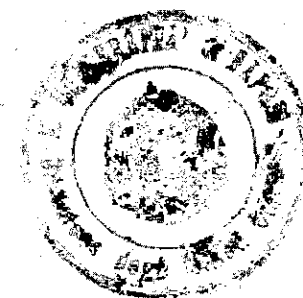


ANTONIO GUARINO

PROFESSORE NELLA R. UNIVERSITÀ DI CATANIA

Le collazioni ereditarie

Corso di Diritto romano



25346

CASA EDITRICE HUMUS - NAPOLI

Introduzione

SOMMARIO. — 1. La dottrina delle collazioni ereditarie. — 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. L'editto « *de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita* ». — 6. Lo editto « *de collatione bonorum* ». Concetto e significato della *collatio*. Critica della definizione del BONFANTE. Epoca dell'introduzione dell'istituto. — 7. Programma del corso.

1. La dottrina delle collazioni ereditarie è svolta, nella compilazione giustiniana, come una dottrina accessoria del sistema della *bonorum possessio*. Senonchè, mentre questa accessorialità 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 (libri 37 e 38), essa riceve una grave smentita in alcuni rescritti, proprio del titolo « *de collationibus* » del Codice (tit. 20 del libro VI), 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 descenditium*) si parla apertamente solo in costituzioni di Giustiniano e che di essa, con assoluta esclusività, si occupa il diritto delle Novelle, mentre non ne fanno parola le fonti giuridiche

pregiustinianee. D'altra parte, sono riscontrabili e sono stati riscontrati i moventi dell'evoluzione, attraverso le alterazioni subite dai testi classici.

Converrà comunque premettere a questa trattazione una visione di insieme del sistema della successione pretoria, nella sua origine e nella sua fase classica. Degli ulteriori sviluppi di quel sistema ci occuperemo di scorcio più in là, facendo la storia della collazione nel diritto postclassico.

2. La *bonorum possessio* (1) 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 del *ius civile*. Ma la dottrina moderna — in omaggio al criterio storicistico dell'evoluzione ed in considerazione dello svolgimento generale di tutta l'attività pretoria — ha esattamente conchiuso che lo scopo originario dell'edificante 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* »).

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

(1) Bibliografia essenziale sull'argomento: LEIST, *Fortsetzung des Glücks-Kommentars, Serie der Bücher 37-38* (tr. it.); LONGO, *Bonorum possessio in Enc. Giur.*; LA PIRA, *La successione intestata e contro il testamento nel diritto romano*; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. VI; BIONDI, *Corso di diritto romano*, 1936, Successioni P. G.

Nella procedura della *legis actio sacramenti*, quale ci è riferita da Gaio (Inst. 4. 13-20), vi era un momento in cui il magistrato, a seguito del prestatò *sacramentum* da parte dei contendenti, « *vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat* ». La *bonorum possessio* non dovette essere altro, dapprincipio, che una consimile attribuzione del *possesso interinale dell'eredità contestata* alla persona che il prudente arbitrio del pretore preferisse.

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 ereditarij gli potevano essere in ogni momento ritolti, a meno che non si fosse operata a suo favore la *usucapione*.

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

Quando, infine, l'istituto familiare agnatizio 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* (130 a. C. ?), 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 la *bonorum possessio secundum tabulas* precede la *bonorum possessio intestati* e le prevale. A sua volta, la *bonorum possessio contra tabulas* viene, a causa del carattere decisamente riformatorio assunto con l'andar del tempo dell'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.

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

A. — L'istituto della *bonorum possessio contra tabulas* si riconnette al cosiddetto *diritto formale degli eredi necessarii*, cioè all'antichissimo principio del *ius civile* « sui heredes aut instituendi sunt aux exheredandi » (cfr. Ulp. reg. 22. 14), coniato dalla giurisprudenza per la prima classe degli eredi civili, i *sui heredes*, a conferma del fatto che essi « domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur » (Gai 2. 157).

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 *exheredatio non rite facta* era la nullità del testamento, trattan-

dosi di un *suius* 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 addolcita in seguito, col permettere di diseredare « in ipotesi » le varie categorie di *postumi* (1), il sistema rimaneva sempre, nel diritto classico, insopportabile, perchè fondato su un vincolo familiare socialmente superato, l'agnazione.

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

Il tenore del suo editto dovè essere, press' a poco, il seguente (cfr. LENEL *Ed. perp.* § 142 ss.).

Liberis, qui neque heredes instituti fuerint neque exheredati, 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.

Notevole la seconda clausola, sulla quale è da farsi una importante nota. Logicamente l'ammissione alla *bonorum pos-*

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

sessio dei *liberi* istituiti eredi, nel caso che l'applicazione dell'editto successorio fosse stata provocata da altri (*commisso 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*.

B. — Anche la *bonorum possessio intestati* fu diretta dall'*aequitas* 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 — nè poteva — sconvolgere « ex imis fundamentis » questi principii, ma — uso parole del BONFANTE — costituì una specie di compromesso tra 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 editale relativa dovette essere, press'a poco, questa:

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

4. Occorre ora vedere quali fossero questi *liberi*, ai quali — sia nel caso di deficienza di testamento, che in quello di *prae-*

teritio o *exheredatio non rite facta* — il pretore accordava, nel diritto classico, 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 *exheredati* sunt.

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

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 (1).

Tali:

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

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

c) i *liberi* « qui in potestate nunquam fuerunt nec

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

sui heredis locum obtinuerunt » (D. 38. 6. 5. 1). 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.

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 spedito mediante il quale il Pretore vocava alla 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*, così l'emancipato non è *suus*, ma viene alla successione *come se fosse* « *suus* ».

Questa finzione si attuava, perloppiù, mediante la rescissione della *capitis deminutio* cui il *liber* aveva soggiaciuto (cfr. D. 37. 1. 6. 1, Paul.). Ma vi sono, lo abbiamo visto, 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 di essere essi discendenti in linea maschile del *de cuius*. Qui la finzione del carattere di *heres suus* 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, qui per bonorum possessionem contra tabulas iudicia patris rescindunt, ex iudicio eius legata liberis et parentibus, uxori quoque nuriue dotis nomine legatum praestare cogam, exceptis his liberis quibus ex causis supra scriptis bonorum possessionem dederò.

6. Senonchè una seconda iniquità — più grave e più frequente — poteva essere prodotta dalla rigida 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'istituto della *collazione*, che fu quindi il naturale adden-

tellato delle *bonorum possessiones contra tabulas e unde liberi* (1).

Collazione è, dunque, l'obbligo posto all'emancipato di apportare i suoi beni, acquistati sino al momento della morte del *pater*, 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.

Questo rigoroso significato avrebbe potuto evitare a molti di dire sin da principio una grave inesattezza definendo la collazione come « contribuzione dei beni dell'emancipato nella massa ereditaria ».

Scrive, ad esempio, il BONFANTE (*Ist.*³ p. 607): « ... 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). Ma ciò è doppiamente errato: 1) perchè i beni dell'emancipato non erano

(1) Sulla collazione, cfr. GUARINO, *Collatio bonorum* (Roma, 1937); id., *Sul modo di attuazione della « collatio emancipati »*, in *Studia et doc. hist. et iuris* 1938, pag. 521 sgg.; id., *Di un rescritto dei divi fratres in tema di collatio bonorum*, in *Atti Istit. Lombardo Sc. e Lett.* 1939-40; id., *Ueber den Begriff der Kollation*, in *Zeitschrift Savigny-Stift., R. A.*, 1939, pag. 509 sgg. Ivi altre citazioni.

(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 implicarlo) possiamo aggiungere l'esempio dei seguenti autori: HUVELIN (*Dr. romain*, I, pag. 716); GIRARD (*Manuel*, 9^a ed., pag. 948); JOERS-KUNKEL-WENGER (*Römisches Recht*, pag. 342). Queste mie osservazioni (esposte in *Collatio bonorum*, pag. 13) hanno fatto presa sull'ARANGIO-RUIZ, il quale, modificando quanto aveva scritto sino alla terza edizione delle sue *Istituzioni* (pag. 519), accetta oggi la mia definizione (cfr. *Ist.*³ pag. 540).

conferiti nella massa ereditaria, bensì a coloro « qui in potestate morientis fuerint »; 2) perchè essi non erano divisi tra tutti i coeredi, ma solo tra l'emancipato conferente e i *sui*, con esclusione di ogni altro emancipato.

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*. Da una parte, *conferre* e *collatio* indicano appunto l'atto dell'*apportare*, nel senso materiale della parola; dall'altra, invece, designano l'atto di *promettere l'apporto dei bona (cavere)*, nel che si risolve giuridicamente l'istituto.

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 possessionis* costituisse il presupposto della *cautio collationis*, mentre essa era soltanto il presupposto del conferimento reale (v. cap. IV e V).

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 »* (LONGO).

Certo è che Gaio Cassio Longino — console del 30 d. C. — conosce il nostro istituto come risulta da D. 37. 6. 2. 5 (v. cap. III n. 3).

Questo, per sommi capi, il concetto e l'origine della collazione in senso proprio: di quella che, per intenderci, chia-

meremo d'ora innanzi, sulla scorta dei testi, *collatio bonorum* o *emancipati*.

7. Lo scopo del nostro corso vuole essere, sopra tutto, quello di ricostruire, nei suoi tratti essenziali, l'istituto della *collatio emancipati* quale esso era nel diritto romano classico: il che faremo nei capitoli I-VI del corso.

Nel capitolo VII passeremo a parlare di una forma anomala di collazione ereditaria, pure conosciuta dal diritto romano classico: la *collatio dotis*.

Nel capitolo VIII, infine, seguiremo lo sviluppo postclassico e giustiniano delle collazioni ereditarie sino alla apparizione di una nuova e diversa forma di *collatio*: la *collatio descendantium*, cui si riattacca in gran parte l'istituto della collazione ereditaria del nostro codice civile.

CAPITOLO I.

Fondamento della "collatio emancipati"

SOMMARIO. — 1. Fondamento della *collatio bonorum* è un principio di equità. Esegesi 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. Tentativi della dottrina per precisare il fondamento della *collatio*. Opinioni del FEIN, del LEIST e dello SCHMIDT. — 3. Critica del concetto della *fictionis sui iuris* come fondamento esclusivo dell'istituto e rigetto dell'opinione del LA PIBA. — 4. La *fictionis sui iuris* non può condensare in sé tutti gli aspetti del principio di equità che informa la collazione. — 5. La *collatio* ha luogo nella *bonorum possessio contra tabulas* e in quella *unde liberi*. Testi relativi. — 6. La collazione fu promessa da due separati editti. La clausola, enunciata in calce all'editto sulla *contra tabulas*, dovette essere *ripetuta* in calce all'editto sulla *unde liberi*. — 7. Le parole introduttive della clausola « de collatione bonorum ». Esegesi di D. h. t. 1. 1 e critica della ricostruzione del LENEL.

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

D. h. t. (37. 6) 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], conaequens 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 (BESELER, SOLAZZI, PRINGSHEIM, GUARINO).

A nostro parere, si tratta del rifacimento postclassico di una dichiarazione ulpiana, che può aver corrisposto alle frasi da noi non incluse fra parentesi quadre.

Qui interessa mettere particolarmente in luce il carattere non genuino di « *in medium conferre* ».

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 materie di società, di cui riportiamo uno certamente genuino.

D. 29. 2. 45 (Iul 1 ad Urs Fer): Et cum quaestus et compendii societas initur, quidquid ex operis suis socius adquisierit, *in medium conferet*: sibi autem quisque hereditatem acquirit.

In questo 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 ». Il passo, anzi, ci certifica 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*, o all'analogo istituto della *collatio dotis*.

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

C. h. t. 4 (Gordian 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 (cap. V), è del tutto alterato.

Rimane ancora

D. h. t. 3. 2 (Iul 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 (cap. III, n. 2) 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* ».

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* ».

E' lecito concludere per la natura non genuina di « in medium » sia in D. h. t. 1 pr., che in C. h. t. 4.

2. Voler precisare il principio di equità che ha consigliato la introduzione dell'istituto della collazione e trasfonderlo 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.

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

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

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

Ma giustamente notava in contrario il LEIST che vi era ancora altro da dire circa il fondamento dell'istituto e, allargando i concetti esposti dal FEIN e dallo SCHMIDT, egli passava a fissare i 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*, questo in tanto avrà diritto alla *collatio*, in quanto venga diminuito nella sua condizione dal concorso di quegli.

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 *fictio suitatis* il pilastro della dottrina della collazione.

3. Della *fictio suitatis* si è avvalso, da ultimo, uno scrittore moderno, il LA PIRA (1), 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 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 agnatizia mediante la *revocatio in communionem* dei peculii dei *fili-familias*. Senonchè, invece di attribuire a questa sua osservazione il valore

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

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 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 ammettere 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 essere giudicato che come 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, per le ragioni viste ora è poco.

4. 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 dell'*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 ri-

gore applicata, la finzione della *suita* 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. *Diversa, sì, ma equa*.

5. Che la *collatio bonorum* abbia luogo nella *bonorum possessio contra tabulas* è testualmente affermato da D. h. t. 1 pr., Ulp. Reg. 28. 4, Paul. Sent. 5. 9. 4.

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

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.

6. Data la precedenza — nell'ordine delle materie editali — della *bonorum possessio contra tabulas* rispetto a quella *intestati* (Introd. n. 4), la clausola « *de collatione bonorum* » dovette dal pretore essere forgiata in seguito a quella « *de contra tabulas bonorum possessione* ».

Ciò spiega perchè le trattazioni sistematiche dei giuristi classici parlino della collazione nei libri dedicati alla *contra tabulas*, anzichè in quelli relativi alla *bonorum possessio unde liberi*. L'estensione di quelle medesime regole a questa seconda *bonorum possessio* era implicita (2).

(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 (os.: perchè emancipato da minor tempo) fare altrettanti guadagni.

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

Tuttavia, non è a credere che la clausola « de collatione » sia per ciò mancata in calce all'editto « unde liberi ».

Trifonino, in un passo molto importante, 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 honorum possessio dabitur, caveri de collatione ab emancipato iubet [—], neque, ex illa parte edicti, qua intestato patre mortuo emancipatus ad honorum 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, 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 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 sarebbe aspettato che si dicesse, infatti, in un modesto accenno?

7. Le parole introduttive dei due editti — alludenti alla *honorum 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 — come dell'ALIBRANDI 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 honorum possessio data erit...* ».

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

a) Il fr. 1. 1 è 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 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* ».

b) La ricostruzione del LENEL si rivela — per queste ragioni — un pò 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.

CAPITOLO II.

Soggetti della « collatio emancipati »,

SOMMARIO. — 1. I soggetti della *collatio bonorum*: l'emancipatus e il suus heres. — 2. Obbligato al conferimento è l'emancipato. 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. — 8. D. h. t. 12 e il principio che « nato confertur ». Critica delle opinioni del FERNICK e del PEROZZI circa il fondamento di questo principio, in base all'esegesi del fr. 12.

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

(1) V. retro, Introd., § 4.

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 possessio* 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, o dato in adozione o arrogato, ma morto poi come uomo *sui iuris*. Può il nipote dato in adozione all'avo ereditare, durante la soggezione alla potestà patria di costui, dal padre emancipato. Può ancora l'*in adoptionem datus*, istituito erede dal padre naturale, ottenere — *commisso per alium edicto* — la *bonorum possessio contra tabulas* di lui, mentre ancora soggiace al potere dell'adottante.

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, quando direbbe Ulpiano, in un brano riportato da

D. h. t. l. 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 fratrum 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* ».

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; ed a questo primo si aggiungono indizi di forma che tralasciamo per brevità.

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 al periodo 161-172 d. C. 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 rescritto dei due fratelli si sia limitato ad affermare 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 dello 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 compellatur. Plane eodem rescripto adiectum est sic: « nisi forte avus iste nullum ex illis bonis fructum adquirere 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 appiccicaticcio lontano un miglio — la prima parte di questo frammento è indubbiamente genuina, ed ha resistito vittoriosamente, come tale, finanche agli attacchi del BESELER.

Il vero rescritto dei *divi fratres* si vince, nel suo contenuto giuridico, di qui ben chiaro: « hoc enim divi fratres rescripserunt, ut ad collationem avus compellatur ». La fatti-

specie valutata da Lucio Vero e Marco Aurelio era, dunque, diversa da quanto asserisce D. h. t. l. 14. Anzi, il carattere non genuino 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. Ora, che essa sia parecchio alterata appare 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 (vedilo *infra* n. 6);

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, qui 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 adquirere vult paratusque est de potestate nepotem dimittere, ut ad emancipatum omne emolumentum bonorum possessio-

nis perveniat. Nec ideo 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 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 distinte tesi giustiniane coincidono quasi perfettamente nelle parole, pur essendo tratti — secondo la testimonianza delle *inscriptiones* — da libri diversi del commentario dell'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. — V? 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 ». 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 » (1).

Da ultimo corrobora validamente tutti questi indizii di inquinamento della l. 6 anche la nota seguente. Il passo ragiona con molta ostentazione ma con poca chiarezza del fatto che al *nepos in potestate retentus* « bonorum possessio intestato 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

(1) Il rescritto, al contrario, se la postulante era una donna (ed anche le donne interrogavano ben spesso gli imperatori), 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 rel.* ».

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

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 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 imperatore.

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 *adoptionem 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. 1. 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 dare 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 accessorialità, 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 con-

cedimento 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 *suius heres*. Il principio della validità dell'emancipazione 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

(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 honorum 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.).

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 giustinianei, 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. lo 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 », nonché — 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, verrebbe chiarito il sistema del diritto classico ed i testi di Ulpiano, sfrondati dalle inserzioni posteriori, potrebbero così — press'a poco — 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 rell.].
- II. L. 79 ad ed: Si quis filium habeat sui iuris et ex eo nepotem in potestate sua, consequenter erit dicen-

dum, si nepos patris suis 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].

