, per inserirla dove noi la leggiamo. Infatti: 1) contro l'idea di tale inserzione militano le medesime ragioni che abbiamo addotte avverso l'ipotesi di una inserzione di « *accepta possessione* »; 2) anche nel sistema giustiniano la frase è di difficile

spiegazione. « Cum ... filius ... cavere non potest, quia denegamus ei actiones ... » è una dichiarazione stolidi, se la si traduca rettamente. Non è vero che il figlio, *accepta bonorum possessione*, non possa cautelare perchè gli vengono denegate le azioni, ma è vero il contrario: *che al figlio sono denegate le azioni perchè non può dar cauzione*. Possiamo pensare che la sciatteria di Triboniano sia giunta sino al punto di inserire nel testo papiniano una proposizione così puerilmente inconsequente? Evidentemente, no. Il suo strafalcione ha da essere stato involontario — dirò di più — addirittura, in un certo senso, fatale: nell'assillo di modificare una qualche dichiarazione classica in contrasto col rinnovellato sistema giustiniano, gli deve essere capitato di non accorgersi che, anche modificata, quella dichiarazione costituiva per altro verso un intralcio al retto intendimento del passo.

« Quia denegamus ei actiones » rifrange, deformati, una proposizione papiniana. Bisogna, perciò, svelarne il tenore.

c) La chiave del problema sta nel « cavere non potest ».

Il BESELER — come ho riferito — restituisce « non cavet », ed a lui aderisce il VOLTERRA. Senonchè — dato il nostro presupposto della genuinità sostanziale di « *accepta possessione* » — tale restituzione non è più necessaria: se è vero che la *cautio collationis* va interposta « *ante bonorum possessionem datam* », il fatto che l'ipotesi esposta da Papiniano — qualunque essa sia — avviene a *datio bonorum possessionis* avvenuta esclude che l'ipotesi stessa verta sulle conseguenze della mancata prestazione della cauzione. Papiniano doveva proprio parlare di una situazione di *impossibilità a cavere* da parte dell'emancipato, « *accepta bonorum possessione* »; ma non nel senso di una contrapposizione fra *inopia* e *contumacia*, o comunque di un riferimento al fatto che l'emancipato ometta di cautelare, bensì — io credo — nel senso

di enunciare un dato di semplicità lapalissiana: *che dopo la "datio", l'emancipato non può "cavere"*.

d) E perchè "accepta bonorum possessione", l'emancipato « cavere non potest »? Cerchiamo di rispondere con le parole stesse di Papiniano: " *quia* (bonorum possessio) *ei denegata est* „; perchè (ancora più lapalissiano) ormai la *bonorum possessio* gli è stata denegata. E' legittima la restituzione:

... quia [denegamus] ei [actiones] < denegata est > ...

e) Tuttavia, per la forma, tali deduzioni non reggerebbero, se volesse mantenersi la costruzione del *cum* narrativo, col modo indicativo (« cum ... potest »). Ma che il concetto dell'impossibilità di *cavere* fosse dal giurista classico enunciato *in una proposizione causale* (*cum* col modo congiuntivo), è ormai una congettura che s'impone. E senz'altro io mi arbitro di ricostruire la prima parte del nostro frammento così:

Sicuti, cum de bonis suis conferendis filius accepta
< bonorum > possessione cavere non [potest] < possit > ,
quia [denegamus] ei [actiones] < denegata est > ...

Papiniano enunciava in conclusione una ipotesi che noi, attraverso altri testi, già conosciamo: datale come presupposto, egli passava in seguito ad esporre il rimedio (probabilmente editale) ad una qualche ingiustizia che la rigida applicazione della regola poteva ingenerare.

f) Qual'era questa ingiustizia?

Ce lo dice la seconda parte di questo torturato periodo, ma con forma assai oscura, spiegabile in base all'innegabile inquinamento per mano di un commentatore post-classico. Dato che " accepta bonorum possessione „ l'emancipato non poteva più promettere il conferimento, il Pretore (« ex forma iurisdictionis ») impose ai *sui heredes* di promettere all'emancipato la restituzione della

sua quota ereditaria, che essi « fuerint consecuti », « cum bona propria conferre coeperit ».

Il « cum bona rell. » è unanimamente interpretato così: « promessa di restituire all'emancipato la sua quota ereditaria, allorchè egli si metta a conferire i suoi beni „. Ma l'interpretazione, a mio avviso, è errata: 1) perchè si viene, come già notammo, a contrastare il sistema risultante da Ulp Reg 28. 4, Paul Sent 5. 9. 4, D. h. t. 3 pt. (*itpl.*), 3. 5, C. h. t. 11 (*itpl.*); 2) perchè, a voler sottilizzare, la promessa di restituire all'emancipato la sua quota doveva, se mai, essere fatta per il tempo in cui egli *finisse*, non già *cominciasse* (« coeperit ») ad eseguire il conferimento reale.

Io preferisco credere che l'interpretazione vada fatta come se il « cum coeperit » significasse (anzi, nel testo classico, suonasse) « si coeperit »: « i *sui heredes* devono promettere all'emancipato — qualora egli abbia *incominciato ad eseguire* il conferimento reale — di restituirgli i beni conseguiti della sua quota „. — L'Editto pretorio stabiliva che l'emancipato non potesse ottenere la *bonorum possessio* se non avesse promesso ai *sui heredes* di conferir loro i *bona* “ quae moriente patre habuerit „ ed era implicito nel sistema che, anzi che la *cautio*, l'emancipato potesse fare (sempre *ante datam bonorum possessionem*) addirittura la collazione reale di essi. Senonchè per fare quest'ultima ci voleva del tempo e poteva darsi che si avvicinasse progressivamente, sino a sopraggiungere, il giorno della *datio*. In conseguenza il Pretore dovette stabilire che per ottenere la *possessio* bastasse l'aver *cominciata* la collazione reale: e ciò per evitare l'ingiustizia che l'emancipato si trovasse a non poter concorrere coi *sui*, a causa della propria disdetta in materia di *sponsores* o della propria eccessiva solerzia. Ma siccome l'emancipato — una volta “ *data bonorum possessio* „ — avrebbe potuto ristare dal conferimento reale, defraudandone i *sui*, l'Editto, a quanto pare, dispose che

la sua quota andasse provvisoriamente agli stessi *sui heredes* sino a che il conferimento non fosse portato a termine, sotto cauzione da parte loro di *restituirla*. Congetturo perciò la seguente restituzione della seconda metà del nostro brano :

... defertur condicio cavendi fratribus [ex forma iurisdictionis] <a praetore (?)>, quod ex portione fuerint consecuti, [cum] <si> bona propria conferre coeperit, se restitutos.

g) Questi principii — se sono veri (1) — furono *molto nebulosamente accennati* da Papiniano, nel passo che commentiamo; non lo si può negare. Oso, peraltro, dire che ciò è ben naturale. Papiniano non si curava nè punto nè poco, nel libro 28 delle *Quaestiones*, dell'argomento della collazione. L'argomento che, invece, lo interessava era quello delle *mutuae cautiones* e fu per stabilire una analogia con il caso dell'*appellatio*, che egli fece ricorso ad un sistema pressocchè simile, quale è quello delle cauzioni in materia di *collatio bonorum*. Per questo motivo appunto i suoi sono nulla più di quei cenni scheletrici, che sogliono usualmente darsi quando si viene ad incidere in un capitolo estraneo all'oggetto trattato.

19. L'esame di D. h. t. 1. 10 mi certiora dell'ipotesi avanzata e spiega il perchè non si parli, nel commento ulpiano all' Editto (quale ci è riportato dai Digesti), della regola che ho ricostruita.

(1) Tengo fin d'ora a chiarire che la ricostruzione di D. 36. 3. 5. 1 è puramente congetturale e mere congetture son pure le considerazioni che seguiranno nei paragrafi appresso. A me basta di aver trovato, nella contrapposizione di testi seguita al § 17, la via che la critica deve battere e di avervi mossi i primi passi. Aspetto dunque serenamente il mio contraddittore.

Il fr. 1.10 — allo stadio della ricostruzione del VOLTERRA — suona, come sappiamo, così :

Si frater [cavere] non [possit] < caveat > curator portionis eius constituitur . . . ut tunc demum recipiat quod redactum est, cum bona propria contulerit.

Tuttavia — a differenza del VOLTERRA — io non concedo punto che la restituzione « non caveat » sia doverosa, dopo l'eliminazione del contrasto « quod si per contumaciam rell ». Anzi, è appunto l'annullamento di questo contrasto che invita a chiederci, se il « cavere non possit » non rappresenti una situazione diversa da quella che appare a tutta prima. Strano è infatti che dopo le molteplici attestazioni della regola che se l'emancipato non cauteli gli vien denegata la *possessio*, Ulpiano se ne venga — proprio nel commento all'Editto — a parlare di questo nuovo ed originale sistema della *constitutio* del *curator*. Da D. 36. 3. 5. 1 apprendiamo, al contrario, che — se mai « defertur condicio cavendi fratribus ».

Ma forse qui Ulpiano accenna ad uno stadio posteriore, rispetto a quello adombrato dal fr. 5. 1.. Egli ha, forse, voluto dire che, se nemmeno quei *fratres* cautelino — perchè non lo possono fare —, ecco che si ricorre ad un curatore, « apud quem rell. ». Reputo dunque che Triboniano abbia operato nel testo ulpiano un taglio, eliminando il dettato corrispondente al « cum de bonis conferendis rell. » di D. 36. 3. 5. 1, che in quel frammento, invece, aveva preferito di inquinare (anche perchè si era fuori della *sedes materiae*), e di inquinare in modo che servisse di appoggio al nuovo diritto.

E' stato così che l'accento alla impossibilità di « cavere », da parte del *frater*, cioè del *suius heres*, è passato provvidamente a rappresentare un accenno alla impossibilità di *satisdare* dell'emancipato e come tale è stato trattato dall'interpolatore, che ne ha

fatto base per un'altra delle sue favorite contrapposizioni della *inopia* alla *contumacia*.

Si frater (*id est: suus*) cavere non possit, curator portionis eius (*id est: emancipati*) constituitur . . . ut tunc demum recipiat quod redactum est, cum bona propria contulerit.

20. L'ipotesi che alla estrema regola pretoria di D. 36. 3. 5. 1 la giurisprudenza (1) abbia aggiunta la prassi del deposito della porzione dell'emancipato presso un curatore, nel caso che nemmeno i *sui heredes* fossero in grado di garantirne con *satisfactio* la restituzione, viene fortemente rafforzata dalla considerazione che appunto alla frase « cum de bonis suis rell. » segue, nel frammento 5. 1, quest'altra :

Sed si nec ipsi cavere possint, utiliter probatum est virum bonum ab utraque parte eligendum, apud quem ut sequestrem fructus deponantur quique utiles actiones a praetore datas exercent.

Contro al BESELER, che uncina l'intero periodo, si pone l'ARANGIO RUIZ (2), il quale condanna soltanto « ut sequestrem » (3). Ed io credo ch'egli abbia perfettamente ragione : il periodo, malgrado sia evidentemente guasto, riflette, non v'è motivo per ne-

(1) La giurisprudenza e non il Pretore, perchè è poco credibile che la minuzia dell'Edicente giungesse sino a tal punto, nè d'altronde i testi ce lo fanno sospettare.

