

Annus IV

1938

PONTIFICIUM INSTITUTUM UTRISQUE IURIS

# STUDIA ET DOCUMENTA HISTORIAE ET IURIS

DIRECTOR

AEMILIUS ALBERTARIO.

CONSILIUM DIRECTIONIS

VALENTINUS CAPOCCI - EVARISTUS CARUSI - BERTRANDUS KURTSCHIED -  
ARCADIUS LARRAONA - GUISCARDUS MOSCHETTI - IOSEPHUS PASQUAZI -  
SALVATOR RICCOBONO - FRANCISCUS ROBERTI - SILVIUS ROMANI -  
ANGELUS SILVAGNI

ROMAE  
APOLLINARIS  
PIAZZA S. GIOVANNI IN LATERANO, 4

seniori che votavano da sole: non vedo che difficoltà ci sia per questo particolare, se la tribù che votava sola era scelta con la sorte o a turno. A tale tribù della V classe alluderebbe Cicerone con l'ultima *tribus suffragiorum*. Nelle classi con 14 centurie votavano 5 tribù per centuria.

\* \* \*

Nel complesso io ritengo che abbiano ragione il Rosenberg e il Fraccaro a interpretare la riforma degli ordinamenti centuriati come un sistema per impedire che gli elementi nuovi della cittadinanza raccolti nelle più recenti tribù rustiche o nelle tribù urbane potessero prevalere in comizi centuriati ordinati senza rapporto con la politica che le classi dirigenti romane venivano svolgendo circa le tribù. A tal fine, senza dubbio, era soprattutto indispensabile che le centurie della prima classe coincidesse con le tribù, il che equivaleva a dare la maggioranza della maggioranza alle vecchie tribù rustiche. Ma non era superfluo che il sistema fosse spinto sino all'ultima classe: e risulta in ogni caso dalle fonti che, applicato il sistema alla prima classe, parve impossibile non estenderlo alle altre classi.

Fin qui il certo. Non vorremmo invece trarre deduzioni dalla nostra ipotesi sulla distribuzione delle centurie entro le quattro classi inferiori. Basterà osservare che se essa risultasse accettabile, non solo confermerebbe la tendenza a elevare la importanza della seconda classe (la quale tendenza è già indubbia per il semplice fatto che alla seconda classe toccava di compiere la maggioranza), ma anche indicherebbe la intenzione di mantenere una quota di voti maggiore alla quinta classe che alle precedenti, appunto perchè era più facile avere docili i minimi possidenti che i medi e i piccoli e perchè essi... votavano ultimi. Che poi la proposta quota di 14 centurie per la III e la IV classe sia da mettersi eventualmente in rapporto con un minore numero di appartenenti a queste classi almeno in confronto alla V è solo un'altra possibilità.

La persistenza degli inermi è provata dalla centuria di accensi in età imperiale e dalla menzione di essi in Cicerone, Livio, Dionigi senza aggiungere che erano spariti, anzi attribuendo loro un rango, che devono verosimilmente avere avuto solo dopo la riforma (5).

(5) Se infatti Dionigi collega con la quarta classe i musici, questo collegamento significa solo che i musici votavano prima della quinta classe, con cui li ricommette invece Livio (che poi fa l'errore di computarli entro la classe). Del pari se Dionigi collega i fabbri con la seconda classe ciò conferma il dato di Livio e di Cicerone che i fabbri (e per Cicerone i soli fabbri tignarii) votavano dopo la prima classe.

ANTONIO GUARINO

### Sul modo di attuazione della « collatio emancipati ».

(D. 37. 6. 3. 2, 3).

1. — D. 37. 6. 3. 2, 3 (Iul. 23 dig.) *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.*

Mi sono occupato altrove (1) di questo squarcio giuliano, cercando di metterne in evidenza la sostanziale genuinità (2) ed il notevole valore dommatico (3) contro esegesi superficiali e poco convin-

(1) GUARINO *Collatio bonorum* 72 s. .

(2) La mia esegesi differiva da quella odierna unicamente per il non uncinamento di *hoc-solet*, su cui infra n. 2 sub B.