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. l. 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. l. 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'emancipazione sia fraudolenta, essa sarà revocata e in tal caso i *sui heredes* non saranno privati della *collatio bonorum* — come avverrebbe se con loro 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 anti-giuridico.

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 edituali, » — insegna il SOLAZZI (1) — « è quello di danno che alcun 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

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

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*, « ante bonorum possessionem petitam ». Vi è solo — fra di loro — l'accomunamento *ipotesico, 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 *suus 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, vedremo più in là.

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 de « *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 pensare 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 (cap. V, n. 2) 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 pa-

terfamilias 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. Indipendentemente dalla considerazione se essi provengono, oppure no, 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.

Ma questo risultato non è piaciuto ad alcuni, che hanno studiato il nostro istituto con gli occhi del presente, anziché con l'obiettività dello storico. Principalmente esso non è

parso giusto al FEIN, 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 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 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 nostri.

✕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.

C. h. t. 9 (Diocl et Max, Ouesimo, 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 > venientem ad collationem forma edicti perpetui certo iure provocat.

8. Molto interessante è

D. h. t. 12 (Paul 41 ad ed): Si praegratem 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.

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 », 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 ditteo « conceptus pro iam nato habetur, quotiens de eius commodo agatur » è, in via preliminare, — e lo dico solo per amor di compiutezza — da escludersi: 1) perchè la collazione è indubbiamente, riguardo al suus, un « commodum », 2) perchè l'ALBERTARIO ha 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 sog-

getto, 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 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.

E' 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 — ha riguardo al concepimento, anzichè 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, oppure 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 (cap. III, n. 7) — 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 istituto si era che la domanda e la risposta avvenissero « inter praesentes » e immediatamente (« *nnitas 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.

CAPITOLO III.

Modo della collazione.

SOMMARIO. — 1. I due quesiti che sorgono circa il modo della *collatio bonorum*. — 2. Come si ripartiva il patrimonio dell'emancipato. Esegesi di D. h. t. 3. 2. 3. — 3. Gli emancipati dovevano conferire, non alla massa ereditaria, ma « bis, qui in potestate morientis fuerint ». — 4. Applicazioni di questo principio nel tit. 37. 6. dei Digesti. — 5. Le particolari applicazioni del principio di D. t. h. 1. 2, 3, in ordine all'editto « *de coniungendis cum emancipato liberis eius* ». — 6. La vieta regola « *tantum confert, quantum aufert* » e sua critica. — 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.

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, quella che a tutta prima di 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 mai avuto, e la espressione usata da D. h. t. I 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* — ad incrementare il patrimonio ereditario e che quindi seguissero, nella divisione, le sorti di esso.

Tali illusioni ci sono, peraltro, subito dileguate da

D. h. 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] < habuerit >, 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 < enim > bona sua conferre [cum] his, qui in potestate fuerunt, iubentur.

Il passo è stato oggetto della critica radicale del BESELER, al quale tuttavia credo di aver risposto ampiamente ed esaurientemente in altre sedi. Non si discute che una mano postclassica si sia poggiata sul brano, ma sarebbe ipercritica mettere tra uncini anche le frasi che noi abbiamo salvato.

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.

4. Vediamo le applicazioni.

Di esse faremo un elenco scarso, 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* $\frac{1}{3}$ 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.

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 et 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].

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 ».

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.

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

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: bonorum, de quibus quaeritur, tres partes fieri debent, ex quibus una 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.

h) I nipoti 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].

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).

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

Stabiliva tale editto che, quando l'avò 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 assicurategli 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).

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 esd. 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 $\frac{1}{3}$ al fratello

in potestate e $\frac{1}{3}$ al *nepos in potestate* — e non certo $\frac{1}{2}$ a costui, perchè non ne è padre —. Comunque, si verifica qui la singolarità che il *nepos in potestate*, pur traendo dall'eredità meno del *filius in potestate* ($\frac{1}{3}$ invece di un $\frac{1}{2}$), 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 cum partes facere, unam sibi < retenturum >, unam fratri, unam isti[s] collaturum: quamvis hi < c > minus quam patruus ex hereditate avi concurrente [patre] < fratre > si[n]t habitur[i] < us >*.

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.

Senouchè, 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, 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. l. 3 (Ulp 40 ad ed): Si ex dodrante 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:

a) l'emancipato deve conferire al *suus heres* il quarto dei suoi beni (SUERIN, BACHOVIVS, 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 *dodrants*, ed ora è un *semis* — (CUIACIO, PFIZER, PRTERSEN, 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. 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 all'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* $\frac{1}{3}$ dei suoi beni, pur togliendo loro nulla più che $\frac{1}{6}$ 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 *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*.

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. l. 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.

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

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...

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. l. 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 cum satisfecisse]. 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 testo, già sospettato dal BESELER e dal DE RUGGIERO, è ampiamente alterato.

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*); « sa-

tisfacere edicto » è dizione grossolana. È 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 - satisfecisse ». 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 si estenda, circa il fr. 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 e necessaria. Qui veramente possiamo dire che Ulpiano intende chiarificare, e chiarifica l'insegnamento di Pomponio.

In definitiva, dal frammento ulpiano riportato da D. h. t. l. 11 risulta che già Pomponio, nella sua opera editale, ebbe a dire che la *collatio*, anziché « cautio », 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 eseguita *re* 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 perchè 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 interpersi sempre, come regola, *a meno che l'emancipato non preferisse di effettuare senz'altro la collazione reale*.

L'importanza della *cautio* è del resto stabilita, nel fr. 1. 11, dalle parole chiarificative di Ulpiano. Il conferimento reale — dice 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, oppur no. Dunque, l'emancipato è tenuto — in un certo momento che più in là preciseremo (cap. IV, n. 3 sgg.) — a dar cauzione del conferimento dei suoi beni, ma non importa sapere *quanto egli debba*. Che se poi egli preferisca di conferire *re*, può farlo, purchè sia ampiamente garantito che, *se egli effettivamente debba*, abbia dato o promesso di dare quel tanto, cui risulterà essere egli tenuto.

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

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

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 — 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. Eppure, qui, la dazione del « *fundum remve aliam* » ha tutta l'aria di prescindere dal consenso del *suus heres*.

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

Paul Sent 5. 9. 4: ... Si satisfacere non possunt, statim ex fide bonorum collationem, excepto peculio castrensi, facere cogenti sunt.

Concludiamo affermando che il diritto classico non conosce 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.

CAPITOLO IV.

La « *stipulatio collationis* »,

SOMMARIO. — 1. Le *stipulationes praetoriae* e il principio che esse non possono essere garantite con pegni e depositi. — 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 RUGGIERO 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 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 BESELER 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 bonorum 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'obiezione del LENEL alla tesi del BESELER. Inopponibilità di questa obiezione 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.

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.

Più propriamente, le stipulazioni pretorie erano dette *repromissiones*, 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 repromissionem: sed perpaucae sunt, quae nudam promissionem habent, quibus numeratis apparebit ceteras non esse repromissiones, sed satisfactiones.*

Senonchè, mentre nel paragrafo seguente Ulpiano indica le tre stipulazioni (*cautio operis novi nuntiatione, cautio damni infecti, stipulatio duplae*) che possono farsi indifferentemente con *satisfactio* 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 « *pignus* ».

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.

Il che conferma anche Bas 43. 4. 6.

E' bene avvertire, tuttavia, che — contrariamente all'opinione manifestata dal DE RUGGIERO — il frammento ulpiano non può considerarsi del tutto immacolato e presenta chiari sintomi di alterazione, dei quali, peraltro, non occorre qui occuparsi da vicino.

2. Che la *stipulatio collationis* si uniformasse a questi principî, 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.*

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 septuagensimo 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, KELLER — spiegare, dicendo che essi provano che il pretore aveva in qualche caso la facoltà di sostituire la *satisfactio* con il pegno. Ma — ha giustamente opposto il DE RUGGIERO — la attestazione del fr. 7 è troppo categorica: ed inoltre è da notare che essa è stata formulata da Ulpiano nella *sedes materiae* delle *satisfactiones* (libro 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 — sostenendo che il primo dimostra la diffusione della *pigneratio* al tempo di Pomponio, di fronte allo stadio primitivo del diritto pretorio — ed il MANICK — 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 *satisfactio* è appunto confermata da Ulpiano nel fr. 7. Al secondo che — ammesso che « *collatio* puramente privata » stia a significare, nei suoi intendimenti, il conferimento convenzionale fra le parti — non di essa poteva discorrere il fr. 1. 9, che parla certamente della *collatio* edittale (« *iubet praetor* »).

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

E l'ha fatto il DE RUGGIERO, 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*, mentre interpolata risulta un'altra deroga al principio del fr. 7, cioè la *depositio* « apud sequestrem » di D. 36. 3. 5. 1. Laonde egli ha sostenuto il carattere interpolatizio, nel fr. 1. 9, di « et » e « et pignori-bus » : parole che ha attribuito senz'altro a Triboniano.

La critica del DE RUGGIERO è stata di poi sostanzialmente approvata dal SOLAZZI, ma questi ha, esattamente, condannata la restituzione del testo come « parziale ». Non si può — egli dice — limitarsi alla eliminazione di « et » e « et pignori-bus » perchè rimane il « *reis* », cui manca ogni tecnicità di significato. « *Rei* » sono gli obbligati in genere, non i debitori : ed anche a sottintendere « 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 la attribuzione del guasto; 2) per quanto concerne la estensione formale di esso.

a) 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 unciua. Io non sostengo — e sarebbe assurdo il farlo — la impossibilità che alcune o tutte le tre alterazioni siano giustinianeae, 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 giustinianeai, 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 riferirci genericamente all'opera in interpolazione svolta dai giuristi dei tempi di Giustiniano, bensì a quei « multa et maxima... quae propter utilitatem rerum transformata sunt » (const. Tanta § 10) dalla commissione tribonianeae. Orbene, se una trasformazione cosciente i tribonianeai 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 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 emblemata, 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 emblemata, 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 giustinianea. — E, finalmente, tanto meno plausibile è l'ipotesi dell'emblemata, se si voglia prestar fede alle parole dello stesso DE RUGGIERO, che « il dubbio che alla *satisfactio* potesse nelle stipulazioni pretorie supplirsi con altra forma di garanzia doveva pur essersi presentato ai giureconsulti (*classici*) ». 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.

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

b) 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 sé 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 *pignus*, 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 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 *negli recisamente* la *pignus* 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 — anziché a lui favorevole, a lui nettamente contrario. Esso ci permette di dubitare « a priori » della classicità del quesito che leggiamo nel fr. 1. 9.

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 Ulpiano — doveva essere dubitoso del principio che le stipulazioni pretorie vanno garantite solo con *satisfactio*.

3. Dobbiamo, ora, domandarci: quando doveva esser fatta la *stipulatio collationis*, se prima o dopo la *datio bonorum possessionis*. 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, nonchè, anche, da D. h. t. 8, che appresso incontreremo.

Meno controversa è invece — strano a dirsi — la dottrina.

Gli studiosi del secolo scorso (FEIN, LEIST, SCHMIDT, WINDSCHEID ecc.) — 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 de' avente diritto.

In tale ordine di idee si sono inseriti la massima parte degli autori moderni, che hanno trattato « per incidens » la nostra materia, a culminare col LENEL, il quale asserve ad esso la sua ricostruzione dell'edito pretorio.

Unica eccezione, a mia saputa, è il BESELER, che — dopo una « prima maniera » tradizionalista — ha, da ultimo, mostrato di riedersi, 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, più che testuali, *logiche* e *dommatiche*, che possono spingere al ripudio della teoria tradizionale.

Un esame minuto del problema si impone, tanto più 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 delle fonti, al fine di attingere una soluzione definitiva. Controlleremo, infine (cap. V) 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 sé — 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 arbitrata* del patrimonio di lui, in base al principio che « quod sine die debetur, statim debetur ».

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 possessio*, di procedere senza 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'antiorità della delazione creditaria 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 ereditarij 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 fondo, 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 sine causa*, 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 bono-*

rum 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, 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 ereditari; e, nel caso di renitenza dell'emancipato a conferire, di costringervelo prima che egli riuscisse ad impadronirsi della quota ereditaria.

In virtù 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 giustinianeî e pregiustinianeî.

A) 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 petant, de conferendo cavere cum satisfactione debent. 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 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*.

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

B) 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 sono disposti a promettere, 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 dar *cautio* non può risultare — per essere giuridicamente rilevante — che da *un qualche atto giuridico loro a contenuto di promessu*. Ma allora è indubbio che quest'atto è giust'appunto la *stipulatio collationis*: 1) perchè nè la logica nè i testi autentificano 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 uoi. Ed è giusto, in conseguenza, il sospetto che il « parati sunt » che vi si legge sia frutto della scaltrezza dell'epitomatore o di un lettore postclassico, il quale ha voluto nascondere — anzi sbiadire — alla meglio una affermazione in troppo stridente contrasto con lo stato del suo diritto.

C) Un valido e diretto ausilio alla teoria della priorità della cauzione proviene anche da un testo della compilazione giustiniana, qualora sia adeguatamente sottoposto a critica.

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 sen-

tentia, maxime cum de bonis parentis inter fratres disputetur]. Quem tamen [facilius] admittendum existimo, si intra [tempus delatae possessionis] < annum > cautionem offerat: [nam post annum, quam delata esset bonorum possessio, voluntariam moram cautionis admittere difficilius est].

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 prometta 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'emancipato agli altri eredi pretorii, i quali abbiano fatta l'*adgnitio* in tempo debito.

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 promessa 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'emanicipato sono di provenienza paterna: quasi che il diritto classico avesse mai posto mente a ciò, per imporre la collazione.

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 picna 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 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, di vincerne le resistenze, per via di interpretazioni ingegnose. Paolo direbbe non più di ciò: è prudente fare la collazione prima di invocare la *bonorum possessio*, per non correre il pericolo di veder respinta a causa di contumacia 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, « *debeant* ». Ulpiano, ammesso che siano sue le parole « si parati sunt cavere », non può riferirsi alla cosiddetta contumacia dell'emanicipato, 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 senso proprio) tale « impreparazione » da impossibilità (cosiddetta *inopia*) e non da mal volere.

Degli autori moderni, soltanto il LONGO 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 questo argomento, per vero dire, non basta a demolire il valore probatorio dei due testi pregiustiniani da noi adottati. La presunzione è che essi riflettano il diritto classico, non viceversa: il viceversa deve essere, cioè, provato. La noncuranza del LONGO per le affermazioni dei due testi pregiustiniani è, dunque, quanto meno, eccessiva.

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 siano a testimoniare una regola affine a quella di D. h. t. 3 pr. e C. h. t. 11, *ma testimoniano un sistema radicalmente opposto*. Ora un'alterazione testuale, per grave che sia, in tanto esiste in quanto è figlia dei suoi tempi, non in quanto eprizzi dal cervello esaltato di un manipolatore estroso e originale. Ecco perchè le attestazioni delle due fonti pre-

stiniane di cui disponiamo riflettono e debbono riflettere il sistema classico.

7. Del resto — a prescindere dal fr. 8 — 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.

T Trattasi di

P. h. t. 3. 5 (Pap 23 dig): Emancipatus praetorius si, dum deliberat, caverit de bonorum collatione nec bonorum possessionem petierit, agente fratre ex stipulatu [ipso iure tutus] < a praetore exceptione tenendus > erit. Sed et si pecuniam contulerit, condictione eam repetit: omnia enim bonorum possessio incipit pecunia sine causa esse apud heredes.

L'emancipato avente diritto alla *bonorum possessio contra tabulas* non si è ancora deciso se *adgnosce* 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 sine causa* ».

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 della richiesta di essere ammesso alla successione pretoria. Ma, ciò asserendo egli mi par che cada in contraddizione con tutte le ragioni dommatiche 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 è quello della *stipulatio* conchiusa « *post bonorum possessionem petitam* », ma — beninteso — sino al momento della *datio* cioè, « *ante datam bonorum possessionem* ».

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'emancipato possa promettere la collazione anche se non sia ancora ben deciso se fare, oppure no l'« *adgnitio* » (« *dum deliberat* »).

Singolarità 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 subiectivi 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 sottrarle, 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 obiettività, sottraendolo alla influenza del fr. 3 pr.

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 farsi « 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 (cap. V).

Esaminiamo, per ora, le due più dirette ed aperte smentite del nostro pensiero.

D. h. t. 3 pr. (lul 23 dig): Praetor non sub conditione collationis bonorum possessionem contra tabulas promittit, sed demonstrat quid data bonorum possessione fieri oportet. Alioquin magna cautio erit emancipati, si non aliter bonorum possessionem accipere intellegere-

tur, 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.

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 collationis non pareatur, denegandas actiones non est ambigui iuris.

Il BESELER ha criticato questi due testi esclusivamente sulla base della contraria affermazione che si contiene nei frammenti pregiustinianeî dianzi esaminati, 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 lo 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 evolti 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 precedere la stessa *adgnitio*. È 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 revisione, 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, 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. Necessità 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...

E qui l'esegesi deve approvarsi, perchè da chiare note risulta il carattere interpolatorio delle restanti parole del fr. 3 pr.

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 <datae eius> [datae collationis] non pareatur, <denegandum 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* posteriormente 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 è, 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 »); « conferre » non suona bene al suo posto, ove ci aspetteremmo piuttosto un « conferri debere », o meglio un « conferendum esse »: « significatur » è 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 ».

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, 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 Massimiano accenni ad una esplicita disposizione (edittole?) circa il conferimento anche ai postumi? L'unica è credere che la dichiarazione sia di Triboniano.

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.* ».