(2) *AGFS*, 76, pag. 477 sgg.

(3) La condanna è operata in base al confronto con D. h. t. 1. 10 e 1. 13 (ma quest'ultimo è interpolato), onde risulta che non si tratta di un deposito di cose litigiose, ma piuttosto dell'affidare ad un *curator* la amministrazione di certi cespiti patrimoniali.

garlo, un contenuto genuino (1). Le affermazioni di D. h. t. 1. 10 — nella nostra interpretazione — risultano esatte.

Resta a chiarire perchè mai il Pretore preveda soltanto il caso che i " *sui heredes* „ non possano cautelare. Ciò è perchè, a mio parere, essi *dovevano* dar cauzione (a differenza degli emancipati, che *potevano*) e quindi, avverso a questo comando, non avrebbero potuto far valere il proprio malvolere, bensì solamente la propria impossibilità di trovar garanti per *satisfare*. Nel qual caso è probabile che il Pretore lasciasse agli eventi di seguire il proprio corso, ed alla *bonorum possessio* di prodursi con esclusione dell'emancipato.

21. Più in generale, io proporrei (ma con ogni riserva) la seguente restituzione di D. 36 3. 5. 1 :

Sicuti, cum de bonis suis conferendis filius accepta *bonorum* possessione cavere non *possit*, quia ei *denegata est*, defertur condicio cavendi fratribus a *praetore*, quod ex portione eius fuerint consecuti, *si* bona propria conferre coeperit, se restitutos. Sed si nec ipsi cavere possint, probatum est virum bonum ab utraque parte eligen-

(1) Il DEGENKOLB (*Magister und Curator in altröm. Konkurs*, pag. 19 sg.) nega che si possano porre sulla stessa linea il *curator* del fr. 1. 10 ed il *vir bonus* del fr. 5. 1: il primo " *constituitur* „ dal pretore, il secondo " *elegitur* „ dalle parti. L'ARANGIO RUIZ (loc. cit., pag. 478, nota 1) ribatte: in questo contrapposto si ha una nuova prova del fatto che, in alcuni casi, alla nomina pretoria del *curator* si procede soltanto in mancanza di un accordo degli interessati. V. anche ARANGIO RUIZ, Sul fr. 5 D. 42. 7, in *Studi Fadda*, I, pag. 309 sgg.

dum, apud quem *bona* deponantur, quique utiles actiones a praetore datas exerceat (1).

Reputo inoltre che il testo classico di D. h. t. 1. 9, 10 dovesse, grosso modo, suonare così:

Iubet autem praetor ita fieri collationem ut recte caveatur: caveri autem per satisfactionem oportere Pomponius ait: et ita ego quoque puto. < Si filius non cavet, bona tamen conferre coepit, defertur condicio cavendi fratri, qui in potestate fuit, quod ex portione eius fuerit consecutus, se restitutum >. Si frater cavere non potest, curator portione eius constituitur, ut tunc demum recipiat quod redactum est, cum bona propria contulerit.

Si potrebbe dire, a questo punto, che è assurdo che nel commentario ulpiano la menzione della *collatio* " re „ — che vien fatta nel successivo par. 11 — abbia a seguire quella di un rimedio ammesso nel solo caso che il conferimento reale non sia potuto avvenire completamente, prima della *datio possessionis*.

Ma — come abbiamo a suo tempo notato (2) — la *collatio* " re „ è *implicita nel sistema della collazione*, perchè è naturale che quel che si può promettere, possa a maggior ragione immediatamente conferirsi. Ulpiano in tanto ne parla, nel par. 11, in quanto la necessità di renderla esplicita è sorta dalla citazione della regola del par. 10. Perciò egli si affretta a chiarire che « *quamvis autem edictum praetoris de cautione loquatur, tamen etiam re posse fieri collationem Pomponius libro septuagesimo nono ad edictum scripsit* ».

(1) Non pretendo affatto, naturalmente, di ricostruire la *forma*, ma, nei limiti del possibile, il *contenuto* del testo classico.

(2) V. *retro*, cap. III, § 3.

CAPITOLO VI.

I presupposti del conferimento reale

1. *Data bonorum possessione*, l'emancipato doveva passare ad eseguire il conferimento reale dei " bona, quae moriente patre habuit „ : conferimento al quale egli si era prima impegnato con la *promissio collationis*.

Ma il verificarsi del conferimento reale è soggetto a tre presupposti fondamentali, i primi due di diritto, il terzo di fatto: a) che tanto il *suus heres* quanto l'emancipato abbiano ottenuta la *bonorum possessio*; b) che l'uno e l'altro siano venuti alla medesima *bonorum possessio*, cioè siano succeduti pretoriamente nello stesso " ordo „ (" contra tabulas „ o " unde liberi „); c) che il concorso dell'emancipato arrechi un danno al *suus heres*, cioè provochi una diminuzione della quota ereditaria, che altrimenti gli sarebbe spettata.

I primi due presupposti si evincono logicamente dal sistema dell'editto " *de collatione* „. Anzi si può dire che essi non rappresentino se non delle necessarie specificazioni della generica condizione cui era sottoposta la *cautio collationis*: " si tibi bonorum possessio patris tui data erit „. Quanto al terzo, diciamo sin d'ora che esso fu il frutto di una provvida prassi giurisprudenziale.

2. Primo presupposto del conferimento reale è che così l'emancipato come il *suus heres* fruiscano della *bonorum possessio*.

La derivazione di questa regola deve riscontrarsi nel carattere di accessorietà dell'istituto della collazione ne' riguardi di quello della *bonorum possessio*.

Un'esplicita attestazione di essa si ha in D. h. t. 1. 1 (1).

3. Secondo presupposto è che l'emancipato ed il *suus* fruiscano della *bonorum possessio* nello stesso "ordo", o *contra tabulas* o *unde liberi*.

Oltre che dal carattere accessorio della *collatio bonorum* rispetto alla *bonorum possessio*, la regola scaturiva dal fatto che il Pretore aveva introdotto la *collatio* con due separati editti (2): il che, specie nei primi tempi — in cui i titoli edittali avevano ciascuno una propria autonoma rilevanza —, era molto importante.

Essa ci viene attestata da Trifonino in un testo assai interessante che ci piace riportare per intero (3).

(1) V. *retro*, cap. I, § 10.

(2) V. *retro*, cap. I, § 9.

(3) Credo tuttavia necessario trascrivere anzitutto il paragrafo ove la fattispecie della *disputatio* viene enunciata.

D. 37. 4. 20 pr. (Triph 19 disp): <Pater> filium quem in potestate habebat exheredavit, emancipatum praeterit: quaesitum est quatenus emancipatus bonorum possessionem habiturus sit. Dixi: si scripti heredes extranei adierint hereditatem, repellendum esse filium qui mansit in potestate. Quod si hi repudiaverint hereditatem, [quod facile sunt facturum nihil latum ex hereditate propter eum, qui contra tabulas accepit bonorum possessionem,] filius ab intestato patri[s] suus heres deprehendetur: emancipatus autem petens contra tabulas bonorum possessionem solus habebit [bonorum possessionem. Sed cum exhereditatio non adita

D. 37. 4. 20. 1 (Triph 19 disp): Videamus tamen [isto] < hoc > casu, quo utrique ad bona patris veniunt, an ei conferre debeat emancipatus: nam neque ex hac parte

hereditate ex testamento nullius sit momenti — ideoque non obstat *eam* nec quominus contra tabulas libertorum patris accipiat bonorum possessionem, Iulianus recte respondit, ne testamentum per omnia irritum ad notam exheredationis solam profecisse videatur — redit res ad intestati exitum, ut adversus filium suum ex asse heredem ab intestato patri emancipatum praetor parte dimidia tueatur. Erit ergo venale beneficium scripti heredis extranei, ut, cum ipse iure hereditatis nihil sit consecutus, adeundo repellat filium in potestate relictum praestetque assem emancipato filio iure contra tabulas bonorum possessionis: si autem omiserit hereditatem, in portionem bonorum exheredatum effectum admittet, iure factum solum suum heredem.] Sed quemadmodum praetor emancipatum tueatur, si adita non fuerit hereditas, ita nec filius qui in potestate remansit aditione adhibita in totum expellendus erit, sed ad [hereditatis petitionem] < querellam inofficiosi > admittendus est [ex causa inofficiosi querellae] contra emancipatum [movendae].

Il testo è stato, per comune riconoscimento (cfr. l'*Index interpolationum*), inquinato a piene mani. Il che si spiega anche per il fatto, accennato dal BESELER (*ZSS*, 45, pag. 476) che le *disputationes* di Trifonino ci sono giunte in una lezione fortemente parafrasata. — Ecco, in breve, gli elementi per la sua esegesi. Nel primo periodo, " filium rell. „, manca il soggetto " pater „. " Quod facile-
possessionem „ è una glossa patente: " sunt facturi „ per " fecerint „ o " faciant „, " nihil laturo „ per " cum nihil laturo sint „, " ferre ex hereditate „ sono gli indizii formali: sostanzialmente è a notare il carattere di riempitivo della frase tutta (Così anche BESELER, loc. cit.). — " Patris „ sta in luogo di " patri „ e "deprehendi heres patri„ è dizione che solo l'epoca tarda dell'autore potrebbe far passare. — Quanto al periodo " sed cum exhereditatio rell. „, parmi che esso sia il frutto di un glossemà sovrapposto ad un altro. Il glossemà più recente e più palese è dato da tutta la frase " ideoque - videatur „, che fa il paio, per mancanza di legami sintattici e per intenti divulgativi spiccioli, con quella già segnalata " quod facile - possessionem „ (in ciò concorda ancora il BESELER,

edicti [verbis] id facere cogitur, [unde contra tabulas accepit bonorum possessionem,] quae inter eos, quibus ita

loc. cit.). Il glossema più antico e direttamente innestatosi nel testo genuino è, a mio parere, rappresentato dalle parole fuori dell'inciso " ideoque - videatur „ : si guardi al " redit res ad „, all' " intestati exitus „, alla mancanza dell' " ita „ correlativo dell' " ut „ — per la forma — e — per la sostanza — al fatto che il periodo non fa che ripetere esattamente il concetto già prima enunciato, che la mancata adizione degli *heredes scripti* provoca il concorso *ab intestato* del *suus* diseredato con l'emancipato preterito. — Né il rimanente è meno criticabile. Non saprei come attribuire ad un classico la concettosa espressione del " venale beneficium „, che, in parole povere, vuol significare come l'erede estraneo istituito ha la possibilità di far dipendere dal miglior offerente la sua facoltà di adire o meno l'eredità, ch'egli non ha alcun interesse personale ad adire. " Erit... beneficium... ut... repellat „ è costruzione sconcia. " Si autem omiserit - heredem „ è la seconda ripetizione di una cosa che non ci voleva poi molto a capire : per la forma, " exheredatum effectum „ ha già spinto il CUIACIO a correggere " effectum „ in " effectu „, ma non perciò essa ne sarebbe migliorata. — Infine il periodo terminale di questo paragrafo, già posto in dubbio dal BRUGI (*Melanges Filting*, I, pag. 123, n. 3) è stato dal LA PIRA (*La succ. int. e contro il test.*, pag. 355 sg. e 442) restituito nel modo sopra riportato. E' noto infatti che solo nel diritto giustiniano il mezzo straordinario della *querella inofficiosi testamenti*, dato agli eredi pretorii, si fuse con la *hereditatis petitio* qualificata degli eredi civili (V. BONFANTE, *Ist.*, pag. 613).