(3) Cfr. *Collatio* cit. 12 s., 23 s., 72 s. Il passo dimostra l'inesattezza della formula *in medium conferre* per raffigurare la collazione classica, con una esplicita confutazione di quel concetto. Ne traevo, in conseguenza, lo spunto per segnare la interpolazione di *in medium* in D. 37. 6. 1 pr., 2. 9 e in C. 6. 20. 4 (*Collatio* cit. 25 s.) e la materia per criticare (p. 182) le definizioni del nostro

centi del BESELER<sup>(4)</sup> e del RECHNITZ<sup>(5)</sup>. Oggi il BESELER<sup>(6)</sup> torna alla carica ed elimina pressochè l'interc dettato dei due paragrafi (7), con un tentativo — ritengo — incompleto e malriuscito di motivazione critica (8).

Il testo ha un valore tanto notevole per la dommatica del diritto classico sulla collazione, che stimo opportuno di ribadire in questa sede la mia ricostruzione.

2. — A) In *quotiens — fuerint* (9) non vedo perchè il BESELER emendi il modo di *fuerint* in *fuerunt*, dato che nè l'uso di *fuerint* è una scorrettezza sintattica, nè ci riesce di immaginare un perchè qualsiasi della sua modificazione da parte di chicchessia (10).

istituto, correnti in molti manuali, come « conferimento dei beni dell'emancipato nella massa ereditaria ». Quest'appunto è stato recentemente raccolto dall'ARANGIO-RUIZ *Istituzioni* \* 540. Sostanzialmente d'accordo su questi miei risultati si trova anche il KADEN ZSS 58. 328.

(4) *Beiträge* IV 157. [*ab ipsis facta*]; — *videamus* < si duo emancipati, duo sui inter liberos sint > —; [*quod dico — perveniat*] (?); [§ 3].

(5) *Studien zur Salvius Julianus* 97: [*hoc quemadmodum — perveniat*].

(6) ZSS 57. 12.

(7) §§ 2-4: — < *fuerunt. itaque si* — > [*fuerint. hoc quemadmodum — Quare*] —. Il BESELER fa dunque l'ipotesi, se ho ben capito, dell'esistenza di una esemplificazione intermedia fra il primo periodo del § 2 ed il testo del § 4, la quale sarebbe stata sostanzialmente analoga, ma formalmente diversa da quella contenuta nel corso del § 2.

(8) La riferisco. *Expedire* è sospetto; *nam* è di senso non chiaro; *collatio ab ipsis facta* per *collatio a ceteris emancipatis facta*; *commodissimum* nel senso di necessario; *quartam, tertiam* sono cifre esatte soltanto rispetto al caso prospettato, in via di esempio, per la prima volta, dopo il periodo che li contiene; *manifestus* nel senso di chiaro; *ponamus* è sempre non genuino. — Noterò qui, da un punto di vista contenutistico, che è del tutto inopportuno considerare in blocco coi §§ 2-3 anche il § 4, che si riferisce chiarissimamente a tutt'altro argomento (se sia concesso all'emancipato di tenersi come *praecipuum* la dote della moglie, analogamente alla regola vigente per il *suus*). Circa la forma del § 4, v. infra nota 35.

(9) Soltanto *solis* può supporre — a voler esser severi critici — sgocciolato dalla penna di un amanuense, non tanto perchè stilisticamente brutto dopo *emancipatis* (meglio *solum emancipatis*), quanto perchè è probabile che, non essendo questa precisazione nello stringato testo editale, neanche Giuliano, riferendo la regola pretoria da commentare, la abbia adoperata. L'apparato di glosse marginali al discorso giuliano, che rileveremo nel testo, invita a pensare ad una nota interlineare nello stesso senso o dello stesso autore di esso.

(10) Il modo di *fuerint* può anzi essere una finezza stilistica di Giuliano: v. infra sub F.