9. Opposizioni testuali alla nostra tesi potrebbero, forse, basarsi su D. h. t. 1. 1, h. t. 12, Coll. 16. 7. 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 tema attuale (cap. I, n. 7).

b) D. h. t. 12 (Paul 41 ad ed) (retro cap. II, n. 8)

nega possa conferirsi al *suus heres* non ancora nato e rimanda la collazione al momento della nascita (« *sed nato confertur* »). Ora — potrebbe dirsi — il frammento prova che la *cautio*, 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 obiezione siffatta sarebbe poco solida, perchè fondata su un caso assolutamente eccezionale, relativo ad una forma specialissima di *possessio bonorum*, la « *bonorum possessio ventris nomine* » (1). 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 possessione, 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) Eccone la clausola, secondo l'ALIBRANDI: « *Si mulier praegrans fuerit mortis tempore et is, qui in utero est, non sit exheredatus, et inter suos heredes futurus sit, ventrem cum liberis in possessionem esse iubebo* ».

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 ») fare « 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. t. 11, là ove dice « petita bonorum possessione »; 2) che gli argomenti favorevoli alla tesi della *cautio* « ante datam possessionem » non possono con facilità adattarsi anche all'ipotesi bescleriana; 3) che la concezione del BESELER è fortemente intaccata dalla giusta obiezione avanzata da ultimo dal LENEL. « Come si deve immaginare chiede — il LENEL — 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'antiorità 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 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 o messo 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.

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 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'amanense o l'epitomatore che si 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. È questa l'ipotesi 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 acci-
pant > de conferend[o] < is bonis suis > cavere cum
satisfactione debebunt. Quod si rell.

CAPITOLO V.

Contenuto e regime giuridico della promessa
di collazione

SOMMARIO. — 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.* ». — 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 — exerceat* » in D. 36. 3. 5. 1. — 21. Il sistema classico, secondo la nostra ricostruzione. — 22. Conferma della nostra ricostruzione tratta da Bas, 41. 7. 1. 9.

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; b) di 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, opur 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.

(1) Lo si desume dal fatto che Ulpiano ne parla nel l. 79 *ad ed.*, e che il testo pregiustiniano di Paolo (Sent. 5. 9. 4) è appunto relativo alle stipulazioni pretorie.

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...

b) Naturalmente, i *bona* dell'emancipato — in applicazione di un principio generale — « non intelleguntur nisi deducto aere alieno » (cfr. D. h. t. 2. 1).

c) In forza di un'altra regola fondamentale — che « *dolus est pro possessione* » — l'emancipato è tenuto anche a conferire l'equivalente di tutto ciò di cui avesse dolosamente perduto la proprietà prima della morte del *de cuius* (cfr. D. h. t. 1. 23). È probabile che l'editto — come il LENEL opina — portasse perciò la clausola « *dolove malo factum est quo minus haberet* ». 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 fondare una fondata aspettativa di collazione.

d) L'emancipato deve, aneora, conferire i frutti e interessi tratti dai *bona* soggetti a collazione, a partire dal momento della morte del padre (D. 37. 7. 5. 1, Papinian.).

3. La individuazione specifica del contenuto della *stipulatio collationis* doveva avvenire *boni viri arbitrato*.

Che la clausola « *vir boni arbitrato* » facesse parte dell'editto, ci è attestato — per la *collatio emancipati* — da

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 edittoale — non presenta soverchie difficoltà; b) di 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, opur 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.

(1) Lo si desume dal fatto che Ulpiano ne parla nel l. 79 *ad ed.*, e che il testo pregiustiniano, di Paolo (Sent. 5. 9. 4) è appunto relativo alle stipulazioni pretorie.

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...

b) Naturalmente, i *bona* dell'emancipato — in applicazione di un principio generale — « non intelleguntur nisi deducto aere alieno » (cfr. D. h. t. 2. 1).

c) In forza di un'altra regola fondamentale — che « *dolus est pro possessione* » — l'emancipato è tenuto anche a conferire l'equivalente di tutto ciò di cui avesse dolosamente perduto la proprietà prima della morte del *de cuius* (cfr. D. h. t. 1. 23). È probabile che l'editto — come il LENEL opina — portasse perciò la clausola « *dolove malo factum est quo minus haberet* ». 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 formare una fondata aspettativa di collazione.

d) L'emancipato deve, ancora, conferire i frutti e interessi tratti dai *bona* soggetti a collazione, a partire dal momento della morte del padre (D. 37. 7. 5. 1, Papinian.).

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 emancipat 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 praeter « viri boni arbitratu » iubet conferri bona [:vir autem bonus non sit arbitratu conferendum id, quod nec habet nec dolo nec culpa desiit habere].

e da

D. h. t. 5. 1 (Ulp 79 ad ed):... viri boni arbitratu 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 (n. 5), 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.

Decisivi sono gli appunti di sostanza. a) Mentre il primo periodo 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 farci sospettare che il periodo terminale sia compilatorio; vale, in secondo luogo, a farci dubitare della genuinità della menzione del dolo nel secondo periodo. Se si ammette — con l'ormai schiacciante maggioranza della dottrina romanistica — l'opinione del DE MEDIO, 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 all'indirizzo generalizzatore, avrebbe potuto, nel fr. 2, commettere una giunzione stilisticamente più brutta e sostanzialmente più sciocca.

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 (cap. IV, n. 3 sgg.) — 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 giustiniane 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 tunc committitur, cum interpellatus cum aliquo spatio, quo conferre potuit, non facit, maxime cum boni viri arbitratu collationem fieri edicto praetoris insertum est.*

Dal frammento ulpiano, perciò, si deduce: 1) che l'editto *de collatione* portava la clausola « *viri boni arbitratu* »; 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 alfine 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 arbitratu collationem fieri edicto praetoris insertum est.

Non credo però che così raffazzonato il testo sia di molto preferibile. Permane la sciatteria dei molteplici « *cum* » cau-

sale con l'indicativo, ed inoltre, a causa dello spostamento di « *maxime* », l'*interpellatio* viene a *completamente* dipendere (anzi che *principalmente*) dalla esigenza del *boni viri arbitratu*; 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 nè esso è soggetto a termine, nè il creditore ha ancora richiesto l'adempimento. Del resto, il non adempimento che seguisse la richiesta del *suus 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 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...

È scomparsa la illogica esigenza della *interpellatio*, ma sussiste l'accento all'*aliquod spatium*, « *quo emancipatus conferre*

potnit ». 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 in quote — rientra fra quelle in cui un termine è implicato dalla qualità della prestazione.

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 *q. praetor iubet, ait etc.* ». È poco probabile, inoltre, che proprio Ulpiano abbia potuto dire che « collatio fit boni viri arbitrato », quand'egli è invece solito dedicare questo costruito (« collationem fieri ») al modo di attuazione giuridica della collazione. « Viri boni arbitrato — avrebbe, al caso, egli detto — *filius cogitur bona sua conferre* », o — come si esprime Paolo nel fr. 2. 2 — « *bona conferentur* ».

Da notarsi è, ancora, la *excusatio non petita* del sistema dell'*interpellatio* e dell'*aliquod spatium*. Non è certo il *vir boni arbitratus* ad esigere un *aliquod spatium*: il termine è, come sappiamo, insito nella natura stessa dell'obbligazione dell'emancipato. 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 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 abbiain cercato di raffigurare nel capitolo precedente — 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 « *vir 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 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 giustinianeî — l'emancipato può essere costretto a conferire solo se « *interpellatus cum aliquo spatio* » non eseguì la prestazione. « *Viri boni arbitrato* » acquista (o riacquista) dunque, presumibilmente, tutto il suo valore in diritto giustiniano.

6. Oggetto dell'*actio ex stipulatu collationis* non è, naturalmente, il compendio dei beni dell'emancipato, ma il loro equivalente pecuniario: « *quanti ea res erit* » (*erit*: al momento della condanna).

D. h. t. 5. 3 (Ulp 79 ad ed): Et siue quis non conferat ex hac stipulatione siue 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): Siue ergo in totum collatio facta non est siue in partem facta, locum habet 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 bonorum possessio » (v. retro, cap. IV, n. 5). 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 noluit », egli non è ammesso a godere del *beneficium bonorum possessionis*.

E volutamente ho riportato due testi, i quali non espri-

mono 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 questa 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, 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 postclassici.

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 (infra, n. 18-22).

8. Contro le considerazioni logico-dottmatiche 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 *promissio* 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 presti la *cautio*, 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 fare la *cautio* (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 *cavere*, perchè non gli riesce di trovar garanti — spetta ai *sui heredes* il diritto di attribuirsi la porzione ereditaria dell'emancipato sotto *satisfactio* 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 (5).

Se i *sui* non possano o non vogliano fornire la *cautio*, subentra il sequestro della porzione dell'emancipato (6).

(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.

(5) Cfr. D. h. t. 2. 9.

(6) Cfr. D. 36. 3. 5. 1, h. t. 1. 10, 1. 13.

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 possessorum* — non dovevano restituire i frutti consumati, mentre, nel caso di *inopia*, i frutti erano in ogni modo riserbati all'emancipato. 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 *suius*, nel caso di rifiuto della collazione *per contumaciam*.

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, 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 rilevare che la stessa dottrina tradizionale, per obbedire ciecamente al dettato delle fonti giustinianee, si è impegolata 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. 5. 1 premette alla *depositio* un altro espediente: il deferimento della « *condicio cavendi* » ai *sui heredes*, perchè si impegnino a re-

stituire « quod ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre coeperit ».

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, 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*.

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 adagiassero nel semplicissimo schema che abbiamo ipotizzato; 4) che la distinzione dei Digesti sia dovuta a tutto il processo dell'elaborazione post-classica, che ha sfociato negli emblematici di Triboniano, ansioso di eliminare una differenza gravissima fra eredità e *bonorum possessio*, nonché 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 giu-

stiniane, 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, lasciata completamente da parte la questione della mancata collazione, ritenendola nel suo insieme frutto di una prassi extraeditale classica.

b) In un secondo momento, 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.

c) Il BESELER, una prima volta, ripudiando la classicità della distinzione fra *contumacia* e *inopia*, ha però sostenuto che certamente il Pretore ebbe ad occuparsi delle conseguenze della mancata collazione.

d) Ma più tardi, 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, 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 giustiniane.

11. Ecco dunque all'esegesi delle fonti.

A) Di D. h. t. 3 pr. ci siamo già occupati (cap. IV, n. 8,

sub A), concludendo per la 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.].

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].

12. C) Un passo della massima importanza per la nostra questione è:

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 gratia esse permittit; princeps autem earum rerum nomine, de quibus fuerat iudicatum mutuas admisit cautiones: sicuti, cum de bonis suis conferendis filius accepta possessione cavere non potest, quia denegamus ei actiones, deferitur 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 exerceat. 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 iurisdicção restituenda erit.

Il testo ha già sollevato forti dubbi, peraltro non precisati, nel FABRO. La critica li rivela, oggi, più che fondati.

Un primo attacco fu mosso dal DE RUGGIERO, nell'intento di sfatare la presunta classicità di un'altra deroga al principio che *praetoriae satisfactiones sponsores desiderant*. Deroga consistente nel deposito, a mo' di *sequestratio*, preso 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 perchè, allora, non invitarlo a compiere il conferimento « re », come insegna il Pomponio di D. h. t. 1. 11? 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 « refectus deponantur », in analogia con la « refectus pecunia » di D. h. t. 1. 10. Ma con ciò non si salva il testo, anzi si viene ad accomunare le sorti dei presunti « refectus » con quelle della « refectus pecunia », le quali, come vedremo, sono tutt'altro che liete.

A sua volta il LENEL 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.

Queste conclusioni sono avvertite dall'ARANCIO RUIZ, il quale fa, da un lato, una critica più mite della frase « sed si nec ipsi-exerceat » e ritiene, dall'altro del tutto genuino l'ultimo periodo.

Molto più completa è la critica del BESELER e del VOLTERRA, fondata su considerazioni, che omettiamo per brevità di riassumere.

Sebbene non mi paia — come dimostrò più oltre (n. 18) — 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 rescriptis eum, a quo res fideicommissae petebantur, cum appellasset, cavere vel, si [caveat] < caveret > [adversarius, ad adversarium] < petitor, ad eum > transferri possessionem debere. [Recte placuit principi post provocationem quoque fideicommissi cautionem interponi: quod enim — oportuit. Sed quare — 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 filiis [accepta possessione cavere] non < cavet > [potest, quia denegamus ei actiones], deferitur condicio cavendi fratribus [ex forma iurisdictionis], quod ex portione fra-

tris fuerint consecuti, cum bona propria conferre coeperit, se restituturos. [Sed si nec ipsi - exerceat]. Possessio autem ex rescripto supra relato non aliter ad eum, qui fideicommissum petit, transfertur, quam si caverit [tametsi maxime fell.].

Il significato del testo risulta ora abbastanza chiaro.

Un erede è stato citato *in ius* dal fedecommissario per sentirsi ordinare la restituzione del fedecommissato. Ma, condannato in prima istanza, egli interpone appello avanti all'imperatore. Invitato dal petitore a prestar cauzione di restituzione del fedecommissato 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 si 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 presti la *cautio* 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.

Così — dice a titolo di chiarimento Papiniano — avviene che nel caso che l'emancipato non cauti « de conferendis bonis suis », il pretore deferisce ai *sui heredes* la *condicio* di promettere la restituzione dei beni ereditarij all'emancipato competente, qualora egli effettui la collazione.

13. D) D. h. t. l. 10 (Ulp 40 ad ed): Si frater cavere non possit, curator portionis eius constituitur, apud quem resecta 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 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, invece, espunge tutto il frammento con fortissimi argomenti formali.

Al BESELER non aderisce in tutto il VOLTERRA, il quale ritiene interpolate soltanto le frasi « apud - collocetur » e « quod si per contumaciam rell. ».

Non sono alieno dall'aderire, in linea di massima, a questa ultima ipotesi. Non vedo, infatti, alcuna ragione formale e sostanziale che inquinino la purezza del testo nella sua interezza.

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 (n. 19) dimostreremo il perchè non ci pare di potervi aderire.

14. E) D. h. t. l. 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 collationem 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.

Di questo paragrafo il BESELER ritiene interpolate le frasi « vel cum - dividit », « detrahi debeat », si quidem - caveat », « quod si - implet », ed inoltre « denegandas ei actiones ».

Ai rilievi del critico tedesco il VOLTERRA aggiunge anche la non bella costruzione « qui non per contumaciam collationem non implet », e, in una col DE RUGGIERO, il « ceteris modis », espressione di indubbio carattere postclassico.

L'argomento più forte contro la genuinità della contrapposizione fra *contumacia* ed *inopia* sta nella frase « nec enim - cavet », 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. l. 24 (*retro* cap. III, n. 4, *sub a*), egli conferisce a ciascuno di essi $\frac{1}{3}$ dei suoi beni. Ora, se egli presta la *cautio* all'uno e non all'altro, potrà per lo meno ricevere — in cambio della « mezza collazione » fatta — un mezzo *emolumentum* della *possessio*, cioè $\frac{1}{6}$ dell'eredità? No, perchè occorre, comunque, che egli abbia prestato la *cautio*, perchè gli sia attribuita la quota ereditaria. Invero oggetto della *stipulatio collationis* non è una frazione dei

beni dell'emancipato, ma sono tutti quei beni: salvo che la pluralità degli stipulanti, cioè delle cauzioni, deve di necessità indurre ad una ripartizione in quote dei beni medesimi.

Il testo genuino di Ulpiano deve dunque, in base a queste critiche, ricostruirsi all'incirca così:

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 actiones]: nec enim videtur cavisse, qui non omnibus cavit. [Quod si per inopiam rell.].

15. F) D. h. t. 2. 3 (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 indizii 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: Il complemento di causa, trattandosi di una persona, avrebbe dovuto rettamente suonare « propter eum ». 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 posses-

sio, ma l'uno ha prestato la cautio, l'altro no. 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 *datio*, 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 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 successori rispetto a lui era di già avvenuta. Se, poi, formalmente l'enunciato dell'ipotesi non è stato alterato, gli è perchè il giurista giustiniano, poco incline ormai a gustare 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.

(1) Cioè, posteriorità della cautio rispetto alla *datio bonorum possessionis*.

Secondo me, il testo genuino di Paolo dovette, pressochè, dire:

Si duo emancipati bonorum possessionem petierint, et unus contulerit, alter non contulerit, huius portio [tantum] < non solum > ei qui in potestate [est] < fuit > prodesse debet, [non] < sed > etiam emancipato [quoniam rell.].

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 collatores, si cautum eis fuerit.

Il DE RUGGIERO non dubita della classicità del frammento e, coerentemente, si preoccupa di sostituire « sponsores » a « fideiussores ».

Anche questo passo è stato, invece, per intero cancellato dal BESELER, ed invero abbondano i motivi formali per concludere che esso sia stato completamente interpolato.

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, 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 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 collationem, 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:

I gruppo

1) L'emancipato deve dar cauzione di collazione.

2) Se non la dà, 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 la dà, i fratelli devono promettere di restituire la sua quota.

3) Se nemmeno essi promettersi, deve essere nominato un curatore, presso il quale depositare la porzione riservata all'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.

18. Ritorniamo a D. 36. 3. 5. 1, con specifico riferimento al brano che interessa l'argomento della collazione.

(Pap 28 quaest):... sicut 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 col-

laboratori, bensì anche uno o più lettori post-classici delle opere di Papiniano.

Al tardo commentatore delle « quaestiones » è probabilmente dovuto l'« ex forma iurisdictionis », che attesta, in veste non genuina, 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 e pregiustiniana.

Anche la prima parte, sino ad « actiones », è visibilmente alterata, ma lo è stata, presumibilmente, dai compilatori. Ed il BESELER 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.

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, per di più, 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.

E' 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 la 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 stolidità, se la si traduca rettamente. Non è vero che il figlio, *accepta bonorum possessione*, non possa prestare la *cautio* 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 inconseguente? Evidentemente, no. Il suo strafalcione ha da essere stato involontario — dirò di più — addirittura, in un certo senso, fatale: nell'assillo di modificare una qual-

che 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, deformata, 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] < pos-
sit >, 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 pr. (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 alla 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 possessione » — avrebbe potuto restare 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 — 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 *mutae cautiones* e fu per stabilire una analogia con il caso dell'*appellatio*, che egli fece ricorso ad un sistema pressochè 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.