L'adizione degli *scripti heredes* provoca, dunque, la repulsione del *suus* diseredato e quindi la successione nell'intero asse dell'emancipato preterito. La rinuncia degli *scripti heredes* provoca invece la possibilità per il *fillus in potestate* di *petere* la *bonorum possessio ab intestato* e di ottenere quindi, in concorso con l'emancipato, per parte sua un *semis* : la diseredazione, invero, è conseguenza dell'*aditio*. Enunciato questo principio giuridico, Trifonino fa due questioni. La prima (" sed quedammodum rell. „) è se " aditione adibita „ il *suus* possa tuttavia vantare qualche pretesa avverso l'emancipato : ed essa viene risolta nel senso che il *fillus in potestate* può esercitare la *querella inofficiosi testamenti*. La seconda questione è prospettata e risolta nel par. I dello stesso frammento.

bonorum possessio dabitur, caveri de collatione ab emancipato iubet [iste enim qui mansit in potestate quod exheredatus nominatim fuit, non est vocatus ad bonorum possessionem contra tabulas]: neque ex illa parte edicti, qua intestato patre mortuo emancipatus ad bonorum possessionem admissus ad collationem compellitur, quia etsi frater ab intestato heres sit, emancipatus tamen non inde accepit bonorum possessionem. Et vereor ne hactenus filio suo profuerit factum heredis scripti non adeuntis, ut eum ad portionem [admitteret] < admittat praetor > bonorum paternorum, non etiam eorum, quae emancipatus propria habuit < moriente patre >: [et hoc sit] < quod est > consequens illi, quod, cum ex minore parte scriptus a patre heres relictus in potestate, admissio fratre emancipato ad contra tabulas bonorum possessionem, eius beneficio plus consequatur, quamvis edicti verbis collatio inducatur, ex mente praetoris denegandam eam respondetur. Multo magis autem huic conferre non oportet, [quia ei] < qui > a patre exheredatus, a praetore ad bonorum possessionem contra tabulas non vocatus [occasione] < propter > omis- sa[e] < m > hereditat[is] < em > a scripto herede (nihil habituro propter delatam emancipato a praetore contra tabulas bonorum possessionem) nomen sui heredis adeptus est (1).

(1) Anche questo paragrafo ha visibilmente sofferto per le alterazioni, ma la sostanza non muta. Non risultandomi contributi alla sua critica, mi sono sforzato di riferirlo, nel testo, con quelle correzioni e cancellature che valgano a ridargli, più o meno, l'andamento genuino. — Ecco i motivi dell'esegesi. * Isto casu „ sta per * hoc casu „. * Verbis „ è concettoso e pleonastico, dato che l'identico concetto suo è chiaramente esposto nella frase * quae inter eos — iubet „.

Nel caso che tanto il *suus* diseredato quanto l'emancipato preterito vengano — per la rinuncia degli *heredes scripti* — alla *bonorum possessio*, si domanda se l'emancipato sia tenuto a conferire al *suus*: dubbio ben lecito, perchè l'obbligo di conferire non risulta imposto all'emancipato nè dall'editto " *de collatione* „, apposto a quello sulla successione *contra tabulas*, nè dall'altro editto " *de collatione* „, apposto a quello " *unde liberi* „, mentre si avvera il caso che, dei due *liberi*, l'uno (emancipato) succede *contra tabulas*, l'altro (*suus*) *ab intestato*.

A Trifonino pare di dover rispondere negativamente: non solo per la ragione formale che non è possibile la collazione fra soggetti giuridici che succedono in base a due separati editti, ma anche in base alla considerazione pratica che — se si usa

" *Unde - possessionem* „ è una spiegazione marginale concorrente col " *quae inter rell.* „, che l'amanuense, con lodevole imparzialità, ha voluto contenere accanto ad esso nel testo. Del resto gli indizi di forma sono sicuri: " *accipit* „ sta per " *accipit* „, perchè l'emancipato riceve la *bonorum possessio* " *ex hac parte edicti* „, e " *quae iubet rell.* „ non par più riferirsi alla " *pars edicti* „, bensì alla " *bonorum possessio* „ del periodo inserito. — Anche " *iste enim - contra tabulas* „ è glossato. Si pensi all' " *iste* „ in vece di " *hic* „, ma soprattutto al fatto che il periodo vuol essere la esplicazione corrispondente di " *quia cisi rell.* „: senonchè lì la esplicazione è necessaria, perchè si ragiona di una " *pars edicti* „ (" *illa* „) che non si ha sotto occhio, mentre qui è — nella economia della esposizione — superflua, dato che proprio " *haec pars edicti* „ non chiama alla *bonorum possessio* il *suus exheredatus*. — Pieno di alterazioni è poi il discorso da " *et vereor* „ allo fine. " *Hactenus... profuerit... ut... admitteret* „ non segue le regole della " *consecutio temporum* „; " *admitteret* „ manca di soggetto; " *et hoc sit consequens* „ manca della proposizione reggente; " *nihil habituro - possessionem* „ ha tutto l'aria di una glossa esplicativa del genere del " *nihil laturo* „ del paragrafo precedente; " *occasione omissae hereditatis* „ è un'altra locuzione condannabile, in luogo di " *propter omissam hereditatem* „ (similiave).

dalla giurisprudenza " ex mente praetoris „ negare il diritto alla collazione al *suus* che non abbia sofferto menomazione dei proprii diritti ereditarii per il concorso dell'emancipato — a maggior ragione la collazione non è dovuta a quel *suus* che, per effetto dell'*adgnitio* della *contra tabulas* da parte dell'emancipato, ci è venuto, nel caso specifico, a guadagnare quel *semis*, che non avrebbe altrimenti, in caso di adizione degli *scripti heredes extranei*, mai attinto, perchè *exheredatus*.

4. Così restituito — e, del resto, anche nella lezione comune — il frammento di Trifonino ci attesta chiaramente :

a) la esistenza del secondo presupposto della collazione reale (« nam neque ex hac parte... neque ex illa parte... »);

b) la esistenza e la larga applicazione del terzo presupposto (« et vereor rell »), nonchè la sua derivazione dall'*aequitas* medesima che informa l'Editto del Pretore (« ex mente praetoris »).

5. Una notevole eccezione alla regola, che tanto l'emancipato quanto il *suus* devono fruire della *bonorum possessio* e della stessa *bonorum possessio*, risulta da D. h. t. 10.

(Scaev 5 quaest) : Si filius in potestate heres institutus adeat et emancipato petente bonorum possessionem contra tabulas ipse non petat, nec conferendum est ei : et ita edictum se habet. SCAEVOLA : Sed magis sentio, ut quemadmodum hereditatem retinet iure eo, quod bonorum possessionem petere posset, ita et conferri ei debeat, utique cum iniuriam per bonorum possessionem patiatur.

La prima parte è una conferma ulteriore dei due presupposti di cui abbiamo sinora parlato. Nè la sua genuinità presterebbe il fianco ad alcun dubbio, se non vi si leggesse la curiosa novità

di un *suus heres* che adisce (« adeat ») (1). Lo strafalcione è, però, solitario e siamo propensi a credere che esso derivi dalla distratta ignoranza dello scrivano. La restituzione " sit „ è agevole (2).

Quanto, invece, alla seconda parte del fr. 10, da « sed magis » a « patiatur », credo fermamente di poterla indicare come interpolata. Già essa, per la sua contraddizione con i comuni principii della collazione, fu uncinata dal FABRO (3). È l'antico sospetto non può, oggi, che essere ampiamente confermato. Dal lato della forma, è notevole il « iure eo, quod », che è pochissimo corretto e già suggerì ad HALOANDER (4) l'emenda « eo iure, quo ». Comunque, il « posset » per « potest », la costruzione « magis sentio, ut » (5), nonchè l'uso di « utique cum », già bollato dal KUEBLER (6), sono bastevoli per far pendere la bilancia per il verso della espunzione totale della frase. Circa il contenuto, è poi a notare il contrasto troppo accentuato fra questo e il periodo precedente. Non è possibile credere che Scevola, subito dopo aver enunciato un principio che ha tutta l'aria di entrare

(1) Curiosa novità per due ragioni: a) è noto che « gli eredi necessari, figli o servi, divengono eredi *ipso iure, etiam ignorantes et invito*, a meno che il testatore non li istituisca sotto la condizione *si volet* » (SOLAZZI, *Dir. er. rom.*, II, pag. 15); b) è da non pochi sostenuto il carattere non classico dell'*aditio*, nei confronti della *cretio* e della *pro herede gestio* (SOLAZZI, op. cit., II, pag. 15 sgg., e autori ivi citati — pag. 16, n. 2). Alla dottrina tradizionale continua peraltro ad aderire il BONFANTE, *Corso*, VI, pag. 186.

(2) Il NABER (*Mnemosyne*, N. S., 33 (1905), pag. 390) espunge invece « adeat et »

(3) *De erroribus*, dec. 40, pag. 791 sg.

(4) Citato nella edizione del MOMMSEN, ma omissso dall' *Index interpolationum*.

(5) Cfr. VJR, 5, 359, 5.

(6) ZSS, 23, pag. 516.

ne'le sue convinzioni, sia passato ad esporre indifferentemente una opinione tanto radicalmente opposta (1).

In conclusione, sono dell'opinione che il periodo « *sed magis rell.* » non sia farina del sacco di Scevola. Il fatto che Trifonino, giurista di tanto posteriore, fa parimenti mostra di ignorare questa eccezione me lo conferma.

6. Ma quando si operò questo mutamento della giurisprudenza, al riguardo del secondo de' presupposti del conferimento reale ?

La mia opinione è che la frase « *sed magis rell.* », in D. h. t. 10, sia derivata dalla *benignitas* di un giurista post-classico: basta guardare a tutta l'esitazione e la circospezione del suo costrutto formale (2).

(1) Mi sbaglierò, ma l'aver Scevola, nel periodo che precede, recisamente affermato che il *suus* non ha dritto alla collazione, se non chieda la medesima *bonorum possessio contra tabulas* richiesta dall'emancipato, e l'aver poi aggiunto — a mo' di conclusione e di conferma — che « *ita edictum se habet* » sembra a me voler significare che l'opinione del giurista si era proprio quella e non altra. Nè è a dire che Scevola, dicendo « *si filius - est ei* », ha dovuto rendere un necessario omaggio alle esplicite attestazioni dell'Editto, riportandole prima di esporre la propria opinione personale. Se così fosse, egli avrebbe scritto: « *et ita praetor dixit, ait (similiave)* ». Ma invece l'Editto non portava alcuna disposizione relativa al secondo presupposto del conferimento: questo presupposto, come abbiamo notato, era implicito nel sistema dell'Editto: onde era necessario dire che « *ita edictum se habet* », che è espressione più generica ed anodina di quella rituale per le citazioni dell'Editto perpetuo.