B) *Hoc — prosit* è certissimamente genuino, almeno da *nam* in poi, non solo perchè mancano motivi di forma per la sua condanna, ma soprattutto perchè militano ragioni di sostanza in pro' della sua classicità.

a) Quanto alla forma, gli unici appunti in un certo senso ragionevoli sono stati mossi contro la formulazione del dubbio *hoc — solet* e, naturalmente, contro lo strano inciso *ab ipsis facta*: 1) circa *hoc — solet, expedire* ripugna al BESELER<sup>(11)</sup>, *oportere* in Giuliano sconvolge il RECHNITZ<sup>(12)</sup>, nè vi è motivo per scontentare i due critici<sup>(13)</sup>; 2) più che emendato<sup>(14)</sup> — anzi, direi, oltre che emendato<sup>(15)</sup> — *ab ipsis facta*<sup>(16)</sup> va cancellato dal testo classico, perchè inutile alla sua economia. Ma il resto del periodo è anche formalmente impeccabile, nè il BESELER ha potuto trovare elemento alcuno per attaccarlo.

b) Quanto alla sostanza, mi meraviglia che il BESELER abbia potuto trovare non chiaro il senso del *nam*. Esso invece gli sarebbe risultato lucidissimo sol che avesse riflettuto — dopo la lettura della dichiarazione iniziale, *quotiens — fuerint* — che è naturale confondere, a prima vista, il conferimento alla massa ereditaria (*in medium*) con quello ai singoli *sui heredes* (eccezionati cioè gli altri eventuali emancipati): sì che non pochi avrebbero potuto erroneamente credere che l'emancipato dovesse appunto apportare i suoi beni al patrimonio lasciato dal defunto (di cui era promessa la *possessio*), immedesimandoli con esso<sup>(17)</sup>,

(11) V. anche ZSS 56. 72.

(12) Op. loc. cit.

(13) L'opera del glossatore può ben aver avuto inizio svolgendo a margine una domanda implicita nel testo.

(14) Il MOMMSEN propone: < *non* > *ab ipsis facta*.

(15) Sarebbe troppo poco attribuire senz'altro l'*ab ipsis facta* attuale al commentatore. Se si tratta, come è probabile, dello stesso autore dei rimanenti glossi, si tratta anche indubbiamente di una persona diligente (v. infra n. 4), alla quale non può imputarsi l'aggiunzione di una chiosa così nebulosa ed equivoca. È supponibile invece che lo studioso postclassico abbia chiosato, esattamente, *ab ipsis non facta* e che il *non* abbia pagato il tributo alla disattenzione di un amanuense.

(16) Il contenuto di questo inciso, quando non lo si emendi, implica l'equivoco che l'osservazione del giurista classico (o del chiosatore post-classico) sia nel senso che gli emancipati conferenti verrebbero, se veramente dovessero *in medium conferre*, ad usufruire del loro proprio conferimento (il che avviene invece in ogni caso), mentre egli vuole mettere in chiaro che gli emancipati verrebbero così ad usufruire del conferimento degli altri emancipati (cioè delle collazioni non fatte da essi), contrariamente alla regola *emancipati unius loco sunt* (D. 37. 6. 2. 5).

(17) Attuandosi una specie analoga alla *revocatio in communionem* dei *peculii* dei *filiifamilias*, come ancor oggi tuttora insegna, erratamente, il LA PIRA, *La succ. int. e contro il test. nel dir. rom.* 371 s.

per poi attendere di partecipare con tutti gli altri coeredi alla divisione del tutto <sup>(18)</sup>. La reazione a questo naturale e spiegabile equivoco (la cui frequenza in pratica ci è chiaramente attestato da *hōc — solet*, anche se non genuino) è rappresentata dal *nam*, e tutta la frase che segue dimostra in maniera lineare perchè la *collatio honorum* non consistesse in un *conferre in medium* <sup>(19)</sup>.

C) *Videamus — tertiam* è glossato: manca la formulazione dell'ipotesi su cui si baserebbe la decisione *quartam partem* *rell.*; *videamus ne commodissimum sit* non è degno di un giurista classico, e per la forma estremamente dubitativa <sup>(20)</sup> e per l'uso di *commodissimum* con la proposizione infinitiva <sup>(21)</sup>; l'emancipato non *fert* un bel nulla *ex suis bonis*, ma *retinet* una quota di essi in virtù della collazione; nel periodo si fa indubbiamente un esempio, onde è strano che ad esso segua la dichiarazione *quod dico exemplo manifestius*