Il fr. 1. 10 — allo stadio della ricostruzione del VOLTERRA — suona, come sappiamo, così:

Si frater [caveret] 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 la eliminazione del contrasto « quod si per contumaciam rell ».

Anzi, è appunto l'annullamento di questo contrasto che invita a chiederci, se il « caveret 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 lo 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'accenno alla impossibilità di « caveret » da parte del *frater*, cioè del *suus heres*, è passato provvidamente a rappresentare un accenno alla impossibilità di *satisfare* 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*) caveret 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 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, il quale condanna soltanto « ut sequestrem ». Ed io credo ch'egli abbia perfettamente ragione: il periodo, malgrado sia evidentemente guasto, riflette, non v'è motivo per negarlo, un contenuto genuino. Le affermazioni di D. h. t. I. 11 — nella nostra interpretazione — risultano esatte.

Resta a chiarire perchè mai il Pretore preveda soltanto il caso che i « *sui heredes* » non possano cantelare. 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 soltanto la propria impossibilità di trovar garanti per *satisfactio*. Nel qual caso è probabile che il pretore lasciasse agli eventi di seguire il proprio corso, ed alla *bonorum possessio* di procedersi con esclusione dell'emancipato.

21. Più in generale, io proporrei 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, deferitur 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 eligendum, apud quem bona deponantur, quique utiles actiones a praetore datas exercent.

Reputo inoltre che il testo classico di D. h. t. I. 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 caverit, bona tamen conferre coepit, deferatur condicio cavendi fratri, qui in potestate fuit, quod ex portione eius fuerit consecutus, se restitutum >. Si frater cavere non potest, curator portionis 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 (cap. III, n. 8) — la *collatio* « re » è implicita nel sistema della collazione, perchè è naturale che quel 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 ».

22. La congettura da me or ora formulata (n. 18-21) è indubbiamente audace ed è stata accolta con una certa diffidenza dal KADEN, allorquando l'ho esposta fu la prima volta (in *Collatio bonorum*, pag. 176 sgg.).

Ritengo opportuno rilevare, in questa sede, che una singolare e (almeno per i miei contraddittori) sorprendente conferma della mia ipotesi è data dai *Basilici*, nei quali — secondo la teoria oggi dominante — non sempre appaiono tradotti in greco i testi *giustiniani*, ma spesso compaiono elementi *pregiustiniani*: il che si spiega pensando che già prima di Giustiniano esistevano traduzioni greche delle opere classiche e che queste traduzioni sono state poi adattate, non sempre con la necessaria accuratezza, ai testi riformati della compilazione.

Il testo dei *Basilici* che corrisponde a D. h. t. 1. 10 è Bas. 41. 7. 1. 9 (HEIMB. 4. 164). Ivi si incontra uno scolio di Cirillo, che, mentre traduce sino a un certo punto senza deviazione il § 10, continua poi così (riferisco la traduzione latina):

...Si *suus* cavere non possit, curator portionis eius constituitur.

Suus, dunque, e non *emancipatus*. Ecco un indizio veramente prezioso circa la fondatezza della mia ipotesi. Cirillo, avendo davanti agli occhi una versione greca del testo classico di Ulpiano, la ha modificata imperfettamente ed ha parlato di un *suus* che non può cavere, anziché (come Giustiniano) dell'*emancipatus* che non cavet per *inopia*.

CAPITOLO VI.

I presupposti del conferimento reale

SOMMARIO. — 1. I tre presupposti. — 2. Così l'emancipato come il *suus* devono fruire della stessa *bonorum possessio*. — 3. Essi devono fruire della *bonorum possessio* nel medesimo « *ordo* ». Esegesi di D. 37. 4. 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. La 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. 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.

1. *Data bonorum possessio*. 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 pretorilmente 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 evincano logicamente del 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 (retro, cap. 4, n. 7).

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: 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.

D. 37. 4. 20. 1 (Triph 19 disp): Videamus tamen [isto] < hoc > casu, quo utrique ad bona patris ve-

niunt, an ei conferre debeat emancipatus: nam neque ex hac parte edicti [verbis] id facere cogitur, [unde contra tabulas accepit bonorum possessionem], quae inter eos, quibus ita 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 enim 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, admisso 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 > omissio[e] < in > hereditat[is] < em > a scripto herede (nihil habituro propter delatam emancipato a praetore contra tabulas bonorum possessionem) nomen sui heredis adeptus est.

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 dalla giurisprudenza « *ex mente praetoris* » negare il diritto alla collazione al *suus* che non abbia sofferto menomazione dei propri diritti ereditari 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* »), nonché 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 *honorum possessio* e della stessa *honorum possessio*, risulta da D. h. t. 10.

(Scaev 5 quaest): Si filius in potestate heres institutus adert et emancipato petente *honorum possessio-*

nem 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.

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. E 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 HALOANDEZ l'emenda « *eo iure, quo* ». Comunque, il « *posset* » per « *potest* », la costruzione « *magis sentio, ut* », nonché l'uso di « *utique cum* », già bollato dal KUEBLER, sono bastevoli per far pendere la bi-

(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 heredo 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.

lancia 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 nelle sue convinzioni, sia passato ad esporre indifferentemente una opinione tanto radicalmente opposta.

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.

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 omesso 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*, portava a concepire come *formalità* inutili tutti quelli che un tempo erano *requisiti formati* 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 (« *commisso 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.

Mi trovo in ciò perfettamente d'accordo con il FEIN, con lo SCHMIDT e col LEIST, 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 ammettesse 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 >*, cogendum emancipatum, ut tantum heredi eius conferat, quantum conferret ipsi, si viveret. Quod si ante *bonorum possessionem acceptam decesserit suus, heredem eius praetor [ita] tueri debeat*, 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 honorum possessio admissa non est].

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. Ma se egli non ha avuto il tempo di *accipere* la *bonorum possessio*, il fatto che il pretore tuteli i *sui heredes*, 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*.

8. Terzo presupposto del conferimento reale — non formale, come gli altri, ma di fatto — è che il concorso dell'emancipato procuri un danno al *suus heres*, provochi cioè una diminuzione della quota ereditaria, che gli sarebbe spettata per diritto civile.

Mentre i due primi presupposti, come abbiamo già notato, si evincevano dai *verba edicti*, questo terzo si era costituito per interpretazione giurisprudenziale e promanava dall'atmosfera stessa ispiratrice dell'Editto: dall'*aequitas praetoria*.

Nel titolo 37, 6 delle Pandette chiariscono questa regola giurisprudenziale i seguenti paragrafi:

D. h. t. l. 4, 5, 6, 7 (Ulp 40 ad ed): Pater filium quem in potestate habebat et extraneum heredem] < s > scripsit, emancipatum praeteriit: 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 incommode 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 didit.]

Sed et si legatis meruit semissem vel tantum, quantum contra tabulas bonorum possessione occupat, dicendum est non esse [cogendum ad collationem] < conferendum >.

Una critica razionale di questo testo, sulla scorta del BESELER, 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. Ad esso, come giustamente opina il BESELER, va senz'altro riatteccato 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*.

CAPITOLO VII.

La « collatio dotis ».

SOMMARIO. — 1. Cenni generali sull'istituto. — 2. Le opinioni della dottrina romanistica sulla « collatio dotis ». — 3. La nostra dottrina. — 4. *Prima questione*. La « collatio dotis » è stata realmente introdotta e disciplinata dall'editto pretorio? Esame critico di D. h. t. I pr. Carattere parafrastico della prima parte del testo. — 5. Elementi per ritenere che la introduzione pretoria della « collatio dotis » è fortemente improbabile. — 6. Ipotesi sul dettato genuino del fr. I pr. e sulla origine della « collatio dotis » come portato della elaborazione giurisprudenziale nel II sec. d. C. Spiegazione della parafrasi postclassica. — 7. *Seconda questione*. Quale fu il soggetto passivo della « collatio dotis »? Obbligata al conferimento della *dos* fu tanto la sua *heres*, quanto la *emancipata*. — 8. Testi a riprova e conferma della nostra tesi: D. h. t. I. 1, 2; h. t. 2. — 9. *Terza questione*. Quali furono i soggetti attivi della « collatio dotis »? I suoi *heredes*, ma forse anche, in certi casi, gli *emancipati*. Discussione dell'alterazione dell'ultimo periodo di C. h. t. 4. — 10. *Quarta questione*. La « collatio dotis » andava fatta anche a favore delle altre figlie dotate? Risposta negativa. Carattere spurio di D. h. t. I. 4. — 11. *Quinta questione*. Oggetto della « collatio dotis » fu la sola *dos profecicia*, o anche ogni altra sorte di *dos*? Analisi dei testi addotti a riprova dell'opinione più largheggiante, che si accetta: D. h. t. I. 1 e 7, C. h. t. 4.

1. Il diritto romano classico conobbe, accanto alla *collatio bonorum* o *emancipati*, un'altra forma di collazione (*collatio dotis*), che non a caso abbiamo qualificato altra volta (Intr., n. 7) anomala.

In brevi parole, la *collatio dotis* consistette in ciò. Le *filiae* del defunto, che fossero andate a nozze munite di dote, erano

tenute a conferire la dote stessa ai loro consuccessori, come « *conditio sine qua non* » per la partecipazione al patrimonio del defunto padre.

Il fondamento dell'istituto della *collatio dotis* non fu, evidentemente, lo stesso di quello della *collatio emancipati*, ma fu un fondamento, soltanto *analogo* a quello. Si pensò, cioè, che fosse iniquo ammettere gratuitamente alla successione *mortis causa* del *pater* la *filia*, quando questa avesse acquistato, per effetto della sua andata a nozze, una dote. Per ristabilire la equità di trattamento dei consuccessori si costrinse, di conseguenza, la *filia* a conferire la dote ai suoi fratelli.

Senonchè le cose non sono, in questa materia, così semplici come possono apparire a prima vista, in base ai cenni volutamente generici che abbiamo adoperato per adombrare nei suoi tratti generali il nostro istituto. Chi ben guardi, la *collatio dotis* è un istituto che si sottrae al tentativo di precisarne i contorni nel diritto classico; tanto è vero, che di essa si è preoccupata assai poco, e sempre di sfuggita, la critica romanistica moderna.

Neanche noi potremo fare, in questa sede, per evidenti esigenze di spazio, la trattazione approfondita, che l'interessante argomento meriterebbe. Cercheremo, tuttavia, di impostare alcune delle più interessanti questioni storiche e dogmatiche e di indicare per sommi capi quella che può essere a nostro avviso, per ciascuna di esse, la retta soluzione.

2. Incominciamo col riferire quel poco che la dottrina romanistica ha sinoggi affermato di più preciso, qua e là nei suoi contributi, in merito alla *collatio dotis*.

a) Nessuno dubita oggi che la *collatio dotis* sia stata in-

trodotto dall'editto pretorio. Il LENEL, nella sua ricostruzione dell'editto (par. 145), cita a questo proposito la prima parte di D. h. t. (37, 7) 1 pr. (infra, n. 4), ed aggiunge che, oltre a ciò ed oltre al fatto che anche la *collatio dotis* doveva essere fatta « boni viri arbitrata » (cfr. D. h. t. 5, 1), non possono essere scorti altri dettagli sul regolamento pretorio dell'istituto: dunque, che la *collatio dotis* fosse prevista e regolata dall'editto non è posto nemmeno in discussione.

b) Tutti sono d'accordo nel ritenere che soggetto passivo della *collatio dotis* fosse soltanto la sua *heres*, cioè colei che al momento della morte del padre era sotto la sua *patria potestas*. Il BONFANTE (*Ist.*, pag. 607) parla, in verità, della « figlia andata a nozze assoggettandosi alla *manus* », ma si tratta di un errore troppo evidente, perchè questa dichiarazione possa essere considerata come una opinione personale del grande Maestro: è incontestato, infatti, che la dote non si aveva proprio nel caso di *conventio in manum mariti* della donna, perchè (come dice altrove lo stesso BONFANTE) « la dote ricadeva sotto il diritto generale del nuovo *paterfamilias* », e quindi non era tecnicamente una *dos*.

Piuttosto, è degna di menzione, a questo proposito, una fugace dichiarazione del LAURIA (*La dote romana*, pag. 37, nota 97), secondo il quale era tenuta a conferire la *dos*, non solo la sua *heres*, ma anche la *filia emancipata*, « almeno dopo il rescritto di Antonino Pio » di cui in D. h. t. 1 pr. Ed il LAURIA cita a sostegno di questa tesi:

D. h. t. 1, 2 i. f. (Ulp 40 ad ed): ...emancipata autem neptis dotem et bona sua soli nepoti, non etiam patruo conferet.

c) La comune dottrina ritiene che soggetti attivi della *collatio dotis* fossero i soli sui *heredes*, non anche gli *emancipati*; soltanto Gordiano (C. h. t. 4) avrebbe ammesso a godere del conferimento, limitatamente alla *dos profecticia*, anche i *filii emancipati*.

Contrariamente a questa tesi comune, L'ALBERTARIO, seguito dal PRINGSHEIM e da me (già da tempo) contraddetto, ha invece sostenuto che l'obbligo della *collatio dotis* a favore degli emancipati sia stato una innovazione post-classica, penetrata per via di interpolazione nel rescritto di Gordiano.

d) Nessuno contesta che una piega radicale alla dottrina della *collatio dotis* fu impressa da Antonino Pio, il quale, in un suo rescritto (riferito in D. h. t. 1 pr.) estese la *collatio dotis* dal caso della richiesta della *bonorum possessio contra tabulas* e *unde liberi* anche all'ipotesi che la sua *heres* succedesse come erede civile al padre senza esercitare il *ius abstinendi*.

e) Quanto all'oggetto della *collatio* di cui si tratta, cioè alla *dos*, nessuno naturalmente dubita che in realtà la filia non conferiva i beni dotali, perchè questi non facevano parte del suo patrimonio, ma sarebbero venuti a farne parte se ed in quanto il matrimonio si fosse sciolto per divorzio o premorienza del marito. Dunque, la donna prometteva il conferimento della dote, se ed in quanto fosse per esserle restituita.

Le contestazioni sorgono, invece, circa l'estensione dei beni dotali soggetti alla promessa del conferimento. La comune dottrina non ha mai dubitato che fosse da conferirsi tanto la *dos profecticia* (cioè la *dos a patre profecta*) quanto la così detta *dos adventicia*: spiega, anzi, il PEROZZI (*Ist.* 2, pag. 641 e nota 4) che differenza non si faceva e non poteva farsi

fra i due tipi di dote, « perchè, costituendo la dote un suo bene particolare (*della filia*) che non entra nell'asse ereditario, rispetto ad essa è come una figlia emancipata ».

Senonchè qui l'ALBERTARIO ha sollevato, di recente, una vivace opposizione, sostenendo l'interpolazione dei testi che parlano del conferimento della *ed. dos adventicia* ed assumendo che in origine fosse da conferire la sola *dos profecticia*: soltanto il diritto post-classico avrebbe stabilito l'estendimento della collazione della *dos profecticia* anche a favore degli *emancipati* (vedi *retro* sub c) ed avrebbe altresì stabilito che ai *sui heredes* fosse da conferire anche la *dos adventicia*. A questa tesi dell'ALBERTARIO ho già replicato, in sede critica, io e su questo punto la mia replica ha avuto il conforto dell'adesione del PRINGSHEIM.

f) Accordo completo, in dottrina, circa il modo della collazione, che si ritiene essere identico a quello della collatio emancipati. Unica differenza che da alcuni si segnala (differenza, per vero, importantissima) è questa: se concorrono più *filiae* dotate, la collazione deve avvenire non solo a favore degli altri *sui*, ma anche reciprocamente (cfr. D. h. t. l. 4).

g) Che la *stipulatio collationis* fosse identicamente regolata nella *collatio bonorum* e nella *collatio dotis* non vi è chi dubiti. Come noi abbiamo dimostrato che il regime classico di questa *stipulatio praetoria* fu ben diverso da quanto solitamente si crede, possiamo sin d'ora estendere le nostre conclusioni alla *collatio dotis*.

3. La nostra dottrina, in merito alla *collatio dotis*, può essere espressa nelle seguenti proposizioni.

a) La *collatio dotis* non fu punto introdotta e disciplinata

dall'editto pretorio, come comunemente si crede. Essa fu concepita, con tutta probabilità dalla giurisprudenza classica, lavorando di interpretazione sulla *collatio bonorum*. E' supponibile che i giuristi classici abbiano incominciato con lo estendere il concetto di *bona emancipati* sino a ricomprendervi la *dos* da restituire alla *filia*; che, in un secondo momento, essi abbiano ritenuto che l'obbligo della *collatio dotis* ricadesse anche sulla *sua heres*; che, infine, abbiano trovato appoggio in un rescritto di Antonino Pio per trarre l'ultima conseguenza da questa evoluzione, e cioè che la *sua* fosse tenuta al conferimento anche se partecipasse alla *hereditas* paterna, senza astenersene.

b) Soggetto passivo della *collatio* fu, per conseguenza, ogni *filia*, fosse essa *sua* o *emancipata*. Salvo che, mentre il conferimento gravava, nel caso di ammissione alla *bonorum possessio*, tanto sulla *sua* quanto sulla *emancipata*, esso ovviamente era dovuto esclusivamente dalla *sua heres*, nel caso di delazione della *hereditas*: ovviamente, perchè l'*emancipata* non partecipava all'*hereditas* civile, dunque non poteva essere presa in considerazione come conferente.

c) Soggetti attivi della *collatio* furono i fratelli *sui heredes* della conferente. Ma sin dal diritto classico dovette farsi strada l'opinione che la *dos* andasse conferita da ogni singola *filia* dotata a tutti i *fratres* non del pari muniti di *dos*, quindi, eventualmente, anche ai fratelli *emancipati*.

d) Oggetto della *collatio* fu ogni sorta di dote alla cui restituzione la figlia avesse diritto: sia *profecticia*, sia costituita da altri al marito. Il diritto post-classico limitò progressivamente l'oggetto della *collatio* alla sola *dos profecticia*, partendo dal principio che dovesse essere conferito soltanto quello che fosse provenuto dal *pater*.

e) Per tutto il resto, il regime classico della *collatio dotis* fu perfettamente analogo a quello della *collatio bonorum*. In particolare, non è classica la regola (o meglio, l'eccezione alla regola della *collatio emancipati*) secondo cui il conferimento andava fatto da ciascuna figlia a tutti gli altri fratelli, ivi comprese le altre figlie dotate.