(2) La radice di questa nuova concezione è, anche stavolta, da ricercarsi nel processo di fusione — in atto nel diritto post-classico — fra eredità e *bonorum possessio*, nonchè nel conseguente radicale mutamento del sistema della collazione, portata nel suo complesso ad essere condizionata dalla *datio bonorum possessionis*.

Del resto, non si deve dare alla innovazione una portata più ampia di quel che merita. Dalla glossa al testo di Scevola non risulta punto che non sia necessario correlare il diritto alla collazione con la ottenuta *bonorum possessio contra tabulas* o *unde liberi*, ma solamente che il *suus heres* non viene menomato nel suo diritto alla collazione per aver ommesso di chiedere la *bonorum possessio* e di chiederla in quelle classi, *nelle quali avrebbe potuto ottenerla*. E in verità il fondarsi la concessione della *possessio*, nel nuovo diritto, non sulla *datio* pretoria, ma sugli stessi *verba edicti* (1), portava a concepire come *formalità* inutili tutti quelli che un tempo erano *requisiti formali* necessarissimi dell' istituto. A che pro' dover chiedere la *bonorum possessio*, dato che si è obbiettivamente certi che essa ci compete, poichè si sono verificati i presupposti per il suo ottenimento?

Questo è il clima giuridico in cui si è prodotta la glossa al fr. 10. In esso appare logico ragionare così: come *l'heres suus* conserva la eredità per il semplice fatto di *poter chiedere* la *bonorum possessio contra tabulas* che *l'emancipato* ha chiesto (" *commissio per alium edicto* „), così egli conserva il diritto alla collazione: tanto più che si verifica ne' suoi riguardi, a causa del concorso dell'emancipato, il terzo presupposto del conferimento, e cioè la diminuzione della quota ereditaria.

7. Dal momento in cui venne a decadere l'esigenza dell'ottenimento della medesima *bonorum possessio* da parte del *suus heres* e dell'emancipato, dovette anche — necessariamente — ammettersi la possibilità del passaggio agli eredi del *filius in potestate* del suo diritto di chiedere la collazione (2).

(1) V. *retro*, Introduzione, § 9.

(2) La questione non è stata trattata dalla critica moderna.

Mi trovo in ciò perfettamente d'accordo con il FEIN (1), con lo SCHMIDT (2) e col LEIST (3), cioè con i maggiori trattatisti della nostra materia nel secolo scorso. Salvo che, al lume della critica testuale di D. h. t. 10, non posso credere che l'innovazione dipenda da Scevola, sia cioè classica, ma ritengo che sia il frutto dell'elaborazione giuridica post-classica.

Che il diritto classico non ammette la trasmissibilità agli eredi del *commodum collationis*, risulta da

D. h. t. 1.8 (Ulp 40 ad ed): Ibidem Iulianus ait, si bonorum possessione accepta decesserit is qui in potestate [est, ad collationem bonorum] < fuerit, > (4) cogendum emancipatum, ut tantum heredi eius conferat, quantum conferret ipsi, si viveret. Quod si ante bonorum possessionem acceptam decesserit suus, heredem eius praetor [ita] (5) tueri debet, inquit, pro ea parte, qua heres scriptus [fuit] < fuerat > is qui in potestate erat, non tamen ultra virilem [; ad collationem autem non admittit eum in hunc casum, quia bonorum possessio admissa non est] (6).

(1) *Recht der Collation*, pag. 84 sgg.

(2) *Das form. R. der Noterb.*, pag. 115, note 152, 153.

(3) *Fortsetz.* cit. (tr. it.), II, pag. 528, n. 29.

(4) Il BESELER (*Beitr.*, II, pag. 40 sgg.) espunge " ad collationem bonorum „ perchè esprime lo stesso concetto di " ut tantum conferat rel. „. E' a presumere che il compilatore, ricopiando il testo, abbia esteso, per distrazione in lui abituale, la alterazione anche al " fuerit „, che seguiva " in potestate „, mutandolo in " est „.

(5) La particella è espunta dal MOMMSEN.

(6) Il periodo è interpolato. " Admittit „ per " admittet „ (in accordo con " debet „: anzi, sarebbe stato preferibile " non debet admittere „). " In hunc casum „ per " hoc casu „. L' " autem „ corrobora l'idea di una giunzione al testo classico. " Bonorum possessio admissa non est „: non che non sia stata permessa, ma non si è potuta concederla al petitore.

Il testo — a parte qualche lieve menda formale e un'aggiunzione esplicativa terminale di indubbia mano post-classica — è chiaro. Se il *suus heres* ha chiesto la *bonorum possessio* e questa gli è stata concessa, sorge in lui il diritto al conferimento, il quale entra a far parte, come cespite attivo, del suo patrimonio e si trasmette perciò agli eredi (1). Ma se egli non ha avuto il tempo di *accipere* la *bonorum possessio*, il fatto che il Pretore tuteli i suoi eredi, accordando tuttavia loro la quota per cui l'autore fu istituito, non giustifica il riconoscimento in loro di un diritto di collazione, perchè per questo occorre il verificarsi del requisito formale dell'*acceptio* anche da parte del *suus* (2).

8. Lo SCHMIDT (3) porta, a riprova dell'opinione che la regola sul passaggio del diritto di collazione agli eredi sia classica, anche

D. 37. 7. 1 pr. (Ulp 40 ad ed): [Quamquam ita demum ad collationem dotis praetor cogat filiam, si petat bonorum possessionem, attamen etsi non petat, conferre debet, si modo se bonis paternis misceat. Et hoc] divus Pius Ulpio Adriano rescripsit etiam eam, quae non petie-

(1) Come spiegano questo principio i sostenitori della vieta teoria basata su D. h. t. 3 pr.?

(2) Poco convincente a mio parere, è il modo come il FEIN cerca di sbarazzarsi di questo passo, che dà noia al suo convincimento circa la classicità della riforma. — Esso sarebbe una reminiscenza del precedente diritto, cui Ulpiano si abbandona tanto più facilmente, in quanto che nel par. 1 dello stesso frammento si è compiaciuto di enunciare l'arcaica regola "inter eos dabitur collation quibus possessio data est", (ma vedine la critica, *retro*, cap. I, § 10). Senonchè, di un Ulpiano antiquario e *laudator temporis acti* sino al punto da non parlare dei requisiti odierni, ma antichi della *collatio* non riusciamo proprio a farci l'idea. Ne lasceremo perciò la esclusività al FEIN.

(3) Op. e loc. cit.

ferisce a un rescritto del divo Pio, D. h. t. 1. 8 si riporta ad una opinione di Giuliano, il quale visse sino ai primi anni del regno di quell' imperatore. Non è possibile, perciò, una spiegazione storica, nell'ambito del diritto classico.

c) Il principio contenuto in D. 37. 7. 1 pr. si spiega più facilmente per la *collatio dotis*, che per la *collatio bonorum*. Nella prima il conferimento va fatto *dalla figlia divenuta "sua heres"*, ed accedente alla *bonorum possessio contra tabulas* o *unde liberi, agli altri "sui heredes"*. Sin dal diritto classico, dunque, il presupposto della effettiva *adgnitio* (e della *datio* conseguente) aveva in essa un carattere di pura formalità: ed era naturale che ben presto si giungesse ad ammettere di poterne prescindere, ai fini del conferimento della dote.

d) Bisogna infine notare come la *collatio dotis* abbia, in generale, sempre in sè nutrito il germe evolutivo di tutto l'istituto della collazione (1).

Facilmente si può in conseguenza capire come la caduta del presupposto dell'*adgnitio*, in essa avvenuta ad opera del divo Pio, si sia potuta estendere — nel diritto post-classico — anche alla *collatio bonorum*, venuta meno la evidenza distintiva della *bonorum possessio* di fronte alla *hereditas*.

Io sono — in conclusione — oltre che per una *spiegazione storica* del dissenso fra D. h. t. 1.8 e D. h. t. 10, anche per una *conciliazione dogmatica* della coesistenza, in diritto classico, di D. h. t. 1.8 e di D. 37.7.1 pr..

9. Terzo presupposto del conferimento reale — non formale, come gli altri, ma di fatto — è che il concorso dell'emancipato

(1) V. *retro*, Introduzione, § 8.

procuri un danno al *suus heres*, provochi cioè una diminuzione della quota ereditaria, che gli sarebbe spettata per diritto civile (1).

Mentre i due primi presupposti, come abbiamo già notato (2), si evincevano dai *verba edicti*, questo terzo si era costituito per interpretazione giurisprudenziale e promanava dall'atmosfera stessa ispiratrice dell'Editto: dall'*aequitas praetoria* (3).

Nel titolo 37.6 delle Pandette chiariscono questa regola giurisprudenziale i seguenti paragrafi:

D. h. t. 1.4, 5, 6, 7 (Ulp 40 ad ed): Pater filium quem in potestate habebat et extraneum herede[m] < s > scripsit, emancipatum praeterit: bonorum possessionem contra tabulas uterque filius accepit. Potest non incommode dici emancipatum ita demum conferre fratri suo debere, si aliquid ei ex causa hereditaria abstulerit: nam si minore ex parte quam dimidia is qui in potestate erat heres scriptus fuerit inique videbitur collationem postulare ab eo, propter quem amplius < ex > hereditate paterna habiturus sit.

[Totiens igitur collationi locus est, quotiens aliquo incommodo adfectus est is qui in potestate est interventu emancipati: ceterum si non est, collatio cessabit.]

[Vel maxime autem tunc emancipatum conferre non oportet, si etiam iudicium patris meruit, nec quicquam amplius nanciscitur quam ei pater dedit.]

Sed et si legatis meruit semissem vel tantum, quan-

(1) Vedine l'importanza esagerata che gli attribuisce lo SCHMIDT, ai fini della teorizzazione del fondamento del nostro istituto, *retro*, cap. I, § 3.

(2) V. *retro*, § 1.

(3) Rc. l' " ex mente praetoris " di D. 37. 4. 20. 1 (sul quale v. *retro*, §§ 3 e 4).

tum contra tabulas bonorum possessione occupat, dicendum est non esse [cogendum ad collationem] < conferendum >.

Una critica razionale di questo testo, sulla scorta del BESELER (1), ci porta alla conclusione che proprio il par. 5, ove il principio è formulato nei suoi termini generali, non è da attribuirsi ad Ulpiano. La regola si evince, tuttavia, con molta chiarezza dal par. 4, della cui genuinità non può invece dubitarsi (2). Ad esso, come giustamente opina il BESELER, va senz'altro riat-taccato il par. 7, che lo richiama per la forma e per la sostanza. Non solo, dice Ulpiano, non vi è luogo alla collazione nel caso che il *suus heres* ritragga, un vantaggio per il concorso dell'emancipato, ma anche nel caso che — per qualunque ragione ed in qualunque modo — egli riceva quel tanto, e non meno, che gli sarebbe spettato *iure civili* (3).

(1) *Beitr.*, II, pag. 49 sgg.

(2) Esso si presta solo a qualche minimo rilievo di forma: "heredem scripsit", per "heredes scripsit", e la mancanza di un "ex", prima di "hereditate paterna", (STEPHANUS, cit. nell'edizione del MOMMSEN).