<sup>(18)</sup> A parte il tenore esplicito della disposizione editale (di cui la ricostruzione in ALIBRANDI *Opere* I 78 s., LENEL *EP* <sup>3</sup> § 144, GUARINO *Collatio* cit. 204 s.), una simile concezione è contraddetta dal fatto che in diritto classico la *stipulatio collationis* doveva essere prestata *ante datam bonorum possessionem*, cioè in un momento in cui l'emancipato e i *sui* non solamente non sapevano se avrebbero partecipato in effetti alla divisione dell'asse, ma non avevano un diritto alla *bonorum possessio contra tabulas* e *unde liberi*. Si rilevi, a questo proposito, che il BESELER è addirittura sostenitore della teoria della *cautio* da prestarsi *ante petitam bonorum possessionem* (cfr. principalmente ZSS 44. 395, *Tijdschrift v. Rg.* 1930. 177, *Studi Bonfante* II 64, 72). Ancorata ai testi giustiniani, la dottrina dominante è sempre invece per la *stipulatio data bonorum possessione* (per tutti, v. LENEL *EP* cit. 345<sup>o</sup>).

<sup>(19)</sup> Solo un classico poteva scrivere questo, e meraviglia che il BESELER non vi rifletta. Nell'epoca post-classica, sino a Giustiniano, la *collatio* subì una duplice evoluzione: da una parte la progressiva fusione della *hereditas* e della *bonorum possessio*, nonché lo sviluppo assunto dai *peculii* dei *filii/familias*, la svuotava di contenuto e di essenzialità, facendo subentrare al suo posto il concetto del conferimento da parte degli eredi di alcuni cespiti di derivazione del defunto alla massa ereditaria, onde attuare un pareggio delle loro condizioni, secondo la presunta volontà del defunto; dall'altra, ed in dipendenza del primo fenomeno, il conferimento (nel suo modo di attuazione giuridica, *stipulatio*) tendeva ad esser trattato non più come un presupposto, ma come una *posterius* dell'ammissione dei discendenti alla successione (cfr. retro nota 18).

<sup>(20)</sup> Cfr. *Collatio* cit. 73. Analoga è — a saperla ben sviluppare — la critica del BESELER, basata sul contrasto fra il significato che logicamente dovrebbe qui avere («notwendig») l'aggettivo *commodus* e quello che esso lessicalmente ha. La rinnovata critica del BESELER al frammento giuliano in esame si inserisce appunto in uno studio esegetico su *commodus*.

<sup>(21)</sup> Su questo costruito v. *Collatio* cit. 74<sup>a</sup>. Adde, per *commodius*, SOLAZZI *Studi Riccobono* I 158<sup>272</sup>.

*fiet*; l'esempio fatto è il medesimo che nel periodo seguente, con la differenza che qui esso è per quote, lì è per termini numerici, il che conferma la sua posteriorità rispetto all'altro <sup>(22)</sup>.

D) *Quod dico — viginti* presenta tutti i pregi che sono inutilmente desiderati nel periodo precedente: l'esempio (*ponamus* *rell.*) segue la dichiarazione *quod dico exemplo manifestius fiet*; la formulazione dell'ipotesi su cui si fonda la decisione *is qui centum* *rell.* esiste ed è chiara. Unici appunti mossi a questa frase dal BESELER sono il *manifestius* e l'uso di *ponamus*, ma non credo che essi valgano menomamente a scuotere la certezza della sostanziale genuinità del periodo: gli indizi formali sono quel che sono, cioè nulla più che indizi <sup>(23)</sup>.

E) Glossa può darsi invece che sia — e secondo me ciò è probabilissimo — *atque ita* *rell.*: *ad solos* sta per *ad eos*; *emolumentum* pare per lo più post-classico <sup>(24)</sup>; il procedere conclusivo del periodo contrasta col fare analogamente conclusivo del § 3, che mi pare preferibile di forma.