Noi riteniamo, insomma, che la *collatio dotis* vada concepita, per diritto classico, come un istituto di formazione giurisprudenziale, il quale ebbe due campi di applicazione distinti e separati: l'uno nella *bonorum possessio contra tabulas* ed *unde liberi*, l'altro nella *hereditas civile*. Dalla fusione e confusione di questi due diversi ordini di applicazioni derivò, come diremo (infra, cap. VIII), la nuova collazione del diritto post-classico - giustiniano.

A. *Prima questione*. La *collatio dotis* è stata realmente introdotta e disciplinata dall'editto pretorio?

L'unico testo da cui l'introduzione pretoria del nostro istituto risulterebbe è:

D. h. t. (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 petierit bonorum possessionem, ad collationem dotis per arbitrum familiae eriscundae posse compelli.

La comune dottrina interpreta questo frammento così. Malgrado che l'editto stabilisca che la *filia* « sua heres » è tenuta alla *collatio dotis* soltanto se chiedi la *bonorum possessio contra tabulas* o *unde liberi*, tuttavia è da ritenere che essa sia obbli-

gata al conferimento anche quando succeda al padre *iure civili* (come *heres necessarius*) ed ometta di esercitare il *beneficium abstinendi*. Ciò fu appunto sancito da un rescritto di Antonino Pio ad un certo Ulpio Adriano.

Bisogna subito dire, peraltro, che il primo periodo del fr. 1 pr. è palesemente spurio. Il BESELER, avversato dal LENEL, sostiene la sua natura di parafrasi postclassica e, a mio parere, è innegabile che egli abbia fondamentalmente ragione.

Gli indizi di forma non mancano. « Quamquam » è costruito col congiuntivo (« cogat »), anziché con l'indicativo. « Quamquam ... praetor cogat filiam, ... attamen (filia?) conferre debet » è un evidente anacoluto. « Debet » sta in luogo di « debet », « filia » è generico: si capisce che trattasi della « filia, quae in potestate morientis fuit » soltanto dalla seconda parte del periodo (solo la sua *heres*, infatti, può succedere *iure civili*, nella categoria dei *necessarii*).

La tesi critica del BESELER è esatta. Tutto sta a vedere, ora, se ed entro quali limiti la parafrasi postclassica rifletta lo stato del diritto classico.

Contrariamente al BESELER, io ritengo che un fondo di classicità vi sia nel periodo ora esaminato. Si guardi alla menzione del *praetor*, che difficilmente sarebbe stata fatta, di sua propria iniziativa, da Triboniano o anche da un commentatore postclassico. Si guardi ancora al « si petat bonorum possessionem »: il diritto postclassico, come sappiamo, non faceva dipendere l'obbligo di conferire dall'aver chiesto, ma dall'aver ottenuto la *bonorum possessio*. Si guardi infine (anche se è, in fondo, una « nuance ») all'uso del tempo presente nella frase « quamquam... praetor cogat »: un lettore postclassico, anche

se avesse voluto far menzione del *praetor*, avrebbe almeno adoperato un tempo storico (« cogeat », « coegit » ecc.).

In conclusione, noi ci troviamo a dover risolvere questo problema. Ulpiano ha probabilmente parlato di una *filia* (che specie di *filia*?) tenuta a conferire la *dos* per disposizione dell'editto pretorio, se ed in quanto chiedesse l'ammissione alla *bonorum possessio*; forse egli ha anche aggiunto che la *filia* (quale *filia*? la stessa della prima ipotesi?) è tenuta al conferimento anche in altri casi, ed in particolare anche quando (essendo una *sua heres*) succeda al *pater* « iure civili »; ed a sostegno di questa tesi egli ha anche citato un rescritto di Antonino Pio. Tuttavia (e qui sta il secondo corno del dilemma), un commentatore postclassico ha parafrasato queste dichiarazioni di Ulpiano per renderle più concise, e la parafrasi postclassica ha sostituito, nel corso delle trascrizioni, l'originario dettato classico.

Il dubbio che la parafrasi postclassica non rifletta con tutta chiarezza, principalmente a causa della sua studiata concisione, il primitivo insegnamento di Ulpiano mi sembra incoercibile.

5 A mio avviso, le massime ragioni di dubbio si appuntano sul se Ulpiano abbia realmente detto, nel testo originario del fr. 1 pr., che il pretore costringeva alla *collatio dotis* la *filia* « sua heres » che chiedesse la *bonorum possessio contra tabulas* o *unde liberi*.

Vi sono elementi per ritenere che la introduzione pretoria della *collatio dotis* sia fortemente improbabile.

a) Anzi tutto è da tener presente che nel tit. D. 37. 7 (« de dotis collatione »), a differenza del tit. D. 37. 6 (« de

collatione bonorum »), noi troviamo, di passi che si riferiscano alla *collatio dotis*, un solo brano del commentario edittole di Ulpiano (fr. 1), estratto dal libro 40 di esso. Mancano qui frammenti dei libri corrispondenti del commento di Paolo *ad edictum* (libro 41) e dei *digesta* di Giuliano (libro 23). Di passi *ad edictum*, non troviamo, a parte quello riportato nel fr. 1, che un breve passo del commentario *ad edictum provinciale* di Gaio (fr. 2), passo che si riferisce tuttavia alla *collatio bonorum* e costituisce, nel tit. D. 37. 7, una cd. « lex fugitiva » (FEIN). Dopo di ciò, gli altri sette frammenti del titolo « de dotis collatione », appaiono estratti dalle *disputationes* di Ulpiano (fr. 3), dai *libri ad Q. Mucium* di Pomponio (fr. 4), dai *libri responsorum* di Papiniano (fr. 5, 6, 7) e di Paolo (fr. 8), nonché dai *libri disputationum* di Trifonino (fr. 9).

Come facilmente si vede, in tema di *collatio dotis* i Digesti ci offrono ben poco di testi giuridici che si riferiscano all'editto, e al supposto editto della *collatio dotis*. Prevale, invece, il materiale estratto da opere di casistica (fr. 3 e 5-9), il che induce a sospettare che la *collatio dotis* non sia un istituto pretorio, ma una creazione giurisprudenziale. Quanto al fr. 1, estratto dai *libri ad edictum* di Ulpiano, basterà ricordare che Ulpiano, ancor più di Paolo, sovrabbonda, nel suo estesissimo commentario edittole, in *excursus* relativi ad istituti non di diretta introduzione pretoria, ma di indiretta derivazione da istituti edittole.

b) Uno sguardo al fr. 1 di D. 37. 7 dimostra chiaramente, che in esso non si parlava punto della sola sua *heres*, ma anche e sopra tutto della emancipata.

Particolarmente interessante, a questo proposito, è il par. 1, ove si legge:

Si in stipulatum deducta sit dos, si quidem ipsa mulier stipulata sit vel ipsi negotium gestum, aequae conferre cogetur. [rell.]

La mulier ha fatto una *stipulatio* (per la restituzione della dote) ed è egualmente tenuta alla collazione: evidentemente qui la mulier non è una *alieni iuris* (chè altrimenti non avrebbe potuto compiere il negozio), ma una *sui iuris*, cioè una « emancipata ».

Potrei continuare, ma me ne astengo per brevità. E mi astengo, per lo stesso motivo, dall'indicare perchè il fr. 2 (Gui 14 ad ed prov) non si riferisce punto alla *collatio* della sua *heres* ma alla *collatio emancipati*.

c) Vi è, infine, un altro argomento che ci induce a credere che il pretore non abbia introdotto egli stesso l'obbligo del conferimento della *dos* a carico della sua *heres*. Indubbiamente fu l'editto pretorio, con l'introduzione dell'*actio rei uxoriae*, a dare inizio allo scalzamento del tradizionale principio secondo cui la *dos* era di proprietà del marito, ma nè l'editto pretorio (la cui efficacia produttiva si spese nel corso del I sec. d. C.), nè l'ulteriore sviluppo giurisprudenziale classico valsero — come oggi generalmente si riconosce (ARANCIO-RUIZ, ALBERTARIO) — ad invertire il principio, sì da far concepire la *dos* come proprietà della moglie. Orbene, per quanto particolarmente riguarda l'editto pretorio, va ricordato che le applicazioni dell'*actio rei uxoriae* da esso introdotte furono assai più ristrette di quelle ammesse più tardi dalla giurisprudenza classica. E' pensabile che proprio l'editto pretorio abbia introdotto la *collatio dotis*, cioè un istituto che, se non presuppone che la *dos* sia di proprietà della moglie, presuppone almen-

che essa sia per tornare nella maggior parte dei casi alla mulier dopo lo scioglimento del matrimonio?

L'obbligo del conferimento della *dos* non è, storicamente, ben situato neanche nell'ambiente del I sec. d. C.: esso, per quanto sappiamo circa lo sviluppo subito dall'istituto dotale, si trova molto maggiormente a suo agio nell'ambiente del II sec. d. C., ma è assolutamente incredibile che in quest'epoca l'editto pretorio abbia subito l'aggiunto di nuove clausole (non fosse altro, perchè, secondo la tradizione canonica, l'editto fu « codificato » sotto Adriano da Salvio Giuliano).

Possiamo, dunque, concludere, che, in mancanza di prove più degne del parafrastico primo periodo di D. h. t. I pr., è legittimo, e sopra tutto prudente, ritenere che la *collatio dotis* non sia stata introdotta dal *praetor urbanus*, ma che essa si sia affermata progressivamente attraverso l'elaborazione giurisprudenziale del II sec. d. C.

6. Le considerazioni sinora svolte, mi inducono, pertanto, a formulare l'ipotesi che Ulpiano abbia detto, nel fr. 1 pr., qualcosa di ben diverso da quello che ora si legge. Egli, parlando dell'oggetto della *collatio bonorum*, deve aver detto che deve essere conferita (dalla *filia emancipata*) anche la *dos*, o meglio che la *filia emancipata* deve promettere di conferire anche i beni dotali, se, in quanto e nei limiti in cui le saranno restituiti dal marito (in caso di divorzio) o dagli eredi del marito (in caso di scioglimento del matrimonio per premorienza del marito).

Dopo aver accennato a questo primo risultato della interpretazione giurisprudenziale del II sec. d. C., Ulpiano deve aver aggiunto che, anzi, per quanto riguarda il conferimento

della *dos*, non è a far questione di *filia emancipata* o di *filia in potestate*, ma di *filia dotata* (*emancipata* o *sua heres* che sia): anche la *sua heres* è, dunque, tenuta al conferimento della dote, sia che venga alla *bonorum possessio*, sia che partecipi alla divisione dell'*hereditas* con i *fratres in potestate*. Ed a sostegno di questa illazione Ulpiano ha addotto il rescritto del divo Pio, che esplicitamente riconosce essere tenuta la *filia* (*heres sua et necessaria*) alla *collatio dotis*, «per arbitrum familiae erciscundae», cioè in sede di divisione dell'*hereditas*, anche se non si versi in tema di *bonorum possessio*.

Si consideri ora la posizione del lettore postclassico di fronte al testo di Ulpiano. Egli vive in un'epoca in cui, come diremo (cap. VIII), la *bonorum possessio* ha incominciato a fondersi con la *hereditas* ed *heredes* (o comunque, successori universali) sono considerati i discendenti di sangue, senza distinzione tra *sui* ed *emancipati*. Ecco, dunque, che egli ha avuto un motivo per parafrasare il discorso di Ulpiano nel modo che oggi leggiamo in D. h. t. 1 pr.; e, più precisamente, egli ha chiarito (dinanzi al suo spirito, beninteso, non dinanzi alla obbiettività storica) che la *filia* — *sua* o *emancipata* che sia, poco importa per lui, notarlo! — è tenuta a conferire la *dos*, sia che acceda alla *bonorum possessio*, sia che acceda all'*hereditas*.

Se si accettano queste conclusioni, cade uno dei veli più fitti che avvolgevano la storia della *collatio dotis*. E mi piace notare che già antichi interpreti del fr. 1 pr. (STRUV, SICHARDUS, VINNIUS, BRUNNER, BECK, VOET) avevano formulato la nostra stessa ipotesi, sebbene, per deficienza del metodo critico esegetico, essi vi arrivassero attraverso una interpretazione inammissibile, per un testo considerato genuino e scritto da un giurista che, come Ulpiano, non era uomo da poco. L'antica

interpretazione diviene invece ammissibilissima, se si parta dal presupposto che il primo periodo del fr. 1 pr., non è di Ulpiano, ma di un modesto lettore postclassico e se si tenga, inoltre, conto degli altri elementi di critica storica da noi sopra addotti.

7. *Seconda questione.* Quale fu il soggetto passivo della *collatio dotis*?

Contrariamente alla comune dottrina, ed in accordo con il LAURIA (v. retro, n. 2, sub b), io ritengo che fosse obbligata al conferimento della *dos* tanto la *sua heres* quanto la *emancipata*. Senonchè, coerentemente ai risultati sinora raggiunti, io ritengo che bisogni specificare: nel caso di richiesta della *bonorum possessio*, il conferimento era dovuto sì dalla *sua* che dalla *emancipata*, cioè da ogni *libera* dotata a favore degli altri *liberi* non dotati; nel caso di successione ereditaria *iure civili*, il conferimento era dovuto dalla *sua heres*, non per altro che perchè l'*emancipata* non veniva, in tal caso, in considerazione.

8. Sotto questo profilo, del soggetto passivo della *collatio dotis*, sono degni di esame i seguenti testi.

a) D. h. t. 1, 1 (Ulp 40 ad ed): Si in stipulatam deducta sit dos, si quidem ipsa mulier stipulata sit vel ipsi negotium gestum, aequè conferre cogetur [: si vero alii quaesita est stipulatio, dicendum est cessare collationem.] [Etsi tantum promissa sit dos, collatio eius fiet.]

Come già si è detto (n. 5) da questo testo risulta con tutta evidenza che obbligata al conferimento è una *mulier emancipata*, cioè una *mulier* che già prima della morte del *pater* fu in grado di addivenire (evidentemente perchè *sui iuris*) ad una

stipulatio. Può darsi — ma non ha importanza sostanziale il notarlo — che « vel ipsi negotium gestum » sia una inserzione completomane postclassica, come dimostra il grecismo « ipsi » (per « ei »).

E' interessante segnalare, dal lato critico, il carattere spurio di « si vero - collationem » e « etsi - fiet »; ed è ancora più interessante dimostrare che le due frasi non provengono da una stessa mano.

Indizi di forma condannano « si vero - collationem »: l'uso della locuzione « cessare collationem », sempre sospettabile, ed il brusco cambiamento di modo del verbo (« si... deducta sit », « si... quaesita est »): Ulpiano non avrebbe, per due periodi ipotetici della possibilità, adoperato due modi verbali diversi, nè in particolare avrebbe adoperato il modo indicativo. Comunque, è da riconoscere che il lettore postclassico che ha inserito questa nota non ha affatto malinteso il significato dell'insegnamento di Ulpiano. Il giurista classico fa qui il caso che la *filia emancipata* abbia chiesto al marito la promessa di restituirle la *dos* allo scioglimento del matrimonio (« stipulata sit »); l'annotatore postclassico, ha aggiunto l'osservazione superflua, ma non inesatta, che se invece la *mulier* abbia chiesto la restituzione a favore di un terzo, allora essa non sarà tenuta a conferire la dote.

L'ultimo periodo, invece, pur essendo formalmente ineccepibile, si condanna per motivi di sostanza. Abbiamo visto quale fosse l'ipotesi discussa da Ulpiano: quella che la *mulier*, in veste di « stipulans », si sia fatta promettere dal marito la restituzione della dote. Il commentatore postclassico travisa invece completamente l'ipotesi e dice, a mo' di riassunto del passo, che la *collatio dotis* è dovuta anche se la *dos* sia stata sol-

tanto *promissa* (dalla *mulier*!). Quasi che potesse avere importanza, ai fini del conferimento, il modo di costituzione della dote (*datio*, *dictio* o *promissio*)!

b) D. h. t. 1. 2 (Ulp eod.): Si sit nepos et neptis ex eodem filio et dotata sit neptis, sit et filius non pater eorum: neptis [omnem] dotem soli fratri collatura est. Emancipata [autem] < enim > neptis dotem et bona sua soli nepoti, non etiam patruo conferet.

Si fa il caso che succedano al *de cuius* due *nepotes* ex *eodem filio* ed un altro figlio; uno dei *nepotes* è una *mulier* dotata: questa dovrà conferire la dote soltanto al fratello, non anche allo zio, perchè — come sappiamo (*retro*, cap. VI, n. 8) — la collazione deve farsi soltanto quando il concorso procuri danno al consuccessore (nel nostro caso, invece, il figlio del *de cuius* verrebbe sempre ad avere $\frac{1}{2}$, anche se suo fratello avesse lasciato un solo figlio). Sin qui il testo parte dall'ipotesi che la *neptis* tenuta al conferimento della dote sia « sua heres »; nel secondo periodo esso passa a dare la medesima conclusione per il caso che la *neptis* sia *emancipata* e specifica che, in tal caso, essa è tenuta a conferire al fratello la *dos* ed i *bona* « quae moriente patre habuit ».