(3) Ma è appunto perciò che non credo di poter aderire all'ipotesi del BESELER, che sostituisce un "qui", a "vel tantum quantum", e porta "bonorum possessione", allo accusativo: sarebbe uno slegare il discorso, che invece è perfettamente coerente, a causa dell'identità dei soggetti dell'ultima proposizione del par. 4 e del par. 7. Plausibile è invece l'interpólazione di "cogendum ad collationem", (chi?), per "conferendum".

CAPITOLO VII.

L'editto sulla collazione

1. Nel titolo edittole "*de bonorum possessionibus*" — che, secondo la ricostruzione del LENEL, occupa il XXV posto dell'albo pretorio — subito dopo i capitoli "*de bonorum possessione contra tabulas*" „ ē " "*de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita*" „ veniva l'editto "*de collatione bonorum*" (1).

Il testo di esso era, probabilmente, letteralmente ripetuto più in là, nel sottotitolo "*si tabulae testamenti nullae extabunt*" „ appresso all'editto "*unde liberi vocantur*" (2).

2. Il testo dell'editto "*de collatione*" „ è stato ricostruito da parecchi. Dei più recenti tentativi ci limiteremo a citare i seguenti.

A) ALIBRANDI (*De bonorum possessionibus* (3)).

Inter eos quibus ita bonorum possessio dabitur, liberos, qui in potestate patris, quum moretetur, non fuerunt,

(1) V. *retro*, Intr., §§ 1 e 6.

(2) V. *retro*, cap. I, § 9.

(3) *Opere*, I, pag. 78 sgg.

de conferendis viri boni arbitrato bonis suis, quae moriente eo habuerunt, iis, qui in potestate patris tempore mortis fuerunt, quive sui futuri essent, si vivo eo nati fuissent, recte cavere iubebo.

B) LENEL (*Edictum perpetuum* (1)).

Inter eos, quibus ita bonorum possessio data erit, ita collationem fieri iubebo, ut hi, qui in potestate morientis non fuerint, his, qui in potestate morientis fuerint, recte caveant se quidquid moriente patre in bonis habuerint dolove malo fecerint quo minus haberent, boni viri arbitrato collaturos esse (2).

3. Sulla base della trattazione precedentemente svolta, io ritengo di poter restituire l'editto " *de collatione* " nella maniera seguente.

Inter eos quibus ita bonorum possessio dabitur, ita collationem fieri iubebo, ut hi, qui in potestate morientis non fuerint, his, qui in potestate morientis fuerint, antequam bonorum possessionem accipiant, recte caveant se quidquid moriente patre in bonis habuerint dolove malo fecerint quo minus haberent, boni viri arbitrato collaturos esse.*

(Nisi ita caverint, bona sua tamen conferre coeperint,

(1) § 144 (II e III edizione).

(2) Il LENEL (loc. cit.) ipotizzò inoltre — in forma molto dubitativa — che qualcosa seguisse a questo enunciato, per regolare il caso che i chiamati alla collazione *non possano cautelare*: v. *retro*, cap. V, § 10, sub *b*). — Anche il BESELER (*Beitr.* IV, pag. 155) propose una aggiunzione al testo leneliano, di poi (ZSS 44, pag. 495) ripudiata: v. *retro*, cap. V, § 10, sub *c*) e *d*).

* Che il futuro abbia adoperato la formula " in bonis esse " ?
(" quidquid moriente patre in bonis ~~erat~~ erat; dolove malo actum ~~et~~ quo minus erat ")

hos, qui in potestate morientis fuerint, quod ex portione eorum fuerint consecuti, se restitutos recte cavere iubebo).

4. Motivazione.

Inter eos quibus ita bonorum possessio dabitur: v. cap. I, § 10.

La clausola viene confermata, e nel contempo richiesta, dal fatto della anteriorità della *cautio collationis* rispetto alla *datio bonorum possessionis*.

Ita collationem fieri iubebo: v. D. h. t. 1. 9, su cui cap. III, § 7.

Collationem fieri... ut... recte caveant: v. cap. III, § 7.

Collationem fieri... se collaturos: chiarisce il duplice significato (giuridico e materiale) dei termini " *collatio* „ e " *conferre* „. Così pure il *conferre coeperint* della clausola aggiunta, adombra il significato materiale. V. Introduzione, § 6.

Hi, qui in potestate morientis non fuerint: è locuzione tanto ampia da poter comprendere in sè tutti coloro che vanno sotto la dizione generica e pregnante di " *emancipati* „ (v. Introduzione, § 4 e cap. II, § 2), ivi compresi coloro, che, al momento della morte del *de cuius*, si trovassero sotto un'altrui patria potestà e che venissero eccezionalmente alla *possessio* (v. cap. II, § 3 sgg).

His, qui in potestate morientis fuerint: v. cap. II, § 7 sg.

Caveant... his... se collaturos: v. cap. III, §§ 2, 3. La ricostruzione " *bona sua in medium conferre* „, proposta in antico da RANCHINUS e WESTEMBERG (*Principia iuris*, § 2 h. t.) e a cui paiono invitare non pochi autori moderni (V. Introduzione, § 6, pag. 13 e n. 2), è da rigettarsi, formalmente (v. cap. I, § 1) e sostanzialmente (v. cap. III, §§ 2, 3).

Ante quam bonorum possessionem accipiant: è una clausola da me proposta in base alla dimostrazione fatta nel cap. IV, § 3 sgg. .

L'ipotesi dell'ALIBRANDI, circa la clausola "*quive sui futuri essent, si vivo eo nati fuissent*", è, sulla scorta del LENEL da respingersi. Che del *postumus* non fosse fatta alcuna menzione nel nostro editto deve argomentarsi da D. h. t. 12 : v. cap. II, § 8. In C. h. t. 11 (su cui v. cap. IV, § 8, sub B)) le parole « *his etiam, qui sui futuri essent si vivo patre nati fuissent, conferri mani feste significatur* » — sulle quali si basa l'ALIBRANDI — sono con tutta sicurezza interpolate.

Quidquid — haberent: v. cap. V, § 2.

Boni viri arbitratu: v. cap. V, § 3.

Nisi caveant — iubebo: è una clausola che propongo, in base all'esegesi di D. 36. 3 5. 1 e h. t. 1. 10, fatta nel cap. V, § 18 sgg. Non pretendo (e l'ho già più volte ripetuto) che il mio tentativo di risoluzione del problema della mancata collazione e del suo trattamento editto sia ad ogni costo accettato. E' perciò che ho posto il periodo da me ipotizzato fra parentesi.

Giunte e correzioni

Pag. 7, riga 3. — Invece di « *exhaeredati* », leggi « *exheredati* ».

Pag. 13, nota 2. → Per errore materiale di consultazione sono state riportate sotto JOERS, KUNKEL, WENGER (*Römisches Recht*²) le parole della edizione del 1927 (JOERS, WENGER, pag. 241). La sostanza della citazione, comunque, non muta. Ecco infatti quanto si legge nella seconda edizione (1935) di quel manuale (pag. 342): « Darum forderte der Prätor, dass die Emanzipierten, soweit sie die *bonorum possessio* erbeten hatten, ihr zur Zeit des Erbfalles vorhandenes Eigenvermögen nach Abzug der Schulden zur *Teilungsmasse* beibringen sollten ».

Pag. 15, riga 18 sgg. — Il periodo « Anche qui si trattava - costituita » è stato maltrattato in tipografia. Eccone il testo corretto: « Anche qui si trattava di eliminare una iniquità: quella che le donne, anche non emancipate, potessero concorrere insieme con gli altri *liberi* alla *bonorum possessio*, pur avendo - per effetto della celebrazione del matrimonio - acquistata la autonoma *possibilità* di ripetere (avendo anzi - per effetto dello scioglimento del matrimonio - acquistato in piena disponibilità il *diritto* alla ripetizione), già prima della morte del *de cuius*, la *dos* loro conferita ».

Pag. 16, riga 22 sgg. — La menzione, sia pur fugace, di C. 6. 20. 4 mi impone di ricordare che tutta la frase « his etenim - placuit », è ritenuta non genuina dell'ALBERTARIO (*Rend. Ist. Lomb. Sc. e Lett.* 44, pag. 508 sgg.; v. ora *Studi di diritto romano*, Vol. I, pag. 288 sgg.). Sostiene l'ALBERTARIO: 1) che la *filia familias* doveva, nel diritto classico, conferire la sola *dos profecticia* (e non anche la *dos adventicia*), 2) che l'obbligo del conferimento di essa anche agli emancipati non risale a Gordiano, ma ad un glossatore post-classico.

Quanto alla seconda affermazione, sembrami di poter essere sicuro che lo ALBERTARIO non sia nel vero. Quali sono infatti gli argomenti da lui addotti?

Questi: 1) in D. 29. 4. 23 e 37. 7. 5 pr., " come s' intende di per sè, è presupposto che la *collatio dotis* non si possa fare se non al fratello rimasto *in potestate* „; 2) un rescritto " dello stesso imperatore Gordiano, emanato anch'esso nell'a. 239 e collocato nel Codice giustiniano immediatamente prima del testo del rescritto, di cui ci stiamo occupando, ... riconosce doversi far la collazione della dote a favore dei fratelli *qui in potestate manserunt* „ (C. h. t. 3).

Ribatto: a) D. 29. 4. 23 riporta un brano del l. XLVI *ad edictum* di Ulpiano e D. 37. 7. 5 pr. ne riporta uno del l. V dei *responsa* di Papiniano: due giuristi che scrissero prima della riforma gordiana e che, soprattutto, commentarono un diritto anteriore a Gordiano; b) la c. 3 di C. h. t. non è dello stesso anno della c. 4 (a. 239), come erroneamente afferma l'ALBERTARIO, bensì — chiaramente lo rivela la data appostavi (D. XIII Kal. Iul. Agricola et Clemente cons.) — di nove anni prima, dell'a. 230: può benissimo darsi, perciò, che in questo lasso di tempo un mutamento legislativo si sia operato per virtù di Gordiano; c) non occorre; del resto, troppo preoccuparsi della contraria affermazione della c. 3, perché, quand'anche essa fosse stata dello stesso giorno della c. 4, il carattere suo di *rescritto* (cioè di risposta a un *caso pratico*) impedirebbe l'illazione che l'altro principio contenuto nella c. 4 non sia di Gordiano: se la fattispecie risolta da Gordiano nella c. 3 contemplava soltanto *fratres* " qui in potestate manserunt „, non si vede perchè l'imperatore avrebbe dovuto perdere il tempo ad aggiungere che la *dos profecticia* sarebbe stata da conferire anche agli emancipati, *se ve ne fossero stati*. Si aggiunga a tutto ciò la inintaccabilità della frase " his etenim rell. „ dal punto di vista formale e si rilevi come essa attesti che il conferimento agli emancipati della dote profecticia fu ammesso " post varias prudentium opinionones „ (il che può contribuire a spiegare il dissenso che si intravede in D. 29. 4. 23 e 37. 7. 5 pr.).