F) Se *atque ita* *rell.* è post-classico, inattaccabile diventa il § 3 — la cui forma è di per sé tipicamente classica <sup>(25)</sup> — perchè rappresenta il definizione logico del discorso giuliano, il ribattere — direi — a mo' di conclusione, sulla formula prima non chiara, ma divenuta ora, per virtù della breve spiegazione, perfettamente intelligibile: procedimento solito alle *quaestiones* e ai *responsa* <sup>(26)</sup>. Aiuta questo pensiero anzitutto la ben facile congettura — che pure il BESELER ha il torto di non proporsi — che il *cum* strampalato (*con-*

<sup>(22)</sup> Se dei due periodi uno è post-classico, tale è certamente il primo: 1) per le ragioni, di per sé sufficienti, addotte nel testo; 2) per la riflessione che è naturale a chi voglia esemplificare di ricorrere anzitutto alla ipotizzazione la più concreta di un caso reale (mediante l'uso dei termini numerici), piuttosto che ad una formulazione più generica ed astratta (quale quella che si vale delle percentuali o, in generale, delle frazioni). È chiaro che l'esempio *videamus ne* *rell.* è stato fatto dopo e sulla base di *ponamus* *rell.*

<sup>(23)</sup> Piuttosto al BESELER pare sia sfuggito lo *habebit* per *habuerit*; ma la congettura di una trascrizione distratta, in presenza del vicino *contulerit*, si impone.

<sup>(24)</sup> V. KUNKEL ZSS 45. 206 s.; ma cfr. anche *Collatio* cit. 33<sup>a</sup>.

<sup>(25)</sup> Come implicitamente conferma il BESELER, emendando il *fuervit* del § 2 in *fuervit*.

<sup>(26)</sup> Stimo che Giuliano svolgesse qui una *quaestio* dottrinale, piuttosto che *respondere* su un caso pratico: *ponamus* è significativo; più significativa ancora è la frase *quod dico exemplo manifestius fiet* (esempio, e non fattispecie pratica). Sulla composizione dei *digesta* dei giuristi classici a base di *quaestiones* e di *responsa*, v. da ultimo ARANGIO-RUIZ *Storia* <sup>3</sup> 253<sup>a</sup> e citazioni ivi.

*ferre cum his*) del § 3 sia il risultato del guasto di un esplicativo *enim* (*emancipati enim bona sua* rell.), trovantesi nel testo classico dopo *emancipati* (27); secondariamente la nota che, forse, la disparità tra il *fuertint* del primo periodo del § 2 ed il *fuertunt* di questo paragrafo è determinata da una certa qual sottile distinzione da relore che Giuliano ha operato fra il primo caso (che ha carattere di una possibilità ipotetica) e questo (che ha carattere di realtà, di verosimiglianza cioè, esemplificativa).

3. — In conclusione, ci troviamo di fronte ad una serie molto interessante di glossemi esplicativi ad un testo classico. Le due redazioni, la genuina e la marginale — le quali, dopo l'enunciato fondamentale *quotiens fuerint*, procedono, si può dire, di pari passo —, possono — unitamente con le probabili glosse interlineari — così rappresentarsi:

IULIANUS 23 dig.

*Quotiens contra tabulas bonorum possessio datur, emancipati bona sua conferre debent his (a), qui in potestate patris fuerint. (I)*

(a) *solis*

(I) *hoc quemadmodum expediri oporteat quaeri solet. (II)*

(II) *nam si bona a patre relicta et emancipatorum in medium conferantur, eveniet, ut et emancipatis quoque collatio (b) prosit. (III)*

(b) *ab ipsis < non > facta*

(IV) *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: ferre, ex suis teris qui centum [habebit] < habuerit > centum triginta tria et trientem feret, is vero qui sexaginta contulerit centum viginti. (V)*

(III) *videamus ergo ne commodissimum sit emancipatos quartam partem ex bonis paternis ferre, ex suis teriam (28). (IV)*

(27) Possibilissimo che un amanuense abbia lì poi, con la tipica superficialità del proto, cercato di dare uno scopo apparente al *cum*, trasportandolo davanti ad *his* (quasi che questo fosse all'ablativo, anziché al dativo).

(VI) *emancipati < enim > bona sua conferre [cum] his, qui in potestate fuerunt, iubentur. (V) atque ita eveniet, ut collationis emolumentum ad solos, qui in potestate remanserint, perveniat (29). (VI)*

4. — Il corpo genuino del frammento assolve, dopo eliminate le scorie post-classiche, ancor meglio e più perspicuamente i suoi compiti di chiarificazione del sistema classico della *collatio bonorum*.