Anche da questo frammento — addotto, come si è detto, dal LAURIA — risulta che la *collatio dotis* era dovuta tanto dalla *sua*, quanto dall'*emancipata*. Vi è, peraltro, un'osservazione da fare: e cioè che non si spiega il senso dell'« *autem* » avversativo per introdurre, in ordine al caso che la *filia* sia emancipata, la *identica conclusione* adottata in ordine al caso della *neptis* « sua heres ». Per questo motivo, io sospetto che « *autem* » abbia sostituito, per disattenzione di un amanuense, un origi-

nario « enim », ed invero basta questa sostituzione ad illuminare pienamente il senso del testo e a dare una riprova alla mia tesi: Ulpiano tratta *ex professo* del caso della *neptis in potestate*, ma argomenta (« enim »!) da quello della *neptis emancipata*, sulla quale dovette cadere l'obbligo originario di conferire la *dos*.

c) D. h. t. 2 (Gai 14 ad ed prov): *Filia in adoptionem data et heres instituta debet sic ut emancipata non solum bona sua, sed et dotem, quae ad eam pertinere potuerit, conferre. Si adhuc pater adoptivus vivit, hic necesse habebit conferre.*

Il testo discute un caso a noi noto (v. *retro*, cap. II): « 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 » (D. 37. 6. 1. 14). Salvo che qui l'ipotesi riguarda la *filia* dotata: ed esplicitamente Gaio afferma che la *filia in adoptionem data*, così come quella puramente *emancipata*, è tenuta a conferire non solo i suoi *bona*, ma anche la *dos*.

E' chiaro che questo testo riguarda la *collatio bonorum*. Esso vale a dare una ulteriore conferma al nostro convincimento circa la genesi della *collatio dotis* attraverso la *interpretatio* consacrata dalla giurisprudenza imperiale alla *collatio bonorum*.

9. *Terza questione.* Quali furono i soggetti attivi della *collatio dotis*?

La risposta a questa domanda deve essere, fondamentalmente: i *sui heredes*.

L'*emancipata*, invero, conferiva la *dos* allo stesso titolo degli altri *boni*, quindi ai soli *sui heredes*, con esclusione degli altri *emancipati*. La sua *heres*, se accedente alla *bonorum possessio*, del pari conferiva la *dos* come se si fosse trattato di « bona emancipati »: dunque, è credibile che il conferimento fosse fatto a favore soltanto degli altri *sui heredes*, e non anche degli *emancipati*. La stessa sua *heres*, infine, se partecipava alla divisione dell'*hereditas*, ovviamente conferiva la *dos* ai *fratres in potestate*, dato che solo *heredes sui* potevano succedere, *iure civili, ab intestato al pater*.

La « communis opinio », alla quale io ho altra volta acceduto, ritiene che l'imperatore Gordiano introdusse, nel 239 d. C., l'obbligo del conferimento della *dos profecticia* anche a favore dei *fratres emancipati*, ma l'ALBERTARIO ed il PRINGSHEIM hanno portato validissimi elementi di critica al dettato del passo ove la riforma è attestata.

C. h. t. 4 (Gordian Marino, a 239):... *His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profecticiam tantummodum dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit.*

Orbene, io riconosco, oggi, che « his etenim - placuit » è insiticio in C. h. t. 4. A parte ogni altro argomento (ed il PRINGSHEIM ne ha addotti di finissimi), vi è da tener presente che C. h. t. 4 riporta un rescritto imperiale (di Gordiano ad un certo Marino) e che i rescritti imperiali costituivano, in diritto classico, risoluzioni di *casi pratici*. La prima parte della c. 4 (che esamineremo infra, n. 11) risolve appunto, esaurientemente, un caso pratico: non è credibile che il caso stesso fosse ancora più complicato e che la interrogazione di Marino riguar-

dasse anche il diritto al conferimento dei *fili emancipati*; tanto meno ciò è credibile, in quanto che il tono di « his etenim rell. » è inconfondibilmente dottrinario (« post varias prudentium opinionones »!).

A mio credere, peraltro, l'ALBERTARIO ed il PRINGSHEIM hanno peccato per eccesso, ritenendo che C. h. t. 4 sia stato modificato da Triboniano. Le tre alterazioni subite dal testo (v. infra, n. 11) denunciano, invece, chiaramente la loro *origine scolastica e pregiustiniana*. Inoltre, è proprio il periodo « his etenim placuit » che impone di datare l'alterazione al più tardi nel V sec. d. C. Invero, come vedremo più oltre (capitolo VIII), una costituzione dell'imperatore Leone (C. h. t. 17) fece obbligo, nel 417 d. C., a tutti i discendenti di conferire ai fratelli (senza distinzione fra « sui » ed « emancipati ») i beni pervenuti dall'ascendente a titolo di dote o di « donatio ante nuptias ». Il riconoscimento dell'emancipato come avente diritto alla collazione dovette, dunque, essere anteriore alla costituzione di Leone.

Ora si noti un'altra cosa. « His etenim placuit » non estende, come comunemente si insegna, il diritto alla collazione della dote anche agli *emancipati*, ma restringe il già riconosciuto diritto dell'emancipato alla sola « dos profecticia »: « his... qui in familia defuncti non sunt, profecticiam tantummodo dotem... conferri placuit ». E si rilevi, inoltre, che a tutto ciò si giunse (stando alla testimonianza del glossatore) « post varias prudentium opinionones ». E si ricordi infine che, nel linguaggio dei postclassici, « prudentes » sono essenzialmente i giuristi classici.

Tutte queste considerazioni sono tali da farci supporre, anche in mancanza di espliciti testi a favore (mancano, d'al-

tronde, espliciti testi in contrario), che sin dal diritto classico si sia fatta strada, nella giurisprudenza, l'opinione che avessero diritto al conferimento della *dos*, in caso di richiesta della *bonorum possessio*, tutti i *liberi* non dotati, ivi eventualmente compresi i fratelli emancipati della *libera* dotata.

10. *Quarta questione.* La *collatio dotis* andava fatta a favore di tutti i consuccessori o soltanto a favore dei consuccessori non del pari dotati?

L'equità avrebbe voluto che la *collatio* fosse fatta a tutti, ma con esclusione delle altre *filiae dotate*. Ma vi è un testo da cui risulta il contrario.

D. h. t. 1. 4 (Ulp 40 ad ed): Sed et si duae neptes sint ex diversis filiis, conferent et invicem et patruo: si ex eodem patruo tantum invicem conferent.

A quanto pare, due figlie egualmente dotate sarebbero tenute a conferirsi la dote vicendevolmente (« invicem »); contrariamente a quel che avviene per gli *emancipati*, le dotate non sono « unius loco ».

A mio credere, tuttavia, il passo su riportato deve ritenersi alterato, o meglio spurio. Gli indizi non sono molti, e si riassumono essenzialmente nel fatto che il testo della Fiorentina è piuttosto scorretto (« duo » invece di « duae », « conferet » invece di « conferent »), ma può rintracciarsi la causa dell'equivoco insegnamento. « Invicem » non sta a significare, nell'intento del redattore della glossa, che ogni *filia* dotata conferisce la dote anche all'altra, ma vuol significare soltanto che l'una conferisce all'altra.

Così già il passo era interpretato da molti autori, i quali

giustamente ritenevano assurdo che il diritto romano potesse aver conosciuto a questo proposito una regola diversa; ma noi giudichiamo che Ulpiano non possa essersi espresso in questo modo barbaro, e perciò riteniamo postclassico il dettato del fr. 1. 4.

11. *Quinta questione.* Quale fu l'oggetto della *collatio dotis*: la sola *dos profecticia*, o anche la dote costituita da altri all'infuori del *pater*?

Malgrado le critiche avanzate dall'ALBERTARIO, la risposta a quest'ultimo quesito mi pare più che sicura. Doveva essere promesso il conferimento di *qualunque sorta di dote*, purchè la conferente avesse il diritto o l'aspettativa del diritto alla sua restituzione.

A riprova della nostra tesi, adduciamo i seguenti testi.

a) D. h. t. 1. 1, già esaminato (*retro*, n. 8), fa il caso che la *filia* (emancipata) abbia stipulato la restituzione della dote e dichiara che la dote deve essere conferita. La *dos* costituita dalla *filia* non è, come tutti sanno, *dos profecticia* (« a patre profecta »).

b) D. h. t. 1. 7 (Ulp 40 ad ed) dice testualmente:

Si sub condicione pater vel extraneus dotem promiserit, cautio opus erit, ut tunc conferat mulier dotem, cum dotata esse coeperit.

Il *pater* o una terza persona (« extraneus ») ha fatto la *promissio dotis* « sub condicione »: ne consegue che, fin che la *condicio* non extat, la *filia* non può considerarsi dotata. Per conseguenza, la *filia* non dovrà prestare la *cautio collationis*, ma la promessa di prestare la *cautio* allorchè la *condicio* si sarà

verificata (« cum dotata esse coeperit »). In ogni caso, non è questo che qui ci interessa, ma l'esplicita dichiarazione che la *dos*, soggetta a *collatio*, può essere stata costituita anche da un terzo.

L'ALBERTARIO cerca di dimostrare l'interpolazione di « vel extraneus » in base ad un sottile ragionamento, e cioè che non è possibile che Ulpiano abbia voluto indicare con la parola « extraneus » tutti i casi di *dos* non *profecticia*: sarebbe ridicolo, in particolare, comprendere nella menzione di « extraneus » la stessa *mulier*.

Senonchè l'argomentazione dell'eminente romanista pecca in ciò, che non tien conto che, nel caso prospettato dal nostro testo, è da escludere che la *dos* sia stata potuta promettere dalla *mulier*. Infatti: 1) se la *mulier* è sua *heres*, ciò significa che all'atto della *promissio dotis* era in *potestate patris*, e che quindi la *stipulatio dotis* è stata conclusa dal *pater* (« *dos profecticia* »), oppure da un terzo; 2) se la *mulier* è una *emancipata*, ciò non può tuttavia significare che la *dos* sia stata costituita da lei, perchè, se così fosse, essa sarebbe tenuta a conferire i beni dotali a titolo di *collatio bonorum*, visto che, non essendosi ancora verificata la *condicio*, essi sono tuttora in sua proprietà. Dunque, è proprio da concludere che « pater vel extraneus » sta bene nel contesto del passo in esame.

c) C. h. t. 4 (Gordian) dice:

Filiae dotem [in medium] ita demum conferre coguntur si vel ab intestato succedant vel contra tabulas petant: nec dubium est [profecticiam seu adventiciam] dotem a patre datam vel < ab extraneo > constitutam fratribus qui in potestate fuerunt conferendam esse. [rell.]

Giustamente l'ALBERTARIO segnala l'atetesi di « *profecticiam seu adventiciam* », ma erroneamente egli ricostruisce « *dotem a patre datam vel promissam* ».

La palese inserzione di « *profecticiam seu adventiciam* » lascia capire che si tratta di una glossa esplicativa postclassica, la quale, dunque, adombra il caso di una *dos* costituita dal « *pater* » e da qualche altro: per questi motivi, io ricostruisco « *ab extraneo constitutam* ».

Si ricordi, inoltre, ancora una volta, che i reseritti imperiali non facevano della teoria, ma risolvevano casi pratici. Perchè mai Gordiano avrebbe parlato di « *dos a patre data vel promissa* », e perchè mai un lettore postclassico avrebbe mutato il « *promissam* » in « *constitutam* »? E' molto più logico e naturale che il caso pratico risolto da Gordiano fosse quello della *collatio* di una *dos* in parte costituita dal *pater* mediante « *datio dotis* » e in parte costituita da un terzo, e che la « *ratio dubitandi* » dell'interrogante fosse in ciò, se tanto l'una quanto l'altra categoria di dote dovesse essere conferita.

Gordiano ha risposto all'interrogazione di *Marinus* affermando che tanto l'una quanto l'altra dote devono essere conferite ai *sui heredes*. Un postclassico commentatore della costituzione, l'ha adornata di tre glossemi: 1) « *in medium* » (v. *retro*, cap. I); 2) « *profecticiam seu adventiciam* » (a chiarimento delle due diverse fonti della *dos*); 3) « *his etenim rell.* » (vedi *retro*, n. 9).

Fu, dunque, il diritto postclassico a restringere l'oggetto della *collatio dotis* alla sola *dos profecticia*, partendo dal concetto che dovesse essere conferito soltanto quello che fosse pervenuto al discendente dall'ascendente.

CAPITOLO VIII.

La formazione della « *collatio descendentium* ».

SOMMARIO. — 1. La progressiva fusione dell'*hereditas* e della *bonorum possessio* nel diritto postclassico. — 2. Influenza della *collatio dotis* sulla evoluzione del sistema della collazione. — 3. Influenza dello sviluppo postclassico dei *peculia* dei *filii familiarum* sulla evoluzione del sistema della collazione. — 4. La formazione e la affermazione della *collatio descendentium* dall'imperatore Leone a Giustiniano. Il nuovo fondamento della collazione nel diritto giustiniano.

1. L'evoluzione della collazioni nel diritto postclassico non può intendersi, se non in funzione di un rapido disegno dello sviluppo del sistema successorio romano.

Come ormai sappiamo, nel diritto romano classico la successione *mortis causa* del *ius civile* coesistette con quella del *ius honorarium*, senza che si verificasse alcuna fusione dell'un sistema con l'altro. La giurisprudenza del principato, peraltro, gettò le fondamenta della futura unificazione con la sua gigantesca opera interpretativa e sistematica.

Ad ogni modo, per tutto il corso dell'epoca classica, i punti salienti del sistema successorio del *ius honorarium* furono e rimasero i seguenti:

a) dall'editto del pretore non scaturiva alcun diritto successorio, perchè il pretore si limitava a promettere la *possessio* dei beni del defunto a chi si trovasse in determinate condizioni e ne facesse domanda (*adgnitio, petitio bonorum possessionis*);

b) l'*adgnitio bonorum possessoris* non determinava punto l'acquisto dei beni del *de cuius*, ma poneva in essere una condizione perchè il pretore potesse, secondo il suo arbitrio, concedere eventualmente la *datio possessoris*.

In pratica, raramente avvenne che il pretore rifiutasse in concreto la *possessio dei bona* a chi, trovandosi nelle condizioni da lui richieste nell'editto, ne facesse regolare domanda, ma il carattere discrezionale della concessione pretoria rimase, almeno formalmente, in grande onore.

Sarà opportuno notare, a questo proposito, che anche la tradizionale distinzione fra *bonorum possessio edictalis* e *bonorum possessio decretalis* ebbe, nel diritto romano classico, un significato assai diverso da quello che rivestì nel periodo postclassico. Come il SOLAZZI ha convincentemente dimostrato, anche la *bonorum possessio edictalis* (cioè quella promessa *a priori* nell'editto) si risolveva, in ordine alla singola fattispecie, in un *decretum* del *praetor* che immetteva in *bona defuncti* il successore. Nel diritto postclassico, invece, la *bonorum possessio edictalis* importò acquisto del compendio dei *bona* del defunto da parte di chi si trovasse nelle condizioni richieste dall'editto, senza che vi fosse alcun bisogno del decreto magistratuale; la *adgnitio* divenne l'elemento determinante dell'acquisto della *bonorum possessio*, così come l'accettazione era l'elemento determinante dell'acquisto dell'*hereditas* da parte degli *heredes voluntarii*.

Il diritto dell'epoca postclassica vide prodursi, insomma, un graduale fusione dei due sistemi successori. La sostanza del sistema pretorio invase il campo dell'*hereditas*, discacciandone in gran parte i vecchi principi; tuttavia, la forma del sistema civilistico rimase e fece decadere quella del sistema pretorio.

Giustiniano concluse questo sviluppo storico, ma lo fece in due tempi:

a) Anzi tutto egli raccolse i testi giurisprudenziali relativi agli istituti classici nei Digesti, senza troppo preoccuparsi di riformarli radicalmente. Bisogna, infatti, pensare che, predisponendo la compilazione delle Pandette, Giustiniano volle conciliare l'intento pratico di apprestare ai suoi tempi un materiale giurisprudenziale riformato e modernizzato, con l'intento, diremo così, « storico » (che il PRINGSHEIM ha giustamente qualificato « conservatore e arcaistico ») di offrire, nei limiti del possibile, all'ammirazione dei contemporanei i monumenti dell'antica scienza. Avviene, così, che nelle Pandette si incontrino l'*hereditas* e la *bonorum possessio* ancora formalmente distinte e che larghe tracce dell'antico stato del diritto romano siano riscontrabili nei frammenti, i quali sono stati tutt'altro che diligentemente e profondamente riformati.

b) Ma, in secondo luogo, Giustiniano volle anche dire la parola decisiva ed unificatrice in tema di successione « mortis causa ». Di questa sua riforma già si incontrano notevoli anticipazioni in alcune costituzioni raccolte nel Codice, ma essa si manifestò appieno nella successiva emanazione delle *Novellae*, ove il sistema ereditario (in ordine al quale si parla costantemente di *heres* e di *hereditas*) appare completamente unificato.

2. Nel quadro della evoluzione postclassica-giustiniana del diritto successorio romano si evolsero, quale più quale meno sensibilmente, tutti gli istituti di esso, ed in particolare ciò avvenne anche per le collazioni.

Una prima causa specifica della evoluzione postclassica della *collatio* stette nell'istituto giurisprudenziale della *collatio*.

dotis e nel suo stesso sviluppo entro l'ambiente del tardo diritto classico.

Abbiamo visto (cap. VII) che, una volta determinatasi l'idea che le *filiae emancipatae* dovessero conferire, per essere ammesse alla successione pretoria del *pater*, anche la *dos* che loro sarebbe stata eventualmente restituita dal marito, sorse spontaneo l'idea che l'obbligo della collazione gravasse anche sulle *filiae suae heredes*, qualora si trovassero ad essere del pari dotate. Questo fu un primo colpo al concetto informativo della *collatio bonorum*, perchè quella che ne era stata la *ratio* fondamentale accennò a confondersi e ad annebbiarsi.