Non basta. Il richiamo che ho fatto all'importanza della fattispecie come determinante dei rescritti imperiali, suggerisce qualche considerazione supplementare, la quale investe anche il primo punto sostenuto dall'ALBERTARIO. Mentre la c. 3 risolveva un caso in cui vi erano soltanto *sui heredes* di fronte alla *filiafamilias*, la c. 4 ne risolveva uno in cui di fronte alla *filiafamilias* vi erano anche degli emancipati e, più precisamente, stabiliva che ad essi dovesse conferirsi " *profecticiam tantummodo* dotem „: il che implica che ai *sui* fosse da apportarsi anche qualche altra specie di dote, cioè la *dos non profecticia*. Non vi è ragione quindi per restringere il dettato del periodo " nec dubium — conferendam esse „ alla sola *dos profecticia*: la congettura dello SCHMIDT, che " a patre datam vel constitutam „ fosse un glossema, è " arbitraria „, ma non lo è meno — me lo permetta l'ALBER-

TARIO - quella che il periodo parlasse di una *dos* " a patre data vel *promissa* „
La logica delle considerazioni precedenti ci impone di correggere, se mai, il periodo nel modo seguente:

... nec dubium est [profecticiam seu adventiciam] dotem a patre datam vel < ab extraneo > constitutam fratribus qui in potestate fuerunt conferendam esse.

Con la quale restituzione facciamo onore alla tesi dell'ALBERTARIO - che, perlomeno in questo punto, è esatta - sulla non classicità di *adventicius*, pur permettendoci di non aderire alla sue illazioni circa l'oggetto della *collatio dotis*. Non si può credere che i Giustinianeî in C. 6. 20. 4 abbiano inserito « affrettatamente le parole " profecticiam seu adventiciam „ davanti alle parole " dotem a patre datam vel promissam „ senza preoccuparsi di cancellare, come dovevano, le parole " a patre „ »: 1) perchè ciò non spiega il mutamento di " promissam „ in " constitutam „, 2) perchè ciò contrasta con l'esplicita affermazione di D. 37. 7. 1. 7 (Ulp 40 ad ed), che dice:

Si sub conditione pater vel extraneus dotem promiserit, cautione opus erit, ut tunc conferat mulier dotem, cum dotata esse coeperit.

Vero è che l'ALBERTARIO uncina decisamente, nel fr. 1. 7, le parole " vel extraneus „, ma la sua esegesi è fondata unicamente su una petizione di principio, sulla considerazione che il diritto classico non ammettesse la collazione della *dos* non profetizia; quello proprio che invece andrebbe dimostrato.

Concludendo. C. h. t. 4 è sostanzialmente genuino: esso ha subito solo qualche alterazione di forma, che svela la caratteristica mano del bizantino. Una prima alterazione sta - come altrove (cap. I, § 1, pag. 27) notammo - nell'inserzione di " in medium „ (sul carattere della quale si può ripetere quanto abbiamo rilevato, a proposito dell'analoga inserzione in D. h. t. 1 pr., a pag. 135, n. 1). Una seconda alterazione è consistita nella intromissione della distinzione " profecticiam seu adventiciam „ e nella caduta di " ab extraneo „.

Pag. 28, riga 17. — Invece di « aquisimum » leggi « acquissimum ».

Pag. 34. — Le note (1) e (2) vanno invertite di posto.

Pag. 47, nota 1. — Nell'ultima riga, invece di « fuerent », leggi « fuerunt ».

Pag. 69, riga 22 sg. — Non vorrei che la frase « o meglio, con parole classiche, " in rebus humanis est „ » fosse intesa (come a tutta prima potrebbe sembrare) nel senso errato che, sia pure in alcuni casi, il *conceptus* fosse considerato, nel diritto classico, come soggetto di rapporti giuridici.

Pag. 79, riga 25. — Invece di « 1) », leggi « 2) ».

Se un plobatore ha
dato a unigine
prof. seu adu pte
è in un sostanziale
differenza le due
intromissioni
dato a questa
Peculiarità

Pag. 110, riga 6. — Invece di « *condictio indebiti* », leggi « *condictio sine causa* ».

Pag. 117, nota 2, riga 2. — Invece di « (§) » leggi « (§ 17) ».

Pag. 120, riga 20. — Invece di « " *condictio indebiti* », leggi « " *condictio sine causa* » ».

Pag. 140, riga 5. — Invece di « (Ulp 40 ad ed) », leggi « (Ulp 79 ad ed) ».

I N D I C E

<i>Premessa</i>	Pag.	V
<i>Abbreviazioni</i>		VII
INTRODUZIONE		I

1. La dottrina della collazione. — 2. La *bonorum possessio*. Origini e sviluppi sino ad Adriano. — 3. La *bonorum possessio contra tabulas* e la *bonorum possessio unde liberi*. — 4. I *liberi. Sui e emancipati*. — 5. Lo editto "*de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita*". — 6. L'editto "*de collatione bonorum*". Concetto e significato della *collatio*. Critica della definizione del BONFANTE. Epoca dell'introduzione dell'istituto. — 7. L'editto "*de collatione dotis*". — 8. I germi evolutivi del sistema della *collatio*. — 9. I rapporti fra *bonorum possessio* e *hereditas* sino alla unificazione giustiniana. — 10. La *collatio descendentium* e il suo nuovo fondamento. — 11. Differenze concettuali fra la collazione del diritto moderno (art. 1001 cod. civ.) e la *collatio* giustiniana. — 12. Scopo della monografia: revisione critica del sistema della *collatio bonorum* nel diritto romano classico.

CAPITOLO I. — FONDAMENTO DELLA COLLAZIONE Pag. 23

Fondamento della *collatio bonorum* è un principio di equità. Eseggesi di D. h. t. 1 pr. Non classicità dell'espressione "*in medium conferre*", per designare l'apporto dell'emancipato, dimostrata in base alla forza probante di D. h. t. 3. 2. Le direttive delle alterazioni al fr. 1 pr. Rinvio. — 2. La efficace espressione del principio di equità in Coll 16.7.2. — 3. Tentativi della dottrina per precisare il fondamento della *collatio*. Opinioni del FEIN, del LEIST e dello SCHMIDT. — 4. Critica del concetto della *fictio suitatis* come fondamento esclusivo dell'istituto e rigetto dell'opinione del LA PIRA. — 5. La *fictio suitatis* non può condensare in sè tutti gli aspetti del principio di equità che informa la collazione. — 6, 7. La *collatio* ha luogo

nella *bonorum possessio contra tabulas* e in quella *unde liberi*. Testi relativi. — 8. Non ha luogo la *collatio* nella *bonorum possessio secundum tabulas* accordata a un *liber emancipatus*. Esegesi di C. h. t. 1. — 9. La collazione fu promessa da due separati editti. La clausola, enunciata in calce all'editto sulla *contra tabulas*, dovette essere *ripetuta* in calce allo editto sulla *unde liberi*. — 10. Le parole introduttive della clausola "*de collatione bonorum*". Esegesi di D. h. t. 1.1 e critica della ricostruzione del LENEL. Il valore di D. 37. 4. 20. 1 e la ricostruzione dell'ALIBRANDI. — 11. Applicazioni del principio del fr. 1. 1. D. h. t. 1. 2 e sua critica. Ricostruzione dell'intero testo ulpiano corrispondente ai §§ 1 e 2 del fr. 1 D. h. t. C. 2. 39 (40).2. — 12. La collazione segue anche nel caso di applicazione dell'"*edictum carbonianum*".

CAPITOLO II. — SOGGETTI DELLA COLLAZIONE Pag. 45

1. I soggetti della *collatio bonorum*: l'*emancipatus* e il *suus heres*. — 2. Obligato al conferimento è l'*emancipatus*. Significato di tale denominazione. —
3. E' tenuto alla collazione anche il *liber* che in casi particolari ottenga la *bonorum possessio* del *de cuius*, pur essendosi trovato sotto una estranea *patria potestas* al momento della sua morte. A chi incombe, in effetti, in tali casi l'obbligo del conferimento? La regola del diritto classico, secondo la nostra opinione. Analisi esegetica di D. h. t. 1. 14, 5 pr., 38. 6. 6. Perché le alterazioni di questi frammenti non sono giustinianee. — 4. Le nostre deduzioni. In diritto classico il nuovo *paterfamilias* non era tenuto al conferimento se avesse emancipato, prima della morte del *de cuius*, il *liber* ammesso alla *bonorum possessio* di lui. La limitazione di questo principio al caso che l'emancipazione non sia stata fatta "*fraude*" o "*dolo*" è opera di glosse post-classiche. — 5. Critica dell'opinione post-classica. — 6. Oggetto della collazione imposta al nuovo *paterfamilias* era, nel diritto classico, l'intero patrimonio di lui. Rigetto dell'opinione del FEIN. — 7. Ha diritto alla collazione il *suus heres*. Esegesi di C. h. t. 9. — 8. D. h. t. 12 e il principio che "*nato conferetur*". Critica delle opinioni del PERNICE e del PEROZZI circa il fondamento di questo principio, in base all'estgesi del fr. 12.

CAPITOLO III. — MODO DELLA COLLAZIONE Pag. 71

1. I due quesiti che sorgono circa il modo della *collatio bonorum*. — 2. Come si ripartiva il patrimonio dell'*emancipatus*. Esegesi di D. h. t. 3. 2, 3. —

3. Gli emancipati dovevano conferire, non alla massa ereditaria, ma " his, qui in potestate morientis fuerint „ — 4. Applicazioni di questo principio nel tit. 37. 6 dei Digesti. Analisi esegetica di D. h. t. 1. 24, 2. 5, 2. 6, 2, 7. 3. 6, 7. — 5. Le particolari applicazioni del principio di D. h. t. 3. 3, in ordine all' editto " *de coniungendis cum emancipato liberis eius* „ — 6. La vieta regola " tantum confert, quantum aufert „ e sua critica. Esegesi di D. h. t. 1. 3. — 7. Come si operava giuridicamente la collazione. La *cautio collationis*. Testi relativi. — 8. La *collatio " re „* come surrogato della *collatio " cautione „*. Esegesi di D. h. t. 1. 11. — 9. D. h. t. 1. 12 e gli altri pretesi surrogati della *cautio collationis*. Critica del frammento. Esso non è genuino.