Il testo — se le critiche anteriormente fatte son rispondenti al vero — appare glossato da uno studioso serio e piuttosto vicino all'età classica.

Che il glossatore sia stato uno studioso serio ed attento, è ampiamente provato dal carattere di essenzialità delle tre glosse marginali (30) ai fini esplicativi: formulazione della domanda circa l'interpretazione della regola classica; generalizzazione (mediante l'uso delle frazioni) dell'esemplificazione ulpiana, nel suo nocciolo essenziale; conclusione chiaramente formulata e con l'uso — per amore di rilievo della antitesi — dello stesso costrutto (*eveniet, ut*) adoprato da Giuliano poche righe prima per l'indicazione dell'assurdo derivante dall'*in medium conferre* (31).

Che lo studioso di Giuliano non appartenga a un'epoca molto

(28) La mancanza, dopo *videamus*, della necessaria ipotizzazione *si duo emancipati, duo sui inter liberos sint* (cfr. retro n. 4) si spiega: 1) per il carattere di semplice glossa di questo periodo, 2) per la nota ben naturale che quel che premeva al lettore si era di fissare, nell'esiguo spazio del margine, i termini generali della soluzione giuliana, anziché di ricalcarne la formulazione dell'ipotesi.

(29) Non mi nascondo che *eveniet, ut* è perfettamente lo stesso costrutto che si trova in *nam* — *prosit*, che ho dichiarato genuino. Ma gli altri argomenti addotti sono sufficienti ad inficiare, nonostante tutto, il passo (testo sub *E*). Si aggiunga a ciò che il glossatore di Giuliano appare anche per altre ragioni particolarmente attento ed incline a tener conto della forma e della sostanza degli insegnamenti di lui (infra n. 4).

(30) Altrettanto si dica per le due glosse interlineari, su cui v. retro note 9 e 15.

(31) La tendenza ad usufruire dei costrutti medesimi del giurista classico (retro nota 29) ha però portato il commentatore all'uso di una locuzione impropria come *ex suis (bonis) tertiam (partem) ferre*, di cui la critica retro n. 2 sub *C*. La locuzione è evidentemente derivata da *feret* del testo genuino: senonchè ivi *ferre* non era usato, come nel nostro caso, in senso qualificato (*ferre ex bonis alienius*), ma in senso generico (*ferre* = apportare).

tarda, altrettanto chiaramente risulta: 1) dalla relativa bontà dello stile (per quei punti in cui non sia direttamente influenzato dalla imitazione dello stile giuliano); 2) dall'uso della locuzione *qui in potestate remanserint* per indicare i *sui heredes*, laddove è perlomeno una tendenza accentuata nei giuristi bizantini di adoperare al riguardo l'espressione stereotipa e dommaticamente inesatta *in potestate est (sunt)* <sup>(32)</sup>; 3) dalla irripugnanza, anzi dall'interesse dimostrato nel commentare un sistema che con l'andar del tempo tese, per varie cause <sup>(33)</sup>, a scomparire e praticamente scomparve <sup>(34)</sup>; 4) dalla prova indiretta, che il *quaeri solet* ci fornisce, del fatto che i contemporanei dell'annotatore ancora annettevano pratica importanza all'editto sulla *collatio bonorum*, sì da provocare frequenti *quaestiones* sull'argomento.

Non potrei precisare, naturalmente, l'epoca della glossa al frammento ulpiano: mi pare tuttavia di poterle con una certa sicurezza assegnare il termine ultimo della fine del IV secolo d. C. <sup>(35)</sup>.

<sup>(32)</sup> In un'epoca in cui il sistema della *bonorum possessio* aveva perduto tutta la sua vivezza, per ridursi ad un corpo anchilosato, non era difficile che giuristi un po' superficiali fossero indotti, dal fatto che i classici solevano chiamare *sui heredes* i *filii, qui in potestate patris sunt* (cioè sotto la *potestas* del padre vivente), a dire senz'altro che alla *bonorum possessio* venivano i *sui heredes*, cioè ancora — ecco l'equivoco — i *filii, qui in potestate* (di un *pater* ormai defunto) *sunt*. Addito, per la dimostrazione di questa tendenza qualche testo sicuramente non genuino: D. 37. 6. 1 pr. (su cui *Collatio* cit. 23 s.). 2. 8 (170 s.), 2. 9 (172 s.). Su D. 37. 6. 3. 4 v. infra nota 35.