Un colpo successivo venne portato dall'estensione della *collatio dotis* al campo dell'eredità civile: estensione che, secondo noi, non fu propriamente introdotta da Antonino Pio (cfr. D. 37. 7. 1 pr.) ma fu da questi appoggiata in un suo rescritto, mentre è più che plausibile che essa fosse stata già giudicata opportuna dalla giurisprudenza del II sec. d. C. Ormai, dopo questo estendimento del campo di applicazione della *collatio*, il fondamento dell'istituto tendeva ad essere piuttosto quello di evitare, in generale, sperequazioni fra i consuccessori, quale che fosse stata la causa delle sperequazioni stesse.

Non bastò ancora. Sempre nel corso dell'epoca classica — secondo quanto a noi sembra molto probabile — si fece strada l'idea che, in realtà, il conferimento dovesse essere limitato alla *dos profecticia*, alla « dos a patre profecta »: e la giurisprudenza discusse ampiamente se il diritto dei fratelli emancipati dovesse estendersi ad ogni sorta di *dos*, o dovesse riguardare « *profecticiam tantummodo dotem* ». Pare verosimile, anzi, che il restringimento del diritto dei fratelli emancipati alla sola *dos profecticia* sia da considerarsi avvenuto ancora in epoca classica (cap. VII).

Ormai, per effetto di queste successive evoluzioni, il destino della *collatio* si profilava con una certa evidenza. Essa si avviava, cioè, a diventare un istituto accessorio della teoria della divisione ereditaria.

3. Un secondo elemento determinante nella evoluzione postclassica della *collatio* fu costituito dallo sviluppo postclassico dei *peculia* dei *filii familiarum*.

Nel diritto postclassico si concluse il lungo processo storico che portò i *filii familiarum* ad acquistare una propria autonoma capacità patrimoniale, mediante il riconoscimento del loro pieno diritto sul *peculium*.

Orbene, in questo nuovo stato di cose il fondamento di equità della *collatio bonorum* e della *collatio dotis* minacciava di diventare un fondamento di iniquità. Mentre, infatti, l'emancipatus e la *filia* dotata (*sua heres* o *emancipata* che fosse) erano tenuti a spartire con i fratelli *sui heredes* i proprii *bona* o la propria *dos*, i *sui heredes*, che adesso erano titolari di diritti patrimoniali non meno degli emancipati e che erano le più volte forniti di un congruo *peculium*, non erano invece tenuti a conferire, in cambio, i beni acquistati *iure peculii*.

La nuova situazione, determinatasi nel campo dei *peculia*, influì fortemente sull'assetto postclassico della *collatio emancipati*, contribuendo ad avvicinarla alla teoria della divisione ereditaria. Si verificò anzi, sino ad un certo punto, un ravvicinamento concettuale fra *collatio bonorum* e *revocatio in communionem* dei *peculia*, in quanto che si pensò che in sede di divisione del compendio ereditario fra i successori universali, tutti costoro (emancipati e *sui heredes*) fossero tenuti prelimi-

narmente a riversare nell'eredità i beni acquistati dal *pater familias*.

1) Visto che la capacità patrimoniale dei discendenti ammessi alla successione del *pater* (*sui heredes* ed *emancipati*) era ormai approssimativamente eguale, scomparve quello che era stato il fondamento della *collatio emancipati* nel diritto classico: tutti i *liberi*, infatti, erano, sin dall'inizio, parimenti capaci di acquistare beni a sè stessi.

2) I *filii familiarum* muniti di *peculia* furono, dal canto loro, obbligati a restituire all'eredità per lo meno i beni ricevuti direttamente dal padre. Questa *revocatio in communionem* dei *peculia profecticia*, fu considerata, nel diritto postclassico, una « *conditio sine qua non* » per essere ammessi alla divisione.

3) Dato che i *sui heredes* erano tenuti a mettere in divisione i soli *bona* ricevuti dal *paterfamilias*, si fece strada il principio che le *filiae* dotate fossero tenute a mettere in divisione la sola « *dos profecticia* » e che, del pari, i *filii* emancipati in genere dovessero mettere a disposizione dei fratelli soltanto i *bona* ricevuti in dono dal padre.

Ecco, dunque, che progressivamente si giunse alla conclusione che, in realtà, i discendenti fossero tenuti a computare nella loro quota ereditaria i beni già ricevuti dal « pater » durante la sua vita. Il nuovo principio fu che si dovesse ovviare, nei limiti del possibile, alla disparità di trattamento tra i figli di uno stesso padre: ed appunto perciò la divisione ereditaria venne ad essere concepita come una divisione non del solo asse ereditario, ma di tutto ciò che dal padre fosse stato dato ai figli (a titolo, dunque, di « anticipo ») durante la sua stessa vita.

Quella comunanza di fondamento tra *collatio emancipati* e *revocatio in communionem* dei *peculia*, che erratamente il

LA PIRA situa nel pieno del diritto classico (*retro*, cap. I), si verificò nel diritto postclassico. Tuttavia, bisogna subito aggiungere che la unificazione fra *collatio bonorum* e *revocatio in communionem* avvenne nella forma della collazione, e non in quella della *revocatio*: invero, il sistema del conferimento ai singoli fratelli era molto più sbrigativo di quello del versamento dei *bona* nella massa ereditaria, per poi procedere alla divisione del tutto, e perciò esso sistema la vinse, almeno nella maggior parte dei casi, sul sistema più antico e più macchinoso.

4. Sulla via della laboriosa evoluzione, di cui sopra abbiamo cercato di tracciare il profilo, si determinò, nel corso del V sec. d. C., una nuova *collatio*, la *collatio descendentium*. Questa nuova *collatio* non si surrogò formalmente alla *collatio emancipati* e alla *collatio dotis*, ma coesistette con esse, pur esautorandole in pratica.

La *collatio descendentium* fu introdotta da una costituzione dell'imperatore Leone (a. 472), riportata in C. h. t. 17. Quivi l'imperatore fece obbligo a tutti i discendenti del *de cuius* di conferire ai fratelli i beni loro pervenuti dall'ascendente a titolo di dote o di *donatio ante nuptias*.

Meno di un secolo dopo, Giustiniano, con altre importanti *constitutiones* del Codice (h. t. 19, 20) e soprattutto con due *Novellae* (18. 6 e 97. 6), allargò e consolidò le basi della nuova *collatio*, stabilendo che la collazione dovesse aver luogo tanto nella successione intestata quanto in quella testamentaria e che fossero da conferire, da parte del discendente: a) la *dos profecticia*, b) la *donatio propter nuptias*, c) le somme ricevute per l'acquisto di una carica pubblica (« *militia* »). Giustiniano

anuisse, peraltro, che il *pater* potesse dispensare dal conferimento il figlio all'atto della elargizione.

La limitazione degli oggetti della *collatio descendantium* (la quale, come si è visto, non può averi per ogni specie di donazione) e l'ammissione di una facoltà di dispensa nel *de cuius* dimostrano, altresì, il radicale mutamento dell'istituto della collazione dal diritto classico al diritto 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.

Appendice I.

L'editto sulla « collatio bonorum »

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* » e « *de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita* », veniva l'editto « *de collatione bonorum* »: v. retro, Intr., §§ 1 e 6.

Il testo di esso era, probabilmente, letteralmente ripetuto più in là, nel sottotitolo « *si tabulae testamenti nullae extabunt* », appresso all'editto « *unde liberi vocantur* »: v. retro, cap. I, § 6.

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* (1)).

Inter eos quibus ita bonorum possessio dabitur, liberos, qui in potestate patris, quam moreretur, non fuerunt, de conferendis viri boni arbitrata bonis suis, quae moriente eo habuerunt, his, qui in potestate patris tempore mortis fuerunt, quive sui futuri essent, si vivo eo nati fuissent, recte cavere iubebo.

B) LENEL (*Edictum perpetuum* (2)).

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 arbitrata collaturos esse (3).

(1) *Opere*, I, pag. 78 sgg.

(2) § 144 (II e III edizione).

(3) Il LENEL (loc. cit.) ipotizzò inoltre — in forma dubitativa — che qualcosa seguisse a questo enunciato, per regolare il caso che i chiamati alla collazione

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, ante quam bonorum possessionem accipiant, recte caveant se quidquid moriente patre in bonis habuerint dolove malo fecerint quo minus haberent, boni viri arbitratu collaturos esse.

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.

4. Motivazione.

Inter eos quibus ita bonorum possessio dabitur: v. cap. I, § 7. 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. l. 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 sé 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 WESTENBERG e a cui paiono invitare non pochi autori

non possano prestare la « *cautio* »: v. retro, cap. V, § 10, sub b). — Anche il BESELER (*Beitr.* IV, pag. 155) propose una aggiunta al testo lenéziano, di poi (ZSS 44, pag. 495) ripudiata: v. retro, cap. V, § 10, sub c) e d).

moderni (V. Introduzione, § 6), 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 manifeste 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. l. 10, fatta nel cap. V, § 18 sgg.

Appendice II.

Esercitazione esegetica su « insidiari »

1. Tra i testi del tit. D. 37. 6, che abbiamo tralasciati nella precedente disamina, ve n'è uno — il fr. 1. 23 — che può formare oggetto di interessanti considerazioni esegetiche. Poichè in esso, come vedremo, compare la dubbia costruzione « insidiari alicui », impernieremo questa esercitazione esegetica sullo studio del verbo *insidiari* nei testi giuridici.

Il significato proprio di *insidiari* è « insidiare », « mettere in pericolo ». In tal senso questo verbo viene usato nelle fonti letterarie, sia con il dativo della cosa (*alicui rei*) o della persona (*alicui*) insidiata, sia assolutamente.

Pochissimi esempi nelle fonti giuridiche. Anche qui *insidiari* compare nel senso proprio già notato — sempre col dativo della cosa o della persona e due sole volte assolutamente, in testi non classici.

Insidiari alicui è espressione tecnicamente povera, del tutto inadatta a fornire una idea precisa della violazione cui si riferisce. Mettere in pericolo qualcuno si può in mille modi, ma deve essere del linguaggio giuridico lasciare intendere come, in che cosa (salute fisica, integrità morale, complesso patrimoniale o altro) la messa in pericolo avviene.

Mi rivolgo perciò, con queste note, contro l'uso puro e semplice (non correlato con l'accento ad una situazione che lo specifichi) di questo equivoco e sibillino costrutto e nego, proponendomi di dimostrarlo, che esso possa essere classico. Aggiungo che mi pare di poter parimenti negare — nei limiti del possibile anche dimostrandolo — che l'espressione sia stata usata dai commissari giustiniane.

Trattasi — a mio parere — di un tipico indizio della annotazione nebulosa ed empirica da parte di lettori post-classici delle opere classiche.

2. Cinque volte compare *insidiari* in costituzioni imperiali post-classiche:

a) *Const. Summa 1* (a. 529): Sed cum sit necessarium multitudinem constitutionum tam in tribus veteribus codicibus re-latarum quam post eorum confectionem posterioribus tempo-ribus adiectorum ad brevitàem reducendo caliginem earum rectis iudicum definitionibus insidentes penitus extirpare...

b) *Cl. 5. 17. 8* (*Theod. et Valent. Hormisdas*, a. 449): ... si suae vitae veneno aut gladio vel alio simili modo insi-diantem...

c) *Nov. ad CTh. (Valent. 8. 1, a. 440)*: ... aut quae pa-trimonia potest esse securitas, si totiens insidiatur invasor, quotiens possessores esse contingit absentes?

d) *CTh. 16. 2. 41* (*Hon. et Theod. Melito p. p.*, a. 412): ... si quis ergo circa huiusmodi personas non probanda detu-lerit, auctoritate huius sanctionis intellegat se iacturae famae propriae subiaccere, ut damno pudoris, existimationis dispendio discat sibi alienae verecundiae impune insidiari saltem de ce-tero non licere...

e) *Cl. 2. 57 (58). 1* (*Constant. et Const. Marcellino praes. Phoen.*, a. 342): Iuris formulae aucupatione syllabarum insi-diantes cunctorum actibus radicibus amputentur.

Va notato che, anche in queste costituzioni post-classiche, mai appare l'uso di *insidiari* col dativo della persona. Ciò dipende dal fatto che questo uso è aborrito non tanto dal linguaggio classico, quanto dal buon linguaggio giuridico in generale. Ora, come vediamo che ad esso non si abbandonano le cancellerie imperiali, così possiamo presumere che esso non sia stato prediletto dai giuristi della commis-sione giustiniana; nell'un caso e nell'altro la più elementare tecnica della terminologia giuridica ha tenuto lontano il nebuloso costrutto. Il che rafforza la congettura di una predilezione per esso da parte di oscuri e sporadici commentatori post-classici.

3. Non utilizzabile, ai fini di questo studio, è:

Coll. 1. 5. 1: Si autem subito non per inimicitias immisit super eum aliquod vas non insidians...

Ammesso pure che questo testo possa avere una qualche impor-tanza per determinare un uso ancor vicino al diritto classico (e da me non combattuto) di *insidior* in senso assoluto — il che dipende

dal concetto che si ha circa la data della *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (1), nonché dall'idea che si può nutrire circa il valore dice il PEROZZI — poggia evidentemente sul concetto naturale di corroborante delle traduzioni in essa contenute delle leggi mosaiche (2) —, è buonissima congettura dello SCHULZ che il testo vada restituito: *ex insidiis*.

4. Rimangono i frammenti dei Digesti.

In due di essi l'uso di *insidior* è impeccabile, col dativo della cosa messa in pericolo. Mi limiterò dunque a citarli.

a) D. 27. 2. 5 (*Ulp. 3 de off. procons.*): Si disceptetur, ubi morari vel educari pupillum oporteat, causa cognita id praesidem statuere oportebit. in causae cognitione evitandi sunt qui *pudicitiae* impuberis possunt *insidiari*.

b) D. 48. 19. 28. 11 (*Call. 6 de cogn.*): Igni cremantur plerumque servi, qui *saluti* dominorum suorum *insidiaverint*, nonnunquam etiam liberi plebei et humiles personas.

5. In altri quattro testi delle Pandette, infine, appare l'uso di *insidiari* col dativo della persona. Ma in tutti questi casi il verbo mi pare chiaramente interpolato.

a) D. 1. 1. 3 (*Flor. 1 inst.*): ut vim ac iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur [et cum inter hos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini *insidiari* nefas esse].

Questo testo è addotto dal PEROZZI a sostegno della sua tesi della ordinaria illimitatezza della cognatione nel diritto romano classico.

(1) Cfr. specialmente VOLTERRA, *Mem. Acc. Lincei*, VI. 3. 1; SMITS, *Mos. et Rom. Leg. Collatio* Haarlem 1934. Quanto alla data dell'operetta, non si discende oltre gli ultimi anni dell'impero di Diocleziano (in questo senso LEVY ZSS 50. 702 s.). Cfr. da ultimo SOLAZZI, *Atti Accad. Sc. morali e politiche della Soc. Reale di Napoli*, vol. 57 (1935).

(2) L'autore della raccolta è, secondo il VOLTERRA loc. cit. (tesi discussa), un ebreo. Trattasi certo di giurista di limitatissimo calibro (per tutti ARANGIO RUIZ *Storia*, 282): non vi è quindi molto da fidare sulla purezza e tecnicità del suo linguaggio, là dove egli ha operato traducendo brani del Pentateuco. Più probabile ancora è che l'anonimo abbia sfruttata una modesta traduzione latina dei passi biblici anteriore alla Volgata, modificandola di quel tanto che serviva ai fini dell'operetta (SCHULZ, *SDHI*, 2. 20 s.).

Senonchè — a parte la poca attendibilità della intera dimostrazione da lui tentata — false sono, come già il BESELER ha avuto a notare, le deduzioni specifiche che il PEROZZI vorrebbe trarre da questo testo. « L'idea di una specie di cognazione che unisce tutti gli uomini — dice il PEROZZI — poggia evidentemente sul concetto naturale di cognazione, come comunanza senza limiti di grado; ed è da questo concetto che il giurista trae la giustificazione di un precetto giuridico che vale appunto per tutti gli uomini, cioè per i cognati all'infinito ». La prima parte di questa affermazione non è affatto convincente; quanto alla seconda, essa è assurda, chè al contrario — quale che sia stato lo spunto della presunta osservazione di Florentino — è chiarissimo che non è su quello che il giurista fonda la decisione che *hominem homini insidiari nefas esse*, bensì solo ed esclusivamente sulla *quaedam cognatio* stabilita fra noi da madre natura.

Ma l'insegnamento non è da buon giurista, non è quindi da giurista classico. Come può Florentino — che poco fa ha detto stringatamente che *iure aliquid evenit* — basare ora una decisione su questa *quaedam cognatio*? E (spunto iniziale di questa nota) che significato più preciso dare allo *hominem insidiari*? Di qual messa in pericolo si parla: persona fisica, patrimonio, o altro? L'accento alla *natura* è poi decisivo per chi, come noi, aderisca all'idea, primamente posta dallo stesso PEROZZI, della non classicità della tricotomia.

Due gravi indizi formali consolidano il sospetto della non genuinità di *et cum* — *esse*: 1) l'uso di *cum* causale con l'indicativo *constituit*; 2) la evidentissima frattura sintattica fra questi ed il periodo iniziale (1).

Non mi par dubbio che la seconda parte del frammento in esame fosse una vivace nota marginale di un commentatore post-classico, che accompagnava il testo, in questo modo:

FLOR. 1 inst. (« iure »).

Glossatore (« natura »).

...nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur.

et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse.

(1) ...evenit, ut quod — fecerit — fecisse existimetur et cum natura constituerit, consequens est —.

Il *Leitmotiv tecnico* di Florentino cede, nella nota marginale, il posto al *Leitmotiv atecnico* del suo lettore.