CAPITOLO IV. — LA « STIPULATIO COLLATIONIS ». Pag. 95

1. Le *stipulationes praetoriae* e il principio che esse non possono essere garantite con pegni e depositi. Esegesi di D. 46. 5. 7. — 2. L'eccezione di D. h. t. 1. 9 alla regola del fr. 5. 7 non è classica. Esegesi del fr. 1. 9. Critica dell'opinione del DE RUGGERO circa la attribuzione e la estensione dei guasti del fr. 1. 9. — 3. La questione fondamentale del momento in cui doveva essere prestata la *cautio collationis*. Stato delle fonti e stato della dottrina romanistica. Piano della trattazione. — 4. Esame della questione dal punto di vista logico e nel clima del sistema pretorio del diritto classico: il diritto classico doveva richiedere l'anteriorità della *cautio collationis* rispetto alla *datio bonorum possessionis* — 5. Analisi esegetica delle fonti favorevoli alla tesi della anteriorità (Paul Sent 5. 9. 4, Ulp Reg 28. 4, D. h. t. 8). — 6. Rigetto delle interpretazioni dei due testi pregiustiniani proposte dal FEIN. La negazione della forza probante di essi fatta dal LONGO e sua critica. — 7. Un frammento decisamente contrario alla teoria della posteriorità della *cautio* è D. h. t. 3. 5. Critica della svalutazione tentata dal LONGO. — 8. I testi che avversano la tesi della anteriorità: D. h. t. 3 pr. e C. h. t. 11. Loro esegesi. In particolare, critica della esegesi del BESLER alla c. 11. La retta esegesi di C. h. t. 11 non può eliminare la frase " *petita bonorum possessione* „. Disaccordo fra questa frase e l' " *antequam bonorum possessionem petant* „ di Paul Sent 5. 9. 4. — 9. Possibili opposizioni testuali alla tesi della anteriorità, basate su D. h. t. 1. 1, 12, Coll 16. 7. 2. Loro confutazione. — 10. Le nostre conclusioni. a) Non posteriorità della *cautio collationis* rispetto alla *datio bo-*

norum possessionis. b) c) Rigetto dell'opinione del BESELER circa una anteriorità della *cautio* alla stessa *adgnitio bonorum possessionis*. Opposizioni testuali a questa opinione. d) Il valore dell'obbiezione del LEVEL alla tesi del BESELER. Inopponibilità di questa obbiezione alla tesi nostra. e) In diritto classico la *cautio collationis* doveva prestarsi " *ante datam bonorum possessionem* „ ma " *post bonorum possessionem petitam* „ Restituzione di Paul Sent 5. 9. 4. — 11. Spiegazione delle interpolazioni a D. h. t. 1 pr.. Esse attestano il mutamento della dottrina della collazione dal diritto classico al diritto giustiniano.

CAPILOLO V. — CONTENUTO E REGIME GIURIDICO DELLA

PROMESSA DI COLLAZIONE Pag. 137

1. Scopo della disamina: — 2. Contenuto della *stipulatio collationis*. — 3. La individuazione specifica dell'oggetto della *stipulatio* doveva avvenire *boni viri arbitrato*. Testi relativi. L'esegesi di D. h. t. 2. 2 ci accerta della derivazione pretoria della clausola " *b. v. a.* „ Significato della clausola in diritto classico. (In nota: spunti critici contro la teoria dell'ALBERTARIO sulla non classicità dell'*arbitrium boni viri* del debitore nella determinazione della prestazione. Esegesi di D. 17. 2. 6). — 4. Quando e come il *suus heres* poteva costringere l'emancipato ad adempiere il contenuto della sua promessa. — 5. D. h. t. 5. 1 e l' " *interpellatio cum aliquo spatio* „ Esegesi del frammento. Non classicità del riferimento all' *interpellatio* e della menzione del *boni viri arbitratus*. — 6. Oggetto dell'*actio ex stipulatu*. — 7. Il problema delle conseguenze della mancata prestazione di cauzione da parte dell'emancipato. — 8. Le linee del sistema giustiniano. — 9. Critiche al sistema giustiniano. — 10. Stato della dottrina romanistica. — 11. Analisi esegetica delle fonti. A) D. h. t. 3 pr. . B) C. h. t. 11. — 12. C) D. 36. 3. 5. 1. — 13. D) D. h. t. 1. 10. — 14. E) D. h. t. 1. 13. — 15. F) D. h. t. 2. 8. — 16. G) D. h. t. 2. 9. — 17. Prima conclusione: non genuinità della distinzione fra *contumacia* e *inopia*. Ma, al fine della determinazione del sistema classico, due gruppi di testi rimangono ancora in contrasto. Si impone una revisione dell'esegesi dei testi del secondo gruppo. — 18. Nuova esegesi della frase " *sicuti cum — restitutos* „ di D. 36. 3. 5. 1. Si avanza la congettura che il testo genuino accennasse ad un'ulteriore regola pretoria, relativa al caso che l'emancipato non abbia fatto in tempo a completare il conferimento reale dei proprii *bona*, al

momento della *datio bonorum possessionis*. Probabile deferimento ai *sui*, in tal caso, della " *condicio cavendi quod ex portione eius fuerint consecuti* „ — 19. Nuova esegesi di D. h. t. 1. 10. Si avanza la congettura che il testo genuino si riferisse ad un'ancora ulteriore prassi giurisprudenziale, relativa al deposito presso un *curator* della *portio emancipati*, nel caso che il *suus* " *cavere non possit* „ — 20. La conferma della seconda congettura è data dalla esegesi della frase " *sed si nec ipsi — exercent* „ in D. 36. 3. 5. 1. — 21. Il sistema classico, secondo la nostra ricostruzione.

CAPITOL. VI. — I PRESUPPOSTI DEL CONFERIMENTO

REALE Pag. 187

1. I tre presupposti. — 2. Così l'emancipato come il *suus* devono fruire della stesso *bonorum possessio*. — 3. Essi devono fruire della *bonorum possessio* nel medesimo " *ordo* „. Esegesi di D. 37. 4. 20 pr. (*in nota*) e 20. 1. — 4. Conclusioni sul frammento di Trifonino. — 5. L'eccezione di D. h. t. 10. Essa si rivela, in base all'esegesi del testo, non genuina. — 6. L'eccezione del fr. 10 è di derivazione post-classica. — 7. Il passaggio agli eredi del *suus* del diritto alla collazione è correlato con la innovazione post-classica del fr. 10. Il diritto classico, come risulta da D. h. t. 1. 8, non ammetteva la trasmissibilità. — 8. D. 37. 7. 1 pr. attesta, per la *collatio dotis*, un sistema diverso. Possibilità di una sua conciliazione dommatica con D. h. t. 1. 8. — 9. Il concorso dell'emancipato deve produrre una diminuzione della quota che sarebbe spettata al *suus heres*. Esegesi di D. h. t. 1. 4, 5, 6, 7.

CAPITOL. VII. — L'EDITTO SULLA COLLAZIONE. Pag. 203

1. Posizione dei titoli " *de collatione bonorum* „ nel sistema dell'Editto. —
2. Ricostruzioni dell'ALIBRANDI e del LENEL. — 3. Nostra ricostruzione. —
4. Motivazione.

Giunte e correzioni. Pag. 207

Kommissionär:

Firma:

Besprechungsbelege aus der
ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR RECHTSGESCHICHTE Band 58
Germ., Kan., Rom. Abteilung

Weimar, im Mai 1938

Wit. HAHN VERLAG HERM. BÖHLAUS NACHF.
im Wege der Anleihe an Verlag

Antonio Guarino, Collatio bonorum, Rom 1937, Foro
italiano. 215 Seiten.

1. Das vorliegende Werk greift mit glücklicher Hand einen Fragenkomplex auf, der seit den Tagen der Pandektisten keine zusammenfassende Darstellung mehr gefunden hat. Die von diesen erarbeitete grundsätzliche Auffassung des Wesens der „collatio bonorum“ und ihrer Durchführung ist daher auch bis heute unerschüttert geblieben¹⁾, wenn auch zahlreiche der hier einschlägigen Quellenstellen als verderbt erwiesen wurden. Allein v. Beseler hat die mit der „collatio bonorum“ verbundenen Probleme als

¹⁾ Charakteristisch ist der Hinweis von Jörs-Kunkel, Röm.R., 2. A. S. 342 n. 1, der außer Lenels Edikt nur die Arbeiten von Fein (1842) und von Leist bei Glück hervorhebt.

solche erörtert und ist dabei zu Ergebnissen gelangt, die von der herrschenden Meinung erheblich abweichen¹⁾; seine Untersuchung aber ist nicht nur nicht kaum mehr als eine Skizze, sie behandelt auch nur Einzelfragen aus dem Gesamtkomplex. Das Buch des Verf. ist daher von vorneherein willkommen und dies um so mehr, als er eine vorzügliche Einsicht in den Geist des klassischen römischen Rechtes an den Tag legt und die ausgezeichnete Schulung erweist, die er durch Siro Solazzi und Mario Lauria erfahren hat.

Der Umstand, daß das Thema der „collatio bonorum“ erst heute wieder in seiner Gesamtheit und unter Anwendung der historisch-kritischen Methode aufgenommen wird, läßt es a priori wahrscheinlich sein, daß die überlieferte Auffassung der Ausgestaltung jenes Instituts in vielen Punkten revidiert werden muß. Dies ist in der Tat der Fall. Die Ergebnisse, zu denen der Verf. gelangt, lassen zwar die bereits von der Pandektenlehre herausgestellte Unterscheidung der „collatio emancipati“ und der „collatio descendantium“ unberührt. Sie führen aber, soweit es sich um die Grundlage der sogenannten „älteren collatio“ und den Zeitpunkt ihrer Durchführung handelt, zu Ergebnissen, die von der traditionellen Lehre grundsätzlich abweichen, und dies so sehr, daß eine Korrektur der Lenelschen Rekonstruktion des prätorischen Ediktes „de collatione“ unausweichlich ist. Diese Ergebnisse gewinnt der Verf., indem er sorgsam zunächst im ersten Kapitel seiner Arbeit die Grundlage der Kollationspflicht untersucht (S. 23—43); im Anschluß hieran behandelt er die an der Kollation aktiv und passiv Beteiligten (S. 45—70) und die Verwirklichung der Ausgleichungsansprüche (S. 71—94). Das vierte und fünfte Kapitel ist der „stipulatio collationis“ gewidmet (S. 95—136 und S. 137—185). Das vorletzte Kapitel seiner Arbeit stellt auf Grund der bis dahin ermittelten Ergebnisse die Voraussetzungen der Ausgleichung zusammen (S. 187—202). Das letzte Kapitel endlich gibt eine Rekonstruktion des Edikttextes (S. 203—206). Die im ersten und vierten Kapitel enthaltenen Ausführungen des Verf. zeigen am schärfsten die neue Lehre auf, die er uns gibt. Sie seien daher im folgenden eingehend besprochen.

2. Die herrschende Lehre geht davon aus, daß sowohl bei der „bonorum possessio contra tabulas“ wie auch bei derjenigen „unde liberi“ die neben den „sui“ berufenen „emancipati“²⁾ verpfichtet sind, ihr zur Zeit des Erbfalls vorhandenes Eigenvermögen „zur Teilungsmasse beizubringen“³⁾, und sie erklärt diese Kolla-

¹⁾ cf. v. Beseler, SZ. 44 (1924) S. 395 (nicht 495, wie der Verf. irrtümlich zitiert).

²⁾ Genaueres hierzu in D. 37. 4. 1. 6 und in D. 38. 6. 5. 1.