<sup>(33)</sup> V. retro nota 19. Più ampiamente, *Collatio* cit. 16 s.

<sup>(34)</sup> Con la costituzione di Leone dell'anno 472, C. 6. 20. 17, e più tardi con le costituzioni di Giustiniano in C. 6. 20. 19. 20, nonché con le Nov. 18. 6 e 97. 6. Ma la costituzione leonina ha avuto indubbiamente tutta una serie di impulsi e di motivi che non esiterei a riportare al principio del IV secolo. È comune riconoscimento, anzi, che il primo elemento evolutivo del sistema della *collatio* si sia avuto in pieno diritto classico con il rescritto del divo Pio di cui testimonia D. 37. 7. 1 pr. (su cui *Collatio* cit. 198 s.), e soprattutto con la costituzione di Gordiano in C. 6. 20. 4 (alterata, tuttavia, secondo l'ALBERTARIO *Rend. Ist. Lomb.* 44. 508 s. = *Studi* I 288 s.; ma v. contra *Collatio* cit. 207 s.; cfr. da ultimo su questo testo PRINGSHEIM SDHI 4 infra).

<sup>(35)</sup> Cfr. retro nota 34. Se le considerazioni di indole formale da noi fatte son giuste, stupisce che il BESELER — a parte l'assoluta incongruenza dei due contenuti, su cui retro nota 8 — abbia accomunato, anche dal punto di vista della persona del glossatore, i §§ 2-3 con il § 4, ritenendo per di più quest'ultimo quasi del tutto immacolato (salvo il *quare* iniziale). Osservo in contrario che il § 4, ammesso pure che sia tutto genuino (problema che qui non può essere trattato, per via dei suoi molteplici addentellati), presenta la traccia piuttosto grave di una tarda alterazione, e cioè *in potestate est* (v. retro nota 32).

## EMILIO ALBERTARIO

Professore ord. nella R. Università di Roma  
Docente nel Pontificium Institutum utriusque iuris

### La critica del fr. 8 D. De capite minutis IV, 5

Nel Corso di lezioni del corrente anno accademico <sup>(1)</sup> sottoponendo a una nuova revisione il tema dell'obbligazione naturale in diritto romano, mi è accaduto di dover riconoscere il buon fondamento della tesi del Siber <sup>(2)</sup>, che ritiene corrispondere, in diritto classico, l'espressione *obligatio naturalis* a *obligatio iuris gentium* e appartenere allo sviluppo del diritto postclassico giustiniano il concetto di *obligatio naturalis* derivante dalla giustiniana concezione del *ius naturale*, come di un *ius* diverso dal *ius gentium* e contrapposto sì a questo che al *ius civile*.

Uno dei testi, che, se genuino, costituirebbe un non sormontabile ostacolo all'accoglimento di questa tesi, è D. 4, 5, 8, dove si parla di una *obligatio* che è detta avere una *naturalis praestatio*, non già perchè sarebbe *obligatio iuris gentium*, ma perchè al suo soddisfacimento provvede una *actio in bonum et aequum concepta*, cioè l'*actio de dote*.

*Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest: itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis deminutionem.*

A questo testo gaiano è allacciato un brevissimo testo di Paolo (D. 4, 5, 9 Paulus libro 11 ad edictum) che dice:

*ut quandoque emancipata agat.*

Il testo di Gaio è stato oggetto di critiche non concordanti: chi ne elimina, come spuria, una parte; chi, l'altra: cosicché molto contrastata è la ricostruzione del pensiero del giurista classico. A no-

<sup>(1)</sup> Cfr. E. ALBERTARIO, *Le obbligazioni, Parte generale*, III, Milano 1938.

<sup>(2)</sup> *Naturalis obligatio*, Lipsia 1925.