6. b) Altra sicura interpolazione di *insidiari* col dativo della persona è in

D. 23. 3. 84 (*Labeo 6 pith. a Paulo epitomut.*): Si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari eum qui promisit. PAULUS: immo quod ad extraneum attinet, semper hoc verum est. ceterum si manente adfinitate dotem promissam generi a socero petit, utique in quantum facere potest socer condemnabitur. [Si dirempto matrimonio petitur, ex causa et persona id tribuendum puto] [: quid enim si socer specie futurae dotis induxerit generum et cum sciret se praestare dotem non posse, id egerit ut genero insidiaretur?].

Il frammento è famoso nella annosa questione relativa alla concessione del *beneficium competentiae* al suocero che sia convenuto dal marito in base alla *promissio dotis*. Lascio da parte ogni considerazione critica su di esso per fermarmi sull'ultimo periodo, *quia insidiaretur*, così slegato dal resto del discorso e, nel contempo, così palesemente non genuino.

La non classicità di questa frase fu rilevata, a suo tempo, dal BESELER — in base all'indizio formale dell'uso di *id agere, ut* — e fu, più tardi, riaffermata dal PEROZZI. La povertà del suo contenuto conferma in pieno queste opinioni.

Io nego tuttavia che il periodo sia triboniano. Si oppone principalmente ad una simile credenza il carattere dubitativo della frase: Triboniano decide, non dubita, come è universalmente riconosciuto. Ammettendo pure, col SOLAZZI, che D. 23. 3. 84 esprima il diritto giustiniano, non è certo da dirsi che di fattura giustiniana ne sia anche la chiusa.

7. c) D. 9. 2. 4 pr. (*Gai. 7 ad ed. prov.*): Itaque si servum tuum latronem [*insidiantem mihi*] occidero, securus ero. [: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere].

Le alterazioni sono state indicate dal PEROZZI e, quanto ad *insidiantem mihi*, riconfermate dal SOLAZZI. Il solo confronto fra questo testo e Coll. 7. 3. 1 varrà a dimostrarlo.

Coll. 7. 3. 1 (*Ulp. 2 ad ed. sub titulo si quadrupes parviperiem dederit*): Iniuria occisum esse merito adicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum. Proinde si quis servum latronem occiderit, lege Aquilia non tenetur, quia iniuria non occidit.

Il diritto classico non portava alcuna limitazione al principio che non soggiace alla legge Aquilia l'uccisore del *servus latro*. Ciò era logico: l'offesa del *latro*, a differenza del *fur*, non poteva essere che una offesa violenta, diretta al patrimonio attraverso una intimidazione fisica. Reagire ad essa era dunque giustificato dalla necessità, era una esimente di legittima difesa che sottraeva alla applicazione della *lex Aquilia* (*quia iniuria non occidit*). L'indirizzo caritatevole dei post-classici ha indotto invece, in questo caso, a condizionare la reazione all'offesa del *latro* al caso di una messa in pericolo, che è esclusa a priori dal concetto stesso del *latrocinium*. In tal modo si è venuto a confondere il *latro* con il *fur* e tanto per l'uno quanto per l'altro sono state create delle limitazioni alle regole più energiche del diritto classico, tutte concretantisi nel concetto della necessaria difesa.

Nel caso nostro è probabilissimo che un lettore post-classico, non intendendo il senso proprio del termine *latro* e confondendolo grossolanamente con il *fur*, abbia ragionato, secondo la nota tendenza dei suoi tempi, nel senso che in tanto la *naturalis ratio* permette l'uccisione del servo, in quanto questi metta in pericolo il derubato: onde la caratteristica precisazione (invero non necessaria) con la non meno caratteristica giustificazione.

Gai 7 ad ed. prov.

Glossatore («*naturalis ratio*»).

Itaque si servus tuum latronem (*) occidero, securus ero.

(*) *insidiantem mihi*: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.

8. Ed eccoci finalmente a d) D. 37. 6. 1, 23 (*Ulp. 40 ad ed.*): Confertur autem etiam si quid eius non fuerit, dolo malo autem factum sit quo minus esset; sed hoc sic accipiendum est, ut hoc demum conferatur, quod eius esse desinit dolo malo [: ceterum si id egerit ne acquireret non venit in collationem: nam hic et sibi insidiatus est].

Per quanto mi consta, il frammento non è stato toccato dalla critica moderna. Pure ritengo indubbiamente insiticio tutto il brano finale *ceterum si insidiatus est*.

Vigeva, per la *collatio emancipati*, la regola che dovesse essere conferito ai sui *heredes* tutto quanto si trovasse in *bonis* dell'*emancipatus* al momento della morte del *paterfamilias*. L'editto del pretore non si riferiva dunque all'acquisto dei beni da parte dell'*emancipato*, ma — conforme alla concezione classica del patrimonio — si rivolgeva al fatto ulteriore che l'*emancipato* conservasse in *bonis suis* i beni acquistati.

Vi era tuttavia un caso in cui quella stessa *aequitas* che lo aveva indotto alla formulazione della regola generale spingeva il pretore a stabilire una eccezione: l'oggetto del conferimento doveva rapportarsi al momento dell'acquisto dei singoli cespiti, qualora risultasse che di essi l'*emancipato* si era sbarazzato *dolo malo* prima della morte del padre. E il senso dell'eccezione era chiaro: nel caso predetto di *dolus malus* da parte dell'*emancipato*, non più i soli beni appartenenti, ma anche i beni non più rientranti nel suo patrimonio dovevano essere conferiti. Se la regola si fondava sul concetto di appartenenza dei beni, l'eccezione doveva rapportarsi a quel medesimo concetto, non poteva cioè riferirsi ai beni omessi di acquistare, anche se *dolo malo*, dall'*emancipato*: *sed hoc sic accipiendum est* — spiegava appunto il giurista nel suo commentario edittole — *ut hoc demum conferatur, quod eius esse desinit dolo malo*.

Qui il dettato classico evidentemente terminava. Senonchè — ritengo — 1) la completomania di un pedante lettore post-classico portò, con la frase *ceterum collationem*, a sviluppare l'esplicazione ulpiana, *videndam est dolo malo*, nel senso di ripeterla sotto l'angolo visuale degli oggetti non sottoposti a collazione (1); 2) la incomprensione di un secondo, più tardo, lettore provocò, con la frase terminale *nam* *rell.*, una esplicazione del principio edittole (chiarito da Ulpiano e,

(1) Ulpiano aveva chiarito il dettato pretorio dicendo che «orano, in conseguenza, sottoposte a collazione le cose che l'*emancipato dolo malo* avesse cessato di possedere». Cioè — completa il lettore post-classico — non sono sottoposte a collazione le cose che l'*emancipato dolo malo* abbia omesso di acquistare.

superflualmente, dal suo commentatore), che faceva precisamente a pagni con la lettera e lo spirito dell'editto *de collatione*. E valga il vero.

a) Il carattere di glossa di *ceterum collationem* si evince non tanto dal motivo sostanziale della completomania, quanto da sicuri indizi formali: 1) *ceterum si* è legamento prediletto dai post-classici; 2) la forma impersonale della frase ulpiana (— *hoc conferatur, quod eius esse desinit* —) diventa qui personale (— *non venit in collationem*); 3) manca il soggetto di *id egit*, che invece sarebbe necessario alla chiara comprensione della frase; 4) è logico che l'*emancipato* sia sottoposto alla collazione in ogni caso in cui *id egit ne acquireret*, ma la necessità di riferirsi al dettato del pretore imponeva che il suo commentatore (Ulpiano o non) indicasse come non soggetto alla collazione colui che *dolo malo id egit ne acquireret*; 5) *venire in collationem* è espressione confusa e sciatta assolutamente non classica.

b) Altra glossa è *nam hic et sibi insidiatus est*. Prescindendo dall'indizio sostanziale dell'uso di *insidiari* col dativo della persona, altri motivi, sia di forma che di contenuto, reclamano la cancellazione della frase dal testo classico e l'attribuzione ad uno scrittore post-classico. — Si noti, per la forma: 1) l'uso di *hic*, che è equivoco, in quanto facilmente confondibile con l'avverbio di luogo, e — interpretato come pronome — è incoerente rispetto all'uso del dimostrativo *is* (anzichè *hic*) che troviamo applicato nella frase *sed hoc dolo malo*; 2) l'uso, anche in questa frase, di un costruito personale (*hic insidiatus est*) in antitesi alla costruzione impersonale del periodo *sed hoc dolo malo*.

Ma il periodo si condanna soprattutto per il suo contenuto.

a) *Hic et sibi insidiatus est* dà (o tende a dare) alla esenzione dal conferimento un fondamento nuovo, contrario a quello edittole, anzi chiarito. Mentre nel resto del frammento vediamo che la regola edittole della pertinenza dei beni da conferire cedé, limitatamente al caso del *dolus malus*, di fronte al criterio dell'acquisto e mentre vediamo che Ulpiano ed il suo primo glossatore rettamente chiariscono che non sono, dunque, da conferire i beni, che non solamente non fossero pertinenti all'*emancipato, moriente patre*, ma che non fossero nemmeno stati da lui prima acquistati (per poi sbarazzarsene *ante mortem patris*), la nuovissima glossa, pur nella sua assurda e ne-

biosa formulazione, capovolge il sistema. Essa implica invero l'assunzione di un altro criterio, che non è più quello della *pertinenzia*, bensì quello della *frode*, ed elimina il criterio derogativo del *dolus malus*: l'emancipato deve conferire tutti i beni, di cui sbarazzandosi, egli è venuto a danneggiare maliziosamente (*dolo malo*) i suoi *heredes*, ma egli non deve del pari conferire i beni omessi di acquistare, perchè con questa omissione, mentre ha danneggiato i suoi *heredes*, ha danneggiato nel contempo se stesso. Ma questo non era certo il pensiero nutrito dal pretore, né dai suoi commentatori (Ulpiano e il primo glossatore).

β) Né il nuovo criterio sarebbe *a priori* condannabile, se non fosse per di più formulato in maniera poco degna di un giurista. Esso implica infatti — come sempre il concetto di frode — l'idea di un danno patrimoniale; ma il glossatore non solamente si compiace dell'adozione di uno svagato oggetto di persona (*insidiari sibi*, anziché *suis bonis* o altro), ma presceglie l'uso del verbo *insidiari*, che anche nel suo significato assoluto (« mettere in pericolo ») appare alquanto fuori di posto. Omettendo di acquistare l'emancipato non mette in pericolo il suo patrimonio (oltre che quello dei suoi eredi), ma — se mai — lo danneggia: se si vuole cioè adoprare questo discutibile argomento della diminuzione patrimoniale cui sarebbe collegata una omissione di acquisto, bisogna parlare di *danno*, e non di *messa in pericolo*. In verità il patrimonio dell'*emancipatus*, come quello dei suoi *heredes*, non può essere né messo in pericolo, né tanto meno danneggiato da una omissione di acquisto: meglio sarebbe dire che l'emancipato, come non danneggia il patrimonio dei suoi *heredes*, così non reca vantaggio al suo stesso patrimonio. Ma tutto ciò non fa che confermare la glossa.

γ) Sin qui siamo di fronte ad un criterio non editale impropriamente formulato. Ma il criterio è inoltre inesatto per diritto classico. Se *insidiatus est* non può riferirsi (come si è dimostrato) che ad una ipotesi di danno, cioè di frode, dobbiamo negare che un classico abbia potuto formulare quest'ultima. Il concetto di *fraus*, se anche non è sempre intimamente legato con quello di *dolo*, inerisce sempre ad un rapporto giuridico intercorrente fra *fraudator* e danneggiato, almeno nel diritto classico. Ora tale rapporto giuridico manca assolutamente fra *emancipatus* e suoi *heredes*, nel tempo anteriore alla

morte del padre (o anche, nel tempo anteriore alla *stipulatio collationis*). Può dunque concludersi che *nam insidiatus est* altro non è, se non il parto infelice di un commentatore post-classico.

c) L'autore della seconda glossa non è lo stesso della prima ed è presumibilmente a lui posteriore.

Ed invero: 1) che l'autore della seconda glossa non sia il medesimo dell'altra dimostra l'*hic*, che trovasi nel secondo, anziché nel primo periodo insiticio (*ceterum si collationem*): se il glossatore fosse stato unico, ciò non sarebbe avvenuto; 2) che l'autore di *nam* rell. sia posteriore a quello di *ceterum collationem* mi par chiaro, se si pensa che la frase *nam rell.* non ha senso vicino a *sed hoc dolo malo*, mentre trova il suo presupposto proprio nella formulazione *ceterum collationem*, che vorrebbe giustificare.

Propongo, in conclusione, la seguente ricostruzione del nostro testo:

ULP. 40 ad ed.	I glossatore	II glossatore
Confertur autem etiam si quid eius non fuerit, dolo malo autem factum sit quominus esset: sed hoc sic accipiendum est, ut hoc demum conferatur, quod eius esse desinit dolo malo.	ceterum si id egit, ne acquireret non veniat in collationem.	nam hic et sibi insidiatus est.

Indice - Sommario

INTRODUZIONE Pag. 5

SOMMARIO. — 1. La dottrina delle collazioni ereditarie. 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. L'editto « *de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita* ». — 6. Lo editto « *de collatione bonorum* ». Concetto e significato della *collatio*. Critica della definizione del BONFANTE. Epoca dell'introduzione dell'istituto. — 7. Programma del corso.

CAPITOLO I. — *Fondamento della « collatio emancipati »* . . . Pag. 17

SOMMARIO. — 1. Fondamento della *collatio bonorum* è un principio di equità. Esegesi 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. Tentativi della dottrina per precisare il fondamento della *collatio*. Opinioni del FEIN, del LEIST e dello SCHMIDT. — 3. Critica del concetto della *fictio suittatis* come fondamento esclusivo dell'istituto e rigetto dell'opinione del LA PIRA. — 4. La *fictio suittatis* non può condensare in sé tutti gli aspetti del principio di equità che informa la collazione. — 5. La *collatio* ha luogo nella *bonorum possessio contra tabulas* e in quella *unde liberi*. Testi relativi. — 6. 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*. — 7. Le parole introduttive della clausola « *de collatione bonorum* » Esegesi di D. h. t. 1. 1 e critica della ricostruzione del LENEL.

CAPITOLO II. — *Soggetti della « collatio emancipati »* . . . Pag. 27

SOMMARIO. — 1. I soggetti della *collatio bonorum*: l'*emancipatus* e il *suus heres*. — 2. Obbligato al conferimento è l'emancipato. Significato di tale denominazione. — 3. È tenuto alla collazione anche

revisione dell'esegesi dei testi del secondo gruppo. — 18. Nuova esegesi della frase « sicuti cum — restituturos » 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 *suius* « *cavere non possit* ». — 20. La conferma della seconda congettura è data dalla esegesi della frase « *sed si nec ipsi — exerceat* » in D. 36. 3. 5. 1. — 21. Il sistema classico, secondo la nostra ricostruzione. — 22. Conferma della nostra ricostruzione tratta da Bas. 41. 7. 1. 9.

CAPITOLO VI. — I presupposti del conferimento reale Pag. 125

SOMMARIO. — 1. I tre presupposti. — 2. Così l'emancipato come il *suius* devono fruire della stessa *bonorum possessio*. — 3. Essi devono fruire della *bonorum possessio* nel medesimo « *ordo* ». Esegesi di D. 37. 4. 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. La eccezione del fr. 10 è di derivazione post-classica. — 7. Il passaggio agli eredi del *suius* 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. Il concorso dell'emancipato deve produrre una diminuzione della quota che sarebbe spettata al *suius heres*. Esegesi di D. h. t. 1. 4. 5. 6. 7.

CAPITOLO VII. — La « *collatio dotis* » Pag. 134

SOMMARIO. — 1. Cenni generali sull'istituto. — 2. Le opinioni della dottrina romanistica sulla « *collatio dotis* ». — 3. La nostra dottrina. — 4. *Prima questione*. La « *collatio dotis* » è stata realmente introdotta e disciplinata dall'editto pretorio? Esame critico di D. b. t. 1 pr. Carattere parafrastico della prima parte del testo. — 5. Elementi per ritenere che la introduzione pretoria della « *collatio dotis* » è fortemente improbabile. — 6. Ipotesi sul dettato genuino del fr. 1 pr. e sulla origine della « *collatio dotis* » come portato della elaborazione giurisprudenziale nel II sec. d. C. Spiegazione della parafrasi postclassica. — 7. *Seconda questione*. Quale fu il soggetto passivo della « *collatio dotis* »? Obbligata al conferimento della *dos* fu tanto la sua *heres*, quanto la *emancipata*. — 8. Testi a riprova e conferma della

nostra tesi: D. h. t. 1. 1, 2; h. t. 2. — 9. *Terza questione*. Quali furono i soggetti attivi della « *collatio dotis* »? I *sui heredes*, ma forse anche, in certi casi, gli *emancipati*. Discussione dell'alterazione dell'ultimo periodo di C. h. t. 4. — 10. *Quarta questione*. La « *collatio dotis* » andava fatta anche a favore delle altre figlie dotate? Risposta negativa. Carattere spurio di D. h. t. 1. 4. — 11. *Quinta questione*. Oggetto della « *collatio dotis* » fu la sola *dos profecticia*, o anche ogni altra sorte di *dos*? Analisi dei testi addotti a riprova dell'opinione più largheggiante, che si accetta: D. h. t. 1. 1 e 7, C. h. t. 4.

CAPITOLO VIII. — La formazione della « *collatio descendentium* » Pag. 157

SOMMARIO. — 1. La progressiva fusione dell'*hereditas* e della *bonorum possessio* nel diritto post-classico. — 2. Influenza della *collatio dotis* sulla evoluzione del sistema della collazione. — 3. Influenza dello sviluppo post-classico dei *peculia* dei *fili familiarum* sulla evoluzione del sistema della collazione. — 4. La formazione e la affermazione della *collatio descendentium* dall'imperatore Leone a Giustiniano. Il nuovo fondamento della collazione nel diritto giustiniano.

APPENDICE I. — L'editto sulla « *collatio bonorum* » Pag. 165

APPENDICE II. — Esercitazione esegetica su « *insidiari* » 168



25340