³⁾ Vgl. Jörs-Kunkel a. a. O. S. 342; Bonfante, Ist. 9. A. S. 607; Girard, Manuel, 7. A. S. 944.

tionsverbindlichkeit durch die Annahme einer „Fiktion der Fortdauer der Suität“ der Emanzipierten.¹⁾ Diese Auffassung stützte sich vornehmlich auf D. 37. 6. 1. pr., ein Fragment, dessen nachklassische Überarbeitung zwar bekannt ist, das aber insoweit unverfälscht schien, als es ausführte: „consequens esse credit (sc. praetor), ut sua quoque bona in medium conferant“. Es fragt sich jedoch, ob dieser Satz wirklich den klassischen Text Ulpians wiedergibt. Der Verf. erklärt die Worte „in medium“ für interpoliert (S. 23 ff.). Ausgangspunkt seiner Untersuchung ist die Feststellung, daß „in medium conferre“ nichts anderes bedeuten kann, als daß das zu Konferierende mit dem Nachlaß zu einer Gesamteilungsmasse vereinigt werde. Dem ist, wie ich glaube, zuzustimmen; aus D. 37. 6. 3. 2 erhellt dieser Sinn des vorgenannten Ausdruckes mit Deutlichkeit, und auch in D. 17. 2. 53 und in D. 29. 2. 45. 2 kann „in medium conferre“ keine andere Bedeutung haben. Der Verf. glaubt nun, daß formale Bedenken gegen die Klassizität dieses Ausdruckes vorzubringen seien. Man kann diese Bedenken m. E. nicht teilen. Sicherlich ist zwar unsere Wendung nur in einigen wenigen Quellenstellen zu finden, von denen dazu noch einzelne als interpoliert gelten dürfen.²⁾ Hieraus kann aber kein Interpolationsindiz hergeleitet werden, einmal, weil unser Ausdruck grammatikalisch untadelig sein dürfte, und sodann, weil er unzweifelhaft mehrfach in Texten gebraucht wird, zum Beispiel in D. 37. 6. 3. 2, die insoweit durchaus unverdächtig sind. Gleichwohl aber ist dem Verf. aus sachlichen Erwägungen beizupflichten: er weist zutreffend darauf hin, daß die Kollation nur zugunsten derjenigen erfolgte, „qui in potestate patris fuerint“. Emanzipierte haben nicht nur keinen Anspruch auf Kollation, sie werden auch bei der Kollation als Erben nicht mitgerechnet. An den von einem Emanzipierten beigebrachten Vermögenswerten haben daher nur die „sui heredes“ Anteil. Dieser Grundsatz aber steht mit dem durch die Worte „in medium conferre“ ausgedrückten Gedanken in Widerspruch: Denn wenn wirklich ein „in medium conferre“ im wahren Sinn stattfinden würde, so müßte man konsequenterweise annehmen, daß durch die Kollation ein aus dem Eigenvermögen der Emanzipierten und dem Nachlaß gebildetes einheitliches Vermögen geschaffen würde, an dem alle Erben — die „sui“ wie auch die „emancipati“ — Anteil hätten. Gerade das aber findet bei der „collatio bonorum“ nicht statt. Dies ergibt sich vornehmlich aus den Quellen, welche an praktischen Beispielen die Durchführung der Kollation er-

¹⁾ Vgl. Fein, Das Recht der Kollation S. 138 ff.; Vangerow, Pand. S. 387 ff. und neuestens La Pira, La succ. int. S. 371 ff.

²⁾ Vgl. D. 17. 2. 53 [plane — lucrum]; 29. 2. 45. 2; 37. 6. 1. pr.; 37. 6. 2. 9 [si — fuerit], vgl. Verf. S. 172 ff.; 37. 6. 3. 2. C. 6. 20. 4.

läutern¹⁾ (S. 71 ff.), wie auch aus den hier einschlägigen Vorschriften des Ediktes „de coniungendis cum emancipato liberis eius“²⁾ (S. 82 ff.). Es ist daher mit dem Verf. anzunehmen, daß die Worte „in medium“ (sc. conferre) in D. 37. 6. 1. pr. dem ursprünglichen Text nachträglich hinzugefügt worden sind. Bedenken gegen diese Annahme können sich m. E. nur daraus ergeben, daß es sich nicht erklären läßt, aus welchem Grunde der Bearbeiter des klassischen Textes die Interpolation vorgenommen hat. Der Verf. bringt sie in Zusammenhang mit dem zeitlichen Verhältnis der „datio possessionis“ und der „cautio collationis“ (S. 135). Diese Erklärung ist doch genügt nicht, wie mir scheint, da auch im nachklassischen Recht die gleichen Grundsätze galten, auf denen die hier angenommene Interpolation beruht. Gleichwohl aber wird man jenen Bedenken kein ausschlaggebendes Gewicht zuerkennen dürfen, da wir auch in zahlreichen anderen Fällen den Grund der Interpolation nicht zu ermitteln vermögen.

Die vorstehenden Ausführungen lassen zugleich auch erkennen, daß die Grundlage der Kollationsverpflichtung der Emanzipierten nicht in einer Fiktion ihrer fortdauernden Suität erblickt werden kann. Wäre diese die Grundlage, so müßte die Kollation allen Erben zugute kommen, den „sui heredes“ wie auch den „emancipati“, und dies ohne Rücksicht darauf, wessen Eigenvermögen zum Nachlaß beigebracht wurde. Die Kollation läßt sich daher nur auf ein Gebot der „aequitas“ zurückführen, wie dies durch die insoweit klassische Quelle Coll. 16. 7. 2 in der Tat auch geschieht. Mit Recht betont daher auch der Verf., daß die in den Quellen erwähnte Reszission der „capitis deminutio“ der Emanzipierten vom Prätor nur insoweit angerufen wurde, als sie ihm die Durchführung jenes Äquitätsprinzipes erleichterte, ohne daß er sich veranlaßt sah, alle Konsequenzen der Reszission hinzunehmen (S. 31 f.).

3. Die vorbergehenden Ausführungen haben bereits die Frage berührt, in welchem Zeitpunkt die „cautio collationis“ zu leisten war. Die heute noch herrschende Lehre steht auf dem Standpunkt, daß sie der „datio possessionis“ nachfolgte. Allein v. Beseler hat die Anschauung vertreten, daß die Kollationskaution Voraussetzung der Erteilung der „bonorum possessio“ gewesen sei.³⁾ Beide Meinungen sind, wie der Verf. erweist, nicht haltbar (S. 95 ff.). Daß die Lehre v. Beselers widerlegt werden kann, hat bereits Lenel dargetan⁴⁾, auf den sich der Verf. mit Recht

¹⁾ Vgl. D. 37. 6. 1. 24; 37. 6. 2. 5; 37. 6. 2. 6; 37. 6. 2. 7; 37. 6. 3. 2; 37. 6. 3. 6; 37. 6. 7.

²⁾ Vgl. D. 37. 8. 1. 13—16.

³⁾ Vgl. v. Beseler a. a. O. S. 395.

⁴⁾ Vgl. Lenel, E. P. 3. A. S. 345 n. 8.

beruft. Damit aber ist die Berechtigung der herrschenden Lehre noch nicht erwiesen. Gegen sie bringt der Verf. zunächst eine Reihe treffender allgemeiner Erwägungen vor. Er fragt mit Recht, welchen Zweck die „*stipulatio collationis*“ „*data bonorum possessione*“ erfüllen sollte, da in diesem Zeitpunkt der „*suus*“ ohne weiteres den Vollzug der Kollation zu fordern vermochte. Die „*stipulatio collationis*“ versteht sich in der Tat nur dann, wenn dem Vollzuge der Kollation noch irgendein tatsächliches oder rechtliches Hindernis im Wege steht. Aus diesem Grunde sind D. 37. 6. 3. pr. und C. 6. 20. 11, Stellen, die die Kollationskaution von der vorgängigen Erteilung der „*bonorum possessio*“ abhängig machen, unverständlich. Sie sind in der Tat auch, wie der Verf., hierin mit v. Beseler übereinstimmend, aber in selbständiger, eindringlicher Untersuchung zutreffend nachweist, aufs stärkste überarbeitet (S. 123 ff.). Es ist ebensowenig aber auch angängig, aus den Sentenzen des Paulus (5. 9. 4) zu folgern, daß im klassischen Recht die Emanzipierten bereits „*antequam bonorum possessionem petant*“ zur Kaution verpflichtet waren, da in diesem Zeitpunkt der „*emancipatus*“ noch durchaus nicht sicher darauf rechnen konnte, ob er auch wirklich die „*bonorum possessio*“ erhalten würde. Auch diese Stelle muß daher als überarbeitet gelten; es ist zu vermuten, daß nach „*petant*“ die Worte „*vel accipiant*“ ausgefallen sind, sofern nicht eine extreme Sondermeinung des Paulus vorgelegen hat (S. 131 ff.). So bleibt nur übrig, daß die Kollationskaution „*post petitam*“ aber noch „*ante datam bonorum possessionem*“ zu leisten war, in einem Zeitpunkt, der in der bisherigen Lehre noch nicht in Erwägung gezogen ist. In diesem Zeitpunkt war die Frage, ob der Prätor zur Erteilung der „*bonorum possessio*“ bereit war, geklärt, nachdem er die gesamten persönlichen Voraussetzungen dieser *possessio* geprüft hatte, und es ist als durchaus möglich anzunehmen, daß er die Gewährung der „*bonorum possessio*“ gerade von der „*cautio collationis*“ abhängig machte. Dieser Rechtszustand läßt sich zudem auch aus den Rechtsquellen selbst erkennen: Ulpian's *Regulae* (28. 4.) und D. 37. 6. 8 können durchaus in diesem Sinne ausgelegt werden, und so legt sie auch der Verf. aus (S. 112 ff.).

Diese Lösung des hier behandelten Problems erheischt eine Abänderung der Lenelschen Ediktsrekonstruktion: Nach den Eingangsworten „*inter eos, quibus ita bonorum possessio*“ kann nicht „*data erit*“ gestanden haben, es ist vielmehr „*dabitur*“ zu lesen, ein Wortlaut, der auch durch D. 37. 4. 20. 1 belegt wird (S. 36 ff., S. 205), und vor den Worten „*recte caveant*“ ist, in Anlehnung an Paul. Sent. 5. 9. 4, der Satz „*antequam bonorum possessionem accipiant*“ einzuschieben (S. 205).

4. Abschließend sei noch darauf hingewiesen, daß der Verf.

ausführlich die Folgen, die die Nichtleistung der Kollationskaution nach sich zog, untersucht (S. 150ff.). Auch hier gelangt er zu Ergebnissen, die von der herrschenden Lehre abweichen, indem er nachweist, daß das klassische Recht nicht unterschied, ob die Nichtleistung der Kaution auf „contumacia“ oder „inopia“ beruhte (S. 174). Besondere Aufmerksamkeit widmet er der Rechtslage, die sich dann ergibt, wenn ein „emancipatus“ die Kaution nicht erbringt, nachdem er bereits mit dem Vollzuge der Kollation angefangen hatte. Hier glaubt er, daß der Prätor zum Schutz des Emanzipierten eingegriffen habe, und er vermutet, unter Hinweis auf D. 36. 3. 5. 1 und D. 37. 6. 1. 10, daß das Edikt „de collatione“ eine Schlußklausel aufwies, die er wie folgt rekonstruiert: „Nisi ita caverint, bona sua tamen conferre coeperint, hos, qui in potestate morientis fuerint, quod ex portione eorum fuerint consecuti, se restitutos recte cavere iubebo.“ (S. 204f.) Diese Lehre des Verf. erscheint mir als eine äußerst gewagte Hypothese, die der Verf. freilich auch als solche ausdrücklich kennzeichnet. Gleichwohl aber stellt das Buch des Verf., selbst wenn man ihm in diesem letzten Punkte nicht folgt, eine wertvolle Bereicherung unseres Schrifttumes dar.

Genf.

Erich-Hans Kaden.

ex libris Antonio Guarino

Finito di stampare
il 16 maggio 2014
Ink Print Service - Napoli